



## Arrêt du 15 mai 2024

---

Composition

Caroline Bissegger (présidente du collège),  
Viktoria Helfenstein, Christoph Rohrer, juges,  
Julien Theubet, greffier.

---

Parties

**A. \_\_\_\_\_ SA**, (Suisse),  
représentée par Maître Jérôme Levrat,  
1211 Genève,  
recourante,

contre

**Conseil d'Etat de la République et canton de Genève**, ,  
1211 Genève,  
autorité inférieure.

---

Objet

LAMal, liste hospitalière genevoise 2020 - 2023 (arrêté du  
Conseil d'Etat du Canton de Genève du 11 décembre 2019).

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

A.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : la recourante, l'intéressée, A.\_\_\_\_\_ ) est une société anonyme sise à Genève dont le but statutaire est « l'exploitation d'un établissement médical dispensant des soins médicaux, chirurgicaux et infirmiers ambulatoires ou nécessitant une hospitalisation de courte durée » (CHE-[...]). Sous l'enseigne « A.\_\_\_\_\_ », elle exploite un centre de chirurgie ambulatoire conformément à une autorisation délivrée par arrêté du Département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du canton de Genève (ci-après : DSES, le Département) du 22 juillet 2019 (bordereau recourante pces 3 à 5). Collaborant avec plus de 50 chirurgiens spécialisés, A.\_\_\_\_\_ dispose de trois blocs opératoires et de 12 lits (bordereau recourante pces 4 et 43). Elle n'a jamais été inscrite sur la liste hospitalière du canton de Genève.

**B.**

**B.a** Par communication du 16 mai 2019 – publiée à la feuille d'avis officielle du 17 mai 2019 et adressée à l'association genevoise des cliniques privées notamment –, le Département a publié un appel d'offres pour la couverture des besoins en soins aigus dans le canton de Genève dès 2020. Dans ce contexte, il a informé s'être fondé sur un modèle de projections des cas stationnaires en soins aigus basé sur la statistique médicale 2016 de l'Office fédéral de la statistique (ci-après : OFS) ainsi que sur le système de classification GPPH (groupe de prestations pour la planification hospitalière) développé pour l'année 2016 par la direction de la santé du canton de Zürich. En cas d'intérêt, il a invité les établissements à déposer leur candidature au moyen d'un fichier Excel, auquel doivent être annexés leur rapport d'audit de codage 2017, leur comptabilité analytique 2017 au format ITAR-K, leur budget d'investissements 2020 ainsi que leur certification REKOLE.

Cela étant, le Département a expliqué que les critères suivants seraient pris en compte pour procéder à l'adjudication dans chaque groupe de prestations :

- le respect des exigences du modèle GPPH pour les groupes de prestations ainsi que les groupes liés en interne ; pour les groupes liés en coopération, une pièce attestant de la coopération avec un autre établissement est exigée ;

- la possibilité de concentrer dans un seul établissement ou site la totalité des cas soumis à l'appel d'offres d'un groupe de prestations ou d'un ensemble de groupes de prestations ;
- la présence de conventions de collaboration avec un établissement universitaire, pertinentes dans le cadre de l'appel d'offres ;
- l'économicité des prestations ;
- la qualité des prestations, évaluée selon un rapport indépendant produit par le Dr Egli (bordereau recourante pce 40).

**B.b** Par correspondance du 27 juin 2019, A. \_\_\_\_\_ a demandé à être inscrite dès 2020 sur la liste hospitalière genevoise pour un total de 1'273 cas relevant des groupes de prestations GPPH BPE (base pour fournisseurs de prestations programmées), HNO1 (chirurgie ORL), HNO1.1 (chirurgie cervico-faciale), HNO1.2 (chirurgie élargie du nez et des sinus), HNO1.3 (chirurgie de l'oreille moyenne), URO1 (urologie sans titre de formation approfondie « urologie opératoire »), BEW1 (chirurgie de l'appareil locomoteur), BEW3 (chirurgie de la main), BEW4 (arthroscopie de l'épaule et du coude), BEW5 (arthroscopie du genou), BEW7.2 (prothèses du genou de première intention) et GYN1 (gynécologie).

A l'appui de sa candidature, l'intéressée a produit sa comptabilité analytique présentée sous le format ITAR-K et a expliqué offrir « des prestations du 1<sup>er</sup> virage ambulatoire (transfert stationnaire vers ambulatoire de plus de 95 %) comme l'ophtalmologie, la chirurgie de la main et depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2019, les six groupes d'interventions chirurgicales qui sont prises en charge uniquement en ambulatoire, suite à la décision [y relative] du Département fédéral de l'intérieur (DFI) » (bordereau recourante pces 40 à 44).

**B.c** Le 2 octobre 2019, la Direction générale de la santé du DSES (ci-après : la DGS, la Direction générale de la santé) a informé A. \_\_\_\_\_ qu'elle ne figurera pas sur la liste hospitalière cantonale 2020 pour ses prestations stationnaires (bordereau recourante pce 45).

Dans une correspondance du 28 octobre 2019 puis lors d'une rencontre organisée le 4 novembre avec la DGS, l'intéressée a réitéré sa demande d'admission sur la liste hospitalière genevoise, produisant dans ce contexte un comparatif de coûts pour six opérations ainsi qu'une attestation

fiduciaire démontrant sa capacité à fournir des prestations médicales à des coûts concurrentiels (bordereau recourante pces 46 s.).

Observant que « les besoins en soins stationnaires pour les groupes de prestations demandés sont déjà couverts par des établissements avec des volumes plus importants de cas et dans un plus grand nombre de groupes de prestations », la DGS a réitéré, dans un courrier du 22 novembre 2019, que l'intéressée ne serait pas inscrite sur la liste hospitalière genevoise (pce 48). A.\_\_\_\_\_ a derechef défendu sa demande par courrier du 2 décembre 2019 (bordereau recourante pce 49).

**B.d** Par arrêté du 11 décembre 2019, publié dans la Feuille d'avis officielle du 13 décembre 2019 en vigueur du 1<sup>er</sup> janvier 2020 au 31 décembre 2023, le Conseil d'Etat genevois (ci-après : Conseil d'état, autorité précédente ou inférieure, le gouvernement cantonal) a déterminé la liste hospitalière cantonale, admettant neuf établissements – à l'exclusion de A.\_\_\_\_\_ – à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (ci-après : AOS). Pour ce faire, le gouvernement cantonal s'est fondé sur le rapport de planification sanitaire du canton de Genève 2020-2023, auquel renvoie l'arrêté susmentionné (ci-après : rapport de planification sanitaire 2020-2023 ; bordereau recourante pces 1 et 50).

**C.**

Par mémoire du 13 janvier 2020, A.\_\_\_\_\_ interjette recours contre l'arrêté du 11 décembre 2019, concluant principalement à son annulation en tant qu'il l'écarte de la liste hospitalière et à ce que la cause soit renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision. Subsidiairement, elle conclut à ce que l'arrêté attaqué soit modifié en ce sens qu'elle figure sur la liste hospitalière et à ce qu'elle obtienne un mandat de prestations pour les groupes de prestations demandés ou, plus subsidiairement encore, pour les groupes de prestations résultant d'une planification hospitalière conforme à la loi (TAF pce 1).

De leur côté, le Conseil d'Etat et l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP) concluent au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêté attaqué (TAF pces 7, 11 et 15).

L'intéressée a persisté dans sa position par écriture du 6 juillet 2020 (TAF pce 16).

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

La loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10) ainsi que les différents textes de loi applicables au cas d'espèce ont fait l'objet de plusieurs modifications depuis le prononcé litigieux (entre autres : RO 2021 413 ; FF 2018 3263). Compte tenu du principe de droit intertemporel selon lequel les dispositions légales applicables sont celles qui étaient en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait devant être apprécié juridiquement ou ayant des conséquences juridiques (à cet égard, cf. notamment ATF 129 V 354 consid. 1), le droit applicable demeure toutefois celui qui était en vigueur au moment où l'arrêt du 11 décembre 2019 a été rendu. Les références du présent arrêt aux différentes lois et ordonnances applicables renvoient partant à leur version en vigueur à ce moment-là.

**2.**

Le recours du 13 janvier 2020 est dirigé contre la décision d'un gouvernement cantonal concernant la planification hospitalière au sens de l'art. 39 LAMal.

**2.1** Conformément à l'art. 31 LTAF, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, sauf exception prévue à l'art. 32 LTAF. Sont considérées comme autorités précédentes celles mentionnées à l'art. 33 LTAF. En vertu de l'art. 33, let. i, LTAF, les décisions des autorités cantonales ne sont attaquables devant le Tribunal administratif fédéral que si une loi fédérale le prévoit. Tel est le cas en l'espèce puisque l'art. 90a al. 2 LAMal dispose que le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions prises par les gouvernements cantonaux en vertu de l'art. 53 LAMal, à savoir notamment celles visées à l'art. 39 LAMal, qui relèvent – pour le canton de Genève – de la compétence du Conseil d'Etat (art. 3 al. 2 let. a et 16B de la loi genevoise d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 [ci-après : LaLAMal], rs/GE J 3 05). Le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

**2.2** Conformément à l'art. 37 LTAF et à l'art. 53 al. 2 LAMal, la procédure devant le Tribunal administratif fédéral est en principe régie par les dispositions de la PA. Sont réservées les éventuelles dérogations à la PA et les dispositions particulières de l'art. 53 al. 2 LAMal.

**2.3** La recourante a pris part à la procédure de première instance, est particulièrement touchée par la décision attaquée et a un intérêt digne de

protection à son annulation ou à sa modification. Elle dispose donc de la qualité pour recourir au sens de l'art. 48 al. 1 PA. Pour le surplus déposé dans les délai et forme légaux et l'avance de frais ayant été dûment acquittée, le recours est recevable (art. 50 al. 1, art. 52 al. 1 et art. 63 al. 4 PA).

### 3.

A l'appui d'un recours contre une décision au sens de l'art. 39 LAMal, le recourant peut invoquer une violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation ainsi que la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ; en revanche, le grief d'inopportunité n'est pas recevable, de même que celui de l'application incorrecte du droit cantonal ou intercantonal (art. 53 al. 2 let. e LAMal en relation avec l'art. 49 PA ; cf. également ATAF 2012/9 consid. 2 et l'arrêt du TAF C-5305/2010 du 16 mai 2013 consid. 3). Par conséquent, une violation de la réglementation cantonale ne peut être invoquée dans le cadre d'un recours contre une décision de planification hospitalière que s'il y a également violation du droit fédéral, notamment de la LAMal et de ses ordonnances d'exécution, ou de l'interdiction de l'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATAF 2010/51 consid. 3.2 ; arrêt du TF 2C\_399/2012 du 8 juin 2012 consid. 2.7 ; cf. également arrêts du TAF C-2759/2019 du 6 septembre 2022 consid. 3.1 ainsi que les arrêts du TAF C-3026/2019 du 6 septembre 2022, C-2731/2019 du 30 août 2022, C-2585/2019 du 7 juillet 2022, C-1409/2019 du 3 mars 2022, C-1405/2019 du 4 avril 2022, C-1361/2019 du 9 mars 2022, C-3194/2019 du 20 janvier 2022, C-1313/2019 du 11 novembre 2021 et C-1306/2019 du 21 septembre 2021).

De manière générale, les autorités compétentes en matière de planification hospitalière constituent des organes politiques et disposent dans l'exercice de leurs tâches d'une large marge d'appréciation, que le Tribunal doit respecter (cf. sur l'ensemble de ATAF 2016/14 consid. 1.6.2 deuxième paragraphe, 2013/45 consid. 5.4 et 2012/9 consid. 1.2.3.4). Aussi, 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 lorsqu'interviennent des considérations ayant trait à l'orientation d'une politique publique (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 toutefois justifiée que s'il peut admettre que l'autorité administrative a examiné les points essentiels, a procédé soigneusement et complètement aux éclaircissements nécessaires et a clairement et précisément motivé sa décision (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). Plus le pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure est important, plus le Tribunal de céans est appelé à faire preuve de retenue en exerçant son propre pouvoir d'appréciation (ATF 135 II 296 consid. 4.4.3, 133 II 35 consid. 3 et 128 V 159 consid. 6 ainsi que ATAF 2010/25 consid. 2.4.1).

**3.1** Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués par les parties (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise. Ainsi, il peut admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués ou confirmer la décision attaquée dans son résultat avec une motivation qui diffère de celle de l'instance précédente. Cela étant, il se limite en principe aux griefs soulevés et peut concentrer son examen sur ceux qui, sans arbitraire, lui paraissent pertinents. Il n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (ATF 135 I 91 consid. 2.1, 134 I 83 consid. 4.1, 133 III 439 consid. 3.3, 130 II 530 consid. 4.3 ; ATAF 2014/24 consid. 2.2)

**3.2** La maxime inquisitoire, qui s'applique également aux procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral fondées sur l'art. 53 LAMal (cf. ATF 2014/3 consid. 1.5.2), ne dispense pas la partie recourante de déposer un recours motivé et de dénoncer les vices dont la décision attaquée serait entachée. S'il est vrai que le principe de l'instruction d'office décharge les parties d'une partie importante du fardeau de la preuve, il ne les dispense pas pour autant du fardeau de l'allégation, qui exige d'elles qu'elles apportent les moyens de preuve propres à étayer leurs allégations (cf. arrêt du TAF C-2907/2008 du 26 mai 2011 consid. 8.4.7 avec renvois).

**3.3** En vertu de l'art. 53 al. 2 let. a LAMal, les preuves et faits nouveaux ne peuvent être présentés que s'ils résultent de l'acte attaqué; toute conclusion nouvelle est irrecevable. Le Tribunal administratif fédéral apprécie dès lors la légalité d'une décision de planification hospitalière d'après l'état de fait existant au moment où la décision litigieuse a été rendue (sur le rapport entre les faits nouveaux et le principe de la maxime inquisitoire, voir ATAF 2014/3 consid. 1.5.3 ss, 2014/36 consid. 1.5.2 ; cf. également ATF 132 V 215 consid. 3.1.1, 130 V 445 consid. 1.2, 121 V 362 consid. 1b, ATAF 2018 V/3 consid. 4.3 avec références ; au sujet de la littérature spécialisée accessible pour tout un chacun, cf. arrêt du TF 9C\_123/2022 du 28 novembre 2022 consid. 2.1). Au cas d'espèce, seuls seront dès lors pris en considération les faits survenus et les moyens de preuves produits jusqu'au 11 décembre 2019.

#### 4.

Dans un grief formel, la recourante invoque une violation de son droit d'être entendue, reprochant à l'autorité précédente de ne pas avoir motivé à satisfaction sa décision de l'exclure de la liste hospitalière genevoise. Singulièrement, elle fait grief au Conseil d'Etat de ne pas lui avoir communiqué les informations nécessaires à l'appréciation de sa candidature, à savoir en particulier celles ayant trait à la couverture du besoin hospitalier dans les groupes de prestations prospectés. Faute de disposer de ces informations, elle considère ne pas être en mesure de vérifier et, le cas échéant, de contester le bien-fondé de la planification hospitalière attaquée.

**4.1** Consacré à l'art. 29 al. 2 Cst. le droit d'être entendu implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Il suffit que celle-ci mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 III 65 consid. 5.2). L'autorité n'a toutefois pas l'obligation d'exposer ni de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 142 II 154 consid. 4.2). La motivation peut pour le reste être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; cf. arrêts du TAF C-2947/2021 du 7 septembre 2023 consid. 3 et 4, C-2986/2021 du 25 août 2023 consid. 3 et C-3051/2021 du 25 août 2023 consid. 3).

**4.2** Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) est une garantie constitutionnelle de caractère formel, dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 144 I 11 consid. 5.3 et la référence). Selon la jurisprudence, sa violation peut cependant être réparée, en particulier lorsque la décision entachée est couverte par une nouvelle décision qu'une autorité supérieure - jouissant d'un pouvoir d'examen au moins aussi étendu - a prononcée après avoir donné à la partie lésée la possibilité d'exercer effectivement son droit d'être entendue (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 et les références). Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée; cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure, ce qui serait incompatible avec l'intérêt de la partie concernée à ce que sa

cause soit tranchée dans un délai raisonnable (ATF 145 I 167 consid. 4.4; 142 II 218 consid. 2.8.1 et les références).

**4.3** À la suite de la recourante, on peut regretter que l'arrêté attaqué et le rapport de planification sanitaire 2020-2023 – qui en constitue la motivation (arrêt du TAF C-7017/2015 du 17 septembre 2021 consid. 11) – ne développent davantage les raisons ayant prévalu à la sélection des établissements inscrits sur la liste hospitalière litigieuse au déterminent de A.\_\_\_\_\_. Comme cela sera développé ci-après avec le fond du litige (consid. 10.3 ci-après), le rapport de planification apparaît en particulier lacunaire en ce qu'il n'aborde pas explicitement l'offre garantie par les établissements inscrits sur la liste hospitalière à la lumière des besoins en soins du canton.

Néanmoins, il faut admettre que l'autorité précédente a exprimé à plusieurs reprises les raisons pour lesquelles elle n'associerait pas A.\_\_\_\_\_ à la planification hospitalière cantonale. Singulièrement, elle a jugé primordial de concentrer l'offre stationnaire de façon « à garantir la qualité des soins et d'éviter les surcapacités » et a écarté la candidature de la recourante eu égard au fait que « les besoins en soins stationnaires pour les groupes de prestations demandés [étaient] déjà couverts par des établissements avec des volumes plus importants de cas et dans un plus grand nombre de groupes de prestations » ; aussi a-t-elle ajouté que la non-attribution des mandats litigieux se justifiait également en raison d'une « incertitude sur le coût analytique des prestations en stationnaire » visées par A.\_\_\_\_\_ (cf. courrier de la DGS du 22 novembre 2019 et son annexe, bordereau recourante pce 48). Cela étant, on peut admettre que les questions décisives pour l'issue du litige ont été communiquées à tout le moins de façon implicite au cours de la procédure administrative, de sorte que la recourante a pu attaquer la décision litigieuse en connaissance de cause. Par conséquent, le grief tiré de la violation du droit d'être entendu invoqué par la recourante doit être rejeté, le Conseil d'Etat ayant communiqué de façon suffisante les motifs justifiant à ses yeux de ne pas inscrire la recourante sur la liste contestée.

**4.4** En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours. Le juge n'entre donc pas en matière, sauf exception, sur des conclusions qui vont au-delà de l'objet de la contestation. L'objet du

litige dans la procédure de recours est le rapport juridique réglé dans la décision attaquée, dans la mesure où – d'après les conclusions du recours – il est remis en question par la partie recourante. L'objet de la contestation et l'objet du litige sont identiques lorsque la décision administrative est attaquée dans son ensemble. En revanche, lorsque le recours ne porte que sur une partie des rapports juridiques déterminés par la décision, les rapports juridiques non contestés sont certes compris dans l'objet de la contestation, mais pas dans l'objet du litige (ATF 144 II 359 consid. 4.3 et les références citées).

**4.5** Selon la jurisprudence, les décisions au sens de l'art. 39 LAMal par lesquelles un canton établit sa liste hospitalière doivent être qualifiées d'institutions juridiques sui generis consistant principalement en une série de décisions individuelles à l'intention des établissements ayant demandé à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. Pour les établissements ne figurant pas sur la liste hospitalière, celle-ci doit être assimilée à une décision négative rejetant leur demande correspondante de pratiquer à charge de l'AOS. En cas de recours, seule la décision qui règle le rapport juridique concernant la recourante peut ainsi être examinée, les décisions de la liste hospitalière n'ayant pas été contestées entrant en vigueur (ATF 2013/45 consid. 1.1.2 et 2012/9 consid. 3 ; arrêts du TAF C-2759/2019 précité consid. 2.2, C-1104/2012 et C-3460/2012 du 30 mai 2014 consid. 2.2 et C-4302/2011 du 15 juillet 2015 consid. 2.2.1, C-401/2012 du 21 janvier 2014 consid. 1.3.1).

**4.6** En l'occurrence, l'objet du litige se limite au point de savoir si A. \_\_\_\_\_ doit être admise sur la liste hospitalière genevoise 2020-2023 en vue de pratiquer à charge de l'AOS les domaines de prestations GPPH BPE (base pour fournisseurs de prestations programmées), HNO1 (chirurgie ORL), HNO1.1 (chirurgie cervico-faciale), HNO1.2 (chirurgie élargie du nez et des sinus), HNO1.3 (chirurgie de l'oreille moyenne), URO1 (urologie sans titre de formation approfondie « urologie opératoire »), BEW1 (chirurgie de l'appareil locomoteur), BEW3 (chirurgie de la main), BEW4 (arthroscopie de l'épaule et du coude), BEW5 (arthroscopie du genou), BEW7.2 (prothèses du genou de première intention) et GYN1 (gynécologie).

## **5.**

Fondés sur l'art. 117 Cst. – qui confère à la Confédération une compétence concurrente en matière d'assurance-maladie –, les art. 35 et 39 LAMal, complétés par les art. 58a ss de l'Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal, RS 832.102), chargent les cantons d'établir – et de réexaminer périodiquement (art. 58a al. 2 OAMal ; arrêt du TAF C-

325/2010 du 7 juin 2012 consid. 4.5.5) – une planification cantonale permettant d’assurer la couverture des besoins en soins hospitaliers de la population tout en maîtrisant les coûts. Singulièrement, ces dispositions aménagent une réglementation-cadre en fixant certains objectifs et principes obligatoires (art. 39 LAMal et art. 58a ss OAMal), tout en laissant aux cantons le soin et la compétence de les concrétiser. Dans ces limites, la planification hospitalière demeure du ressort des cantons, qui disposent d’une importante marge de manœuvre (arrêts du TAF C-995/2021 du 1<sup>er</sup> novembre 2021 consid. 5, C-7017/2015 précité consid. 3, C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 5.1 et 5.2 ; ATF 140 I 218 consid. 5.6.3 et les réf. cit. ; Message du Conseil fédéral du 15 septembre 2004 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l’assurance-maladie [financement hospitalier], FF 2004 5207, 5224 ch. 2.2 ; « Bases de la planification hospitalière et pistes de développement », rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2013 en réponse aux postulats 09.4239 et 10.3753 [ci-après : rapport du Conseil fédéral], p. 6, 14, 17, 18 ; MÉLANIE MADER, Financement des hôpitaux et des soins : éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in : Jusletter, 16 août 2010, n° 47 s ; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 39 Spitäler und andere Einrichtungen, 2018, p. 315 à 343, n. m. 8 ; GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungs - recht, Band XIV, Sécurité sociale, Ulrich Meyer [édit.], 3<sup>e</sup> éd. 2016, n° 794 et 795).

**5.1** L’art. 39 al. 1 LAMal, en relation avec l’art. 35 al. 1 LAMal, fixe les conditions, cumulatives, que doivent remplir les établissements hospitaliers pour être admis à pratiquer à la charge de l’assurance obligatoire des soins (AOS). 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, il 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). Conformément à l’art. 39 al. 2 LAMal, les cantons coordonnent leurs planifications.

**5.2** Conformément à l’art. 41a LAMal, les hôpitaux répertoriés sont tenus – dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités – de garantir la prise en charge de tous les assurés résidant dans le canton où se situe l’hôpital (al.1) ; pour les assurés résidant hors du canton où se

situe l'hôpital répertorié, l'obligation d'admission ne s'applique que si elle est basée sur des mandats de prestations ainsi que dans les cas d'urgence (al. 2).

**5.3** Se fondant sur la délégation de compétence prévue à l'art. 39 al. 2ter LAMal, le Conseil fédéral a adopté les art. 58a ss OAMal, qui édictent des critères de planification uniformes prenant en considération la qualité et le caractère économique des soins.

Selon l'art. 58a OAMal, la planification en vue de couvrir les besoins en soins au sens de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal garantit aux personnes habitant les cantons qui l'établissent, le traitement hospitalier à l'hôpital ; elle est périodiquement réexaminée. Pour le traitement des maladies somatiques aiguës, cette planification est liée aux prestations (art. 58c let. a OAMal ; arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 6.2).

Conformément à l'art. 58b OAMal, les besoins en soins hospitaliers doivent être déterminés selon une démarche vérifiable, fondée notamment sur des données statistiques justifiées et sur des comparaisons (al. 1). Une fois les besoins connus, les cantons déterminent l'offre qui doit être garantie par l'inscription d'établissements cantonaux et extra-cantonaux sur la liste hospitalière selon l'art. 39 al. 1 let. e LAMal, afin que la couverture des besoins soit assurée (al. 3). Cette offre correspond aux besoins déterminés conformément à l'al. 1, déduction faite de l'offre utilisée dans les établissements qui ne figurent pas sur la liste (al. 2 et 3 ; arrêt du TAF C-6266/2013 du 29 septembre 2015 consid. 4.3.2 ; s'agissant de l'obligation de coordination intercantonale, cf. également art. 58d 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, l'accès des patients au traitement dans un délai utile ainsi que la disponibilité et la capacité de l'établissement à remplir le mandat de prestation (58b al. 4 OAMal). En particulier, l'examen du caractère économique et de la qualité des prestations doit tenir compte de l'efficacité de la fourniture de prestations (let. a), de la justification de la qualité nécessaire et, dans le domaine hospitalier, le nombre minimum de cas et l'exploitation des synergies (58b al. 5 OAMal).

En vertu de l'art. 58e al. 1 OAMal, les cantons inscrivent sur leur liste 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 (al. 1) ; les listes mentionnent pour chaque hôpital

l'éventail de prestations correspondant aux mandats de prestations qui leur sont attribués (al. 2) ; les cantons attribuent à chaque établissement sur leur liste un mandat de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal, qui peut contenir notamment l'obligation de disposer d'un service d'urgence (al. 3). Selon la jurisprudence, les mandats de prestations définissent la palette de prestations que l'hôpital doit (être en mesure de) proposer à ses patients afin de couvrir les besoins en soins de la population et, par voie de conséquence, d'être inscrit sur la liste LAMal (art. 58e al. 2 et 3 OAMal ; arrêt du TF 9C\_151/2016 précité consid. 7.1 ; ATAF 2013/46 consid. 6.3.3 ; TAF C-490/2016 du 10 mai 2017 consid. 7.2).

**5.4** 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, quand bien même les exigences fixées par l'autorité seraient respectées (ATF 132 V 6 consid. 2.5.2 ; arrêt du TAF C-3413/2014 précité consid. 10.4.1). En ce sens, l'attribution de mandats de prestations s'apparente dans une large mesure à une décision discrétionnaire, qui ne peut être examinée par le Tribunal administratif fédéral qu'avec retenue (art. 53 al. 2 let. e LAMal en relation avec l'art. 49 PA ; cf. par ailleurs arrêts du TAF C-2759/2019 précité consid. 11, C-2585/2019 précité consid. 10, C-1306/2019 précité consid. 7.3.7, C-6007/2016 du 7 février 2018 consid. 8.9). De même, le caractère indéterminé de la notion de « mandat » concède une grande flexibilité aux cantons s'agissant des prestations à la disponibilité desquelles ils entendent conditionner la reconnaissance LAMal. Ainsi, ils restent libres, en confiant un mandat à un hôpital désireux d'accéder à la liste cantonale, de renoncer à requérir des services spécifiques et de définir, en les limitant, les secteurs médicaux dans lesquels l'hôpital concerné serait jugé utile à la planification et, de ce fait, autorisé à facturer ses prestations à charge de l'AOS (arrêt du TF 9C\_151/2016 précité consid. 7.1 et réf. cit).

## **6.**

**6.1** Au plan cantonal, l'art. 16A LaLAMal – dans sa version en vigueur au moment de l'arrêté attaqué – prévoit que 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 (al. 1). Pour déterminer ces besoins, le Département se fonde notamment sur des statistiques médicales, des éventuels déséquilibres existants entre l'offre

et la demande de prestations hospitalières, des scénarios démographiques et sur toute autre donnée utile.

Tout établissement hospitalier, qu'il soit public ou privé, remplissant les exigences posées par l'art. 39 al. 1 let. a à c LAMal est susceptible d'être pris en considération lors de l'établissement de la liste hospitalière (16B al. 2 LaLAMal). La liste hospitalière garantit une offre suffisante de prestations par rapport aux besoins des habitants du canton en matière d'hospitalisation ; elle tient compte : a) des besoins couverts par l'offre des hôpitaux ne figurant pas sur la liste; b) des besoins couverts par l'offre des hôpitaux hors canton; c) des besoins couverts dans le cadre d'éventuels projets pilotes permettant la prise en charge de prestations dans des zones frontalières (16B al. 3 LaLAMal).

Suivant l'art. 16B al. 5 LaLAMal, un établissement doit, pour figurer sur la liste hospitalière : a) être reconnu comme indispensable à la couverture des besoins des habitants du canton dans le domaine hospitalier, conformément à la planification cantonale; b) s'engager à développer et à exploiter des synergies entre hôpitaux en instaurant des collaborations transversales, notamment en matière d'utilisation des infrastructures, des compétences, des équipements et en matière d'échange électronique de données sur les patients; c) garantir une qualité dans la fourniture de ses prestations et répondre aux recommandations en la matière, notamment traiter un nombre suffisant de cas par discipline médicale; d) assurer le caractère économique et l'efficacité des prestations qu'il fournit; e) assurer la sécurité des patients; f) conclure avec l'Etat un mandat de prestations.

**6.2** 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). Ces recommandations ont été révisées les 25 mai 2018 et 20 mai 2022 ([www.gdk-cds.ch/fr/Soins de santé>Hôpitaux>Recommandations en matière de planification hospitalière](http://www.gdk-cds.ch/fr/Soins_de_santé/Hôpitaux/Recommandations_en_matière_de_planification_hospitalière)). Les Recommandations CDS « 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 » (voir Recommandations CDS du 25 mai 2018 et 20 mai 2022, p. 2). Elles ne lient pas non plus les tribunaux (ATF 140 V 277 consid. 4.2).

## 7.

Dans l'arrêté litigieux, le Conseil d'Etat a inscrit neuf établissements sur la liste hospitalière en vigueur dans le canton de Genève pour la période 2020-2023. Pour ce faire, il a procédé à une évaluation des besoins sanitaires pour la période 2020-2023 et a attribué les mandats de prestations aux établissements intéressés selon le modèle GPPH (art. 3 de l'arrêté litigieux). Singulièrement, il a attribué les groupes de prestations visés par la recourante à la Clinique Générale Beaulieu (BPE, HNO1, HNO1.1, HNO1.2, URO1, GYN1), à la clinique Hirslanden – Clinique la Coline (BEW1, BEW3, BEW4, BEW5, BEW7.2), à la clinique Hirslanden – Clinique des Grangottes (HNO1, HNO1.1, HNO1.2, HNO1.3, URO1, GYN1), à l'Hôpital de la Tour (HNO1, HNO1.1, HNO1.2, HNO1.3, URO1, BEW1, BEW3, BEW4, BEW5, BEW7.2, GYN1) et aux Hôpitaux Universitaires de Genève (HNO1, HNO1.1, HNO1.2, HNO1.3, URO1, BEW1, BEW3, BEW4, BEW5, BEW7.2, GYN1).

Admettant que A. \_\_\_\_\_ fournit des prestations de qualité et dispose d'un personnel compétent, l'autorité précédente a en revanche considéré que son offre – qui correspond à seulement 1'273 cas relevant du « virage ambulatoire » – n'était pas nécessaire dans la mesure où « les besoins en soins stationnaires pour les groupes de prestations demandés sont déjà couverts par des établissements avec des volumes plus importants de cas et dans un plus grand nombre de groupe de prestations ». Or, la concentration des cas stationnaires était primordiale afin de garantir la qualité des soins et la maîtrise des coûts en évitant les surcapacités de l'offre stationnaire. Aussi le canton devait-il pouvoir s'appuyer sur des établissements qui permettent de traiter tous les patients, sans que la gravité du cas ne puisse constituer un critère de tri de la part des institutions.

Le Conseil d'Etat a ajouté qu'il existait une incertitude sur « le coût analytique des prestations en stationnaire » dès lors que la Clinique recourante – active dans le domaine ambulatoire – ne disposait pas de comptabilité analytique permettant de déterminer l'économicité des prestations prospectées dans le domaine stationnaire ; d'ailleurs, les statuts de la recourante prévoyaient qu'elle n'avait pas vocation à traiter des patients nécessitant de longs séjours hospitaliers. De là, l'autorité précédente a considéré que A. \_\_\_\_\_ n'était pas en mesure d'assurer le traitement des cas les plus lourds et n'était pas adaptée à la prise en charge de tout type de patientèle dans les missions visées. Or, conformément à l'art. 41a LAMal, les établissements figurant sur la liste hospitalière ont une obligation d'admettre tous les patients dans les limites fixées par les mandats de

prestations, obligation que la recourante ne pouvait respecter sans adapter sa structure.

### 8.

A l'appui de son recours, A. \_\_\_\_\_ reproche au Conseil d'Etat d'avoir déterminé et choisi l'offre de prestations en soins aigus d'une manière qui ne repose pas sur une démarche vérifiable au sens de l'art. 58b al. 1 OAMal, viole l'exigence de transparence assignée au planificateur cantonal et ne comporte par l'examen de l'économicité des prestations exigé par les art. 39 LAMal et 58b al. 4 et 5 OAMal. En particulier, ni la décision attaquée, ni la liste hospitalière, ni le rapport de planification sanitaire, ni aucun autre document relatif à la planification genevoise ne contiendraient d'indications – chiffrées ou même générales – sur la couverture, par les établissements candidats et ceux retenus, des besoins dans les différents groupes de prestations. Par ailleurs, aucune information sur les coûts, l'efficacité, l'économicité et la qualité des prestations offertes par les établissements candidats ne figurerait dans la documentation communiquée par l'autorité précédente. De telles informations seraient pourtant déterminantes pour l'établissement de la liste hospitalière, puisque le canton aurait dû procéder à des comparaisons entre les établissements sous l'angle de ces critères.

Se prévalant d'un abus du pouvoir d'appréciation, la recourante fait par ailleurs valoir que le Conseil d'Etat ne pouvait lui reprocher une incertitude sur les coûts eu égard au fait qu'elle ne disposait pas de comptabilité analytique permettant de déterminer l'économicité des prestations dans le domaine stationnaire. L'exigence d'une comptabilité analytique selon le standard REKOLE – propre au domaine hospitalier – n'aurait en effet guère de sens s'agissant de la recourante, qui n'exerce aujourd'hui « qu'un seul type d'activité (chirurgie ambulatoire) et n'a donc qu'un seul centre de coûts ». Cela étant, si l'autorité avait procédé à un examen de l'économicité d'une façon conforme au droit fédéral, elle aurait constaté que ses coûts sont sensiblement inférieurs à ceux des établissements finalement inscrits sur la liste hospitalière. Il ressortirait en effet de la documentation produite dans le cadre de la procédure d'adjudication – soit notamment de sa comptabilité analytique au format ITAR-K, complétée d'explications détaillées, transparentes et chiffrées quant à la méthode appliquée pour calculer ses coûts – que sur six interventions des groupes de prestations prospectés, A. \_\_\_\_\_ pratique des coûts systématiquement inférieurs à ceux des établissements associés à la planification hospitalière litigieuse. De même, l'intéressée serait en mesure de proposer aux partenaires tarifaires un *base-rate* inférieur à celui des autres acteurs du marché. Cela étant, la recourante tient pour incompréhensible que l'autorité précédente ne l'ait pas

associée à la planification hospitalière cantonale, négligeant de ce fait les critères d'efficience et de maîtrise des coûts dont elle aurait dû tenir compte dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation. Quant au critère de la concentration, il n'aurait pas été appliqué de façon conséquente par l'autorité précédente, qui a attribué à certains établissements – à l'image de la Clinique Générale de Beaulieu – des mandats portant sur un nombre de groupe de prestations inférieur au nombre requis par la recourante.

Toujours selon la recourante, le Conseil d'Etat – en l'écartant de la liste hospitalière – aurait au demeurant ignoré le principe ancré à l'art. 3c OPAS qui revient à privilégier les prises en charge ambulatoires sur les traitements stationnaires. Se référant à ses buts statutaires A. \_\_\_\_\_ explique dans ce contexte ne pas avoir l'intention de proposer une offre stationnaire comparable aux autres établissements hospitaliers genevois. Dédiant intégralement ses activités à la chirurgie ambulatoire et au virage ambulatoire, elle souhaiterait en revanche pouvoir pratiquer les interventions chirurgicales se situant dans la « zone grise » entre les soins stationnaires et ambulatoires, soit celles qui présentent un risque d'hospitalisation sans que celle-ci ne soit d'emblée évidente (cf. entre autres ch. 147 du recours). Elle serait d'ailleurs déjà équipée pour fournir des soins stationnaires et il lui arrive à titre marginal d'hospitaliser des patients pour une courte durée. En ayant la possibilité d'accepter des patients pour des interventions de la « zone grise », A. \_\_\_\_\_ pourrait ainsi accumuler l'expérience et le savoir-faire nécessaires pour éviter une hospitalisation lors d'une prochaine intervention similaire. Or, en plus de s'inscrire dans le respect des critères de qualité et d'économicité des prestations, la démarche poursuivie par la recourante ne serait pas susceptible de créer un risque de surcapacités de l'offre stationnaire, mais permettrait à l'inverse de réduire à terme l'offre stationnaire.

Admettant ainsi fournir des prestations de meilleure qualité et plus économiques que ses concurrents, la recourante considère la décision attaquée d'autant plus insoutenable qu'elle constitue à sa connaissance le seul établissement disposant d'un partenariat public-privé avec un hôpital universitaire dans le cadre duquel elle gère le centre de chirurgie ambulatoire de Beaumont en collaboration avec le CHUV. Or, « la présence de conventions de collaboration avec un établissement universitaire » constituait un des critères d'adjudication communiqués durant la procédure d'attribution des mandats de prestations.

Au demeurant, la recourante fait grief à l'autorité précédente d'avoir violé les principes de l'égalité et de la liberté économique consacrés aux art. 8,

27 et 94 Cst. Son exclusion de la liste hospitalière l'empêcherait en effet d'accepter et de traiter des patients pour les interventions chirurgicales se situant dans la « zone grise ». Dans cette mesure, la décision attaquée consacrerait une inégalité de traitement par rapport aux établissements figurant sur la liste hospitalière. Dans le même temps, cette exclusion l'empêcherait de travailler sur le virage ambulatoire et porterait ainsi atteinte à son modèle d'affaire, à son développement économique et, au final, à ses activités futures. Or, ces atteintes ne seraient justifiées par aucun motif raisonnable ou important, la recourante se voyant au contraire interdire l'accès à une patientèle qu'elle pourrait traiter d'une manière plus économique et plus efficiente que les établissements admis à pratiquer à charge de l'AOS.

## 9.

Dans sa prise de position du 14 avril 2020, l'OFSP considère que la stratégie de la recourante, qui consiste à se concentrer sur les interventions de la zone grise, conduit *de facto* à exclure les cas lourds nécessitant une plus longue hospitalisation. Dans la mesure où cette stratégie implique une sélection des patients à traiter, elle s'avèrerait incompatible avec l'obligation de traiter tout type de patientèle des groupes octroyés par les mandats de prestations et définis selon les GPPH. Etant donné que la recourante n'entendrait pas respecter l'obligation de traiter tout type de patientèle, une attribution des mandats sollicités n'entrerait par conséquent pas en ligne de compte.

## 10.

**10.1** Il n'est en l'occurrence pas contesté que le Conseil d'Etat a valablement déterminé les besoins en soins hospitaliers aigus du canton de Genève pour la période 2020 à 2023. Pour ce faire, il s'est en effet fondé sur les dernières statistiques disponibles au moment de la planification, dénombrant pour l'année 2016 un total de 53'839 cas d'hospitalisation en soins aigus relevant de la LAMal pour les patients genevois, lesquels ont été pris en charge par les HUG (35'812 cas), la Clinique de Carouge et l'Hôpital de la Tour (4'273 cas), la Clinique Générale Beaulieu (4'198 cas), la Clinique des Grangettes (4'305 cas), la Clinique la Coline (3'095 cas), la maison de naissance la Roseraie (164 cas), la nouvelle clinique Vert-Pré (118 cas), la Clinique de la Plaine (102 cas) et par des établissements hors canton pour le surplus (1'774 cas ; s'agissant de la coordination intercantonale, cf. arrêt du TAF 7017/2015 précité 6.2.2, C-5017/2015 précité consid. 10.2 et 10.4 ; C-1966/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.1.3). Aussi a-t-il appliqué à ces données des facteurs ayant traits à l'évolution

démographique et épidémiologique projetée. Tenant compte également de la démarche, initiée par l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP), visant à transférer certaines interventions stationnaires vers l'ambulatoire, il a précisément déterminé les taux de croissance annuels moyens de 25 domaines de prestations. Pour les domaines prospectés par la recourante, la croissance 2020/2023 a ainsi été évaluée à respectivement 1.1 % pour l'oto-rhino-laryngologie, à 1.6 % pour l'urologie, à 1.4 % pour l'orthopédie et à 1.2 % pour la gynécologie (rapport de planification sanitaire 2020-2023, p. 24 à 35). Compte tenu de ces projections, le gouvernement a valablement ouvert à la postulation un nombre de 19'567 cas pour le domaine GHHP BPE, de 742 cas pour le domaine HNO1, de 291 cas pour le domaine HNO1.1, de 391 cas pour le domaine HNO1.2, de 90 cas pour le domaine HNO1.3, de 2'102 cas pour le domaine URO1, de 1'412 cas pour le domaine BEW1, de 472 cas pour le domaine BEW3, de 33 cas pour le domaine BEW4, de 259 cas pour le domaine BEW5, de 1'829 cas pour le domaine BEW7 et de 1'339 cas pour le domaine GYN1 (annexe 1 au rapport de planification sanitaire 2020-2023).

**10.2** Si le Conseil d'Etat a déterminé les besoins hospitaliers du canton selon une démarche vérifiable conformément à l'art. 58b al. 1 OAMal, on peut en revanche regretter – à la suite de la recourante – qu'il n'ait pas davantage explicité la manière dont ces besoins sont effectivement satisfaits par les hôpitaux figurant sur la liste hospitalière. On cherche en effet en vain, dans le rapport de planification, la démonstration que les établissements en question sont en mesure de couvrir les besoins hospitaliers de la population genevoise. Comme le fait valoir à juste titre l'intéressée, il manque en particulier au dossier des indications sur les capacités des hôpitaux retenus à prendre en charge l'ensemble des prestations stationnaires du canton. Il est vrai que l'art. 58b al. 1 OAMal formule l'exigence de la démarche vérifiable en relation uniquement avec la détermination des besoins en soins. Quoiqu'en pense l'autorité précédente, l'offre garantie par l'inscription d'établissements sur la liste hospitalière n'en demeure pas moins devoir être étayée de manière à ce que la couverture des besoins puisse être examinée à la lumière des art. 39 al. 1 let. d LAMal et 58b al. 2 et 3 OAMal (sur ces aspects, cf. arrêt du TAF C-6266/2013 du 29 septembre 2015 consid. 4.3.2).

Cela étant, il faut constater avec l'intéressée que la planification hospitalière contestée est lacunaire en ce qu'elle n'aborde pas explicitement l'offre garantie par les établissements inscrits sur la liste hospitalière à la lumière des besoins en soins du canton. Cette insuffisance n'apparaît toutefois pas déterminante puisqu'il ressort implicitement du rapport de planification

sanitaire 2020-2023 – lequel vise expressément à « constituer une liste hospitalière couvrant l'intégralité des besoins de la population genevoise » (p. 24) – que les besoins en soins stationnaires aigus sont couverts de manière suffisante par les établissements associés à la planification hospitalière genevoise. Pour l'année 2016, l'ensemble des cas englobés dans les groupes de prestations prospectés par la recourante ont en effet été pris en charge par des établissements figurant sur la liste attaquée. De là, on peut raisonnablement admettre que ces établissements restent en mesure d'absorber la demande hospitalière pour la période 2020-2023, en dépit de la croissance prévisible des besoins. Du moins, un approvisionnement manifestement insuffisant ne résulte pas de la décision litigieuse, qui constitue le résultat d'une planification des besoins soigneusement effectuée au regard des critères pertinents. En tout état de cause, la question de savoir comment faire face à un éventuel défaut de couverture relèvera le cas échéant du large pouvoir d'appréciation laissé à l'autorité précédente dans le cadre du réexamen périodique de la planification au sens de l'art. 58a al. 2 OAMal (cf. arrêts du TAF C-2731/2019 du 30 août 2022 consid. 6.1.4 et C-1361/2019 du 9 mars 2022 consid. 7.3 et 7.4).

**10.3** Ainsi que l'exprime la recourante, le Conseil d'Etat ne pouvait par ailleurs s'affranchir de l'examen de l'économicité de ses prestations pour le seul motif qu'existerait une incertitude sur le coût de son offre stationnaire. Essentiellement active dans le domaine ambulatoire, A.\_\_\_\_\_ n'est certes pas en mesure de présenter une comptabilité documentant le coût des prestations stationnaires qu'elle prospecte et ne dispose en particulier pas de certification REKOLE. Pour autant, l'autorité précédente ne saurait se prévaloir d'une absence de données empêchant de procéder – au détriment de la recourante – à des comparaisons sous l'angle du critère de l'économicité des prestations. Une telle façon de faire revient en effet à exclure d'emblée les nouveaux fournisseurs de prestations du processus d'évaluation et contrevient ainsi au principe de concurrence consacré par l'art. 39 LAMal (ATF 138 II 398 consid. 3.5.2 ; arrêt du TAF C-7017/2015 précité consid. 11.4, C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 12.4, 19.3.4 et 21.3.2, C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4.2, C-401/2012 du 28 janvier 2014, cons. 10.1). Dans ce contexte, les recommandations CDS proposent d'ailleurs de procéder à un examen approfondi de la présentation des coûts de l'hôpital concerné, précisant qu'à défaut de valeurs empiriques, il est possible de se fonder – pour les hôpitaux nouveaux candidats – sur les comptes prévisionnels pour octroyer le cas échéant des « mandats de prestations limités dans le temps jusqu'à la preuve par l'acte que l'économicité effective n'est pas supérieure aux comptes prévisionnels ». En outre, la jurisprudence a déjà retenu que les cantons ne peuvent

faire l'économie de l'examen du critère de l'économicité – qualifié d'impératif – en invoquant un manque de données, retenant que le nouveau financement hospitalier prescrit que soit effectuée une comparaison des coûts entre fournisseurs de prestations (arrêt du TAF C-5017/2015 précité consid. 12.2 et 12.4, 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). Or, s'il résulte du rapport de planification sanitaire 2020-2023 que l'autorité a confié à un expert indépendant le soin de procéder à une évaluation des établissements hospitaliers sous l'angle de la qualité des prestations (ch. rapport de planification sanitaire 2020-2023, p. 34), on cherche effectivement en vain au dossier le résultat d'une comparaison de leurs coûts.

**10.4** Nonobstant ce qui précède, on ne saurait reprocher à l'autorité précédente d'avoir refusé d'inscrire la clinique recourante sur la liste hospitalière litigieuse. Il est en effet établi que la recourante focaliserait l'essentiel de son activité stationnaire sur les prestations se situant dans la « zone grise », soit des interventions largement pratiquées en stationnaire dans le cadre de courts séjours hospitaliers, mais qui présentent un potentiel avéré de transfert vers l'ambulatoire (ch. 44 du recours). Avant de relativiser ses déclarations en expliquant – au stade des observations finales – qu'elle « acceptera tous les patients [...] qui s'adresseront à elle pour un traitement compris dans les groupes de prestations par hypothèse octroyés » (ch. 21 des observations finales), A.\_\_\_\_\_ a ainsi exposé qu'elle n'entendait pas proposer une « offre stationnaire à proprement parler, à tout le moins pas une offre stationnaire au sens de celle proposée par les autres établissements hospitaliers genevois », souhaitant à l'inverse pratiquer les interventions chirurgicales comprises dans la « zone grise » de façon à pouvoir « engranger la pratique et l'expérience nécessaires pour faire en sorte que, la fois suivante peut-être, l'intervention puisse être réalisée en ambulatoire » (ch. 147 du recours ; cf. également la correspondances de la recourante du 27 juin, 28 octobre et 2 décembre 2019, CE pces 42, 46 et 49).

Cela étant, en demandant son inscription sur la liste hospitalière, la recourante prospecte en réalité un marché de niche concernant une part parfaitement marginale des interventions englobées dans les groupes de prestations demandés. Singulièrement, l'intéressée a déposé une offre de prestations concernant 1'273 cas, ce qui représente moins du 1.8 % de l'ensemble du besoin stationnaire (CE pces 43 et 50). Or, dans son appel d'offre du 16 mai 2019, l'autorité précédente a expressément désigné

comme critère d'adjudication la possibilité de concentrer dans un seul établissement la totalité des cas relevant d'un groupe de prestations ou d'un ensemble de groupes de prestations. Aussi la jurisprudence admet-elle que la concentration de l'offre permet de réduire les coûts et d'améliorer la qualité des prestations en favorisant les synergies conformément à l'art. 58b al 5 let. c OAMal. Fournir des prestations à la charge de l'AOS ne doit ainsi être autorisé qu'au nombre d'hôpitaux nécessaire pour couvrir les besoins, un canton devant pouvoir ne retenir que l'offre des établissements les plus pertinents. En ce sens, la concentration de l'offre au détriment des hôpitaux ayant le plus faible volume de prestations n'apparaît pas contestable, ce d'autant que la loi ne confère pas aux hôpitaux le droit de figurer sur la liste hospitalière (ATAF 2021 V/1 consid. 8, 2018 V/3 consid. 7.6.6 et 9.6 ; arrêt du TAF C-7017/2015 précité consid. 9.2, C-5017/2015 précité consid. 12.4.2, C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4 ; cf. également arrêts du TAF C-2887/2019 du 26 janvier 2021 consid. 6.6.4, 6.7 ; C-3301/2014 du 11 mai 2017 consid. 7.7 ; C-3413/2014 du 11 mai 2017 consid. 11.4.4, 11.7.2, 11.7.3, 11.7.4 ; C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 9.2 et les réf. cit.).

Vu les faibles capacités de la recourante – qui s'articulent essentiellement autour d'une offre spécialisée ne comprenant pas l'ensemble des prestations englobées dans les différents groupes de prestations GPPH –, sa candidature a par conséquent valablement été écartée sur la base du critère de la concentration. Sous réserve de la maison de naissance La Rossaie et des Clinique Belmont, du Gran-Salève et d'Onex SA – qui disposent d'une certaine exclusivité dans leur domaine d'activité respectif –, les hôpitaux associés à la planification hospitalière contestée démontrent en effet des volumes d'activité au moins trois fois supérieurs à ceux prospectés par la recourante (cf. tableau T3.6 du rapport de planification sanitaire 2020-2023). C'est pour le surplus en vain que A. \_\_\_\_\_ se prévaut d'une large expérience dans la fourniture des prestations visées par le virage ambulatoire. Il n'est en effet pas contesté que les établissements associés à la planification litigieuse offrent un éventail de prestations comprenant celles visées par la recourante. Or, on vient de le dire, l'art. 39 LAMal autorise les cantons à limiter l'accès à la procédure d'évaluation aux établissements appelés à contribuer de manière importante à la couverture des besoins en soins hospitaliers stationnaires de la population. Le fait d'exclure de la liste hospitalière un établissement dont la contribution est insuffisante pour justifier sa prise en considération par la planification ne saurait par conséquent constituer une mesure disproportionnée (ATAF 2021 V/1 consid. 8 ; arrêts du TAF C-7017/2015 précité consid. 9.2.8). En ce sens, la Recommandation CDS n° 2 prévoit d'ailleurs expressément qu'en « plus

de la qualité et de l'économicité, l'importance de l'hôpital pour couvrir les besoins est l'un des critères possibles dans l'attribution d'un mandat de prestations, [les cantons pouvant] en conséquence fixer des valeurs-seuils pour les besoins à couvrir par un prestataire ». Lorsque comme ici, l'offre de prestations est globalement suffisante ou supérieure aux besoins, la CDS recommande ainsi qu'un hôpital soit considéré comme déterminant pour la couverture des besoins uniquement s'il fournit, dans le groupe de prestations concerné et pendant une période fixée par le canton, au minimum 5% (et à la fois au moins 10 cas) des traitements stationnaires des patients domiciliés dans le canton (Recommandation CDS n° 2, Explication b-c, p. 9, de la version du 25 mai 2018 ; arrêt du TAF C-7017/21015 précité consid. 9.2.3).

Dans ces conditions, il n'est pas décisif que la recourante soit en mesure – comme elle le soutient – de fournir, dans son champ limité d'activité, des prestations de meilleure qualité et plus économiques que ses concurrents. Les interventions en question étant marginales au regard de l'ensemble de celles comprises dans les groupes GPPH prospectés, cette circonstance ne suffit du moins pas à qualifier la décision attaquée d'arbitraire. Cela étant, en décidant de concerter les cas dans des établissements polyvalents disposant d'importantes capacités, le Conseil d'Etat a fait un usage non critiquable et cohérent de son pouvoir d'appréciation, quoiqu'en dise la recourante. Aussi le Tribunal de céans ne saurait-il faire la critique des critères de planification choisis par l'autorité précédente puisqu'ils correspondent aux exigences d'économicité et de qualité consacrées aux art. 39 al. 2ter LAMal et 58b al. 4 et 5 OAMal.

**10.5** La liste hospitalière litigieuse n'apparaît par ailleurs pas critiquable au regard de la nécessité – consacrée notamment par l'art. 3c OPAS – de privilégier les prises en charge ambulatoire au détriment de l'offre stationnaire. Cette problématique a en effet trait à la prise en charge des prestations médicales plus qu'à la planification hospitalière au sens de l'art. 39 LAMal. De telles considérations n'ont au demeurant pas été ignorées par l'autorité précédente, qui a planifié son offre hospitalière à la lumière du potentiel de transfert de certaines interventions du stationnaire vers l'ambulatoire (cf. en particulier rapport de planification sanitaire 2020-2023, p. 22 s et 27 s). Aussi ne saurait-on reprocher au Conseil d'Etat – qui dispose d'une importante marge de manœuvre lors de la fixation des critères de planification (arrêt du TAF C-7017/2015 précité consid. 3.1.1) – de ne pas avoir accordé davantage d'importance au virage ambulatoire ; cette considération – qui relève de l'opportunité de la décision attaquée – échappe en effet au pouvoir d'examen du Tribunal de céans. Vu au demeurant l'objet

de la présente procédure – qui se limite au droit de la recourante d’être associée à la planification hospitalière genevoise 2020-2023 –, cette dernière ne saurait rien tirer en sa faveur du fait que les établissements inscrits sur la liste hospitalière litigieuse ne peuvent pas tous se prévaloir d’un partenariat avec le CHUV.

**10.6** Finalement, la recourante ne saurait tirer avantage des principes d’égalité et de la liberté économique.

Selon la jurisprudence, le principe de l’égalité au sens de l’art. 8 Cst. n’a en effet qu’une importance limitée en matière de planification hospitalière, où les candidats à un mandat de prestations se trouvant dans une situation comparable sont naturellement amenés à être traités différemment. Pour être remise en cause sous l’angle de l’égalité de traitement, une planification doit ainsi se révéler arbitraire, le principe de l’égalité coïncidant ainsi avec celui de l’interdiction de l’arbitraire (ATF 138 II 398 consid. 3.6 ; cf. arrêts du TAF C-1361/2019 précité consid. 8.5.3, C-5603/2017 précité consid. 16.6, C-490/2016 du 10 mai 2017 consid. 7.3). Or, rien ne laisse ici penser que la recourante a été victime d’un traitement arbitraire. En l’absence de droit de figurer sur la liste hospitalière (ATF 132 V 6 consid. 2.5.2 ; arrêt du TAF C-3413/2014 précité consid. 10.4.1), le fait de ne pas pouvoir pratiquer les interventions stationnaires ne saurait en particulier constituer une violation du principe de l’égalité.

Quant au principe de la liberté économique, il ne confère aucun droit au financement de prestations par l’Etat ou par les assurances sociales. Par ailleurs, il ne fait pas partie des objectifs de la LAMal de garantir les revenus des fournisseurs de prestations aux frais de l’assurance-maladie sociale, les pertes économiques résultant de la non-attribution de mandats de prestations devant être assumées par les fournisseurs de soins. Dans ces conditions, aucune violation du principe de la liberté économique n’apparaît ici réalisée, étant entendu que la décision litigieuse n’entraîne pas une interdiction absolue de fournir des prestations, mais tout au plus l’absence de leur prise en charge par l’assurance-obligatoire des soins (ATF 138 II 398 consid. 3.9 ; arrêts du TAF C-7017/2015 précité consid. 11.6.1 et C-1966/2014 précité consid. 4.3 avec renvois).

## **11.**

En définitive, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

## **12.**

La présente procédure est soumise à des frais de justice mis à la charge

de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA). Vu l'issue du litige, les frais de procédure, fixés à Fr. 5'000.-, doivent être mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais versée par celle-ci à hauteur de Fr. 6'000.-, le solde de Fr. 1'000.- lui étant restitué.

Dans la mesure où la recourante succombe, il n'y a pas lieu de lui allouer une indemnité à titre de dépens (art. 7 al. 1 a contrario du règlement du 21 février 2009 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF ; RS 173.320.2]). L'autorité inférieure n'a, quant à elle, pas droit à de tels dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

### **13.**

Le présent arrêt n'est pas sujet à recours, conformément à l'art. 83 let. r de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110), étant précisé que l'art. 34 LTAF, auquel l'art. 83 let. r LTF renvoie, a été abrogé, avec effet au 1er janvier 2009, par le ch. II de la loi fédérale du 21 décembre 2007 (Financement hospitalier) et remplacé par les art. 53 al. 1 et 90a LA-Mal (introduits selon le ch. I de la loi fédérale du 21 décembre 2007 ; arrêt du TF 9C\_110/2020 du 9 mars 2020 consid. 2 et 4 et les références citées). Il entre en force dès sa notification (arrêt du TAF C-3997/2014 du 16 décembre 2016 consid. 11 et les références citées).

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

**1.**

Le recours est rejeté.

**2.**

Les frais de procédure de Fr. 5'000.- sont mis à la charge de la recourante et sont compensés par l'avance de frais versée en cours de procédure, le solde de 1'000.- lui étant restitué.

**3.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**4.**

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'autorité inférieure et à l'OFSP.

La présidente du collège :

Le greffier :

Caroline Bissegger

Julien Theubet

Expédition :