Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour III
C-401/2012

Arrêt du 28 janvier 2014

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz (présidente du collège),
Franziska Schneider, Michael Peterli, juges,
Isabelle Pittet, greffière.

Parties

A._____,
représentée par Maître Freddy Rumo,
recourante,

contre

Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel,
Le Château, rue de la Collégiale 12, 2000 Neuchâtel,
autorité de première instance

Objet

Arrêté du 21 décembre 2011 du Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel fixant la liste des hôpitaux neuchâtelois admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins.

Faits :

A.
A._____ est une société anonyme dont le siège est à B._____. Elle est inscrite au registre du commerce du canton de Neuchâtel depuis le (…) 2002 avec le but suivant: "Exploitation d'une clinique générale; achat, rénovation, exploitation et vente d'objets immobiliers, de produits ou de biens pharmaco-sanitaires" (TAF pce 1).

B.
En date du 6 septembre 2011, le Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel (ci-après: le Conseil d'Etat, autorité de première instance, autorité cantonale ou gouvernement), après consultation des établissements hospitaliers neuchâtelois (courrier du Conseil d'Etat du 29 juillet 2011 remettant aux directions des hôpitaux neuchâtelois le projet d'arrêté, réponse du 26 août 2011 de A._____) et sur la base en particulier du rapport du 30 août 2011 du Département de la santé et des affaires sociales du canton de Neuchâtel (DSAS; actuellement: Département des finances et de la santé [DFS]), a adopté un arrêté fixant la liste des conditions à remplir par un hôpital pour pouvoir figurer sur la liste hospitalière cantonale 2012-2014 (ci-après: arrêté du 6 septembre 2011). Publié dans la feuille officielle du canton du 9 septembre 2011 (FO 11/36), cet acte conditionne l'inscription d'un hôpital sur la liste établie dans le cadre de la planification hospitalière cantonale au respect de "critères impératifs" et de "critères d'adjudication" (art. 2 et 3 de l'arrêté du 6 septembre 2011; TAF pce 6).

C.
Par courrier du 7 octobre 2011 à la Conseillère d'Etat en charge du DSAS, A._____ a sollicité l'obtention de mandats de prestations de l'Etat dans dix domaines différents (TAF pce 1).

En date du 1er décembre 2011, A._____ s'est à nouveau adressée par courrier à la Conseillère d'Etat en charge du DSAS, se référant au projet de rapport du DSAS à l'attention du Conseil d'Etat, relatif à la planification hospitalière 2012-2014, lequel projet exclut A._____ de la liste hospitalière pour la période 2012-2014. A._____ y critique le critère retenu par le Conseil d'Etat, selon lequel un établissement doit, sur les trois dernières années, avoir fourni un nombre de prestations minimum équivalent à 5% de tous les cas de la population neuchâteloise durant l'année de référence 2008. Elle requiert ainsi à nouveau de pouvoir figurer sur la liste hospitalière cantonale 2012-2014 avec, au minimum,

des mandats de prestations dans les domaines de l'orthopédie, de la gynécologie-obstétrique et de la neurochirurgie (du rachis). Elle sollicite par ailleurs une décision motivée afin de sauvegarder son recours au Tribunal de céans sans préjudice d'un recours normatif auprès du Tribunal fédéral contre un arrêté cantonal (TAF pce 1).

D.
Le 8 décembre 2011, le DSAS a rendu son rapport concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2012-2014 (rapport DSAS [TAF pce 6]). Il y a notamment rappelé, s'agissant du critère relatif à la qualité, qu'un établissement doit justifier d'une masse critique et d'une activité suffisantes et avoir fourni, sur les trois dernières années, un nombre de prestations minimum équivalent à 5% de tous les cas de la population neuchâteloise durant l'année de référence (2008) et avoir traité au moins 10 cas dans le domaine de prestations considéré. Le Département, ayant établi un tableau analysant le critère impératif relatif à la qualité et présentant le nombre de cas réalisés en moyenne (2008-2010) par institution et l'activité minimale selon l'arrêté du 6 septembre 2011 (Tableau 10), a indiqué à cet égard que A._____ ne satisfaisait pas au critère de masse critique fixé par le Conseil d'Etat et n'était dès lors pas éligible pour se voir octroyer un mandat de prestations (rapport DSAS p. 31, 32). En annexe de son rapport du 8 décembre 2011 (annexe 4, p. 47), le DSAS a proposé la liste des hôpitaux neuchâtelois admis à pratiquer à la charge de l'assurance de base et un tableau des mandats de prestations confiés aux hôpitaux neuchâtelois selon la planification sanitaire cantonale.

E.
Se fondant entre autres sur l'arrêté du 6 septembre 2011, et sur la proposition du DSAS, le Conseil d'Etat, par arrêté du 21 décembre 2011 (ci-après: arrêté), a fixé la liste des hôpitaux neuchâtelois admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins et qui bénéficient d'une subvention de l'Etat (art. 1 de l'arrêté). Publié dans la feuille officielle du canton n° 51 du 21 décembre 2011 (FO 11/51), l'arrêté est entré en vigueur le 1er janvier 2012 et est valable jusqu'au 31 décembre 2014 (art. 7 de l'arrêté). Il a en outre abrogé l'arrêté du 15 décembre 1999 qui fixait précédemment la liste des hôpitaux et des établissements médicaux-sociaux du canton de Neuchâtel admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (art. 6 de l'arrêté). Selon l'art. 2 de l'arrêté, les hôpitaux du canton de Neuchâtel admis dans la liste sont, s'agissant des soins physiques, l'Etablissement hospitalier multisite cantonal (EHM; aujourd'hui Hôpital neuchâtelois [HNe]) et l'Hôpital de la

Providence, et, s'agissant des soins psychiatriques, le Centre neuchâtelois de psychiatrie (CNP). Est jointe à l'arrêté du 21 décembre 2011 une annexe fixant les mandats de prestations confiés aux hôpitaux précités (art. 3 de l'arrêté et annexe "Tableau des mandats de prestations confiés aux hôpitaux neuchâtelois selon la planification sanitaire cantonale"; [TAF pce 1]).

F.
Par acte du 20 janvier 2012 (TAF pce 1), A._____, par l'intermédiaire de Me Freddy Rumo, a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral à l'encontre de l'arrêté du Conseil d'Etat du 21 décembre 2011.

La recourante conclut principalement au constat que le Conseil d'Etat a commis un déni de justice à son endroit en ne lui notifiant pas de décision formelle à la suite de sa requête du 7 octobre 2011, et, conséquemment, à l'annulation de l'arrêté querellé en tant qu'il refuse de l'admettre sur la liste hospitalière neuchâteloise (art. 2 de l'arrêté) et au renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat pour décision au sens des motifs de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral. Subsidiairement, au cas où l'arrêté litigieux serait admis comme une décision, la recourante demande l'annulation, respectivement la réforme de l'arrêté contesté en tant qu'il refuse de l'admettre sur la liste hospitalière neuchâteloise (art. 2 de l'arrêté) et, conséquemment, le renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat en invitant ce dernier à admettre la recourante sur la liste hospitalière et à définir les mandats de prestations la concernant (art. 3 de l'arrêté et annexe définissant les mandats de prestations).

F.a Dans un premier temps, la recourante considère que dans la mesure où l'arrêté litigieux ne comporte aucune indication de voies de recours ni aucune motivation s'agissant des causes retenues pour exclure A._____ de la liste hospitalière, on peut douter que cet arrêté constitue une décision au sens où l'exigeraient les art. 39 et 53 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10). La recourante estime en conséquence qu'elle peut se plaindre d'un déni de justice et d'une violation du droit d'être entendu, respectivement d'un défaut de motivation, et qu'il convient de constater la nullité de l'arrêté en tant que ce dernier la concerne, le Conseil d'Etat étant invité à rendre une décision susceptible de recours.

F.b Dans un second temps, l'intéressée invoque, si l'on devait considérer l'arrêté contesté comme une décision, une violation du droit fédéral, en particulier des art. 39 LAMal et 58 ss de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur

l'assurance-maladie (OAMal, RS 832.102), y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi qu'une violation du principe de la concurrence et de la liberté économique, du principe de l'égalité juridique et de l'égalité de traitement, de même que de celui de la protection contre l'arbitraire. Elle soutient encore que l'arrêté aurait des effets pervers sur ses autres activités.

La recourante fait notamment valoir à cet égard que le Conseil d'Etat, en instituant le critère de la masse critique et en retenant, pour apprécier cette masse critique, le critère d'un nombre de prestations minimum équivalant à 5% de tous les cas de la population neuchâteloise en 2008 et du traitement d'au moins 10 cas dans le domaine de prestations considérées, a contourné les objectifs et mécanismes issus de la révision de la LAMal, déterminant un critère de sélection qui exclut par avance toute concurrence des établissements autres que l'établissement public cantonal et favorisant ce dernier au détriment des établissements privés. De même, l'intéressée soutient que l'interprétation et l'application du critère de masse critique sont arbitraires et constituent un abus du pouvoir d'appréciation, dans la mesure où le Conseil d'Etat savait qu'avant la 3e révision de la LAMal, A._____ ne figurait pas sur la liste hospitalière et ne pouvait traiter des patients à charge de l'assurance de base, alors que dans les années 1995 à 2000, elle avait pu traiter des patients non couverts par une assurance complémentaire et avait alors une activité largement supérieure à la masse critique retenue par le Conseil d'Etat. Serait également arbitraire et inadapté le choix de l'année de référence 2008 pour apprécier les capacités d'un établissement pour les années futures dès 2012. Les besoins en soins et les capacités de la recourante auraient dû s'apprécier, de l'avis de cette dernière, en fonction de son activité actuelle et de son développement structurel et infrastructurel, en particulier la construction d'un nouveau plateau opératoire, en tenant compte également des capacités qu'elle a démontré à une période où elle pouvait opérer des patients à la charge de l'assurance de base. Au surplus, le Conseil d'Etat aurait totalement méconnu l'exploitation de synergies possibles avec l'hôpital public neuchâtelois, alors que la recourante aurait toujours manifesté sa volonté d'établir de telles synergies et aurait incontestablement pu en offrir, en particulier durant la période 2012-2014.

La recourante reproche également au Conseil d'Etat d'avoir, en l'écartant par avance de la liste hospitalière, violé le principe de la concurrence découlant de la LAMal, de même que sa liberté économique, l'arrêté litigieux constituant une mesure de politique économique. Elle estime par

ailleurs qu'en fixant une masse critique calculée en fonction de critères discriminatoires et différenciés, et en avantageant, de ce fait, son propre établissement au préjudice des autres, le Conseil d'Etat n'a pas respecté le principe de l'égalité juridique et de l'égalité de traitement. L'intéressée relève encore que l'arrêté querellé a pour effet de priver le patient dont le médecin est lié à A._____ de pouvoir choisir cet hôpital, violant ainsi le principe du libre choix de l'établissement, prévu dans la loi.

F.c Enfin, A._____ note que les effets de l'arrêté litigieux retentissent sur d'autres aspects de son activité. Elle indique à cet égard que certaines conventions passées avec les caisses-maladie ont été résiliées, d'autres gelées, en attendant les tarifs forfaitaires selon le système SwissDRG. En outre, certains assureurs, prenant prétexte que A._____ ne figure pas sur la liste hospitalière, auraient considéré qu'ils n'avaient plus l'obligation de rembourser des prestations stationnaires à partir du 1er janvier 2012. Dès lors, en refusant aux établissements privés de figurer sur les listes hospitalières, les cantons condamneraient à terme le secteur privé, ce qui serait contraire à la dernière révision de la LAMal.

G.
Par décision incidente du 7 février 2012 (TAF pces 2, 3), le Tribunal administratif fédéral a accusé réception du recours et invité la recourante à s'acquitter d'une avance sur les frais de procédure présumés.

H.
Saisi d'un recours en matière de droit public le 20 janvier 2012, formé par A._____ contre l'arrêté du Conseil d'Etat du 21 décembre 2011, le Tribunal fédéral, par arrêt du 25 avril 2012, a déclaré le recours irrecevable et transmis la cause au Tribunal administratif fédéral comme objet de sa compétence (TAF pces 5, 7).

I.
Dans sa réponse au recours du 26 avril 2012 (TAF pce 6), l'autorité de première instance a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêté contesté.

I.a S'agissant des faits, l'autorité de première instance, présentant la démarche suivie par le Conseil d'Etat, indique avoir adopté, au terme d'un long processus tenant compte notamment des nouvelles prescriptions de la LAMal sur la planification hospitalière, le rapport de planification 2012-2014 du 8 décembre 2011 qu'elle joint à sa réponse et auquel elle renvoie pour plus de détails. Développant et expliquant plus précisément les

critères retenus dans l'arrêté du 6 septembre 2011, l'autorité de première instance soutient avoir repris pour l'essentiel les critères définis dans la LAMal et l'OAMal révisées, critères certes identiques pour l'ensemble du territoire national, mais dont l'application concrète peut porter à interprétation. L'autorité cantonale rapporte avoir procédé par la suite à un appel d'offres, sur la base de son arrêté du 6 septembre 2011, la recourante ayant alors déposé un dossier; celui-ci aurait été considéré de la même manière que ceux des autres institutions, mais n'aurait pas été retenu, au motif que A._____ ne respectait, dans aucun des dix domaines de prestations pour lesquels elle avait sollicité un mandat, le critère impératif de la qualité, exigeant une masse critique et une activité suffisante (art. 2 al. 1 let. e de l'arrêté du 6 septembre 2011). L'autorité de première instance expose avoir ensuite rendu une décision formelle dans le cadre de l'arrêté litigieux, après consultation des hôpitaux concernés, dont la recourante, et avoir brièvement, mais clairement, motivé sa décision dans le cadre de son rapport de planification.

I.b En droit, le Conseil d'Etat relève notamment que l'évaluation des besoins réalisés dans le cadre de la planification tient parfaitement compte et de manière adéquate des organismes privés, dans la mesure où il n'est fait aucune distinction entre les types, public ou privé, de structures, pas plus qu'entre les catégories d'assurés, l'Hôpital de la Providence, fondation de droit privé, s'étant d'ailleurs vu octroyer un mandat de prestations. Le Conseil d'Etat ajoute que la plus grande partie de la couverture des besoins en soins hospitaliers de base est assurée, dans le canton de Neuchâtel, par des établissements publics subventionnés et que l'exigence de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal n'implique pas pour les cantons qu'ils doivent nécessairement recourir aux organismes privés pour garantir la couverture des besoins en soins de leur population, de même qu'elle ne fonde pas un droit subjectif pour ceux-ci à figurer sur la liste hospitalière. Ainsi, ne pas admettre sur la liste hospitalière un établissement dont la contribution est insuffisante pour justifier sa prise en considération par la planification ne saurait constituer une mesure disproportionnée.

L'autorité de première instance considère en outre que c'est à tort que le grief de violation de l'art. 58*b* OAMal a été soulevé, la procédure retenue par le Conseil d'Etat suivant parfaitement celle prescrite par l'OAMal; quant à l'exigence d'un nombre minimum de cas, elle aurait également été retenue comme critère impératif dans le respect des dispositions légales et de l'ordonnance. A cet égard, l'autorité cantonale explique en particulier que le critère de la masse critique découle directement de

l'art. 58*b* ch. 5 OAMal, et que le nombre minimum de cas exigé n'est pas exagéré.

L'autorité cantonale expose par ailleurs qu'au début du long travail de planification, seules les données 2008 issues de la statistique fédérale de l'Office fédéral de la statistique (OFS) étaient disponibles et qu'elles présentaient l'avantage de décrire toute l'activité hospitalière réalisée au profit des patients neuchâtelois, offrant ainsi une vue exhaustive des besoins de la population du canton sur une année donnée. Le Conseil d'Etat souligne encore que si la recourante a entrepris d'importants travaux de rénovation et d'agrandissement, ce serait de sa propre initiative et à une époque où elle n'avait pas de mandats de prestations de l'Etat et ne pouvait pas savoir si elle en bénéficierait; or, ces investissements ne répondraient pas aujourd'hui à un besoin.

Enfin, le gouvernement neuchâtelois répond aux griefs de la recourante relatifs à la violation des principes généraux du droit et estime que c'est à tort que la recourante lui reproche une telle violation.

J.
Invité à se déterminer en qualité d'autorité spécialisée, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) s'est prononcé le 19 octobre 2012 (TAF pce 9), examinant les différents griefs soulevés par la recourante et concluant au rejet du recours.

L'OFSP relève ainsi, en particulier, que l'indicateur de la masse critique par le Conseil d'Etat neuchâtelois lui semble pouvoir refléter dans une certaine mesure, mais de manière inexacte et approximative, l'économicité, l'efficacité et la qualité de la fourniture de prestations, et que c'est la comparaison des coûts par cas des hôpitaux, corrigée en fonction du mix des patients traités, qui est déterminante pour une fourniture économique de prestations par un hôpital. Il ajoute toutefois, à cet égard, que le fait que le canton de Neuchâtel ne considère pas une institution dans sa liste hospitalière pour la raison qu'un nombre de cas limité y est soigné peut constituer en principe – bien que de manière inexacte et approximative – un critère de choix fondé pour exclure les fournisseurs qui vraisemblablement ne rempliraient pas les conditions liées au critère de qualité ou au critère d'économicité de la fourniture de prestations.

Par ailleurs, l'OFSP, comparant le nombre de patients ayant une assurance complémentaire traités en 2008 et 2009 à l'HNe, à l'Hôpital de

la Providence et à A._____, arrive à la conclusion que la recourante était placée de loin à la dernière place en matière de concurrence pour les patients en divisions privée et demi-privée et ne voit pas d'élément indiquant une capacité concurrentielle particulière de la recourante par rapport à l'offre des hôpitaux répertoriés sur la liste 2012. En outre, en partant de l'hypothèse que la recourante aurait été autorisée également pour la division commune et en considérant une part de patients avec assurance complémentaire correspondant à celle de l'autre hôpital privé, l'Hôpital de la Providence, soit 18.7%, puis à celle de l'HNe, l'OFSP constate qu'il n'est pas démontré que, par le fait de la mise en place d'un nouveau plateau opératoire, le nombre de patients puisse augmenter dans la mesure prévue par la recourante, soit les 2'430 indiqués pour 2014. Ainsi, les chiffres prévisionnels avancés par la recourante seraient hypothétiques et soumis à d'importantes réserves, notamment liées à sa capacité concurrentielle. En conclusion, l'OFSP estime qu'il n'y a pas d'élément qui indique que le Conseil d'Etat aurait dû retenir la recourante dans sa planification.

Enfin, l'OFSP relève que le canton de Neuchâtel n'a notamment pas procédé à une analyse des coûts des institutions, ce qui constitue en principe une lacune importante de la planification, mais qu'il a toutefois mis en avant, comme objectif, une concentration de l'offre, ce qui est censé aller dans le sens de la qualité et de l'économicité des prestations. En outre, il y a, de l'avis de l'OFSP, matière à retenir comme plausible que l'offre de la recourante ne présentera pas des atouts particuliers pour une fourniture de prestations plus économique et de meilleure qualité que les autres institutions. Dès lors, il semble à l'autorité spécialisée que la non admission de l'intéressée sur la liste hospitalière ne puisse pas être considérée comme contraire à la LAMal.

K.
Par ordonnance du 25 octobre 2012 (TAF pce 10), le Tribunal administratif fédéral a communiqué à la recourante la réponse de l'autorité de première instance et, aux deux parties, la prise de position de l'OFSP, leur impartissant un délai pour le dépôt d'éventuelles observations.

L.
Dans une écriture du 8 novembre 2012 (TAF pce 13), l'autorité de première instance a informé le Tribunal de céans qu'elle n'avait pas d'observations à formuler concernant la prise de position de l'OFSP, dans la mesure où celle-ci appuie la position du Conseil d'Etat neuchâtelois.

M.
Dans ses observations du 28 novembre 2012, la recourante réitère pour l'essentiel les griefs contenus dans son mémoire de recours et y joint trois courriers d'assureurs-maladie refusant de conclure un contrat dans le domaine stationnaire avec un prestataire se situant hors de la liste hospitalière cantonale ou de prendre en charge les frais du séjour hospitalier auprès de A._____ d'un assuré ne possédant qu'une assurance de base.

En particulier, l'intéressée maintient qu'il est patent qu'en choisissant des critères arbitraires eux-mêmes tirés de statistiques inapplicables à la recourante, l'autorité de première instance a cherché à empêcher le développement du secteur privé, voire à en favoriser la disparition. La recourante continue en outre de penser que dans plusieurs domaines de prestations, elle remplit l'exigence qualitative (plus de 10 cas), et que s'agissant de la masse critique, elle aurait démontré sa capacité antérieure, mais aussi sa potentialité liée aux investissements importants en cours à l'époque.

N.
Les arguments et autres faits de la cause seront exposés et discutés en tant que de besoin ci-après.

Droit :

1.

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. Selon l'art. 33 let. i LTAF, les décisions d'autorités cantonales sont susceptibles de recours devant le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où d'autres lois fédérales le prévoient.

Aux termes des art. 90*a* al. 2 et 53 al. 1 LAMal, le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions des gouvernements cantonaux en matière d'admission des établissements hospitaliers à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins, au sens de l'art. 39 LAMal (ATAF 2012/30 consid. 1).

1.2 La procédure est régie par la LTAF et par la PA en vertu de l'art. 37 LTAF et de l'art. 53 al. 2 LAMal, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement et sous réserve des exceptions énoncées à l'al. 2 de l'art. 53 LAMal qui ont trait à la rationalisation de la procédure, laquelle limite notamment les échanges d'écriture et ne permet pas d'invoquer le grief d'opportunité (art. 53 al. 2 let. d et e LAMal).

1.3 La recourante fait valoir, dans un premier temps, que l'arrêté querellé n'est pas une décision, en particulier en l'absence de voies de droit, ni une décision valablement notifiée, et qu'elle n'a pas, dès lors, reçu de réponse du Conseil d'Etat neuchâtelois à sa requête du 7 octobre 2011 sollicitant l'obtention de mandats de prestations; elle se plaint par conséquent d'un déni de justice de la part de l'autorité de première instance.

Il convient par conséquent d'examiner si l'arrêté querellé du 21 décembre 2011 fixant la liste des hôpitaux neuchâtelois admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins et publié dans la feuille officielle du canton de Neuchâtel constitue une décision au sens de l'art. 5 PA et, en outre, si cette décision a été valablement notifiée.

1.3.1 Par un recours formé pour refus exprès de statuer ou retard injustifié, il ne peut être conclu qu'à la constatation de la violation de l'art. 29 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), selon lequel toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable, et à ce qu'une décision ou décision sur opposition soit rendue à bref délai par l'autorité compétente. L'art. 6 par. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH, RS 0.101) n'offre pas une protection plus étendue que celle de l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 130 I 312 consid. 5.1; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genève Zurich Bâle 2011, n° 1500).

Or, ainsi que la Cour de céans l'a établi dans sa jurisprudence (ATAF 2012/9 consid. 3.2), lors de la fixation d'une liste hospitalière, chaque hôpital figurant sur la liste se voit octroyer un mandat de prestations individuel (art. 39 al. 1 let. e LAMal, art. 58*e* al. 2 et 3 OAMal), lesquels, énumérés dans la liste des hôpitaux, lui confèrent le caractère de décision; si la demande d'un établissement à être admis sur la liste des hôpitaux est rejetée, il s'agit alors d'une décision négative. Ainsi, la

liste hospitalière doit être qualifiée d'institution juridique sui generis, consistant principalement en une série de décisions individuelles.

Dès lors, en prenant son arrêté du 21 décembre 2011, le Conseil d'Etat a bel et bien rendu une décision ou un ensemble de décisions au sens de l'art. 5 PA, constituant une décision négative pour la recourante, celle-ci ne figurant pas sur la liste hospitalière, objet de l'arrêté. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs également confirmé, dans son arrêt du 25 avril 2012 déclarant irrecevable le recours formé par A._____ contre l'arrêté du gouvernement neuchâtelois du 21 décembre 2011 (voir supra Faits H), que ce dernier constituait une décision (arrêt du Tribunal fédéral du 25 avril 2012, 2C_104/2012 consid. 1.2). Au demeurant, l'autorité de première instance a rendu sa décision dans un délai raisonnable, puisque la requête de l'intéressée sollicitant sa présence sur la liste hospitalière et un certain nombre de mandats de prestations date du 7 octobre 2011. On ne saurait dès lors reprocher au Conseil d'Etat d'avoir commis un déni de justice ou d'avoir tardé à statuer. Le grief de la recourante à cet égard doit être rejeté.

1.3.2 Quant à la question de savoir si, en publiant l'arrêté du 21 décembre 2011 dans la feuille officielle du canton, lequel arrêté ne contient pas de voies de droit, l'autorité cantonale a valablement notifié sa décision à la recourante, le Tribunal fédéral y a répondu, également dans son arrêt précité du 25 avril 2012, indiquant que la publication de l'arrêté querellé dans la feuille officielle du canton rend celui-ci opposable aux établissements exclus dès ce moment (arrêt du Tribunal fédéral 2C_104/2012 consid. 1.2). Il sied de relever par ailleurs que l'intéressée n'a subi aucun préjudice, ni du fait de cette publication, ni de l'absence de voies de droit, ayant recouru contre l'arrêté concerné dans le délai légal de 30 jours dès la publication de celui-ci et auprès de l'autorité compétente pour connaître du recours. L'arrêté ne saurait donc être annulé au motif qu'il n'a pas été valablement notifié ou qu'il ne constituerait pas une décision valable.

1.4 Comme mentionné ci-avant, posté le 20 janvier 2012, le recours a été déposé dans le délai de 30 jours prévu à l'art. 50 PA (en relation avec l'art. 20 PA). En outre, respectant les formes requises par la loi (art. 52 PA), et l'avance de frais ayant été dûment acquittée, le recours est recevable.

1.5 La décision attaquée concerne la fixation par le Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel de la liste hospitalière 2012-2014, dans laquelle la

recourante n'a pas été retenue. Dans ce contexte, il sied de rappeler qu'en application de la jurisprudence de la Cour de céans, et en conséquence de ce qui a été exposé au considérant 1.3.1 ci-avant, en principe seule la décision qui régit le rapport juridique de la recourante peut constituer l'objet du recours; les autres décisions de la liste hospitalière qui n'ont pas été contestées entrent en vigueur (ATAF 2012/9 consid. 3.3; arrêt du Tribunal administratif fédéral C-426/2012 du 5 juillet 2013 consid. 1.3.1). Ainsi, l'objet du litige est circonscrit à la question de savoir si c'est à juste titre que l'autorité de première instance a refusé de faire figurer sur la liste hospitalière neuchâteloise 2012-2014 A._____ et de lui octroyer les mandats de prestations qu'elle sollicitait.

1.6 Aux termes de l'art. 48 al. 1 PA, a qualité pour recourir quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. En l'espèce, la recourante a participé à la procédure de planification ayant conduit à l'adoption de la liste hospitalière 2012-2014, est sans aucun doute, en tant qu'établissement hospitalier n'ayant pas été autorisé à figurer sur la liste des hôpitaux admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins et n'ayant reçu aucun des mandats de prestations requis, particulièrement touchée par l'arrêté querellé et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Partant, elle est sans conteste légitimée à recourir.

2.

La recourante reproche à l'autorité de première instance de ne pas avoir motivé à satisfaction sa décision de l'exclure de la liste hospitalière neuchâteloise, ne lui ayant consacré qu'une petite phrase relative à la notion de masse critique dans le rapport concernant la planification hospitalière du 8 décembre 2011 et l'arrêté litigieux ne contenant aucune motivation. Elle se plaint ainsi d'une violation du droit d'être entendu. Or, de nature formelle, ce droit est une règle primordiale de procédure dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droits fondamentaux, 2e éd., Berne 2006, n. 1346; ATF 134 V 97), si bien qu'il convient de l'examiner en premier lieu. En effet, si l'autorité de recours constate la violation du droit d'être entendu, elle renvoie la cause à l'instance inférieure qui devra entendre la personne concernée et adopter une nouvelle décision en la motivant, quand bien même sur le fond, cette nouvelle décision ne s'écartera pas

de la solution qu'elle avait retenue lors de la décision annulée (ATF 125 I 113 consid. 3).

2.1 Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens de l'art. 29 Cst., le droit d'être entendu comprend le droit de s'exprimer, le droit de consulter le dossier, le droit de faire administrer des preuves et de participer à l'administration de celles-ci, le droit d'obtenir une décision motivée et le droit de se faire représenter ou assister (ATF 137 IV 33 consid. 9.2, ATF 136 I 265 consid. 3.2 et les références; ATAF 2010/35 consid. 4.1.2). Le droit d'être entendu est consacré, en procédure administrative fédérale, par les art. 26 à 28 PA (droit de consulter les pièces), par les art. 29 à 33 PA (droit d'être entendu stricto sensu) et par l'art. 35 PA (droit d'obtenir une décision motivée). S'agissant plus particulièrement du devoir pour l'autorité de motiver sa décision, le but est que le destinataire puisse la comprendre et l'attaquer utilement s'il y a lieu, et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité 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 126 I 97 consid. 2b, ATF 124 V 180 consid. 1a, ATF 123 I 31 consid. 2c; ATAF 2012/24 consid. 3.2.1). Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuves et griefs invoqués par les parties. Elle peut au contraire se limiter à ceux qui peuvent être tenus comme pertinents (ATF 126 I 97 consid. 2b, ATF 121 I 54 consid. 2c).

2.2 L'arrêté querellé n'expose pas, en effet, les motifs pour lesquels la recourante ne figure pas sur la liste hospitalière neuchâteloise, de même qu'il ne présente pas non plus les raisons pour lesquelles l'autorité de première instance a retenu, sur cette liste, l'HNe, l'Hôpital de la Providence et le CNP; l'arrêté se contente d'énumérer les établissements hospitaliers admis sur la liste. Ce faisant, il se réfère toutefois, en préambule, notamment à l'arrêté du 6 septembre 2011 qui fixe la liste des conditions à remplir par un hôpital pour pouvoir figurer sur la liste hospitalière cantonale 2012-2014, en particulier les critères impératifs retenus par le Conseil d'Etat et que tous les fournisseurs de prestations doivent remplir pour pouvoir participer à la procédure d'octroi de mandats de prestations. En outre, dans son rapport du 8 décembre 2011 concernant la planification hospitalière 2012-2014, lequel propose la liste des hôpitaux neuchâtelois admis à pratiquer à la charge de l'assurance de base, ainsi qu'un tableau des mandats de prestations confiés aux

hôpitaux neuchâtelois selon la planification sanitaire cantonale, rapport dont la recourante a pu prendre connaissance sous forme de projet si l'on en croit son courrier du 1er décembre 2011 à la Conseillère d'Etat en charge du DSAS (TAF pce 1), ce dernier a indiqué que le critère impératif relatif à la qualité était "éliminatoire" pour deux des quatre institutions ayant sollicité des mandats de prestations et a rappelé en quoi consistait ce critère; il a de plus établi un tableau analysant le critère impératif relatif à la qualité pour chaque mandat sollicité par un établissement, dont A._____, sur la base de l'activité moyenne 2008-2010 de chaque établissement, pour en conclure que la recourante, en particulier, ne satisfaisait pas à ce critère fixé par le Conseil d'Etat et n'était pas, dès lors, éligible pour se voir octroyer un mandat de prestations (rapport DSAS p. 31, 32). Ce rapport du 8 décembre 2011, de plus de 40 pages, expose par ailleurs la méthodologie retenue pour la planification, le nombre de cas et de journées d'hospitalisation dans le canton, pour l'année de référence 2008 et pour les différents domaines de prestations retenus, l'évolution démographique de la population du canton, l'évolution des durées moyennes de séjour et du mode de prise en charge, l'estimation des besoins futurs, etc. Or, ainsi que le Conseil fédéral a eu l'occasion de le dire dans une décision non publiée du 15 février 2006 relative à la liste hospitalière fribourgeoise (05-09 [FR]), la motivation de la liste hospitalière, ou un document séparé auquel celle-ci renvoie, doit montrer la manière avec laquelle les différents facteurs ont conduit à la solution choisie, ce qu'a fait sans aucun doute en l'espèce l'autorité de première instance par le biais notamment du rapport du 8 décembre 2011, satisfaisant pleinement à l'obligation de motiver sa décision, telle qu'elle découle de l'art. 29 al. 2 Cst. et de la jurisprudence. D'ailleurs, il ressort tant du courrier du 1er décembre 2011 de la recourante, critiquant, sur neuf pages, en particulier le critère de la qualité retenu par le Conseil d'Etat, que du mémoire de recours de 34 pages, que l'intéressée a pu se rendre compte de la portée de la décision de l'autorité cantonale et des raisons qui l'ont fondée.

3.

3.1 Aux termes de l'art. 49 PA, dans un recours au Tribunal administratif fédéral, le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) ou l'inopportunité (let. c). Toutefois, en dérogation à l'art. 49 let. c PA, l'art. 53 al. 2 let. e LAMal, disposant que le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué comme motif de recours contre les décisions au sens de l'art. 39 LAMal,

exclut le contrôle de l'opportunité, de sorte que le Tribunal de céans ne jouit pas d'un plein pouvoir d'examen en la matière.

Dès lors, le Tribunal administratif fédéral ne doit examiner la décision litigieuse que sous l'angle de sa conformité au droit fédéral, y compris si elle constitue un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité de première instance; le Tribunal doit en outre déterminer si les faits pertinents ont été constatés de façon exacte et complète.

3.2 Lors de l'élaboration de la planification et de la liste hospitalières, le canton dispose d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-2907/2008 du 26 mai 2011 consid. 4.3.2; Assurance-maladie et accidents, Jurisprudence et pratique administrative [RAMA] 5/2001 438 consid. 1.7.3).

Par pouvoir ou liberté d'appréciation, on qualifie les situations dans lesquelles la norme laisse à l'autorité administrative le choix entre plusieurs solutions, qui sont a priori toutes également légales. On en distingue en particulier deux formes: l'administration peut ou peut ne pas agir, ou bien l'administration a le choix entre diverses mesures (PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. I, 3e éd., Berne 2012, ch. 4.3.2.1).

Le pouvoir d'appréciation doit cependant s'exercer de façon conforme à la loi et à la Constitution. La violation de ces exigences juridiques (violation du droit) entraîne l'illégalité de la mesure; ce n'est toutefois pas le seul vice qui puisse affecter la mesure: quoique légale, il peut se trouver que celle-ci soit inappropriée aux circonstances, qu'une autre mesure soit mieux adaptée, produise un meilleur résultat, bref soit plus opportune (inopportunité). Deux contrôles sont dès lors possibles: celui de la légalité et celui de l'opportunité. Si le contrôle de la légalité se borne à vérifier que les limites dans lesquelles l'acte contesté reste légal ne sont pas violées, le contrôle de l'opportunité restreint bien davantage la liberté de l'autorité contrôlée puisqu'il s'exerce à l'intérieur même de ces limites (PIERRE MOOR, op. cit., ch. 4.3.2.2). C'est ce second contrôle que ne peut effectuer le Tribunal de céans lorsqu'il examine une décision prise au sens de l'art. 39 LAMal. Quant à la violation du droit, elle peut se manifester notamment par l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, l'excès ayant trait à l'existence d'un pouvoir d'appréciation, celui d'abus à son exercice. On parle ainsi d'excès de pouvoir positif lorsque l'autorité considère à tort bénéficier d'une certaine liberté d'appréciation ou porte son choix sur une mesure que la loi ne prévoit pas; il y a par contre excès de pouvoir négatif lorsque l'autorité s'estime liée, alors que la

compétence que lui donne la loi est discrétionnaire; enfin, alors même que l'autorité resterait dans le cadre de ses pouvoirs, elle doit exercer sa liberté conformément au droit, quelques principes juridiques la restreignant, dont la violation constitue un abus de pouvoir. Selon la formule du Tribunal fédéral, il y a abus du pouvoir d'appréciation "lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité" (ATF 137 V 71 consid. 5.1; PIERRE MOOR, op. cit., ch. 4.3.2.3).

4.

Le Parlement fédéral a adopté la révision de la LAMal le 21 décembre 2007. Elle est entrée en vigueur le 1er janvier 2009, sous réserve des dispositions transitoires. La révision "prévoit en substance l'abandon du financement des établissements et le passage à un financement des prestations fournies par l'hôpital, la rémunération de ces prestations à parts égales par l'assureur et le canton de résidence de l'assuré, la planification cantonale ou bien intercantonale de la couverture des besoins en soins hospitaliers de tous les assurés, la planification intercantonale de la médecine hautement spécialisée ainsi que l'amélioration des données de base et des statistiques" (voir Message du Conseil fédéral du 15 septembre 1994 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [financement hospitalier; ci-après: Message LAMal], FF 2004 5207, 5221).

L'arrêté litigieux date du 21 décembre 2011. Sont dès lors applicables en l'espèce la LAMal et son ordonnance d'application, l'OAMal, dans leur teneur en vigueur dès le 1er janvier 2009, suite à la révision du 21 décembre 2007, sous réserve toutefois des dispositions transitoires (révision de la LAMal du 21 décembre 2007 [financement hospitalier], RO 2008 2049; ordonnance du 22 octobre 2008, RO 2008 5097).

5.

5.1 Le régime transitoire de la révision de la LAMal est en effet organisé en plusieurs étapes. Selon l'al. 1 des dispositions transitoires de la modification de la LAMal du 21 décembre 2007 sur le financement hospitalier, 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 nommée SwissDRG ["Swiss Diagnosis Related Groups"]), ainsi que l'application des règles de financement au sens de l'art. 49*a* LAMal devaient être terminées au plus tard le 31 décembre 2011. A cette même date, la réglementation prévue à l'art. 41 al. 1bis LAMal (libre choix de l'hôpital ou de la maison de naissance) devait également être mise en œuvre (al. 6 des dispositions transitoires). Par contre, les planifications hospitalières cantonales, conformément à l'al. 3 des dispositions transitoires, doivent satisfaire aux exigences prévues à l'art. 39 LAMal dans un délai de trois ans à compter de la date d'introduction des forfaits visée à l'al. 1 précité, soit au plus tard au 1er janvier 2015, l'appréciation de la qualité et du caractère économique se fondant sur des comparaisons entre hôpitaux. Pendant le temps d'adaptation des listes hospitalières prévu à l'al. 3 des dispositions transitoires, les cantons prennent en charge leur participation aux coûts dans tous les hôpitaux figurant sur les listes en vigueur (al. 4 des dispositions transitoires), donc y compris pour les cliniques privées.

Selon la jurisprudence, la planification hospitalière et les listes doivent constamment être vérifiées et ajustées si nécessaire à l'évolution des besoins (ATAF 2010/15 consid. 4.2; RAMA 4/2002 233 consid. 2.2; GEBHARD EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung, Zurich/Bâle/Genève 2010, ad art. 39 LAMal, p. 245 s n. 13 et 16 et p. 249 n. 24). Il s'ensuit qu'il n'y a pas d'interdiction, pour les cantons, d'effectuer une nouvelle planification avant le 31 décembre 2014 ou même avant 2013 ou 2012. En effet, les cantons ne sont pas dispensés, pendant la période transitoire, de leur obligation de veiller à la couverture des besoins en matière hospitalière.

5.2 Se pose toutefois la question de savoir si les cantons, en l'espèce le Conseil d'Etat neuchâtelois, doivent tenir compte des critères de l'art. 39 al. 1 LAMal et des art. 58*a* ss OAMal lors de l'élaboration d'une liste hospitalière pour les années 2012 à 2014.

L'art. 39 al. 1 LAMal n'ayant subi aucune modification du fait de la révision de la LAMal relative au financement hospitalier (arrêt du Tribunal administratif fédéral C-325/2010 du 7 juin 2012 consid. 3.1), il convient de respecter pleinement les critères qui y sont énumérés.

Quant aux art. 58*a* ss OAMal, les dispositions finales de la modification de l'OAMal du 22 octobre 2008 ne prévoient aucun délai d'adaptation lié à l'application de ces articles, de sorte que l'on peut partir du principe que le nouveau droit est applicable dès le 1er janvier 2009 (ULRICH

HÄFELIN/GEORGE SMITH/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6e éd., Zurich/St-Gall 2010, n. marg. 310). En outre, tant les principes consacrés à l'art. 58*b* al. 1 à 3 OAMal pour déterminer l'offre qui doit être garantie par l'inscription d'établissements sur la liste hospitalière, que les critères figurant à l'art. 58*b* al. 4 et 5 OAMal relatifs à l'évaluation et au choix des hôpitaux, respectivement à l'examen du caractère économique et de la qualité, correspondent à la jurisprudence déjà existante. Dès lors, si une nouvelle planification est mise en œuvre après le 1er janvier 2009, elle doit pleinement respecter les critères des art. 58*a* ss OAMal, ce que la Cour de céans a d'ailleurs déjà eu l'occasion de dire à plusieurs reprises (arrêts du Tribunal administratif fédéral 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).

6.
Il convient donc maintenant d'examiner si le Conseil d'Etat neuchâtelois, en refusant d'inscrire la recourante sur la liste hospitalière 2012-2014, a tenu compte à satisfaction des critères de planification du droit fédéral.

6.1 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. 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).

L'art. 39 al. 1 let. a à c LAMal règle ainsi les conditions liées aux services et à l'infrastructure, qui doivent en premier lieu être examinées par les autorités du canton où se situe l'hôpital concerné. La let. d pose la condition de la couverture des besoins en soins de la population et de la coordination, tandis que la let. e concerne le rôle de publicité et de transparence exigé de la liste hospitalière. Les conditions des let. d et e doivent par conséquent donner lieu à une coordination entre les fournisseurs de prestations, à une utilisation optimale des ressources disponibles et à une maîtrise des coûts (ATAF 2010/15 consid. 4.1).

Par ailleurs, depuis le 1er janvier 2009, date d'entrée en vigueur de la révision de la LAMal relative au financement hospitalier, les cantons sont expressément tenus de coordonner leurs planifications (art. 39 al. 2 LAMal). En outre, le Conseil fédéral a été chargé d'édicter des critères de planification uniformes en prenant en considération la qualité et le caractère économique (art. 39 al. 2ter LAMal), ce qu'il a fait aux art. 58*a* ss OAMal, en vigueur depuis le 1er janvier 2009 également.

6.2 Selon l'art. 58*b* al. 1 à 3 OAMal, les cantons déterminent les besoins en soins hospitaliers selon une démarche vérifiable, en se fondant notamment sur des données statistiques justifiées et sur des comparaisons (al. 1). Puis, ils déterminent l'offre utilisée dans des établissements qui ne figurent pas sur la liste qu'ils ont arrêtée (al. 2). Enfin, en déduisant cette offre des besoins déterminés conformément à l'art. 58*b* al. 1 OAMal, ils 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). 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 (al. 4). Sont en outre définis plus avant les critères dont les cantons doivent tenir compte lorsqu'ils examinent le caractère économique et la qualité de la fourniture de prestations, soit en particulier l'efficience de la fourniture de prestations, la justification de la qualité nécessaire et, dans le domaine hospitalier, le nombre minimum de cas et l'exploitation des synergies (al. 5). Enfin, conformément à l'art. 58*c* let. a OAMal, pour la couverture des besoins en soins dans les hôpitaux pour le traitement des maladies somatiques aigues, la planification doit être liée aux prestations, une planification orientée sur la capacité n'étant plus autorisée.

6.3 Il convient encore de relever que 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>Thèmes>Planification hospitalière), lesquelles "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 p. 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>Thèmes>Planification hospitalière>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.

7.

7.1 Dans son rapport du 8 décembre 2011 au Conseil d'Etat concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2012-2014 (TAF pce 6), sur lequel se fonde la décision litigieuse, le DSAS, après une brève introduction générale quant à la planification hospitalière, expose les objectifs de la révision de la planification hospitalière neuchâteloise en 2012, soit ajuster la planification à la réalité neuchâteloise, adapter la planification à l'évolution des besoins de la population et des conditions-cadres du système de santé et rendre la planification compatible avec les nouvelles prescriptions légales sur le plan fédéral (rapport DSAS ch. 2.1). Il indique par ailleurs que les Recommandations CDS ainsi que le Guide CDS ont servi de base de réflexion pour l'établissement de sa planification.

Se référant précisément à la CDS, le DSAS explique dans un premier temps quelles sont les données statistiques qui ont servi à établir, dans le canton de Neuchâtel, la planification hospitalière, à savoir principalement les données de la statistique médicale et de la statistique administrative des hôpitaux, ces statistiques tenant compte notamment des prestations fournies, des durées de séjour, des hôpitaux traitants et de la structure démographique des patients, éléments particulièrement importants lorsqu'il s'agit de décrire la situation actuelle et de définir les besoins futurs de la population neuchâteloise. Il ressort ensuite du rapport du 8 décembre 2011 que pour s'assurer de la cohérence des données utilisées dans le cadre de la planification hospitalière neuchâteloise, le département a opéré des recoupements entre les données issues de la statistique fédérale de l'Office fédéral de la statistique (OFS) et celles des statistiques des institutions neuchâteloises, que ces dernières sont tenues de fournir au Service cantonal de la santé publique dans le cadre du contrôle annuel des comptes; il en a résulté que les deux bases de données présentent quelques menues différences qui ont permis au

canton de Neuchâtel de considérer les statistiques fédérales comme étant une source fiable et adéquate dans le cadre de la présente planification (rapport DSAS Tableau 1). Enfin, il appert que les données utilisées pour l'élaboration de la planification concernent l'exercice 2008, pour le motif, ainsi que l'explique le DSAS dans son rapport et l'autorité de première instance dans sa réponse au recours, que les données 2008 étaient les dernières données annuelles disponibles et validées au début des travaux de planification; le DSAS indique en outre que le codage des diagnostics et interventions est contrôlé chaque année par un organe de révision externe dans les hôpitaux neuchâtelois subventionnés, lesquels peuvent se prévaloir, pour l'année 2008, d'un taux de codage correct de 95% des diagnostics, ce qui est considéré comme très bon (rapport DSAS ch. 3.2).

Le DSAS rapporte dans un second temps que se fondant toujours sur les indications de la CDS, il a procédé à une classification des prestations sur la base de la structure tarifaire APDRG ("All-Patients-Diagnosis related groups"), version des DRGs appliquée dans le canton de Neuchâtel, et qu'il a privilégié un regroupement des APDRGs en 27 domaines de prestations, auxquels il a ajouté deux groupes de prestations que sont les paquets de base et de base programmé (rapport DSAS ch. 3.3 et Tableau 2).

7.2 Ainsi que cela résulte du rapport du 8 décembre 2011, c'est ensuite sur la base des éléments et données statistiques précités que l'autorité de première instance a procédé à la détermination des besoins en soins de la population neuchâteloise (rapport DSAS ch. 3.4). Il a tout d'abord établi, pour chacun des 27 domaines de prestations retenus, une photographie du recours aux soins de la population neuchâteloise pour l'année de référence 2008 (rapport DSAS ch. 4.1 et Tableau 3: 20'748 hospitalisations [cas] et 143'027 journées d'hospitalisation en 2008, tout domaine de prestations confondu), puis a intégré des facteurs d'évolution de la demande, soit l'évolution démographique, l'évolution des durées moyennes de séjour et l'évolution du mode de prise en charge, à savoir le virage ambulatoire, afin d'estimer l'évolution de la demande par DRG lors des années sur lesquelles porte la planification (rapport DSAS ch. 4.2). Pour ce faire, le DSAS s'est fondé sur le modèle de prévision des besoins sur la base des prestations élaboré par l'Observatoire suisse de la santé (Obsan), également utilisé par d'autres cantons romands et ayant donc une bonne assise, et par le Service cantonal de recherche et d'information statistiques (SCRIS) du canton de Vaud, bien que ce modèle ne prenne pas en considération de manière spécifique les

facteurs que sont les évolutions épidémiologique et médico-technique, le département ayant présumé que le modèle en tenait compte de manière implicite. Par ailleurs, afin d'intégrer l'hypothèse du virage ambulatoire, à savoir la substitution de prestations stationnaires par des prestations ambulatoires, non pris en compte non plus dans le modèle Obsan-SCRIS, le canton de Neuchâtel a pris en considération des éléments complémentaires empruntés au modèle élaboré par le canton de Zurich (rapport DSAS ch. 4.2.3). Enfin, sur la base de ces deux premières étapes, l'estimation des besoins futurs pour chaque domaine de prestations a été réalisée, en termes de cas et de journées d'hospitalisation, pour les années 2012 à 2014 (rapport DSAS ch. 4.3 et Tableau 5).

7.3 Au vu de ce qui précède et sur la base du dossier, l'autorité de céans ne voit pas de motifs de remettre en question, à ce stade, les démarches entreprises par le Conseil d'Etat dans sa planification hospitalière 2012-2014 visant à déterminer les besoins en soins de la population neuchâteloise. Ces démarches, outre qu'elles s'inspirent des Recommandations et Guide CDS (Guide CDS ch. 5.2.1 pour les sources des données, ch. 5.5 et 5.6 pour les estimations du besoin futur en prestations médicales et les scénarii sur l'évolution des besoins), s'avèrent, malgré certaines imperfections mises en lumière par le canton lui-même (notamment dans la prise en compte des variables de prévision des besoins [Guide CDS ch. 5.5.1]), conformes aux exigences de l'art. 58*b* al. 1 OAMal, soit vérifiables et se fondant sur des données statistiquement justifiées. On ne saurait en particulier reprocher au Conseil d'Etat d'avoir choisi l'année 2008 comme année de référence pour l'élaboration de la planification, dans la mesure où, comme l'indique elle-même l'autorité inférieure, les données 2008 étaient les dernières données statistiques annuelles définitives disponibles et validées au début des travaux de planification, les données statistiques définitives présentées par l'OFS étant, selon les Recommandations CDS (ch. 2.1), les données de base d'après l'art. 58*b* al. 1 et 2 OAMal. En outre, comme l'indique la CDS dans son Guide (Guide CDS ch. 5.2.1.2), la qualité de la statistique médicale des hôpitaux de l’OFS, source de données la plus importante pour une planification hospitalière liée aux prestations, dépend tout particulièrement de la qualité du codage des diagnostics et interventions, d’une part, et de leur utilisation, d’autre part; or, ainsi que le rapporte le DSAS, les hôpitaux neuchâtelois subventionnés peuvent se prévaloir, pour l'année 2008, d'un taux de codage correct de 95% des diagnostics pour l'année 2008. Quant au regroupement des prestations en 27 domaines sur la base des APDRGs, le Conseil d'Etat a là aussi

suivi les propositions de la CDS (voir Recommandations CDS ch. 2.2 et Guide CDS ch. 5.3.1), laquelle indique que 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 et que le recours aux APDRGs est possible tant que les SwissDRGs ne sont pas disponibles, un regroupement des APDRGs étant toutefois conseillé au vu du nombre de positions de ce modèle (environ 700; voir également la décision du Comité directeur de la CDS du 27 janvier 2011 concernant le concept de groupes de prestations: planification hospitalière dès 2012; www.gdk-cds.ch>Thèmes>Planification hospitalière>Groupes de prestations pour la planification hospitalière).

8.

8.1 Le Conseil d'Etat s'est ensuite attelé à déterminer l'offre utilisée dans des établissements neuchâtelois et hors canton ne figurant pas sur la liste des hôpitaux (rapport DSAS Tableaux 7 et 8). Ainsi que cela ressort du rapport du DSAS du 8 décembre 2011, le canton a souhaité, pour ce faire, identifier d'abord les hôpitaux avec lesquels il pourrait collaborer, y compris les institutions sises hors canton. Il a dès lors fixé douze critères dits "impératifs" afin de lui permettre de déterminer quels établissements sont susceptibles de figurer sur la liste hospitalière et pour quels domaines de prestations, critères qui sont énumérés dans l'arrêté du Conseil d'Etat du 6 septembre 2011 fixant la liste des conditions à remplir par un hôpital pour pouvoir figurer sur la liste hospitalière cantonale 2012-2014. Parmi ces critères impératifs se trouve le critère de la masse critique, dit "de la qualité", lequel est considéré comme rempli par l'autorité cantonale en particulier si l'établissement concerné justifie d'une masse critique et d'une activité suffisantes; en d'autres termes, il doit, sur les trois dernières années, soit 2008, 2009, 2010, avoir fourni un nombre de prestations minimum équivalent à 5% de tous les cas de la population neuchâteloise durant l'année de référence 2008 et avoir traité au moins 10 cas dans le domaine de prestations considéré (rapport DSAS ch. 3.5).

8.2 Il s'est agi par la suite, comme l'expose le DSAS dans le rapport du 8 décembre 2011, de déterminer l'offre qui doit être garantie par l'inscription d'établissements cantonaux et extra-cantonaux sur la liste des hôpitaux, offre obtenue en déduisant les données résultant de la détermination de l'offre utilisée dans des établissements qui ne figurent pas sur la liste hospitalière des données résultant de la détermination des besoins de la population (rapport DSAS ch. 3.6, 6 et Tableau 9). Cela ne débouchant pas toutefois sur une répartition des mandats de prestations

entre les hôpitaux, l'autorité cantonale, pour se donner les moyens de définir, parmi les hôpitaux sollicitant un mandat de prestations, lesquels s'en verront octroyer un, a ainsi fixé, dans son arrêté du 6 septembre 2011, quatre critères dits "d'adjudication" permettant d'évaluer et de choisir l'offre qui doit être garantie par la liste; l'établissement concerné doit ainsi: fournir des prestations de qualité (a), fournir des prestations efficientes et économiques (b), assurer un accès des patients au traitement dans un délai utile (c) et réaliser un éventail représentatif de prestations dans le domaine de prestations concerné (d; rapport DSAS ch. 3.7.1).

8.3 Une fois les critères posés, le DSAS indique, dans son rapport du 8 décembre 2011, avoir procédé à un appel d'offres auprès de tous les hôpitaux neuchâtelois, auquel a répondu en particulier A._____ par courrier du 7 octobre 2011 à la Conseillère d'Etat en charge du DSAS, dans lequel la recourante a sollicité l'obtention de mandats de prestations de l'Etat dans dix domaines différents (TAF pce 1). Le département rapporte ensuite que le Conseil d'Etat a, sur cette base, procédé à l'analyse des critères impératifs et notamment du critère impératif relatif à la qualité, en déterminant, pour chacun des 27 domaines de prestations, le nombre de prestations minimum équivalent à 5% de tous les cas de la population neuchâteloise durant l'année de référence 2008 (le nombre de cas de l'année 2008 figurant au Tableau 3 du rapport DSAS) et en comparant le résultat obtenu au nombre de cas effectués en moyenne par chaque établissement sollicitant un mandat de prestations durant les années 2008 à 2010 (rapport DSAS Tableau 10). Il s'est avéré, suite à cette analyse, en se fondant sur les statistiques d'activité présentées par la recourante pour ces années-là (Tableau TAF pce 6 p. 5), que celle-ci ne remplissait pas le critère dit "de la qualité", n'ayant pas fourni sur les trois années 2008 à 2010, dans les domaines de prestations considérés, un nombre de prestations minimum suffisant, et qu'elle n'était pas, dès lors, éligible pour se voir octroyer un mandat de prestations (rapport DSAS ch. 5.1 et 7.1.1).

Domaine de prestations requis par la recourante	**Nombre total de cas en 2008**	**Activité minimale exigée: 5% du nombre total de cas en 2008, mais au minimum 10 cas**	**Moyenne de l'activité de A._____ de 2008 à 2010**	**Moyenne de l'activité de l'HNE de 2008 à 2010**	**Moyenne de l'activité de l'hôpital de la Providence de 2008 à 2010**
Chirurgie cardiaque et vasculaire	747	38	4, soit 0.5%	399, soit 53.4%	
Chirurgie viscérale	1520	76	63, soit 4.1%	1406, soit 92.5%	
Gynécologie	860	43	28, soit 3.3%	683, soit 79.4%	
Neurochirurgie	115	10	0	30, soit 26.1%	
Obstétrique	2041	103	0	1962, soit 96.1%	
Ophtalmologie	434	22	0	58, soit 13.4%	121, soit 27.9%
Orthopédie	3575	179	107, soit 3%	1550, soit 43.4%	1241, soit 34.7%
ORL	795	40	2, soit 0.25%	702, soit 88.3%	
Rhumatologie	558	28	13, soit 2.3%	444, soit 79.6%	
Urologie	896	45	0	754, soit 84.2%	

9.
Il ressort de ce tableau qu'effectivement, la recourante ne remplit, pour aucun des domaines de prestations pour lesquels elle a requis un mandat, l'exigence de l'activité minimale ou de la masse critique.

Or, si la recourante estime qu'il est acceptable que le Conseil d'Etat institue en critère impératif l'obligation pour tout établissement de justifier d'une masse critique et d'une activité suffisante (TAF pce 1 ch. 1.3 p. 17), elle considère que les critères retenus pour apprécier la masse critique et l'activité suffisante ne sont pas acceptables, constituent un abus du pouvoir d'appréciation et violent les dispositions légales et de l'OAMal, de même que les principes fondamentaux tels que l'interdiction de l'arbitraire, le principe de la concurrence et de la liberté économique, le principe de l'égalité de traitement, ainsi que celui du libre choix de l'établissement hospitalier.

9.1 Là encore, s'agissant de la méthode choisie, l'autorité de céans ne saurait en faire la critique au Conseil d'Etat, dans la mesure en particulier où les critères d'octroi de mandats de prestations retenus correspondent aux critères posés aux art. 58*b* al. 4 et 5 OAMal et que l'autorité cantonale a suivi les modalités d'attribution de mandats de prestations exposées par la CDS dans son Guide (Guide CDS ch. 5.8.1), celle-ci proposant la ventilation des critères d'octroi en critères impératifs d'une part et critères d'adjudication d'autre part. La CDS précise en outre que les critères impératifs doivent être remplis par tous les fournisseurs de prestations qui souhaitent participer à la procédure d'attribution des mandats de prestations et énumère une dizaine de critères englobant des obligations notamment par rapport à la formation, à la transparence, à la qualification et aux conditions de travail du personnel, à l'assurance qualité, et au nombre minimal de cas, l'autorité neuchâteloise en ayant de son côté retenu douze.

9.2 Concernant en particulier le critère relatif à la masse critique ou au nombre minimal de cas, il sied de relever qu'il sert effectivement à évaluer la qualité d'une prestation, ainsi que son économicité, le degré d'efficience d'un hôpital étant influencé notamment par le nombre minimum de cas fournis par cet établissement (arrêts du Tribunal administratif fédéral C-2907/2008 du 20 octobre 2008 consid. 8.4.6.4 et consid. 9.4.2, et C-5647/2011 du 16 juillet 2013 consid. 5.4.3; BERNHARD RÜTSCHE, Rechtsgutachten zuhanden des Kantons Bern: Steuerung der

Leistungsmenge im Spitalbereich vom 20. Juni 2011, p. 53). Or, ainsi que le relève l'OFSP dans sa prise de position du 19 octobre 2012 (TAF pce 9 ch. 2.3), l'exemple de la planification hospitalière du canton de Zurich, lequel a fixé des nombres minimums de cas selon l'art. 58*b* al. 5 let. c OAMal en retenant un nombre minimal de 10 cas pour 30 groupes de prestations, de 30 cas pour quelques autres groupes de prestations, et de 50 et 100 cas pour deux autres groupes de prestations respectivement, tend à montrer que le nombre minimum de cas en relation avec la qualité ne change pas en fonction du volume total des prestations d'un certain domaine de prestations, mais qu'il dépend plutôt des exigences en matière de qualité de ce domaine; dans cette mesure, les activités minimales fixées par le canton de Neuchâtel ne reflèteraient donc pas nécessairement la qualité de la fourniture de prestations.

Par contre, ce critère de la masse critique permet de déterminer quels sont les établissements hospitaliers qui fournissent le moins de cas dans les différents domaines de prestations et donc les fournisseurs pour lesquels il n'y aurait vraisemblablement pas les conditions pour que le critère de qualité ou celui d'économicité de la fourniture de prestations puissent être remplis. A cet égard, le fait que le Conseil d'Etat neuchâtelois ne considère pas une institution dans sa liste hospitalière pour la raison qu'un nombre de cas limité y est soigné constitue un critère de choix fondé pour exclure certains fournisseurs de prestations (TAF pce 9 ch. 3.2) et, partant, pour concentrer l'offre de prestations, laquelle concentration va dans le sens d'une augmentation de la qualité et de l'économicité desdites prestations. En effet, comme le précise la CDS, le libre choix de l'hôpital au sens de l'art. 41 al. 1bis LAMal conduit à un renforcement de la fragmentation de la demande, de sorte qu'il apparaît d'autant plus clairement que le canton ne doit assurer, avec des mandats de prestations, que les offres de prestations de base qu'il juge nécessaires; le nombre minimum de cas constitue dès lors un seuil à partir duquel une offre est considérée comme pertinente pour la planification hospitalière et est intégrée dans le processus de planification et d'attribution des prestations (Recommandations CDS ch. 2.2 et 2.3), permettant de cette manière de concentrer l'offre, concentration qui permet à son tour une amélioration de l'efficience et de la qualité, but de la révision du système de financement hospitalier (Message LAMal FF 2004 5207, 5208).

C'est précisément cette procédure, visant à exiger un nombre minimum de cas, laquelle procédure a conduit à exclure la recourante de la liste hospitalière puisqu'elle ne remplissait pas cette exigence, qui a été

choisie par le canton de Neuchâtel dans sa planification 2012-2014, ainsi que le DSAS le relève dans son rapport de planification (rapport DSAS ch. 3.7.1), notant que "dans le respect d'un des principes de base qui a guidé les réformes hospitalières menées dans le canton de Neuchâtel ces dernières années, à savoir la recherche d'une masse critique suffisante pour garantir la qualité des prestations fournies, le Conseil d'Etat souhaite privilégier […] l'octroi de mandats de prestations à un seul établissement par domaine de prestations". Or, cette procédure est admissible, pour autant que le besoin puisse être couvert par d'autres offres recensées dans la planification, et quand bien même elle aboutit à l'exclusion d'établissements hospitaliers (Recommandations CDS ch. 2.2). Le Conseil fédéral l'a d'ailleurs indiqué dans son message, notant que les cantons sont incités à attribuer leurs mandats de prestations aux institutions qui remplissent les exigences de la manière la plus efficiente, les cantons n'ayant aucun intérêt à maintenir des structures inappropriées ou superflues (Message LAMal FF 2004 5207, 5231). De même, il a eu l'occasion de souligner, dans une décision du 17 février 1999 relative à la liste hospitalière zurichoise 1998, que "le pronostic selon lequel la suppression d'unités hospitalières organisées (variante "concentration") peut permettre de réduire les coûts plus efficacement plutôt que la suppression linéaire du nombre de lits (variante "réduction linéaire") n'est pas critiquable […]" et qu'en utilisant la variante "concentration", à savoir, transposée au nouveau système de financement hospitalier, en concentrant les mandats de prestations sur un certain nombre d'établissements, à l'exclusion d'autres institutions, et non en limitant le nombre de mandats de prestations attribués à chaque établissement, l'autorité cantonale use d'un critère conforme aux buts poursuivis par la planification hospitalière, exerce correctement son pouvoir d'appréciation et ne viole pas le principe de la proportionnalité (RAMA 3/1999 p. 211 consid. II. 4.4, 5 à 7).

9.3

9.3.1 De même, on ne peut reprocher au Conseil d'Etat d'avoir retenu, pour l'examen du critère de qualité, le nombre de cas effectués en moyenne durant les années 2008 à 2010 par chaque établissement sollicitant un mandat de prestations, ces années étant celles précédant l'année durant laquelle l'autorité cantonale a entrepris sa planification. En outre, en procédant de la sorte, le Conseil d'Etat a pris en compte, non pas une seule, mais trois années, afin qu'une moyenne soit possible. Enfin, l'argument de la recourante selon lequel elle n'aurait pas atteint le nombre minimal de cas requis entre 2008 et 2010 car elle ne pouvait

pendant cette période traiter des patients à charge de l'assurance de base, alors qu'elle avait pu traiter de tels patients dans les années 1995 à 2000, époque pendant laquelle elle aurait dès lors fourni le nombre de prestations exigé, ne change rien au fait que A._____ n'a pas atteint, au cours des années retenues par l'autorité cantonale, le nombre minimal de cas nécessaire pour garantir une thérapie ciblée, qualitativement optimale − alors même d'ailleurs que la recourante indique dans son recours avoir multiplié son chiffre d'affaires par trois depuis l'époque où elle traitait des patients à charge de l'assurance de base −, et que son offre ne peut donc être considérée comme appropriée pour la planification hospitalière; par ailleurs, le nombre de cas effectués durant les années 1995-2000, soit plus de dix ans avant la planification, ne saurait être pertinent pour garantir la qualité des prestations de la recourante à prendre en compte dans la planification 2012-2014.

Au surplus, ainsi que l'autorité de première instance le note dans sa réponse du 26 avril 2012 (TAF pce 6), on ne saurait prendre en compte, dans le calcul du nombre minimum de cas, l'activité réalisée entre 2008 et 2010 par les médecins de la recourante dans d'autres institutions parce que leurs patients n'avaient qu'une assurance de base, dans la mesure où la qualité des prestations liées à la casuistique ne concerne pas uniquement les médecins, mais le nombre de prestations réalisées par l'équipe soignante et technique dans son entier; or, l'équipe qui entoure le médecin n'est pas la même, s'il intervient à A._____ ou dans un autre hôpital.

9.3.2 Il est intéressant de relever à cet égard le calcul effectué par l'OFSP dans sa prise de position du 19 octobre 2012 (TAF pce 9 ch. 6), comparant, sur la base des "Statistiques de l'assurance-maladie, Chiffres-clés des hôpitaux suisses 2008-2009" établies par l'OFS (www.bag.admin.ch>Thèmes>Assurance-maladie > Statistiques > Hôpitaux> Statistiques hospitalières > Chiffres-clés, p. 193 et 200), le nombre de patients ayant une assurance complémentaire traités en 2008 et 2009 par l'HNe, l'Hôpital de la Providence, établissement privé retenu sur la liste hospitalière 2012-2014, et la recourante. L'OFSP aboutit à 1'603 cas en 2008 et 1'483 en 2009 pour l'HNe, à 434 cas en 2008 et 413 en 2009 pour l'Hôpital de la Providence et à 220 cas en 2008 et 206 en 2009 pour A._____. Il en ressort ainsi que la recourante se trouvait également à la dernière place s'agissant des patients en divisions privée et demi-privée en 2008 et 2009. N'apparaît dès lors pas d'élément, ainsi que le note l'OFSP, indiquant une capacité concurrentielle particulière de la recourante par rapport à l'offre des hôpitaux répertoriés sur la liste

2012-2014. En partant de l'hypothèse que la recourante aurait été autorisée également pour la division commune, l'OFSP a estimé que l'on pouvait supposer que le nombre total de patients traités par A._____ aurait été beaucoup plus élevé dans les années passées. Il a donc procédé à un second calcul et a abouti, en considérant une part de patients avec assurance complémentaire correspondant à celle de l'autre hôpital privé, l'Hôpital de la Providence, soit 18.7%, à un nombre de cas total pour A._____ de 1'176 par rapport aux données 2008 et de 1'102 par rapport à 2009, ce nombre étant de 2'321 en 2008 et de 2'210 en 2009 pour l'Hôpital de la Providence; en retenant la part de patients avec assurance complémentaire correspondant à celle de l'HNe, soit 10.4% en 2008 et 10.1% en 2009, il a obtenu, pour 2008, 2'115 cas au total et, pour 2009, 2'040 au total, l'HNe ayant traité 15'413 cas en 2008 et 14'682 cas en 2009. Il en résulte là aussi que la recourante montre les chiffres les plus bas et ne présente pas une capacité concurrentielle particulière.

Quant aux chiffres futurs, prévus et budgétés pour les années 2012 à 2014, sur lesquels la recourante estime qu'il faudrait se fonder pour évaluer ses capacités en nombre de cas, la CDS note que l'évaluation de l'offre d'un prestataire s'appuie en règle générale sur la quantité de prestations qu'il a fournies jusqu'ici en tant que base pour le nombre attendu de cas qu'il traitera vraisemblablement les années suivantes (Recommandations CDS ch. 2.3). Dans une décision non publiée du 6 novembre 2002 concernant la liste des hôpitaux et des établissements médico-sociaux du canton de Neuchâtel admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (arrêté du Conseil d'Etat du 15 décembre 1999 [00-4 (NE)]), le Conseil fédéral a d'ailleurs précisé que s'agissant de déterminer l'ampleur de la contribution de la recourante, seule importait sa contribution effective au moment où la liste était arrêtée, les capacités qu'elle se déclarait prête à mettre à disposition n'étant pas pertinentes (consid. 4.4). Dans sa prise de position du 19 octobre 2012, l'OFSP a pour sa part souligné, à propos des chiffres prévisionnels avancés par la recourante, qu'il n'était pas démontré que, par le fait de la mise en place d'un nouveau plateau opératoire, le nombre de patients puisse augmenter dans la mesure prévue par la recourante, soit les 2'430 indiqués pour 2014 (voir courrier de A._____ du 7 octobre 2011 à la Conseillère d'Etat en charge du DSAS [TAF pce 1]), et que même dans le cas où A._____ devait atteindre les 2'430 cas qu'elle prévoit pour 2014, elle ne dépasserait alors pas de beaucoup les 2'210 de 2009 de l'Hôpital de la Providence, lequel, selon son nouveau mandat de prestations, ne pratique à charge de l'assurance obligatoire que dans trois domaines, alors que les cas de la recourante seraient

dispersés sur les dix domaines de prestations pour lesquels elle demande à être admise sur la liste hospitalière, élément négatif supplémentaire en matière de qualité et d'économicité.

9.4 Reste à examiner si l'on peut suivre le Conseil d'Etat quant au nombre de prestations minimum qu'il a exigé, soit, sur les années 2008 à 2010, 5% de tous les cas de la population neuchâteloise durant l'année de référence 2008 et au moins 10 cas dans le domaine de prestations considéré. Il est vrai, ainsi que le relève la recourante, que la CDS, dans ses Recommandations, note que "lors de la définition d'un nombre minimum de cas, le canton s'appuie en règle générale sur des valeurs empiriques, des valeurs normatives ou des réflexions scientifiques, dans la mesure où ces dernières sont applicables en Suisse" (Recommandations CDS ch. 2.3); or en l'espèce, il n'est pas précisé, en particulier dans le rapport du DSAS du 8 décembre 2011, comment a été déterminé le nombre minimum de cas retenu. Le Tribunal de céans estime toutefois que la fixation du nombre minimum de cas à exiger d'un établissement entre dans le pouvoir d'appréciation du canton et qu'il ne saurait en examiner l'opportunité, dans la mesure où le seuil retenu dans le cas présent n'apparaît ni contraire au droit, ni insoutenable, et qu'au vu de ce qui précède, ainsi que des considérants qui suivent, tant le critère de la masse critique choisi par le Conseil d'Etat neuchâtelois que le résultat auquel parvient le canton en appliquant ce critère, à savoir l'exclusion de la recourante de la liste hospitalière, sont conformes aux buts visés par les dispositions légales applicables qu'ils ne violent pas, et ne constituent ni un excès, ni un abus du pouvoir d'appréciation, en particulier en ce qu'ils respectent les principes fondamentaux du droit.

10.

La recourante reproche en effet au Conseil d'Etat d'avoir, en appliquant le critère de la masse critique et en l'écartant ainsi par avance de la liste hospitalière, violé le principe de la concurrence découlant de la LAMal, de même que sa liberté économique au sens de l'art. 27 Cst., dans la mesure, notamment, où elle ne pourrait accueillir de patients qui n'ont qu'une couverture de base; or, l'impossibilité de facturer les soins aux assurances-maladie constituerait clairement une limitation de l'activité économique. L'arrêté litigieux représenterait dès lors une mesure de politique économique visant à préserver les acquis des hôpitaux dont l'Etat est propriétaire, alors que les cantons n'auraient pas le droit de prendre des mesures ayant pour but d'entraver la libre concurrence, ni d'opérer une planification économique. Par ailleurs, tous les cantons ne recourraient pas au système de la masse critique tel qu'il est appliqué

dans le canton de Neuchâtel, ce qui provoquerait une distorsion de la concurrence et équivaudrait à une application différenciée des normes du droit fédéral. L'arrêté querellé aurait au surplus pour effet de priver le patient dont le médecin est lié à A._____ de pouvoir choisir cet hôpital, violant par la même occasion le principe du libre choix de l'établissement prévu par la révision de la LAMal.

10.1 Le Tribunal de céans entend rejeter ces griefs. En effet, de jurisprudence constante, le principe de la liberté économique et de la concurrence trouvent leurs limites dans le monopole de droit dont dispose la Confédération en matière d'assurance-maladie, conformément aux compétences qui lui sont attribuées par la constitution et aux dispositions légales y relatives. Ces dispositions peuvent entraîner des restrictions directes ou indirectes de l'activité économique de certains acteurs privés, en soumettant à des conditions, voire en interdisant l'accès à une activité donnée. L'art. 39 al. 1 let. d LAMal, qui prévoit la planification de l'offre dans le domaine des soins hospitaliers stationnaires de l'assurance de base, et qui n'a subi aucune modification du fait de la révision de la LAMal relative au financement hospitalier (voir supra consid. 5.2), constitue une telle restriction: l'offre est ainsi déterminée par l'autorité, et les hôpitaux qui sont exclus de la planification ne sauraient se prévaloir du principe de libre concurrence ou de la liberté économique pour exercer l'activité en question. Il convient de relever encore que la planification hospitalière n'est pas non plus soumise à la législation sur les cartels (décision non publiée du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 concernant la liste des hôpitaux et des établissements médico-sociaux du canton de Neuchâtel admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins [00-4 (NE)], consid. 3.1). Il sied de rappeler au surplus que les cantons sont tenus de par la loi de procéder à une planification hospitalière et de tenir compte des critères des art. 39 al. 1 LAMal et art. 58*a* ss OAMal, mais qu'ils disposent, lors de l'élaboration de la planification et de la liste hospitalières, d'un large pouvoir d'appréciation (voir supra consid. 3.2 et 5.2), 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. Enfin, il y a lieu de noter que le but de la révision du financement hospitalier consiste dans l'amélioration de l'efficience et de la qualité, notamment en instaurant une concurrence entre établissements hospitaliers intéressés à être admis à pratiquer à la charge de l'assurance de base, lesquels figureront sur la liste hospitalière du canton s'ils fournissent des prestations de meilleure qualité et plus économiques que leurs concurrents.

10.2 Quant aux art. 41 et 46 al. 3 LAMal en particulier, ils ne sont d'aucun secours à la recourante. En effet, si l'art. 41 al. 1bis LAMal prévoit le libre choix de l'assuré entre les hôpitaux aptes à traiter sa maladie, il précise d'emblée que ce choix est limité aux hôpitaux figurant sur la liste de son canton de résidence ou sur celle du canton où se situe l'hôpital. Dès lors, on ne saurait en aucun cas déduire du principe du libre choix de l'établissement que toutes les institutions hospitalières doivent être admises sur la liste, de sorte qu'en refusant de faire figurer la recourante sur la liste neuchâteloise, l'arrêté querellé ne viole ni le principe de la concurrence, ni celui du libre choix de l'établissement. S'agissant de l'art. 46 al. 3 let. c LAMal, qui déclare nulles les mesures contenues dans une convention tarifaire, dans un contrat séparé ou dans un accord lorsqu'elles prévoient l'interdiction de concurrence entre les membres, il régit le comportement entre caisses-maladie et fournisseurs de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie, et non pas la question de cette admission (décision du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 précitée, consid. 3.1).

10.3 Certes, en vertu de l'art. 39 al. 1 let. d in fine LAMal, les organismes privés doivent être pris en considération de manière adéquate dans la planification hospitalière. Toutefois "être pris en considération" au sens de cette disposition n'a pas pour effet, le cas échéant, que l'organisme concerné puisse directement figurer sur la liste hospitalière, mais lui confère seulement une place parmi les établissements admis à la procédure d'évaluation des hôpitaux susceptibles de couvrir les besoins en soins hospitaliers relatifs à l'assurance de base. Quant à l'expression "de manière adéquate", elle signifie que les cantons n'ont pas à prendre en considération l'intégralité de l'offre disponible auprès des établissements privés; les cantons sont en droit de limiter l'accès à la procédure d'évaluation aux établissements privés qui seront appelés à contribuer de manière importante à la couverture des besoins en soins hospitaliers stationnaires de la population, soit qu'ils y ont déjà contribué jusqu'alors de manière importante, soit que leur offre sera nécessaire pour couvrir un important besoin futur établi. 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 constituer une mesure disproportionnée (décision du Conseil fédéral du 6 novembre 2002 précitée, consid. 3.3; voir également supra consid. 9.2). Or, en l'espèce, le Conseil d'Etat neuchâtelois, en procédant comme il l'a fait dans sa planification hospitalière 2012-2014, a tenu compte de manière adéquate des établissements privés, puisque tous ont pu participer à l'appel d'offres lancé par le DSAS et que sur les trois institutions privées

qui y ont répondu, celle qui remplissait les critères impératifs et d'adjudication posés par l'autorité cantonale a été retenue sur la liste hospitalière; en outre, l'HNe a été soumis aux critères fixés par le canton de la même manière que les hôpitaux privés, dans le processus de planification.

11.
La recourante estime par ailleurs que juger de sa capacité et de ses besoins en recourant à des statistiques d'occupation remontant à l'époque où elle ne pouvait pas traiter des patients à charge de l'assurance de base est discriminatoire et contraire à l'égalité de traitement. L'intéressée relève en effet que la révision de la LAMal impose au canton une sorte d'inventaire des établissements existants, de manière à répartir de façon équitable des mandats de prestations dans les différentes disciplines pratiquées, et que cet inventaire doit se faire dans le respect de l'égalité de traitement, selon des critères objectifs et applicables. Or, en fixant une masse critique calculée en fonction de critères discriminatoires et différenciés, et en avantageant, de ce fait, son propre établissement au préjudice des autres, le Conseil d'Etat ne respecterait pas le principe de l'égalité juridique et de l'égalité de traitement.

L'égalité et l'interdiction de la discrimination sont garanties par l'art. 8 Cst.

Ainsi que rappelé au consid. 10.1 ci-avant, la révision de la LAMal n'a pas modifié l'art. 39 al. 1 LAMal et les cantons sont toujours tenus de procéder à une planification hospitalière au terme de laquelle seront admis à pratiquer à la charge de l'assurance de base les établissements hospitaliers qui remplissent les conditions légales et critères de planification, et qui sont nécessaires pour garantir la couverture des besoins (art. 58*e* al. 1 LAMal), les cantons attribuant ensuite à chaque établissement figurant sur leur liste un mandat de prestations (art. 58*e* al. 3 LAMal). Dans ce cadre, le même processus et les mêmes critères de planification doivent s'appliquer également à tous les établissements du canton, les institutions privées étant prises en compte de manière adéquate, ce qui ne signifie en aucun cas que tous les établissements hospitaliers du canton doivent être admis sur la liste hospitalière. Dans le cas d'espèce, comme le Tribunal de céans l'a exposé au considérant 9 ci-dessus, en particulier 9.3, les éléments retenus par le Conseil d'Etat pour évaluer le critère de la masse critique, notamment la période prise en compte, de 2008 à 2010, s'avèrent tout à fait justifiés et applicables; ils ne sauraient par ailleurs être qualifiés de discriminatoires au motif qu'ont été

prises en compte des statistiques d'occupation remontant à une époque où la recourante ne traitait pas de patients à charge de l'assurance de base, dans la mesure notamment où le résultat obtenu est le même lorsque l'on compare, comme l'a fait l'OFSP, le nombre de patients ayant une assurance complémentaire traités en 2008 et 2009 par l'HNe, l'Hôpital de la Providence, et A._____, cette dernière se trouvant également à la dernière place s'agissant des patients en divisions privée et demi-privée. Par ailleurs, il ressort du processus de planification effectué par le Conseil d'Etat que le même critère de la masse critique a été appliqué à tous les établissements du canton de Neuchâtel, public comme privés, et ce, de la même manière et avec les mêmes conséquences (voir notamment supra consid. 8.3 et 10.3), la maison de naissance Tilia, institution privée, n'ayant pas non plus satisfait au critère de la masse critique et n'ayant pas été, par conséquent, considérée comme éligible pour l'octroi d'un mandat de prestations, alors que l'Hôpital de la Providence et l'HNe, qui ont rempli les critères requis, l'ont été et figurent sur la liste hospitalière neuchâteloise.

12.
La recourante invoque encore la violation du principe de la protection contre l'arbitraire et fait valoir que l'institution du critère de la masse critique et le choix des critères statistiques pour la définir, clairement arbitraires, contournent les objectifs et les buts de la loi fédérale.

La protection contre l'arbitraire est consacrée à l'art. 9 Cst. De jurisprudence constante, un acte est arbitraire lorsqu'il est manifestement insoutenable et dépourvu de rationalité, méconnaît une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité ou outrepasse les limites qu'un pouvoir équilibré doit s'impartir. Il ne suffit pas qu'un autre acte paraisse concevable, voire préférable; pour que l'acte soit censuré, encore faut-il qu'il se révèle arbitraire, non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (arrêt du Tribunal fédéral 5A_562/2013 du 24 octobre 2013 consid. 4.2; ATF 138 III 378 consid. 6.1, ATF 137 I 1 consid. 2.4, ATF 135 V 2 consid. 1.3, ATF 134 I 140 consid. 5.4; PIERRE MOOR, op. cit., ch. 6.3.2.4).

En l'occurrence, il a été démontré ci-avant, et en particulier au consid. 9 auquel il est renvoyé, que ni le critère retenu de la masse critique, ni les critères statistiques choisis pour définir cette masse critique, ni encore le résultat auquel aboutit l'application de ce critère dans l'arrêté querellé ne peuvent être qualifiés d'arbitraires, en ce que, notamment, ils sont

cohérents et en adéquation avec le but poursuivi par les normes applicables, puisqu'ils résultent en la concentration de l'offre, concentration qui permet à son tour une amélioration de l'efficience et de la qualité, objectif de la révision du système de financement hospitalier; dans ce cadre, le fait que l'arrêté querellé n'admette pas la recourante sur la liste hospitalière ne heurte pas le sentiment de la justice et de l'équité, une telle exclusion étant inhérente au système de planification hospitalière tel que prévu par le législateur. Le grief d'arbitraire doit donc être rejeté.

13.
Enfin, A._____ note que l'arrêté litigieux aurait des effets pervers sur ses autres activités et qu'en refusant aux établissements privés de figurer sur les listes hospitalières, les cantons concernés condamneraient à terme le secteur privé. Certains assureurs prendraient en effet prétexte que A._____ ne figure pas sur la liste hospitalière pour considérer qu'ils n'ont plus l'obligation de rembourser des prestations stationnaires à partir du 1er janvier 2012 et n'envisageraient plus de couvrir, pour les patients hospitalisés en privé ou demi-privé, la part de la facture qui, selon le nouveau système de financement hospitalier, incomberait à l'Etat s'agissant d'un hôpital figurant sur la liste hospitalière.

Il est vrai, comme le souligne la recourante, qu'un des effets du système prévu par la LAMal révisée est le manque d'attrait qu'ont désormais pour les assureurs-maladie les établissements hospitaliers ne figurant pas sur la liste hospitalière d'un canton. Force est de constater toutefois qu'il s'agit là d'une conséquence logique et inhérente au nouveau système de financement hospitalier, qu'on ne saurait corriger en admettant tous les hôpitaux sur les listes hospitalières. Demeure toutefois la possibilité du régime alternatif des conventions entre hôpitaux non répertoriés et assureurs-maladie, prévu à l'art. 49*a* al. 4 LAMal.

14.
En opérant un choix parmi les établissements hospitaliers ayant requis de figurer sur la liste hospitalière neuchâteloise 2012-2014 en se fondant sur le critère de la masse critique et du nombre minimum de cas, le Conseil d'Etat a ainsi usé d'un critère apparaissant conforme aux buts poursuivis par la planification hospitalière tels qu'ils résultent des dispositions légales en la matière, en particulier la concentration de l'offre et, partant, la maîtrise des coûts, l'exclusion d'un établissement hospitalier de la liste hospitalière étant l'une des possibilités de concentration de l'offre. La recourante ne participant que de façon marginale à la couverture des

besoins hospitaliers à l'aune de ce critère, il apparaît que son offre ne présente pas d'atouts particuliers pour une fourniture de prestations plus économique et de meilleure qualité que les autres institutions. En outre, étant donné que la recourante ne remplissait pas, déjà au stade des critères impératifs, celui de la masse critique, on ne saurait reprocher à l'autorité cantonale, comme l'a fait l'intéressée dans son mémoire de recours, de ne pas avoir examiné si elle remplissait les autres critères fixés, en particulier les synergies possibles avec l'hôpital public neuchâtelois.

Dès lors, et dans la mesure également où la recourante n'a pas avancé d'arguments et de données visant à démontrer qu'elle peut fournir des prestations plus économiques et de meilleure qualité que les autres hôpitaux du canton de Neuchâtel, il n'y a pas d'élément qui indique que le Conseil d'Etat aurait dû retenir A._____ pour la suite de la procédure de planification et l'octroi de mandats de prestations. Par conséquent, en écartant la recourante sur la base du critère de la masse critique et du nombre minimum de cas, l'autorité cantonale a agi conformément au droit fédéral, n'a pas violé les principes généraux du droit et n'a ni excédé, ni abusé de son pouvoir d'appréciation. Partant, le recours doit être rejeté.

15.
La recourante, qui succombe, doit s'acquitter des frais de justice fixés, compte tenu de la charge liée à la procédure, à Fr. 4'000.- (art. 63 al. 1 PA). Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant dont elle s'est acquittée au cours de l'instruction.

Par ailleurs, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA). Toutefois, dans la mesure où les autorités parties n'ont pas droit aux dépens, il n'en est pas alloué en l'espèce (art. 7 al. 1 et 3 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

16.
La présente décision n'est pas sujette 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 90*a* LAMal (introduits selon le ch. I de la loi fédérale du 21 décembre 2007).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours du 20 janvier 2012 est rejeté.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 4'000.-.

3.
Il n'est pas alloué de dépens.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– au recourant (Acte judiciaire)
– à l'autorité de première instance (Acte judiciaire)
– à l'Office de la santé publique (Recommandé)

La présidente du collège : La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz Isabelle Pittet

Expédition :