



Cour III
C-7017/2015

Arrêt du 17 septembre 2021

Composition

Madeleine Hirsig-Vouilloz (présidente du collège),
Caroline Gehring, Vito Valenti, Caroline Bissegger,
David Weiss, juges,
Isabelle Pittet, greffière.

Parties

Swiss Medical Network Hospitals SA,
anciennement GSMN Neuchâtel SA,
représentée par Me Luc André et Me Maryam Kohler,
Bourgeois Avocats SA, Avenue de Montbenon 2,
Case postale 5475, 1002 Lausanne,
recourante,

contre

Conseil d'Etat de la République et Canton de Neuchâtel,
Le Château, Rue de la Collégiale 12, 2000 Neuchâtel,
autorité inférieure.

Objet

Arrêté du 28 septembre 2015 du Conseil d'Etat
de la République et Canton de Neuchâtel
fixant la liste des hôpitaux admis à pratiquer
à charge de l'assurance obligatoire des soins.

Faits :

A.

GSMN Neuchâtel SA (ci-après : GSMN-NE) est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Neuchâtel le 16 janvier 2013, dont le but est « l'exploitation d'établissements sanitaires médicalisés ou sécurisés » (dossier SMNH pce 2).

Jusqu'en juillet 2018, GSMN-NE exploitait l'Hôpital de la Providence à Neuchâtel, ainsi que la clinique Montbrillant à la Chaux-de-Fonds. Le 2 juillet 2018, GSMN-NE a été radiée du registre du commerce, suite à sa fusion avec Swiss Medical Network Hospitals SA (ci-après : SMNH ou la recourante). Cette société anonyme, dont le siège est à Fribourg, a acquis et repris, par succession universelle, tous les actifs, droits et obligations de GSMN-NE. Son but est notamment « l'exploitation d'établissements sanitaires, médicalisés ou sécurisés tels que cliniques médico-chirurgicales, établissements de soins, centres médicaux, permanences, maisons de retraite, clinique de réadaptation, organisations de soins à domicile » (voir extrait du registre du commerce du canton de Fribourg, consulté pour la dernière fois le 23 décembre 2020).

Par souci de clarté, il ne sera fait mention ci-après que de SMNH quand bien même les différents faits et mesures sous-mentionnés seraient le fait de GSMN-NE.

B.

B.a Le 29 octobre 2014, le Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel (ci-après : Conseil d'Etat, autorité inférieure, autorité cantonale ou gouvernement neuchâtelois) a rendu son « rapport concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2016, 1^{ère} partie : évaluation des besoins » (ci-après : rapport 1^{ère} partie [dossier CE NE pce 6]). Il y indique en particulier avoir pris l'option d'organiser son travail de planification en trois étapes principales : l'évaluation des besoins en soins hospitaliers stationnaires de la population, objet du présent rapport, puis la définition des conditions-cadres, enfin l'élaboration de la liste hospitalière cantonale et l'attribution des mandats de prestations (rapport 1^{ère} partie, p. 9 et 10).

B.b En date du 17 décembre 2014, le Conseil d'Etat, après consultation des établissements hospitaliers neuchâtelois notamment (voir dossier CE NE pce 6 p. 38, pce 8 p. 35, pce 12, pce 13), a adopté un arrêté fixant les conditions à remplir par un hôpital pour pouvoir figurer sur la liste hospitalière cantonale pour les années 2016 et suivantes (ci-après : arrêté

du 17 décembre 2014 [dossier CE NE pièce 9]). Cet arrêté se fonde en particulier sur les rapports du Conseil d'Etat concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2016, 1^{ère} partie (dossier CE NE pce 6), et 2^e partie : conditions-cadres, du 17 décembre 2014 (ci-après : rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8]).

L'arrêté du 17 décembre 2014 conditionne l'octroi de mandats de prestations dans le cadre de l'élaboration de la planification hospitalière et de la liste hospitalière au respect de trois types de « critères » (art. 1 al. 1 de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; rapport 2^e partie, p. 8) : des « critères impératifs », dont font partie notamment l'exigence de disponibilité et de capacité d'un établissement à remplir son mandat de prestations, ainsi que celle de la qualité, laquelle fait référence au concept institutionnel d'assurance qualité et au critère de masse critique (art. 1 al. 1 ch. 1 et art. 2 de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; rapport 2^e partie, p. 13 à 17) ; des « conditions générales », parmi lesquelles se trouve le respect des conditions de travail prévues par la Convention collective de travail Santé 21 (CCT Santé 21 ; art. 1 al. 1 ch. 2 et art. 3 de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; rapport 2^e partie, p. 17 à 29) ; et des « critères d'adjudication », qui reprennent en particulier les critères d'économicité et de qualité (art. 1 al. 1 ch. 3 et art. 4 de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; rapport 2^e partie, p. 30 à 32). L'arrêté du 17 décembre 2014 prévoit en outre que le Conseil d'Etat peut recourir à un système de gestion des quantités dans le cadre de l'octroi des mandats de prestations, et qu'à titre exceptionnel, il peut admettre sur la liste hospitalière des établissements qui ne remplissent pas tous les critères impératifs et toutes les conditions générales, pour autant que ces établissements soient nécessaires à la couverture des besoins (art. 1 al. 3 et 5 de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; rapport 2^e partie, p. 9 à 12).

B.c Par courriel du 7 avril 2015 (dossier SMNH pce 15), SMNH a répondu à l'appel d'offres lancé le 13 février 2015 par le Conseil d'Etat afin de mettre au concours les mandats de prestations nécessaires pour assurer la couverture des besoins en soins hospitaliers stationnaires de la population neuchâteloise (dossier CE NE pces 14 à 18). Pour les soins somatiques aigus, SMNH a sollicité l'obtention de mandats de prestations dans les domaines suivants (dossier CE NE pces 22 à 25 et dossier SMNH pce 16) :

- paquet de base (BP ; 1 groupe de prestations),
- oto-rhino-laryngologie (ORL ; 5 groupes de prestations : HNO1, HNO1.1, HNO1.2, HNO1.3, HNO2),
- neurochirurgie (2 groupes de prestations : NCH2, NCH3),

- neurologie (1 groupe de prestations : NEU1),
- ophtalmologie (6 groupes de prestations : AUG1, AUG1.1, AUG1.2, AUG1.3, AUG1.4, AUG1.5),
- endocrinologie (1 groupe de prestations : END1),
- gastroentérologie (1 groupe de prestations : GAE1),
- chirurgie viscérale (1 groupe de prestations : VIS1),
- vaisseaux (3 groupes de prestations : GEF1, ANG1, RAD1),
- néphrologie (1 groupe de prestations : NEP1),
- urologie (10 groupes de prestations : URO1, URO1.1, URO1.1.1, URO1.1.2, URO1.1.3, URO1.1.4, URO1.1.5, URO1.1.6, URO1.1.7, URO1.1.8),
- orthopédie (9 groupes de prestations : BEW1, BEW2, BEW3, BEW4, BEW5, BEW6, BEW7, BEW8, BEW8.1),
- rhumatologie (1 groupe de prestations : RHE1),
- gynécologie (3 groupes de prestations : GYN1, GYN1.3, GYN2),
- chirurgie pédiatrique de base (1 groupe de prestations : KINB).

SMNH a également requis un mandat de réadaptation musculo-squelettique (dossier CE NE pces 29 à 30 et dossier SMNH pce 18). Elle a par ailleurs joint divers « commentaires » à sa réponse à l'appel d'offres (dossier CE NE pces 26 à 28, 31 ; dossier SMNH pces 15 et 19).

B.d Par la suite, le Conseil d'Etat a mis en consultation à deux reprises un projet de liste hospitalière cantonale et son rapport d'accompagnement, daté du 1^{er} juillet 2015, puis du 4 septembre 2015 (dossier CE NE pces 21, 32, 33 et 34). SMNH s'est déterminée à cet égard dans deux prises de position, des 12 août et 15 septembre 2015 (dossier CE NE pces 43 et 44 ; voir également rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], p. 44 à 46).

B.e Le 28 septembre 2015, le Conseil d'Etat a rendu la version finale de son rapport concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2016-2022, 3^e partie : liste hospitalière cantonale (ci-après : rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5]). Par arrêté du même jour (ci-après : arrêté [dossier CE NE pce 4]), se fondant sur son arrêté du 17 décembre 2014 et sur ses trois rapports concernant la planification hospitalière neuchâteloise 2016, le Conseil d'Etat a fixé la liste des hôpitaux admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins (art. 1 de l'arrêté).

L'arrêté est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2016 (art. 9 de l'arrêté) et a abrogé le précédent arrêté (art. 8 de l'arrêté). L'art. 2 de l'arrêté énumère les établissements admis à fournir des prestations en soins somatiques aigus, dont fait partie SMNH, et renvoie à l'annexe 1 de l'arrêté s'agissant

de l'étendue des mandats de prestations attribués. L'art. 3 de l'arrêté désigne les établissements admis à fournir des prestations en soins de réadaptation et ne mentionne pas SMNH. Selon l'annexe 1 de l'arrêté, SMNH obtient des mandats pour le groupe de prestations « Paquet de base programmé » (BPE), pour les 6 groupes de prestations du domaine de l'ophtalmologie, pour le groupe de prestations « Néphrologie » et pour 8 groupes de prestations dans le domaine de l'orthopédie (BEW1 à BEW8) ; les mandats en ophtalmologie, néphrologie et orthopédie sont octroyés sous condition : pour conserver ces mandats, SMNH doit apporter la preuve qu'elle respecte, au plus tard le 30 juin 2017, les conditions de travail de la CCT Santé 21, et en sus, pour la néphrologie, qu'elle dispose, au plus tard le 30 juin 2016, d'une convention de collaboration avec l'Hôpital neuchâtelois (HNE) lui permettant de bénéficier d'un service de soins intensifs de niveau 2 ; en outre, les mandats en ophtalmologie et orthopédie sont attribués avec une limitation des volumes d'activité par année.

B.f Dans son rapport 3^e partie du 28 septembre 2015 (dossier CE NE pce 5), le Conseil d'Etat indique avoir procédé à l'examen de l'économicité des établissements ayant postulé : tous les hôpitaux ayant soumissionné remplissent le critère de l'économicité, SMNH étant parmi les hôpitaux les plus économiques (rapport 3^e partie, p. 45 et 46, et annexe 12). Il explique par ailleurs qu'il ne peut pas considérer que SMNH s'engage sur le respect des conditions de travail imposées par lui, dans la mesure où elle s'est engagée, dans ses commentaires accompagnant sa réponse à l'appel d'offres, à respecter des conditions de travail équivalentes à la CCT Santé 21, mais pas les conditions de la CCT (rapport 3^e partie, p. 22 et 23). L'autorité cantonale indique en outre qu'après avoir analysé le critère impératif de disponibilité et capacité, et celui de la qualité, elle constate que SMNH ne réalise pas les conditions requises pour l'obtention d'un mandat dans le groupe de prestations « BP », dans les domaines de l'ORL, de la neurochirurgie, de la neurologie, de l'endocrinologie, de la gastroentérologie, de la chirurgie viscérale, des vaisseaux, de la néphrologie, de l'urologie et de la gynécologie, ainsi que dans le groupe de prestations « Chirurgie spécialisée de la colonne vertébrale », domaine de l'orthopédie (rapport 3^e partie, p. 23 et 24, et annexes 10 et 11). Le Conseil d'Etat expose ensuite que bien que SMNH ne remplisse pas la condition générale concernant le respect de la CCT Santé 21, il lui est accordé des mandats de prestations sous condition, dans le domaine de l'orthopédie (8 groupes de prestations) et dans celui de l'ophtalmologie (6 groupes de prestations), de même que pour le « BPE » et pour le groupe de prestations NEP1, ce, afin de garantir la couverture des besoins en soins

hospitaliers de la population neuchâteloise (rapport 3^e partie, p. 24 à 28, et ch. 5.3.2, p. 29 et 30).

A propos de la réadaptation, le gouvernement neuchâtelois indique qu'il ressort de l'évaluation des critères impératifs et des conditions générales relatives à l'établissement que seule SMNH ne remplit pas l'ensemble des conditions (ne s'engage pas à respecter les conditions de travail de la CCT et n'atteint pas la masse critique requise) pour prétendre à l'obtention d'un mandat de prestations dans le domaine de la réadaptation musculo-squelettique (rapport 3^e partie, p. 31 à 35 et annexes 3, 18 à 23).

C.

C.a Par acte du 2 novembre 2015 (TAF pce 1), SMNH, par l'intermédiaire de Me Luc André et Me Maryam Kohler, a interjeté recours auprès du Tribunal administratif fédéral à l'encontre de l'arrêté du Conseil d'Etat du 28 septembre 2015.

C.a.a La recourante conclut principalement à l'annulation et à la réforme de l'arrêté litigieux, respectivement de la liste hospitalière pour les soins somatiques aigus figurant à l'annexe 1 de l'arrêté, en ce sens qu'il lui est attribué, sans condition et sans limitation des volumes d'activité, des mandats de prestations pour les groupes de prestations qu'elle énumère, soit 45 groupes de prestations (recours, p. 56 et 57), et un mandat pour le groupe de prestations de la chirurgie spécialisée de la colonne vertébrale (BEW8.1), sous condition que le nombre minimum de cas soit atteint dans un délai de trois ans. Elle conclut également à l'annulation et à la réforme de l'art. 3 de l'arrêté attaqué, en ce sens qu'elle est admise à fournir des prestations en soins de réadaptation, et à l'annulation et à la réforme de la liste hospitalière pour les soins de réadaptation et les soins palliatifs figurant à l'annexe 2 de l'arrêté, en ce sens qu'il lui est attribué, sans condition et sans limitation des volumes d'activité, le mandat de prestations pour le groupe de prestations « Réadaptation musculo-squelettique ».

C.a.b La recourante fait valoir en substance que l'imposition par l'autorité inférieure de la condition de l'application stricte des conditions de la CCT Santé 21 viole ses droits fondamentaux et ne repose sur aucune base légale adéquate (recours, ch. 1, p. 31 à 39). Elle estime par ailleurs que certains critères retenus par le Conseil d'Etat dans son arrêté du 17 décembre 2014, en particulier celui de la masse critique, et l'évaluation à laquelle il a procédé dans le cadre de la planification hospitalière sur la base de ces critères, violent les prescriptions des art. 39 al. 1 de la loi

fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10) et 58b de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal, RS 832.102) relatives à la qualité, à l'économicité, à la disponibilité et à la capacité de l'établissement, ainsi que le principe de l'égalité de traitement entre organismes publics et privés (recours, ch. 2.4, p. 43 à 45, et ch. 3, p. 46 à 53). La recourante critique enfin le système des mandats sous condition et la limitation des volumes d'activité, appliquée aux mandats qui lui ont été attribués en ophtalmologie et en orthopédie (recours, ch. 2, p. 39 à 43, et ch. 4, p. 53 à 55).

C.b Dans sa réponse au recours du 5 février 2016 (TAF pce 6), l'autorité inférieure conclut au rejet du recours, reprenant pour l'essentiel les éléments de l'arrêté litigieux et de ses trois rapports concernant la planification hospitalière 2016, en particulier son rapport 3^e partie.

C.c Invité à se déterminer en qualité d'autorité spécialisée, l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) s'est prononcé le 24 mars 2016 (TAF pce 12), concluant à l'admission partielle du recours. Il relève en particulier que la relation entre la qualité des prestations fournies et le respect des conditions d'une CCT ne peut être qu'indirecte et relative. Dès lors, poser comme condition à une admission sur la liste hospitalière le respect de conditions de travail, à moins que cette exigence ne soit expressément déjà prévue et appliquée dans la législation cantonale, ne serait pas conforme aux exigences de planification hospitalière selon la LAMal.

C.d Invité à déposer d'éventuelles observations (TAF pce 13), le Conseil d'Etat, dans une écriture du 4 mai 2016 (TAF pce 15), indique qu'il confirme les conclusions de sa réponse du 5 février 2016 et conteste l'avis de l'OFSP sur la question de la CCT Santé 21.

C.e Egalement invitée à s'exprimer (TAF pce 13), la recourante, dans des observations du 9 mai 2016 (TAF pce 16), réitère pour l'essentiel les griefs contenus dans son mémoire de recours et produit de nouvelles pièces à l'appui de ses allégations. S'agissant des conditions de la CCT Santé 21, la recourante précise en particulier que l'application stricte des conditions de la CCT Santé 21 engendrerait pour elle des dépenses supplémentaires importantes, qu'elle devrait assumer seule, alors que pour les hôpitaux publics, ces surcoûts seraient en partie financés par l'Etat. La condition relative à l'application des conditions de travail de la CCT Santé 21 constituerait donc une restriction à sa liberté économique et violerait l'égalité de traitement entre concurrents.

D.

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

Droit :**1.**

1.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 32 LTAF, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA, prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. 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. 90a 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). Dès lors que l'arrêté attaqué du Conseil d'Etat neuchâtelois du 28 septembre 2015 constitue une décision fixant la liste hospitalière neuchâteloise au sens de l'art. 39 LAMal (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 1.3.1 et les réf. cit.), le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du présent recours.

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 (art. 53 al. 2 let. d et e LAMal).

1.3 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 hospitalière pour les années 2016 à 2022, ayant conduit à l'adoption de la liste hospitalière valable dès le 1^{er} janvier 2016. Dans la mesure en outre où, conformément à la liste hospitalière en cause, elle n'a obtenu, relativement aux mandats de prestations pour lesquels elle a postulé, que des mandats limités et sous condition, dans trois domaines de prestations uniquement, elle est sans aucun doute particulièrement touchée par l'arrêté querellé et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Partant, elle est légitimée à recourir.

1.4 Déposé en temps utile et dans les formes requises par la loi (art. 50 al. 1 PA et art. 52 al. 1 PA), et l'avance sur les frais de procédure ayant été dûment acquittée (art. 63 al. 4 PA ; TAF pces 2 à 4), le recours est recevable.

2.

2.1 En procédure juridictionnelle administrative, ne peuvent être examinés et jugés, en principe, que les rapports juridiques à propos desquels l'autorité administrative compétente s'est prononcée préalablement, d'une manière qui la lie sous la forme d'une décision. Dans cette mesure, la décision détermine l'objet de la contestation (« Anfechtungsgegenstand ») qui peut être déféré en justice par la voie d'un recours. L'objet du litige (« Streitgegenstand ») dans la procédure administrative subséquente est le rapport juridique qui – dans le cadre de l'objet de la contestation déterminé par la décision – constitue, d'après les conclusions du recours, l'objet de la décision effectivement attaqué. Lorsque le recours ne porte que sur une partie des rapports juridiques déterminés par la décision, les rapports juridiques non contestés sont certes compris dans l'objet de la contestation, mais non pas dans l'objet du litige (ATF 130 V 501 consid. 1 ; 125 V 413 consid. 1b et 2 et les réf. cit. ; arrêt du TAF C-2989/2014 du 19 décembre 2017 consid. 4.1). Le tribunal saisi n'a à les examiner que s'ils s'avèrent étroitement liés à l'objet du litige ; pour le reste, la maxime de disposition s'applique (ATAF 2018 V/3 consid. 3.1).

2.2 Selon la jurisprudence, la liste hospitalière est une institution juridique *sui generis*, consistant principalement en une série de décisions individuelles (ATAF 2013/45 consid. 1.1.1 ; 2012/9 consid. 3.2.6). Seule la décision qui régit le rapport juridique de l'établissement hospitalier recourant, lui accordant ou lui refusant un mandat de prestations, peut constituer l'objet de la contestation en procédure de recours, partant, délimiter l'objet du litige. En d'autres termes, un établissement ne peut pas recourir contre les décisions de la liste hospitalière réglant la situation juridique d'autres établissements, décisions qui, n'étant pas contestées, entrent en vigueur (ATAF 2012/9 consid. 3.3 ; 2018 V/3 consid. 3.2 ; arrêt du TAF C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 4.1).

2.3 En l'espèce, est litigieux le bien-fondé de la décision de l'autorité inférieure relative à la liste hospitalière neuchâteloise, en ce qu'elle concerne la recourante, laquelle en demande l'annulation, respectivement la modification, plus spécifiquement en ce qu'elle :

(1) n'accorde pas de mandats à la recourante pour le BP, pour les groupes de prestations spécifiques de la chirurgie spécialisée de la colonne vertébrale (BEW8.1) et de la chirurgie pédiatrique de base (KINB), ainsi que pour des groupes de prestations dans les domaines de l'ORL, de la neurochirurgie, de la neurologie, de l'endocrinologie, de la gastroentérologie, de la chirurgie viscérale, des vaisseaux, de l'urologie, de la rhumatologie, de la gynécologie et de la réadaptation musculo-squelettique ;

(2) octroie à la recourante des mandats sous condition dans les domaines de l'ophtalmologie, de la néphrologie et dans huit groupes de prestations du domaine de l'orthopédie ; et

(3) attribue à la recourante des mandats résiduels, et sous condition, dans les huit groupes de prestations du domaine de l'orthopédie.

Les motifs en sont que la recourante ne remplit pas le critère impératif de la disponibilité et de la capacité et/ou n'atteint pas celui de la masse critique, et ne réalise pas la condition générale liée aux conditions de travail prévues par la CCT Santé 21 ; la recourante critique ces exigences et/ou leur application par l'autorité cantonale.

Enfin, (4) la décision litigieuse limite le volume d'activité des mandats obtenus par SMNH dans les domaines de l'ophtalmologie et de l'orthopédie, mesure que la recourante conteste.

3.

3.1 Conformément à l'art. 49 PA, la recourante peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a), ou la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b). En dérogation à l'art. 49 let. c PA, l'art. 53 al. 2 let. e LAMal dispose que le grief de l'inopportunité ne peut être invoqué comme motif de recours contre les décisions au sens de l'art. 39 LAMal ; il exclut ainsi 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 inférieure.

3.1.1 Lors de l'élaboration de la planification et de la liste hospitalière, le canton dispose en effet d'un large pouvoir d'appréciation (ATAF 2018 V/3 consid. 4.1 et les réf. cit.).

En matière d'assurance-maladie, l'art. 117 Cst. confère à la Confédération une compétence concurrente à celle des cantons, non limitée aux principes, qui admet en outre l'instauration d'un monopole de droit indirect. La Confédération peut donc réglementer exhaustivement la matière. Elle a concrétisé cette compétence par l'adoption de la LAMal, de l'OAMal, ainsi que de diverses autres ordonnances. Cela étant, la Confédération n'a pas, en l'état, épuisé la matière, si bien que les cantons conservent une compétence résiduelle leur permettant d'adopter des règles autonomes dans certains domaines, qui se déterminent au cas par cas (ATF 140 I 218 consid. 5.6 et les réf. cit.). S'agissant de la planification hospitalière, la Confédération s'est contentée d'adopter une réglementation-cadre en fixant certains objectifs et principes obligatoires (art. 39 LAMal et art. 58a ss OAMal), tout en laissant aux cantons le soin et la compétence de les concrétiser. Dans ces limites, la planification hospitalière demeure du ressort des cantons, lesquels disposent d'une importante marge de manœuvre, ou pouvoir d'appréciation, lors de l'élaboration de cette planification et de leur liste hospitalière (arrêt du TAF C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 5.1 et 5.2 ; ATF 140 I 218 consid. 5.6.3 et les réf. cit. ; Message du Conseil fédéral du 15 septembre 2004 concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [financement hospitalier], FF 2004 5207, 5224 ch. 2.2 ; « Bases de la planification hospitalière et pistes de développement », rapport du Conseil fédéral du 18 décembre 2013 en réponse aux postulats 09.4239 et 10.3753 [ci-après : rapport du Conseil fédéral], p. 6, 14, 17, 18 ; MÉLANIE MADER, Financement des hôpitaux et des soins : éléments importants des révisions LAMal, marge de manœuvre des cantons et rôle de la liberté économique, in : Jusletter, 16 août 2010, n° 47 s ; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 39 Spitäler und andere Einrichtungen, 2018, p. 315 à 343, n. m. 8.).

3.1.2 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 (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, Droit administratif, vol. I, 3^e éd. 2012, ch. 4.3.2.1). Le pouvoir d'appréciation doit cependant s'exercer de façon conforme à la loi et à la Constitution. Les cantons doivent ainsi légiférer sans violer le sens et l'esprit de la législation fédérale, ni ne contredire son but (GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungs

- recht, Band XIV, Sécurité sociale, Ulrich Meyer [édit.], 3^e éd. 2016, n° 794 et 795 ; MÉLANIE MADER, op. cit., n° 240). 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 (MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., ch. 4.3.2.2). C'est ce second contrôle, qui restreint bien davantage la liberté de l'autorité contrôlée, que ne peut effectuer le Tribunal de céans lorsqu'il examine une décision prise au sens de l'art. 39 LAMal (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 3.2).

Quant à la violation du droit, elle peut se manifester également par l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêts du TAF C-28/2016 du 24 juillet 2018 consid. 3.1 et 3.2 et les réf. cit. ; MOOR/FLÜCKIGER/MARTENET, op. cit., ch. 4.3.2.3). Selon la jurisprudence et la doctrine, 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, retient des critères inappropriés ou n'utilise pas de critères objectifs (ATF 143 V 369 consid. 5.4.1 ; 132 V 393 consid. 3.3 ; arrêt du TF 9C_373/2019 du 18 juillet 2019 consid. 3.2) ; 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, en particulier l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 143 III 140 consid. 4.1.3 *in fine* ; arrêt du TF 8C_747/2018 du 20 mars 2019 consid. 4.2). Elle commet en revanche un excès de son pouvoir d'appréciation lorsqu'elle use de son pouvoir d'appréciation alors que la loi l'exclut (excès positif) ou, au contraire, lorsqu'elle n'en fait pas usage alors que la loi lui prescrit de le faire (excès négatif). L'autorité qui abuse ou excède son pouvoir d'appréciation viole le droit (arrêt du TF 8C_331/2019 du 18 septembre 2019 consid. 3.2 ; arrêts du TAF B-7044/2018 du 9 décembre 2019 consid. 5.2 et les réf. cit. ; C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 5.3.1).

3.2 Le Tribunal administratif fédéral applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués à l'appui du recours (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation développée dans la décision attaquée (MOOR/POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3^e éd. 2011, ch. 2.2.6.5 ; BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 243).

3.3 En vertu de l'art. 53 al. 2 let. a LAMal, les preuves et faits nouveaux, qui ne constituaient pas la base de l'appréciation de l'autorité inférieure, ne peuvent être présentés que s'ils résultent de l'acte attaqué ; toute conclusion nouvelle est irrecevable. Le Tribunal administratif fédéral apprécie dès lors la légalité d'une décision fixant la liste des hôpitaux d'après l'état de fait existant jusqu'au moment où la décision litigieuse a été rendue (sur le rapport entre les faits nouveaux et le principe de la maxime inquisitoire, voir ATAF 2014/3 consid. 1.5.3 ss ; 2014/36 consid. 1.5.2). Ce principe s'applique de manière générale dans le domaine des assurances sociales (ATF 132 V 215 consid. 3.1.1 ; 130 V 445 consid. 1.2 ; 121 V 362 consid. 1b ; ATAF 2018 V/3 consid. 4.3 et les réf. cit.).

3.4 Selon les principes généraux du droit intertemporel, le droit matériel applicable est en principe celui en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATF 143 V 446 consid. 3.3 ; 136 V 24 consid. 4.3 ; 132 V 215 consid. 3.1.1). L'arrêt litigieux date du 28 septembre 2015. Sont dès lors applicables en l'espèce, en particulier, la LAMal et son ordonnance d'application dans leur teneur en vigueur dès le 1^{er} janvier 2009, suite à la révision partielle de la loi, relative au financement hospitalier et à la planification hospitalière (révision de la LAMal du 21 décembre 2007 [financement hospitalier], RO 2008 2049, FF 2004 5207 ; révision de l'OAMal du 22 octobre 2008, RO 2008 5097).

4.

4.1 L'art. 39 al. 1 LAMal, en relation avec l'art. 35 al. 1 LAMal, fixe les conditions, cumulatives, que doivent remplir les établissements hospitaliers pour être admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS). Ainsi, un hôpital doit garantir une assistance médicale suffisante (let. a), disposer du personnel qualifié nécessaire (let. b), disposer d'équipements médicaux adéquats et garantir la fourniture adéquate de médicaments (let. c). De plus, 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). La let. d pose ainsi 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 ; ATAF 2018 V/3 consid. 5.2 et les réf. cit.).

En outre, l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal charge le Conseil fédéral d'édicter des critères de planification uniformes en prenant en considération la qualité et le caractère économique, ce qu'il a fait aux art. 58a ss OAMal (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 6.1).

4.2 La planification en vue de couvrir les besoins en soins au sens de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal garantit aux personnes habitant les cantons qui l'établissent, le traitement hospitalier à l'hôpital. Les cantons réexaminent périodiquement leurs planifications (art. 58a OAMal).

Selon l'art. 58b 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. 58b 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'efficacité 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).

Conformément à l'art. 58c OAMal, qui prévoit la manière dont s'effectue une planification, celle-ci doit être liée aux prestations, s'agissant de la couverture des besoins en soins dans les hôpitaux pour le traitement des maladies somatiques aiguës (let. a), une planification orientée sur la capacité n'étant plus autorisée (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 6.2). Concernant la couverture des besoins en soins pour la

réadaptation, la planification est liée aux prestations ou aux capacités (let. b).

Selon l'art. 58d OAMal, les cantons doivent notamment, dans le cadre de l'obligation de coordination intercantonale des planifications, visée à l'art. 39 al. 2 LAMal, exploiter les informations pertinentes concernant le flux de patients et les échanger avec les cantons concernés (let. a) et coordonner les mesures de planification avec les cantons concernés par celles-ci dans la couverture de leurs besoins (let. b).

L'art. 58e OAMal prévoit que les cantons inscrivent sur leur liste visée à l'art. 39 al. 1 let. e LAMal, les établissements cantonaux et extra-cantonaux nécessaires pour garantir l'offre déterminée conformément à l'art. 58b al. 3 OAMal (al. 1). Les listes mentionnent pour chaque hôpital l'éventail de prestations correspondant au mandat de prestations (al. 2). Les cantons attribuent à chaque établissement sur leur liste un mandat de prestations au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal ; celui-ci peut contenir notamment l'obligation de disposer d'un service d'urgence (al. 3).

4.3 La Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) a édité, le 14 mai 2009, des « Recommandations sur la planification hospitalière d'après la révision de la LAMal sur le financement hospitalier du 21 décembre 2007 » (ci-après : Recommandations CDS). Ces recommandations sont régulièrement révisées ; la dernière révision a été approuvée par l'Assemblée plénière de la CDS le 25 mai 2018 et comprend la jurisprudence jusqu'au 1^{er} janvier 2018 ([www.gdk-cds.ch/fr>Soins de santé>Hôpitaux>Recommandations en matière de planification hospitalière](http://www.gdk-cds.ch/fr>Soins%20de%20sant%C3%A9>H%C3%B4pitaux>Recommandations%20en%20mat%C3%A8re%20de%20planification%20hospitali%C3%A8re)). Les Recommandations CDS « ne sont pas contraignantes pour les cantons, mais doivent cependant favoriser une vision commune de la tâche cantonale de la planification hospitalière et s'entendent ainsi également comme une contribution à la coordination intercantonale de la planification hospitalière au sens défini par l'art. 39 al. 3 LAMal » (voir Recommandations CDS du 25 mai 2018, p. 2). Elles ne lient pas non plus les tribunaux (ATF 140 V 277 consid. 4.2).

5.

Il convient en l'espèce de répondre à la question de savoir si le Conseil d'Etat neuchâtelois, en se fondant sur les critères qu'il a retenus dans le cadre de l'élaboration de la liste hospitalière neuchâteloise en vigueur dès le 1^{er} janvier 2016 et, en conséquence, en accordant de manière restreinte, à la recourante, les mandats de prestations qu'elle sollicitait, a agi conformément au droit fédéral, à son sens et à son but, et dans les limites

du respect des principes généraux du droit. Dans ce cadre, la recourante formule essentiellement des griefs au sujet de l'application, par l'autorité inférieure, tant à l'égard de l'HNE qu'à celui de SMNH, du critère impératif de la disponibilité et de la capacité d'un établissement à remplir son mandat de prestations, à l'encontre du critère de la masse critique et de son application, et à l'égard de l'imposition de la condition du respect des conditions de travail de la CCT Santé 21. Elle critique en outre la méthode retenue par le gouvernement neuchâtelois consistant à accorder à un établissement ayant reçu un mandat sous condition un nombre de cas équivalent au besoin résiduel non couvert par l'établissement remplissant l'ensemble des exigences et conditions, ainsi que l'outil de la gestion des quantités, mis en place par le Conseil d'Etat dans le cadre de l'octroi de certains mandats de prestations.

Dans un souci de clarté, et afin de répondre au mieux aux nombreux griefs de la recourante, disséminés dans ses écritures, le Tribunal procédera en examinant tout d'abord l'évaluation des besoins réalisée par le Conseil d'Etat, correspondant à la première étape de sa planification (consid. 6). Puis, le Tribunal considérera la méthode d'évaluation de l'offre choisie par le Conseil d'Etat, soit l'application des trois types de critères et le système de dérogation, avec mandats sous condition (consid. 7). Le Tribunal analysera ensuite, parmi les critères et conditions imposés aux établissements intéressés à figurer sur la liste hospitalière, ceux que la recourante conteste (consid. 8, 9, 10). Enfin, le Tribunal se prononcera sur l'outil de la gestion des quantités (consid. 11).

Evaluation des besoins

6.

6.1 Dans son rapport 1^{ère} partie, relatif à l'évaluation des besoins (dossier CE NE pce 6 ; voir également réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6, p. 2 à 4]), sur lequel, notamment, se fonde l'arrêté litigieux, le Conseil d'Etat, après une brève introduction quant à la planification hospitalière et aux objectifs de celle-ci, expose quelle en est la portée (rapport 1^{ère} partie, ch. 1 à 2.1, p. 4 à 7, et ch. 2.3, p. 8 et 9). Le Conseil d'Etat précise ainsi que cette planification concerne en particulier l'ensemble des soins hospitaliers stationnaires, tous les cas des secteurs des soins somatiques aigus, de la réadaptation et de la psychiatrie, la population résidant dans le canton de Neuchâtel – la planification des soins pour les résidents des autres cantons incombant à ces derniers, même pour les traitements prodigués sur le territoire du canton de Neuchâtel –,

et les traitements prodigués dans les hôpitaux et cliniques situés sur tout le territoire suisse, quel que soit leur statut juridique, public ou privé, leur mode de rémunération ou le régime de financement de la prestation. Le Conseil d'Etat indique également que les Recommandations CDS, issues d'un travail intercantonal, servent de base de réflexion pour l'établissement de la planification dans le but, en particulier, de présenter une « démarche vérifiable », telle que voulue par la LAMal (rapport 1^{ère} partie, ch. 2.4, p. 9).

6.2 Se référant précisément à la CDS, l'autorité cantonale explique en outre que les données statistiques qui ont servi à établir la planification dans le canton de Neuchâtel sont essentiellement celles de la statistique médicale de l'Office fédéral de la statistique (OFS), lesquelles contiennent toutes les informations nécessaires pour le regroupement des cas du secteur des soins aigus, de la réadaptation et de la psychiatrie dans différents domaines de prestations, ainsi que les éléments nécessaires pour établir la prévision des besoins. Le Conseil d'Etat précise encore, tant dans son rapport 1^{ère} partie (ch. 3.3.1 et 3.3.2, p. 12 et 13) que dans sa réponse au recours (TAF pce 6 p. 3), qu'il lui paraissait pertinent d'utiliser les données 2012 pour l'évaluation des besoins, dans la mesure où ces données sont les premières à décrire la situation après le 1^{er} janvier 2012 et donc à tenir compte des effets de la réforme du financement hospitalier, en particulier ceux consécutifs à l'ouverture des frontières cantonales sur les flux de patients entre cantons, et des hospitalisations des Neuchâtelois-es réalisées dans l'ensemble des hôpitaux suisses ; il s'agissait en outre des dernières données disponibles à la rédaction du rapport 1^{ère} partie (version définitive de ces données au mois de mars 2014).

6.3 Le gouvernement neuchâtelois rapporte par ailleurs que la planification étant obligatoirement liée aux prestations pour le secteur des soins somatiques aigus, il a utilisé un modèle de groupement des prestations, développé dans les cantons de Zurich et Berne et recommandé par la CDS (dossier CE NE pces 10 et 11), basé sur les diagnostics et les traitements réalisés à l'hôpital, soit le modèle de « groupes de prestations pour la planification hospitalière » (GPPH ; « Spitalplanungs-Leistungsgruppen [SPLG] »), composé de deux niveaux de granularité, à mesure qu'il répartit les cas en 25 domaines de prestations, eux-mêmes subdivisés en quelques 125 groupes de prestations. Dans le domaine de la réadaptation, le Conseil d'Etat indique avoir procédé au regroupement des prestations sur la base du diagnostic principal, codé selon la Classification internationale des maladies (CIM) ; six groupes ont ainsi été définis

(rapport 1^{ère} partie, ch. 3.4, p. 14 à 17, et annexes 3 et 4, p. 43 à 47 ; TAF pce 6 p. 3).

6.4 Comme cela résulte de la suite du rapport (rapport 1^{ère} partie, ch. 3.5, p. 18 à 26), suivant toujours les Recommandations CDS, c'est en se fondant sur le modèle de prévision des besoins sur la base des prestations (www.obsan.admin.ch/fr/publications/modele-de-projection-du-recours-aux-soins-comme-outil-daide-la-planification), élaboré par l'Observatoire suisse de la santé (Obsan) et Statistique Vaud (www.scris.vd.ch/), que le Conseil d'Etat a estimé l'évolution de la demande de soins pour les années sur lesquelles porte la planification (« Modèle de projection des besoins », ch. 3.5.1). L'autorité cantonale explique à cet égard que ce modèle prend en compte des aspects importants des évolutions en cours dans le secteur hospitalier suisse, comme le raccourcissement des durées de séjour, en lien avec les gains d'efficacité apportés par le progrès technologique, ou les flux des patients entre cantons, et qu'il offre différentes approches de l'évolution démographique ; il présente toutefois quelques limitations, comme l'absence d'intégration de l'effet du virage ambulatoire.

L'autorité cantonale a ainsi établi une photographie du recours aux soins de la population neuchâteloise pour l'année de référence 2012 (22'129 prestations hospitalières fournies à la population neuchâteloise dans le domaine des soins somatiques aigus [rapport 1^{ère} partie, Tableau 8, p. 30] et 2'530 cas de réadaptation [rapport 1^{ère} partie, Tableau 10, p. 32]), et y a intégré des facteurs d'évolution de la demande et de l'offre ayant une influence sur la projection du nombre de cas, soit l'évolution démographique et l'évolution de la prise en charge, en particulier le virage ambulatoire. S'agissant précisément de l'intégration de l'hypothèse du virage ambulatoire, le canton de Neuchâtel a utilisé l'outil SQLape, ayant pour but d'identifier quels séjours hospitaliers auraient pu être évités grâce à une prise en charge de chirurgie d'un jour, autrement dit, ambulatoire (rapport 1^{ère} partie, p. 22, note de bas de page 25 et annexe 6 ; ch. 3.5.2.1 et 3.5.2.2, p. 19 à 24). Enfin, l'estimation des besoins futurs pour chaque domaine de prestations a été réalisée, consistant à déterminer le nombre de cas et de journées d'hospitalisation probables pour chaque année, de 2016 à 2022 (ch. 3.5.2.3, p. 24 à 26). Le Conseil d'Etat précise à cet égard que deux scénarii pour la projection des besoins en soins hospitaliers stationnaires de la population neuchâteloise ont été retenus, soit le scénario 1, qui se base sur le scénario démographique de référence (scénario « moyen » ; rapport 1^{ère} partie, p. 25), et le scénario 2, qui se base sur le scénario démographique « haut » (rapport 1^{ère} partie, p. 25 et 26 ; pour une explication des différents scénarii, voir rapport 1^{ère} partie,

p. 20). L'autorité cantonale a finalement exposé les projections du nombre de cas par GPPH pour les années 2016 à 2022 dans les annexes 11 et 12 de son rapport, chacune de ces annexes correspondant à l'un des deux scénarii démographiques précités (pour les soins somatiques aigus, voir rapport 1^{ère} partie, ch. 5.1, p. 29 à 31 ; s'agissant de la réadaptation, voir rapport 1^{ère} partie, ch. 5.2, p. 32 et 33, et annexe 14 ; à titre d'exemple, le nombre de cas total à couvrir dans le domaine des soins somatiques aigus en 2022 est de 22'231 ou 22'612 selon le scénario retenu, la baisse du nombre de cas liée à l'évolution de la prise en charge venant contrebalancer l'augmentation consécutive à l'évolution démographique).

6.5 Dans ses rapports 2^e et 3^e parties (dossier CE NE pce 8, p. 5, et dossier CE NE pce 5, p. 11 et 12), le Conseil d'Etat relève encore qu'il s'agit là de la détermination des besoins en soins globaux de la population, comprenant l'ensemble des couvertures d'assurance, besoins parmi lesquels il convient, dans la troisième étape du processus, d'identifier les besoins qui doivent être couverts par la liste hospitalière ; c'est sur cette base que l'offre permettant de les couvrir doit être déterminée.

L'autorité cantonale explique ainsi qu'en application de l'art. 58b al. 2 et 3 OAMal, elle a soustrait des besoins globaux établis selon la méthode présentée ci-avant, les besoins relevant d'autres régimes de financement que la LAMal (par exemple l'assurance-accident), les besoins relevant de la LAMal couverts par des établissements ne figurant pas, entre 2012 et 2015, sur la liste hospitalière neuchâteloise, et les besoins relevant de la LAMal et entrant dans le champ de la médecine hautement spécialisée. Ce, avec une exception toutefois : ayant pour objectif qu'une partie des cas réalisés hors canton dans un hôpital ne figurant pas sur la liste hospitalière précédente soit récupérée par les hôpitaux neuchâtelois par le jeu de la concurrence, le Conseil d'Etat a estimé nécessaire de tenir compte de deux tiers des cas de soins aigus pris en charge par des hôpitaux sis dans les cantons limitrophes (rapport 3^e partie, ch. 4.2.1, p. 12 et 13 ; réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 7 et 8).

Enfin, le Conseil d'Etat relève que les besoins à couvrir dans les groupes de prestations appartenant aux 19 domaines de prestations non électifs ont été calculés sur la base du scénario 1 d'évolution des besoins, tandis que pour les groupes de prestations relevant de domaines électifs (ophtalmologie, ORL, gynécologie, orthopédie, rhumatologie et urologie), dans lesquels des limitations de quantités ont été fixées, les besoins à couvrir ont été estimés sur la base du scénario 2, afin de laisser une marge nécessaire pour éviter un possible engorgement du système hospitalier en

cas d'augmentation non planifiée (rapport 2^e partie, ch. 3.1.1, p. 10 ; rapport 3^e partie, ch. 4.4.3, p. 19 ; réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6, p. 7]).

6.6

6.6.1 Il ressort de ce qui précède que pour faire une projection des besoins en soins de la population cantonale, le Conseil d'Etat s'est basé sur les variables que la CDS considère comme devant être pris en compte, à savoir le développement médico-technique, l'évolution démographique de la population du canton, les évolutions épidémiologiques, et la durée et le taux d'hospitalisation. A ces variables, le Conseil d'Etat a ajouté l'évolution de la prise en charge, en particulier le virage ambulatoire. A l'aide du modèle de l'Obsan, il a estimé le besoin en soins futurs de la population cantonale. Ce procédé s'avère conforme à la LAMal et relève du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure. En revanche, ajouter à ces statistiques deux tiers des cas de soins aigus pris en charge par des hôpitaux sis dans les cantons limitrophes (voir *supra* consid. 6.5), sur la base d'un objectif que le Conseil d'Etat s'est fixé, constitue une violation de l'art. 58b al. 1 OAMal en lien avec l'art. 39 al. 1 LAMal, dans la mesure où ce chiffre ne se fonde ni sur des données statistiques justifiées, ni sur des comparaisons. Pour ce motif déjà, la détermination des besoins en soins réalisée par le Conseil d'Etat n'est pas conforme à la LAMal.

6.6.2 Par ailleurs, le Tribunal administratif fédéral a jugé que l'art. 58d OAMal peut être interprété en ce sens que les informations nécessaires sur les flux de patients doivent être évaluées et échangées avec les cantons concernés, et que les mesures de planification doivent être coordonnées avec les cantons concernés par leur situation de soins (arrêts du TAF C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 10.2 et 10.4 ; C-1966/2014 du 23 novembre 2015 consid. 4.1.3). En d'autres termes, non seulement la demande intra-cantonale – soit les besoins en prestations hospitalières stationnaires de la population résidente cantonale – mais également la demande extra-cantonale – patients résidant dans le canton de référence, qui se font soigner dans un autre canton et patients résidant dans cet autre canton, qui se font soigner dans le canton de référence – doivent être prises en considération dans le cadre de la planification des besoins (voir également Recommandations CDS n° 2 a) de la version du 25 mai 2018). Les cantons étant désormais tenus par la LAMal de coordonner leur planification, il n'appartient pas à un canton de décider s'il souhaite renoncer à la coordination et limiter l'attribution des capacités à la demande intra-cantonale. Cela viole non seulement l'obligation légale de

coordination, mais porte aussi atteinte à la liberté de la personne assurée de choisir un hôpital (art. 41 LAMal). Une planification hospitalière qui ne tient pas compte de la demande extra-cantonale ne saurait donc être qualifiée de réponse aux besoins au sens de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal.

Or, en l'espèce, il ressort de son rapport 1^{ère} partie que le Conseil d'Etat a expressément exclu de la détermination des besoins en soins le flux de patients résidant dans d'autres cantons et se faisant soigner sur le territoire neuchâtelois (rapport 1^{ère} partie, ch. 2.3, p. 8). En agissant de la sorte, l'autorité inférieure a violé l'art. 58b al. 1 OAMal en lien avec l'art. 39 al. 2 LAMal, de sorte que pour ce motif également, l'évaluation des besoins en soins qu'elle a effectuée n'apparaît pas conforme à la LAMal.

6.6.3 S'agissant du regroupement des prestations selon le modèle GPPH ([www.gdk-cds.ch/fr/>Soins de santé>Hôpitaux>Groupes de prestations pour la planification hospitalière \[concept GPPH\]](http://www.gdk-cds.ch/fr/>Soins%20de%20sant%C3%A9>H%C3%B4pitaux>Groupes%20de%20prestations%20pour%20la%20planification%20hospitali%C3%A8re%20[concept%20GPPH]) : soins somatiques aigus), le Tribunal relève qu'il s'avère tout à fait approprié, le Conseil d'Etat ayant suivi les propositions de la CDS. Celle-ci indique dans une décision de son Comité directeur du 27 janvier 2011 (dossier CE NE pce 11) que le concept GPPH est « un instrument pratique et bien conçu pour l'attribution de mandats de prestations et devrait autant que possible être appliqué de manière généralisée dans tous les cantons ; les groupes de prestations définis sans équivoque suivant la classification suisse des interventions chirurgicales (CHOP 11.0), la classification internationale des maladies (CIM-10 GM 2008) et les « All Patients Diagnoses Related Groups » (APDRG, version 6.0+SPG [Swiss Payment Groups]) constituent une agrégation médicalement et économiquement pertinente des prestations ; avec 125 groupes de prestations, le degré de différenciation est élevé en raison des exigences structurelles pour la fourniture des prestations correspondante, en particulier s'agissant des prestations spécialisées ».

6.6.4 L'évaluation des besoins en soins à laquelle a procédé le Conseil d'Etat n'étant pas conforme à la LAMal pour les raisons exposées ci-avant, l'arrêté litigieux, en ce qu'il concerne la recourante, doit, pour ce motif déjà, être annulé et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle évaluation des besoins et nouvelle décision.

Evaluation de l'offre des établissements et attribution des mandats de prestations

7.

Avant d'examiner en détail, dans les considérants qui suivent, les critères (voir *infra* consid. 8 et 9) et conditions générales (voir *infra* consid. 10) contestés par la recourante, il convient de considérer le système d'évaluation de l'offre appliqué par le Conseil d'Etat, dont SMNH critique un certain nombre d'aspects.

7.1 Critères impératifs, conditions-cadres, critères d'adjudication

7.1.1 Après avoir évalué les besoins en soins de la population du canton, le Conseil d'Etat s'est attelé à identifier les hôpitaux avec lesquels il pourrait collaborer, y compris les institutions sises hors canton. Il a ainsi procédé dans un premier temps à un examen de l'économicité des établissements intéressés (rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], p. 24 et 30 ; rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], p. 45 et 46, annexe 12). Puis dans un second temps, il a demandé à ces établissements le respect d'un certain nombre de critères et conditions pour pouvoir figurer sur la liste hospitalière et obtenir des mandats de prestations, qu'il a distingués selon trois types et fixés dans l'arrêté du 17 décembre 2014 (dossier CE NE pce 9). Le premier type de critères est constitué des « critères impératifs », « que tous les fournisseurs de prestations doivent remplir pour pouvoir participer à la procédure d'octroi » (art. 1 al. 1 ch. 1 de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], p. 13 à 17) et dont font partie l'exigence de disponibilité et de capacité d'un établissement à remplir son mandat de prestations (voir *infra* consid. 8), ainsi que celle de la qualité, laquelle fait référence au concept institutionnel d'assurance qualité et aux critères de masse critique et d'activité suffisante (voir *infra* consid. 9 ; art. 2 let. b et d de l'arrêté du 17 décembre 2014). Le deuxième type de critères est celui des « conditions générales », « que les fournisseurs de prestations doivent s'engager à respecter dès lors qu'ils figurent sur la liste hospitalière cantonale » (art. 1 al. 1 ch. 2 de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; rapport 2^e partie, p. 17 à 29) et parmi lesquelles se trouvent les conditions de travail prévues par la CCT Santé 21 (art. 3 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014 ; voir *infra* consid. 10). Le troisième type de critères regroupe les « critères d'adjudication », « qui doivent permettre au Conseil d'Etat d'effectuer un choix définitif pour l'octroi des mandats parmi les fournisseurs de prestations remplissant les critères impératifs et s'engageant sur les conditions générales » (art. 1 al. 1 ch. 3 de l'arrêté du 17 décembre 2014), et qui reprennent en particulier les critères

d'économicité, de qualité et d'accessibilité (art. 4 let. a de l'arrêté du 17 décembre 2014).

7.1.2 La recourante soutient à ce propos que dans le cadre de la présente planification, les critères d'économicité, de qualité et de capacité seraient relégués aux derniers rangs des principes à prendre en compte alors même qu'ils sont imposés par l'OAMal ; ce système d'évaluation serait lié au fait que le Conseil d'Etat se serait laissé guider par des considérations étrangères à la planification hospitalière, soit le respect d'options stratégiques prises par rapport aux établissements publics du canton. Il aurait ainsi abusé de son pouvoir d'appréciation. La recourante indique à cet égard qu'elle offre un coût par cas plus bas que celui de l'HNE et que la concentration de l'offre au sein de cet établissement n'est donc pas conforme au principe d'économicité (recours [TAF pce 1], p. 44 [ch. 2.4.2], 45, 48, 49 ; observations de la recourante du 9 mai 2016 [TAF pce 16], p. 18).

7.1.3

7.1.3.1 Ainsi que cela ressort des rapports 2^e partie (dossier CE NE pce 8, p. 24 et 30) et 3^e partie du Conseil d'Etat (dossier CE NE pce 5, p. 45 et 46 ; annexe 12), le système d'évaluation de l'offre appliqué par le Conseil d'Etat prévoit tout d'abord de procéder, préalablement à tout autre examen, à celui de l'économicité des établissements ayant sollicité l'octroi de mandats de prestations. Pour ce faire, le Conseil d'Etat a en l'occurrence, en se fondant sur la structure SwissDRG, comparé le coût par point SwissDRG en 2013 des établissements ayant postulé à la valeur de référence, ou coût moyen suisse, s'élevant à CHF 11'085 (arrêt du TAF C-2229/2016 du 25 février 2019 consid. 11.5.2 et 11.5.3). A ce montant, il a appliqué une marge d'appréciation admissible de 15%, puis de 10% (arrêt du TAF C-3301/2014 du 11 mai 2017 consid 6.5.4), constatant que tous les hôpitaux ayant soumissionné se trouvaient dans cette marge et qu'ils remplissaient donc tous le critère de l'économicité. Il a également constaté, ce qu'il a confirmé au cours de la procédure de recours (réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 33), que la recourante se trouve parmi les hôpitaux les plus économiques, soit plus économique que l'HNE, par exemple, mais moins que le CHUV ou l'hôpital du Jura.

7.1.3.2 Une fois l'examen de l'économicité effectué, le système d'évaluation appliqué par l'autorité inférieure prévoit que celle-ci identifie au moyen de critères impératifs, soit de critères de sélection, parmi les hôpitaux intéressés à figurer sur la liste hospitalière et qui sont

économiques, ceux qu'elle juge à même d'assurer les mandats de prestations qu'elle entend confier pour garantir la couverture des besoins en soins de la population neuchâteloise. Parmi ces critères se trouvent celui de la qualité et celui de la disponibilité et capacité. Dans le même temps, l'autorité cantonale demande aux établissements de s'engager sur l'honneur à respecter une série de conditions générales qui fixent le cadre dans lequel l'Etat entend collaborer avec les hôpitaux figurant sur la liste hospitalière (rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], ch. 2.1.1 et 2.1.2, p. 8 ; réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 10).

7.1.3.3 Puis, comme l'explique le gouvernement neuchâtelois dans son rapport 2^e partie sur les conditions-cadres (ch. 2.1.3), les besoins de la population neuchâteloise n'étant pas illimités, le Conseil d'Etat s'est donné les moyens de définir, parmi les établissements qui sollicitent des mandats de prestations, qui remplissent les critères impératifs et qui s'engagent à respecter les conditions générales posées, lesquels s'en verront octroyer. Pour ce faire, l'autorité inférieure a retenu des critères dit « d'adjudication », ayant précisément pour objectif de donner une base permettant de déterminer l'institution la plus apte à figurer sur la liste hospitalière lorsque l'offre de prestations est supérieure aux besoins prédéterminés. Autrement dit, si l'offre dépasse les besoins, l'autorité cantonale retiendra en priorité, parmi les établissements sélectionnés, donc remplissant tous les critères impératifs et conditions générales, ceux dont les prestations sont les plus efficaces. Ainsi, les critères d'adjudication sont des critères d'appréciation de l'offre et non des critères de sélection, au contraire des critères impératifs (rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], p. 30 ; rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], ch. 4.3.3, p. 17 et 18).

7.1.3.4 Or, il appert de ce qui précède qu'en introduisant, dans le processus d'évaluation de l'offre, trois étapes successives poursuivant des buts différents, le système appliqué par l'autorité inférieure crée une hiérarchisation des critères, complétés par des conditions générales. L'art. 58b OAMal n'octroie pourtant aucun pouvoir d'appréciation aux cantons à cet égard. Selon le texte de cette disposition, les critères qui y sont posés (économité, qualité, disponibilité et capacité des établissements, etc.) doivent servir dans le même temps à l'évaluation et au choix de l'offre, les cantons ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation pour établir un ordre d'importance entre ces critères. En procédant comme elle l'a fait, l'autorité inférieure a donc excédé son pouvoir d'appréciation (voir *supra* consid. 3.1.2).

En conséquence, indépendamment de la question de la conformité au droit des critères retenus par le canton de Neuchâtel et de leur application, il convient de considérer que le système d'évaluation de l'offre mis en place par le canton de Neuchâtel viole le droit. Pour ce motif également, l'arrêté litigieux, en ce qu'il concerne la recourante, doit être annulé et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle rende une nouvelle décision, après avoir préalablement mené une planification conforme au droit.

7.2 Clause de dérogation

7.2.1 Le Conseil d'Etat a également prévu des mesures dans les cas où l'offre des établissements qui remplissent les critères impératifs et qui s'engagent à respecter les conditions générales posées ne permet pas de couvrir les besoins en soins de la population du canton. L'autorité cantonale s'est ainsi pourvue d'une clause de dérogation, énoncée à l'art. 1 al. 5 de l'arrêté du 17 décembre 2014, selon laquelle elle peut admettre sur la liste hospitalière, à titre exceptionnel, des établissements qui ne remplissent pas tous les critères impératifs et conditions générales requises, pour autant qu'ils soient jugés nécessaires à la couverture des besoins de la population. Dans un tel cas de figure, le Conseil d'Etat confie aux établissements en question un mandat de prestations sous condition, soit assorti d'exigences à remplir dans un délai donné (à titre d'exemple, un délai de 2 ans est accordé pour remplir une condition générale telle que le respect des conditions de travail de la CCT Santé 21) ; à défaut de satisfaire à ces exigences dans le délai imparti, le mandat de prestations est retiré et remis au concours (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], ch. 4.3.2, p. 17, et ch. 4.4.4, p. 20 ; réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 10, ch. 4).

Dans le cas des activités électives, comme l'orthopédie et l'ophtalmologie, pour lesquelles le Conseil d'Etat a limité les quantités attribuées sous la forme d'un nombre de cas maximum (art. 1 al. 3 de l'arrêté du 17 décembre 2014 [dossier CE NE pièce 9]), les établissements à qui un mandat sous condition doit être octroyé pour couvrir les besoins en soins se voient accorder un nombre de cas équivalent aux besoins non couverts par les établissements qui remplissent l'ensemble des critères et conditions et à qui a été attribué l'entier des cas qu'ils ont sollicités, toutefois insuffisants pour couvrir lesdits besoins. Une fois que, dans le délai imparti, les établissements au bénéfice de mandats sous condition se sont mis en règle avec les conditions-cadres, les critères d'adjudication sont appliqués, les établissements qui remplissaient toutes les conditions-cadres dès le début de la validité de la planification se voyant attribuer au minimum le

même nombre de cas que lors de la dernière année durant laquelle les premiers établissements bénéficiaient d'une clause de dérogation (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], ch. 4.4.4, p. 20 ; exemple de la répartition du nombre de cas entre SMNH et HNE dans le domaine de l'orthopédie : rapport 3^e partie, annexe 17, p. 115).

7.2.2 La recourante estime que le système de dérogation mis en place par l'autorité inférieure n'est conforme ni aux critères de planification prévus à l'art. 58b OAMal, ni à l'égalité de traitement entre organismes privés et publics prévue à l'art. 39 al. 1 let. d LAMal, et viole l'obligation de prendre en compte de manière adéquate les établissements privés. Ainsi, la prise en considération adéquate des organismes privés ne signifierait pas simplement une prise en compte subsidiaire, en ce sens que les hôpitaux privés ne devraient avoir leur place que lorsque l'offre des hôpitaux publics ne permet pas de couvrir les besoins de la population. Prenant l'exemple de l'orthopédie, domaine dans lequel SMNH s'est vu appliquer le régime dérogatoire et accorder un mandat sous condition, dans la mesure où elle ne s'est pas engagée à respecter les conditions de travail de la CCT Santé 21, la recourante soutient que du fait qu'elle bénéficie de ce régime dérogatoire, elle aurait dû être traitée sur un pied d'égalité avec l'HNE, soit comme si elle réalisait d'ores et déjà la condition requise. La méthode de l'autorité inférieure aurait par ailleurs pour effet que les mandats octroyés sous condition à la recourante demeurent limités même si elle réalise la condition requise (recours [TAF pce 1], p. 40 à 43).

7.2.3

7.2.3.1 Le principe de la légalité exige que l'administration n'agisse que dans le cadre fixé par la loi (art. 5 al. 1 Cst.). Fournit une base légale suffisante toute norme générale et abstraite, obligatoire, suffisamment précisée et édictée par l'organe compétent conformément à la Constitution (ATF 141 II 169 consid. 3.1). Ainsi, toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale (art. 164 al. 1 Cst.). Appartiennent également à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral (art. 164 al. 1 let. f Cst.). Une loi fédérale peut toutefois prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit (art. 164 al. 2 Cst. ; ATF 141 II 169 consid. 3.2).

7.2.3.2 En raison de la répartition des compétences inscrite à l'art. 3 Cst., l'approvisionnement en soins constitue une tâche des cantons. Il incombe à ces derniers de garantir les soins publics de santé ainsi que le domaine de la police sanitaire. Ils veillent par exemple, de concert avec les communes, à un approvisionnement suffisant et économiquement supportable en soins médicaux et infirmiers, ce qui implique aussi la mise à disposition des institutions et de l'infrastructure nécessaires. En ce sens, la planification hospitalière et l'établissement d'une liste des hôpitaux que cette planification implique sont inscrits dans la LAMal en tant que tâches des cantons (art. 39 LAMal ; ATAF 2016/15 consid. 1.1). Ceux-ci doivent pouvoir établir leur planification hospitalière en tenant compte des particularités cantonales et développer leurs instruments de planification en se fondant sur les connaissances de leur domaine hospitalier particulier (rapport du Conseil fédéral, p. 6, 13, 14, 18). Toutefois, si, dans la mise en œuvre des critères de planification, les cantons disposent d'un large pouvoir d'appréciation, ils doivent légiférer sans violer le sens et l'esprit de la législation fédérale, ni ne contredire son but (ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.1 ; GEBHARD EUGSTER, *Krankenversicherung*, op. cit., n° 794 et 798).

7.2.3.3 L'art. 39 LAMal régit les exigences que les hôpitaux doivent satisfaire pour être reconnus en tant que fournisseurs de prestations autorisés à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. Ainsi, un hôpital doit garantir une assistance médicale suffisante, disposer du personnel qualifié nécessaire, disposer d'équipements médicaux adéquats et garantir la fourniture adéquate des médicaments, correspondre à la planification hospitalière établie par le canton, afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, et figurer sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats (art. 39 al. 1 let. d et c LAMal). En outre, sur la base de l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal, le Conseil fédéral a édicté aux art. 58a à 58e OAMal des critères de planification uniformes, prenant en considération la qualité et le caractère économique des prestations.

7.2.3.4 Ainsi, l'idée même de planification, d'évaluation et de choix de l'offre qui doit être garantie par la liste, comme la conçoit la législation fédérale (art. 39 al. 2^{ter} LAMal et 58b al. 4 OAMal), implique la définition et l'application de critères par les cantons, critères que doivent remplir ensuite les établissements hospitaliers s'ils souhaitent obtenir des mandats de prestations. En outre, les critères que déterminent les cantons doivent respecter les critères de planification fixés par le Conseil fédéral (art. 39 al. 2^{ter} LAMal) aux art. 58a-58e OAMal, fondés sur la qualité, l'économicité, la disponibilité et la capacité d'un établissement à remplir le mandat de

prestation qui lui est octroyé. L'art. 58b OAMal ne prévoit pas de possibilité de dérogation à ces critères, lesquels sont expressément mentionnés dans la loi sans qu'une exception à leur application n'y soit prévue. On ne saurait dès lors admettre qu'il entre dans le pouvoir d'appréciation d'un canton de déroger complètement aux critères précités, en particulier aux critères de qualité et d'économicité, que ce canton est tenu d'appliquer dans l'évaluation et le choix de l'offre. Or, la clause de dérogation telle que la prévoit l'autorité inférieure permet précisément d'accorder des mandats de prestations à un hôpital, alors même que celui-ci ne remplirait pas l'entier des critères et conditions prévus par le Conseil d'Etat (art. 2 de l'arrêté du 17 décembre 2014), et ce, quel que soit le critère ou quelle que soit la condition que cet hôpital ne réalise pas.

Certes, le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de juger, s'agissant de la planification hospitalière dans le canton de Zurich, que l'attribution d'un mandat de prestations pour une période limitée à un établissement hospitalier qui ne remplit pas toutes les conditions requises pour l'octroi de ce mandat, dans le but, notamment, de permettre à cet hôpital de remplir à terme l'exigence non encore réalisée au moment de l'octroi du mandat, était admissible au regard du droit fédéral, prenait en compte le principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.) et ne constituait pas une inégalité de traitement (ATAF 2018 V/3 consid. 12.1.11 ; arrêt du TAF C-5603/2017 du 14 septembre 2018 consid. 15.4 et 16.6, non publiés dans ATAF 2018 V/3). Il s'agissait toutefois, dans le cas de la planification zurichoise, d'examiner la légalité des mandats provisoires uniquement dans le cadre d'un élément du critère de la qualité, à savoir le nombre minimum de cas par chirurgien, et non pas la légalité d'une clause permettant de déroger à tout critère. Si l'on peut admettre l'existence d'une marge de manœuvre des cantons quant à l'application différée d'un élément de la définition du critère de la qualité, par exemple, on ne saurait déduire des textes légaux la possibilité d'une dérogation complète à ces critères, telle que l'a prévue le Conseil d'Etat.

7.2.3.5 Dès lors, en se dotant de la clause de dérogation prévue à l'art. 1 al. 5 de l'arrêté du 17 décembre 2014, le Conseil d'Etat a là encore excédé son pouvoir d'appréciation (voir *supra* consid. 3.1.2).

7.2.4 Le Tribunal de céans note par ailleurs que SMNH, en application de la clause de dérogation, s'est vue attribuer un mandat pour le groupe de la néphrologie (NEP1), malgré l'absence d'unité de soins intensifs de niveau 2, à la condition d'apporter la preuve, d'ici au 30 juin 2016, qu'elle a conclu une convention de collaboration avec l'HNE à cet égard (rapport

3^e partie [dossier CE NE pce 5], p. 30 et annexe 15, p. 105). Or, comme le rapportent l'autorité inférieure et la recourante, l'HNE n'a finalement pas souhaité signer la convention qui était en cours de signature avec SMNH (TAF pce 1, pts 60 et 61 ; TAF pce 6 p. 38). Dès lors, SMNH ne pouvait remplir la condition exigée pour obtenir, de manière définitive, le mandat de prestations en néphrologie. Il sied de relever à cet égard que l'un des éléments primordiaux d'un mandat provisoire est l'existence d'une possibilité réelle que le bénéficiaire du mandat attribué de façon provisoire puisse à terme réaliser l'élément d'un critère qu'il ne remplit pas au moment de l'octroi du mandat provisoire. Ainsi, en exigeant de la part d'un établissement la réalisation de conditions que cet établissement ne peut remplir, la démarche de l'autorité inférieure apparaît arbitraire et ne saurait être admise.

7.2.5 S'agissant du grief de la recourante relatif à la violation de l'égalité de traitement entre organismes privés et publics, le Tribunal constate qu'il ne ressort pas *a priori* du système de dérogation prévu par le Conseil d'Etat que les établissements à qui des mandats sous condition sont octroyés obtiennent de tels mandats parce qu'ils sont des institutions privées. Il faut, pour qu'une dérogation soit accordée, que l'offre des établissements, privés ou publics, qui réalisent toutes les conditions ne suffise pas à couvrir les besoins en soins de la population et qu'un établissement, peu importe qu'il soit privé ou public, ait postulé pour le mandat concerné, mais ne remplisse pas toutes les conditions exigées. Cela étant, cette question peut rester ouverte, dans la mesure où le régime dérogatoire mis en place par l'autorité inférieure n'apparaît pas conforme aux exigences de planification hospitalière et au but poursuivi par la planification.

Quant au fait que, dans les prestations électives, les établissements qui remplissent toutes les conditions dès le début de la validité de la planification se voient assurer de conserver le même nombre de cas que lors de la dernière année durant laquelle les établissements au bénéfice de mandats sous condition profitent de la clause de dérogation, il ne saurait avoir pour conséquence que les établissements au bénéfice de mandats sous condition qui se sont mis en règle dans le délai imparti continuent d'obtenir uniquement un nombre de cas résiduel par rapport aux premiers établissements. Car alors, le système perdrait tout son sens, et les établissements au bénéfice de la clause de dérogation n'auraient aucun intérêt à remplir la condition qui leur fait défaut. Il conviendrait dans ce cas que cela ait une conséquence quant au nombre maximum de cas attribué à ces établissements. Si l'autorité cantonale ne souhaite pas retirer des cas aux établissements qui remplissaient toutes les conditions dès le début

de la validité de la planification, il conviendrait alors qu'il remette en cause la limite du nombre de cas qu'il avait fixée.

7.2.6 En conséquence de ce qui précède, la clause de dérogation prévue à l'art. 1 al. 5 de l'arrêté du 17 décembre 2014 et son application ne sont pas conformes au droit, et l'arrêté litigieux, en ce qu'il concerne la recourante, doit, pour cette raison encore, être annulé et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle rende une nouvelle décision, après avoir préalablement mené une planification conforme au droit.

Critère de disponibilité et capacité

8.

Selon l'art. 2 let. b de l'arrêté du 17 décembre 2014 (dossier CE NE pièce 9), un établissement « doit garantir sa disponibilité et sa capacité à remplir son mandat de prestations. Il doit remplir l'ensemble des conditions posées pour chacun des groupes de prestations définis dans le cadre de la planification hospitalière ». Le Conseil d'Etat précise à cet égard qu'il a retenu, suivant les Recommandations de la CDS, le concept GPPH (version 2015.1 ; dossier CE NE pce 15, annexe 2, p. 35 à 51, et pce 16 annexe 2 ; dossier SMNH pce 15 ou 16, onglet 6.1 ; [L'application de ce critère par le Conseil d'Etat à la recourante a eu les résultats suivants \(domaine des soins aigus : rapport 3^e partie \[dossier CE NE pce 5\], ch. 5.2.3, p. 23 et 24, et annexe 10 ; concernant la réadaptation : dossier CE NE pce 5, ch. 6.2.3, p. 33, et annexe 20 ; dossier CE NE pce 35 : « Synthèse des motifs du refus d'octroi de groupes de prestations sollicités par GSMN-NE »\) :](http://www.gdk-cds.ch/fr/>Soins%20de%20sant%C3%A9>H%C3%B4pitaux>Groupes%20de%20prestations%20pour%20la%20planification%20hospitali%C3%A8re%20[%5Bconcept%20GPPH%5D%3A%20soins%20somatiques%20aigus>Versions%20ant%C3%A9rieures) qui définit des exigences médicales spécifiques à chacun des 125 groupes de prestations déterminés par ce modèle. Celles-ci ont notamment trait à l'obtention de titres de spécialiste par les médecins, à la disponibilité des médecins dans un délai adéquat, à l'existence d'un service des urgences dans un hôpital, à la disponibilité de soins intensifs, à l'existence de tumorboard et à la fourniture d'un nombre minimum de cas par année, fixé au niveau du groupe de prestations (concernant les soins somatiques aigus : rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], p. 14 et 15, et annexe 2 ; concernant la réadaptation : dossier CE NE pce 8, annexe 3). Ce critère impératif s'apprécie donc au niveau de chaque groupe de prestations en se basant sur les exigences médicales spécifiques formulées pour chacun d'eux.</p>
</div>
<div data-bbox=)

- SMNH ne remplit pas les exigences GPPH afin d'obtenir un mandat pour le groupe de prestations « BP » ;
- dans le groupe de prestations de la chirurgie de la thyroïde et des parathyroïdes (HNO2 ; domaine de l'ORL), la recourante ne réalise pas l'exigence de coopération ;
- dans le groupe de prestations de la chirurgie vasculaire périphérique (artérielle ; GEF1), SMNH ne présente pas le nombre minimum de 10 cas requis (moyenne d'activité 2012-2014) ;
- dans le groupe de prestations de la néphrologie (NEP1), la recourante ne dispose pas d'un service de soins intensifs de niveau 2 ;
- dans le groupe de prestations de la prostatectomie radicale (URO1.1.1), SMNH ne présente pas le nombre minimum de 10 cas requis ; dans ceux de la cystectomie radicale (URO1.1.2) et de la chirurgie complexe des reins (URO1.1.3), la recourante n'atteint pas le nombre minimum de 10 cas et ne dispose pas d'un service de soins intensifs de niveau 2 ; dans le groupe de la surrénalectomie isolée (URO1.1.4), la recourante ne dispose pas d'un service de soins intensifs de niveau 2 ;
- pour le groupe de la chirurgie spécialisée de la colonne vertébrale (BEW8.1), SMNH ne présente pas le nombre minimum de 10 cas requis ;
- pour la gynécologie (GYN1), de même que pour les néoplasmes malins du corps utérin (GYN1.3), la recourante n'aurait pas de médecin spécialiste avec le niveau de disponibilité requis ; le Conseil d'Etat a toutefois reconnu qu'il s'agissait là d'une erreur de sa part (réponse au recours du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 13) ;
- pour la chirurgie pédiatrique de base (KINB), la recourante ne dispose pas d'un service d'urgences tel qu'exigé par le modèle GPPH (le Conseil d'Etat note à ce propos, dans sa réponse au recours du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 13, qu'une erreur de transcription s'est glissée dans l'annexe 17 [recte : annexe 10] du rapport 3^e partie, laquelle indique de façon erronée que SMNH remplit cette condition [le mandat de prestations n'avait de toute façon pas été attribué à la recourante]) ;

- concernant la réadaptation musculo-squelettique, la recourante ne dispose pas de médecins spécialistes en réadaptation (voir en particulier la réponse de la recourante du 7 avril 2015 à l'appel d'offres du Conseil d'Etat en matière de réadaptation : SMNH y indique qu'elle ne dispose pas d'un directeur médical ayant exercé pendant au moins deux ans dans un établissement de réadaptation musculo-squelettique et étant employé au minimum à 80% [dossier SMNH pce 18, onglet 5.1 ; commentaires accompagnant la réponse du 7 avril 2015 en matière de réadaptation (dossier SMNH pce 19), onglet 5.1, pt. 3] ; voir également réponse au recours du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 13).

8.1 SMNH fait les remarques suivantes à l'égard de ces résultats.

S'agissant du BP, mandat qu'elle estime devoir obtenir, la recourante soutient qu'elle remplit les exigences du modèle GPPH puisqu'elle dispose d'un service d'urgences de niveau 1 et répondrait aux exigences du service d'urgences de niveau 2 d'un point de vue formel, son service étant ouvert 24h/24 et 7j/7 aux patients internes. Elle ajoute que s'étant déclarée prête à compléter son offre à cet égard pour le 1^{er} janvier 2016, le Conseil d'Etat a estimé que la création d'un second service d'urgences dans le canton n'était pas souhaitée pour des raisons d'économie. Enfin, SMNH se dit également prête à compléter ses prestations par rapport à l'unité de soins intensifs (recours [TAF pce 1], pts 58 à 61, p. 10, et ch. 3.5.2, p. 52 ; observations du 9 mai 2016 [TAF pce 16], p. 25 ; dossier SMNH pces 31, 32, 36 annexe 9). Concernant la chirurgie complexe de la colonne vertébrale (BEW8.1), SMNH considère que dans la mesure où elle dispose de spécialistes réalisant des interventions dans ce domaine depuis novembre 2014, il n'y a pas de raison de ne pas lui octroyer ce mandat sous condition (recours [TAF pce 1], ch. 3.5.2, p. 52).

8.2 Concernant l'exigence d'un service d'urgences, l'autorité cantonale rappelle que la recourante ne répond pas à l'exigence requise à cet égard par le modèle GPPH, qui implique que l'établissement dispose d'un service d'urgences ouvert aux patients externes (voir dossier CE NE pce 58) ; elle ne remplissait donc pas, au moment de l'appel d'offres, le critère impératif de disponibilité et de capacité pour le groupe de prestation BP ; le besoin dans ce domaine étant couvert par l'HNE, le Conseil d'Etat n'a pas eu à accorder de régime dérogatoire à la recourante (TAF pce 6, p. 38). Pour l'unité de soins intensifs de niveau 2, l'autorité inférieure explique, comme l'a rapporté la recourante d'ailleurs (recours [TAF pce 1], pts 60 et 61), qu'une convention de collaboration était en cours de signature avec l'HNE, qui n'a toutefois pas souhaité signer cette convention ; dès lors, SMNH ne

répond pas à cette exigence, requise par le modèle GPPH, pour certains groupes de prestations (voir *supra* consid. 8 ; TAF pce 6 p. 38).

8.3 A titre liminaire, le Tribunal de céans relève qu'il ne saurait faire la critique de l'application par le Conseil d'Etat des exigences requises dans le modèle GPPH comme critère dans sa planification hospitalière, ni de la conformité à la loi de ces exigences, points qui ne sont d'ailleurs pas contestés en l'espèce. Développé par le canton de Zurich, et recommandé par la CDS (voir décision du Comité directeur de la CDS du 27 janvier 2011 [voir *supra* consid. 6.6.3]), ce modèle, que le Conseil d'Etat a décidé d'appliquer sans le modifier, apparaît conforme aux critères posés aux art. 58b al. 4 et 5 OAMal, dans la mesure où l'ensemble des exigences spécifiques qu'il prévoit, relatives à la qualité des structures et des processus, sert à évaluer et à garantir non seulement la disponibilité et la capacité de l'établissement à remplir ses mandats de prestations, mais également la qualité des prestations fournies (voir *infra* consid. 9.3.2) et la sécurité des patients. Le modèle GPPH définit en effet, dans le but d'assurer des soins de qualité, des exigences médicales pour chaque groupe de prestations, portant notamment sur la formation du corps médical, les médecins spécialistes requis, leur qualification, la disponibilité du personnel soignant ; il y ajoute des conditions en termes d'infrastructure – service des urgences et unité de soins intensifs par exemple –, d'équipement technique et d'organisation (principalement, lien à assurer entre les prestations, que ce soit au sein de l'hôpital ou en coopération avec un autre établissement) ; il impose enfin, pour certains groupes de prestations, l'exigence d'un nombre minimum de cas, indicatrice et garante de la pratique et de l'expertise de l'établissement dans le groupe de prestations concerné (arrêt du TAF C-2229/2016 du 25 février 2019 consid. 12.1 et 12.5 ; ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.6.2 ; Recommandation CDS n° 5 concernant la qualité, p. 13 ss [version du 25 mai 2018] ; « Exigences et explications supplémentaires portant sur des prestations spécifiques, Soins aigus », version valable dès le 1^{er} janvier 2019, établies par le canton de Zurich, notamment ch. 33, p. 21 et 22 ; « Planification des soins 2016 selon la loi sur les soins hospitaliers, Partie A-D : Rapport, canton de Berne », ch. 9.3.4, p. 81 et 82 ; « Stratégie bernoise de gestion de la qualité des hôpitaux et des cliniques », du 1^{er} mai 2017 [ci-après : Stratégie bernoise], ch. 2.3.2, p. 6 ; <https://www.gef.be.ch/gef/fr/index/gesundheitsgesundheits/spitalversorgung/spitaeler/spitalliste.html>).

8.3.1 Cela étant, s'agissant du groupe de prestations BP, le modèle GPPH exige notamment l'existence d'un service d'urgences de niveau 1, soit « 8h-17h lu-ve : des médecins spécialistes en médecine interne et en chirurgie sont disponibles pour les urgences (service hospitalier multifonctionnel). 17h-8h lu-ve et 24h sur 24 en fin de semaine et jours fériés : des médecins-assistants en médecine interne et en chirurgie sont disponibles pour les urgences. [...] » ; ce service doit être ouvert aux patients externes (voir dossier CE NE pce 57, chap. 26, et pce 58). Pour la chirurgie pédiatrique de base (KINB), le modèle GPPH requiert un service d'urgences de niveau 2.

Or, la recourante indique elle-même dans son recours (TAF pce 1, pt 58) qu'elle propose un service d'urgences, certes 7j/7 et 24h/24, mais ouvert uniquement aux patients internes. Cela étant, elle indique également qu'elle s'était déclarée prête, comme cela ressort de son message électronique du 23 juin 2015 à l'Office des hôpitaux et des institutions psychiatriques du Service de la santé publique neuchâtelois (dossier SMNH pce 31), à faire le nécessaire afin de disposer, dès le 1^{er} janvier 2016, d'un service d'urgences conforme aux exigences du modèle GPPH, dans le cas où l'autorité inférieure devait considérer que tel n'était pas le cas et si l'HNE, avec qui SMNH proposait une collaboration à cet égard, ne la souhaitait pas. Dans ce message du 23 juin 2015, la recourante expose encore que si elle a fermé ses urgences externes nocturnes, c'est à la demande du canton et des communes en concertation avec les autres établissements, afin de participer à la restructuration du paysage hospitalier neuchâtelois ; elle demande dès lors à ce qu'il en soit tenu compte dans son évaluation. Enfin, à l'annexe 9 intitulée « Analyse du respect des exigences relatives aux domaines et aux groupes de prestations, dans le domaine des soins aigus », jointe au projet du rapport 3^e partie du Conseil d'Etat du 1^{er} juillet 2015, soumis à la consultation, il est mentionné, en rapport avec le groupe de prestations BP, que la recourante n'a pas de service d'urgences tel que requis par le modèle GPPH et que si elle annonce être disposée à mettre un tel service en place, « il n'est pas souhaité créer un second service d'urgences dans le canton pour des raisons d'économicité » (dossier SMNH pce 36 annexe 9). Dans ces circonstances, s'il n'appartient pas au Tribunal d'apprécier ici le choix du canton de ne pas créer un second service d'urgences, il apparaît arbitraire, de la part du gouvernement neuchâtelois, de refuser ensuite à la recourante l'octroi de mandats de prestations pour le motif qu'elle ne remplit pas une exigence qu'elle a été empêchée de réaliser ; en agissant de la sorte, l'autorité inférieure a abusé de son pouvoir d'appréciation.

8.3.2 Les mêmes observations peuvent être faites à propos de l'unité de soins intensifs de niveau 2, dont l'existence est requise dans le modèle GPPH notamment pour les groupes de prestations de la néphrologie (NEP1), de la cystectomie radicale (URO1.1.2), de la chirurgie complexe des reins (URO1.1.3) et de la surrénalectomie isolée (URO1.1.4), pour lesquels la recourante a sollicité des mandats. Il ressort des commentaires accompagnant sa réponse du 7 avril 2015 à l'appel d'offres du Conseil d'Etat (dossier SMNH pce 15, onglet 5.3, et commentaires à onglet 5.3) que SMNH ne disposait pas d'une telle unité ; elle y déclare en effet être dans l'attente de la ratification par l'HNE d'une convention de collaboration à ce sujet, convention dont la conclusion a cependant été imposée par l'autorité inférieure (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], p. 30 ; voir *supra* consid. 8.1 et 8.2) et que, comme déjà exposé au considérant 7.2.4 ci-avant, l'HNE n'a finalement pas souhaité signer. Dans ces circonstances, la recourante, qui, au demeurant, s'est dit prête, en page 52 de son recours, à faire le nécessaire, de son côté, pour compléter ses prestations en lien avec l'unité de soins intensifs, n'avait pas la faculté de remplir cette exigence du modèle GPPH. Il apparaît dès lors arbitraire de la part du Conseil d'Etat de lui refuser l'octroi de mandats de prestations pour ce motif. L'autorité inférieure ne pouvait en effet faire dépendre l'octroi de mandats de prestations de la réalisation d'une condition, certes conforme au droit, mais rendue irréalisable pour la recourante. Il conviendra que l'autorité inférieure tienne compte de cela également, dans le cadre de la planification conforme au droit qu'elle mènera après que la cause lui aura été renvoyée.

8.3.3 Concernant la chirurgie complexe de la colonne vertébrale (BEW8.1), le modèle GPPH exige un nombre minimum de 10 cas, calculé, ainsi que l'a précisé le Conseil d'Etat, en faisant la moyenne des cas pris en charge par l'établissement concerné durant les années 2012 à 2014, selon le même calcul que la masse critique (voir notamment rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], p. 17, et rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], annexe 10). Or, il appert que la recourante présente une moyenne 2012-2014 de 0.7 cas seulement (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], annexe 11), ce qu'elle ne conteste pas d'ailleurs. Elle précise bien plutôt qu'elle dispose de spécialistes réalisant des interventions dans ce domaine depuis novembre 2014 – ceci expliquant, de l'avis de l'autorité de céans, la moyenne de 0.7 cas entre 2012 et 2014 –, et qu'il conviendrait donc de lui octroyer un mandat sous condition pour ce groupe de prestations, même si elle n'atteint pas le nombre minimum de cas requis, prétexte pris que l'HNE aurait obtenu ainsi le mandat pour le groupe de prestations URO1.1.2. L'autorité cantonale a préféré attribuer le mandat pour la

chirurgie spécialisée de la colonne vertébrale au Centre hospitalier universitaire vaudois, aux Hôpitaux universitaires de Genève et à l'Inselspital, qui remplissent le critère de disponibilité et capacité, et dont le nombre de cas dans ce groupe de prestations s'élève en moyenne, de 2012 à 2014, à 70.7, 346.3 et 164.3 respectivement (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], annexes 10 et 15). Le Tribunal ne saurait critiquer l'appréciation cantonale à cet égard et l'opportunité de ce choix (voir *supra* consid. 3.1).

8.4 Il convient de souligner encore, par souci de complétude, que la recourante ne peut pas obtenir un mandat pour un groupe de prestations dont elle ne remplit pas les exigences, du fait que l'HNE, ou un autre établissement intéressé à figurer sur la liste hospitalière neuchâteloise, ne réalise pas non plus les conditions posées pour ce groupe de prestations. Conformément à la jurisprudence, la décision d'inscrire ou non un établissement sur la liste hospitalière revêt une importance majeure en matière de politique de santé et de politique sociale, mais aussi en matière de politique régionale, de politique de l'emploi et de politique générale. Il s'agit donc avant tout d'une décision politique. Par conséquent, comme déjà mentionné, la loi ne confère pas aux établissements le droit de figurer sur la liste des hôpitaux ou de se voir attribuer un mandat de prestations, et ce, d'ailleurs, même lorsque ces hôpitaux remplissent toutes les exigences spécifiques à un groupe de prestations (arrêts du TAF C-255/2015 du 19 avril 2017 consid. 4.2.5 ; C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4.2 ; ATF 133 V 123 consid. 3.3). Au contraire, les autorités cantonales compétentes disposent d'une marge de manœuvre considérable lors de l'établissement de leur liste hospitalière, y compris en ce qui concerne le choix des hôpitaux qui figureront sur cette liste, dont l'opportunité ne peut être contrôlée par le Tribunal administratif fédéral (arrêt du TAF C-6007/2016 du 7 février 2018 consid. 8.9 et les réf. cit. ; GEBHARD EUGSTER, *Krankenversicherung*, op. cit., n° 803 ; voir *supra* consid. 3.1 et 3.1.2). Ainsi, un établissement n'a pas d'intérêt digne de protection à ce qu'un autre établissement hospitalier soit radié de la liste des hôpitaux ou à ce qu'un mandat de prestations soit retiré à cet autre établissement. Il n'a pas qualité pour attaquer une décision favorable concernant un autre fournisseur de prestations (institution juridique *sui generis* ; ATAF 2013/45 consid. 1.1.1 ; 2012/9 consid. 3.2.6, 3.3, 4.2 et 4.3 ; voir *supra* consid. 2.2). Dès lors, la recourante ne peut pas contester la décision réglant la situation juridique de l'HNE en lien avec la liste hospitalière neuchâteloise ; cette décision, qui n'a pas été contestée, est entrée en force.

Critère de la qualité, masse critique

9.

Selon l'art. 2 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014 (dossier CE NE pièce 9), un établissement, pour réaliser le critère impératif de la qualité, doit « déployer un concept institutionnel d'assurance qualité portant notamment sur la détection d'événements indésirables ainsi que sur la prévention et le contrôle des infections. Il doit en outre justifier d'une masse critique et d'une activité suffisante ; sur les trois dernières années [2012 à 2014], il doit avoir fourni un nombre de prestations minimum équivalent à 5% de tous les cas de la population neuchâteloise durant l'année de référence (2012) et avoir traité au moins 10 cas dans le domaine de prestations considéré » (rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], p. 17 ; réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 10, « Qualité »). Concernant la réadaptation musculo-squelettique, le nombre minimum de cas exigé s'élève à 250 (dossier CE NE pce 8, annexe 3).

9.1 L'application du critère de la masse critique à la recourante a montré que cette dernière n'atteignait pas le nombre de cas exigé dans les domaines suivants (soins somatiques aigus : rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], ch. 5.2.3, p. 23 et 24, et annexe 11 ; concernant la réadaptation : dossier CE NE pce 5, ch. 6.2.3, p. 33, et annexe 21 ; dossier CE NE pce 35 : « Synthèse des motifs du refus d'octroi de groupes de prestations sollicités par GSMN-NE ») : ORL, neurochirurgie, neurologie, endocrinologie, gastroentérologie, chirurgie viscérale, vaisseaux, urologie, gynécologie et réadaptation musculo-squelettique, ainsi que dans le groupe de prestations « Chirurgie spécialisée de la colonne vertébrale », domaine de l'orthopédie (SMNH n'atteint pas le nombre minimum de 10 cas requis pour ce groupe de prestations dans le modèle GPPH : voir *supra* consid. 8.3.3).

9.1.1 SMNH fait les remarques suivantes à l'égard du critère de la masse critique et des résultats ci-avant.

La recourante estime que ce critère n'est pas à lui seul révélateur de la qualité, ni de l'économicité des prestations offertes par un établissement pour le domaine considéré, et n'est pas non plus le critère le plus fiable. Il ne serait donc pas acceptable d'en faire un critère permettant à lui seul l'exclusion d'un fournisseur de prestations dans la procédure d'octroi. Elle critique également le fait que l'autorité cantonale impose un nombre minimum de cas uniforme pour tous les domaines et par domaine de prestations. Ceci ne permettrait pas d'évaluer correctement la qualité des

prestations pour le domaine considéré ; en outre, le « domaine de prestations » ne serait pas un niveau de granularité suffisant pour apprécier cette qualité. La recourante affirme que le Conseil d'Etat a, de la sorte, abusé de son pouvoir d'appréciation en ce qu'il utiliserait ce critère de manière contraire aux dispositions fédérales en matière de planification, dans un but de favorisation de l'hôpital public. Par ailleurs, la recourante soutient que le fait d'attribuer au critère de la masse critique un caractère impératif a également pour conséquence d'empêcher au nouveau fournisseur de prestations l'accès au processus d'évaluation et entraînerait *de facto* la favorisation de l'hôpital public, en violation du principe d'égalité de traitement de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal ; ainsi en serait-il de la réadaptation musculo-squelettique (recours [TAF pce 1], ch. 3.2 à 3.4, p. 46 à 50 en haut).

9.1.2 De son côté, l'autorité inférieure rappelle que le Tribunal de céans a admis dans sa jurisprudence que le critère de la masse critique respecte les exigences légales et que la fixation du nombre de cas à exiger d'un établissement entre dans le pouvoir d'appréciation du canton. Elle précise que ce critère a pour but de s'assurer que l'équipe médicale et soignante dans son ensemble a pratiqué un nombre suffisant d'interventions pour assurer la qualité et la sécurité de la prise en charge. Elle explique en outre qu'elle a évalué le critère du nombre minimum de cas selon deux approches complémentaires, d'une part au moyen de la masse critique, d'autre part en retenant le nombre minimum de cas fixé dans le modèle GPPH pour certains groupes de prestations. Le Conseil d'Etat indique encore que ce critère de la masse critique en est un parmi d'autres et que tous les établissements ont été soumis aux mêmes exigences, y compris l'HNE. S'agissant des nouveaux fournisseurs de prestations, l'autorité cantonale estime que l'égalité de traitement est de toute façon assurée puisque ces établissements peuvent participer au processus de planification et que le critère de la masse critique s'applique indifféremment aux hôpitaux privés ou publics. A propos de la réadaptation musculo-squelettique, le gouvernement neuchâtelois relève que la recourante ne disposait nullement de l'activité 2012-2014 suffisante pour remplir le critère de la masse critique, sans compter qu'elle ne respectait pas non plus la disponibilité et la capacité requises (voir en particulier rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], annexe 20 ; réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 13). Enfin, il souligne que le fait que certains établissements soient écartés de la planification est compatible avec cette planification (réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], p. 30 à 32).

9.1.3 Dans sa prise de position du 24 mars 2016 (TAF pce 12), l'OFSP, rappelant la jurisprudence du Tribunal de céans, considère que tant le critère de la masse critique, tel que choisi par le Conseil d'Etat, que le résultat auquel parvient le canton en l'appliquant sont conformes aux buts visés par les dispositions légales applicables.

9.2

9.2.1 Il ressort de l'art. 2 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014 que le canton de Neuchâtel a inclus dans le critère impératif intitulé « Qualité » l'exigence d'une masse critique et d'une activité suffisantes, déterminées au niveau de chaque domaine de prestations, dont doivent justifier les établissements souhaitant obtenir un mandat de prestations dans le domaine concerné. Comme l'indique l'autorité inférieure, il s'agit là d'un des usages possibles, dans le cadre de la planification hospitalière, du critère du nombre minimum de cas, la seconde approche retenue en l'espèce par le Conseil d'Etat, qu'il convient de distinguer de la masse critique, étant le nombre minimum de cas exigé pour certains groupes de prestations dans le modèle GPPH.

9.2.2 Selon une jurisprudence constante, le nombre minimum de cas, qu'il soit mis en œuvre sous la forme d'une masse critique à atteindre dans tous les domaines de prestations ou qu'il soit exigé dans certains groupes de prestations seulement est un critère conforme aux buts poursuivis par la planification hospitalière.

L'art. 58b al. 5 let. c OAMal prévoit en effet que les cantons doivent expressément prendre en considération le nombre minimum de cas lors de l'examen du caractère économique et de la qualité de la prestation, notamment dans le secteur hospitalier ; cette disposition se fonde sur l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal, dont il respecte le cadre (ATF 138 II 398 consid. 7.2.2 ; BERNHARD RÜTSCHKE, Spitalplanung und Spitalfinanzierung : Grundsatzurteil des Bundesgericht, HILL 2012 Nr. 50, n° 49 ; ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.2). L'art. 58b al. 5 let. c OAMal mentionne ainsi explicitement un critère dont la prise en compte est un facteur d'évaluation et de garantie de la qualité et du caractère économique d'une prestation (arrêt du TAF C-5647/2011 du 16 juin 2013 consid. 5.4.3). L'expérience d'un hôpital dans un domaine ou groupe de prestations ou un traitement particuliers augmente avec le nombre de cas traités ; en outre, si la qualité d'un traitement ou d'une intervention dépend du médecin et de son équipe, elle dépend également, plus largement, de toute l'équipe soignante. Des études scientifiques menées à ce sujet ont montré que plus le nombre de

cas pratiqués par un hôpital/chirurgien était élevé, meilleurs étaient les résultats, soit la qualité des traitements (par exemple, une mortalité moindre ; arrêts du TAF C-3413/2014 du 11 mai 2017 consid. 11.7.4 ; C-5573/2017 du 21 novembre 2018 consid. 9.6 ; ATAF 2018 V/3 consid. 12.1.6 ; rapport du Conseil fédéral, p. 20). Le nombre minimum de cas par hôpital conformément à l'art. 58b al. 5 let. c OAMal est donc un indicateur reconnu de la qualité. Dans cette mesure, on ne saurait soutenir que sa détermination poursuit des objectifs purement politiques (arrêts du TAF C-2887/2019 du 26 janvier 2021 consid. 6.6.1, 6.6.2, 6.6.4, 6.6.5 ; C-5573/2017 du 21 novembre 2018 consid. 11.3 ; ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.6 ; C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 9.2 et les réf. cit.).

Par ailleurs, le nombre minimum de cas vise également à promouvoir l'efficacité et l'économie, dans la mesure où il permet de concentrer l'offre en soins dans quelques établissements, voire dans un seul, qui atteignent le seuil du nombre minimum de cas requis, et, partant, de limiter les coûts résultant d'investissements en équipements, services, personnel, etc. La concentration de l'offre est par conséquent conforme à la LAMal, notamment au but de la maîtrise des coûts, et la concentration de l'offre en faveur de l'hôpital ayant la plus grande expérience dans le domaine concerné et au détriment de l'hôpital ayant le plus faible volume de prestations n'est pas contestable, ce, d'autant que la loi ne confère pas aux hôpitaux le droit de figurer sur la liste hospitalière ou de se voir attribuer un mandat de prestations ; fournir des prestations à la charge de l'AOS ne doit donc en principe être autorisé, ou des mandats de prestations ne doivent être attribués, qu'au nombre d'hôpitaux suffisant et nécessaire pour couvrir les besoins ; un canton doit ainsi pouvoir ne retenir que l'offre des établissements les plus pertinents (ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.6 ; arrêts du TAF C-2887/2019 du 26 janvier 2021 consid. 6.6.4, 6.7 ; C-3301/2014 du 11 mai 2017 consid. 7.7 ; C-3413/2014 du 11 mai 2017 consid. 11.4.4, 11.7.2, 11.7.3, 11.7.4 ; C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4.2 ; C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 9.2 et les réf. cit. ; GEBHARD EUGSTER, *Rechtsprechung*, op. cit., n. m. 27 et 32 ; FANKHAUSER/RUTZ, *Spitalplanung und Spitalfinanzierung*, SZS/RSAS 03/2018 p. 282 ss, p. 289).

9.2.3 Il appert ainsi que selon la façon dont est concrétisé le nombre minimum de cas, le but poursuivi ou l'évaluation qu'il permet diffère. Si le nombre minimum de cas fixé dans certains groupes de prestations déterminés, comme cela a été fait dans le cadre du modèle GPPH, a pour objectif principal de s'assurer qu'un hôpital a les compétences et l'expérience nécessaires et de l'encourager dans ce sens, de sorte à renforcer la qualité du traitement et la sécurité des patients en empêchant

que ces derniers ne soient pris en charge dans un hôpital où les traitements en question ne sont prodigués que quelques fois par an, voire plus rarement encore, la masse critique, en ce qu'elle concerne tous les domaines de prestations et tend à changer en fonction du volume total des prestations (valeur fixée en pourcent de ce volume), vise avant tout à déterminer les établissements dont l'importance est la plus grande dans chaque domaine de prestations, en vue d'une concentration de cette offre.

C'est d'ailleurs dans la Recommandation CDS n° 2, intitulée « Planification hospitalière conforme aux besoins » (version du 25 mai 2018, p. 8 à 10), et non pas dans les Recommandations CDS n° 5 et 7, relatives à la qualité et au nombre minimum de cas, qu'il est fait référence à la masse critique. Il y est indiqué que « en plus de la qualité et de l'économicité, l'importance de l'hôpital pour couvrir les besoins est l'un des critères possibles dans l'attribution d'un mandat de prestations. Les cantons peuvent en conséquence fixer des valeurs-seuils pour les besoins à couvrir par un prestataire ». La CDS recommande ainsi qu'en cas d'offre de prestations globalement suffisante ou supérieure aux besoins, un hôpital ne soit pas considéré comme déterminant pour la couverture des besoins s'il ne fournit pas, dans le groupe de prestations concerné et pendant une période fixée par le canton, au minimum 5% (et à la fois au moins 10 cas) des traitements stationnaires des patients domiciliés dans le canton. En d'autres termes, comme cela résulte également de la jurisprudence précitée (voir *supra* consid. 9.2.2), un mandat de prestations peut être attribué à un hôpital pour le motif que ce dernier est nécessaire à la couverture d'une partie déterminante des besoins au niveau cantonal ou régional ; dans le même temps, les hôpitaux globalement non déterminants pour la couverture des besoins d'un canton n'ont pas à être pris en compte, de sorte en particulier à éviter et réduire les surcapacités (Recommandation CDS n° 2, Explication b-c), p. 9, de la version du 25 mai 2018 ; arrêt du TAF C-2887/2019 du 26 janvier 2021 consid. 6.7).

9.2.4 En exigeant, à l'art. 2 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014, que les établissements souhaitant obtenir des mandats de prestations justifient d'une masse critique et d'une activité suffisantes, autrement dit qu'ils aient traité, entre 2012 et 2014, dans chaque domaine de prestations considéré, un nombre de cas minimum équivalent à 5% de tous les cas de la population neuchâteloise durant l'année de référence (2012), mais au minimum 10 cas, c'est donc bien un critère propre à déterminer les établissements dont l'offre en soins est la plus pertinente dans chaque domaine de prestations, en vue d'une concentration de cet offre notamment, qu'a prévu l'autorité inférieure, plutôt qu'un critère de nature à

évaluer la qualité des prestations. Comme cela résulte de ce qui précède, de même que de l'arrêt rendu par l'autorité de céans à l'occasion de la planification neuchâteloise précédente (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 9.2), et comme le fait valoir à juste titre la recourante, ce critère de la masse critique ne reflète pas nécessairement la qualité de la fourniture de prestations en tant que telle et ne saurait donc suffire à juger de cette qualité, bien qu'il soit inclus, dans l'arrêté précité, dans le critère de la qualité.

9.2.5 Cela étant, il n'en demeure pas moins que la masse critique est un critère dont la conformité au droit est reconnue et dont les cantons peuvent exiger le respect dans leur planification. Ainsi, s'il est vrai que le canton de Neuchâtel ne peut, dans le cadre de sa planification, limiter à ce seul critère son examen de la qualité des prestations fournies par les hôpitaux – examen qui sera abordé ultérieurement –, le fait qu'il ne s'agisse pas du critère le plus fiable pour l'évaluation de la qualité ne signifie pas pour autant que l'autorité inférieure, en retenant et concrétisant le critère de la masse critique comme il l'a fait en l'espèce, ait agi de manière contraire aux dispositions en matière de planification ou abusé de son pouvoir d'appréciation.

9.2.6 S'agissant ainsi de la mise en œuvre du critère de la masse critique, à savoir le nombre minimum de cas exigé, l'uniformité du nombre de cas fixé dans tous les domaines de prestations et le niveau de granularité choisi pour ce critère, elle entre dans le pouvoir d'appréciation du canton, dont il n'apparaît pas que le Conseil d'Etat, qui a pour l'essentiel suivi les recommandations de la CDS à cet égard, ait abusé en l'espèce (arrêts du TAF C-5573/2017 du 21 novembre 2018 consid. 11.3 ; C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 9.4). Cette mise en œuvre n'apparaît problématique que si elle conduit à une restriction de l'offre en soins qui mettrait en danger le système de santé (ATAF 2018 V/3 consid. 12.2.4) ; or, tel ne paraît pas être le cas en l'occurrence. Pour le reste, il n'appartient pas au Tribunal de céans de décider s'il serait plus approprié de fixer un nombre minimum de cas variant en fonction du domaine de prestations ou d'exiger un nombre minimum de cas au niveau du groupe de prestations ou même par chirurgien-ne (art. 53 al. 2 let. e LAMal ; recours [TAF pce 1], bas de la p. 47), d'autant que les options prises par l'autorité inférieure dans ce cadre s'avèrent de nature à atteindre le but recherché de concentration de l'offre auprès des établissements les plus pertinents.

9.2.7 La recourante fait également remarquer que le critère de la masse critique est appliqué à l'établissement hospitalier indépendamment du nombre de sites exploités par cet établissement et qu'ainsi, l'application de ce critère serait rendue quasiment inopérante pour l'HNE, en raison de son offre multisite de soins aigus qui ne permettrait ni la concentration, ni la spécialisation des équipes (recours [TAF pce 1], bas de la p. 47 ; observations du 9 mai 2016 [TAF pce 16], p. 23). Or, cette remarque pourrait tout aussi bien s'appliquer à SMNH, qui exploite elle aussi deux sites dans le canton de Neuchâtel (recours [TAF pce 1], p. 2). Le Conseil d'Etat a indiqué à cet égard qu'il n'était pas compétent pour répartir les missions entre les sites des institutions multisites et qu'il devait attribuer les mandats de prestations à une institution dans son ensemble et non site par site, ce même principe s'appliquant notamment à l'HNE et à SMNH (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], haut de la p. 19). Quoiqu'il en soit, un établissement multisite qui atteint le nombre minimum de cas exigé sera plus à même de garantir les objectifs de qualité et de concentration visés par la planification qu'un établissement multisite qui n'atteint pas la masse critique.

9.2.8 Quant à la problématique du nouveau fournisseur de prestations, que le critère de la masse critique empêcherait d'accéder au processus d'évaluation, favorisant *de facto* l'hôpital public, en violation du principe d'égalité de traitement entre organismes publics et privés, il sied de relever en premier lieu qu'on ne voit pas en quoi cette difficulté hypothétique, que rencontrerait le nouveau fournisseur de prestations, favoriserait l'hôpital public, ni en quoi elle favoriserait l'hôpital public plus qu'un établissement privé déjà en activité. Par ailleurs, si, 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, « être pris en considération » au sens de cette disposition n'a toutefois 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 (arrêt du TAF C-401/2012 du 28 janvier 2014 consid. 10.3 ; GEBHARD EUGSTER, *Krankenversicherung*, op. cit., n° 822).

On peut encore observer à ce sujet que selon les Recommandations CDS à propos du nombre minimum de cas (n° 7 d) de la version du 25 mai 2018), « de nouveaux prestataires peuvent également être admis provisoirement dans des domaines de prestations où est défini un nombre minimum de cas si l'on peut s'attendre à ce que le nombre de cas requis soit atteint dans les trois ans au maximum en raison des structures de l'établissement et des réalités régionales ». Il apparaît ainsi que le critère de la masse critique n'est pas incompatible avec l'admission sur la liste hospitalière d'un nouveau fournisseur de prestations, ou avec l'octroi d'un mandat de prestations à un établissement proposant de nouvelles prestations, si cette nouvelle offre s'avère nécessaire et pertinente pour la couverture des soins.

9.2.9 Ainsi, ni le critère de la masse critique, ni sa mise en œuvre dans le cas présent n'apparaissent contraires au droit ou insoutenables. Cela étant, la définition des critères de planification et l'égalité entre lesdits critères sont deux choses distinctes, et si les cantons disposent d'une marge d'appréciation s'agissant de la première, ils n'en ont aucune concernant la seconde. Or, en faisant de la masse critique un critère impératif, l'autorité inférieure établit une hiérarchie, un ordre d'importance, entre ces critères, excédant son pouvoir d'appréciation et violant le droit (voir *supra* consid. 7.1.3.4).

9.3 Par ailleurs, dans la mesure où le critère de la masse critique ne reflète pas nécessairement la qualité de la fourniture de prestations en tant que telle et ne saurait donc suffire, à lui seul, à juger de cette qualité, dans la mesure également où la recourante fait valoir que d'autres critères seraient pareillement importants dans l'appréciation de la qualité de la fourniture de prestations, telles que les ressources médicales et techniques, la qualité des infrastructures et les données de l'Association nationale pour le développement de la qualité dans les hôpitaux et les cliniques (ANQ ; TAF pce 1 p. 47), il convient à présent d'examiner si en l'espèce, l'autorité inférieure a bel et bien procédé à l'examen de la qualité que les cantons sont tenus d'effectuer lors de l'évaluation et du choix de l'offre qui doit être garantie par la liste hospitalière.

L'art. 58b al. 5 let. b OAMal prévoit en effet que lors de l'examen du caractère économique et de la qualité, les cantons prennent notamment en considération la justification de la qualité nécessaire (arrêt du TAF C-255/2015 du 19 avril 2017 consid. 4.2.4). Le Conseil fédéral, chargé d'édicter des critères de planification uniformes fondés sur la qualité et l'économicité, n'a toutefois pas été plus avant dans la concrétisation de ces deux concepts ; il s'agissait de ne pas imposer aux cantons la manière dont ils devaient organiser leur planification, la conception de la planification devant rester de la compétence des cantons (FF 2004 5207 p. 5224). Le texte de l'art. 58b OAMal correspond en cela à la volonté du législateur, lequel a voulu laisser aux cantons une marge de manœuvre importante en matière de planification, dans le choix des critères dont ils souhaitent faire dépendre l'accès des hôpitaux à la liste hospitalière et sur la base desquels ils évaluent en particulier la qualité des prestations ; le Tribunal de céans fait preuve de retenue dans l'examen de ces critères (MÉLANIE MADER, op. cit., n° 48, 51, 55, 89 ss, 106 ; ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.4.3, 7.6.6.1, 7.6.6.2 ; arrêt du TAF C-2229/2016 du 25 février 2019 consid. 12.5 ; pour plus de précisions à cet égard, voir *infra* consid. 10.5.4 et 10.5.5).

Or, force est de constater qu'en l'espèce, l'autorité cantonale ne s'est pas limitée, dans l'examen de la qualité, à l'application du critère de la masse critique.

9.3.1 Outre ce dernier, le Conseil d'Etat a en effet exigé, à l'art. 2 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014 relatif au critère impératif de la qualité, que les établissements qui postulent dans le cadre de l'appel d'offres déploient un « concept institutionnel d'assurance qualité portant notamment sur la détection d'événements indésirables ainsi que sur la prévention et le contrôle des infections », en particulier qu'ils participent à des mesures de qualité établies, qu'ils disposent d'un système de traçage des événements indésirables (« Critical Incident Reporting System » [CIRS]) ainsi que d'un concept en matière de prévention et contrôle des infections (rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], ch. 3.2.4 ; arrêt du TAF C-2229/2016 du 25 février 2019 consid. 12.1 ; rapport du Conseil fédéral, p. 20). Dans le formulaire d'appel d'offre (voir courriel du 7 avril 2015 [dossier SMNH pce 15], ch. 4.4 : Liste des engagements), il est en outre requis des établissements qu'ils s'engagent à fournir une attestation de l'ANQ démontrant qu'ils participent aux mesures qualité définies par celle-ci, exigence conseillée par la CDS dans sa recommandation n° 5 sur la qualité (let. d)), et à apporter la preuve qu'ils ont participé aux relevés et rapports qualité de l'OFSP et de H+ (organisation nationale des hôpitaux H+). Il convient de noter à cet égard que la recourante a joint à sa réponse du

7 avril 2015 à l'appel d'offre du canton de Neuchâtel un rapport intitulé « Rapport sur la qualité 2014 » (dossier du Service cantonal de la santé publique, pce 2), dans lequel elle rapporte ses résultats concernant les mesures de la satisfaction des patients, les mesures nationales de la qualité ANQ, ainsi que d'autres mesures, comme les infections ; y figure également une directive relative au système CIRS. L'autorité inférieure a considéré que la recourante remplissait l'exigence du concept d'assurance qualité (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], Tableau 3, p. 22).

9.3.2 En outre, comme déjà exposé au considérant 8 ci-avant, le Conseil d'Etat neuchâtelois a imposé, par le biais du critère impératif de « Disponibilité et de capacité », à l'instar des cantons de Zurich et Berne notamment, le respect des exigences du modèle GPPH, lequel définit des obligations spécifiques en matière de qualité des structures et des processus pour les groupes de prestations qu'il prévoit, en vue d'assurer la qualité des prestations fournies ; ce modèle fixe en outre, pour certains groupes de prestations, un nombre minimum de cas, critère de qualité reconnu (voir *supra* consid. 8.3 et 9.2.2 et les réf. cit.). Conformément à la recommandation de la CDS relative à la qualité (Recommandation CDS n° 5 a) de la version du 25 mai 2018), le canton peut, dans le cadre de l'attribution de mandats de prestations, formuler de telles obligations, et l'application du modèle GPPH, développé par le canton de Zurich, est précisément recommandé par la CDS (voir décision du Comité directeur de la CDS du 27 janvier 2011). Une fois déposées les candidatures des hôpitaux souhaitant obtenir des mandats de prestations dans le cadre de la planification hospitalière neuchâteloise, l'autorité inférieure a procédé à une analyse détaillée et comparative des données des différents établissements, dont les résultats ont ensuite été présentés établissement par établissement (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], annexe 10). En imposant comme il l'a fait les exigences du modèle GPPH, le gouvernement neuchâtelois a au demeurant tenu compte de critères que la recourante lui reprochait à tort, dans son recours, de ne pas avoir retenus (voir *supra* consid. 9.3) ; ainsi en va-t-il des ressources médicales et techniques et de la qualité des infrastructures (à cet égard, on peut relever que le canton de Berne, dans sa Stratégie bernoise [p. 12], indique que les structures englobent les locaux, les qualifications professionnelles et les outils de travail, soit les infrastructures, tandis que les processus recouvrent notamment les activités médicales, infirmières et administratives et les procédures).

Le Conseil d'Etat a dès lors, comme l'exigeait la recourante dans son recours, procédé à une appréciation de l'offre des hôpitaux en se fondant tant sur la masse critique que sur des critères de qualité des structures et des processus, tels que les ressources médicales et techniques, définis dans le modèle GPPH.

9.3.3 La recourante estime qu'il serait important de considérer également les données de l'ANQ dans l'appréciation de la qualité de la fourniture de prestations. Cette association coordonne la mise en œuvre uniforme des mesures de la qualité au sein des hôpitaux et des cliniques dans les domaines des soins aigus somatiques (hors maisons de naissance), de la réadaptation et de la psychiatrie. Dans le domaine des soins aigus, les indicateurs de qualité de l'ANQ englobent les réhospitalisations et réopérations potentiellement évitables, les infections postopératoires, ainsi que la prévalence des chutes et des escarres (Stratégie bernoise, p. 7). Tout comme les indicateurs de qualité publiés par l'OFSP, que sont en particulier le taux de mortalité et le nombre de cas, les indicateurs de qualité de l'ANQ sont axés sur les résultats. S'il est vrai qu'il n'appartient pas au Tribunal d'imposer aux cantons l'usage de critères, dans la mesure où la question de savoir si d'autres critères que ceux retenus par un canton seraient également ou mieux adaptés pour évaluer et garantir la qualité des prestations relève de l'opportunité de la décision attaquée, que le Tribunal administratif fédéral ne peut apprécier (art. 53 al. 2 let. e LAMal ; arrêt du TAF C-5573/2017 du 21 novembre 2018 consid. 9.6.2 ; ATAF 2018 V/3 consid. 12.1.8), il appert cependant que l'examen de la qualité auquel a procédé le canton de Neuchâtel ne tient compte que de critères permettant d'évaluer la qualité des structures et des processus. Ceux-ci n'illustrent toutefois ni la qualité des résultats, ni la qualité de l'indication, autres aspects de la qualité globale d'un hôpital ou d'une clinique que les indicateurs sélectionnés par l'ANQ et l'OFSP tentent d'appréhender, à tout le moins s'agissant de la qualité des résultats. Dans sa recommandation relative à la qualité (Recommandation CDS n° 5, Explication b) de la version du 25 mai 2018), la CDS note du reste que « d'autres directives en particulier concernant la qualité de l'indication et des résultats et les mesures d'assurance qualité peuvent être formulées par les cantons. En même temps, il convient ainsi d'encourager la transparence et de renforcer la concurrence en matière de qualité exigée par la LAMal entre les fournisseurs de prestations, par exemple en recourant à d'autres chiffres-clés pour évaluer la qualité (indicateurs OFSP/CHIQI [*Swiss Inpatient Quality Indicators*]) ». Dès lors, en évaluant comme elle l'a fait l'offre des établissements ayant postulé, l'autorité inférieure n'a pas procédé à un examen suffisant de la qualité.

9.4 En conséquence, pour les motifs évoqués ci-avant, l'arrêté litigieux, en ce qu'il concerne la recourante, doit être annulé et la cause renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle procède à une planification conforme au droit, notamment à un examen complet de la qualité, qui sera réalisé dans le cadre de l'évaluation et du choix de l'offre, dans le même temps que l'examen des autres critères de planification.

Condition générale des conditions de travail

10.

10.1 L'autorité inférieure a par ailleurs estimé ne pas pouvoir considérer que la recourante s'était engagée sur le respect de la condition générale liée aux conditions de travail prévues par la CCT Santé 21 (www.cctsante21.ch/accueil ; dossier SMNH pce 20 ; à propos des conditions générales, voir *supra* consid. 7.1). C'est pourquoi, concernant l'ophtalmologie et les 8 groupes de prestations dans le domaine de l'orthopédie, le Conseil d'Etat a accordé à SMNH des mandats provisoires (voir *supra* consid. 7.2), à la condition que la recourante apporte la preuve qu'elle respecte les conditions de travail précitées au plus tard le 30 juin 2017 (rapport 3^e partie [dossier CE NE pce 5], Tableau 4 p. 25 et 26, et annexe 15). SMNH critique l'imposition d'une telle condition.

10.2 En vertu de l'art. 1 al. 1 ch. 2 et de l'art. 3 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014, l'une des conditions générales que les fournisseurs de prestations doivent s'engager à respecter dès lors qu'ils figurent sur la liste hospitalière cantonale concerne les conditions de travail. Il est ainsi exigé qu'un établissement respecte les conditions prévues par la CCT Santé 21 de droit public ou de droit privé, l'établissement sis hors canton étant tenu de respecter les conditions prévues par une convention collective de travail ou des normes applicables dans son canton d'implantation.

10.3 Dans les commentaires accompagnant sa réponse du 7 avril 2015 à l'appel d'offres du Conseil d'Etat (dossier SMNH pce 15, onglet 4.4 et commentaires à onglet 4.4, ch. 2), SMNH indique qu'elle n'a pas conclu la CCT Santé 21, mais qu'elle s'engage à respecter des conditions de travail équivalentes à celles de cette convention collective. Dans la mesure où, comme le précise l'autorité inférieure dans son rapport 3^e partie (dossier CE NE pce 5, ch. 5.2.2, p. 23), l'exigence posée dans l'arrêté du 17 décembre 2014 porte sur l'application des conditions de travail de la CCT Santé 21 et non de conditions équivalentes, force est de constater que la recourante ne réalise pas cette condition.

La recourante fait valoir que l'imposition de la condition du respect des conditions de travail de la CCT Santé 21 prévue par l'art. 3 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014 viole plusieurs de ses droits fondamentaux (liberté d'association, liberté économique, égalité de traitement et égalité de traitement entre concurrents, neutralité économique de l'Etat, interdiction de l'arbitraire et sécurité du droit) et l'exigence d'une base légale formelle (recours [TAF pce 1], ch. 1, p. 31 à 39). L'art. 3 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014 ne constituerait pas une base légale suffisante pour fonder cette obligation et ne reposerait pas non plus sur une délégation légale adéquate (recours [TAF pce 1], ch. 1.1.2, i), p. 33 et 34 ; observations du 9 mai 2016 [TAF pce 16], p. 1 à 3).

10.4 A l'appui de sa décision d'introduire, parmi les exigences à remplir pour pouvoir figurer sur la liste hospitalière cantonale, la condition générale du respect des conditions de travail prévues par la CCT Santé 21, le gouvernement neuchâtelois explique que les principaux coûts dans un hôpital sont les charges salariales ; ainsi, afin d'éviter toute concurrence déloyale entre hôpitaux sur les conditions de travail, et notamment de rémunération, de leur personnel dans un contexte de pénurie annoncée, et dans le but de garantir des conditions de travail minimales adéquates à l'ensemble du personnel travaillant dans des institutions touchant des subventions publiques, l'autorité cantonale considère que l'application des conditions de travail de la CCT Santé 21 doit être obligatoire. Indiquant s'être fondé en particulier, pour retenir cette exigence, sur un avis de droit de l'Institut de droit de la santé (IDS) rendu en juin 2013 à la demande du Service cantonal de la santé publique (SCSP ; dossier CE NE pce 39), le Conseil d'Etat explique encore que cela permet d'une part d'assurer que tous les établissements sont traités de manière égale, en ce sens que cette exigence peut être constatée objectivement et que les coûts induits par les employés sont comparables, d'autre part de favoriser la recherche de personnel dans le canton en lui assurant de bonnes conditions de travail, sachant que de telles conditions contribuent également à la qualité des prestations hospitalières ; en ce sens, cette exigence respecterait les art. 39 LAMal et 58a ss OAMal. Le gouvernement neuchâtelois relève avoir usé, pour imposer cette condition générale, de la compétence qui lui a été octroyée par l'art. 83a al. 2 de la loi de santé neuchâteloise du 6 février 1995 (LS, RSN 800.1 ; dossier CE NE pce 7) de fixer les conditions d'accès à la liste hospitalière. Il précise en outre que selon le texte de l'art. 3 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014, il n'est pas imposé à un établissement d'adhérer à la CCT Santé 21, mais uniquement d'appliquer les conditions de travail qui en émanent, de sorte que cette exigence, ainsi rédigée, serait fondée sur une base légale suffisante et admissible au

regard de la grande liberté d'appréciation laissée au canton dans le cadre de la procédure de planification (rapport 2^e partie [dossier CE NE pce 8], ch. 3.3.4, p. 20 ; réponse au recours, du 5 février 2016 [TAF pce 6], ch. 3, p. 24 à 28 ; observations du 4 mai 2016 [TAF pce 15]).

10.5

10.5.1 Comme développé aux considérants 7.2.3.1 à 7.2.3.3 ci-avant, le principe de la légalité exige que l'administration n'agisse que dans le cadre fixé par la loi (art. 5 al. 1 Cst.). Ainsi, toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale (art. 164 al. 1 Cst.). Appartiennent également à cette catégorie les dispositions fondamentales relatives aux obligations des cantons lors de la mise en œuvre et de l'exécution du droit fédéral (art. 164 al. 1 let. f Cst.). Une loi fédérale peut toutefois prévoir une délégation de la compétence d'édicter des règles de droit (art. 164 al. 2 Cst. ; ATF 141 II 169 consid. 3.1 et 3.2).

10.5.2 En raison de la répartition des compétences inscrite à l'art. 3 Cst., l'approvisionnement en soins constitue une tâche des cantons. En ce sens, la planification hospitalière et l'établissement d'une liste des hôpitaux que cette planification implique sont inscrits dans la LAMal en tant que tâches des cantons (art. 39 LAMal ; ATAF 2016/15 consid. 1.1 ; rapport du Conseil fédéral, p. 6, 13, 14, 18). Les cantons sont donc compétents pour formuler, dans les mandats de prestations, des exigences dans le sens d'obligations, dont le respect est une condition préalable à l'inscription d'un hôpital, qu'il soit public ou privé, sur une liste hospitalière, dans la mesure où ces exigences ont trait à la couverture des besoins en soins de la population (FF 2004 5207 p. 5216, 5231, 5232). Cette compétence découle de la LAMal et de l'OAMal en ce qui concerne l'AOS ; il n'est donc pas nécessaire de se fonder sur le droit cantonal pour ce faire (MÉLANIE MADER, op. cit., n° 47, 48, 89 ss). Toutefois, les cantons ne sont pas autorisés à fixer dans leurs mandats de prestations des exigences supplémentaires non conformes à la LAMal. Ainsi, dans la mise en œuvre des critères de planification, les cantons disposent d'un large pouvoir d'appréciation, mais doivent légiférer sans violer le sens et l'esprit de la législation fédérale, ni ne contredire son but (ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.1, 7.6.4.1 ; BERNHARD RÜTSCHKE, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, op. cit., n° 55 ; GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, op. cit., n° 794 et 798).

10.5.3 L'art. 39 LAMal réglemente les exigences que les hôpitaux doivent satisfaire pour être reconnus en tant que fournisseurs de prestations autorisés à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. Ainsi, un hôpital doit garantir une assistance médicale suffisante, disposer du personnel qualifié nécessaire, disposer d'équipements médicaux adéquats et garantir la fourniture adéquate des médicaments, correspondre à la planification hospitalière établie par le canton, afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, et figurer sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats (art. 39 al. 1 let. d et c LAMal). En outre, sur la base de l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal, le Conseil fédéral a édicté aux art. 58a à 58e OAMal des critères de planification uniformes, prenant en considération la qualité et le caractère économique des prestations. L'art. 58b OAMal prévoit en particulier, à son al. 4, que lors de l'évaluation et du choix de l'offre qui doit être garantie par la liste, les cantons prennent notamment en compte le caractère économique et la qualité de la fourniture de prestations (let. a). A cette étape de la planification se rattache également l'examen de la disponibilité et de la capacité pour satisfaire le mandat de prestations (let. c). L'art. 58b al. 5 OAMal précise, de manière non exhaustive, les notions de caractère économique et de qualité, disposant que les cantons, lors de l'examen du caractère économique et de la qualité, prennent notamment en compte l'efficacité de la fourniture de prestations et la justification de la qualité nécessaire (let. a et b). Ni la LAMal ni l'OAMal ne font de référence expresse à un critère lié aux conditions de travail. On ne saurait toutefois en déduire que l'application d'un tel critère n'est pas admissible.

10.5.4 En effet, l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal, par lequel le législateur a chargé le Conseil fédéral d'édicter des critères de planification uniformes fondés sur la qualité et l'économicité, a été introduit au 1^{er} janvier 2009, avec la modification de la LAMal du 21 décembre 2007. Selon le message du Conseil fédéral du 15 septembre 2004, afin d'assurer une application uniforme des dispositions de la LAMal et une meilleure coordination entre les cantons, le Conseil fédéral a été habilité à formuler des principes issus de sa jurisprudence antérieure et à les compléter en vue de l'introduction du nouveau système de financement. Toutefois, il ne s'agissait pas d'imposer aux cantons la manière dont ils devaient organiser leur planification. La conception de la planification devait rester de la compétence des cantons (FF 2004 5207 p. 5224). En vertu de l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal, l'offre hospitalière ne doit pas être contrôlée par la Confédération. La précision, selon laquelle les critères de planification doivent faire explicitement référence à la qualité et à l'économicité, a été ajoutée lors des discussions parlementaires (arrêt du TAF C-6266/2013

consid. 4.4.5 ; ATF 138 II 398 consid. 3.3.3.3, 3.3.3.4), sans toutefois que les délibérations relatives à l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal ne fournissent d'indication sur la manière dont le législateur a envisagé la concrétisation de ces deux concepts (ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.4.2 et les réf.).

10.5.5 L'art. 58b OAMal ne dit pas non plus selon quels critères la qualité et le caractère économique des prestations doivent être évalués. Dans la publication de l'OFSP à propos des modifications du 1^{er} janvier 2009 de l'OAMal, il est seulement indiqué, concernant l'art. 58b al. 4 et 5 OAMal, que dans le cadre de la planification hospitalière, « les cantons doivent évaluer l'offre des établissements [...] et opérer un choix dans le but d'adapter cette offre aux besoins et à une fourniture efficiente de prestations de haute qualité répondant à ces besoins. Il est donc nécessaire de se référer au caractère économique et à la qualité des prestations » (OFSP, Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie, Modifications du 1^{er} janvier 2009, Teneur des modifications et commentaire [dossier CE NE pce 49], p. 7 et 8).

Ainsi, les notions de « qualité » et d'« économicité » doivent être précisées. Le terme « qualité » en particulier désigne de façon ouverte une exigence relative au mandat de prestations, qui nécessite d'être concrétisée ; il s'agit d'une notion juridique indéterminée, susceptible d'interprétation. Le texte de l'art. 58b OAMal correspond en cela à la volonté du législateur. Comme déjà mentionné, celui-ci a voulu laisser aux cantons une marge de manœuvre importante en matière de planification ; il a ainsi fixé au niveau fédéral des critères de planification, dont les cantons doivent certes tenir compte lors de l'admission des fournisseurs de prestations sur la liste, mais qu'ils doivent mettre en œuvre de façon autonome, en raison de la responsabilité qui est la leur en matière de soins hospitaliers et des conséquences économiques qui en découlent (ATF 138 II 398 consid. 3.3.3.5). Dès lors, pour autant qu'ils respectent les critères de planification uniformes précités, à savoir la couverture des besoins en soins, but de la planification hospitalière, la qualité et l'économicité des prestations, les cantons disposent d'une large marge de manœuvre dans le choix des conditions dont ils souhaitent faire dépendre l'accès des hôpitaux à la liste hospitalière et l'octroi de mandats de prestations (MÉLANIE MADER, op. cit., n° 48, 55, 89 ss, 106 ; ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.4.3, 7.6.6.1 ; FF 2004 5207, p. 5231 et 5232).

10.5.6 Dans son rapport du 18 décembre 2013 (p. 18), le Conseil fédéral a également indiqué que lors de l'élaboration des critères de planification, il avait veillé, en édictant les critères de planification, à les formuler de telle manière qu'ils puissent être appliqués par tous les cantons dans toutes les situations, et que ceux-ci puissent remplir l'obligation de planification hospitalière que leur assigne la loi. « Les cantons doivent pouvoir établir leur planification hospitalière en tenant compte des particularités cantonales et développer leurs instruments de planification en se fondant sur les connaissances de leur domaine hospitalier particulier. La Confédération n'estime pas adéquat, en l'état, d'élaborer et de prescrire des critères d'évaluation détaillés pour la planification hospitalière ou de définir des exigences à respecter dans des situations particulières. Par ses critères de planification (art. 58a à 58e LAMal), la Confédération a défini le cadre que les cantons doivent respecter lors de l'établissement de leur planification détaillée se référant à leur situation spécifique. En ce sens, le législateur a exigé du Conseil fédéral qu'il édicte des critères de planification en tenant compte du caractère économique et de la qualité (art. 39 al. 2^{ter} LAMal), mais non qu'il édicte des critères d'économicité et de qualité formant la base de la planification. Les cantons, autorités responsables de la planification, ainsi que les hôpitaux sont les spécialistes à même de définir des paramètres en matière de qualité et d'économicité à la fois détaillés, proches de la pratique et adaptés à la situation. [...] Les critères de planification édictés par le Conseil fédéral ne sont pas un manuel de planification hospitalière. L'uniformité ne peut être exigée que sur un plan abstrait. Mais ils garantissent que la planification suive partout les mêmes étapes » (ATF 138 I 378 consid. 7.2 ; ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.5).

10.5.7 Savoir si les autorités compétentes ont correctement concrétisé une notion juridique indéterminée est une question qui peut être examinée en procédure administrative fédérale, examen auquel le Tribunal de céans procède toutefois avec retenue, compte tenu de la liberté d'appréciation laissée aux cantons (ATAF 2018 V/3 consid. 7.6.6.1).

Considérant ce qui précède, il appert de prime abord que formuler une exigence relative aux conditions de travail dans les hôpitaux, exigence dont le respect serait une condition à l'attribution de mandats de prestations à un hôpital, qu'il soit public ou privé, n'apparaît pas inadmissible. Un examen plus approfondi est toutefois nécessaire.

10.6

10.6.1 Comme en dispose l'art. 58*b* al. 4 let. a OAMal, et comme déjà mentionné dans les considérants qui précèdent, lors de l'évaluation et du choix de l'offre qui doit être garantie par la liste, les cantons prennent en compte la qualité de la fourniture de prestations. Offrir des conditions de travail adéquates, en particulier un temps de travail raisonnable et réglementé (par exemple, durée du travail hebdomadaire, nombre de jours de service continu et travail de nuit limités ; service de garde, pauses, temps de repos et vacances réglementés), des mesures pour protéger la vie, la santé et l'intégrité physique du personnel, l'exigence du respect par le personnel de normes professionnelles et légales en ce sens, un climat de travail favorisant le respect, l'aide mutuelle et la transmission des informations nécessaires à la bonne marche des services hospitaliers, l'encouragement au développement et à l'actualisation des compétences professionnelles, etc., participe indéniablement, en garantissant repos, santé, qualification du personnel et bonne marche de l'établissement, à la qualité du travail fourni (arrêt du TF 2C_642/2018 du 29 mars 2019 consid. 5). Lequel travail contribue sans conteste à une mise en œuvre appropriée de prestations adaptées aux patients et à des résultats obtenus, grâce aux traitements prodigués, dans l'intérêt de ces patients à l'exercice d'une médecine pratiquée dans des conditions optimales, en d'autres termes, à la qualité des prestations fournies par l'établissement employant ce personnel – de même qu'à la maîtrise des coûts en réduisant, par exemple, le risque de réhospitalisations. Ainsi, des conditions de travail adéquates, en termes notamment de temps de travail, santé, formation, climat de travail, etc., servent assurément au but visant à garantir des soins de haute qualité à la population cantonale concernée, au sens des art. 39 al. 2^{ter} LAMal et 58*b* al. 4 et 5 OAMal (BERNHARD RÜTSCHKE, Spitalplanung und Spitalfinanzierung, op. cit., n° 59).

Dans sa prise de position du 24 mars 2016 (TAF pce 12, ch. 1, p. 3 et 4), l'OFSP est également d'avis que des conditions de travail adéquates, ainsi qu'une rémunération équitable, peuvent favoriser la qualité des prestations fournies, mais estime que la relation existant entre la qualité des prestations et les conditions de travail d'une CCT ne peut être qu'indirecte et relative, la qualité se mesurant notamment en fonction d'indicateurs tels que le nombre de cas traités ; ainsi, poser comme condition à une admission sur la liste hospitalière le respect de conditions de travail ne serait pas conforme aux exigences de planification hospitalière selon la LAMal. Or, on peine à voir la pertinence de la distinction faite par l'OFSP. De la même manière que l'exigence d'un nombre de cas traités favorise la

qualité des prestations compte tenu de la répétition des actes et gestes médicaux et de l'expérience qui en résulte, le respect d'un horaire de travail raisonnable, par exemple, participe assurément à la qualité des soins en évitant fatigue et surmenage. Dans la mesure où le respect de conditions de travail adéquates par un établissement peut contribuer à atteindre cette qualité, dont la prise en compte est exigée par la législation fédérale, en d'autres termes, dans la mesure où il peut constituer l'une des conditions nécessaires à la réalisation du critère de la qualité, il convient d'admettre qu'il s'agit d'une exigence de planification conforme à la LAMal. Du reste, le fait que le lien aux critères de planification uniformes posés par la législation fédérale, critères au demeurant indéterminés, ne puisse être qualifié que d'indirect ne saurait être un argument pour déclarer non conformes à la loi des exigences que les cantons ont fixées dans le cadre de l'importante marge de manœuvre qui est la leur s'agissant de la concrétisation des critères de planification. Cela aurait pour conséquence d'exclure d'office et sans autre examen des critères pourtant en adéquation avec les principes de planification fixés par le droit social fédéral, en premier lieu d'ailleurs le critère relatif au nombre minimum de cas, dont la conformité aux exigences de planification a été maintes fois reconnue (voir notamment *supra* consid. 9.2.2 ; voir à cet égard, en particulier, ATAF 2018 V/3 consid. 7 et les réf. ; GEBHARD EUGSTER, *Rechtsprechung*, op. cit., n. m. 27 et 32 et les réf.) et que l'art. 58b al.5 let. c OAMal mentionne explicitement. Enfin, comme le Tribunal de céans a déjà eu l'occasion de le dire à propos du nombre minimum de cas par chirurgien-ne, l'exigence d'un lien entre un critère introduit par un canton dans sa planification et le critère de la qualité n'a pas à être fixée à un degré si élevé que seule la preuve stricte, scientifique, de ce lien serait admise ; sinon, l'introduction de nouveaux critères de qualité ne serait guère possible (ATAF 2018 V/3 consid. 12.1.7).

10.6.2 L'exigence du respect de conditions de travail adéquates s'avère également pertinente au regard du critère d'économicité. En effet, imposer aux hôpitaux souhaitant être admis à pratiquer à charge de l'AOS des conditions de travail au niveau salarial permet d'une part d'éviter le risque de rémunération excessive, et de contribuer ainsi à la maîtrise des coûts de la santé et à l'économicité des prestations. Dans un rapport du 24 août 2017 portant sur les « Mesures visant à freiner la hausse des coûts dans l'AOS », le groupe international d'experts mandatés par le Département fédéral de l'intérieur (DFI) propose du reste, en guise de mesure pouvant être mise en œuvre immédiatement, de faire dépendre l'admission des hôpitaux sur la liste hospitalière de la rémunération qu'ils offrent à leur personnel interne et à leur personnel externe. Les experts indiquent que le

nombre des interventions augmente lorsque, par exemple, le revenu des médecins est couplé à des bonus associés à certains objectifs quantitatifs ; ainsi, si l'admission d'un établissement sur la liste hospitalière est couplée à des conditions relatives au système de rémunération du personnel, les incitations inopportunes existantes diminuent, ce qui permet d'éviter une augmentation inutile et médicalement non justifiée du volume des prestations. Les experts estiment, parallèlement, que cette mesure augmenterait la qualité et l'égalité de traitement, et qu'une majorité du corps médical interne en profiterait, puisqu'on leur retirerait la pression de générer un nombre donné de cas (<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/versicherungen/krankenversicherung/kostendaempfung-kv.html>, p. 37 à 39).

D'autre part, imposer des conditions de travail au niveau salarial permet d'écarter le risque d'une sous-rémunération du personnel dans le but de réduire les frais de l'établissement et de bénéficier d'un avantage concurrentiel lors des comparaisons du caractère économique des prestations, faussant ainsi ces comparaisons (avis de droit de l'IDS [dossier CE NE pce 39, p. 21]). Une évaluation objective du caractère économique des prestations d'un fournisseur de prestations ne peut être réalisée que par une comparaison avec d'autres fournisseurs de prestations (FF 2004 5207 p. 5229). Dès lors, l'application de conditions de travail, et en particulier de conditions salariales, adéquates, à tous les établissements améliore la pertinence et la fiabilité d'une telle comparaison et de l'évaluation de l'économicité. De la sorte, lorsqu'un canton, appliquant le critère d'économicité, accorde un mandat de prestations à un établissement dont les coûts sont moins élevés que ceux d'un autre, il a l'assurance que cette économie de coûts n'est pas la conséquence d'une dégradation des conditions de travail et de rémunération du personnel hospitalier, et qu'il ne participe pas, en octroyant le mandat de prestations à cet hôpital, à valider une telle situation, laquelle, au demeurant, pourrait avoir à terme pour conséquences des difficultés de recrutement en personnel et une dégradation de la qualité des soins (voir également à cet égard Recommandations CDS du 14 mai 2009, n° 2.12, Explication a) et Recommandations CDS du 25 mai 2018, n° 13, Explications a) et c)).

10.6.3 Enfin, comme le Conseil d'Etat le relève dans son rapport 2^e partie et dans ses écritures déposées en procédure de recours (voir *supra* consid. 10.4), il est indéniable que garantir des conditions de travail adéquates, en ce qui concerne notamment la rémunération, le temps de travail et de repos, les vacances, le processus d'engagement, la durée de l'engagement – l'engagement de durée indéterminée serait par hypothèse

posé comme principe –, la fin des rapports de travail, les assurances, etc. permet, en contribuant à la satisfaction du personnel soignant, tant de fidéliser celui-ci que de favoriser la recherche de ce personnel qualifié, lequel est indispensable à la capacité d'un établissement à remplir les mandats de prestations qui pourraient lui être confiés, au sens de l'art. 58b al. 4 let. c OAMal, et, en conséquence, à la couverture des besoins en soins de la population, conformément aux exigences de l'art. 39 al. 1 let. d LAMal (BERNHARD RÜTSCHKE, *Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, Insbesondere zur Steuerung der Leistungsmenge im stationären Bereich*, 2011, n° 178). Disposer du personnel qualifié nécessaire est aussi une des exigences formulées à l'art. 39 al. 1 let. b LAMal, dans la mise en œuvre desquelles les cantons ont également une marge de manœuvre relativement large (ATAF 2018 V/3 consid. 7.4.1, 7.4.2). La CDS y fait référence dans sa recommandation sur les conditions de travail, relevant qu'une politique salariale appropriée est primordiale pour garantir la couverture du besoin en personnel, pour prévenir, à court et moyen terme, l'exode du personnel de santé vers d'autres professions et pour préserver, à long terme, l'attractivité des professions de santé (Recommandations CDS du 14 mai 2009, n° 2.12, Explication c) et Recommandations CDS du 25 mai 2018, n° 13, Explications b)).

10.6.4 En conséquence, le Tribunal de céans est d'avis que formuler une exigence relative aux conditions de travail dans les hôpitaux, dont le respect serait une condition pour pratiquer à charge de l'AOS, est conforme aux principes de planification fixés par le droit social fédéral aux art. 39 al. 1 let. d et al. 2^{ter} LAMal et art. 58b al. 4 let. a, voire let. c, et al. 5 let. a et b OAMal en particulier, lesquels constituent dès lors une base légale suffisante pour l'introduction, dans la planification hospitalière cantonale, d'une telle exigence.

10.7

10.7.1 Cela étant, s'il convient d'admettre que l'exigence du respect de conditions de travail est conforme au droit, en ce que ces conditions peuvent servir au but, notamment, de qualité et d'économicité des prestations, cela ne saurait signifier à l'évidence que toute condition de travail, quelle qu'elle soit, est de nature à atteindre un tel but. Ainsi, encore faut-il définir quelles sont concrètement les conditions de travail adéquates à exiger d'un établissement et exposer en quoi celles-ci sont de nature à assurer, voire améliorer, la qualité et l'économicité des prestations, et, à terme, permettre une évaluation plus pertinente de cette qualité et de cette économicité.

En l'espèce, le Conseil d'Etat, dans son arrêté du 17 décembre 2014 fixant les conditions à remplir par un hôpital pour pouvoir figurer sur la liste hospitalière cantonale, a, à l'art. 3 let. d relatif aux conditions de travail, renvoyé aux conditions prévues par la CCT Santé 21 de droit public ou de droit privé. Certes, la CCT Santé 21 a pour but notamment d'améliorer le statut du personnel du domaine de la santé du canton de Neuchâtel, de garantir au sein des institutions des rapports de travail fondés sur le respect mutuel et de promouvoir un encadrement optimal des personnes prises en charge par lesdites institutions (art. 1.2). Cela ne saurait toutefois suffire. En fixant son exigence en matière de conditions de travail comme elle l'a fait, l'autorité inférieure a procédé à un renvoi général et abstrait aux conditions de la CCT Santé 21, sans s'attacher aux clauses effectives de la CCT, sans expliquer en quoi concrètement les clauses de cette CCT sont de nature à contribuer effectivement à l'amélioration des conditions de travail d'un établissement, et donc à l'amélioration de la qualité et de l'économicité des prestations de cet établissement. Ainsi, en l'état de ce critère, on ne peut exclure qu'un établissement qui n'applique pas les conditions de la CCT Santé 21 offre des conditions de travail qui sont également, voire mieux, à même d'atteindre les buts de qualité et d'économicité des prestations poursuivis par la LAMal. Dès lors, l'exigence relative aux conditions de travail telle que l'a posée l'autorité cantonale, par un renvoi général à la CCT Santé 21, ne saurait constituer une condition conforme aux principes de planification hospitalière fixés par le droit fédéral.

10.7.2 Au surplus, si l'on devait suivre le gouvernement neuchâtelois et admettre que l'on exige des hôpitaux souhaitant pratiquer à charge de l'AOS le respect des conditions prévues par la CCT Santé 21, cela consisterait à contourner, en étendant le champ d'application de la CCT Santé 21 par l'application de la LAMal, la loi fédérale du 28 septembre 1956 permettant d'étendre le champ d'application de la convention collective de travail (LECCT, RS 221.215.331) et les conditions qu'elle prévoit à l'extension d'un tel champ d'application.

10.7.3 Par conséquent, l'autorité inférieure ne peut faire dépendre l'octroi de mandats de prestations à la recourante du respect, par celle-ci, des conditions de travail de la CCT Santé 21. Ainsi, dans les domaines de l'ophtalmologie et de l'orthopédie en particulier, SMNH n'a pas à apporter la preuve d'un tel respect.

Il convient que le Conseil d'Etat, s'il souhaite maintenir dans sa planification un critère relatif aux conditions de travail, précise quelles sont les

conditions de travail *a minima* que doit respecter un établissement hospitalier et qu'il explique en quoi ces conditions vont dans le sens, en particulier, de la qualité et de l'économicité des prestations voulues par la LAMal. A cet égard, il sied de rappeler que le lien entre un critère introduit par un canton dans sa planification et le critère de la qualité notamment n'a pas à être démontré à un degré si élevé que seule la preuve stricte, scientifique, de ce lien serait admise (voir *supra* consid. 10.6.1).

10.7.4 La recourante fait encore valoir que la condition du respect des conditions de la CCT Santé 21 prévue par l'art. 3 let. d de l'arrêté du 17 décembre 2014 viole plusieurs de ses droits fondamentaux, à savoir liberté d'association, liberté économique, égalité de traitement et égalité de traitement entre concurrents, neutralité économique de l'Etat, interdiction de l'arbitraire et sécurité du droit.

Toutefois, dans la mesure où le Tribunal de céans parvient à la conclusion que l'exigence relative aux conditions de la CCT Santé 21 n'est pas conforme aux principes de planification hospitalière fixés par le droit fédéral, l'examen des griefs susmentionnés n'apparaît pas nécessaire.

Gestion des quantités

11.

11.1 Aux termes de l'art. 1 al. 3 du règlement du 17 décembre 2014, le Conseil d'Etat peut recourir à un système de gestion des quantités dans le cadre de l'octroi des mandats de prestations ; il veille dans tous les cas à garantir la bonne couverture des besoins de la population neuchâteloise. Dans l'arrêté litigieux, l'autorité inférieure a attribué à SMNH, conformément à l'art. 1 al. 3 du règlement précité, des mandats avec limitation du volume des prestations dans les domaines de l'ophtalmologie et de l'orthopédie (dossier CE NE pce 4, annexe 1). Dans les annexes 15 à 17 de son rapport 3^e partie concernant la planification hospitalière (dossier CE NE pce 5), elle indique le nombre de cas accordé aux différents établissements pour les domaines de prestations soumis à la gestion des quantités, les besoins découlant du scénario « haut » d'évolution des besoins pour les prestations relevant d'un domaine électif, ainsi que la répartition annuelle du nombre de cas entre institutions pour les domaines concernés.

11.2 Dans son rapport 2^e partie concernant la planification (dossier CE NE pce 8, p. 9 et 10), le Conseil d'Etat explique qu'il a décidé d'imposer une gestion des quantités dans le cadre de la présente planification, afin de réduire le nombre d'hospitalisations non justifiées, de réhospitalisations potentiellement évitables et de cas de chirurgie pris en charge de manière stationnaire alors qu'un traitement ambulatoire aurait pu être prodigué. L'autorité cantonale indique qu'elle est consciente du danger d'une trop forte réduction de l'offre, d'un rationnement des soins et d'une restriction de la concurrence et qu'elle recourt dès lors à l'outil de la gestion des quantités avec modération : d'une part, elle limite son utilisation aux seuls groupes de prestations relevant d'une activité élective ou programmée, dont la planification en termes de calendrier de prise en charge est plus aisée, soit l'ophtalmologie, l'ORL, la gynécologie, l'orthopédie, la rhumatologie et l'urologie, et ce, afin d'écarter les risques éventuels liés à une gestion des quantités pour les prestations comprenant une composante d'urgence ; d'autre part, elle fixe chaque année les limitations de quantités sur la base des besoins identifiés en fonction du scénario démographique « haut » (scénario 2), tout en attribuant des mandats de prestations sur la base des besoins identifiés en fonction du scénario démographique « moyen » (scénario 1 ; voir *supra* consid. 6.4 et 6.6). Il est en outre prévu que les quantités attribuées soient périodiquement réévaluées afin de déterminer si les quotas attribués aux différents établissements sont pertinents pour répondre à l'évolution de la demande dans le temps. Il sera également observé si les cas d'hospitalisation hors canton dans les groupes de prestations considérés sont en augmentation car, comme le relève le Conseil d'Etat, il serait contre-productif que l'application de l'outil de la gestion des quantités conduise à des délais d'attente qui pousseraient les patients à privilégier une prise en charge hors canton, remettant ainsi en question la planification établie. Enfin, le gouvernement neuchâtelois a prévu, en cours d'année, des dérogations possibles aux quantités fixées, au cas où les besoins auraient été clairement sous-estimés, ainsi qu'une adaptation de la gestion des quantités pour tenir compte des besoins réels, le cas échéant. Ces adaptations, qui seront inscrites dans les annexes annuelles aux contrats de prestations, peuvent avoir lieu à la hausse ou à la baisse selon le constat posé.

Dans son rapport 3^e partie concernant la planification hospitalière (dossier CE NE pce 5, p. 19, 29, 40, 41), le Conseil d'Etat note encore qu'il tient à être particulièrement attentif à la question de la gestion des quantités de manière à assurer un accès optimal aux soins pour les patients qui en ont besoin. Sur la base des principes exposés dans le rapport 2^e partie, le

gouvernement neuchâtelois indique qu'il fera des points de situation réguliers avec ses partenaires hospitaliers pour déterminer les besoins identifiés et la demande réelle dans les domaines couverts par une gestion des quantités. Il souligne également que la gestion des quantités doit impliquer une meilleure planification des cas sur l'année ainsi qu'une information et une orientation adéquates du patient par les prestataires.

11.3 La recourante estime que l'outil de la gestion des quantités porte atteinte en particulier à la liberté économique, si bien qu'elle doit être fondée sur une base légale, se justifier par un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité ; or, ni l'arrêté du 17 décembre 2014, ni l'art. 83a LS ne constitueraient une base légale suffisante. En outre, le gouvernement neuchâtelois n'aurait pas indiqué les conséquences du dépassement du volume autorisé, ce qu'il serait tenu de faire. Pour ces raisons déjà, la décision de limiter le volume d'activité de la recourante pour les mandats concernés devrait être annulée. Par ailleurs, l'art. 1 al. 3 de l'arrêté du 17 décembre 2014 et la décision litigieuse reposant sur cet arrêté violeraient l'interdiction de l'arbitraire. Enfin, SMNH est d'avis que la limitation des volumes d'activité pourrait avoir un impact négatif sur la qualité des prestations, dans la mesure où elle entraînerait un risque pour la prise en charge des cas urgents ou semi-urgents (recours [TAF pce 1], ch. 4, p. 53 à 55 ; observations du 9 mai 2016 [TAF pce 16], p. 29).

11.4 Le Tribunal fédéral, que l'OFSP suit intégralement dans sa prise de position du 24 mars 2016 (TAF pce 12, p. 6), s'est déjà prononcé sur la possibilité pour un canton de fixer le volume de prestations maximal dans le cadre de mandats de prestations attribués aux établissements hospitaliers qui figurent sur la liste cantonale au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal ; il a jugé que la législation cantonale selon laquelle le canton inclut dans sa planification une limitation du volume des prestations, en octroyant des mandats de prestations fixant un nombre maximum de cas par année pour l'établissement hospitalier concerné ne contrevient pas au droit fédéral. La Haute Cour a en effet considéré qu'il ressortait de façon incontestable des travaux préparatoires relatifs au nouvel art. 39 LAMal que, comme par le passé, il incombe aux cantons de réaliser une planification hospitalière autonome ; ainsi, il n'est pas exclu, dans la mesure où la charge financière supportée par les cantons dépend de façon linéaire du volume des prestations en question (art. 49 et 49a LAMal), que le législateur ait voulu leur donner également, en sus de leur compétence en matière de planification hospitalière, la possibilité de fixer une limite quantitative. Celle-ci peut être considérée comme une composante du principe d'économicité au sens de l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal (ATF 138 II 398

consid. 3.3 ; 145 V 128 du 14 février 2019 consid. 6.2 ; arrêt du TF 9C_151/2016 du 27 janvier 2017 consid. 6.2). Le Tribunal fédéral a encore indiqué que les art. 58*b* al. 3 et 58*e* al. 1 OAMal en particulier, ainsi que la genèse de cette ordonnance, permettent de retenir que si les cantons n'ont pas l'obligation d'introduire un contrôle quantitatif des prestations, ils en ont pleinement la possibilité (ATF 138 II 398 consid. 3.4). La Haute Cour a également considéré, suivie en cela par le Tribunal de céans, qu'une concurrence accrue entre les fournisseurs de prestations, que le législateur a voulu favoriser dans le cadre de la révision de la LAMal sur le financement hospitalier dans un but de maîtrise des coûts de la santé, n'a d'effet que sur la réduction du coût de la prestation, mais pas sur la réduction du nombre de prestations fournies, ce que permet par contre l'outil de la limitation des volumes d'activité (ATF 138 II 398 consid. 3.5.2 ; arrêt du TAF C-4232/2014 du 26 avril 2016 consid. 5.4.2).

Pour sa part, le Tribunal administratif fédéral a estimé, dans un arrêt relativement récent, que l'art. 39 al. 2^{ter} LAMal en lien avec l'art. 58*b* al. 4 et 5 OAMal constitue une base légale suffisante pour introduire la limitation quantitative de cas, composante du caractère économique de la planification, cette limitation quantitative de cas pouvant être comprise comme l'une des possibilités non expressément énumérées à l'art. 58*b* al. 5 OAMal (« notamment »). Toutefois, il a précisé que ces dispositions ne sauraient constituer une base légale suffisante s'il s'agissait par ce biais d'imposer un pilotage politique axé sur les capacités, respectivement les limitations quantitatives de cas. Par ailleurs, il faut encore que les limitations quantitatives de cas fixées par le canton n'empêchent pas la concurrence entre les hôpitaux (arrêt du TAF C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 19.3.4 et 21.3.2).

En conséquence, le droit fédéral de l'assurance-maladie constitue une base légale suffisante pour permettre aux cantons de recourir à une limitation quantitative du volume des prestations, laquelle est un outil conforme à la LAMal, pour autant qu'elle ne serve pas à imposer une planification axée sur des limitations quantitatives, au lieu d'une planification liée aux prestations, et qu'il n'empêche pas la concurrence entre hôpitaux.

11.5

11.5.1 Force est de constater qu'en l'espèce, tout comme dans le cadre de la planification hospitalière genevoise, examinée par le Tribunal de céans dans l'arrêt précité C-5017/2015, du 16 janvier 2019, l'outil de la gestion

des quantités mis en place par le gouvernement neuchâtelois donne lieu à une répartition systématique du marché, en imposant chaque année, de façon rigide, un nombre de cas aux hôpitaux neuchâtelois ayant reçu un mandat dans le domaine de prestations électif concerné. Ce faisant, la planification hospitalière neuchâteloise a une finalité tournée vers les capacités – telle que voulue dans l'ancien financement hospitalier. En effet, jusqu'à l'entrée en vigueur de la révision partielle de la LAMal et de l'OAMal le 1^{er} janvier 2009, le financement hospitalier était versé par établissement. Avec l'entrée en vigueur de cette révision, le législateur fédéral s'est distancé de l'ancien système et n'a pas introduit la pratique développée jusqu'alors, laquelle permettait une limite artificielle de la capacité des hôpitaux implantés sur le territoire d'un canton, selon les règles de répartition du marché établies par ce même canton. La précédente pratique admettait ainsi la fixation d'un nombre de lits dans le mandat de prestation, dans le but d'éviter une sous-capacité, respectivement une surcapacité (ATF 133 V 579 consid. 3.4 et les réf. cit.). En 1998, constatant que les objectifs concernant les instruments de maîtrise des coûts n'avaient pas été atteints, le législateur a voulu changer le système et a prévu une révision partielle de la LAMal (art. 35 ss LAMal) et de l'OAMal (art. 58a ss OAMal). Le financement versé dépend dorénavant des prestations fournies par l'hôpital. Le pilotage de la planification hospitalière, à savoir les orientations politiques cantonales relatives à la gestion de l'offre, doit désormais se faire à la lumière du financement des prestations et non des établissements (arrêt du TAF C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 6.1 et 21.3.2, et les réf. cit.). Ainsi, en se laissant guider par des motifs relevant de l'ancien financement hospitalier, l'autorité inférieure a abusé de son pouvoir d'appréciation (voir *supra* consid. 3.1.2).

11.5.2 Par ailleurs, une telle limitation quantitative systématique des cas, en répartissant le marché, empêche toute concurrence – principe voulu dans le cadre du nouveau financement hospitalier – de s'exercer dans le cadre défini par la loi et le mandat de prestations, et rend ainsi la planification hospitalière neuchâteloise statique, ôtant aux hôpitaux l'incitation de revoir et d'optimiser leur efficience (la meilleure qualité au meilleur prix). Certes, cette limitation quantitative des cas est appliquée aux prestations électives uniquement et dans six domaines de prestations seulement ; les limitations de quantités sont fixées chaque année sur la base des besoins identifiés en fonction du scénario démographie « haut » ; une réévaluation périodique des quantités attribuées est prévue pour répondre à la demande ; et des dérogations possibles aux quantités fixées peuvent intervenir en cours d'année pour tenir compte des besoins réels. Toutefois, ces précautions apparaissent insuffisantes au regard des

exigences du droit fédéral de l'assurance-maladie (art. 39 al. 1 let. d LAMal et 58b al. 1 OAMal) et des recommandations de la CDS à cet égard (Recommandation CDS n° 8, p. 16 à 19, de la version du 25 mai 2018). En l'espèce, la concurrence reste entravée par l'utilisation systématique de quotas.

11.5.3 En conséquence, l'instrument de la gestion des quantités mis en place dans le canton de Neuchâtel ne respecte pas le sens et l'esprit de la LAMal, ainsi que les buts poursuivis par la planification hospitalière (libre concurrence). En cela, l'arrêt litigieux viole le droit fédéral. Partant, pour ce motif également, il doit, en ce qu'il concerne la recourante, être annulé et la cause doit être renvoyée au Conseil d'Etat pour nouvelle décision.

11.6

11.6.1 Les autres griefs soulevés par la recourante à l'encontre de la gestion des quantités mise en place par l'autorité inférieure n'ont pas à être examinés, compte tenu de ce qui précède. Le Tribunal de céans tient toutefois à relever, s'agissant de la liberté économique, que le Tribunal fédéral s'est également prononcé sur cette question dans le cadre d'un système de gestion des quantités (ATF 138 II 398 consid. 3.9). Il a relevé à cet égard que la fixation de volumes maximaux n'implique pas, pour les établissements hospitaliers, une interdiction absolue de fournir des prestations, mais tout au plus l'absence de prise en charge selon la LAMal des prestations dépassant les volumes maximaux. Par ailleurs, la liberté économique ne confère aucun droit au financement de prestations par l'Etat ou par les assurances sociales ; elle ne donne aucun droit à un financement illimité de la part de l'Etat et n'exclut pas une limitation des prestations cofinancées par celui-ci (GEBHARD EUGSTER, *Krankenversicherung*, op. cit., n° 804 et 823). La recourante, destinataire de la décision litigieuse, ne peut donc, en tant que fournisseur de prestations ayant choisi d'entrer dans le système sanitaire étatique, se prévaloir de la protection de sa liberté économique dans le but d'être admise à pratiquer, sans limitation, à la charge de l'AOS.

11.6.2 Quant aux sanctions en cas de dépassement du volume maximal de prestations fixé, le Conseil d'Etat, dans son rapport 2^e partie (dossier CE NE pce 8, p. 10), au chapitre relatif à la gestion des quantités, s'est référé à l'ATF 138 II 398, rapportant la position du Tribunal fédéral à ce sujet, à savoir que la fixation des volumes maximaux n'implique pas une interdiction absolue de fournir des prestations, mais qu'en revanche, les prestations supplémentaires éventuellement fournies pourraient ne pas

être remboursées selon la LAMal. Le projet de contrat de prestations 2016 entre le canton de Neuchâtel et GSMN-NE portant sur les prestations hospitalières à fournir par la recourante, versé au dossier par l'autorité inférieure (dossier CE NE pce 53), prévoit également, au point 8.1 « Facturation et base de calcul » du chapitre relatif aux contre-prestations financières de l'Etat (p. 8), que « la quantité maximale de prestations financées par l'Etat dans chaque groupe de prestations électives est définie chaque année par le Conseil d'Etat et communiquée à l'établissement au plus tard à la fin du troisième trimestre » et que « sans demande spécifique adressée suffisamment tôt par l'établissement au Conseil d'Etat et accord de celui-ci, aucune prestation supplémentaire ne sera financée ». Dès lors, SMNH ne peut soutenir que le gouvernement neuchâtelois n'a pas indiqué les conséquences du dépassement du volume autorisé ou prévu de sanctions. Selon la jurisprudence, la participation cantonale aux frais hospitaliers peut en effet être limitée ou refusée si la prestation en cause dépasse le volume maximal de prestations prévu pour le fournisseur de prestations concerné (ATF 138 II 398 consid. 3.10.3 ; arrêts du TF 9C_435/2018 du 14 février 2019 consid. 6.2 ; 9C_151/2016 du 27 janvier 2017 consid. 6.2). Le Tribunal fédéral a jugé que si une contribution cantonale est liée aux prestations, comme dans l'assurance-maladie obligatoire, il se justifie qu'elle soit réduite ou refusée lorsque les prestations fixées par le canton sont dépassées. Il a également relevé que dans la mesure où un système fixant un volume maximal de prestations pour chaque fournisseur de prestations est compatible avec la LAMal, ce qui n'est toutefois pas le cas en l'espèce, il s'ensuit que les contributions cantonales ne sont dues que si ces fournisseurs respectent le volume maximal retenu.

11.6.3 S'agissant en outre du risque, soulevé par la recourante, d'hospitalisations hors canton qui rendraient la gestion des quantités totalement inefficace pour contenir les coûts de la santé, il y a certes lieu d'admettre l'existence d'un tel risque et d'un conflit entre la planification et le libre choix de l'hôpital dans toute la Suisse (art. 41 al. 1^{bis} LAMal). Le Tribunal fédéral a toutefois jugé à cet égard qu'on ne peut soutenir que le libre choix de l'hôpital priverait entièrement la limite du volume de prestations de son sens et que celle-ci serait arbitraire. Il a en effet relevé que selon l'expérience commune, la majorité des patients se rendent dans des hôpitaux proches de chez eux, et que si, en raison d'une limitation des quantités, il n'est plus possible d'être soigné dans un hôpital de son canton de domicile, cela ne signifie pas pour autant que les patients concernés souhaitent être hospitalisés en dehors du canton (avec les conséquences financières que cela implique pour le canton) ; on ne peut exclure que,

selon les circonstances, certains de ces patients diffèrent leur prise en charge. Il est donc probable que le libre choix de l'hôpital aura un impact négatif sur la baisse des coûts liée à la gestion des quantités, mais on ne peut en aucun cas soutenir qu'il l'annihilera entièrement (ATF 138 II 398 consid. 3.7, en particulier 3.7.4).

11.6.4 Enfin, le Tribunal de céans ne voit pas en quoi la limitation des volumes d'activité telle que mise en place par le Conseil d'Etat aurait un impact négatif sur la qualité des prestations, les volumes de prestations maximaux fixés dans les six domaines électifs concernés dépassant largement le nombre minimum de cas exigé par hôpital à titre de critère de qualité.

12.

En résumé, il appert que le Conseil d'Etat neuchâtelois, dans sa planification hospitalière pour les années 2016 et suivantes, n'a pas respecté les critères de planification fixés par le droit fédéral, tant lors de la détermination des besoins (consid. 6) que lors de l'évaluation et du choix de l'offre qui doit être garantie par la liste (consid. 7 à 10). En particulier, excédant son pouvoir d'appréciation, il a établi une hiérarchisation, contraire au droit, des critères de planification (consid. 7.1 et 9.2) et prévu la possibilité d'une dérogation complète à ces critères (consid. 7.2). Il a fait preuve d'arbitraire en faisant dépendre l'octroi de mandats de prestations de la réalisation de conditions, certes conformes au droit, mais rendues irréalisables pour la recourante (consid. 8) et n'a pas effectué d'examen suffisant de la qualité (consid. 9.3). Par ailleurs, l'exigence relative aux conditions de travail telle que l'a énoncée l'autorité cantonale, soit par un renvoi général à la CCT Santé 21, n'est pas une condition conforme aux principes de planification hospitalière fixés par le droit social fédéral et ne saurait être maintenue en l'état (consid. 10). Enfin, l'instrument de gestion des quantités mis en place dans le canton de Neuchâtel ne respecte pas le sens et l'esprit de la LAMal (nouveau financement hospitalier ; consid. 11).

Pour ces motifs, le recours doit être admis et l'arrêté litigieux du 28 septembre 2015, en ce qu'il concerne la recourante, doit être annulé et la cause renvoyée à l'autorité inférieure afin qu'elle procède à une planification hospitalière conforme à la LAMal et l'OAMal, permettant de définir quels mandats de prestations peuvent être attribués à SMNH. Cela fait, l'autorité inférieure ne pourra pas reprendre les limitations quantitatives telles qu'appliquées en l'espèce. Elle rendra enfin une nouvelle décision à l'égard de la recourante.

13.

En règle générale, les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA). Selon la jurisprudence, la partie qui a formé recours est réputée avoir obtenu gain de cause lorsque l'affaire est renvoyée à l'autorité inférieure (arrêts du TAF C-255/2015 du 19 avril 2017 consid. 5.1 ; C-5017/2015 du 16 janvier 2019 consid. 27). Dès lors que la recourante a obtenu gain de cause par le renvoi de l'affaire au Conseil d'Etat, il n'y a pas lieu de percevoir de frais de procédure. En outre, aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 1^{ère} phrase PA). Partant, l'avance de frais versée par la recourante à hauteur de CHF 6'000.- (TAF pces 2 à 4) lui sera remboursée dès l'entrée en force du présent arrêt.

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

14.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis et l'arrêté du 28 septembre 2015 du Conseil d'Etat de la République et canton de Neuchâtel fixant la liste des hôpitaux admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins est annulé dans la mesure où il concerne la recourante. La cause est renvoyée à l'autorité inférieure qui rendra une nouvelle décision dans le sens des considérants.

2.

Il n'est pas perçu de frais judiciaire. L'avance sur les frais de procédure présumés de CHF 6'000.- sera remboursée à la recourante sur le compte qu'elle aura désigné au Tribunal.

3.

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

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- à l'Office fédéral de la santé publique (Recommandé)

La présidente du collège :

La greffière :

Madeleine Hirsig-Vouilloz

Isabelle Pittet

Expédition :