

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2470/2015-DIV

ATA/1049/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 4 juillet 2017

dans la cause

A _____ SA et B _____ SA

représentées par Me Philippe Ducor, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'EMPLOI, DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA
SANTÉ**

EN FAIT

- 1) A_____ SA (ci-après : A_____), est une société anonyme dont le siège est à C_____ et qui a pour but statuaire : « exploitation d'une ou plusieurs cliniques ».

Après une fusion le 9 juillet 2012, elle a repris les actifs de la société D_____ SA qui avait repris auparavant les actifs de E_____ SA, et exploite ainsi les cliniques médico-chirurgicales « D_____ » et « E_____ » sises toutes deux à C_____.

- 2) B_____ SA (ci-après B_____) est une société anonyme ayant son siège à F_____ et pour but statuaire : « exploitation d'un centre médico-chirurgical ».

Elle exploite la clinique médico-chirurgicale « B_____ » à G_____.

- 3) Les deux cliniques exploitées par A_____, et celle exploitée par B_____ sont membres de l'Association vaudoise des cliniques privées (ci-après : Vaud Cliniques) laquelle regroupe onze cliniques privées vaudoises.

- 4) Par arrêté du 29 juin 2011 (AListeLAMal - RS-VD 832.11.1), le Conseil d'État du canton de Vaud a édicté, en application de l'art. 38 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10), la liste 2012 des établissements hospitaliers admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (ci-après : AOS), avec spécification de leurs pôles d'activité.

L'arrêté du Conseil d'État du canton de Vaud du 13 février 2013, modifiant l'arrêté du 29 juin 2011, a mis à jour la liste des établissements hospitaliers admis à pratiquer à la charge de l'AOS en y incluant un nouvel établissement.

Les trois cliniques privées précitées figurent sur cette liste. Elles sont liées à l'État de Vaud par un mandat de prestations couvrant les années 2012 à 2014. La D_____ a reçu un mandat de prestations pour les activités de médecine interne, de chirurgie et d'obstétrique, tandis que la E_____ a reçu un mandat pour les activités de médecine interne et de chirurgie. De son côté, B_____ a conclu pour sa clinique, en juin 2013, un mandat de prestations avec le canton de Vaud dans le domaine d'activité de la chirurgie orthopédique, valable rétroactivement du 1^{er} janvier au 31 décembre 2013.

Le mandat de prestation conféré par le canton de Vaud limite la prise en charge des deux cliniques d'A_____ à mille deux cent cas par année dans les différents domaines de soins reconnus. Celui conféré à B_____ limite quant à lui le nombre de prise en charge orthopédique à trois cent seize cas par année.

- 5) Par arrêté du 23 novembre 2011, le Conseil d'État du canton de Genève a également établi la liste des établissements hospitaliers admis par le canton de Genève à pratiquer à la charge de l'AOS. Les trois cliniques privées vaudoises précitées n'y figurent pas.

Par arrêtés des 10 avril 2013 et 24 juin 2015, le Conseil d'État du canton de Genève a successivement adapté sa liste hospitalière en y incluant de nouveaux pôles d'activités et établissements. Les trois cliniques vaudoises précitées n'en font pas partie.

- 6) Du 1^{er} janvier 2012 au 30 septembre 2013, la direction générale de la santé du canton de Genève (ci-après : DGS), pour le compte du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé, désormais le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (ci-après : le département), s'est acquittée des factures qui lui ont été adressées par A_____ ou par B_____ pour des patients résidant à Genève et qui avaient été soignés dans un de leurs établissements. Il s'agissait d'acquitter la part cantonale de rémunération pour la prise en charge stationnaire dans le canton de Vaud de patients résidant à Genève.

- 7) Par courriers du 2 octobre 2013, de teneur similaire, la DGS a informé A_____, mais aussi B_____ qu'elle ne paierait dorénavant plus que les factures relatives aux hospitalisations ayant fait l'objet d'une autorisation préalable par le service de la santé publique du canton de Vaud (ci-après: SSPVD).

Aucune de ces trois cliniques n'était inscrite sur la liste LAMal genevoise. En revanche, elles étaient admises à pratiquer à la charge de l'AOS en vertu de l'arrêté du conseil d'État vaudois du 29 juin 2011, respectivement du 13 février 2013. Cette autorisation était limitée en termes de spécialités et de volumes de prestations par le cadre posé par le mandat de prestations passé avec le canton de Vaud.

Les patients genevois hospitalisés dans les cliniques privées vaudoises par convenance personnelle (cas non urgents et sans autorisation du médecin cantonal) relevaient du principe du libre choix de l'hôpital, lequel devait respecter les conditions de l'inscription des cliniques sur la liste LAMal vaudoise.

La DGS était incapable de vérifier le contenu du mandat de prestations qui les liait à l'État de Vaud. Elle n'avait pas la preuve que ce qui lui était facturé respectait le quota d'hospitalisations accordé. Sans preuve de couverture des patients par le mandat de prestations vaudois, le département ne serait plus en mesure de régler les factures pour les cas d'hospitalisation de patients genevois dans les différentes cliniques.

La possibilité d'une inscription sur la liste hospitalière du canton de Genève pour un mandat partiel restait ouverte.

Ces courriers ne comportaient aucune indication de voies de droit.

- 8) Suite à l'envoi de son courrier du 2 octobre 2013, la DGS a refusé de prendre en charge le paiement des factures pour les hospitalisations postérieures au 2 octobre 2013 que les trois cliniques privées lui adressaient pour des patients résidant à Genève pour les cas relevant du libre choix du patient. À chacun de ses courriers de refus, elle a joint une copie de la lettre du 2 octobre 2013, sans mentionner de voies de droit.
- 9) Le 8 octobre 2013, B_____ a transmis à la DGS par courriel son contrat de prestations avec le canton de Vaud. Elle était intéressée à être inscrite sur la liste hospitalière du canton de Genève.
- 10) Le 1^{er} novembre 2013, Vaud Cliniques a écrit à la DGS au nom de certains de ses membres, dont A_____ et B_____. Elle avait été informée par ceux-ci des courriers de la DGS relatifs aux patients genevois hospitalisés dans le canton de Vaud.

Elle prenait acte de la position du département et la déplorait. Elle avait une interprétation différente des dispositions légales applicables. Elle se gardait le droit de « contester, respectivement de solliciter une décision au sens formel » afin d'obtenir une confirmation judiciaire de l'interprétation des normes topiques.

- 11) Par courrier du 19 novembre 2013, la DGS a informé B_____ qu'elle ne pouvait être inscrite sur la liste hospitalière genevoise. L'établissement ne traitait pas suffisamment de patients résidant sur le canton de Genève. Par conséquent, pour pouvoir honorer les factures concernant les traitements des patients genevois qui seraient pris en charge par cette clinique, celle-ci devait apporter la preuve, par le biais d'une autorisation préalable de la part du SSPVD, que le quota de cas d'orthopédie accordé par le canton de Vaud n'avait pas encore été atteint.
- 12) Le 20 novembre 2013, Vaud Cliniques, déclarant agir pour son compte et pour celui de cinq de ses membres dont A_____ et B_____, a écrit à la DGS concernant la prise en charge de patients domiciliés à Genève dans les cliniques vaudoises.

Le courrier de la DGS du 2 octobre 2013 dénotait une confusion entre le concept de planification hospitalière cantonale et celui de libre choix de l'hôpital par les patients. L'État de Genève se devait d'acquitter les factures transmises par les cliniques membres de Vaud Cliniques pour assurer le respect du principe du libre choix du patient nonobstant l'absence de contrat de prestations entre l'État de Genève et ces cliniques privées. Si ces dernières n'avaient pas l'obligation d'admettre les patients genevois, elles étaient, en revanche, aptes à les soigner et devaient donc être remboursées pour ceux qu'elles accueillaient.

Les factures devaient être réglées sans délai. Si la prise en charge devait être refusée, la DGS devait prendre une décision formelle pour chacune des cliniques concernées.

- 13) Le 5 décembre 2013, la DGS a répondu au courrier de Vaud Cliniques du 20 novembre 2013. Les « démarches genevoises et vaudoises » concernant la prise en charge des patients hors-canton étaient justifiées. Les cantons ne pouvaient pas voir leurs budgets s'alourdir indéfiniment en raison des hospitalisations hors canton, et ceci au seul bénéfice des assurances complémentaires, par un transfert de charges vers l'AOS.

Le libre choix devait profiter en premier lieu aux assurés ne disposant que de l'AOS. Or, les cliniques privées admettaient une majorité de « patients extracantonaux » disposant d'une assurance complémentaire.

La DGS était prête à rencontrer les cliniques privées concernées afin d'examiner l'opportunité d'une éventuelle inscription sur la liste hospitalière genevoise pour un mandat partiel.

- 14) Le 21 janvier 2014, Vaud Cliniques, au nom de ses membres, a réitéré sa position sur la confusion faite par la DGS entre le libre choix de l'établissement de soins et la planification hospitalière. Il n'y avait pas lieu d'exposer les cliniques à de la « tracasserie administrative ». Les factures devaient donc être payées ou, dans le cas contraire, la DGS devait prendre une décision formelle.

- 15) Le 10 février 2014, la DGS a indiqué qu'il persistait une différence d'interprétation juridique sur la portée du libre choix de l'hôpital par les patients.

Le département se prononcerait formellement sur les hospitalisations hors du canton dans les meilleurs délais.

- 16) Le 28 février 2014, Vaud Cliniques a demandé à nouveau que « les factures en souffrance de ses mandants [soient] payées ». À défaut, une décision formelle de refus devait être prise avant le 7 mars 2014.

- 17) Le 4 avril 2014, A_____ et B_____, comme d'autres cliniques membres de Vaud Cliniques, ont recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre le département pour déni de justice formel, en concluant à ce qu'il soit dit et constaté qu'elles étaient habilitées à facturer à la charge de l'AOS pour les prestations fournies au sein de leurs cliniques respectives à des patients résidant dans le canton de Genève et à ce que l'État de Genève soit tenu de s'acquitter des factures adressées à la DGS en rapport avec ceux-ci, dont elles rappelaient la liste. Le silence du département valait décision de refus.

- 18) Par arrêt du 25 novembre 2014 (ATA/922/2014), la chambre administrative a admis leur recours.

Les courriers du 2 octobre 2013 constituaient des décisions formelles, de sorte que le département échappait à tout grief de déni de justice. En revanche, il fallait considérer que les recours formés le 4 avril 2014 par les cliniques étaient recevable sous l'angle du respect du délai de recours. Le département avait laissé subsister un contexte incertain quant à la qualification de ses courriers du 2 octobre 2013, reconnaissant pour la première fois dans sa réponse du 14 juillet 2014 qu'il s'agissait de décisions.

Dans la mesure où les décisions du 2 octobre 2013 ne remplissaient ni les conditions formelles permettant de reconnaître leur caractère décisionnel ni les exigences de motivation, elles devaient être annulées. La cause devait être renvoyée au département afin qu'il rende, soit une nouvelle décision générale portant sur le remboursement des frais d'hospitalisation dans les cliniques privées des patients résidents à Genève à la charge de l'AOS, soit de nouvelles décisions individuelles et concrètes réglant également la question des factures en souffrance.

- 19) Le 2 février 2015, tant A_____ que B_____ ont formé un recours contre ledit arrêt auprès du Tribunal fédéral.

Elles reprochaient à la chambre administrative d'avoir renvoyé le dossier au département, qui plus est sans injonctions claires et impératives, alors que le dossier était complet et aurait pu être tranché sur le fond.

- 20) Par arrêt du 20 février 2015 (9C_112/2015), le Tribunal fédéral a déclaré leur recours irrecevable, l'arrêt attaqué n'étant pas final et ne leur causant aucun préjudice irréparable.

- 21) Le 4 mai 2015, A_____, comme B_____ ont invité le département à rendre une nouvelle décision générale portant sur le remboursement des frais d'hospitalisation dans les cliniques privées des patients résidents à Genève dans un délai échéant au 17 mai 2015, s'agissant des factures qu'elles lui avaient adressées pour le compte de leurs cliniques respectives.

- 22) Par courrier du 20 mai 2015, le département a informé A_____ et B_____ qu'une décision en bonne et due forme serait rendue dans les meilleurs délais.

- 23) Par décision du 12 juin 2015, le département a formellement rejeté les demandes de garantie de paiement ou de paiement des factures adressés à la DGS les 20 novembre 2013, 21 janvier 2014 et 28 février 2014 tant par A_____ que par B_____ mais aussi par une autre clinique privée vaudoise non partie à la présente procédure, pour des hospitalisations de patients domiciliés dans le canton de Genève.

La décision, au ch. 3 de son dispositif, précisait aussi que toute autre demande de garantie de paiement ou facture adressée ultérieurement à la DGS concernant des patients genevois hospitalisés auprès de ces cliniques se verrait refusée si ces dernières « ne figuraient pas sur la liste de planification hospitalière du canton de Genève ».

Le libre choix accordé à l'assuré par l'art. 41 al. 1bis LAMal ne pouvait être interprété de façon absolue, sous peine de vider de son sens la planification imposée au canton par la législation fédérale. Le libre choix ne pouvait s'exercer vers un hôpital figurant sur la liste du canton où se situe ce dernier, que pour autant que le canton de résidence de l'assuré, conjointement avec le canton où se situe l'hôpital répertorié, ait intégré ce dernier dans sa propre planification.

Dans la mesure où A_____ et B_____ ne figuraient pas sur la liste hospitalière du canton de Genève, il ne pouvait à l'avenir être donné suite à leurs demandes de garantie de paiement ou à leurs factures adressées à la DGS.

Le canton de Genève avait toutefois accepté à bien plaisir la prise en charge ponctuelle de certaines interventions auprès d'hôpitaux répertoriés dans le canton de Vaud, à la condition que les autorités vaudoises acceptassent que les interventions au bénéfice d'assurés résidant sur le canton de Genève soient déduites des contingents attribués auxdits hôpitaux.

La décision indiquait les voies de recours auprès de la chambre administrative.

- 24) Le 15 juillet 2015, A_____ a formé un recours auprès de la chambre administrative contre ladite décision, reçue le 15 juin 2015. Ses conclusions principales au fond étaient les suivantes :

« 2. Dire et constater que A_____ est habilitée à facturer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (LAMal) et à recevoir de la part de l'État de Genève la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal pour les prestations fournies au sein de la D_____ à C_____ à des patients résidant dans le canton de Genève dans les pôles d'activité suivants : médecine interne, obstétrique et chirurgie.

3. Dire et constater que A_____ est habilitée à facturer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (LAMal) et à recevoir de la part de l'État de Genève la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal pour les prestations fournies au sein de la E_____ à C_____ à des patients résidant dans le canton de Genève dans les pôles d'activité suivants : médecine interne et chirurgie.

4. Dire et constater que l'État de Genève doit à l'avenir s'acquitter des factures qui lui sont adressées pour la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal en remboursement de prestations fournies à des patients

résidant dans le canton de Genève et hospitalisés à la D_____ exploitée par la A_____, dans les pôles d'activité suivants : médecine interne, obstétrique et chirurgie ou tout autre domaine de soins médicaux que A_____ est apte à traiter, en particulier tout pôle d'activités qui viendrait à être ajouté à l'avenir au mandat de prestations délivré à A_____ par le canton de Vaud.

5. Dire et constater que l'État de Genève doit à l'avenir s'acquitter des factures qui lui sont adressées pour la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal en remboursement de prestations fournies à des patients résidant dans le canton de Genève et hospitalisés à la E_____ exploitée par la A_____, dans les pôles d'activité suivants : médecine interne et chirurgie ou tout autre domaine de soins médicaux que A_____ est apte à traiter, en particulier tout pôle d'activités qui viendrait à être ajouté à l'avenir au mandat de prestations délivré à A_____ par le canton de Vaud.

6. Condamner l'État de Genève à verser à A_____ les montants suivants :

CHF 2'462.90 plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 novembre 2013 ;

CHF 2'607.80 plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 février 2014 ;

CHF 5'604.70 plus intérêt à 5 % l'an dès le 26 février 2014 ».

En substance, elle se plaignait d'une violation de l'art. 41 al. 1bis LAMal instituant le libre choix de l'hôpital pour les patients résidant en Suisse ainsi que du principe de la bonne foi.

L'art. 41 al. 1bis LAMal ne posait que deux conditions à la prise en charge par le canton de résidence du patient de la part cantonale de rémunération, soit que l'hôpital soit apte à traiter la maladie du patient et qu'il figure sur la liste hospitalière du canton de résidence du patient ou sur celle du canton où se situe l'hôpital. Dans la mesure où l'une ou l'autre de ces deux conditions était remplie, le département était tenu de lui verser la part cantonale de rémunération jusqu'à concurrence du tarif applicable dans un hôpital répertorié du canton de Genève.

De plus, le principe de la bonne foi imposait au département de payer à A_____ les factures de patients résidant dans le canton de Genève, à tout le moins pour les hospitalisations intervenues jusqu'à la date à venir de l'arrêt de la chambre administrative. Le département avait payé l'intégralité des factures qui lui avaient été adressées pour la période du 1^{er} janvier 2012 au 30 septembre 2013, créant une apparence de droit sur laquelle A_____ s'était fondée. Ce changement de pratique n'était d'ailleurs fondé sur aucun motif pertinent.

Les sommes réclamées se référaient à trois factures, adressées aux dates mentionnées dans les conclusions, pour des hospitalisations de patients genevois.

Le recours a été enregistré sous le n° de cause A/2470/2015.

- 25) Le 15 juillet 2015, B_____ a formé un recours auprès de la chambre administrative contre la même décision du département, reçue le 15 juin 2015. Ses conclusions principales au fond étaient les suivantes:

« 2. Dire et constater que B_____ est habilitée à facturer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (LAMal) et à recevoir de la part de l'État de Genève la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal pour les prestations fournies à des patients résidant dans le canton de Genève dans le domaine de la chirurgie orthopédique.

3. Dire et constater que l'État de Genève doit à l'avenir s'acquitter des factures qui lui sont adressées pour la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal en remboursement de prestations fournies à des patients résidant dans le canton de Genève et hospitalisés dans les établissements exploités par la B_____, dans le domaine de la chirurgie orthopédique ou tout autre domaine de soins médicaux que B_____ est apte à traiter, en particulier tout pôle d'activités qui viendrait à être ajouté à l'avenir au mandat de prestations délivré à B_____ SA par le canton de Vaud.

4. Condamner l'État de Genève à verser à B_____ la somme de CHF 10'697.30 plus intérêts à 5 % l'an à compter du 26 novembre 2013 ».

L'argumentation de l'intéressée reprenait celle développée par A_____.

Le montant dont elle réclamait le paiement correspondait à une facture d'hospitalisation pour un patient genevois du 25 novembre 2013.

Le recours a été enregistré sous le n° de cause A/2471/2015.

- 26) Dans chacune des réponses aux deux recours du 18 septembre 2015, le département a conclu à leur rejet par une argumentation similaire.

Le libre choix de l'hôpital selon l'art. 41 al. 1bis LAMal ne pouvait s'exercer vers un hôpital figurant sur la liste du canton où se situe ce dernier que si le canton de résidence de l'assuré et celui du lieu de situation de l'hôpital tenaient mutuellement compte de leurs planifications hospitalières respectives. Toute autre interprétation viderait de son sens et de sa portée la planification imposée au canton par le législateur fédéral, dans la mesure où le canton de résidence de l'assuré pourrait limiter le nombre d'hôpitaux aptes à traiter une maladie sur son territoire, avec la fixation d'un volume maximal de prestations par des mandats de prestations, sans pouvoir s'opposer à des hospitalisations hors canton dans des hôpitaux qui ne figuraient pas dans ces listes hospitalières. A_____ et B_____ SA n'appartenait pas à la planification hospitalière du canton de Genève, mais étaient inscrites sur la liste hospitalière vaudoise et devaient ainsi respecter les

quotas fixés par le mandat de prestations les liant au canton de Vaud. Il n'était ainsi pas question d'attribuer automatiquement des unités de contingents à des assurés résidant à l'extérieur du canton de Vaud, au risque de priver des résidents vaudois en faveur desquels la planification vaudoise avait été effectuée. Un arrêt du 14 juillet 2015 de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois (ci-après : le Tribunal cantonal vaudois) venait d'ailleurs de confirmer de manière détaillée ce raisonnement, en l'appliquant à des cliniques genevoises qui demandaient la prise en charge des hospitalisations hors canton de résidents vaudois.

Les deux recourantes avaient été rendues attentives, par courriers du 2 octobre 2013, au fait qu'à compter de cette date, le canton de Genève ne pourrait régler les factures d'hospitalisation de patients genevois exerçant leur libre choix qu'à condition que les hospitalisations aient fait l'objet d'une autorisation préalable par le canton de Vaud. Dûment informée de ce changement de pratique, les recourantes ne pouvaient se fonder sur une prétendue assurance de l'autorité après la réception de ces courriers.

- 27) Dans leurs répliques respectives du 27 octobre 2015, A_____ et B_____ ont persisté dans leurs conclusions relatives à leur interprétation de l'art. 41 al. 1bis LAMal.

Pour le surplus, elles entendaient saisir le Tribunal fédéral d'un recours à l'encontre de l'arrêt de la Cour des assurances sociales du Tribunal cantonal vaudois. Les motifs retenus par cette instance étaient infondés et ne devaient pas être suivis par la chambre administrative.

Elles relevaient enfin que la légalité des quotas découlant des mandats de prestations instaurés par certains cantons dans la planification hospitalière cantonale était douteuse.

- 28) Dans ses dupliques du 30 novembre 2015, le département a également persisté dans ses conclusions.

- 29) Le 17 mai 2016, les parties ont été entendues lors d'une audience de comparution personnelle convoquée tant dans la cause A/2470/2015 que A/2471/2015, dont il est ressorti les éléments complémentaires suivants :

- le dispositif de la décision du 12 juin 2015 se référait aux factures litigieuses des différentes cliniques, membres de Vaud cliniques, qui avaient fait l'objet des courriers de leur avocat des 20 novembre 2013, 21 janvier 2014 et 28 février 2016 ;
- à Genève, les cliniques adressaient directement des factures de prise en charge de la part cantonale de l'AOS à la DGS, sans envoyer préalablement de demande de garanties de paiements, même si cette procédure était

recommandée par la conférence des départements de la santé (ci-après : CDS) ;

- toutes les factures adressées par les cliniques vaudoises avant le 2 octobre 2013 (considérée comme date d'émission de garantie ou d'envoi de factures) avaient été payées par le département, à condition qu'elles aient concerné des domaines d'activité autorisées dans la liste du canton de Vaud, sans que soit abordée la question de savoir si les quotas étaient épuisés ou non ;
- après le 2 octobre 2013, les mêmes cliniques devaient s'adresser par courrier ou courriel au département homologue vaudois pour savoir si la demande pouvait être acceptée au regard des quotas vaudois. À réception d'une réponse positive, le département acceptait de délivrer la garantie. Le département homologue vaudois procédait de la même façon ;
- les trois factures d'A_____ litigieuses n'avaient jamais été honorées par le département, sans qu'aucun refus spécifique n'ait été adressé à l'époque, avant la décision attaquée. Il en allait de même de celle de B_____ ;
- la collaboration entre le canton de Vaud et de Genève en matière de planification hospitalière et de prise en charge des coûts hospitaliers des cliniques privées des patients de l'autre canton n'ont jamais été formalisées dans des accords. Elle était plutôt fondée sur des démarches concertées ;
- selon le département, le ch. 3 du dispositif de la décision du 12 juin 2015 concernant le refus futur de toute prise en charge de prestations de cliniques vaudoises si elle ne figurait pas sous la liste de planification hospitalière du canton de Genève, comportait une imprécision. Il avait en fait la portée suivante : un patient genevois exerçant son libre choix, hospitalisé dans une clinique vaudoise figurant sur la liste vaudoise, pouvait voir la part cantonale de ses frais pris en charge dans le canton de Genève, dès lors que le canton de Vaud donnait son accord en lien avec les quotas accordés à ladite clinique ;
- dans son arrêt du 14 juillet 2015, le Tribunal cantonal vaudois avait admis partiellement un recours de cliniques genevoises portant sur des faits similaires, soit sur une décision du département de la santé et de l'action sociale du canton de Vaud (ci-après : DSAS) du 18 février 2014 qui avait refusé de prendre en charge des factures de différentes cliniques genevoises pour des hospitalisations de patients résidant dans le canton de Vaud et renvoyés le dossier au DSAS pour nouveau traitement. Suite à l'arrêt d'irrecevabilité du recours des cliniques genevoises rendu par le Tribunal fédéral le 15 octobre 2015, la DSAS avait rendu le 14 janvier 2016 de nouvelles décisions négatives, fondées sur la même argumentation. Le 19 février 2016, le Tribunal cantonal vaudois avait alors été saisi par les cliniques

genevoises d'un nouveau recours, de même que le Tribunal fédéral. Ces recours étaient encore pendants.

- 30) Le 10 juin 2016, comme cela lui avait été demandé à l'issue de l'audience de comparution personnelle, le département a transmis une copie de la correspondance en lien avec le paiement des factures litigieuses dans les deux contentieux (causes A/2470/2015 et A/2471/2015).

Il précisait encore que c'étaient les cliniques vaudoises concernées qui, après le 2 octobre 2013, entreprenaient elles-mêmes les démarches visant à obtenir les attestations délivrées par le SSPVD attestant que la prise en charge de patients genevois par des cliniques vaudoises entraient dans les quotas disponibles, et qui les adressaient à la DGS.

- 31) Le 14 juillet 2016, chacune des deux recourantes a persisté dans ses conclusions. Les pièces, fournies en vrac par l'intimé, ne permettaient pas d'expliquer le traitement différencié subit par les factures des différentes cliniques.

- 32) Le 29 juillet 2016, le département a demandé, dans les deux causes, la suspension de leur instruction en application de l'art. 14 de loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10) dans l'attente de l'issue de la procédure cantonale vaudoise.

En effet, le 7 juin 2016, le Tribunal cantonal vaudois avait rejeté les recours intentés par les cliniques genevoises contre les décisions du DSAS du 14 janvier 2016 refusant la prise en charge des factures produites par ces cliniques. Dans cet arrêt, cette instance judiciaire avait retenu que les recourantes ne figuraient pas sur la liste hospitalière vaudoise, mais sur la liste genevoise avec un mandat de prestations prévoyant expressément la réalisation d'un nombre défini de prestations hospitalières qui seraient financées par l'AOS, conformément à la législation sur l'assurance-maladie, dans le ou les pôles d'activités pour lesquelles elles avaient été sélectionnées. On devait en conclure qu'une fois le volume maximal de prestations atteint, les recourantes ne pouvaient plus fournir de prestations cofinancées par le canton de Vaud. Les principes de concurrence et de liberté de choix ne valaient pas, selon le Tribunal cantonal, de manière absolue au niveau intracantonal et devaient être conciliés avec la notion de planification hospitalière à laquelle le législateur fédéral n'avait pas souhaité renoncer. Les cliniques concernées, dont A_____ en tant qu'exploitante de la clinique G_____ SA, avaient annoncé vouloir saisir le Tribunal fédéral d'un recours.

- 33) Le 9 août 2016, chacune des recourantes s'est opposée à cette demande de suspension, tandis que le 16 août 2016, le département a persisté dans celle-ci. Les parties ont été informées, le 18 novembre 2016, que la cause était gardée à juger sans suspension.

- 34) Le 3 février 2017, les recourantes ont transmis au juge délégué copie d'un arrêt du Tribunal fédéral du 27 janvier 2017 (9C_151/2016) admettant partiellement le recours précité formées par les cliniques genevoises. Le canton de Vaud était tenu de prendre en charge la part cantonale de la rémunération des prestations hospitalières au sens de l'art. 49a al. 1 LAMal, en relation avec les art. 49 et 41 al. 1 bis LAMal, fournies dans les établissements hospitaliers genevois en cause en faveur des patients résidant dans le canton de Vaud, postérieurement au 10 septembre 2013. La cause était renvoyée au Tribunal cantonal vaudois pour qu'il statue précisément sur les montants à payer, le rôle d'arrêter ceux-ci n'incombant pas au Tribunal fédéral.
- 35) Le 17 mars 2017, le département, invité à se déterminer au sujet de la portée de cet arrêt, a persisté, dans les deux causes, dans ses conclusions en rejet du recours.

Le canton de Genève avait procédé à une planification des besoins en soins hospitaliers qui devaient répondre à ceux de la population genevoise. Dans ce cadre, il avait défini les établissements hospitaliers qui devaient figurer sur la liste hospitalière pour répondre à ces besoins. L'ensemble des autres établissements hospitaliers étaient dès lors exclu. Dans le cadre de cette planification, les besoins en soins de la population avaient été déterminés en tenant compte des hospitalisations hors canton. C'est ainsi que, par exemple, l'établissement la Métairie, située dans le canton de Vaud, figurait désormais sur sa liste hospitalière. Les établissements qui ne figuraient pas dans cette liste n'étaient pas nécessaires à la couverture des besoins de sa population et il n'y avait pas lieu de prendre en charge les factures de patients qui avaient décidé, par pure convenance personnelle, de se rendre dans des établissements vaudois pour se faire soigner.

L'arrêt du Tribunal fédéral du 27 janvier 2017 n'était pas applicable au cas d'espèce car les situations de fait genevoise et vaudoise en matière d'hospitalisation hors canton différaient sur des points essentiels. À la suite du courrier de la DGS du 2 octobre 2013, lorsqu'un résident genevois souhaitait se faire hospitaliser dans une clinique vaudoise figurant sur la liste vaudoise, la clinique concernée devait obtenir une garantie de paiement de la part du canton de Genève. La garantie lui était octroyée et le paiement accepté sur la base de l'attestation du SSPVD stipulant que le patient considéré entrait dans le quota des patients AOS attribué par le canton de Vaud à cette clinique. Il en résultait que le canton de Vaud admettait les patients genevois en déduction de ses propres quotas, ce qui équivalait à une extension de sa planification hospitalière aux personnes domiciliées à l'extérieur du canton de Vaud, au cas par cas, tant que le quota n'était pas atteint. Contrairement au canton de Vaud, Genève n'avait jamais délivré une attestation de ce type pour les résidents vaudois souhaitant se faire hospitaliser dans les cliniques genevoises. Le canton de Genève n'avait de fait pas intégré le canton de Vaud dans sa propre planification hospitalière pour les

hospitalisations hors canton. On ne pouvait donc appliquer au mode de planification hospitalière adopté à Genève, les principes retenus dans son dernier arrêt par le Tribunal fédéral, dont les recourantes se prévalaient. Il en résultait que, pour régler le cas des patients domiciliés dans le canton de Genève, la limitation du nombre de cas prévue par le canton de Vaud pour les cliniques privées vaudoises s'appliquait de fait aux personnes assurées résidant dans le canton de Genève.

- 36) Le 24 avril 2017, les recourantes ont chacune répliqué. La position de l'intimé était erronée. Ce qu'exposait le département dans ses dernières écritures devait conduire à l'admission du recours. La planification hospitalière à laquelle le canton de Genève procédait visait à couvrir les besoins en soins stationnaires de sa seule population et non de celle d'autres cantons. Toutefois, ladite planification ne prenait pas en considération la teneur de l'art. 41 bis al. 1 LAMal permettant aux assurés de choisir librement leur hôpital dans toute la Suisse et qui se situait en dehors de toute planification hospitalière. Il était faux d'affirmer, comme le faisait le département, que le système instauré par cette disposition rendrait la planification hospitalière inefficace, ne serait-ce que par sa portée limitée, en terme de volume de cas.

Contrairement à ce que prétendait le département, les situations de fait genevoise et vaudoise étaient en tous points comparables, et l'arrêt de principe rendu le 27 janvier 2017 par le Tribunal fédéral pleinement applicable dans le canton de Genève comme dans le canton de Vaud. Il était faux d'affirmer que la pratique genevoise différait de la pratique vaudoise « sur des points essentiels ». Au contraire, le département avait servilement calqué sa pratique sur celle du SSPVD en la rendant strictement identique. Il n'y avait qu'à comparer la teneur du courrier, versé à la procédure, adressé par le SSPVD le 26 août 2013 aux cliniques privées genevoises, avec celle du courrier adressé le 2 octobre 2013 par la DGS. Par ailleurs, peu importait dans les faits que le canton de Genève n'ait délivré aucune attestation mentionnant qu'un patient vaudois hospitalisé dans une clinique genevoise entrait bien dans les quotas genevois. La demande de telles attestations dépendait en effet uniquement d'une initiative émanant des cliniques privées concernées. Le fait que les cliniques privées genevoises avaient préféré attendre une décision judiciaire et renoncé à les demander, contrairement aux cliniques vaudoises, n'était pas un élément pertinent.

- 37) Le 26 avril 2017, dans chacune des causes A/2470/2015 et A/2471/2015, les parties ont été informées que celles-ci étaient gardées à juger.

EN DROIT

- 1) La chambre administrative est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative. Les compétences de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : la chambre des assurances sociales) sont réservées (art. 132 al. 1 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05). Aucune loi ne prévoit la compétence du Tribunal administratif de première instance en matière de contentieux lié aux assurances sociales (art. 116 al. 1 LOJ).

En matière d'assurance-maladie, la chambre des assurances sociales connaît en instance cantonale de recours unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1), et qui sont relatives à la LAMal, opposant des assureurs et des assurés, à l'issue d'une procédure d'opposition (art. 52. al. 1 et 56 al. 2 LPGA ; art. 85 et 86 LAMal).

La chambre administrative conserve la compétence résiduelle pour les litiges surgissant entre les autorités et des prestataires de soins (ATA/922/2014 du 25 novembre 2014 consid. 2), si bien qu'elle est habilitée à juger le présent litige.

- 2) Aux termes de l'art. 70 al. 1 LPA, l'autorité peut, d'office ou sur requête, joindre en une même procédure des affaires qui se rapportent à une situation identique ou à une cause juridique commune.

En l'espèce, les deux recourantes ont recouru contre la même décision dont elles étaient toutes deux destinataires, dans le cadre d'une problématique juridique identique vis-à-vis de laquelle elles invoquent conjointement, notamment via leur association faitière, des moyens similaires. Elles sont en outre représentées par le même mandataire. Dans ces circonstances, il apparaît judicieux de procéder à une jonction des deux causes (A/2470/2015 et A/2471/2015) et de ne rendre qu'un seul et même arrêt, statuant sur les deux recours, sous le numéro A/2470/2015.

- 3) Interjetés non seulement devant la juridiction compétente, mais également dans le respect du délai légal de trente jours (art. 62 al. 1 let. a LPA), les recours d'A_____ et de B_____ sont recevables.

- 4) Le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (art. 61 al. 1 LPA). La chambre administrative n'a toutefois pas la compétence d'apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (art. 61 al. 2 LPA), hypothèse non réalisée en l'espèce.

- 5) Les deux recours sont dirigés contre le refus du département de prendre en charge la part cantonale de l'AOS en cas d'hospitalisation de patients genevois, pour des raisons de convenance personnelle, dans les cliniques vaudoises des

recourantes, lorsque les autorités vaudoises n'ont pas au préalable accepté que ces interventions soient déduites des contingents attribués auxdites cliniques.

- 6) Le litige consiste à déterminer si la limitation du volume de prestations (ou contingents) fixés dans le mandat de prestations confié aux recourantes par le canton de Vaud est applicable en cas d'hospitalisation de patients genevois dans leurs établissements pour des raisons de convenance personnelle (ne relevant donc pas de l'urgence ou de raisons médicales).

Les recourantes considèrent que la légalité de la fixation d'un volume maximal de prestations (ou quotas) dans la planification cantonale est douteuse lorsqu'elle s'applique aux patients résidant dans le canton planificateur, mais qu'elle est plus encore clairement contraire au principe du libre choix de l'hôpital figurant à l'art. 41 al.1bis LAMal lorsqu'elle s'applique aux patients en provenance d'autres cantons.

L'autorité intimée soutient à l'inverse que le libre choix ne peut s'exercer vers un hôpital figurant sur la liste du canton où se situe ce dernier, que si le canton de résidence de l'assuré et celui du lieu de situation de l'hôpital tiennent mutuellement compte de leurs planifications hospitalières respectives, sous peine de vider de son sens la planification cantonale imposée par le législateur.

Le traitement de ce grief implique de rappeler préalablement les conséquences de la révision de la LAMal dans le domaine du financement hospitalier ainsi que les systèmes de la planification hospitalière et du libre choix de l'hôpital mis en œuvre par la législation.

- 7) a. Aux termes de l'art. 39 al. 1 LAMal, les établissements et celles de leurs divisions qui servent au traitement hospitalier de maladies aiguës ou à l'exécution, en milieu hospitalier, de mesures médicales de réadaptation (hôpitaux) sont admis à la charge de l'assurance obligatoire des soins s'ils : a) garantissent une assistance médicale suffisante ; b) disposent du personnel qualifié nécessaire ; c) disposent d'équipements médicaux adéquats et garantissent la fourniture adéquate des médicaments ; d) correspondent 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 ; e) figurent sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats.
- b. La LAMal a fait l'objet d'une révision, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, avec mise en œuvre au plus tard au 1^{er} janvier 2012 selon les dispositions transitoires, sur la question du financement hospitalier (loi fédérale sur l'assurance-maladie [LAMal] [financement hospitalier], modification du 21 décembre 2007, RO 2008 2049).

Les changements majeurs découlant de cette révision sont les suivants :

- le passage du financement de l'hôpital au financement des prestations fournies par l'hôpital ;
- l'introduction de forfaits liés aux prestations basés sur des structures tarifaires uniformes au niveau suisse, avec une inclusion des coûts d'investissements dans le calcul des forfaits. Les forfaits sont financés par le canton et les assureurs, selon leur part respective. L'autorité cantonale compétente fixe pour chaque année civile la part cantonale pour les habitants du canton. Celle-ci se monte à 55 % au moins ;
- l'instauration par le Conseil fédéral de critères uniformes de planification hospitalière basés sur la qualité et l'économicité ;
- l'introduction du libre choix de l'hôpital ;
- l'admission des maisons de naissance comme fournisseurs de prestations LAMal.

c. Selon la législation en vigueur jusqu'au 31 décembre 2008, les fournisseurs de prestations établissaient leurs factures sur la base de tarifs ou de prix fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (art. 43 al. 1 et al. 3 aLAMal). Les conventions tarifaires devaient être approuvées par le gouvernement cantonal compétent ou, si elles couvraient toute la Suisse, par le Conseil fédéral (art. 46 al. 4 LAMal). À défaut de convention, le gouvernement cantonal fixait le tarif, après avoir consulté les intéressés (art. 47 al. 1 LAMal). Pour rémunérer le traitement hospitalier, les parties à une convention devaient convenir de forfaits couvrant, pour les habitants du canton, au maximum 50% des coûts imputables dans la division commune d'hôpitaux publics ou subventionnés par les pouvoirs publics (art. 49 al. 1, 1^{ère} phrase, aLAMal).

L'assuré avait le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie. En cas de traitement hospitalier ou semi-hospitalier, l'assureur ne prenait en charge les coûts que jusqu'à concurrence du tarif applicable dans le canton de résidence de l'assuré (art. 41 al. 1 aLAMal). Toutefois, si, pour des raisons médicales, l'assuré recourait à un autre fournisseur de prestations (hospitalisation extracantonale), l'assureur prenait en charge les coûts d'après le tarif applicable à cet autre fournisseur de prestations (art. 41 al. 2 aLAMal). Si, toujours pour des raisons médicales, l'assuré recourait aux services d'un hôpital public ou subventionné par les pouvoirs publics situé hors de son canton de résidence, ce canton prenait en charge la différence entre les coûts facturés et les tarifs que l'hôpital appliquait aux résidents du canton (art. 41 al. 3 aLAMal).

Il résultait de cette législation que le canton de résidence de l'assuré ne prenait en principe pas en charge le financement d'hospitalisations extracantonales décidées par convenance personnelle. En revanche, en cas d'urgence, ou en cas de traitement nécessaire hors canton, le canton de résidence prenait une partie des coûts en charge, conformément à l'art. 41 al. 3 aLAMal.

d. Selon la nouvelle législation en vigueur, pour rémunérer le traitement hospitalier, y compris le séjour et les soins à l'hôpital (art. 39, al. 1 LAMal), les parties à une convention conviennent de forfaits (art. 49 al. 1, 1^{ère} phrase, LAMal). Les rémunérations au sens de cette disposition sont prises en charge par le canton et les assureurs, selon leur part respective (art. 49a al. 1 LAMal). Le canton fixe pour chaque année civile, au plus tard neuf mois avant le début de l'année civile, la part cantonale pour les habitants du canton. Celle-ci se monte à 55 % au moins (art. 49a al. 2 LAMal). Le canton de résidence verse sa part de la rémunération directement à l'hôpital. Les modalités sont convenues entre l'hôpital et le canton. L'assureur et le canton peuvent convenir que le canton paie sa part à l'assureur et que ce dernier verse les deux parts à l'hôpital. La facturation entre l'hôpital et l'assureur est réglée à l'art. 42 LAMal (art. 49a al. 3 LAMal).

La révision comprend un nouvel art. 41 al. 1bis LAMal d'après lequel, en cas de traitement hospitalier, l'assuré a le libre choix entre les hôpitaux aptes à traiter sa maladie et figurant sur la liste de son canton de résidence ou celle du canton où se situe l'hôpital (hôpital répertorié). En cas de traitement hospitalier dans un hôpital répertorié, l'assureur et le canton de résidence prennent en charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a LAMal jusqu'à concurrence du tarif applicable pour ce traitement dans un hôpital répertorié du canton de résidence (art. 41 al. 1bis LAMal). Si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement hospitalier fourni par un hôpital non répertorié du canton de résidence, l'assureur et le canton de résidence prennent à leur charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a LAMal. À l'exception du cas d'urgence, une autorisation du canton de résidence est nécessaire (art. 41 al. 3 LAMal).

e. Comme déjà exposé, l'art. 39 al. 1 LAMal, dont la teneur est resté inchangée suite à la révision sur le financement hospitalier, pose les conditions auxquelles les hôpitaux et d'autres institutions sont admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins.

Selon la nouvelle législation en vigueur, les cantons coordonnent leur planification (art. 39 al. 2 LAMal) et le Conseil fédéral édicte des critères de planification uniformes en prenant en considération la qualité et le caractère économique. Il consulte au préalable les cantons, les fournisseurs de prestations et les assureurs (art. 39 al. 2ter LAMal).

Conformément à cette délégation de compétence, le Conseil fédéral a édicté les art. 58a à 58e de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal - RS 832.102 ; RO 2008 5097), lesquels précisent le cadre de la planification hospitalière cantonale.

À teneur de l'art. 58a al. 1 OAMal, la planification en vue de couvrir les besoins en soins (art. 39. al. 1 let. d LAMal) garantit aux habitants des cantons qui l'établissent le traitement hospitalier à l'hôpital ou dans une maison de naissance ainsi que le traitement dans un établissement médico-social. Les cantons réexaminent périodiquement leurs planifications (art. 58a al. 2 OAMal).

Les cantons déterminent non seulement l'offre utilisée dans des établissements qui ne figurent pas sur la liste qu'ils ont arrêtée (art. 58b al. 2 OAMal), mais également l'offre qui doit être garantie par l'inscription d'établissements cantonaux et extra-cantonaux sur la liste visée à l'art. 58e afin que la couverture des besoins soit assurée (art. 58b al. 3 OAMal).

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

Les cantons inscrivent sur leur liste visée à l'art. 39 al. 1 let. e LAMal, les établissements cantonaux et extra-cantonaux nécessaires pour garantir l'offre déterminée conformément à l'art. 58b al. 3 OAMal (58e al. 1 OAMal). Les listes mentionnent pour chaque hôpital l'éventail de prestations correspondant au mandat de prestations (art. 58e al. 2 OAMal). 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 (art 58e al. 3 OAMal).

- 8) À teneur du message du Conseil fédéral du 15 septembre 2004, les grandes lignes du projet de révision de la LAMal proposées par le Conseil fédéral concernaient l'abandon du financement des établissements et le passage à un financement des prestations fournies par l'hôpital, la rémunération de ces prestations à parts égales par l'assureur et le canton de résidence de l'assuré, la planification cantonale ou intercantonale de la couverture des besoins en soins hospitaliers de tous les assurés, la planification intercantonale de la médecine hautement spécialisée ainsi que l'amélioration des données de base et des statistiques (FF 2004 5207 p. 5221).

Le Conseil fédéral a souligné que la planification cantonale était l'instrument prévu par la LAMal pour réduire les surcapacités hospitalières

(FF 2004 5207 p. 5214). Il a également souligné qu'il souhaitait favoriser l'établissement de planifications hospitalières intercantionales, de manière à coordonner et optimiser la fourniture de prestations pour en réduire les coûts de production. Cet objectif a trouvé une certaine concrétisation dans l'art. 39 al. 2 LAMal ainsi que dans l'art. 58d OAMal.

De manière générale, la planification hospitalière a pour but d'assurer la coordination des fournisseurs de prestations, une meilleure utilisation des ressources et une compression des coûts (FF 1992 I 65 p. 149 ; ATF 132 V 6 consid. 2.4.1 ; 125 V 448 consid. 3b).

- 9) Le projet initial de révision de la LAMal soumis par le Conseil fédéral aux chambres fédérales ne prévoyait pas le libre choix de l'hôpital dans toute la Suisse, mais au contraire une limitation indirecte du libre choix de l'hôpital, au niveau intercantonal, par l'absence de prise en charge du financement résiduel cantonal lorsque le traitement hors canton n'était pas médicalement justifié, soit lorsqu'il n'était pas imposé par l'urgence ou par ou l'absence de traitement disponible dans un établissement figurant sur la liste hospitalière du canton de domicile (art. 41 al. 3 du projet de modification de la loi fédérale sur l'assurance-maladie [LAMal] [Financement hospitalier], FF 2004 5207 p. 5253). Le principe du libre choix offert aux patients d'aller se faire soigner dans les hôpitaux de toute la Suisse figurant sur une liste de planification (art. 41 al. 1bis LAMal) a été discuté, pour la première fois, au sein du Conseil national, sur proposition unanime de la commission de la sécurité sociale et de la santé, mais contre l'avis de la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé, laquelle craignait que cela débouche sur une augmentation des coûts pour les cantons. Grâce à cette extension, le Conseil national voulait offrir aux patients un plus vaste choix et renforcer l'aspect concurrentiel (BO 2007 CN 414 et suivantes, rapporteurs Ruth HUMBEL et Yves GUIBAN, page 440 et suivantes, voix Jacqueline FEHR, Pierre TRIPONEZ, Toni BORTOLUZZI, Conseiller Fédéral Pascal COUCHEPIN). Il a été proposé de renoncer au libre choix de l'hôpital en prétextant qu'une planification cantonale était possible uniquement si les cantons connaissaient le nombre de personnes concernées par la planification, ce qui n'était pas faisable en cas de libre choix de l'hôpital (BO 2007 CN 439, Franziska TEUSCHER). La majorité a répondu que les régions responsables de la couverture des besoins étaient supracantoniales et que la planification hospitalière devait regarder au-delà des frontières du canton (BO 2007 CN 440 suiv., Jacqueline FEHR, Pierre TRIPONEZ, Thérèse MEYER, le Conseiller fédéral Pascal COUCHEPIN, rapporteur Ruth HUMBEL). Le sujet du libre choix de l'hôpital a suscité de longs débats au sein du Conseil des États. Il a finalement adhéré à ce principe, tout en précisant, afin d'apaiser les inquiétudes des cantons concernant l'augmentation des coûts, que la participation de l'assurance-maladie obligatoire et du canton devaient correspondre, au maximum, au tarif appliqué par ce dernier (BO 2007 CE 752 suivantes). À ce propos, les préoccupations

exprimées par les cantons concernant une éventuelle complication de la planification hospitalière ont été prises en compte, mais réfutées selon le principe que, en raison de certains aspects non modifiables, seule une planification limitée était possible et qu'il y aurait toujours une contradiction entre planification et concurrence (BO 2007 CE 754, Urs SCHWALLER), et que les répercussions résultant du libre choix seraient extrêmement limitées (BO 2007 CE 755, Conseiller fédéral Pascal COUCHEPIN). Le Conseil national a accepté la proposition du Conseil des États (BO 2007 CN 1770 suivantes), qui fut considérée comme une solution de compromis, permettant de simplifier la planification par les cantons (BO 2007 CN 1771 Jacqueline FEHR, page 1774, rapporteur Stéphane ROSSINI).

Bien que conscient de la relative opposition existante entre les notions de « planification » et de « libre choix de l'hôpital », les parlementaires n'ont pas voulu exploiter cette opposition pour supprimer l'une ou l'autre, tout en étant conscients que le libre choix de l'hôpital compliquerait ultérieurement les modalités de planification.

- 10) Suite à l'entrée en vigueur de la révision précitée, dans un arrêt du 10 juillet 2012, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'était pas contraire aux dispositions de la LAMal et de l'OAMal ainsi qu'aux principes de l'égalité de traitement, de l'interdiction de l'arbitraire et de la liberté économique que des cantons incluent dans leur planification une limitation du volume des prestations en octroyant aux établissements concernés des mandats de prestations définissant le nombre maximal de cas pouvant être traités par année (ATF 138 II 398). Une prestation non incluse dans la planification peut ainsi entraîner la perte du droit au remboursement vis-à-vis de l'AOS ou du canton, de sorte que la participation cantonale aux frais hospitaliers peut être réduite ou supprimée en cas de dépassement du nombre maximum de cas fixé par le mandat de prestations (ATF 138 II 398 consid. 3.10.3). Le Tribunal fédéral a encore relevé qu'il existait certes une opposition entre la planification et le libre choix de l'hôpital dans toute la Suisse (art. 41 al. 1bis LAMal), ce dont le législateur fédéral était conscient. On ne pouvait toutefois 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. La limite du volume de prestations n'était dès lors pas contraire aux articles 41 al. 1 et 1bis et 41a al. 1 LAMal (ATF 138 II 398 consid. 3.7 et 3.8 ; RDAF 2013 I p. 550-551). Le Tribunal fédéral a mentionné un auteur de doctrine d'après lequel l'application de la limitation du volume de prestations ne devait pas s'appliquer aux patients extracantonaux, sous peine de méconnaître leur liberté de choisir leur hôpital. Le Tribunal fédéral a mis en doute ce point de vue, tout en laissant cette question ouverte, relevant que même si le libre choix de l'hôpital au sens de l'art. 41 al. 1bis LAMal offrait en principe aux patients la possibilité d'être soignés dans des hôpitaux extracantonaux, à l'inverse le droit fédéral ne contraignait pas

les hôpitaux à accepter tous les patients provenant d'autres cantons (ATF 138 II 398 consid. 3.8.1.3).

- 11) Dans un arrêt postérieur, le Tribunal fédéral a confirmé qu'il résulte tant de la doctrine que de la jurisprudence qu'alors même que la LAMal n'aborde pas expressément ce point, les cantons restent en droit de soumettre les traitements à des limites et contrôles quantitatifs (ATF 140 I 218).

Cette position est d'ailleurs partagée par la doctrine majoritaire (Gebhard EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung [KVG], 2010, n. 12 ad art. 39 LAMal p. 245 ; Bernhard RÜTSCHKE, Neue Spitalfinanzierung und Spitalplanung, 2011, p. 47 ss, notamment p. 53 n. 109 ; Ueli KIESER, Spitalliste und Spitalfinanzierung, Auswirkungen der Änderung des Krankenversicherungsgesetzes vom 21. Dezember 2007, in : AJP 2010 p. 61 ss, notamment p. 68, lequel estime que le nombre de lits peut être inclus dans le mandat de fourniture des prestations) et par la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (recommandations de la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé sur la planification hospitalière du 27 avril 2009, ch. 2.4 p. 7), même si pour certains auteurs le système des quotas devrait être rejeté, notamment parce qu'il n'est pas de nature à supprimer les surcapacités et qu'il risque au contraire d'entraîner un sous-équipement hospitalier (Jean-Louis DUC, Planification hospitalière, mandat de soins et quotas in PJA 2013 p. 533 ss).

- 12) L'arrêt du 27 janvier 2017 (9C_151/2016), dont la portée est discutée par les parties, a clarifié la problématique des rapports entre le droit des cantons de soumettre les traitements hospitaliers à des restrictions de prises en charges liées aux exigences de planification hospitalière et le droit des assurés au libre choix de l'établissement hospitalier. Dans une cause opposant cette fois-ci des sociétés exploitant des établissements hospitaliers privés du canton de Genève au DSAS, le Tribunal fédéral a annulé l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 7 juin 2016 qui avait confirmé un refus du 16 janvier 2016 de cette autorité de prendre en charge la part cantonale (au sens de l'art. 89a LAMal) pour les hospitalisations postérieures au 10 septembre 2013, en lien avec les patients domiciliés dans ce canton qui avaient choisi d'être hospitalisés dans les cliniques genevoises précitées.

La juridiction cantonale vaudoise avait fondé son refus sur le constat que le mandat de prestations attribué à chacune des recourantes par le canton de Genève comprenait une limitation des prestations et elle avait retenu que les limitations de volume définies par le canton étaient applicables en cas d'hospitalisation extra-cantonale. Ne pas en tenir compte aurait eu, selon elle, pour effet d'entraver la planification hospitalière intercantonale au sens de l'art. 39a LAMal et de créer des distorsions de concurrence. En tenir compte n'aurait pas au principe du libre choix du patient. L'opposition entre ces deux principes ne pouvait être

définitivement levée qu'en admettant que l'obligation de prendre en charge par le canton n'existait que pour les hospitalisations incluses dans les quotas de prestations en question prévus par l'autre canton.

Le Tribunal fédéral a mis à néant l'arrêt cantonal vaudois précité sur la base du raisonnement suivant :

- le fait qu'un canton fixe le volume de prestations annuelles maximales dans le cadre de mandats de prestations attribués aux établissements hospitaliers figurant sur la liste cantonale au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal ne contrevenait pas au droit fédéral. De même, il était admis que la participation cantonale aux frais hospitaliers pouvait être limitée ou refusée si la prestation en cause dépassait le volume maximal de prestations prévu pour le fournisseur de prestations hospitalières concerné. Toutefois, le Tribunal fédéral n'avait jusque-là pas examiné dans ce cadre, même s'il l'avait évoqué, la question du rapport entre le contrôle cantonal des quantités et les patients venant de l'extérieur du canton qui séjournaient dans un établissement hospitalier cantonal ;
- aucun des art. 39 LAMal en relation avec l'art. 35 LAMAL (conditions relatives à l'admission à pratiquer à la charge de l'AOS par les établissements hospitaliers), art. 58a à 58e OAMAL (critères de planification), 41 al. 1 bis LAMal (exercice par l'assuré du libre choix de l'hôpital), art. 41 al. 3 LAMal (régime dérogatoire), art. 41 al. 1 LAMal (définition des obligations d'admission des assurés résidant dans le canton, résidant hors canton et cas d'urgence), art. 49a LAMal (régime dérogatoire), art. 41 al. 1 LAMal (obligation d'admission des assurés résidant dans le canton, résidents et cas d'urgence), art. 49a LAMal (obligation pour les cantons et les assureurs de prendre en charge la rémunération du traitement hospitalier par l'intermédiaire d'un forfait), ne permettait de répondre directement à la question de savoir si un canton était en droit de refuser la prise en charge de la part cantonale de l'AOS pour des prestations hospitalières présentées par les hôpitaux répertoriés, sis dans un autre canton, en se fondant sur la limitation du nombre de cas prévu par le canton du lieu d'implantation au regard du mandat de prestations que celui-ci leur appliquait ;
- la notion de mandat de prestations prévu à l'art. 39 al. 1 let. e OAMal et précisé par l'art. 58e OAMal, définissait la palette des prestations qu'un hôpital devait être en mesure de proposer à ses patients afin de couvrir leurs besoins en soins de la population. Il s'agissait d'une notion conférant une grande flexibilité aux cantons pour déterminer les prestations à la disponibilité desquelles ils entendaient conditionner la reconnaissance LAMal. Sous cet angle, le mandat de prestations conclu avec les cliniques genevoises (qui en l'occurrence recouraient) et qui figuraient dans l'arrêté du

Conseil d'État déterminant la liste des établissements admis par le canton de Genève au sens de la LAMal, du 23 novembre 2011, et de son avenant du 10 avril 2013, constituait une mesure de planification et une liste hospitalière établie exclusivement en fonction des personnes domiciliées dans le canton. Ces mesures ne pouvaient concerner des personnes domiciliées dans le canton de Vaud, dès lors qu'aucun mandat de prestations ne liait les cliniques genevoises recourantes à ce canton. Il en résultait que les limitations du nombre de cas prévus par les mandats de prestations ne pouvaient concerner d'autres personnes que celles domiciliées dans le canton de Genève et que cette restriction ne s'appliquait pas aux personnes domiciliées dans le canton de Vaud, s'agissant de la part cantonale au sens de l'art. 49a al. 1 LAMal. Le canton de Vaud devait dès lors prendre en charge ladite part cantonale pour les factures de ces établissements genevois.

- 13) En l'espèce, contrairement à ce que soutient l'intimé, le contentieux qui est exposé à la chambre administrative, est, mutatis mutandis, similaire à celui à propos duquel le Tribunal fédéral a statué dans son arrêt du 27 janvier 2017.

En effet, le fait que des pratiques différentes entre le canton de Genève et le canton de Vaud aient pu ou puissent avoir cours au sujet de l'exigence préalable d'obtenir une garantie de paiement délivrée par l'autorité de l'autre canton n'est pas pertinent. Les restrictions mises en place dans l'un et l'autre des cantons en 2013, qui sont à l'origine du contentieux, sont similaires. Chacun des deux cantons a adopté une liste d'établissements hospitaliers pour lesquels il admettait devoir prendre en charge la part cantonale de l'AOS lui incombant en application de l'art. 49a LAMal. Que les cliniques privées aient obtenu une garantie préalable ou non, chacun des deux cantons s'est trouvé dès 2012 devoir faire face à des demandes de prises en charge de la part cantonale à l'AOS pour des soins de patients domiciliés dans l'autre canton hospitalisés dans un établissement autorisé par l'autre canton, au regard desquelles il a réagi de manière identique, à teneur des courriers adressés aux cliniques privées concernées par le SSPVD ou par la DGS en 2013 qui contenaient les mêmes exigences à propos de la preuve à fournir du non-dépassement des quotas de prestations hospitalières autorisées dans l'autre canton. C'est donc à l'aune des principes retenus par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 27 janvier 2017 que la question litigieuse soumise à la chambre de céans doit être examinée, quelque opportun que soient les arguments développés par l'intimé.

- 14) En l'espèce, les recourantes, en tant qu'exploitantes de leurs cliniques vaudoises sont intégrées dans la planification du canton de Vaud, mais pas dans celle du canton de Genève, en fonction des instruments de planification hospitalière en vigueur en 2012-2013. Suivant les principes ressortant de l'arrêt du 27 janvier 2017 précité, les instruments de planification du canton de Genève ne s'appliquent qu'aux patients domiciliés dans ce canton. Dès lors qu'un patient

genevois (au-delà des cas d'urgences) s'est fait hospitaliser dans le canton de Vaud et que l'établissement hospitalier qui l'a accueilli fait partie des établissements reconnus par le canton de résidence de cet établissement comme pouvant bénéficier de la prise en charge de l'AOS, le canton de Genève ne peut refuser la prise en charge de la part cantonale des frais d'hospitalisation, facturée par ledit établissement, indépendamment du fait de savoir si celui-ci a ou non épuisé ses quotas dans son canton de résidence, en l'occurrence le canton de Vaud. C'est ce que le Tribunal fédéral admet et que la chambre de céans doit respecter.

15) Sur ce point, les deux recours seront donc admis sans qu'il y ait besoin de traiter les autres griefs formulés par les recourantes à l'encontre de la position prise par l'intimé sur ce point.

16) Compte tenu de cette issue, il y a lieu d'entrer en matière sur les conclusions constatatoires prises par les recourantes, celles-ci ayant un intérêt digne de protection au constat de leurs droits et ces conclusions n'ayant pas seulement un caractère subsidiaire par rapport aux conclusions condamnatoires prises (art. 49 al. 1 LPA ; ATA/1145/2014 du 27 octobre 2014 consid 9a et jurisprudence citée, a contrario). Toutefois, si les conclusions constatatoires prises au regard de la situation présente seront admises, elles seront légèrement reformulées, et dans ce sens réduites, dans la mesure où il convient de s'assurer que le droit constaté reste lié à l'existence d'un contrat de prestations accordé par le canton de Vaud. En outre, la chambre administrative n'entrera pas en matière sur la demande de constater l'existence de droits en fonction d'une évolution future du mandat de prestations, par essence, incertaine.

17) Dans le cadre de ses dernières conclusions, A_____ sollicite le paiement d'une facture de la E_____ du 25 novembre 2013 pour un montant de CHF 2'462.90 plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 novembre 2013 ; d'une facture de la D_____ du 25 février 2014 pour un montant de CHF 2'607.80 plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 février 2014 ; d'une facture de la D_____ du 25 février 2014 pour un montant de CHF 5'604.70 plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 février 2014.

L'intimé n'a jamais contesté la réalité ou le montant de ces factures de prise en charge qui lui étaient parvenues, ne s'opposant qu'au principe de leur paiement. Le montant de celles-ci étant établi par pièces, et les obligations de prise en charge de l'intimé à ce propos étant admises, ces conclusions condamnatoires seront accordées. L'État de Genève sera condamné à payer ces montants en capital et intérêts (ATF 117 V 349 ; 101 Ib 252).

18) Dans le cadre de ses dernières conclusions, B_____ sollicite le paiement d'une facture du 25 novembre 2013 de CHF 10'697.30 plus intérêts à 5 % l'an à

compter du 26 novembre 2013. Pour les mêmes motifs, l'État de Genève sera astreint au paiement de ce montant, en capital et intérêts.

- 19) Au vu de ce qui précède, les recours seront en très grande partie admis. Vu cette issue, aucun émolument ne sera prélevé (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'500.- sera accordée à chacune des recourantes qui y ont conclu, mise à la charge de l'État de Genève (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

préalablement

ordonne la jonction des cause A/2470/2015 et A/2471/2015 sous le numéro de cause A/2470/2015 ;

à la forme :

déclare recevables les recours interjetés le 15 juillet 2015 par A_____ SA et B_____ SA contre la décision du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 12 juin 2015 ;

au fond :

les admet partiellement ;

annule la décision du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 12 juin 2015 ;

constate qu'A_____ SA est habilitée à facturer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (LAMal) et à recevoir de la part de l'État de Genève la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal pour les prestations fournies au sein de la D_____ à C_____ à des patients résidant dans le canton de Genève dans les pôles d'activité suivants : médecine interne, obstétrique et chirurgie, faisant l'objet du contrat de prestations qui la lie au canton de Vaud ;

constate qu'A_____ SA est habilitée à facturer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (LAMal) et à recevoir de la part de l'État de Genève la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal pour les prestations fournies au sein de la E_____ à C_____ à des patients résidant dans le canton de Genève dans les pôles d'activité suivants :

médecine interne et chirurgie, faisant l'objet du contrat de prestations qui la lie au canton de Vaud ;

constate que B_____ SA est habilitée à facturer à la charge de l'assurance obligatoire des soins (LAMal) et à recevoir de la part de l'État de Genève la part cantonale prévue à l'art. 49a al. 2 LAMal pour les prestations fournies à des patients résidant dans le canton de Genève dans le domaine de la chirurgie orthopédique, faisant l'objet du contrat de prestations qui la lie au canton de Vaud ;

condamne l'État de Genève à payer à A_____ SA les montants de CHF 2'462.90 plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 novembre 2013 ; CHF 2'607.80 plus intérêts à 5 % l'an dès le 26 février 2014 ; CHF 5'604.70 plus intérêt à 5 % l'an dès le 26 février 2014 ;

condamne l'État de Genève à payer à B_____ SA un montant de CHF 10'697.30 plus intérêts à 5 % l'an à compter du 26 novembre 2013 ;

dit qu'il n'est pas prélevé d'émolument de procédure ;

alloue à A_____ SA une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de l'État de Genève ;

alloue à B_____ SA une indemnité de procédure de CHF 1'500.- à la charge de l'État de Genève ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Philippe Ducor, avocat des recourantes ainsi qu'au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé.

Siégeants : Mme Junod, présidente, MM. Thélin, Dumartheray, Verniory et
Mme Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

Ch. Junod

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :