



Arrêt du 2 novembre 2017

Composition

Christoph Rohrer (président du collège),
Michela Bürki Moreni, David Weiss, juges,
Pascal Montavon, greffier.

Parties

1. **CSS Assurance-maladie SA**, Tribschenstrasse 21, Case postale 2568, 6002 Lucerne,
2. **Aquilana Versicherungen**, Bruggerstrasse 46, 5401 Baden,
3. **Moove Sympany AG**, Jupiterstrasse 15, Case postale 234, 3000 Berne,
4. **SUPRA SA**, Chemin des Plaines 2, 1007 Lausanne,
5. **Kranken- und Unfallkasse Bezirkskrankenkasse Einsiedeln**, Hauptstrasse 61, Case postale 57, 8840 Einsiedeln,
6. **PROVITA assurance santé SA**, Brunngasse 4, Case postale, 8401 Winterthur,
7. **Sumiswalder**, Spitalstrasse 47, 3454 Sumiswald,
8. **Krankenkasse Steffisburg**, Unterdorfstrasse 37, Case postale, 3612 Steffisburg,
9. **CONCORDIA Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG**, Bundesplatz 15, 6002 Lucerne,
10. **Atupri Caisse-maladie**, Zieglerstrasse 29, 3000 Berne 65 SBB,
11. **Avenir Assurances Maladie SA**, Rue des Cèdres 5, 1920 Martigny,
12. **Krankenkasse Luzerner Hinterland**, Luzernstrasse 19, 6144 Zell LU,

-
13. **ÖKK Kranken- und Unfallversicherungen AG**,
Bahnhofstrasse 9, 7302 Landquart,
 14. **Vivao Sympany AG**, Peter Merian-Weg 4, 4002 Bâle,
 15. **Krankenversicherung Flaachthal AG**,
Bahnhofstrasse 22, Case postale 454, 8180 Bülach,
 16. **Easy Sana Assurance Maladie SA**, Rue des Cèdres 5,
1920 Martigny,
 17. **Genossenschaft Glarner Krankenversicherung**,
Säge 5, 8767 Elm,
 18. **Cassa da malsauns LUMNEZIANA**, Case postale 41,
7144 Vella,
 19. **KLuG Krankenversicherung**, Gubelstrasse 22,
6300 Zoug,
 20. **EGK Grundversicherungen**, Brislachstrasse 2, Case
postale, 4242 Laufon,
 21. **sanavals Gesundheitskasse**, Haus ISIS, Case postale
18, 7132 Vals,
 22. **Krankenkasse SLKK**, Hofwiesenstrasse 370, Case
postale 5652, 8050 Zurich,
 23. **sodalis gesundheitsgruppe**, Balfrinstrasse 15,
3930 Viège,
 24. **vita surselva**, Bahnhofstrasse 33, Case postale 217,
7130 Ilanz,
 25. **Krankenkasse Zeneggen**, Neue Scheune,
3934 Zeneggen,
 26. **Krankenkasse Visperterminen**, Wierastrasse,
3932 Visperterminen,
 27. **Caisse-maladie de la Vallée d'Entremont société
coopérative**, Place centrale, Case postale 13,
1937 Orsières,
 28. **Krankenkasse Institut Ingenbohl**, Case postale 57,
8840 Einsiedeln,
 29. **Krankenkasse Wädenswil**, Schönenbergstrasse 28,
8820 Wädenswil,
 30. **Krankenkasse Birchmeier**, Hauptstrasse 22,
5444 Künten,
 31. **kmu-Krankenversicherung**, Bachtelstrasse 5,
8400 Winterthour,
 32. **Krankenkasse Stoffel Mels**, Bahnhofstrasse 63,
8887 Mels,
 33. **Krankenkasse Simplon**, Blatt 1, 3907 Simplon Dorf,
 34. **SWICA Assurance-maladie SA**,
Boulevard de Grancy 39, 1001 Lausanne,
 35. **GALENOS Assurance-maladie et accidents**,
Militärstrasse 36, Case postale, 8021 Zurich,

-
36. **rhenusana**, Heinrich-Wild-Strasse 210, Case postale, 9435 Heerbrugg,
37. **Mutuel Assurance Maladie SA**, Groupe Mutuel, Rue du Nord 5, 1920 Martigny,
38. **Fondation AMB**, Route de Verbier 13, 1934 Le Châble,
39. **INTRAS Assurances-maladie SA**, Rue Blavignac 10, 1227 Carouge GE,
40. **PHILOS Assurance Maladie SA Groupe Mutuel**, Rue des Cèdres 5, 1920 Martigny,
41. **Assura-Basis SA**, Avenue Charles-Ferdinand-Ramuz 70, Case postale 533, 1009 Pully,
42. **Visana AG**, Weltpoststrasse 21, 3015 Berne,
43. **Agrisano Caisse maladie SA**, Laurstrasse 10, 5201 Brugg AG,
44. **sana24 AG**, Thunstrasse 162, 3074 Muri b. Bern,
45. **Arcosana SA**, Tribschenstrasse 21, 6005 Lucerne,
46. **vivacare AG**, Thunstrasse 162, 3074 Muri b. Bern,
47. **Sanagate AG**, Tribschenstrasse 21, Case postale 2568, 6002 Lucerne,

les recourantes 2 à 38, 40 à 44 et 46 étant représentées par tarifsuisse sa, Römerstrasse 20, Case postale 1561, 4500 Soleure, elle-même représentée par Maîtres Luke H. Gillon et Valentin Schumacher, Gillon Perritaz Overney Favre & Cie, Boulevard de Pérolles 21, Case postale 656, 1701 Fribourg,

les recourantes 39, 45, 47 étant représentées par CSS Assurance-maladie SA, Droit & Compliance, Droit des assurances, Me Marion Gärni, Tribschenstrasse 21, Case postale 2568, 6002 Lucerne,

recourantes,

contre

1. **Cliniques privées de Genève**, Association des Cliniques Privées de Genève, de Genève, Rue Saint-Jean 98, 1211 Genève 11,
 2. **Hôpital de la Tour**, Avenue J.-D. Maillard 3, 1217 Meyrin,
 3. **Clinique des Grangettes**, Chemin des Grangettes 7, 1224 Chêne-Bougeries,
 4. **Clinique Générale-Beaulieu SA**, Chemin Beau-Soleil 20, 1206 Genève,
 5. **Clinique La Colline SA**, Avenue Beau-Séjour 6, 1206 Genève,
- intimés,

Conseil d'Etat de la République et canton de Genève,
Rue de l'Hôtel-de-Ville 2, Case postale 3964,
1211 Genève 3,
autorité de première instance,

Objet

Règlement fixant les tarifs des prestations fournies par les hôpitaux privés non universitaires de Genève dans le domaine des soins somatiques aigus en 2012 (RTHP-SSA-2012; J 3 05.14) de la République et canton de Genève du 14 janvier 2015.

Faits :

A.

A.a Par règlement du 29 mai 2013 (RTEH-2012), le Conseil d'Etat du canton de Genève fixa les tarifs des prestations fournies par les établissements hospitaliers et les maisons de naissance en 2012. Ce règlement déterminait pour l'année 2012 une valeur de tarif de Fr. 11'233.- pour les prestations de soins somatiques aigus fournis par les Hôpitaux universitaires de Genève (HUG) et de Fr. 10'672.- pour les prestations de soins somatiques aigus fournies par les hôpitaux non-universitaires ainsi qu'une valeur de tarif de Fr. 9'284.- pour les accouchements pratiqués en maison de naissance. Pour ce qui concerne les hôpitaux non universitaires, le Conseil d'Etat indiqua dans son communiqué de presse du 29 mai 2013 s'être écarté des recommandations du Surveillant des prix pour les motifs ci-après : a) les faibles montants des tarifs préconisés par celui-ci compromettaient le fonctionnement de ces institutions, b) la méthodologie de calcul des prix appliquée aux cliniques privées de Genève, qui prévoit des déductions forfaitaires pour manque de transparence, était contestée, c) les dispositions de la LAMal sur le nouveau financement hospitalier prévoyaient un délai de trois ans (2012-2014) pour apprécier le caractère économique et la qualité des prestations sur la base de comparaisons entre hôpitaux, d) les recommandations du Surveillant des prix se basaient uniquement sur des analyses comptables antérieures à 2012 (pce 8).

A.b Ce règlement fit l'objet d'un recours de Helsana Assurances SA et 11 autres assureurs auprès du Tribunal de céans relativement à la valeur du point DRG pour les prestations de soins somatiques aigus des HUG (cf. C-3705/2013) et d'un recours des assureurs-maladie représentés par tarifsuisse sa relativement à la fixation des points DRG pour les prestations de soins somatiques aigus des HUG et des cliniques privées (cf. C-3848/2013). Les arguments des recourants portaient notamment sur la violation du droit d'être entendu.

A.c Par arrêts du 3 décembre 2013 le Tribunal de céans admit les recours et annula, pour violation du droit d'être entendu, le règlement du 29 mai 2013 (RTEH-2012) relativement aux valeurs de tarif pour les prestations de soins somatiques aigus fournies par les HUG ainsi que par les quatre cliniques privées intimés. Il renvoya l'affaire au Conseil d'Etat genevois pour qu'il rende une nouvelle décision de fixation du prix de base (base rate SwissDRG ou valeur de base par cas) applicable en 2012 aux prestations

de soins somatiques aigus fournies par les établissements hospitaliers universitaires et non universitaires genevois. Dans ses arrêts le Tribunal requit également du Gouvernement genevois qu'il motive sa décision, relevant que les explications fournies dans le communiqué de presse du Conseil d'Etat du 29 mai 2013 étaient très brèves et, bien qu'elles mentionnaient les motifs pour lesquels le Gouvernement n'avait pas retenu les recommandations du Surveillant des prix, elles ne contenaient aucun élément concret permettant de comprendre les montants des tarifs fixés et les raisons pour lesquelles le Gouvernement n'avait pas suivi les conclusions des parties (C-3848/2013, C-3705/2013).

A.d A l'occasion d'une séance de conciliation du 7 février 2014 portant sur le baserate applicable aux HUG, ayant regroupé l'ensemble des partenaires assureurs, un accord pu être trouvé portant sur les années 2012, 2013, 2014 et 2015 (années pour lesquelles les baserates ont été fixés respectivement à Fr. 10'800.-, Fr. 10'600.-, Fr. 10'500.-, Fr. 10'400.- ; cf. Le Temps 09.04.2014 ; voir ég. pce TAF 36 p. 12). Cet accord mit un terme aux procédures en cours avec les HUG pour les années 2012 et 2013 (cf. pce 18 p. 13 ch.18).

A.e Tarifsuisse sa et les cliniques privées (GenèveCliniques) fixèrent par convention du 5 mars 2013 les tarifs 2013 à Fr. 9'756.- et 2014 à Fr. 9'650.- lesquels furent approuvés en date du 30 octobre 2013 par le Conseil d'Etat genevois (FAO n° 86 du 1^{er} novembre 2013, recours annexe n° 36).

Par un courriel du 10 mars 2014 tarifsuisse sa proposa aux cliniques privées de convenir dans un cadre transactionnel d'un baserate 2012 de Fr. 9'756.-, tarif qui avait été convenu pour 2013 (cf. pce 33 annexe au recours). Selon un courriel du 12 mars 2014 de GenèveCliniques les cliniques n'y ont pas donné suite au motif de n'avoir aucune raison objective de revenir sur leur position (cf. pce 34 annexe au recours).

A.f Par un courrier du 23 avril 2014 la Direction générale de la santé de la République et canton de Genève (DGS) soumit à tarifsuisse sa pour remarques éventuelles un projet de règlement fixant les tarifs des prestations fournies par les hôpitaux privés non universitaires de Genève dans le domaine des soins somatiques aigus en 2012 fixant la valeur du point dans le système SwissDRG à Fr. 10'672.- (pce 14). Par une détermination du 18 juin 2014 tarifsuisse sa indiqua que ce tarif était clairement trop élevé et que le Conseil d'Etat avait écarté sans motivation le benchmarking établi par les assureurs-maladie (pce 18).

A.g Dans le cadre des négociations pour la fixation du baserate SwissDRG 2015 GenèveCliniques indiqua accepter par un courrier du 3 décembre 2014 un baserate de Fr. 9'550.- pour les années 2015 et 2016, notant que ce baserate avait également été convenu avec le groupe d'achat HSK pour les années 2015 et 2016. Tarifsuisse sa répondit par courrier du 18 décembre 2014 accepter la proposition de convenir d'un baserate à Fr 9'550.- valable deux ans (2015 et 2016) (pces 41 et 42 annexes au recours).

B.

Par règlement du 14 janvier 2015, publié dans la Feuille d'Avis officielle de la République et canton de Genève (FAO) n° 198 du 20 janvier 2015, le Conseil d'Etat du canton de Genève, se référant à la législation applicable, aux consultations menées auprès des partenaires concernés, à la recommandation du surveillant des prix du 23 octobre 2012, à l'absence de convention tarifaire, fixa les tarifs des prestations fournies par les hôpitaux privés non universitaires de Genève dans le domaine des soins somatiques aigus en 2012 en francs par point à Fr. 10'672.-. Le règlement indiqua que ce tarif était également le tarif de référence des mêmes prestations effectuées dans les autres hôpitaux non universitaires de Suisse pour les patients, domiciliés dans le canton de Genève, au cours de l'année 2012, que le tarif s'appliquait dans le cadre de la structure tarifaire uniforme Swiss-DRG, qu'entrant en vigueur avec effet au 1^{er} janvier 2012 il était exécutoire nonobstant recours (RTHP-SSA-2012, cf. ég. pce 21).

Le conseil d'Etat indiqua dans son Point de presse du 14 janvier 2015 (cf. pce 21) ce qui suit :

« Les négociations entre les cliniques privées et les assureurs relatives au tarif 2012 dans le domaine des soins somatiques aigus n'ont pas abouti. Dès lors, le gouvernement cantonal a fixé, dans le cadre d'un règlement définitif, une valeur du point tarifaire (VPT) pour ce type de prestations à 10'672.- francs, après consultation des intéressés.

Le 4 juillet 2013, Tarifsuisse SA a déposé un recours au Tribunal administratif fédéral (TAF) contre le règlement susmentionné. Le TAF a annulé le règlement pour violation du droit d'être entendu, mais sans se prononcer sur le fond. Suite à l'annulation du précédent règlement, le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé a dû relancer une procédure de consultation des parties en respectant, cette fois, le plus scrupuleusement possible les exigences du TAF relatives au droit d'être entendu de chaque partie concernée.

Le Conseil d'Etat a pris connaissance des éléments d'appréciation fournis par les parties. Il a décidé de ne pas suivre les recommandations du surveillant des prix, fondées sur des déductions tarifaires normatives pour « manque de transparence », exagérément pénalisantes.

Par le présent règlement, le Conseil d'Etat fixe donc, de façon définitive, à 10'672.- francs le tarif provisoire 2012 sur la base duquel la facturation des hôpitaux concernés a déjà été faite. Ce tarif vaut également comme tarif de référence à utiliser lors des

hospitalisations de ressortissants genevois dans des hôpitaux non universitaires hors canton.

Dans l'intervalle, les établissements privés sont parvenus à négocier des conventions tarifaires avec les assureurs pour les années 2013 et 2014 ».

C.

Contre ce règlement, tarifsuisse sa, agissant pour les assureurs-maladie dont cette entité représente les intérêts, interjeta recours auprès du Tribunal de céans en date du 19 février 2015 concluant :

sous suite de frais et dépens, à l'annulation du règlement RTHP-SSA-2012 précité, et

principalement, au renvoi de la cause à l'instance précédente pour nouveau jugement [recte : règlement] dans le sens des considérants,

subsidiairement, à ce que le prix de base (baserate SwissDRG) applicable du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2012 aux prestations de soins somatiques aigus fournis par les établissements hospitaliers non-universitaires du canton de Genève soit fixé au maximum à Fr. 9'750.- francs (coûts d'utilisation des immobilisations inclus) et que soit constaté, suivant l'issue de la procédure, que demeure réservé le droit des assureurs-maladie recourants de faire valoir rétroactivement un éventuel écart tarifaire entre le prix de base (baserate SwissDRG) provisoire fixé par règlement du 25 janvier 2012 fixant les tarifs provisoires des prestations fournies par les établissements hospitaliers et les maisons de naissance (RTPEH) à Fr. 10'672.- francs et le prix de base (Base-rate SwissDRG) définitif.

Relevant que le règlement entrepris avait retiré l'effet suspensif à un éventuel recours sans motiver ce retrait, tarifsuisse sa nota que les prestations effectuées en 2012 avaient déjà toutes été facturées selon le tarif provisoire arrêté en date du 25 janvier 2012 et qu'en conséquence la question de la restitution de l'effet suspensif était sans objet.

Sur le fond tarifsuisse sa fonda l'annulation du règlement entrepris au motif de la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus de pouvoir d'appréciation, de la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents, d'inopportunité.

Elle fit valoir que le Gouvernement cantonal n'avait pas examiné si le tarif concordait avec les principes de légalité, d'économie et d'équité, qu'en l'occurrence les tarifs hospitaliers étaient déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire de manière efficiente et avantageuse, que pour ce faire il convenait d'effectuer un benchmarking et, dans la mesure du possible, une comparaison des coûts par cas, ce qui présupposait

l'existence de données livrées par les prestataires de soins. Elle souligna qu'un tarif doit nécessairement respecter les deux principes suivants : d'une part le tarif doit couvrir au plus les coûts de la prestation justifiée de manière transparente et, d'autre part, il doit couvrir au plus les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations.

Elle releva que le Gouvernement genevois n'expliquait nulle part en quoi et pour quels motifs lesdits principes seraient respectés, le règlement n'étant que très sommairement motivé, violant à nouveau le droit d'être entendu des recourants.

Elle souligna que selon le système du nouveau financement hospitalier la fixation du tarif hospitalier dépendait du benchmarking, qu'en l'occurrence la fixation d'un baserate en se basant uniquement sur les coûts individuels des établissements concernés sans effectuer un benchmarking violait le droit fédéral. Elle nota également qu'il y avait lieu d'effectuer une comparaison des coûts par cas. Elle indiqua qu'en l'espèce le Gouvernement genevois s'était contenté de critiquer le calcul de la Surveillance des prix sans effectuer de benchmarking ni motiver la détermination du baserate retenu, qu'il avait simplement indiqué qu'il fixait le tarif à un niveau intermédiaire entre les estimations les plus basses des assureurs et les revendications les plus élevées des hôpitaux sans en expliquer les raisons.

Elle indiqua que les baserates pour les années 2013 à 2016 avaient été convenus entre tarifsuisse sa et les cliniques privées à des tarifs nettement inférieurs à celui édicté par le Gouvernement genevois pour 2012, que le Gouvernement genevois avait écarté le benchmarking de tarifsuisse sans motivation aucune, alors qu'il aurait pu en tirer parti, violant le droit d'être entendu des assureurs recourants. Enfin elle indiqua que le Gouvernement cantonal n'avait pas démontré si le tarif couvrait au plus les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations, qu'il s'était contenté de critiquer la position du Surveillant des prix sans expliquer comment il avait élaboré le tarif qu'il entendait fixer, refusant de plus de produire deux documents désignés comme annexes à son projet de règlement au motif d'être des documents financiers internes qui n'auraient aucun intérêt à l'externe, violant encore une fois le droit d'être entendu des recourants.

Relativement au grief d'une constatation inexacte des faits pertinents, tarifsuisse sa releva que le Gouvernement cantonal n'avait pas pris en compte son benchmarking au plan national comparant les données de 74 hôpitaux répertoriés sur la liste des hôpitaux au sens de l'art. 39 LAMal et appelés à appliquer au 1^{er} janvier 2012 la nouvelle structure à la prestation

SwissDRG (cf. l'exposé de la procédure de benchmark selon tarifsuisse sa et les chiffres de 74 hôpitaux : pce 25 annexe au recours), qu'en ne l'ayant pas fait sans procéder à une autre évaluation il avait constaté les faits de manière erronée, respectivement omis de procéder à une constatation des faits pertinents. Constatant que le baserate pour l'année 2012 avait été fixé à un niveau manifestement trop élevé, elle indiqua que le Gouvernement cantonal avait excédé son pouvoir d'appréciation, que son arrêt [recte : règlement] s'avérait inopportun dans son résultat (pce TAF 1).

D.

Par décision incidente du 3 mars 2015 le Tribunal de céans invita les requerrantes à effectuer une avance sur les frais de procédure de Fr. 8'000.- jusqu'au 23 mars 2015, montant dont elles s'acquittèrent dans le délai imparti (pces TAF 2 s. et 7).

E.

Par réponse au recours du 17 avril 2015 le Conseil d'Etat conclut à son rejet dans la mesure de sa recevabilité, à ce que tarifsuisse sa soit déboutée de toutes autres ou contraires conclusions, sous suite de frais et dépens.

Relativement aux faits présentés par tarifsuisse sa le Conseil d'Etat rappela qu'en vue de la fixation définitive du tarif le Surveillant des prix avait été consulté, que par courriers des 26 septembre et 23 octobre 2012 le Surveillant des prix avait détaillé une méthode générale de calcul de fixation de la valeur du point tarifaire pour les soins somatiques aigus des hôpitaux. Il indiqua que le Surveillant des prix avait conclu selon sa méthode à un baserate de Fr. 11'602.- francs pour les hôpitaux universitaires de Genève mais avait réduit ce montant à Fr. 9'674.- francs au plus pour 2012 pour l'aligner sur les tarifs de l'Inselspital de Berne, prenant ainsi pour référence un autre hôpital, le moins cher de Suisse, tarif d'ailleurs non définitif en raison d'un recours pendant. Il nota que cette réduction était totalement infondée et sans justification. S'agissant des cliniques privées genevoises, il indiqua que le Surveillant des prix avait recommandé de fixer ou d'approuver des baserates ne dépassant pas Fr. 8'769.- pour l'Hôpital de la Tour, Fr. 8'304.- pour la Clinique des Grangettes, Fr. 6'499.- pour la Clinique générale Beaulieu et Fr. 7'828.- pour la Clinique de la Colline, que ces montants induisaient des baisses tarifaires allant de 17 à 39% par rapport aux tarifs figurant dans le tarif provisoire, que le canton avait alors estimé qu'il n'était pas possible pour ces institutions de voir baisser leurs revenus

dans de telles proportions, les calculs du Surveillant des prix ne correspondant tout simplement pas à la réalité économique des établissements concernés.

Relativement au grief de la violation du droit d'être entendu le Conseil d'Etat fit valoir que tarifsuisse sa avait été régulièrement consultée et que les positions de tous les autres partenaires lui avaient été systématiquement transmises. S'agissant des annexes sollicitées il indiqua que celles-ci constituaient des documents internes à l'administration et en aucun cas des éléments pertinents touchant sa situation juridique.

Quant à la motivation du tarif fixé il indiqua que la valeur proposée se situait à un niveau intermédiaire entre les estimations les plus basses des assureurs et les revendications les plus élevées des hôpitaux. Il indiqua que dans sa première réponse au recours, du 12 septembre 2013, le DEAS avait complété son argumentation en expliquant qu'il avait abaissé de 5% le tarif des hôpitaux non universitaires à Fr. 10'672.- par rapport aux hôpitaux universitaires et que pour ces derniers il était parti de la valeur du point 2011 en APDRG [All Patient Diagnosis Related Groups, DRG en vigueur jusqu'au 31.12.2011] de Fr. 10'111.- complété d'un montant d'investissement de 10% de Fr. 1'011.- sans prise en compte d'un renchérissement en 2011, avec une prise en compte d'une marge pour changement de système de 1%, donnant lieu à une valeur du point SwissDRG 2012 de Fr. 11'233.- pour les Hôpitaux Universitaires de Genève. Il indiqua que la différence tarifaire était justifiée en raison du degré de complexité des prestations réalisées dans les hôpitaux universitaires et de leurs coûts tout en respectant les principes de la LAMal. Il nota (renvoyant à la pce 14) que le projet de règlement proposé à tarifsuisse sa lors de la deuxième procédure tarifaire justifiait dans l'exposé des motifs « de manière explicite » le tarif des cliniques privées pour un montant de Fr. 10'672.- et que par ailleurs les points de presse publiés lors de l'adoption des deux règlements tarifaires, la réponse du DEAS au premier recours de tarifsuisse sa ainsi que le projet de règlement – exposé des motifs à l'appui – adressé à tous les partenaires tarifaires lors de la consultation préalable à l'adoption du second règlement tarifaire répondaient aux exigences de motivation d'une décision et permettaient à tarifsuisse sa de comprendre les motifs ayant conduit le Conseil d'Etat à fixer le tarif concerné.

S'agissant du mode de détermination du tarif le Conseil d'Etat indiqua que toute comparaison tarifaire entre hôpitaux doit non seulement porter sur le coût de leurs prestations mais également sur la qualité de ces dernières,

comme le prévoit la législation sur l'assurance-maladie (art. 49 al. 1 LAMal), que dès lors les méthodes de calcul proposées par la recourante et par le Surveillant des prix devaient être contestées parce qu'elles ne prenaient pas en compte ce critère de qualité, pourtant prévu par la loi. Il releva que le maintien de la stabilité financière des hôpitaux et le niveau de vie cantonal devaient être pris en compte.

S'exprimant sur le tarif proposé par le Surveillant des prix le Conseil d'Etat indiqua que les baisses tarifaires selon les hôpitaux concernés de 17 à 39% par rapport au tarif figurant dans le règlement, fondées sur une sous-occupation des lits des établissements privés concernés impliquant une surcapacité et une économicité insuffisante, justifiant des déductions forfaitaires normatives, ne reposaient pas sur la preuve du coût réel des surcapacités en lits des cliniques concernées. Il releva que les surcapacités en lits avaient un caractère anecdotique ne justifiant pas une baisse de tarifs, les calculs du Surveillant des prix ne correspondant tout simplement pas à la réalité économique des établissements concernés. Il défendit s'être clairement distancié de l'avis du Surveillant des prix et avoir expliqué de manière circonstanciée les raisons pour lesquelles il s'en écartait dans l'exposé des motifs à l'appui du second projet de règlement tarifaire et dans les points de presse des deux règlements.

Relativement au grief qu'il n'aurait pas constaté les faits entièrement en ne prenant pas en compte le benchmarking établi par la recourante il indiqua qu'il ne s'agissait pas d'un problème de constatation des faits mais d'interprétation des éléments pertinents à prendre en compte, qu'au demeurant les principes de la LAMal avaient été respectés. Enfin s'agissant du grief d'inopportunité du tarif adopté, le Conseil d'Etat releva que le Tribunal de céans redressait les décisions rendues en vertu d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante, qu'en l'occurrence le canton n'avait aucune raison de justifier un tarif arbitrairement trop élevé du fait de son obligation d'en prendre en charge une partie et que le tarif ne saurait être manifestement injuste dans la mesure où les autres assureurs concernés par le règlement n'avaient pas intenté de recours contre celui-ci (pce TAF 8).

F.

Par ordonnance du 29 avril 2015 le Tribunal de céans porta à la connaissance de la recourante et des parties intimées la réponse de l'autorité de première instance et à la recourante, à l'autorité de première instance et aux parties intimées une documentation établie à la demande du Tribunal

de céans par SwissDRG SA concernant l'introduction du Système du forfait par cas SwissDRG, à savoir :

- un rapport de SwissDRG SA du 16 septembre 2013,
- l'annexe SwissDRG-Erhebung 2010,
- l'annexe Berechnungsmethode, Antwort 2-Sigma Methode

précisant qu'elles seraient invitées ultérieurement à se prononcer à leur sujet, et invita le Surveillant des prix à déposer son avis dans les 30 jours (pce TAF 11).

G.

Dans sa prise de position du 1^{er} juin 2015 le Surveillant des prix rappela avoir dans sa détermination du 23 octobre 2012 au Conseil d'Etat du canton de Genève recommandé des baserates pour chacune des cliniques privées de Genève en application de sa méthode de calcul exposée en détail (voir supra E). Il maintint sans réserve son appréciation selon laquelle la VPT fixée par le Conseil d'Etat à Fr. 10'672.- pour l'année 2012 était trop élevée précisant que pour l'année 2012 la structure tarifaire SwissDRG ne permettait pas encore de comparer les baserates calculés pour des cliniques privées très spécialisées avec les baserates calculés pour des cliniques ou hôpitaux publics plus généralistes, qu'en l'occurrence un baserate particulier devait être déterminé pour chaque établissement sur la base des données comptables et d'activités qui lui étaient propres.

Il indiqua que cependant deux éléments importants issus de la jurisprudence du TAF (C-2283/2013, C-3617/2013) l'amenaient à préciser sa méthode, qu'en l'occurrence il acceptait la prise en compte d'un benchmark pour l'année 2012 de Fr. 9'480.- accepté par le TAF dans son arrêt du 11 septembre 2014 dans le cas des hôpitaux zurichois et qu'il devrait être possible pour un hôpital jugé efficient, et dont le tarif calculé sur la base des coûts d'exploitation se situe en dessous du benchmark accepté, de réaliser un gain d'efficience, toutefois non correspondant à la différence entre le tarif calculé et le benchmark mais sur la base de critères comptables et de gestion. Il indiqua qu'une étude de la société de conseils fiduciaires PwC « Hôpitaux suisses : santé financières en 2012 » estimait que la marge EBITDA (Earning before Interest, Tax, Depreciation and Amortization) minimale nécessaire aux hôpitaux suisses pour couvrir les coûts d'utilisation des immobilisations tout en couvrant un certain risque entrepreneurial se situait dans la fourchette de 9.5% – 13.6% et qu'à moyen terme les

hôpitaux devraient viser une marge EBITDA de 10%, un tel excédent devant permettre selon PwC d'assurer le financement des investissements sur le long terme. Il nota que si un hôpital efficient devait pouvoir dégager un bénéfice, ou un gain d'efficience, à même de rémunérer le risque entrepreneurial et de permettre la constitution de réserves en prévision de périodes moins favorables, financé également par les activités à charge de l'assurance obligatoire des soins, on ne saurait comprendre cependant que des bénéfices supérieurs aux besoins précités soient dégagés des activités médicales encadrées par la LAMal.

Il nota à titre de comparaison que selon les chiffres publiés par le deuxième groupe de cliniques privées en Suisse, à savoir le X._____, la marge EBITDA pour 2012 pouvait être estimée à 12% – 14% s'agissant de l'activité complète du groupe à but lucratif, marge s'écartant de celles de 15.92% – 37.06% des cliniques privées de Genève en prenant un benchmark de Fr. 9'480.- et de 25.31% – 44.09% en référence au tarif réglementaire de Fr. 10'672.-. Faisant valoir qu'il semblait difficilement justifiable de permettre à des établissements de réaliser des marges EBITDA largement supérieures à leurs besoins, il préconisa de déterminer sur la base de critères comptables et de gestion le montant d'un éventuel gain d'efficience. Prenant en compte une moyenne entre les gains d'efficience de 9.5% et 13.6% (avec déduction du supplément pour investissement pour le calcul dudit gain) il préconisa ainsi les baserates 2012 maximum pour l'Hôpital de la Tour de Fr. 9'017.-, pour la Clinique des Grangettes de Fr. 8'539.- pour la Clinique générale Beaulieu de Fr. 6'750.- et pour la Clinique La Colline de Fr. 8'051.-. Implicitement il conclut à l'admission du recours et au renvoi du dossier à l'autorité de première instance pour nouvelle décision. Le Surveillant des prix joignit à sa prise de position une copie de l'étude de PwC précitée (pce TAF 19).

H.

Invité à se déterminer sur le recours en date du 8 juin 2015 (pce TAF 20), l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) dans une prise de position du 13 juillet 2015 conclut à l'admission du recours et au renvoi du dossier au Conseil d'Etat genevois pour nouvelle décision.

Il rappela les principaux changements induits de la révision partielle de la LAMal du 21 décembre 2007, dont notamment le passage du financement de l'hôpital au financement des prestations fournies par l'hôpital, l'introduction des forfaits liés aux prestations basés sur des structures tarifaires uniformes au niveau suisse, l'inclusion des coûts d'investissement dans le cal-

cul des forfaits. Il releva qu'il n'existait aucun droit à une couverture complète de la totalité des coûts, même si un fournisseur de prestations justifiait tous les coûts des prestations de manière transparente selon l'art. 59c al. 1 let. a OAMal, seuls les coûts nécessaires à une fourniture de prestation efficiente pouvant au maximum être couverts par le tarif. Il précisa que les coûts justifiés de la prestation ne désignent pas les coûts individuels de l'hôpital dont le tarif doit être évalué, mais les coûts de l'hôpital qui représente le benchmark et dont le tarif servira de référence pour la fixation des tarifs hospitaliers selon l'art. 49 al. 1 LAMal. Il précisa que d'éventuels gains d'efficience pour un hôpital résultant de coûts inférieurs au benchmark n'étaient pas contraires aux principes de la LAMal. Il nota qu'aucune déduction pour manque de transparence ne devait être effectuée au moment de définir les coûts déterminants pour le benchmarking, les fournisseurs de prestations qui ne disposaient pas de données transparentes ne devaient pas être inclus dans le benchmarking.

Il fit valoir que la structure SwissDRG uniforme au plan national permettait en principe de comparer entre eux les coûts des prestations de tous les hôpitaux suisses, qu'il ne suffisait pas de constater l'efficience des prestations fournies par un hôpital au seul niveau intracantonal, le but d'une comparaison étant de déceler le manque d'économicité, ce qui remettait en cause la prise en compte éventuelle des hôpitaux coûteux. Il releva que les coûts supplémentaires liés au maintien de capacités hospitalières ne sont pas à financer par l'AOS, qu'il appartenait aussi aux gouvernements cantonaux qui approuvaient ou fixaient les tarifs d'examiner si l'hôpital en question traitait des patients particulièrement lourds ou avantageux et d'en tenir compte dans leurs décisions. Il nota qu'à l'instar de la surveillance des prix il estimait que le fait de baser le choix de l'hôpital de référence sur le 40^{ème} percentile de tous les hôpitaux (ou de tous les hôpitaux cantonaux) ne satisfaisait pas aux exigences de la LAMal, contrairement à ce qu'avait admis le tribunal de céans (C-2283/2013 consid. 22.6) pour la phase d'introduction du nouveau financement hospitalier. Enfin il releva que les comparaisons entre hôpitaux prévues par l'art. 49 al. 8 LAMal étaient en cours d'élaboration, que celles-ci ne pourront toutefois ni remplacer le benchmarking exigé par la loi ni faire office de tarifs et que ces comparaisons présenteront un décalage de deux ans entre le relevé des données et leur publication.

S'agissant en particulier du baserate 2012 dont il est recours il indiqua que la comparaison entre établissements et la définition de la valeur de référence devaient se baser sur des données concernant les coûts et les prestations définies de la manière la plus exacte possible. Il nota que si le TAF

admettait des comparaisons sur la base des tarifs, dans les cas où le canton ne disposait pas de données sur les coûts pouvant servir à l'évaluation de l'efficacité de l'hôpital concerné, il devait examiner si les tarifs pris comme références respectaient les principes de tarification de la LAMal et examiner si les tarifs inclus dans la comparaison tenaient compte des particularités propres à certains hôpitaux et évaluer dans quelle mesure celles-ci étaient pertinentes pour l'hôpital examiné. En l'occurrence il indiqua que la question se posait de savoir dans quelle mesure le tarif des cliniques privées de Genève pouvait être défini sur la base de celui des HUG. Il nota que le Gouvernement genevois n'avait procédé à aucune comparaison avec d'autres hôpitaux ayant apprécié à tort que la révision avait instauré un délai de trois ans à compter de son entrée en vigueur pour apprécier le caractère économique et la qualité des prestations sur la base de la comparaison entre les hôpitaux (pce TAF 27).

I.

Invitée à formuler ses observations finales par ordonnance du 6 août 2015 (pce TAF 28), tarifsuisse sa confirma les conclusions de son recours par acte du 2 septembre 2015. Elle nota que le Conseil d'Etat avait dans sa réponse au recours expliqué comment il avait calculé le baserate 2012 applicable aux cliniques privées mais que ce mode de calcul ne respectait pas les principes de la LAMal, qu'en l'occurrence un benchmark devait obligatoirement avoir été établi selon l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal avec d'autres hôpitaux. S'agissant du rapport SwissDRG SA du 16 septembre 2013, tarifsuisse sa indiqua que ce rapport ne contenait pas d'éléments qui justifieraient de traiter les cliniques privées de Genève différemment des autres établissements en ce qui concerne les éléments à retenir pour une comparaison des hôpitaux dans le cadre de la fixation du baserate. S'agissant de la prise de position du Surveillant des prix du 1^{er} juin 2015, tarifsuisse sa releva que selon la dernière jurisprudence de ce Tribunal procédant à une distinction selon l'existence ou non d'urgence au sein d'un établissement (arrêts C-2290/2013 et C-3619/2013 du 16 juin 2015) le benchmark devrait être de Fr. 9'480.- pour les établissements avec urgence et de Fr. 9'280.- pour les établissements sans urgence, ceci démontrant que le baserate fixé par l'autorité de première instance était de toute évidence trop élevé. S'agissant de la prise de position de l'OFSP du 13 juillet 2015, tarifsuisse sa s'y rallia entièrement, précisant que le baserate 2012 pour les HUG avait été abaissé conventionnellement à Fr. 10'800.- (pce TAF 36).

J.

Par acte du 7 septembre 2015 le Conseil d'Etat fit part de ses déterminations finales, indiquant persister intégralement dans ses explications et conclusions (pce TAF 37).

K.

Par ordonnance du 9 septembre 2015 le Tribunal de céans mit un terme à l'échange des écritures (pce TAF 38).

L.

Par une correspondance du 18 janvier 2016, CSS Assurance-maladie SA informa le TAF qu'elle-même ainsi que INTRAS Assurance-maladie SA, Arcosana SA et Sanagate SA n'étaient plus représentées par tarifsuisse sa suite à la résiliation de leur convention et que toute correspondance pour elle-même et les assureurs précités devait être adressée à l'adresse de CSS Assurance-maladie.

Droit :**1.**

1.1 Selon l'art. 53 al. 1 LAMal (RS 832.10) les décisions des gouvernements cantonaux visées à l'art. 47 LAMal peuvent faire l'objet d'un recours au Tribunal administratif fédéral. Le règlement attaqué du 14 janvier 2015 du Conseil d'Etat de la République et canton de Genève remplissant les critères d'une décision selon l'art. 5 PA (RS 172.021 ; cf. aussi TAF C-3705/2013 du 3 décembre 2013) a été adopté en application de l'art. 47 al. 1 LAMal suite à un renvoi pour nouvelle décision tarifaire (cf. arrêts C-3848/2013 et C-3705/2013). Le Tribunal administratif fédéral est en conséquence compétent pour connaître du recours (voir ég. l'art. 90a al. 2 LAMal).

1.2 La procédure devant le Tribunal administratif fédéral est régie selon l'art. 37 LTAF (RS 173.32) et l'art. 53 al. 2, 1^{ère} phrase LAMal par les dispositions de la PA, pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement. Les dispositions particulières de l'art. 53 al. 2 LAMal sont réservées.

1.3 Les recourantes, représentées par tarifsuisse sa ont pris part à la procédure de fixation du tarif devant l'instance précédente, sont spécialement atteintes en qualité de destinataires par le règlement, respectivement la décision du Conseil d'Etat entreprise, et ont partant un intérêt digne de

protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA). Elles sont dès lors légitimées à recourir. Le recours ayant été interjeté dans le délai et les formes requises et l'avance de frais ayant été versée dans les délais, il est entré en matière sur celui-ci (art. 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA).

1.4 Les cliniques de Genève, spécialement concernées par l'arrêté contesté, sont intimées dans la présente procédure avec qualité de parties (cf. art. 6 et 48 PA; arrêt du TF A-692/2008 du 7 avril 2008 consid. 2; arrêt du TAF C-2380/2012 du 17 septembre 2015 consid. 1.3; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, chiffre 1487 ss; ISABELLE HÄNER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, art. 38 n° 6 ss).

2.

Selon les principes généraux en matière de droit intertemporel, sont en principe pertinentes les règles applicables en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui entraîne des conséquences juridiques (ATF 139 V 297 consid. 2.1). Par conséquent, la valeur du prix de base (baserate SwissDRG ou valeur de base par cas) 2012 fixée par le Conseil d'Etat dans le règlement du 14 janvier 2015 attaqué s'examine sur la base des règles en vigueur au 1^{er} janvier 2012.

3.

3.1 Les recourants peuvent invoquer dans le cadre de la procédure de recours la violation du droit fédéral y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents ainsi que l'inopportunité de la décision (art. 49 PA). Le Tribunal de céans examine avec une pleine cognition les décisions tarifaires selon l'art. 47 LAMal (art. 53 al. 2 let. e LAMal a contrario ; ATAF 2010/24 consid. 5.1).

3.2 Le Tribunal administratif fédéral n'est en tant qu'instance de recours en aucun cas lié par les motifs du recours (art. 62 al. 4 PA). Selon le principe de l'application d'office du droit un recours peut aussi bien être admis pour des motifs autres que ceux avancés ou une décision attaquée être confirmée dans son résultat avec une motivation divergente de celle de l'autorité inférieure (cf. ATF 133 II 249 consid. 1.4.1 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor des Bundesverwaltungsgericht, 2^e éd. 2013, p. 24 n° 1.54 ; PIERRE MOOR / ETIENNE POLTIER, Droit administratif II, 3^e éd. 2011, p. 300).

3.3 Selon la jurisprudence une autorité de recours jouissant d'une pleine cognition doit respecter dans les questions d'appréciation le pouvoir décisionnel de l'instance précédente. Elle doit corriger une décision erronée mais doit laisser à l'instance inférieure le choix parmi plusieurs solutions appropriées (cf. ATF 133 II 35 consid. 3). Le Tribunal de céans ne substitue pas sa propre appréciation à celle de l'instance précédente prise dans le cadre légal et elle ne se prononce pas sur l'existence d'autres solutions (cf. ATF 135 II 296 consid. 4.4.3, 133 II 35 consid. 3, 128 V 159 consid. 3b/cc). L'autorité de recours fait preuve de retenue dans l'exercice de son libre pouvoir d'examen lorsque la nature des questions litigieuses qui lui sont soumises l'exige, singulièrement lorsqu'il s'agit d'interpréter des notions juridiques indéterminées ou lorsqu'il s'agit d'apprécier un état de fait nécessitant des connaissances techniques, scientifiques ou économiques spéciales (cf. ATF 139 II 185 consid. 9.3, 135 II 296 consid. 4.4.3, 133 II 35 consid. 3 et les références, 128 V 159 consid. 3b/cc). Ceci en particulier si l'instance précédente a effectué un examen minutieux et complet des faits à établir et a examiné les déterminations essentielles relativement à la décision prise (ATF 139 II 185 consid. 9.3, 138 II 77 consid. 6.4).

4.

Dans le cadre de l'adoption d'un tarif par un gouvernement cantonal l'art. 14 al. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1985 concernant la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20) prévoit la consultation du Surveillant des prix, que l'autorité mentionne l'avis du Surveillant dans sa décision et si elle s'en écarte qu'elle s'en explique (art. 14 al. 2 LSPr). Selon la jurisprudence du Conseil fédéral la recommandation du Surveillant des prix jouissait d'une importance particulière parce qu'elle détermine des règles tarifaires uniformes, applicables au niveau fédéral (RAMA 1997 AMal 16 p. 343 consid. 4.6). Lors de l'examen d'une décision de fixation des tarifs, le Tribunal de céans fait preuve de retenue lorsque la décision du gouvernement cantonal concorde avec les recommandations de la Surveillance des prix (ATAF 2012/18 consid. 5.4, 2010/25 consid. 2.4.2). Dans le cas où le gouvernement cantonal s'est écarté de l'avis de la Surveillance des prix, la primauté n'est donnée généralement ni à l'opinion de la Surveillance des prix, ni à l'opinion du gouvernement cantonal (arrêt du Tribunal de céans C-7967/2008 du 13 décembre 2010 consid. 2.4.2 non publié à l'ATAF 2010/62 ; cf. ég. STAFFELBACH/ENDRASS, Der Ermessensspielraum der Behörden im Rahmen des Tariffestsetzungsverfahrens nach Art. 47 in Verbindung mit Art. 53 KVG, 2006, n° 231). Selon la volonté du législateur il appartient – nonobstant le devoir de consultation et de motivation selon

l'art. 14 LSPr – au gouvernement cantonal, en situation de vide conventionnel, de fixer le tarif (voir ég. RAMA 2004 KV 265 p. 2 consid. 2.4 ; RUDOLF LANZ, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in : Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Vol. XI, 2^e éd. 2007, n° 113). Le Tribunal doit dans ces cas en particulier vérifier que l'autorité de première instance a motivé entièrement sa détermination s'écartant du Surveillant des prix. Par ailleurs, les différentes prises de positions – aussi celles des autres parties à la procédure – sont librement appréciées par le Tribunal (ATAF 2014/3 consid. 1.4.2, 2012/18 consid. 5.4, 2010/25 consid. 2.4.3).

5.

5.1 Dans le cadre de leurs écritures les assureurs-recourants se plaignent, sans en faire un grief per se d'annulation de la décision attaquée, d'une violation réitérée de leur droit d'être entendu. En tant que grief de nature formelle invoqué pour plusieurs motifs il doit être examiné en premier lieu (ATF 138 I 232 consid. 5.1; arrêt du TF 9C_692/2016 du 30 janvier 2017 consid. 4.1). Les assureurs-recourants reprochent au Conseil d'Etat de ne pas avoir motivé à satisfaction sa décision, soutenant que celle-ci n'explique nulle part le fondement du tarif adopté, en quoi et pour quels motifs les exigences de la LAMal et en particulier de l'art. 59c OAMal (RS 832.102) étaient respectées. Ils critiquent également que l'instance précédente dans le cadre de la procédure cantonale ne leur a pas fourni deux annexes au projet de règlement au motif d'être des documents internes et aussi que cette autorité n'a pas tenu compte sans motivation de leur benchmarking, soit de n'être pas entré en matière sur leurs arguments développés en procédure cantonale.

5.2 De nature formelle, le droit d'être entendu est une règle primordiale de procédure dont la violation entraîne en principe l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ANDREAS AUER / GIORGIO MALINVERNI / MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, volume II, Les droits fondamentaux, 3^{ème} éd., 2013, n° 1358; JACQUES DUBEY / JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n° 1982 ss; cf. également ATF 134 V 97; 135 I 279 consid. 2.6.1). En effet, si l'autorité de recours constate la violation du droit d'être entendu, elle renvoie la cause à l'instance inférieure, qui devra entendre la personne concernée et adopter une nouvelle décision, quand bien même sur le fond celle-ci ne s'écartera pas de la solution qu'elle avait retenue lors de la décision annulée (cf. ATF 125 I 113 consid. 3).

5.2.1 Le droit d'être entendu, inscrit à l'art. 29 al. 2 Cst. comprend le droit de s'exprimer, le droit de consulter le dossier, le droit de faire administrer des preuves et de participer à l'administration de celles-ci, le droit d'obtenir une décision motivée et, cas échéant, le droit de se faire représenter ou assister (cf. ATF 137 IV 33 consid. 9.2; 136 I 265 consid. 3.2 et réf. cit.; ATAF 2010/35 consid. 4.1.2). Le droit d'être entendu est consacré, en procédure administrative fédérale, par les art. 26 à 28 PA (droit de consulter les pièces), les art. 29 à 33 PA (droit d'être entendu stricto sensu) et l'art. 35 PA (droit d'obtenir une décision motivée). S'agissant plus particulièrement du devoir pour l'autorité de motiver sa décision, le but est que le destinataire puisse la comprendre, l'attaquer utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle (ATF 133 I 270 consid. 3.1; 133 III 439 consid. 3.3; arrêt du TF 1C_308/2010 du 20 décembre 2010 consid. 3.1.2, non publié aux ATF 137 IV 25; ATAF 2010/35 consid. 4.1.2). Pour répondre à ces exigences, il suffit que l'autorité mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 135 III 670 consid. 3.3.1; 134 I 83 consid. 4.1; 133 III 439 consid. 3.3). Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuves et griefs invoqués par les parties. Elle peut au contraire se limiter à ceux qui peuvent être tenus comme pertinents. Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner les problèmes pertinents (ATF 136 I 229 consid. 5.2; 136 I 184 consid. 2.2.1; 135 V 65 consid. 2.6 et les arrêts cités ; ATAF 2010/35 consid. 4.1.2).

5.2.2 Selon la jurisprudence, la violation du droit d'être entendu peut être réparée, en particulier lorsque la décision entachée est couverte par une nouvelle décision qu'une autorité supérieure - jouissant d'un pouvoir d'examen au moins aussi étendu - a prononcée après avoir donné à la partie lésée la possibilité d'exercer effectivement son droit d'être entendu (ATF 135 I 279 consid. 2.6.1; 133 I 201 consid. 2.2). Toutefois, la réparation de la violation du droit d'être entendu doit rester l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée. Si, en revanche, l'atteinte est importante, il n'est en règle générale pas possible de remédier à la violation (cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2; 135 I 279 consid. 2.6.1). Cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (« formalistischer Leerlauf »; cf. ATF 137 I 195 consid. 2.3.2; 136 V 117 consid. 4.2.2.2; arrêt du TF 1C_446/2016 du 3 janvier 2017 consid. 4.1). En aucun

cas, il ne saurait néanmoins être admis que l'autorité parvienne, par le biais d'une violation du droit d'être entendu, à un résultat qu'elle n'aurait jamais obtenu en procédant de manière correcte (cf. ATF 135 I 279 consid. 2.6.1 et les références citées ; arrêt du TF 2C_780/2016 du 6 février 2017 consid. 3.1).

5.2.3 Dans le cas présent, le Tribunal de céans relève que dans son précédent arrêt du 3 décembre 2013 (C-3705/2013 et C-3848/2013), relatif au même tarif dont est recours, il avait déjà été relevé que le règlement initial du 29 mai 2013 et le communiqué de presse apportaient une motivation très brève et ne contenaient aucun élément concret permettant de comprendre les montants des tarifs fixés et les raisons pour lesquelles le Gouvernement n'avait pas suivi les conclusions des parties. Dans le cadre de la contestation du tarif dont est recours le Tribunal de céans relève que le tarif adopté le 14 janvier 2015 n'est à nouveau pas accompagné d'une motivation fondant le montant retenu, ce qui constitue une violation réitérée grave du droit d'être entendu, lequel englobe celui d'obtenir une motivation à une décision rendue (consid. 5.2.1). La violation est d'autant plus grave que le Conseil d'Etat avait été rendu attentif par l'arrêt du 3 décembre 2013 à la carence de sa précédente décision. Le point de presse du règlement du 14 janvier 2015 indique certes que les recommandations du Surveillant des prix n'ont pas été suivies par le Conseil d'Etat du fait qu'elles sont « fondées sur des déductions tarifaires normatives pour manque de transparence, exagérément pénalisantes », mais le point de presse n'indique nullement les éléments à la base du tarif adopté et il n'apparaît pas du dossier de la présente cause, que tarifsuisse sa ait été informée de manière explicite du mode de calcul du tarif, sauf à se reporter à la réponse du 12 septembre 2013 du Conseil d'Etat au précédent recours (cf. pce TAF 13 p. 8 s. cause C-3848/2013) ayant indiqué un abattement de 5% sur le tarif explicité adopté pour les HUG. Certes les recourants ont indiqué le 18 juin 2014, avoir reçu fin 2011, dans le cadre de la procédure antérieure, « les données cumulées des comptabilités d'exploitation » des quatre cliniques privées (cf. pce 18 p. 8 ch. 4, 2^e paragraphe), mais ce document, au vu des allégués des recourants et du dossier, ne déterminait pas le mode de calcul du tarif. Ce n'est que la réponse du Conseil d'Etat au présent recours qui a donné aux recourants dans le cadre de ce tarif dont est recours les éléments de compréhension du tarif adopté et ils ont pu ensuite se déterminer à ce sujet devant une autorité, le tribunal de céans, ayant pleine cognition. Bien que, encore, il ne soit pas compréhensible que le Conseil d'Etat ait refusé de produire dans le cadre de la deuxième procédure cantonale deux documents dénommés annexes au projet de règlement fixant les tarifs des prix de base 2012 ayant précédé le règlement

adopté le 14 janvier 2015, ce dont les recourants se sont plaints à juste titre à l'occasion d'une écriture déjà du 18 juin 2014 (pce 18 p. 14 ch. 22) et encore dans le cadre de leur recours (p. 27 ch. 23) relevant n'avoir pas obtenu les documents en question (soit les documents en question présentaient un certain intérêt et ont été à ce titre portés en annexe et devaient être produits, soit les documents ne présentaient pas d'intérêt et ne devaient dès lors pas être mis en annexes), il ne se justifie toutefois pas d'annuler la décision attaquée pour cause de violation du droit d'être entendu et de renvoyer une deuxième fois la cause à l'autorité de première instance. En effet au regard des conditions permettant exceptionnellement la guérison de la violation du droit d'être entendu (cf. supra 5.2.2), la réponse au recours du Conseil d'Etat a permis aux recourants de connaître les éléments et motifs qui ont été à la base du tarif litigieux adopté et la possibilité leur a été donnée d'exercer effectivement leur droit d'être entendu à ce sujet lors de la présente procédure. Vu de plus que l'affaire est revenue devant le Tribunal de céans il est dans l'intérêt tant des recourants que du Conseil d'Etat que le Tribunal se prononce au fond sur la base des pièces si cela est possible compte tenu de l'ensemble des circonstances et éléments de faits.

6.

La révision de la LAMal relative au financement hospitalier (Modification du 21 décembre 2007; RO 2008 2049) est entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2009. Il appert de la disposition transitoire y relative que la modification du financement hospitalier devait être mise en place au 31 décembre 2011. Le règlement attaqué fixant le prix de base 2012 dont est recours doit dès lors être examiné sur la base de la LAMal révisée et de ses dispositions d'exécution applicables au 1^{er} janvier 2012.

6.1 Selon l'art. 39 al. 1 LAMal (en lien avec l'art. 35 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 pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins lorsqu'ils garantissent une assistance médicale suffisante (let. a), disposent du personnel qualifié nécessaire (let. b), disposent d'équipements médicaux adéquats et garantissent la fourniture adéquate des médicaments (let. c), 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 (let. d; condition de la couverture des besoins et condition de coordination) et figurent sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats (let. e; conditions

de publicité et de transparence). L'art. 39 al. 2 LAMal impose aux cantons de coordonner leurs planifications.

6.2 L'art. 43 al. 1 LAMal pose le principe que les fournisseurs (autorisés) de prestations établissent leurs factures sur la base de tarifs ou de prix. Selon l'art. 43 al. 4 LAMal, les tarifs et les prix sont fixés par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (conventions tarifaire) ou, dans les cas prévus par la loi, par l'autorité compétente. Ceux-ci veillent à ce que les conventions tarifaires soient fixées d'après les règles applicables en économie d'entreprise et structurées de manière appropriée. En application de l'art. 43 al. 6 LAMal, les parties à la convention et les autorités compétentes veillent à ce que les soins soient appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible. Selon l'art. 43 al. 7 LAMal, le Conseil fédéral peut établir des principes visant à ce que les tarifs soient fixés d'après les règles d'une saine gestion économique et structurés de manière appropriée ; il peut aussi établir des principes relatifs à leur adaptation. Il veille à la coordination de ces tarifs avec les régimes tarifaires des autres assurances sociales.

6.3 Les parties à une convention tarifaire sont un ou plusieurs fournisseurs de prestations, ou fédérations de fournisseurs de prestations, d'une part, et un ou plusieurs assureurs ou fédérations d'assureurs, d'autre part (art. 46 al. 1 LAMal). La convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent ou, si sa validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral. L'autorité d'approbation vérifie que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie (art. 46 al. 4 LAMal).

6.4 L'art. 49 LAMal intitulé « Conventions tarifaires avec les hôpitaux » expose les modalités particulières pour l'adoption des conventions tarifaires avec les hôpitaux et les maisons de naissance. Bien que selon la teneur de ces dispositions les règles y relatives s'appliquent (seulement) aux parties à une convention tarifaire, celles-ci trouvent également application en cas de tarif fixé d'autorité au sens de l'art. 47 LAMal (ATAF 2014/3 consid. 2.7).

6.4.1 Selon l'art. 49 al. 1 LAMal, les parties à une convention conviennent de forfaits pour rémunérer le traitement hospitalier y compris le séjour et les soins à l'hôpital (art. 39 al. 1 LAMal) ou dans une maison de naissance (art. 29 LAMal). En règle générale, il s'agit de forfaits par cas. Les forfaits sont liés aux prestations et se basent sur des structures uniformes pour

l'ensemble de la Suisse. Les partenaires à une convention peuvent convenir que des prestations diagnostiques ou thérapeutiques ne sont pas comprises dans le forfait mais facturées séparément. Les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. La version allemande énonce « Die Spitaltarife orientieren sich an der Entschädigung... » (en italien « si rifanno ») ce qui laisse aux partenaires tarifaires et à l'autorité fixant le tarif une certaine marge d'appréciation (ATAF 2014/36 consid. 6.8).

Les dispositions transitoires de la modification de la LAMal du 21 décembre 2007 (Financement hospitalier) prescrivent (al. 1) l'inclusion des coûts d'investissement dans la tarification. Pour l'année 2012 l'al. 4 des Dispositions finales de la modification du 22 octobre 2008 de l'OAMal dans sa teneur au 1^{er} décembre 2011 dispose que les coûts d'utilisation des immobilisations seront rémunérés, dans le cas d'un modèle de rémunération de type DRG, par un supplément de 10% sur les prix de base négociés dans les conventions tarifaires (RO 2011 5037).

6.4.2 En application de l'art. 49 al. 2 LAMal enjoignant les partenaires tarifaires à instituer conjointement avec les cantons une organisation compétente pour l'élaboration, le développement, l'adaptation et la maintenance des structures, la société d'utilité publique SwissDRG SA a été fondée. Les structures élaborées par l'organisation et leurs adaptations (voir ég. l'art. 59d OAMal) sont soumises par les partenaires tarifaires au Conseil fédéral pour approbation (art. 49 al. 2, 5^e phrase LAMal). La version 1.0 de la structure tarifaire SwissDRG (Diagnosis Related Groups [en français GHM Groupe Homogène de Malades]) applicable à partir du 1^{er} janvier 2012 dans le domaine somatique aigu fut approuvée par le Conseil fédéral le 6 juillet 2011 (cf. le communiqué de presse « Le Conseil fédéral approuve la structure tarifaire SwissDRG » du 6 juillet 2011).

Le communiqué de presse précité indique que « Dans un système de type DRG (Diagnosis Related Groups), les traitements sont classés par groupes de cas (p. ex. appendicectomies chez les enfants). Ceux-ci sont formés de la manière la plus homogène possible en suivant des critères médicaux et économiques : chaque séjour hospitalier est classé dans un groupe de cas (DRG) en fonction des diagnostics et des traitements. Les DRG sont mis en relation les uns avec les autres au moyen de "coûts relatifs" ou cost-weights. En multipliant le cost-weight par un "prix de base" ou baserate, on obtient pour chaque DRG le forfait par cas lié aux prestations correspondant ». Il sied de préciser que « Le système de forfaits par cas SwissDRG

permet, par l'indemnisation des séjours des patients, le financement lié à la prestation, exigé par le législateur pour les prestations somatiques aiguës. En tant que système de rémunération, SwissDRG suit le principe de l'indemnisation forfaitaire. Contrairement au tarif à l'acte détaillé, on ne cumule pas les prestations. Au contraire, on décrit un cas dans sa globalité et un seul forfait par cas (DRG) est facturé. Dans ce contexte, le système SwissDRG prend tout particulièrement en considération le cas médical individuel et sa sévérité. On attribue à des groupes de cas dont les spécificités médicales et la structure de coûts sont très similaires un poids relatif (cost-weight). Le cost-weight représente la relation des cas du DRG avec le cas moyen hypothétique dont le cost-weight est de 1.0. Le prix d'un cas médical résulte finalement de la multiplication de la valeur de son cost-weight par le prix de base par cas de l'hôpital.» (SwissDRG SA, Constatations Swiss DRG sur la différenciation des prix ; cf. site internet de Swiss-DRG [Version 1.0 du 11.05.2012] → Communication).

6.4.3 Conformément à l'art. 49 al. 3 LAMal, les rémunérations au sens de l'al. 1 de cette disposition ne comprennent pas les parts que représentent les coûts des prestations d'intérêt général telles le maintien des capacités hospitalières pour des raisons de politique régionale (cf. let. a) et la recherche et la formation universitaire (cf. let. b).

6.4.4 Selon l'art. 49 al. 7 LAMal, les hôpitaux doivent disposer d'instruments de gestion adéquats ; ils doivent en particulier, selon une méthode uniforme, tenir une comptabilité analytique ainsi qu'une statistique de leurs prestations pour calculer leurs coûts d'exploitation et d'investissements et classer leurs prestations. Ces instruments doivent comprendre toutes les données nécessaires pour juger du caractère économique, pour procéder à des comparaisons entre hôpitaux et pour établir la tarification ainsi que la planification hospitalière. Les gouvernements cantonaux et les partenaires tarifaires peuvent consulter les pièces.

6.4.5 Selon l'art. 49 al. 8 LAMal, en collaboration avec les cantons, le Conseil fédéral fait procéder à l'échelle nationale à des comparaisons entre hôpitaux, qu'il publie par la suite, en ce qui concerne notamment les coûts et la qualité des résultats médicaux. Les hôpitaux et les cantons doivent livrer les documents requis à cette fin.

6.5 Fondé sur l'art. 43 al. 7 LAMal le Conseil fédéral a adopté l'art. 59c OAMal qui énonce que l'autorité d'approbation au sens de l'art. 46 al. 4 LAMal vérifie que la convention tarifaire respecte notamment les principes suivants: le tarif couvre au plus les coûts de la prestation justifiés de

manière transparente (let. a), le tarif couvre au plus les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations (let. b), un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner de coûts supplémentaires (let. c). Selon l'art. 59c al. 3 OAMal ces principes sont applicables par analogie lors de la fixation des tarifs prévus selon l'art. 47 LAMal.

6.6 À teneur de l'art. 46 al. 4 LAMal, la convention tarifaire doit être approuvée par le gouvernement cantonal compétent ou, si sa validité s'étend à toute la Suisse, par le Conseil fédéral. L'autorité d'approbation vérifie que la convention est conforme à la loi et à l'équité et qu'elle satisfait au principe d'économie.

6.7 Conformément à l'art. 47 al. 1 LAMal, si aucune convention tarifaire n'a pu être conclue entre les fournisseurs de prestations et les assureurs, le gouvernement cantonal fixe le tarif, après avoir consulté les intéressés. En vertu de l'art. 14 al. 1 et 2 de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr, RS 942.20), le gouvernement qui décide ou approuve un tarif doit également consulter la Surveillance des prix et s'expliquer dans sa décision s'il s'écarte de l'avis de celle-ci (cf. supra consid. 4). Dans ces cas, le gouvernement cantonal doit s'assurer que le tarif fixé soit conforme à la loi et à l'équité et à ce qu'il satisfasse au principe d'économie au sens de l'art. 46 al. 4 LAMal (ATAF 2010/25 consid. 7, 2010/24 consid. 4.3 et références).

7.

L'objet du litige est le bienfondé du règlement de l'autorité de première instance du 14 janvier 2015 ayant fixé le tarif des prestations fournies par les hôpitaux privés non universitaires de Genève dans le domaine des soins somatiques aigus pour l'année 2012 au prix de base de Fr. 10'672.- (base-rate ou valeur de base par cas) dans le cadre de la structure tarifaire Swiss-DRG en vigueur au 1^{er} janvier 2012 en référence à l'art. 49 al. 1 et 2 LAMal.

Le baserate, fixé par les partenaires tarifaires (assureurs et fournisseurs de prestations, sous réserve d'approbation selon l'art. 46 al. 4 LAMal), le cas échéant par l'autorité au sens de l'art. 47 al. 1 LAMal, équivaut au montant qui est payé pour un cas présentant un cost-weight de 1.0 (un cost-weight relatif est attribué à chaque groupe de cas [DRG]). Les cost-weights sont des pondérations relatives, calculées sur une base empirique, qui décrivent l'investissement en soins d'un groupe de patients déterminé. En principe ils sont calculés chaque année sur la base des données actualisées de coûts par cas des hôpitaux. Les cost-weights sont publiés dans le catalogue des forfaits par cas. Les bornes de durée de séjour définissent pour chaque DRG la durée de séjour jugée comme « normale » pour

le type de pathologie. Les limites inférieures et supérieures de la durée de séjour sont évaluées sur la base des données du relevé SwissDRG (cf. SwissDRG, Notions élémentaires, Site internet de SwissDRG).

8.

Dans deux arrêts de principe le Tribunal administratif fédéral s'est prononcé sur des questions controversées se posant également dans la présente affaire (ATAF 2014/3, ATAF 2014/36, voir ég. l'arrêt C-2350/2014 du 29 janvier 2016 consid. 3.2-3.6).

8.1 Dans le nouveau système de financement des hôpitaux les coûts propres d'un hôpital constituent la base pour le benchmarking, respectivement pour la détermination des coûts d'exploitation pertinents et des coûts par cas pondérés selon leurs gravités (valeur de base déterminante pour le benchmarking). La valeur de base par cas (baserate, prix de base) n'a cependant pas à correspondre aux coûts effectifs car aucun principe de rémunération des coûts ne s'applique. La pratique antérieure – développée et fondée sur l'art. 49 al. 1 aLAMal – prenant en compte les coûts imputables n'est plus applicable (ATAF 2014/3 consid. 2.8.5). Les gains d'efficacité des hôpitaux (ayant une valeur de base inférieure au benchmark déterminé conformément à la LAMal) ne sont pas contraires à la loi (ATAF 2014/3 consid. 2.9.4.4 et 2.9.5). L'art. 59c al. 1 let. 1 OAMal, aux termes duquel le tarif couvre au plus les coûts de la prestation justifiés de manière transparente, doit être interprété selon la loi dans le sens que les coûts justifiés de la prestation ne sont pas ceux de l'hôpital concerné dont le tarif est examiné mais ceux de l'hôpital ayant déterminé le benchmark (et au montant duquel les tarifs hospitaliers doivent s'orienter conformément à l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal ; ATAF 2014/3 consid. 2.10.1).

8.2 Le tarif selon l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal est déterminé sur la base d'une comparaison avec d'autres hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse. Pour la détermination et le choix de ces hôpitaux de référence une comparaison de coûts par cas entre hôpitaux est par principe nécessaire (cf. ATAF 2014/36 consid. 3.6 et consid. 6.7).

8.3 La disposition prévoyant que les comparaisons des frais d'exploitation des hôpitaux ne doivent s'effectuer qu'entre hôpitaux comparables (art. 49 al. 7 aLAMal) n'est dans le droit révisé plus maintenue. La plus grande transparence et large comparabilité des tarifs hospitaliers ont été des buts

de la révision de la loi. Le système de la tarification uniforme ouvre en principe la possibilité d'une comparaison des hôpitaux entre eux indépendamment de leurs types et catégories (ATAF 2014/36 consid. 3.8).

8.4 Dans l'ATAF 2014/36 il est exposé quelles sont les conditions idéales d'une comparabilité des coûts par cas (consid. 4) et lesquelles de ces conditions manquent encore ou doivent être améliorées (consid. 5). Au nombre des conditions qui manquent ou respectivement qui doivent être améliorées il y a lieu de relever la comparabilité des coûts des hôpitaux à l'échelle nationale (art. 49 al. 8 LAMal), l'uniformisation du calcul des coûts et de la classification des prestations (art. 49 al. 7 LAMal) et l'amélioration et précision de la structure tarifaire. En vue de la formation future des prix il est essentiel que l'obligation d'établir une comparaison des hôpitaux, notamment en ce qui concerne les coûts, soit le plus rapidement mise en œuvre. Dans la phase d'introduction la mise en œuvre visant les objectifs déterminés par le législateur est également requise. Les partenaires tarifaires, les autorités avalisant et fixant les tarifs ont toutefois la possibilité par défaut de pouvoir se fonder sur des données existantes les plus probantes et de « combler » les manquements constatés par des mesures de correction appropriées. Dans ce contexte le TAF reconnaît – au moins durant la phase de l'introduction des forfaits par cas liés aux prestations – aux autorités de première instance une importante marge de manœuvre lors de la mise en place des règles sur la formation des prix selon l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal, respectivement lors de la mise en place du benchmarking. Si le mode de procéder de l'autorité de première instance (pour fixer la valeur de base par cas) paraît défendable la décision est confirmée même si d'autres modes de procéder paraissent mieux appropriés pour atteindre les buts visés du législateur (ATAF 2014/36 consid. 5.4 ; cf. ég. ATAF 2014/3 consid. 10.1.4).

8.5 Le Tribunal examina quelles mesures correctives dans une phase initiale de transition de système peuvent être appropriées et acceptables (ATAF 2014/36 consid. 6). Ainsi le choix d'une sélection représentative (échantillonnage) d'hôpitaux prodiguant des soins somatiques aigus peut être admis comme acceptable bien que pour la comparabilité des hôpitaux il soit préférable idéalement de partir de l'ensemble des hôpitaux (consid. 6.1). Pour la mise en place d'un benchmarking de groupe (par ex. selon des catégories d'hôpitaux) le Tribunal a notamment relevé qu'un tel benchmarking allait à l'encontre de l'idée de la plus large comparabilité possible des hôpitaux à l'échelle nationale (consid. 6.6.1). Il constata que pour les développements futurs de la formation des prix les catégorisations se-

raient peu judicieuses, car déjà la détermination de catégories posait problèmes (consid. 6.6.4). Toutefois il admit que dans la phase introductive du nouveau système la décision d'un gouvernement cantonal de se fonder pour des hôpitaux particuliers (par ex. les hôpitaux universitaires) sur une comparaison limitée entre ceux-ci pouvait être confirmée (consid. 6.6.6). En outre il admit que dans le cadre de la négociation et fixation du tarif il pouvait, cas échéant, être tenu compte de la situation spécifique de fournisseurs de prestations et de retenir pour des motifs d'équité – partant d'une valeur de référence – des valeurs de base par cas différenciées (cf. ATAF 2014/36 consid. 6.8, voir ég. consid. 3.4 et 22.3 ss).

9.

9.1 Le Conseil d'Etat a fondé son tarif en faisant valoir que la valeur fixée se situait à un niveau intermédiaire entre les estimations les plus basses des assureurs et les revendications les plus élevées des hôpitaux. Il indiqua que sur la base du baserate des HUG de Fr. 11'233.- il avait abaissé de 5% le tarif des hôpitaux non universitaires à Fr. 10'672.-, que pour les HUG il était parti de la valeur du point 2011 en APDRG de Fr. 10'111.- complété d'un montant d'investissement de 10% de Fr. 1'011.- sans prise en compte d'un renchérissement en 2011, avec une prise en compte d'une marge pour changement de système de 1%, donnant lieu ainsi à une valeur du point SwissDRG 2012 de Fr. 11'233.- pour les HUG. Il indiqua que la différence tarifaire était justifiée en raison du degré de complexité des prestations réalisées dans les hôpitaux universitaires et de leurs coûts tout en respectant les principes de la LAMal. Il énonça que toute comparaison tarifaire entre hôpitaux devait non seulement porter sur le coût de leurs prestations mais également sur la qualité de ces dernières, comme le prévoyait la législation sur l'assurance-maladie (art. 49 al. 1 LAMal), que dès lors les méthodes de calcul proposées par la recourante et par le Surveillant des prix devaient être contestées parce qu'elles ne prenaient pas en compte ce critère de qualité, pourtant prévu par la loi. Il ajouta que le maintien de la stabilité financière des hôpitaux et le niveau de vie cantonal devaient être pris en compte.

Il y a lieu d'examiner si son mode de calcul et ses considérations sont conformes au droit. A titre liminaire il sied de relever que dans le cadre de sa décision du 14 janvier 2015 le Conseil d'Etat a pris en compte un baserate 2012 applicable aux HUG de Fr. 11'233.- pour établir celui des hôpitaux non universitaires à Fr. 10'672.- alors qu'à l'occasion d'une séance de conciliation du 7 février 2014 le baserate des HUG pour 2012 avait été conventionnellement fixé entre les partenaires à Fr. 10'800.- (supra A.d) suite

à l'arrêt rendu le 3 décembre 2013 ayant annulé le règlement du 29 mai 2013.

9.2 Selon la révision de la législation en matière de financement hospitalier le système du principe de la rémunération des coûts n'est plus légalement applicable (ATAF 2014/3 consid. 2.8.5). Tant en cas d'adoption d'un tarif conventionnel qu'en cas de la détermination d'autorité les tarifs hospitaliers sont déterminés selon l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse (ATAF 2014/36 consid. 3.6 et 6.7). La détermination du tarif selon l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal procède fondamentalement d'une comparaison avec d'autres hôpitaux (consid. 3). La fixation d'un tarif uniquement en regard des coûts de l'hôpital concerné n'est pas adéquat et ni conforme au nouveau financement hospitalier selon la LAMal (arrêt partiel du TAF C-6391/2014 du 26 février 2015 consid. 4.8, arrêt du TAF C-3846/2013 et C-3892/2013 du 25 août 2015 consid. 6.2). La décision d'appliquer la règle de tarification selon l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal ne relève pas du pouvoir d'appréciation de l'autorité fixant le tarif (arrêts du TAF C-3846/2013 du 25 août 2015 consid. 6.2, C-2350/2014 du 29 janvier 2016 consid. 4.1).

9.3 La détermination du tarif dans la présente cause a procédé de la prise en compte du baserate 2011, selon les APDRG, applicable aux HUG avec des ajustements normatifs, et non de la prise en compte d'un benchmarking selon des critères d'économicité. Ce mode de procéder de l'autorité de première instance ne correspond pas au mode de détermination du tarif selon le nouveau droit de financement des hôpitaux (art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal). Par ailleurs même sous l'angle de la prise en compte de critères normatifs le Conseil d'Etat aurait dû revoir l'abattement de 5% calculé sur le baserate 2012 applicable aux HUG qui est de Fr. 10'800.- et non de Fr. 11'233.-. Ainsi selon le baserate effectif de 2012 des HUG de Fr. 10'800.- le baserate applicable aux cliniques privées selon son mode de calcul, dont l'abattement de 5% pour moindre complexité des cas traités, aurait dû être de Fr. 10'260.-. Par ailleurs le 1% supplémentaire pris en compte au motif du changement de système est contraire à l'art. 59c al. 1 let. c OAMal qui énonce qu'un changement de modèle tarifaire ne doit pas entraîner de coûts supplémentaires. La majoration de 10% sur le résultat du benchmarking effectué selon les règles du nouveau système de financement hospitalier, prenant en compte les coûts d'investissement, est pour l'année 2012 dans son principe conforme à l'al. 4 des Dispositions finales de la modification du 22 octobre 2008 de l'OAMal dans sa teneur en vigueur au 1^{er} décembre 2011 (RO 2011 5037). Toutefois cette majoration ne

s'applique que sur le résultat du benchmarking et non sur la base du base-rate 2011 selon les ADPRG. Ce mode de fixation du tarif du Conseil d'Etat ayant procédé d'une démarche purement normative, par ailleurs erronée dans sa propre logique, n'ayant pas été effectué en référence à un benchmarking idoine, ne peut être suivi et implicitement la valeur ainsi déterminée ne peut être confirmée. C'est ainsi à juste titre que tarifsuisse sa a fait valoir que le Conseil d'Etat se devait de procéder à un benchmarking et, dans la mesure du possible, se devait de procéder par une comparaison des coûts par cas soulignant qu'un tarif doit nécessairement respecter les principes, d'une part, que le tarif doit couvrir au plus les coûts de la prestation justifiée de manière transparente et, d'autre part, qu'il doit au plus couvrir les coûts nécessaires à la fourniture efficiente des prestations. Ceci présuppose l'existence de données de qualités issues d'une comptabilité analytique ainsi que de statistiques des prestations des cliniques comprenant toutes les données nécessaires pour juger du caractère économique et procéder à des comparaisons entre hôpitaux (cf. supra art. 49 al. 7 LAMal et supra consid. 6.4.4) livrées par les fournisseurs de prestations et un examen analytique circonstancié comparatif de celles-ci par l'autorité de première instance (les hôpitaux sont obligés selon la loi de fournir ces données, le Conseil d'Etat se devant d'instruire sur cette base et cas échéant d'exiger la production de ces données). En ne procédant pas au benchmarking requis par l'art. 49 al. 1, 5^e phrase LAMal disposant que les tarifs hospitaliers sont déterminés en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse, le Conseil d'Etat a contrevenu aux dispositions sur le financement hospitalier mis en place au 1^{er} janvier 2012. Dans ce contexte il sied de rappeler que dans tous les cas un benchmarking ne peut procéder qu'entre hôpitaux fournissant la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse (art. 49 al. 1 LAMal), de sorte que l'examen de la qualité des prestations fournies n'est, contrairement à l'avis du Conseil d'Etat, pas un critère supplémentaire mais une condition de base pour le benchmarking.

10.

10.1 Dans sa détermination du 1^{er} juin 2015 le Surveillant des prix défend la prise en compte de baserates pour chacune des cliniques privées de Genève, établis sur la base des données comptables et d'activités qui leur sont propres, précisant que la structure tarifaire SwissDRG pour l'année 2012 ne permettait pas encore de comparer les baserates calculés pour des cliniques privées très spécialisées avec les baserates calculés pour

des cliniques ou hôpitaux publics plus généralistes. Ce mode de faire est contraire au système qui s'articule autour de structures uniformes pour lesquelles les partenaires, respectivement les cantons, doivent déterminer des tarifs en fonction de la rémunération des hôpitaux qui fournissent la prestation tarifée obligatoirement assurée, dans la qualité nécessaire, de manière efficiente et avantageuse (art. 49 al. 1 LAMal). Si la récolte des données des coûts propres de chaque clinique est primordiale pour le benchmarking, la détermination du tarif dans chaque canton est unitaire dans la catégorisation retenue en référence au benchmark auquel les tarifs doivent tendre (cf. consid. 6.4.1 : « sont déterminés », plus exactement : « orientieren sich », « si rifanno »). Il peut en résulter implicitement des gains d'efficience pour les hôpitaux dont les coûts d'exploitation sont moins élevés que le benchmark, respectivement le tarif retenu au plan cantonal. La loi ne prévoit cependant pas que les gains d'efficience soient limités et une limitation ne saurait être instaurée sans base légale. Limiter les gains d'efficience à une moyenne entre 9.5 et 13.6%, taux établis par l'étude de PwC, aurait pour conséquence que les hôpitaux qui doivent projeter des investissements nécessaires dans l'avenir pour se maintenir seraient victimes de leur efficience sur une voire quelques années et ne pourraient pas constituer les fonds nécessaires aux investissements. Les gains d'efficience calculés par le surveillant des prix pour les cliniques privées genevoises ne peuvent par ailleurs pas être confirmés car les données comptables produites par les cliniques n'ont pas été complètes (cf. la détermination du Surveillant des prix du 23 octobre 2012, p. 4, pce TAF 13 annexe 2b cause C-3848/2013). L'analyse du surveillant des prix tendant à une limitation des gains d'efficience va certes dans le sens d'une limitation des coûts et est dans ce sens en conformité avec la LAMal (art. 43 al. 6 LAMal selon lequel les soins doivent être appropriés et leur qualité de haut niveau, tout en étant le plus avantageux possible ; voir ég. l'arrêt C-6521/2015 du 18 juillet 2017 consid. 7), mais paraît être une vision à court terme.

10.2 Dans sa prise de position du 13 juillet 2015 l'OFSP, après un exposé général, souligne que la comparaison entre établissements et la valeur de référence doivent se baser sur des données concernant les coûts effectifs et les prestations définies de la manière la plus exacte possible et que, le cas échéant, une comparaison sur la base de tarifs est possible, faute de données disponibles sur les coûts, mais qu'il faut alors vérifier que les tarifs comparés soient pertinents pour l'hôpital concerné compte tenu aussi des particularités dudit hôpital. Il releva en l'occurrence que la question se posait de savoir si le tarif pour les cliniques privées de Genève pouvait s'établir en référence à celui des HUG. La détermination de l'OFSP met en lumière à juste titre la nécessité d'éléments comptables et statistiques de

qualité qu'il appartient aux partenaires de fournir et exiger et aux gouvernements cantonaux d'exiger afin qu'un benchmarking puisse être effectué et un tarif adopté en référence aux particularités des hôpitaux concernés et au benchmark (cf. le consid. 6.4.4).

11.

In casu le Tribunal constate quant au tarif adopté que le Conseil d'Etat n'a pas procédé comme requis par la loi à un benchmarking pour fixer d'autorité le tarif (cf. le consid. 6.4.1). Sur cette constatation, il y aurait lieu de renvoyer à nouveau le dossier au Conseil d'Etat afin qu'il remplisse selon la maxime inquisitoire son devoir d'établir activement et non passivement de manière complète tous les faits pertinents (art. 12 PA) à la base de la décision à rendre, cas échéant en sollicitant des cliniques privées des éléments comptables complets et exploitables (art. 13 PA) afin de pouvoir d'autorité fixer le tarif pour l'année 2012, vu que les partenaires ne sont pas arrivés de façon concertée à établir le tarif sur la base de données comptables et statistiques fournies de part et d'autres comme la loi le prévoit. Il sied de relever que la constatation des faits effectuée par une autorité est incomplète lorsque toutes les circonstances de fait et les moyens de preuve déterminant pour la décision n'ont pas été pris en compte (cf. JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n° 59 ; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in Waldmann/Weissenberger (Edit.), Praxiskommentarverwaltungs-gesetz, 2^e éd. 2016, art. 12 n° 27 s.). En l'espèce le renvoi de l'affaire aux fins d'une constatation complète des faits est requis à titre principal par les recourants, le Surveillant des prix et l'OFSP. Cependant il sied de relever qu'il ne paraît pas que le Conseil d'Etat disposera pour la phase d'introduction du nouveau système de financement des hôpitaux et à brève échéance des éléments nécessaires de comptabilité et statistiques 2010 des hôpitaux en question pour établir un benchmarking pertinent pour le tarif 2012 selon l'art. 49 al. 7 LAMal. La documentation comptable dont il a disposé des cliniques privées ne lui a manifestement pas permis de se fonder sur elle pour déterminer le tarif 2012, le Surveillant des prix a également relevé que les éléments comptables fournis étaient sommaires, et il appert de cette documentation qu'elle déterminerait un baserate particulièrement très élevé (cf. C-3848/2013, pce 14 annexes 1 et 2, sans relation avec les baserates retenus en 2012) non conciliable avec les critères de détermination du baserate selon la LAMal. Par ailleurs compte tenu que les tarifs ont entretemps été convenus par les partenaires tarifaires le 5 mars 2013 pour 2013 et 2014 à respectivement Fr. 9'756.- et Fr. 9'650.- et adoptés par l'autorité inférieure en date du 30 octobre 2013 (cf. supra A.e) et qu'il en a été de même pour les années 2015-2016 à Fr. 9'550.- en décembre 2014 (cf. supra A.g, pce TAF

36 p. 4, pces 41 s. annexes au recours), qu'il y a donc un vide tarifaire entre les cliniques privées de Genève et tarifsuisse sa que pour la seule année 2012, sans que cela ne se comprenne du dossier, et avec pour conséquence que le présent arrêt n'aura d'ailleurs pas d'incidence sur la détermination du tarif pour les années 2013 à 2016, il sied exceptionnellement dans ce contexte particulier, vu qu'une fixation concrète n'est pas possible en l'état du dossier et vu que les assureurs recourants ont proposé le 10 mars 2014 que le tarif de 2013 de Fr. 9'756.- soit adopté également pour 2012 sur une base conventionnelle (cf. pce 34 annexe au recours), de fixer le tarif pour 2012 à Fr. 9'756.- à l'instar du tarif 2013 conventionnellement adopté et validé par le Conseil d'Etat par un acte entré en force. Il n'apparaît pas du dossier que les cliniques intimées aient défendu un montant plus élevé avec une motivation circonstanciée et pertinente sur laquelle le tribunal de céans ne saurait passer outre. Rien au dossier ne permet de s'écarter de cette solution pragmatique extraordinaire de fixation d'un tarif en référence à un autre tarif dont les éléments à la base de son adoption sont semblables ou du moins paraissent l'être au vu du dossier. Les cliniques intimées ne se sont pas déterminées dans le cadre de la procédure et n'ont implicitement pas défendu une valeur tarifaire autre que celle adoptée par le Conseil d'Etat et devant être annulée faute de fondement valide alors que cette autorité était au fait lors de sa fixation de la fixation d'un tarif pour 2013 à Fr. 9'756.- fondant une présomption d'adéquation de ce tarif pour l'année 2012. Cette détermination du tarif va dans le sens de la conclusion subsidiaire des assureurs recourants ayant conclu à l'adoption d'un tarif qui ne soit pas supérieur à Fr. 9'750.- sans cependant avoir démontré les raisons pour lesquelles le tarif convenu pour 2013 de Fr. 9'756.- devrait être diminué de Fr. 6.-.

Il sied de souligner que ce mode de fixation du tarif par prise en compte du tarif adopté pour l'année suivant l'année dont est recours se justifie in casu exceptionnellement compte tenu des difficultés de fixer les tarifs dans la phase introductive des SwissDRG au 1^{er} janvier 2012. Il est en effet admis que ce n'est qu'après la phase d'introduction des SwissDRG que les benchmarkings pourront être pertinemment établis. Ce mode de procéder se justifie aussi par le fait que, vu les tarifs in casu déjà adoptés sur une base conventionnelle pour les années 2013 à 2016, un nouveau renvoi pour la détermination du tarif 2012 sur la base de données comptables et statistiques à compléter (cf. le consid. 6.4.4), en soi au final probablement proche de celui de 2013, n'aurait pas d'incidence sur les tarifs 2013 à 2016 et s'avérerait un renvoi procédural sans réelles justifications matérielles, contraire aux intérêts des parties.

12.

Vu ce qui précède et tenant compte de tous les éléments du dossier ainsi que de la particularité du cas d'espèce, le prix de base (baserate SwissDRG) applicable du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012 aux prestations de soins somatiques aigus fournis par les établissements hospitaliers non-universitaires du canton de Genève est réformé à Fr. 9'756.-.

Les assureurs-maladie recourants peuvent faire valoir rétroactivement l'écart tarifaire entre, d'une part, le prix de base (baserate SwissDRG) provisoire fixé par règlement du 25 janvier 2012 fixant les tarifs provisoires des prestations fournies par les établissements hospitaliers non-universitaires du canton de Genève à Fr. 10'672.- francs et, d'autre part, le prix de base (baserate SwissDRG) définitif.

13.

13.1 En règle générale les frais de procédure sont mis à la charge de la partie qui succombe; aucun frais de procédure n'est mis à la charge de l'autorité inférieure (art. 63 al. 1 et 2 PA).

13.1.1 Il n'est pas mis de frais de procédure aux assureurs recourants qui ont eu gain de cause dans le sens de l'annulation de la décision attaquée et la réformation du tarif (baserate SwissDRG), conclusion subsidiaire de leur recours. L'avance de frais de procédure de Fr. 8'000.- versée par les assureurs recourants leur est restituée dès l'entrée en force du présent arrêt sur le compte que Tarifsuisse sa communiquera au Tribunal de céans. Tarifsuisse sa ristournera, cas échéant, à CSS Assurance-maladie SA, pour elle-même et les assureurs liés, le montant relevant de leur convention interne.

13.1.2 Il n'est pas perçu de frais de procédure des cliniques intimées du fait qu'elles n'ont pas pris de conclusions dans le présent recours.

13.2 Selon l'art. 64 al. 1 PA l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (voir ég. les art. 7 ss du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir avant le prononcé un décompte de leur prestations au tribunal (cf. art. 14 al. 1 FITAF). Le TAF fixe l'indemnité d'office dans le cas où

il n'a pas reçu de décomptes en tenant compte de l'importance et de la difficulté du litige, ainsi que du travail et du temps y consacré.

Vu l'issue de la procédure, il doit être alloué à tarifsuisse sa ayant agi par un avocat une indemnité de dépens à charge de l'autorité inférieure de 4'000 francs (y.c. des débours et la TVA à 8%) compte tenu de l'importance des actes de représentation. Il n'est pas alloué de dépens à CSS Assurance-maladie groupe ayant agi par et pour elle-même et pour les assureurs représentés depuis la scission intervenue au sein des assureurs recourants, cette entité conviendra avec tarifsuisse sa de sa part aux dépens alloués.

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. Il entre en force par sa notification.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est admis dans le sens que le tarif (baserate SwissDRG) 2012 applicable du 1^{er} janvier au 31 décembre 2012 aux prestations de soins somatiques aigus fournis par les établissements hospitaliers non-universitaires du canton de Genève est réformé à Fr. 9'756.-.

2.

Les assureurs-maladie recourants peuvent faire valoir rétroactivement l'écart tarifaire entre le prix de base (baserate SwissDRG) provisoire fixé par règlement du 25 janvier 2012 fixant les tarifs provisoires des prestations fournies par les établissements hospitaliers non-universitaires du canton de Genève à Fr. 10'672.- francs et le prix de base (baserate SwissDRG) définitif.

3.

Il n'est pas perçu de frais de procédure. L'avance sur les frais de procédure de Fr. 8'000.- est restituée à tarifsuisse sa dès l'entrée en force du présent arrêt.

4.

Il est alloué une indemnité de dépens à tarifsuisse sa de Fr. 4'000.- TVA comprise.

5.

Le présent arrêt est adressé :

- à tarifsuisse sa (Acte judiciaire)
- à CSS Assurance-maladie SA (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire, n° de réf. RTHP-SSA-2012; J 3 05.14)
- aux cinq intimés séparément (Actes judiciaires)
- à l'Office fédéral de la santé publique (Recommandé)
- au Surveillant des prix (Recommandé)

Le président du collège :

Le greffier :

Christoph Rohrer

Pascal Montavon

Expédition :