

# **NE\_GERICHTE CDP.2017.4 vom 30. November 2017**

NE Tribunal cantonal, 2017-11-30, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CDP.2017.4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2017.4)

FR: NE\_GERICHTE CDP.2017.4 du 30 novembre 2017

IT: NE\_GERICHTE CDP.2017.4 del 30 novembre 2017

## **Erwägungen**

### **E. 5**

Invités à présenter leurs observations sur ce préavis, la recourante et A. SA ont procédé à une appréciation diamétralement opposée. a) La recourante a fait valoir que le besoin de santé publique, à l'aune de la pratique du Conseil d'Etat, se fondait sur les capacités des installations de même type existantes (nombre d'appareils de même type sur le territoire cantonal, capacité de prise en charge, possibilité d'optimisation, densité cantonale par rapport à la densité nationale, etc.) ou leur accessibilité dans un délai raisonnable (délai d'attente, répartition géographique), en regard du but de maîtrise des coûts de la santé dans une optique d'éviter la surcapacité pouvant déboucher sur une surconsommation.

L'installation d'un bloc opératoire présupposait l'examen des locaux et non le nombre de consultations ou de médecins, sans amalgame entre le besoin en équipements techniques lourds (soumis à autorisation) et en appareils techniques garnissant un bloc opératoire. Le confort des patients et des opérateurs, la tendance en faveur des centres dédiés ne suffisaient pas à confirmer la nécessité des installations prévues. Elle-même disposait d'une capacité en salles d'opération et pouvait mettre à disposition sur son site C. une salle spécialement construite et aménagée pour l'ophtalmologie, avec une salle d'attente dédiée, un hôpital de jour spécifique aux patients ophtalmologiques et une entrée directe à une autre salle située face à la salle d'attente et à l'Hôpital de jour, utilisée pour toutes les opérations d'ophtalmologie. Le besoin n'avait pas été bien évalué sous l'angle quantitatif, les prestations hors canton déterminées de manière erronée et le rapatriement des patients neuchâtelois suite à l'ouverture du bloc de A. SA était surévalué. L'utilisation d'autres blocs par les médecins de A. SA depuis 2013 démontrait que l'offre était suffisante. La recourante pouvait assumer les urgences en journée et faire également de la chirurgie de la rétine. Il n'appartenait pas à des acteurs externes de constater et de signaler une éventuelle surconsommation que les pouvoirs publics auraient tolérée. L'ouverture d'un bloc opératoire supplémentaire à Neuchâtel ne mettrait pas fin à la situation de pénurie dans le haut du canton. L'approbation privilégierait la mise en service d'un équipement illégal par rapport à ceux installés conformément à la loi. b) A. SA a relevé que l'ouverture d'une seule salle de son bloc pourrait compromettre la prise en charge des urgences et prolongerait les délais d'attente. La disposition de deux salles d'opération était préférable pour un centre de formation de type C et permettait de mieux préparer le patient suivant et d'assurer la surveillance post-opératoire. Les praticiens de la place adresseraient désormais leurs patients à ses spécialistes, ce qui augmenterait le nombre d'interventions sur son site. A. SA a fait valoir que les précédents auxquels se référait la recourante portaient sur des installations différentes des siennes (CT Scan et IRM) et que d'autres critères leur étaient applicables. A. SA a réaffirmé que la recourante n'avait plus le statut de centre de formation C et demandé à pouvoir utiliser la deuxième salle pour les cas d'urgence.

## E. 6

a) La décision du Conseil d'Etat du 5 décembre 2016 autorise la mise en service du centre de chirurgie ambulatoire de A. SA avec une seule des salles du bloc opératoire, en soumettant cette autorisation aux conditions de l'existence d'une convention de collaboration avec HNE et d'une révision technique préalable attestée par un organisme compétent. Le Conseil d'Etat a notamment retenu que la clause du besoin en l'espèce portait sur l'ouverture d'un centre de chirurgie ambulatoire dédié, premier dans le canton, par rapport au domaine stationnaire régi par d'autres règles, que la médecine évoluait vers une spécialisation accrue dans des centres de compétence proposant des prestations de meilleure qualité à un moindre coût, que l'augmentation de la prise en charge ambulatoire était liée à des raisons notamment médicales (réduction du risque d'infections nosocomiales, amélioration du rétablissement post-opératoire, mode de prise en charge adapté au confort des patients, entre autres en terme de stress) et que le fait de rapatrier des patients traités hors canton influencerait l'utilisation des blocs opératoires existants. Le Conseil d'Etat a soutenu que la notion de santé publique devait être interprétée de manière large dans un sens multidimensionnel et inclure non seulement les capacités existantes, mais l'évolution des besoins, l'offre de même type dans des cantons environnants, le flux de patients hors canton, les évolutions de la médecine, l'accessibilité de la prestation au niveau cantonal (patientèle concernée, temps de déplacement, permanence), la sécurité des soins, la coordination et la continuité des soins et une qualité globale de la prise en charge ainsi que l'attractivité du canton pour des professionnels qualifiés afin de répondre aux besoins futurs. b) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (arrêt du TF du 16.12.2013 [2C\_123/2013]), la santé publique et les soins de la santé relèvent en principe des tâches publiques des cantons; les articles 118 à 120 Cst. féd., qui protègent la santé dans certains domaines segmentaires ne sont pas affectés par le régime d'autorisation de la législation neuchâteloise, qui relève des domaines de la police sanitaire et de la santé publique et demeure du ressort des cantons. En matière d'assurance-maladie, l'article 117 Cst. féd. instaure un monopole de droit indirect en faveur de la Confédération mais, si la matière n'est pas épuisée, réserve une compétence résiduelle des cantons leur permettant d'adopter des règles autonomes, ce qui est le cas en ce qui concerne la maîtrise des coûts de la santé et des primes d'assurance-maladie où les cantons conservent une compétence pour adopter des mesures visant à soumettre la mise en service d'appareils médicaux lourds à autorisation; ils conservent une compétence pour concrétiser la réglementation-cadre fédérale concernant la planification hospitalière; les acteurs qui fournissent des prestations médicales dans le secteur médical exorbitant de la planification hospitalière peuvent néanmoins être soumis à une intervention cantonale, certaines interactions subsistant inévitablement ou étant susceptibles d'exister entre le secteur médical soumis aux règles de la LAMal et le secteur privé qui n'est pas gouverné par cette loi, notamment lorsque des établissements hors liste hospitalière ont consenti des investissements très importants qui pourraient entraîner une tendance de la clientèle privée à délaisser le secteur (notamment public) admis sur la liste LAMal, ce qui aurait des répercussions sur la pleine utilisation des capacités hospitalières dans ce dernier secteur financé par l'assurance-maladie obligatoire ainsi que sur l'aptitude de ce dernier à exercer un certain contrôle sur les investissements dans le domaine de la santé publique (cons. 5.7.1). c) Sur le plan cantonal, sous réserve des compétences du Grand Conseil, le Conseil d'Etat définit la politique cantonale en matière de santé publique et exerce la haute surveillance (art. 7 al. 1). Il est autorisé à conclure des conventions avec d'autres cantons, notamment en matière de formation aux professions de la santé, de

recours aux établissements et institutions, de prévention et de mesures sanitaires d'urgence (art. 7 al. 3). Dans le cadre de ces compétences résiduelles en matière d'autorisation de mise en service d'équipements techniques lourds et d'autres équipements de médecine de pointe, la LS lui confère des pouvoirs étendus. C'est ainsi par voie d'arrêté qu'ont été posés les principes que l'octroi de l'autorisation requise était la règle et le refus l'exception. Celui-ci est conditionné par des états de fait précis (absence d'un besoin de santé publique avéré, impératifs de police sanitaire et disproportion entre les coûts induits par rapport au bénéfice sanitaire attendu) ou d'autres motifs liés à la maîtrise des coûts de la santé (art. 5 al. 3). Ces dispositions laissent donc à l'exécutif cantonal un pouvoir d'appréciation étendu pour concrétiser les buts de sauvegarde de l'intérêt public prépondérant et de maîtrise des coûts de la santé énoncés à l'article 83b al. 1 LS . d) L'autorisation donnée à la mise en service d'un bloc opératoire représente un domaine complexe en raison de l'imbrication des mécanismes d'assurance réglés par le droit fédéral et les principes d'accès aux soins que les cantons sont chargés de concrétiser. Les besoins de la population, actuels et prévisibles, le moyen de financer leur couverture, les interactions entre acteurs publics et privés de la santé, les facteurs locaux et les synergies possibles nécessitent une appréciation multifactorielle à laquelle l'autorité doit procéder en faisant cas échéant des choix politiques. L'autorité cantonale doit dans ce cadre jouir d'une marge de manœuvre étendue. Lorsqu'une décision se fonde, comme l'exige la réglementation cantonale, sur un préavis du service de la santé publique entériné par le conseil de santé, un organe consultatif en matière de politique et de planification du système de santé représentatif des milieux concernés qui s'est appuyé sur les avis d'experts, l'autorité judiciaire ne s'écartera pas sans de solides motifs de l'appréciation de l'instance intimée. Il n'appartient pas à l'autorité judiciaire de substituer sa propre appréciation à celle de l'exécutif et son pouvoir de contrôle se limite à vérifier que les autorités ont instruit la cause de manière complète et approfondie, tenu compte des données idoines qu'elles ont réunies, et que leurs conclusions sont exemptes d'erreurs, de lacunes ou de contradictions manifestes (cf. pour le surplus cons. 2 de l'arrêt du 03.10.2014 de la CDP, et les références citées).

## **E. 7**

En l'espèce, tant le service que la commission et le conseil de santé ont procédé à une enquête sérieuse et fouillée sur le nombre de salles susceptibles d'abriter des activités de chirurgie ophtalmologique du canton, la situation dans les cantons voisins et le besoin sanitaire de la population neuchâteloise. Les données statistiques sur le plan suisse et européen dont ils ont tenu compte sont incontestables, quand bien même leur interprétation est susceptible d'être différente, ainsi qu'il sera exposé ci-dessous. a) La recourante fait grief à l'intimé d'avoir interprété de manière trop large la notion de besoin de santé publique et retenu des critères non conformes au but de maîtrise des coûts de l'article 83b LS . La notion de santé publique n'est pas définie et les travaux préparatoires ne permettent pas d'en préciser les contours. La recourante veut tirer argument des précédents en matière d'autorisation et argue que seules les capacités des installations de même type existantes, la densité cantonale d'appareils de même type par rapport à la densité nationale et leur accessibilité dans un délai raisonnable sont déterminants. Seul le bloc opératoire devrait être pris en compte pour l'octroi de l'autorisation, sans égard au matériel dont il est équipé. Le Conseil d'Etat a considéré qu'on ne pouvait totalement déconnecter l'analyse du besoin quantitatif de considérations qualitatives. Il a rappelé que la clause du besoin portait atteinte à la liberté économique et que son application devait se fonder sur la vraisemblance plutôt qu'une certitude absolue. Cette interprétation large s'appuie sur le texte de l'arrêté

d'application dont l'article 5 al. 2 mentionne le "bénéfice sanitaire attendu" dont l'intimé estime qu'il s'agit d'une notion large conforme à la garantie de la qualité postulée par la LAMal et l'OAMal pour l'infrastructure (accès au traitement et délai utile) et la capacité d'un établissement à remplir le mandat de prestations. Il a comparé l'historique et l'application de la réglementation neuchâteloise avec les normes édictées par les cantons de Vaud et du Tessin en matière de clause du besoin pour asseoir son appréciation et justifié l'autorisation donnée par l'augmentation des besoins en soins ophtalmologiques, notamment en chirurgie, lié au vieillissement avéré et à la surreprésentation de facteurs de risques (diabète) dans la population, l'augmentation de l'activité en chirurgie ambulatoire alors que l'activité stationnaire restait relativement constante, la possibilité de rapatrier 8 % des patients traités hors canton et une capacité en salles d'opération qui n'était pas clairement établie. Cette appréciation large est fondée. On ne saurait, dans un domaine régi par la liberté du commerce où l'autorisation est la règle et le refus l'exception, limiter une large compétence qui impartit aux pouvoirs publics de répondre aux besoins de santé publique du canton à la seule prise en compte des infrastructures opératoires sans tenir compte de leur équipement ou du type de chirurgie auquel elles sont le mieux adaptées. L'analyse ne saurait porter uniquement sur les aspects financiers, faute de renoncer à tout investissement. Au contraire, il y a lieu de tenir compte de la situation existante et des changements prévisibles dans les limites du pouvoir financier cantonal et c'est à juste titre que le Conseil d'Etat a pris en compte les capacités actuelles, l'évolution des besoins, l'offre de même type dans des cantons environnants, le flux des patients hors canton, l'évolution de la médecine, l'accessibilité de la prestation au niveau cantonal (patientèle concernée, temps de déplacement, permanence), la sécurité et la continuité des soins et la qualité globale de la prise en charge ainsi que l'attractivité du canton pour les professionnels qualifiés susceptibles de former la relève. On ne saurait sans autre écarter de l'appréciation le confort des patients, étant donné que leur bien-être physique et psychique influe sur leur capacité de guérison et donc sur les coûts de suite d'une opération. Le confort des opérateurs n'est pas non plus quantité négligeable, dans la mesure où une infrastructure adaptée disponible sans grands déplacements assure des interventions plus rapides et donc une occupation plus efficace des blocs opératoires. Les critères sur lesquels l'intimé a fondé sa décision sous l'aspect de la santé publique et du bénéfice sanitaire attendu ne sont donc pas critiquables et doivent être confirmés. b) La recourante reproche à la décision attaquée d'avoir méconnu que les blocs opératoires existant dans le canton (dont ses propres installations) permettaient de répondre à l'augmentation attendue de la demande, en particulier d'avoir considéré que ces capacités existantes ne pouvaient être clairement établies, parce que les données fournies reposaient sur des affirmations souvent contradictoires. Elle requiert une expertise pour se prononcer à ce sujet. La Cour constate à cet égard que les données ont été fournies ouvertement par les instituts médicaux concernés, mais que certains éléments du passé ne peuvent être extrapolés pour l'avenir, parce que la situation décrite n'existe plus (par exemple les chiffres C. avant le départ des médecins de A. SA), que des changements imprévisibles (maintien d'une structure opératoire dans le haut du canton) ou des changements générés par le corps médical (transfert d'activités de D. à la clinique F. par deux ophtalmologues de La Chaux-de-Fonds) sont survenus. La recourante fait valoir que les besoins ne sont pas touchés et que l'offre existe de manière identique, mais elle omet de préciser que ses propres installations ne sont pas restées inactives après le départ des médecins de A. SA. L'intention du Conseil d'Etat de réduire la proportion des Neuchâtelois soignés hors canton va également influencer le taux d'occupation des salles.

L'allongement de la durée d'ouverture des blocs préconisée par la recourante se prête peu à répondre aux besoins d'une clientèle souvent âgée. Il faut ainsi reconnaître, avec le Conseil d'Etat, que l'offre en salles d'opération n'a pas pu être clairement établie. La décision attaquée met par ailleurs l'accent sur les avantages qu'offre l'ouverture du premier centre non rattaché à un établissement hospitalier et dédié à un seul type de pathologies dans le canton, arguments qui ne sauraient être réfutés par le fait que la recourante dispose également d'installations dédiées.

b) La recourante estime que le chiffre de 8,5 % des cas neuchâtelois susceptibles d'être rapatriés dans le canton est erroné. Elle entend démontrer à l'aide de sa propre interprétation des statistiques réunies par le service que le tissu neuchâtelois absorbe l'augmentation de la demande en soins de chirurgie ophtalmologique. Un même patient traité hors canton pourrait, selon sa pathologie, générer une facturation multiple pour une consultation en cabinet avant intervention (par exemple pour une série d'injections intra-vitréennes) et tirer vers le haut, par le biais du système de facturation Tarmed, le nombre estimé de patients externes. Les chiffres pourraient être biaisés par le fait que certains traitements hors canton qui nécessitent normalement une salle OP1 seraient effectués dans des cabinets qui n'en remplissent pas les conditions. Ces critiques ne constituent qu'une appréciation différente des statistiques disponibles; certaines correspondent peut-être à la réalité, mais elles se fondent également sur des hypothèses et des extrapolations, en particulier la comparaison des parts hors canton de la chirurgie ambulatoire pour des disciplines "comparables à l'ophtalmologie". Les résultats de l'interprétation que la recourante fait des statistiques disponibles ne s'écartent pas manifestement des chiffres retenus par le Conseil d'Etat. Même en admettant un taux de 6 % pour la cataracte et de 8 % pour les injections intra-vitréennes, comme elle le soutient, on ne peut considérer qu'il est irréaliste d'envisager de rapatrier une part de ces patients par l'autorisation sollicitée. Un pronostic entièrement fiable est limité par le libre choix du patient pour les soins ambulatoires mais il n'est pas exclu, compte tenu de la réputation des intervenants de A. SA, qui dispose d'une clientèle importante et dont les spécialistes opèrent également hors canton, qu'une proportion de clients soit rapatriée, respectivement que des clients extra-cantonaux choisissent d'être traités par A. SA dans la mesure prévue.

c) La recourante relève une confusion entre les salles d'opération OP I et OP II parce que la commission aurait à tort retenu que les secondes se prêtent moins bien à la chirurgie ophtalmologique. Tel n'est pas le cas. Le préavis de la commission ne porte pas principalement sur cette distinction, mais sur le fait que les salles de la recourante et des autres intervenants sont multidisciplinaires et n'offrent pas les mêmes conditions de travail. La commission relève en particulier qu'une prise en charge globale (conservatoire et opératoire) des patients dans un seul et même établissement dédié à la seule prise en charge de leur pathologie facilitera les synergies entre opérateurs et non-opérateurs et permettra de remédier rapidement à certaines problématiques de l'œil dans le cadre d'une seule et même visite. La rapidité des interventions permettra également de limiter les coûts indirects consécutifs à des arrêts de travail, à des consultations dans l'attente d'interventions ou la mise en place de moyens auxiliaires nécessaires jusqu'à la prise en charge opératoire. La commission a également relevé que la coordination des soins entre spécialistes dans une vision de soins intégrés serait renforcée, ce qui est de notoriété publique un gage de prestations de meilleure qualité au meilleur coût. Elle a enfin estimé qu'une salle dédiée exclusivement à la chirurgie ophtalmologique avec un circuit opératoire spécifique offrirait une plus grande sécurité des soins quant au risque d'infections nosocomiales liées à d'autres pathologies prises en charge dans les blocs multidisciplinaires. L'intimé a ainsi à juste titre

estimé qu'au vu des données à sa disposition et de l'évolution du matériel et des techniques médicales, un bloc opératoire de type OP1 se justifiait pour des questions de sécurité et de qualité de prise en charge des patients. Il n'a pas occulté le fait que la recourante dispose également de circuits opératoires dédiés à l'ophtalmologie avec les particularités qu'elle expose mais que ses salles sont en majorité multidisciplinaires et n'offrent pas les mêmes garanties. Enfin, il a retenu que A. SA pourrait en sus offrir d'autres prestations comme la chirurgie de la rétine. On peut toutefois donner acte à la recourante que les installations opératoires OP II satisfont aux exigences d'hygiène des blocs OP I et garantissent aussi la sécurité, l'hygiène et le bien-être du patient. d) Sur l'argument de l'aptitude à procéder à de la chirurgie rétinienne, la recourante allègue posséder les appareils nécessaires avec lesquels elle pourrait, moyennant l'adjonction d'un module de moins de 30'000 francs, effectuer des opérations de ce type. Elle ne soutient toutefois pas qu'elle entend procéder à cet achat ni qu'elle dispose des spécialistes aptes à faire de telles interventions de sorte que le Conseil d'Etat a admis à juste titre que A. SA était la seule entité apte à dispenser ce type de soins au jour de sa décision. Le nombre de cas demeure quoiqu'il en soit limité selon les chiffres au dossier, de sorte que cet argument n'a pas été déterminant pour octroyer l'autorisation. e) La recourante estime qu'il a été retenu à tort qu'elle était seule à s'opposer à l'autorisation et fait valoir des liens d'intérêt entre A. SA, HNE et la clinique F. Elle omet toutefois de mentionner qu'elle-même est liée à HNE par des conventions passées dans des secteurs spécifiques et que l'objectivité de l'hôpital public ne peut pas être mise en doute dans l'un et pas dans l'autre cas. Les intervenants neuchâtelois dans le domaine de l'ophtalmologie se sont prononcés sur un nouveau centre de chirurgie ophtalmologique ambulatoire propre à désengorger leurs propres installations ainsi que leur capacité à prendre en charge les patients neuchâtelois et leurs réponses ne sont pas sujettes à caution. La concurrence entre la recourante et A. SA est patente pour la chirurgie ophtalmologique, mais elle existe également entre les autres acteurs consultés, notamment entre A. SA et la clinique F. L'appréciation du Conseil d'Etat n'est donc pas criticable. f) Enfin et faute de preuve en sens contraire au dossier, la Cour admet que la recourante est toujours un centre de formation agréé FMH pour former des spécialistes en ophtalmologie. Cet élément n'a pas été déterminant pour l'octroi de l'autorisation sollicitée, étant établi que A. SA dispose, à teneur du dossier, des mêmes qualifications.

## **E. 8**

La modification attendue (et désormais actuelle) du Tarmed, invoquée par plusieurs intervenants, n'est pas susceptible d'influencer l'octroi de l'autorisation requise, mais tout au plus la pérennité de l'utilisation des installations de A. SA. Ces changements n'allègeront pas la demande en soins médicaux et n'ont aucune influence sur les finances cantonales, A. SA ne bénéficiant pas d'investissements consentis par les pouvoirs publics. Il appartiendra à A. SA de requérir, si les besoins augmentent et que les aspects économiques le justifient, l'utilisation de la seconde salle d'opération de son bloc opératoire. L'extension de l'autorisation aux deux salles d'opération demandée par l'intéressée dans l'exercice de son droit d'être entendu dépasse l'objet du litige et n'a pas à être traitée ici.

## **E. 9**

Vu l'issue du litige, il n'est pas utile de procéder aux mesures d'instruction sollicitées par les parties.

## **E. 10**

Le recours est rejeté. La recourante qui succombe doit supporter les frais de la procédure. Ceux-ci sont fixés, y compris les frais pour la décision du 9 mai 2017 et compte tenu la valeur litigieuse et de la complexité de la matière, à 4'500 francs, dont à déduire l'avance de frais de 880 francs. Le tiers intéressé, qui a procédé avec l'assistance d'un mandataire, à droit à des dépens (art. 48 al. 1 LPJA ). Me G. n'ayant pas déposé un état de ses honoraires et des frais, les dépens seront fixés sur la base du dossier (art. 66 al. 2 du décret fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative [ TFrais ]) et, tout bien considéré, estimés à 4'000 francs à titre d'honoraires (16h à CHF 250), 400 francs de débours et 352 francs de TVA, soit 4'752 francs, pour la procédure devant la Cour de céans. Vu l'issue de la cause, la recourante n'a pas droit à des dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.