

100.2015.4

CHA/BEJ

Tribunal administratif du canton de Berne
Cour des affaires de langue française

Jugement du 9 septembre 2016

Droit administratif

B. Rolli, président
Th. Häberli et M. Moeckli, juges
A. de Chambrier, greffier



A._____ SA
représenté par Me B._____
recourante

contre

**Direction de la santé publique et de la prévoyance sociale
du canton de Berne (SAP)**
Rathausgasse 1, 3011 Berne

relatif à une décision rendue sur recours par cette dernière le 5 décembre 2014
(autorisation provisoire d'exploitation)

En fait:

A.

Les 21 février (version allemande) et 3 mai 2012 (version française), l'Office des personnes âgées et handicapées (OPAH) de la SAP a accordé au A. _____ SA (ci-après: le centre ou la recourante) une autorisation d'exploiter provisoire pour l'hébergement avec occupation de 17 personnes handicapées adultes, rétroactive du 1^{er} janvier 2012 au 30 juin 2013. Cette décision était assortie de différentes charges, notamment celle de respecter la dotation minimum de personnel spécialisé. Le 7 juin 2013, l'OPAH a prolongé l'autorisation provisoire précitée jusqu'au 30 septembre 2013, en imposant à nouveau des charges au centre, en particulier celle d'engager une personne en mesure d'assumer la direction socio-pédagogique. Par décision du 29 avril 2014, l'OPAH a prolongé l'autorisation provisoire d'exploiter le foyer d'accueil avec occupation intégrée avec effet au 1^{er} octobre 2013 jusqu'au 5 octobre 2014, en imposant comme charges de devoir en tout temps satisfaire à la dotation minimale en personnel, d'atteindre le taux de personnel spécialisé requis jusqu'au 5 octobre 2014 et de lui faire parvenir jusqu'au 5 août 2014 les contrats de travail correspondants et les copies des diplômes des 155% de postes de personnel spécialisé manquants à l'heure actuelle.

B.

En date du 28 mai 2014, le centre a recouru contre cette décision auprès de la SAP, en demandant l'octroi d'une autorisation définitive et la modification de la dotation en personnel en fonction de son vrai rôle d'hébergement simple ainsi que du niveau léger de son public cible. A cette occasion, le centre a également critiqué les délais fixés par l'autorité pour exécuter les charges. Par décision sur recours du 5 décembre 2014, relevant que le taux de personnel qualifié requis n'était atteint ni pour un hébergement avec occupation, ni pour un hébergement seul, la SAP a rejeté le recours précité, en autorisant toutefois l'exploitation du centre du

6 octobre 2014 jusqu'à 5 mois après l'entrée en force de la décision sur recours, pour laisser au centre le temps de préparer sa fermeture.

C.

Par acte du 7 janvier 2015, la recourante, par l'intermédiaire d'un avocat, a interjeté recours contre ladite décision auprès du Tribunal administratif du canton de Berne (TA), concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et au renvoi du dossier à l'instance précédente afin qu'elle procède à un nouveau calcul de la dotation minimale en personnel qualifié et lui octroie une autorisation d'exploitation définitive en tant qu'institution d'hébergement seul.

La SAP a conclu dans son préavis du 17 février 2015 au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité. Par écrits des 10 septembre et 12 novembre 2015, 2 mars et 3 mai 2016, la recourante a transmis au TA différentes pièces relatives aux qualifications et à la formation du personnel engagé. Les 2 octobre et 7 décembre 2015, 1^{er} avril, 3 mai et 9 juin 2016, la SAP a maintenu sa position, en relevant dans son dernier courrier que, même si on limitait l'exploitation à l'hébergement et que l'on prenait en compte le personnel en formation, la recourante ne disposerait toujours pas actuellement du personnel spécialisé requis. Selon la SAP, la recourante a eu suffisamment de temps pour se conformer aux exigences en matière de personnel qualifié et il ne convenait donc pas de lui accorder un nouveau délai pour remplir les conditions d'octroi d'une autorisation.

En droit:

1.

1.1 Aux termes de l'art. 74 al. 1 de la loi cantonale du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA, RSB 155.21), le TA

connaît en qualité de dernière instance cantonale des recours contre les décisions et décisions sur recours fondées sur le droit public. La décision sur recours rendue le 5 décembre 2014 par la SAP représente l'objet de la contestation; elle ressortit incontestablement au droit public. Aucune des exceptions prévues aux art. 75 ss LPJA n'étant réalisée, le TA est compétent pour connaître du présent litige (art. 74 al. 1 LPJA, en relation avec l'art. 10 de la loi cantonale du 11 juin 2001 sur l'aide sociale [LASoc, RSB 860.1] et l'art. 44 de l'ordonnance cantonale du 18 septembre 1996 sur les foyers et les ménages privés prenant en charge des personnes tributaires de soins [OFoy, RSB 862.51]).

1.2 La recourante a pris part à la procédure devant l'autorité précédente, est, en sa qualité de destinataire de la décision contestée, particulièrement atteinte par celle-ci et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. Elle a par conséquent qualité pour recourir (art. 79 al. 1 LPJA). Le recours a, de plus, été interjeté en temps utile, dans les formes prescrites, par un mandataire dûment légitimé (art. 15 al. 1 et 4, 32 et 81 al. 1 LPJA); il est dès lors recevable.

1.3 Le pouvoir d'examen du TA résulte de l'art. 80 let. a et b LPJA; il couvre le contrôle des faits et du droit, y compris les violations du droit commises dans l'exercice du pouvoir d'appréciation, mais pas le contrôle de l'opportunité.

2.

2.1 Selon l'art. 66 al. 1 LASoc, les fournisseurs de prestations qui exploitent une institution résidentielle offrant aux pensionnaires logement, nourriture, prise en charge et soins, doivent disposer d'une autorisation d'exploiter du service compétent de la SAP. Parmi les conditions à remplir en vue d'une telle autorisation, la loi mentionne la nécessité de disposer d'une direction qualifiée et de personnel spécialisé et auxiliaire en suffisance (art. 66a al. 1 let. d LASoc). L'autorisation peut être assortie de conditions ou de charges ou délivrée pour une durée limitée (art. 66b LASoc).

2.2 L'OFoy, qui règle les détails de l'octroi d'une autorisation, prévoit que l'autorité compétente délivre cette dernière si les conditions énumérées aux art. 7 à 12 ou à l'art. 15 sont réunies (art. 18 al. 1). Selon l'art. 9 OFoy, l'effectif et les qualifications du personnel sont établis en fonction de la prise en charge et des soins requis par les pensionnaires (al. 1) et l'effectif minimal du personnel spécialisé et du personnel auxiliaire est fixé par l'autorité délivrant l'autorisation (al. 2). L'autorisation contient les charges requises dans chaque cas particulier (art. 18 al. 3 OFoy). Les autorisations sont délivrées pour une période indéterminée (art. 21 al. 1 OFoy). L'autorité peut toutefois également délivrer une autorisation provisoire assortie de charges (art. 20 al. 1 OFoy), cette autorisation devenant définitive une fois que l'autorité compétente s'est assurée que les charges contenues dans l'autorisation ont été respectées (art. 20 al. 2 OFoy).

2.3 A teneur de l'art. 25 LPJA, les parties peuvent invoquer de nouveaux faits et moyens de preuve en cours de procédure tant que la décision, la décision sur recours ou le jugement n'ont pas été rendus ou que l'administration des preuves n'a pas été formellement close par une ordonnance de l'autorité qui dirige la procédure. Conformément à sa teneur et à sa systématique, cette disposition légale s'applique indistinctement à la procédure administrative et à la procédure de justice administrative (procédures de recours et d'action). D'après la pratique relative à l'art. 25 LPJA, l'autorité doit tenir compte des faits nouveaux et moyens de preuve invoqués, même si la partie concernée a négligé de les produire plus tôt, alors qu'il lui aurait été loisible de le faire en faisant preuve de l'attention requise par les circonstances, respectivement en observant ses devoirs de collaboration. Un tel comportement procédural de l'intéressé peut toutefois entraîner des conséquences au niveau de la liquidation des frais de procédure (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, *Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern*, 1997, art. 25 n. 17 ss).

3.

3.1 En l'occurrence, il faut d'emblée relever que le présent litige se limite à l'octroi d'une autorisation pour l'hébergement seul (voir conclusion,

sans équivoque, n° 2 et art. 7 du recours), la recourante ayant abandonné son projet initial d'obtenir une autorisation pour hébergement avec occupation (art. 9 et 10 du recours).

3.2 L'OPAH, qui est l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'exploiter (art. 11 al. 2 let. f de l'ordonnance cantonale du 29 novembre 2000 sur l'organisation et les tâches de la SAP [OO SAP, RSB 152.221.121), a retenu que le personnel d'encadrement (à l'exclusion de la direction, de l'administration de l'institution et des stagiaires) devait impérativement représenter au minimum 490% de postes pour l'hébergement avec occupation intégrée de 17 personnes, dont la moitié au moins devait disposer d'un diplôme reconnu sur le plan fédéral dans le domaine du social ou de la santé, ou d'un diplôme reconnu sur le plan intercantonal dans le domaine de l'encadrement, conformément aux directives-cadres CIIS (voir décision du 29 avril 2014; dossier [dos.] SAP p. 11). Selon cette autorité, la moitié de la dotation minimale au moins (en l'occurrence 245% du personnel) doit disposer d'une formation dans la santé ou le social, dont un tiers d'une formation tertiaire (soit 80%). Devant l'instance précédente, l'OPAH a indiqué que ces critères s'appliquaient aussi à l'hébergement seul. Dans un tel cas de figure, la dotation minimale de personnel de la recourante doit selon lui être de 330% et la moitié de celui-ci, soit 165%, doit être spécialisé, dont un tiers, soit 55%, doit disposer d'une formation du degré tertiaire (voir mémoire de réponse du 15 juillet 2014 et prise de position du 26 septembre 2014; dos. SAP p. 31 et 83).

3.3 L'OPAH a fixé les exigences précitées en s'appuyant sur le "Texte interprétatif de la Conférence suisse des offices de liaison de la Convention intercantonale relative aux institutions sociales [CSOL CIIS] sur les exigences de qualité concernant le personnel d'institutions pour personnes invalides adultes (domaine B CIIS) du 29 octobre 2010 avec commentaires du canton de Berne du 1^{er} janvier 2013" (ci-après: texte interprétatif de la CSOL CIIS), qui vient préciser la directive-cadre CIIS relative aux exigences de qualité du 1^{er} décembre 2005 (textes consultables sous www.sodk.ch). Comme le relève à juste titre la SAP, l'application par analogie de cette directive-cadre ne prête pas flan à la critique. Cette

dernière, texte interprétatif compris, est d'ailleurs expressément reprise dans les "Normes relatives à l'autorisation d'exploiter un foyer" du 1^{er} juillet 2015, édictées par l'OPAH et l'office des affaires sociales (voir notamment tableau 7 desdites normes et annexe 5; consultable sous www.gef.be.ch). Une telle pratique est conforme à l'art. 9 al. 1 OFOy et aucun élément au dossier ne permet de retenir que l'OPAH aurait mésusé de son pouvoir d'appréciation en retenant les critères en cause. La recourante ne conteste pas les pourcentages de personnel qualifié retenus (art. 2 du recours du 7 janvier 2015 et prise de position du 12 novembre 2015).

3.4 Selon la directive-cadre relative aux exigences de qualité précitée, les collaboratrices et collaborateurs qui sont en formation entrent dans le quota du personnel qualifié (ch. 6.2 let. b). Aux termes du texte interprétatif CSOL CIIS, le taux d'activité (correspondant à la présence sur le lieu de travail) doit être pris en considération et les personnes qui suivent une formation ou un perfectionnement dans le cadre d'une formation professionnelle supérieure (y compris un stage pratique inclus dans ladite formation) doivent pouvoir être pris en compte à 100% (p. 3 et 4). L'OPAH a indiqué à plusieurs reprises se fonder sur la directive-cadre et le texte interprétatif précités pour déterminer les pourcentages de personnel qualifié requis (notamment décision du 29 avril 2014 et prise de position du 26 septembre 2014) et a mentionné que les critères appliqués à un foyer avec occupation étaient sur ce point les mêmes que pour un projet limité à l'hébergement. Faute d'élément allant dans le sens contraire, on peut donc retenir que, dans le cas présent, une personne en formation fait partie du quota des personnes qualifiées. Cette appréciation est d'ailleurs confirmée par les normes relatives à l'autorisation d'exploiter un foyer du 1^{er} juillet 2015, qui renvoient également au dit texte interprétatif (voir c. 3.3 ci-dessus).

4.

4.1 La décision litigieuse a été rendue le 5 décembre 2014. A cette date, la recourante ne présentait pas le quota de personnel qualifié requis. A l'instar des autorités précédentes, on pouvait tout au plus retenir 90% de

personnel spécialisé (30% de M. C. _____ et 60% de D. _____), dont 30% disposant d'une formation tertiaire (M. C. _____) (voir plan des postes 2014 [dos. OPAH non paginé] et c. 2.3.5 de la décision attaquée, auquel il peut être renvoyé). La recourante le reconnaît d'ailleurs implicitement lorsqu'elle précise, dans son recours, que la situation a évolué au cours de l'année 2014 et qu'elle dispose du personnel d'encadrement spécialisé requis au plus tard depuis le 1^{er} août 2015.

4.2 La situation de la recourante a toutefois évolué. Selon les dernières informations transmises au TA par la recourante, cette dernière dispose de 14 employés pour un total de 1110% (selon prise de position de cette dernière du 10 septembre 2015 et plan des postes de l'année 2015/2016). La recourante dispose ainsi de la dotation en personnel minimale pour l'hébergement seul (fixé à 330% par l'OPAH; voir c. 3.2 ci-dessus), ce qui n'est pas remis en question par la SAP (voir prise de position du 2 octobre 2015). Concernant le quota de personnel qualifié, l'autorité précédente a retenu, à juste titre, que E. _____, titulaire d'un diplôme de directeur d'institution, ne pouvait pas être pris en compte dans ce quota, faute de disposer d'un diplôme reconnu sur le plan fédéral ou cantonal dans le domaine du social ou de la santé (voir notamment l'annexe au texte interprétatif CSOL CIIS ch. 1.3; pièce jointe [PJ] 10 au recours et PJ 2 au courrier du 12 novembre 2015). En outre, à défaut d'équivalence, la formation accomplie par un des employés de la recourante dans l'ancien Zaïre ne peut pas non plus être prise en considération (directive-cadre ch. 6.2 let. b; texte interprétatif CSOL CIIS p. 4). En revanche, peuvent être pris en compte les 40% de poste de M. C. _____ (pourcentage non contesté par la recourante; prise de position du 12 novembre 2015), directrice socio-pédagogique du centre, qui est titulaire d'un diplôme du degré tertiaire (PJ 9 au recours) et travaille à raison de 40% aux soins et à la prise en charge (selon le plan des postes 15/16), ainsi que les 100% de poste de F. _____, employé de la recourante à 80% depuis le 1^{er} août 2015 et à 100% dès le 1^{er} février 2016, qui est titulaire d'un CFC d'assistant socio-éducatif (PJ 3 au courrier du 12 novembre 2015 et PJ 5 au courrier du 2 mars 2016). Contrairement à ce que soutient la SAP dans ses prises de position des 1^{er} avril et 9 juin 2016, une telle formation doit être prise en compte au titre du personnel qualifié, ce diplôme étant reconnu sur le plan

fédéral dans les domaines du social et de la santé (voir texte interprétatif CSOL CIIS p. 2 et ch. 1.2 de son annexe). Par ailleurs, les 100% de poste de l'employé précité doivent de toute façon être pris en compte dès la fin du mois d'août 2016, puisque ce dernier débute à cette date une formation d'éducateur social diplômé École supérieure ([ES]; PJ 7 et 8 au courrier du 2 mars 2016). Une telle formation est en effet reconnue sur le plan fédéral et cantonal dans le domaine de la santé ou du social (voir texte interprétatif CSOL CIIS p. 2 et ch. 1.1 de son annexe). Enfin, au rang du personnel spécialisé, il faut aussi prendre en considération les 100% de poste de G._____, puisque cette dernière, qui est titulaire d'un CFC d'assistante en pharmacie et est employée à plein temps par la recourante, a débuté en août 2015 une formation d'éducatrice sociale diplômée ES (PJ 5 au recours et PJ 1 au courrier du 2 mars 2016). La recourante dispose ainsi de 240% de postes de personnel spécialisé, dont 140% dispose d'une formation tertiaire (40% pour M. C._____ et 100% pour G._____), respectivement 240% dès fin août 2016 (début de la formation d'éducateur spécialisé ES de F._____; concernant le caractère tertiaire de la formation des deux derniers employés précités, voir l'art. 26, en lien avec l'art. 29 de la loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle [LFPr, RS 412.10] et le texte interprétatif CSOL CIIS p. 3; voir également le document Membres de la Conférence ES, domaine social et formation des adultes, du 2 mars 2016, confirmant que l'établissement où les deux employés susmentionnés effectuent leur formation est bien une ES; consultable sous <http://www.c-es.ch>). Par ailleurs, il convient de relever qu'à plus long terme, dès août 2017, le taux d'employés spécialisés (y compris celui de personnel au bénéfice d'une formation tertiaire), devrait même augmenter à 340%, H._____, employée de la recourante à plein temps, devant, elle aussi, commencer à ce moment une formation d'éducatrice sociale diplômée ES (PJ 7 au recours; PJ 4 au courrier du 2 mars 2016).

4.3 La recourante dispose donc actuellement et, a fortiori, d'autant plus dès la fin août 2016, du quota requis de personnel qualifié, formation tertiaire comprise. Dès lors, contrairement à la situation qui prévalait lorsque la SAP a statué, la dotation en personnel spécialisé ne peut plus justifier un refus d'autorisation de durée indéterminée. Un tel constat ne

permet toutefois pas encore de conclure que l'ensemble des conditions à l'octroi d'une telle autorisation sont remplies. En effet, les autorités précédentes ne se sont prononcées que sur la dotation, sans d'ailleurs trancher cette question de façon définitive. L'OPAH a en effet indiqué qu'il ne pouvait autoriser l'exploitation d'un tel foyer sans avoir clarifié au préalable certaines questions au sujet de l'occupation proposée par l'institution et sans demander à cette dernière des informations complémentaires (prise de position du 26 septembre 2014; dos. SAP p. 83). A cette occasion, l'office précité a en particulier relevé la possibilité d'un malentendu quant à la définition du mot occupation, en précisant que ce terme ne comprenait pas uniquement le travail en atelier, mais aussi l'accompagnement et le soutien au quotidien. Il n'appartient toutefois pas au TA de se prononcer, en première instance, sur l'octroi définitif d'une autorisation d'exploiter un foyer sans occupation et de traiter les questions encore laissées ouvertes à ce sujet.

4.4 La SAP a prolongé l'autorisation d'exploiter provisoire jusqu'à cinq mois après l'entrée en force de sa décision, non pas pour permettre à la recourante de remplir les charges ordonnées par l'OPAH le 29 avril 2014, mais pour préparer la fermeture du centre (décision attaquée c. 2.4.3 et 2.5). Elle est d'avis qu'il serait inapproprié d'accorder à la recourante un délai supplémentaire pour se conformer aux exigences fixées par l'OPAH, puisque cette dernière n'a pas atteint la dotation minimum en personnel spécialisé, en dépit de plusieurs autorisations provisoires assorties de charges allant dans ce sens, accordées depuis février 2012. Il convient tout d'abord de relever que la position de la SAP se fonde sur le fait que la condition de la dotation en personnel qualifié n'est pas remplie. En outre, même si les reproches formulés par l'instance précédente à l'encontre de la recourante sont justifiés en ce sens que cette dernière a surtout cherché à gagner du temps (également au cours de la présente instance), il convient également de relever que les principes de la proportionnalité et d'économie de procédure font obstacle à une non-prolongation de l'autorisation provisoire (à tout le moins une dernière fois) et à la fermeture de l'institution au vu de la situation actuelle et dans un avenir proche. En effet, le non-renouvellement de celle-ci n'empêcherait pas la recourante de déposer une nouvelle demande, une fois les conditions relatives à la dotation remplies

(soit, en tous les cas, dès août 2016). De plus, il existe un intérêt important pour les pensionnaires à ne pas devoir quitter le centre en raison de sa fermeture, alors que celui-ci pourrait être rouvert suite au dépôt d'une nouvelle demande. Enfin, il y a lieu de relever que, contrairement à ce qui avait été prévu pour la charge relative à la direction socio-pédagogique (décision du 7 juin 2013), la décision du 29 avril 2014 ne prévoyait pas qu'en cas de non-respect de l'exigence en matière de dotation dans le délai fixé, une nouvelle autorisation provisoire ne serait pas accordée et que cela conduirait à la fermeture du centre. L'OPAH avait donc estimé que l'évolution des circonstances ne justifiait pas de fermer la porte à une éventuelle nouvelle prolongation de l'autorisation provisoire.

5.

5.1 Au vu de ce qui précède, il convient d'admettre partiellement le recours et d'annuler la décision attaquée dans la mesure où elle limite à cinq mois après son entrée en force l'autorisation provisoire d'exploiter un foyer, cette autorisation provisoire étant toutefois limitée à l'hébergement seul. La cause est renvoyée à l'OPAH afin qu'il examine si les autres conditions à l'octroi d'une autorisation sont réunies, en particulier si le concept d'exploitation sans occupation prévu par la recourante correspond bien à la notion d'institution avec hébergement seul. Au besoin, les exigences en matière d'effectif pourront être adaptées à l'évolution de la situation, notamment en fonction de l'effectif des pensionnaires du centre. A l'issue de cet examen, il se prononcera sur l'octroi ou le refus d'une autorisation de durée déterminée ou indéterminée à la recourante.

5.2 Les frais de procédure devant le TA, fixés forfaitairement à Fr. 4'000.-, doivent être mis totalement à la charge de la recourante (Fr. 3'000.- étant déjà couverts par l'avance de frais) dont l'attitude est à l'origine de la procédure de recours (art. 108 al. 1 LPJA). En effet, l'admission (partielle) du recours ne se justifie qu'en raison de l'évolution de la dotation du personnel de la recourante postérieurement aux décisions précédentes, la décision sur recours de la SAP n'étant pas critiquable à l'époque où elle a été rendue.

5.3 Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à la recourante (art. 104 al. 1 et 108 al. 3 LPJA). L'autorité ne peut pas non plus prétendre à une indemnité à ce titre (art. 104 al. 3 LPJA).

Par ces motifs:

1. Le recours est partiellement admis et la décision contestée annulée dans la mesure où elle limite à cinq mois après son entrée en force l'autorisation provisoire d'exploiter un foyer, l'autorisation provisoire étant toutefois limitée à l'hébergement seul des pensionnaires du centre.
2. La cause est renvoyée à l'OPAH afin qu'il se prononce une nouvelle fois sur une autorisation d'exploiter un foyer avec hébergement seul, de durée déterminée ou indéterminée, au sens des considérants.
3. Les frais de la présente procédure, fixés forfaitairement à Fr. 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante et compensés, à raison de Fr. 3'000.- avec l'avance de frais versée par la recourante, le solde dû étant dès lors fixé à Fr. 1'000.-.
4. Il n'est pas alloué de dépens.

5. Le présent jugement est notifié (R):

- au mandataire de la recourante,
- à la SAP,
- à l'OPAH, Rathausgasse 1, 3011 Berne.

Le président:

Le greffier:

Voie de recours

Dans les 30 jours dès sa notification écrite, le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, au sens des art. 39 ss, 82 ss et 90 ss de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF, RS 173.110).