

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1281/2009-EXPLOI

ATA/198/2010

**ARRÊT**

**DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**du 23 mars 2010**

dans la cause

**ASSOCIATION DE L'EMS "RÉSIDENCE NOTRE-DAME"**  
représentée par Me Alexandre Fellay, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE LA SOLIDARITÉ ET DE L'EMPLOI**

---

---

## EN FAIT

1. La Résidence Notre-Dame est un établissement médico-social accueillant des personnes âgées (ci-après : EMS) exploité à Genève par l'Association de l'EMS Résidence Notre-Dame (ci-après : la Résidence Notre-Dame).
2. Le 30 mars 2006, le président du département de l'économie et de la santé (ci-après : DES), devenu depuis le 7 décembre 2009 le département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : DARES) et celui du département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE) ont signé conjointement un courrier adressé aux cinquante-et-un EMS subventionnés par l'Etat de Genève, intitulé "décision du Conseil d'Etat concernant le subventionnement et la surveillance financière des [EMS]".

Le Conseil d'Etat avait décidé de simplifier les règles de subventionnement et de surveillance financière des EMS. Un subventionnement quadriennal était introduit dès 2006. A partir de cette date, la subvention de fonctionnement des EMS était stabilisée sur quatre ans (2006 - 2009), à hauteur de son montant 2006, lequel varierait "uniquement en fonction d'une éventuelle augmentation ou baisse du nombre de lits, respectivement du taux d'occupation". Les prix de pension resteraient eux aussi inchangés pendant la période quadriennale. Le principal avantage de cette nouvelle méthode était, outre la grande simplification qu'elle amenait pour les établissements et l'Etat, de permettre une plus grande autonomie de gestion aux institutions qui avaient, notamment, la possibilité d'effectuer, durant la période quadriennale, des reports d'un exercice sur l'autre en cas de résultats excédentaires ou déficitaires.

Parallèlement, la procédure budgétaire était considérablement allégée. La surveillance administrative et financière interviendrait par le biais de l'examen des états financiers des institutions qui devraient être conformes aux nouvelles exigences requises par la loi sur les indemnités et les aides financières (LIAF - L 9 01.1) et des rapports des organes de contrôle des institutions. La qualité des prestations fournies par les EMS continuerait à être contrôlée par la direction générale de la santé.

3. En application de cette décision, l'office cantonal des personnes âgées (devenu depuis lors le service des prestations complémentaires ; ci-après : SPC) a adressé le 7 avril 2006 au directeur de la Résidence Notre-Dame le courrier suivant :

"Concerne : subvention quadriennale 2006-2009 :

Monsieur le directeur,

Nous avons effectué le calcul de la subvention d'exploitation quadriennale de votre établissement conformément au courrier du 30 mars 2006 de Monsieur François Longchamp, président du Département de la solidarité et de l'emploi, et de Monsieur Pierre-François Unger, président du Département de l'économie et de la santé. Ce courrier stipule que la subvention d'exploitation pour les années 2006 à 2009 est répartie proportionnellement aux montants versés en 2005. Cela correspond pour votre établissement au calcul suivant :

Calcul de la subvention 2006 - 2009*	CHF
Subvention d'exploitation pour l'année 2005 pour tous les EMS	89'151'862.-
Subvention d'exploitation 2005 pour votre établissement	1'174'523.-
Part de votre établissement	1.32%
Subvention annuelle 2006-2009 pour votre établissement	1'082'400.-
Montant mensuel	90'200.-

\* la subvention variera uniquement en fonction d'une variation du nombre de lits, respectivement du taux d'occupation

Le montant final sera revu après le vote du budget par le Grand Conseil et les éventuels ajustements seront effectués au cours du deuxième semestre 2006. Le versement des subventions d'exploitation sera effectué le 20 ou 21 de chaque mois".

4. La Résidence Notre-Dame a élevé réclamation contre cette décision le 5 mai 2006.

La diminution du montant de la subvention qui en résultait empêchait l'adaptation des salaires aux mécanismes salariaux prévus.

Elle n'a pas recouru auprès du Tribunal administratif contre le rejet de sa réclamation, intervenu courant 2006.

5. Début 2008, la commission des finances du Grand Conseil (ci-après : la commission des finances) a souhaité que le versement de la subvention 2008 soit subordonné à la signature d'un contrat de prestations.
6. Le 14 mars 2008, la Cour des comptes a adressé un courrier au président du DSE. Elle l'informait avoir été saisie par la commission des finances pour entreprendre un audit portant sur l'organisation générale de la surveillance relative aux EMS et examiner les rapports entre la LIAF et la LEMS.

7. Le 24 avril 2008, la commission des finances a informé le conseiller d'Etat précité de la nécessité de lui faire parvenir lesdits contrats de prestations.

Elle suspendait l'examen des requêtes dans l'attente de la production de ceux-ci afin de préserver l'égalité de traitement entre les différents organismes subventionnés.

8. Par courrier du 15 juillet 2008, le DSE a informé la fédération genevoise des établissements médicaux-sociaux (ci-après : FEGEMS) de cette situation.

L'art. 10 LIAF (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006) subordonnait l'octroi d'une indemnité à une base légale. « Dès lors et comme l'[avait] expressément souhaité la commission des finances", le subventionnement des EMS devait être assorti d'un contrat de prestations signé avec chacune des entités concernées, d'ici au 31 décembre 2008, afin de recevoir la subvention correspondante en 2009.

Le DSE la priait en conséquence de bien vouloir demander à ses membres de compléter et signer le contrat de prestations proposé. Le projet de contrat avait été élaboré sur la base d'un modèle contraignant validé par les autorités concernées « soit le Conseil d'Etat et le Grand Conseil ». Il porterait sur la seule année 2009, correspondant à la dernière année de la période quadriennale, la nouvelle LEMS, en pleine refonte, étant appelée à redéfinir le contenu des contrats de prestations pour la période 2010-2013. Un délai au 30 septembre 2008 était imparti à la FEGEMS pour retourner au DSE l'ensemble des contrats de prestations des EMS subventionnés.

9. Le contrat proposé prévoit notamment qu'au terme de l'exercice comptable 2009, l'EMS doit restituer à l'Etat, s'il est bénéficiaire, le 75% de son résultat annuel. En revanche, à l'échéance du contrat, l'EMS assume seul ses pertes reportées.

Ces deux points ont fait l'objet d'après discussions entre les parties. La grande majorité des EMS considérant l'obligation de restitution excessive et celle de prendre en charge les éventuelles pertes reportées illégale, au motif que la LEMS prévoyait la prise en charge par l'Etat de ces pertes en contrepartie, notamment, de la fixation unilatérale du prix de pension par ce dernier.

Il découle des documents résumant le contenu des discussions intervenues dans ce cadre, que le DSE ne souhaitait pas changer, avant l'échéance de la période quadriennale 2006-2009, le système mis en place suite à la décision du Conseil d'Etat du 30 mars 2006. Il préférerait remettre à plus tard la rédaction fouillée de cet outil nouveau, une fois la nouvelle LEMS connue, soit pour la législature suivante. La commission des finances n'avait pas partagé cette approche et avait imposé la rédaction d'un tel contrat, raison pour laquelle le DSE avait établi dans l'urgence celui reçu par les EMS (annexe au courrier de la

FEGEMS adressé aux EMS concernés : « contrat de prestations : clefs de lecture et première analyse des réponses obtenues à nos propositions d'amendement, ch. 1 : Le contrat de prestations est-il incontournable ? ».

10. Le 5 septembre 2008, la Cour des comptes a adressé au président de la commission des finances un rapport intermédiaire suite au mandat que cette dernière lui avait confié début 2008.

Dans un arrêt du 7 novembre 2006 (ATA/2781/2006, ci-après : arrêt des Charmettes), le Tribunal administratif avait considéré à tort que les EMS n'étaient pas soumis à la LIAF. Son raisonnement était contraire aux buts poursuivis par cette loi. L'exception visée par la LIAF à son art. 5 al. 3 ne concernait que les aides financières et non les indemnités versées aux EMS. Cette situation était sans conséquence, car l'arrêt du Tribunal administratif traitait de la recevabilité du recours et non du fond. Le constat d'inapplicabilité de la LIAF ne figurait que dans les considérants et non dans le dispositif de l'arrêt et n'avait pas, en conséquence, force de chose jugée. La LIAF était une loi générale qui s'appliquait à toutes les subventions et à tous les bénéficiaires de celles-ci. Elle visait une saine utilisation des deniers publics et soumettait les subventionnés aux règles de contrôle de l'utilisation de l'argent public. La LEMS était une loi plus ancienne qui visait une catégorie particulière d'établissements susceptible de bénéficier de subventions. Il s'agissait d'une *lex specialis* par rapport à la LIAF, qui fixait des conditions particulières relatives à l'octroi des subventions et aux différents critères entrant dans le calcul du montant de ceux-ci. Il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer aux EMS les exigences prévues par la LIAF notamment en ce qui concernait, la surveillance, les règles comptables, la tenue des comptes, les limites à la thésaurisation, etc.

11. Le 12 septembre 2008, le DSE a envoyé à la FEGEMS un nouveau projet de contrat qui n'a pas reçu l'aval de celle-ci.
12. Le 19 novembre 2008, le Conseil d'Etat a déposé devant le Grand Conseil le projet de loi sur les établissements pour personnes âgées, destiné à remplacer la LEMS (PL 10401).
13. Devant la difficulté à parvenir à une solution négociée avec le DSE sur les modifications à apporter au contrat, la FEGEMS a adressé à la commission des finances un courrier le 23 septembre 2008.

Elle priait celle-ci de bien vouloir verser les indemnités 2009 aux EMS sur la base d'une décision, comme le lui autorisait l'art. 11 al. 2 LIAF.

La LEMS était en pleine refonte. Il n'était pas judicieux de sceller dans cinquante-et-un accords distincts des normes contractuelles portant sur la responsabilité en cas de déficit pour la répartition d'éventuels bénéfices avant que

les nouvelles conditions cadre du secteur soient définitivement connues. L'applicabilité de la réforme de la rémunération de la fonction publique aux EMS et celle touchant le financement des soins de longue durée constituaient des inconnues supplémentaires devant être éclaircies avant que de tels contrats ne soient signés. Le contrat de prestations ne prenait son sens que sous une forme pluriannuelle, car il s'agissait de responsabiliser les bénéficiaires sur plusieurs exercices. Un contrat de prestations limité à une seule année générerait une complexité importante sans permettre pour autant ni à l'Etat ni aux EMS d'en tirer le bénéfice attendu.

14. C'est le DSE qui a répondu à ce courrier le 24 septembre 2008.

Il ne voyait aucun nouvel élément, dans la lettre adressée à la commission des finances, qui n'aurait pas déjà reçu une réponse du département. Un dernier délai au 3 octobre 2008 était imparti à la FEGEMS pour lui retourner les contrats dûment signés.

15. Lors de son assemblée générale du 2 octobre 2008, la FEGEMS, à une très grande majorité de ses membres, a décidé de ne pas signer les contrats de prestations et de mandater un groupe de travail pour élaborer une nouvelle proposition de contrat.

16. Le 3 octobre 2008, la Résidence Notre-Dame a informé le DSE qu'elle ne signerait pas le contrat proposé, conformément à la décision prise en assemblée générale.

17. Par courrier du 29 octobre 2009, le DSE a fixé à l'établissement un ultime délai pour signer son contrat au 30 octobre 2008.

18. Le 4 novembre 2008, la Résidence Notre-Dame a refusé de signer.

La signature d'un contrat de prestations 2009 n'était pas un préalable indispensable au versement des indemnités octroyées par l'Etat à son établissement. Aux termes de l'art. 17 LEMS, les charges financières des EMS reconnus d'utilité publique étaient couvertes par le prix de pension facturé aux pensionnaires (let. a) par les assureurs maladie (let. b) et par les subventions cantonales (let. c). Cette disposition constituait une base légale valable au regard de l'art. 10 LIAF. En outre, l'art. 11 LIAF n'imposait pas la forme du contrat de prestations. La décision prise en date du 30 mars 2006 était ainsi pleinement valable. Il conviendrait de finaliser un contrat de prestations pour la période quadriennale 2010-2013 avec un groupe de travail réunissant le DSE et les directeurs des EMS.

19. Par lettre du 5 novembre 2008, le président du DSE a accusé réception du refus de l'établissement de signer le contrat de prestations 2009.

20. Le 19 décembre 2008, le Grand Conseil a voté, dans le budget 2009 de l'Etat de Genève, une subvention à la Résidence Notre-Dame pour l'année 2009 de CHF 1'123'337.-.
21. Le DSE a informé cette dernière de ces circonstances par courrier du 22 décembre 2008. Cette subvention serait versée dès janvier 2009 sous réserve du résultat de l'examen de ses états financiers. Dans la mesure où l'institution n'avait pas signé son contrat de prestations, le Conseil d'Etat examinerait avec la commission des finances les conséquences de ce refus qui pouvait impliquer la suspension, dès janvier 2009, du versement de sa subvention.
22. Le 15 janvier 2009, le Conseil d'Etat a avisé la Résidence Notre-Dame que le versement de la subvention 2009 la concernant était suspendu avec effet immédiat, soit dès janvier 2009. Cette décision avait été communiquée à la commission des finances. Elle ne concernait que 19 EMS, dont le sien. Tous les autres établissements s'étaient conformés aux « exigences légales voulues par le Grand Conseil ».
- Elle avait néanmoins la possibilité de retourner au DSE le contrat de prestations dûment signé d'ici au 31 janvier 2009, auquel cas la subvention serait rétablie.
23. Par courrier du 30 janvier 2009, la Résidence Notre-Dame a prié le président du DSE de lui notifier une décision formelle conforme aux exigences de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
24. Ce dernier a répondu par lettre du 27 février 2009. Il avait demandé à son service de préparer une décision formelle qui lui serait notifiée «le moment venu ».
25. Sans réponse du DSE, l'intéressée, qui ne percevait plus de subvention depuis janvier 2009, a mis le DSE en demeure de statuer le 6 mars 2009.
26. Par une décision formelle datée du 18 mars 2009 comportant l'indication des voie et délai de recours au Tribunal administratif, le président du DSE a signifié à la Résidence Notre-Dame que sa subvention d'exploitation ne lui serait pas accordée en 2009.

Selon la LIAF, l'octroi d'indemnités revêtait la forme d'un contrat écrit de droit public. Une subvention ne pouvait être accordée par une décision que lorsque la loi le permettait et que l'accomplissement des tâches était garanti. La décision n'était préférée au contrat que lorsque ce dernier apparaissait inadéquat au regard du principe de la proportionnalité (art. 11 al. 2 LIAF et 8 al. 4 RIAF). Compte tenu de l'importance des montants alloués aux EMS et des tâches qui leur étaient confiées, il était justifié, sous l'angle du principe de la proportionnalité, d'exiger de ces institutions la signature d'un contrat de prestations. Cette exigence

était posée par la commission des finances, compétente pour l'examen des projets de loi portant sur les indemnités et aides financières fondées sur la LIAF, qui refusait d'entrer en matière en l'absence d'un tel contrat. Le 15 janvier 2009, il avait accordé à l'intéressée un ultime délai pour lui permettre de remplir les conditions d'octroi de la subvention. Celle-ci n'en avait pas fait usage et cette attitude avait empêché le département de préparer un projet de loi à l'attention du Grand Conseil conforme à l'art. 26 LIAF.

27. La Résidence Notre-Dame a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision le 8 avril 2009. Elle conclut préalablement à la restitution de l'effet suspensif et, principalement à l'annulation de la décision, sous suite de frais et dépens, ainsi qu'à ce qu'il soit ordonné à l'Etat de Genève, de lui verser la subvention d'exploitation 2009 de CHF 1'123'337.- « plus tout autre complément de subvention légal éventuel ».

Selon la LEMS, les charges financières des EMS reconnus d'utilité publique étaient couvertes par le prix de pension facturé au pensionnaire et fixé par l'Etat, les prestations des assurances-maladie et les subventions cantonales. Le prix de pension couvrait les coûts hôteliers et une contribution aux soins non soumis à la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10). Les prestations des assurances-maladie n'assumaient qu'une part des soins couverts par la LAMal. La subvention cantonale ne servait qu'à couvrir la part des soins LAMal non financée par les assureurs. On ne pouvait ainsi pas véritablement parler de subventionnement de l'Etat, dans la mesure où celui-ci ne faisait que prendre en charge la part des soins LAMal non imputable aux assureurs-maladie, mais due selon cette loi aux pensionnaires des EMS.

Le Conseil d'Etat s'appuyait sur l'entrée en vigueur de la LIAF pour exiger des EMS la signature d'un contrat de prestations en 2009. Or, la LEMS consacrant un véritable droit à la subvention en faveur des établissements reconnus d'utilité publique, elle constituait une loi spéciale par rapport à la LIAF, rendant cette dernière inapplicable.

Quand bien même celle-ci le serait, l'art. 11 al. 1 LIAF prévoyait que les aides financières pouvaient être octroyées sous la forme d'une décision si le recours au contrat de droit public apparaissait inadéquat du point de vue du principe de la proportionnalité, ce qui était le cas en l'espèce. Le contrat de prestations proposé par le DSE contenait plusieurs clauses contraires à la LEMS (prise en charge des pertes par les EMS, interdiction de la thésaurisation, etc.).

La décision attaquée constituait une tentative de révocation d'une décision entrée en force lui garantissant, sur le principe et quant à son montant, une subvention d'exploitation pour la période 2006-2009. Sur cette base, elle avait consenti de lourds investissements pour accroître ses possibilités de prise en

charge de pensionnaires. Une telle révocation portait atteinte au principe de la sécurité du droit.

28. Par décision du 29 avril 2009, la présidente du Tribunal administratif a rejeté la demande de mesures provisionnelles déposée par la recourante.

29. Le 15 mai 2009, le juge délégué a entendu les parties en audience de comparution personnelle.

a. La recourante a indiqué avoir obtenu une ligne de crédit à la Banque cantonale genevoise (ci-après : BCG) dont le montant maximal était de CHF 1'000'000.-. Ce financement était limité dans le temps. Elle adhérait au principe de la signature d'un contrat de prestations mais s'opposait à celui qui lui avait été soumis. Elle avait toujours appliqué les directives imposées par l'Etat, même lorsque celles-ci ne lui convenaient pas. Elle avait accepté de respecter le plan quadriennal 2006-2009 malgré la baisse des subventions qu'il contenait et le blocage des prix de pensions imposé. Elle avait compté sur le fait qu'en cas de déficit consolidé et constaté, elle bénéficierait d'une subvention extraordinaire en 2010, en application de l'art. 17 LEMS. Au lieu de cela, le DSE lui avait annoncé en 2008 la nécessité de signer un contrat de prestations contenant une clause selon laquelle ce déficit serait à sa charge. La restitution des bénéfices imposée par le contrat de prestations n'était par ailleurs pas acceptable, car elle impliquait que des montants payés par les résidents ou versés en leur faveur (droits aux prestations complémentaires, remboursement de prestations LAMal) retombaient dans l'escarcelle de l'Etat.

b. Le DSE a indiqué pour sa part que les cinquante EMS ayant signé le contrat de prestations seraient mises au bénéfice d'une loi de subventionnement. Bien que la Résidence Notre-Dame n'ait pu faire l'objet d'un tel projet de loi, la subvention avait été inscrite à la charge de l'Etat de Genève dans le budget 2009. La loi ne garantissait pas la couverture des déficits aux EMS. Le contrat de prestations ne faisait que reprendre les principes posés par la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat (LGAF - D 1.05). La signature des contrats de prestations n'avait pas été demandée en 2006 en raison des délais d'adaptation autorisés par la loi, qui avaient été prorogés par deux lois (PL 10 110 - recte : 10100 et 10386). Enfin, l'Etat n'était pas opposé à la prise en charge des coûts effectifs des résidents mais la relation devait jouer dans les deux sens, à la hausse comme à la baisse (restitution à l'Etat des excédents).

30. Le DSE a répondu au recours le 10 juin 2009 et a conclu à son rejet.

Pour pouvoir bénéficier d'une subvention, les EMS devaient respecter notamment les conditions fixées par l'art. 26 LIAF. Tel n'était pas le cas de la recourante.

Certes, la LIAF permettait que des indemnités soient octroyées sous la forme d'une décision si la forme du contrat apparaissait inadéquate au regard du principe de la proportionnalité (8 al. 4 LIAF).

Il appartenait au Grand Conseil de déterminer si un projet de loi octroyant une indemnité à un EMS devait être accompagné d'un contrat de prestations ou non. Le Conseil d'Etat ne pouvait contraindre le Parlement à voter une indemnité sur la base d'une décision si ce dernier n'entendait pas s'en contenter. La commission des finances s'était exprimée très clairement à ce sujet : l'existence d'un contrat de prestations - et non d'une simple décision - était une condition sine qua non de l'octroi d'une quelconque indemnité. Le débat soulevé par la recourante à ce sujet était ainsi vain et visait en réalité à contester le pouvoir souverain du Grand Conseil. Pratiquement, les décisions d'octroi d'une indemnité avaient les mêmes conséquences que les contrats de prestations. Le contrat proposé était légal à tout point de vue.

31. La recourante a répliqué le 8 juillet 2009 et persisté dans ses conclusions. Dans un avis de droit versé à la procédure, le Professeur François Bellanger avait conclu qu'en l'absence de conclusion d'un contrat, l'indemnité due aux EMS pouvait être octroyée par voie de décision par le Conseil d'Etat, la LEMS autorisant ce mode de fonctionnement et la LIAF ne l'excluant pas. L'accomplissement des tâches incombant aux EMS était garanti par les contraintes imposées par la LEMS, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un contrat de prestations. Dès lors que la Résidence Notre-Dame remplissait toutes les conditions d'octroi de la subvention fixée par la LEMS, elle aurait dû se voir allouer sa subvention par décision.

Pour des raisons qui seront reprises en tant que de besoin dans la partie en droit ci-après, la LIAF n'était pas applicable aux EMS et le contrat proposé était illégal.

Enfin ce document ne pouvait être qualifié de contrat. Selon le Professeur Thierry Tanquerel (*Les contrats de prestations*, Genève 2002, p. 11), ce contrat se définissait comme une manifestation concordante de volonté de plusieurs sujets de droit, produisant l'effet juridique correspondant à l'accord. Cette définition impliquait une égalité de principe des parties et une volonté de celles-ci de se lier, laquelle pouvait seule donner un effet obligatoire au contrat. L'existence de plusieurs sujets de droit ne suffisait pas pour qualifier une relation de contractuelle. Encore fallait-il que celle-ci soit réellement bilatérale et que l'effet juridique en cause résulte véritablement de la volonté concordante et réciproque des parties. En outre, lorsque le contenu d'un contrat était strictement défini par la loi, il s'agissait de considérer que celui-ci n'avait de contrat que le nom, notamment si le régime défini par le cadre légal pouvait être appliqué exactement de la même manière au moyen d'une décision (F. BELLANGER, *Le contrat de droit administratif*, in : *Le contrat dans tous ces états*, Berne 2004, p. 296). Ainsi

en allait-il, en l'espèce, du contrat de prestations 2009 proposé aux EMS qui ne faisait que reprendre la loi telle qu'interprétée par le DSE, sans laisser aucune possibilité à ceux-ci d'en refuser la signature.

32. Le DSE a dupliqué le 11 août 2009 et persisté dans ses conclusions.

Il ressortait de l'avis de droit du Professeur Bellanger précité, que l'Etat pouvait imposer la voie contractuelle lorsque la loi lui permettait d'agir soit ainsi, soit au moyen d'une décision. Le contrat de prestations faisait partie des conditions légales ouvrant le droit à la subvention. Si la subvention de la Résidence Notre-Dame avait fait l'objet d'une décision, celle-ci aurait contenu les mêmes réglementations que le contrat de prestation sur le traitement des pertes et l'interdiction de la thésaurisation. La recourante aurait contesté cette décision qui ne serait pas entrée en force dans le délai utile. Le versement de la subvention 2009 n'aurait ainsi pu être effectué.

Aucune règle de droit n'imposait l'existence de négociations préalables à la conclusion d'un contrat de droit public (avis de droit du Professeur Bellanger précité). Le contenu pouvait être parfaitement imposé par l'Etat de Genève par l'autre partie, sous réserve des droits et des principes constitutionnels régissant le droit administratif. En l'espèce, si plusieurs clauses du contrat étaient imposées par la loi, d'autres étaient définies par la situation particulière de l'EMS concerné (nombre de lits, objectif et indicateurs de performance, moment du versement d'indemnité, traitement des bénéficiaires, etc.).

33. Le 7 octobre 2009, les parties ont été informées qu'en l'absence de requête complémentaire, la cause serait gardée à juger.

## **EN DROIT**

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A et ss de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05 ; art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
2. Le litige porte sur la légalité des exigences imposées par le DSE quant au mode d'octroi de la subvention 2009 allouée à la Résidence Notre-Dame. Il pose, en particulier, la question de savoir si la signature d'un contrat de prestations pouvait être imposée à la recourante par l'autorité intimée.
3. La décision attaquée remet en question la décision du 7 avril 2006 du Conseil d'Etat, qui accorde à la Résidence Notre-Dame une subvention d'exploitation quadriennale 2006-2009 de CHF 1'082'400.- par année, ce montant ne pouvant varier, selon ses termes, "qu'en fonction d'une variation du nombre de

lits, respectivement du taux d'occupation" et sous réserve de l'approbation par le Grand Conseil de la subvention inscrite au budget. La subvention 2009 a été votée par le Grand Conseil et la décision du 7 avril 2006 est entrée en force de chose décidée courant 2006, de sorte que les éventuels vices qu'elle contient ont été guéris par l'écoulement du temps.

La décision litigieuse, qui supprime les effets de la décision susmentionnée, doit ainsi, pour être valable, respecter les conditions de la révocation des décisions entrées en force.

4. Selon un principe général du droit, l'autorité qui a pris la décision initiale peut procéder à sa révocation, sans base légale expresse, pour rétablir une situation conforme au droit. La révocation à titre de sanction suit des règles propres qui sont exorbitantes au présent litige.

La révocation pour rétablissement d'une situation conforme au droit peut se justifier dans deux cas : lorsqu'une irrégularité dans la décision d'origine est constatée après son entrée en force ou si une illégalité survient en raison d'une modification du droit ou des circonstances. En l'absence de tout vice, la décision n'est pas révocable sans indemnité ; elle se heurte au principe de la sécurité du droit, qui garantit la stabilité des décisions sur lesquelles les administrés fondent leur conduite. Il en va de même lorsque la loi confère à la décision d'origine la garantie des droits acquis, mais cette hypothèse n'est pas réalisée en l'espèce.

5. Il convient en premier lieu d'examiner si la décision du 7 avril 2006 contenait, au moment où elle a été prise, un vice initial affectant son mode d'octroi qui justifierait sa révocation.

- a. Selon l'art. 17 LEMS, les charges des établissements reconnus d'utilité publique sont couvertes par les prix de pension facturés aux pensionnaires (let. a), les assureurs-maladie (let. b) et les subventions cantonales (let.c). Cette disposition consacre en faveur des EMS un droit à la subvention d'exploitation (ATA/2781/2006 du 7 novembre 2006), qui constitue la contrepartie des contraintes de gestion qui sont imposées à ces derniers par l'Etat (fixation du prix de pension [art. 20 al. 1 let j LEMS], etc). Le versement de cette subvention est subordonné au vote du budget par le Grand Conseil (art. 11 al. 2 du règlement d'application de la loi relative aux établissements médicaux-sociaux accueillant des personnes âgées du 15 décembre 1997 - REMS - J 7 20.01). Le montant de la subvention dépend de plusieurs facteurs propres aux établissements (nombre de lits, taux d'occupation, intensité de l'encadrement médico-social, etc ; art. 27 LEMS et 12 REMS).

La LEMS ne donne pas d'indications particulières quant à la forme que doit revêtir l'octroi de la subvention (décision, loi ou contrat). Elle n'interdit pas le recours à la décision. D'ailleurs, jusqu'à fin 2008, le DSE, usant de la compétence

qui lui est conférée par l'art. 2 LEMS, a recouru à cette forme ordinaire d'action de l'administration sans qu'aucune objection n'ait été soulevée.

Il résulte de ce qui précède que la décision du 7 avril 2006 a été prise conformément à la LEMS et à son règlement d'application s'agissant du mode d'octroi de la subvention, celui-ci constituant le seul objet du litige.

b. Le 1<sup>er</sup> janvier 2006, la LIAF est entrée en vigueur. Les parties se querellent sur l'applicabilité de cette loi aux subventions accordées aux EMS. Cette question est sans incidence sur celle de savoir si la décision du 7 avril 2006 était valable au moment où elle a été prise, car la solution est la même, que l'on applique la LEMS seule (point 3a ci-dessus) ou conjointement avec la LIAF (ci-après).

En effet, à son art. 11 al. 2, la LIAF prescrit que l'octroi d'indemnités - dont la notion couvrirait les subventions d'exploitation des EMS en cas d'applicabilité de cette loi (art. 2 al. 2 LIAF) - revêt d'ordinaire la forme d'un contrat écrit de droit public, mais que ces indemnités peuvent néanmoins être accordées par une décision "lorsque la loi le permet et que l'accomplissement des tâches est garanti". L'art. 26 al. 1 let. c LIAF réserve également cette possibilité.

La LEMS - qui régit le domaine des subventions d'exploitation accordées aux EMS - n'interdit pas ce mode d'octroi, comme exposé ci-dessus. Certes, selon l'art. 10 LIAF, l'octroi d'une indemnité est subordonné à l'existence d'une base légale. Cette disposition renvoie aux art. 5 et ss, et en particulier à l'art. 6 LIAF, qui prescrit que la base légale mentionne les conditions d'octroi, "notamment le but, la nature, la durée et le montant des indemnités (...)". Elle n'impose cependant pas nécessairement l'adoption d'une loi ad hoc. En effet, lorsqu'une loi de même rang que la LIAF - en l'occurrence la LEMS - circonscrit clairement le but et la nature de la subvention accordée (art. 17, 19 let. b 26 et 27 LEMS), que celle-ci est octroyée par une décision de l'exécutif en application des art. 2 LEMS ou 11 al. 2 LIAF, qu'elle est inscrite au budget par le Conseil d'Etat et votée chaque année par le Grand Conseil, les conditions des art. 10 et 6 LIAF sont respectées.

En outre, la décision du 7 avril 2006 octroyant la subvention 2009 à la Résidence Notre-Dame a été prise postérieurement à l'entrée en vigueur de la LIAF, alors que ses exigences et ses dispositions transitoires étaient connues de l'autorité intimée. A ce moment-là, le département, comme le Conseil d'Etat dans sa décision du 30 mars 2006 ont fait l'éloge des raisons pour lesquelles l'octroi d'une subvention quadriennale au moyen de la décision révoquée était préférée aux autres moyens à disposition de l'exécutif.

Ainsi, que ce soit en application de la LEMS seule ou, conjointement, de la LIAF - qui s'appliquerait subsidiairement en tant que loi générale - le mode d'octroi de la subvention par le biais d'une décision est conforme à la loi.

La révocation pour vice initial ne saurait ainsi être admise.

6. L'autorité intimée allègue que la commission des finances, se prévalant de la nécessité de mettre les subventions accordées en conformité avec la LIAF dans le délai d'adaptation prévu par ses dispositions transitoires, a imposé la forme du contrat de prestations et refusé d'accorder toute subvention en l'absence d'un tel contrat. Le département n'aurait ainsi disposé d'aucune marge de manœuvre pour accorder la subvention litigieuse à la recourante au moyen d'une décision.
7. Il convient de déterminer si l'entrée en vigueur de la LIAF constitue une modification du droit justifiant une révocation.

Selon son art. 34 al. 1<sup>er</sup>, la LIAF s'applique à l'ensemble des indemnités existantes, dès son entrée en vigueur. Celle-ci date du 1<sup>er</sup> janvier 2006. La décision révoquée est postérieure. Elle se fonde en outre sur une décision du Conseil d'Etat datée du 30 mars 2006, également postérieure à cette entrée en vigueur. L'autorité ne peut ainsi invoquer ce motif de révocation, alors qu'elle a accordé la subvention 2009 postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Il ne saurait en effet y avoir de modification du droit dans ces circonstances. En outre, et comme exposé ci-dessus, la LIAF - à supposer qu'elle soit applicable au cas d'espèce - n'impose pas la forme du contrat de prestations et le recours à la décision dans le cas de la Résidence Notre-Dame était en 2006, et est demeuré en 2009, conforme au droit. Les dispositions transitoires de la LIAF, qui prescrivent une adaptation des règles se trouvant en contradiction avec cette loi lors de son entrée en vigueur sont ainsi sans portée pour le présent litige (art. 34 LIAF).

8. La commission des finances ne pouvait remettre en cause les engagements pris en toute légalité par le département. En effet, selon l'art. 70 de la Constitution de la République et canton de Genève du 24 mai 1847 (Cst-GE - A 2 00), le pouvoir législatif est exercé par un Grand Conseil. Le pouvoir exécutif et l'administration générale du canton sont confiés à un Conseil d'Etat composé de sept membres (art. 101 Cst-GE). Ces dispositions consacrent le principe fondamental de la séparation des pouvoirs.

Aux termes de l'art. 2 REMS, le DSE est l'autorité chargée de l'exécution de la LEMS. La LIAF, dont la commission des finances s'est prévaluée, permet au département d'octroyer les subventions par le biais d'une décision "lorsque la loi le permet et que l'accomplissement des tâches est garanti". Sous ces seules réserves, cette loi confère à l'exécutif un pouvoir d'appréciation, auquel le département ne peut renoncer sans violer la loi et commettre un excès négatif de son pouvoir d'appréciation (P. MOOR, Droit administratif, vol. 2, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2002, p. 376, n. 4.3.2.3).

9. Selon l'art. 201 de la loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève du 13 septembre 1985 (LRGC - B 1 01), la

commission des finances est nommée par le Grand Conseil et est chargée notamment d'examiner les comptes, le budget et les demandes de crédits supplémentaires et extraordinaires. Dans l'exercice de ses fonctions, cette commission parlementaire ne peut imposer des règles qui paralysent l'application d'une loi formelle (en l'espèce, la LEMS) votée par le Grand Conseil et validée par le peuple souverain, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs. Elle peut encore moins, ce faisant, contraindre l'exécutif à revenir sur des engagements pris postérieurement à l'entrée en vigueur de la LIAF sans porter une atteinte grave aux principes de la sécurité du droit et de la bonne foi garantis par les art. 5 et 9 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101).

10. Le principe de l'égalité de traitement ne saurait être invoqué à l'appui de cette violation.
11. Le DSE ne saurait non plus s'appuyer sur l'avis de la Cour des comptes. Cette autorité a pour but d'assurer un contrôle indépendant et autonome de l'administration cantonale, des institutions cantonales de droit public et des organismes subventionnés (art. 1<sup>er</sup> al. 1<sup>er</sup> de la loi instituant une cour des comptes du 10 juin 2005 - LICC - D 1 12). Elle vérifie d'office et selon son libre choix la légalité des activités et la régularité des recettes et des dépenses décrites dans les comptes et s'assure du bon emploi des crédits, fonds et valeurs gérés par les entités contrôlées (art. 1<sup>er</sup> al. 2 LICC). Le contrôle des entités concernées est exercé conformément aux dispositions de l'art. 174A al. 1<sup>er</sup> Cst de manière à vérifier la régularité des comptes, la légalité des activités et des opérations et le bon emploi des crédits, fonds, biens et valeurs mis à disposition (art. 8 LICC). La Cour des comptes dresse des rapports et peut adopter des recommandations lorsque des déficiences sont constatées (art. 1<sup>er</sup> al. 4 et 10 al. 3 LICC). Elle n'a pas de compétences juridictionnelles, mais permet un contrôle financier des institutions concernées. Elle ne peut délivrer des avis de droit contraignant ou invalider la jurisprudence du tribunal de céans, chargé de la juridiction administrative (56A al. 1<sup>er</sup> LOJ et 86 al. 2 de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; LTF - RS 173.110).
12. Aucune modification du droit survenue après l'entrée en force de la décision du 7 avril 2006 ne saurait ainsi être valablement invoquée pour justifier une révocation.
13. Les circonstances ne se sont pas non davantage modifiées. En particulier, aucune variation du type de celles prévues par la décision du 7 avril 2006 n'est alléguée (variation du nombre de lits ou du taux d'occupation, refus d'approbation par le Grand Conseil de la subvention inscrite au budget 2009).

14. Enfin, aucun des motifs de révocation prévu par l'art. 23 LIAF n'est réalisé, de sorte que même si cette disposition était applicable au présent litige, elle ne saurait fonder la décision litigieuse.
15. En conclusion, la décision attaquée ne respectant pas les conditions de la révocation, le recours doit être admis et la décision du 18 mars 2009 annulée.
16. La cause sera renvoyée au DSE pour qu'il décide du montant exact de la subvention due conformément à la décision du 7 avril 2006, qui prescrit une adaptation de la subvention annuelle de CHF 1'082'400.- en fonction du nombre de lits et de leur taux d'occupation.
17. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du département qui succombe. Une indemnité de procédure de CHF 2'000.-, à la charge de l'Etat de Genève, sera par ailleurs allouée à l'association de l'EMS Résidence Notre-Dame, qui a recouru aux services d'un avocat (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 8 avril 2009 par l'association de l'EMS Résidence Notre-Dame contre la décision du département de la solidarité et de l'emploi du 18 mars 2009 ;

**au fond :**

l'admet ;

annule la décision du département de la solidarité et de l'emploi du 18 mars 2009 ;

rétablit la décision du 7 avril 2006 du département de la solidarité et de l'emploi ;

renvoie la cause audit département pour nouvelle décision au sens des considérants ;

met à la charge du département un émolument de CHF 1'000.- ;

alloue une indemnité de procédure de 2'000.- à l'association de l'EMS Résidence Notre-Dame, à la charge de l'Etat de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière

de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Alexandre Fellay, avocat de la recourante et au département de la solidarité et de l'emploi et, pour information, à la commission des finances du Grand Conseil et à la Cour des comptes.

Siégeants : Mme Bovy, présidente, M. Thélin, Mmes Hurni et Junod, M. Dumartheray, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

la présidente :

L. Bovy

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :