

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1378/2009-EXPLOI

ATA/222/2009

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 30 mars 2010

dans la cause

V_____, LIEU DE VIE (EMS)
représentée par Me Philippe Prost, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SOLIDARITÉ ET DE L'EMPLOI

EN FAIT

1. La résidence V_____ est un établissement médico-social (ci-après : EMS) exploité à Genève par la société anonyme V_____ Lieu de vie (EMS) (ci-après : V_____).
2. Le 7 avril 2006, l'office cantonal des personnes âgées, devenu depuis lors le service des prestations complémentaires (ci-après : SPC) a adressé au directeur de V_____ 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	7'299'042.-
Part de votre établissement	8.19 %
Subvention annuelle 2006-2009 pour votre établissement	6'715'800.-
Montant mensuel	559'650.-

* 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 (...)"

3. 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.
4. Le 24 avril 2008, elle a informé le président du département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE) qu'elle suspendait l'examen des requêtes de subvention en attente de la production desdits contrats.
5. Consécutivement, le DSE est entré en pourparlers avec la Fédération genevoise des établissements médicaux-sociaux (ci-après : FEGEMS) pour tenter d'obtenir la signature de ces contrats, dont la teneur était contestée par les membres en raison, notamment des règles sur la prise en charge par les EMS des pertes reportées et de l'interdiction de thésaurisation (obligation de restituer 75% des excédents bénéficiaires à l'Etat).
6. Par lettre du 5 novembre 2008, V_____ a fait part au DSE de sa volonté de ne pas signer le contrat de prestations 2009 tant qu'un nouveau projet de contrat n'aurait pas abouti.
7. Le 19 décembre 2008, le Grand Conseil a voté, dans le budget 2009 de l'Etat de Genève, une subvention en faveur de V_____ pour l'année 2009 de CHF 6'927'255.-.
8. Le DSE a informé l'intéressée de cette circonstance par lettre du 22 décembre 2008.

La subvention lui 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 son refus.
9. Le 15 janvier 2009, le DSE l'a avisée qu'« en application des dispositions légales en vigueur » (non mentionnées), le versement de sa subvention 2009 était suspendu avec effet immédiat, soit dès janvier 2009, en raison de son refus de signer le contrat de prestations.

Elle pouvait toutefois retourner au DSE ledit contrat dûment signé dans un délai échéant le 31 janvier 2009. La subvention serait alors rétablie.
10. Le 29 janvier 2009, V_____ a adressé un courrier au président du DSE.

Elle avait informé ce dernier en novembre 2008 des graves difficultés financières qu'elle supportait en raison d'un prix de pension trop bas fixé par le SPC pour la période quadriennale 2006-2009. La suspension avec effet immédiat du versement de la subvention entraînerait des conséquences catastrophiques pour elle (licenciement collectif d'une cinquantaine de collaborateurs, arrêt de

l'exploitation d'un nombre important de lits, etc...). Soucieuse d'assumer ses responsabilités sociales dans une période critique pour le marché de l'emploi, elle ne soutiendrait pas l'épreuve de force engagée par la commission des finances et le DSE contre son EMS. Elle lui retournait, sans toutefois y adhérer, le contrat de prestations 2009 dûment signé.

Elle priait par ailleurs le DSE de bien vouloir lui notifier la décision de suspension du 15 janvier 2009, motivée, avec l'indication des voies de droit.

11. Le DSE a répondu à cette requête par courrier du 16 mars 2009. Dans la mesure où le contrat signé par V_____ avait permis de reprendre le versement mensuel de sa subvention, il n'y avait pas lieu de notifier à cette dernière les éléments figurant dans son courrier du 15 janvier 2009, lequel ne constituait pas une décision et ne s'appliquait plus à sa situation.

Quant au déficit allégué, il relevait de la seule responsabilité de l'établissement.

12. Par acte du 17 avril 2009, V_____ a saisi le Tribunal administratif. Elle demande à ce dernier de constater "l'illégalité de la décision de suspension de la subvention d'exploitation due à V_____ prise par le DSE avec effet dès le mois de janvier 2009".

La notification d'une décision formelle respectant les formes légales suite à sa requête du 29 janvier 2009 n'ayant pu être obtenue, le courrier du 16 mars 2009 devait être considéré comme une réclamation écrite au sens de l'art. 30 al. 1 de la loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées du 3 octobre 1997 (LEMS - J 7 20), formée contre la décision non motivée du 15 janvier 2009. La lettre du DSE du 16 mars 2009 constituait dès lors une décision sur réclamation, qui ne respectait pas les exigences de motivation imposées par l'art. 46 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

V_____ disposait d'un intérêt actuel à obtenir la constatation de l'illicéité de la décision de suspension bien que celle-ci n'ait pas produit d'effet en raison de la signature postérieure du contrat de prestations. Dans la mesure où les subventions accordées aux EMS faisaient périodiquement l'objet d'un réexamen par l'Etat, il était capital pour elle d'obtenir ce constat d'illicéité afin d'éviter que le DSE n'applique la loi de manière erronée dans le futur et lui fasse supporter une contrainte économique indue.

Le recours obligatoire au contrat était illégal car la loi permettait à l'autorité d'allouer les subventions par voie de décision si la loi ne l'excluait pas et que l'accomplissement des tâches était garanti, ce qui était le cas en l'espèce.

Le DSE avait violé les principes de la confiance et de la bonne foi en suspendant la subvention avec effet immédiat et en forçant V_____, sous la menace de graves représailles financières, à signer un contrat qu'elle désapprouvait et considérait contraire à la loi.

L'apport à la procédure des procès-verbaux de la commission des finances était nécessaire à l'établissement des faits. En effet, le président du DSE avait toujours laissé entendre que l'exigence de la signature d'un contrat de prestations était imposée par la commission des finances. Or, V_____ avait appris de source sûre que cette commission n'avait jamais donné son aval à la décision de suspension du 15 janvier 2009. La lecture des procès-verbaux de cette commission permettrait d'élucider cette question. Le tribunal était prié préalablement de procéder à cette mesure d'instruction.

13. Le DSE a répondu au recours le 25 mai 2009. Il conclut principalement à son irrecevabilité et, subsidiairement, à son rejet.

La communication du 15 janvier 2009 ne constituait pas une décision au sens de l'art. 4 LPA. Elle était une simple déclaration ne déployant pas d'effet juridique. Elle ne devait donc pas remplir les conditions de forme de l'art. 46 LPA. Le courrier de la recourante du 29 janvier 2009 ne pouvait valoir réclamation écrite. La lettre du DSE du 16 mars 2009 ne constituait ainsi pas une décision sur réclamation.

Au moment où la recourante avait sollicité la notification d'une décision formelle de la part du DSE, soit le 29 janvier 2009, elle n'avait plus d'intérêt juridique ou pratique à obtenir une telle décision, sa situation s'étant régularisée par la signature du contrat.

Les conclusions de nature constatatoire n'étaient par ailleurs recevables que lorsque leur auteur avait un intérêt à leur admission. Tel n'était pas le cas, selon la jurisprudence, lorsque la partie recourante agissait en constatation de droit alors qu'elle pouvait le faire en condamnation de sa partie adverse. La condition de subsidiarité de l'action en constatation n'était pas remplie en l'espèce, car la recourante aurait pu refuser de percevoir la subvention 2009 et recourir en annulation de la décision.

14. V_____ a répliqué le 31 juillet 2009 en persistant dans ses conclusions.

Le courrier du DSE du 15 janvier 2009 suspendant le versement de la subvention 2009 était une décision au sens de l'art. 4 LPA. Il en allait de même du refus de cette autorité de lui notifier cette décision dans le respect de l'art. 46 LPA.

Son intérêt résidait dans le fait que les pratiques illégales du DSE pouvaient se répéter à l'avenir. Le recours ne portait pas sur le versement de la subvention

mais sur l'attitude du DSE consistant à user de mesures coercitives illicites telle que la suspension avec effet immédiat de la subvention, pour imposer la signature d'un contrat de prestations. Il n'y avait pas de place, dans ces conditions, pour une action formatrice. Ses conclusions en constatation étaient ainsi recevables.

15. Le DSE a dupliqué le 24 août 2009 et maintenu ses conclusions en irrecevabilité, sans apporter de nouveaux arguments.
16. Le 28 août 2009, les parties ont été informées qu'en l'absence de requête complémentaire, la cause serait gardée à juger.
17. Le 9 septembre 2009, le DSE a informé le juge délégué qu'il ne sollicitait pas de nouvelles mesures d'instruction.
18. Le 11 septembre 2009, V_____ a déclaré vouloir persister dans ses conclusions préalables relatives à l'apport à la procédure des procès-verbaux de la commission des finances.

EN DROIT

1. L'objet du litige doit préalablement être déterminé.

Au sens de l'art. 4 al. 1^{er} LPA sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet, notamment, de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a).

En droit genevois, la notion de décision est calquée sur le droit fédéral (art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 - PA - RS 172.021), ce qui est également valable pour les cas limites, ou plus exactement pour les actes dont l'adoption n'ouvre pas de voie de recours. Ainsi, de manière générale, les communications, opinions, recommandations et renseignements ne déploient aucun effet juridique et ne sont pas assimilables à des décisions, de même que les avertissements ou certaines mises en demeure (Arrêt du Tribunal fédéral 1C.408/2008 du 16 juillet 2009 consid. 2 ; ATA/311/2009 du 23 juin 2009 consid. 4 ; ATA/42/2007 du 30 janvier 2007 consid. 4 ; ATA/602/2006 du 14 novembre 2006 consid. 3 ; ATA/836/2005 du 6 décembre 2005 consid. 2 ; P. MOOR, Droit administratif, Vol. 2, Berne 2002, p. 214, n. 2.2.3.3 ; B. BOVAY, Procédure administrative, Berne 2000, p. 334-344). Ces dernières peuvent constituer des cas limites et revêtir la qualité de décisions susceptibles de recours, lorsqu'elles apparaissent comme des sanctions conditionnant ultérieurement l'adoption d'une mesure plus restrictive à l'égard du destinataire. Lorsque la mise en demeure ou l'avertissement ne possède pas un tel caractère, il n'est pas sujet à

recours (ATA/644/2002 du 5 novembre 2002 consid. 3b ; ATA/241/2000 du 11 avril 2000 consid. 4 ; A. KÖLZ/ I. HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2^{ème} éd., Zurich 1998, p. 181 ; F. GYGI *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Berne 1983, p. 136).

La décision du 15 janvier 2009 suspend avec effet immédiat le versement de la subvention 2009 accordée par une décision du 7 avril 2006, dont le paiement devait intervenir le 20 ou le 21 de chaque mois. Elle supprime ainsi un droit et constitue une décision de révocation d'une décision entrée en force.

Dans ses conclusions du 17 avril 2009, la recourante demande au tribunal de "constater l'illégalité de la suspension de la subvention d'exploitation due à V_____ ". Ce faisant, elle conteste non pas le refus du DSE du 16 mars 2009 de lui notifier la décision dans la forme demandée, mais la décision du 15 janvier 2009, qui suspend le versement de sa subvention.

Cette décision constitue l'objet du litige.

2. La recourante ne prend aucune conclusion en annulation de la décision attaquée. Elle demande uniquement que l'illicéité de celle-ci soit constatée. La recevabilité de ces conclusions doit être examinée.

Selon la jurisprudence rendue en application de l'art. 49 al. 2 LPA, les conclusions de nature constatatoire sont irrecevables lorsque la partie recourante agit en constatation de droit alors qu'elle pourrait le faire en condamnation de sa partie adverse. En vertu du principe de subsidiarité, une décision en constatation ne peut être prise qu'en cas d'impossibilité pour la partie concernée d'obtenir une décision formatrice (ATA/496/2009 du 6 octobre 2009 consid. 2b ; et ATA/245/2007 du 15 mai 2007 consid. 3c).

Dans le cas d'espèce, la recourante agit contre une décision formatrice, dont elle ne peut, formellement, que demander l'annulation.

En application du principe de subsidiarité, son recours devrait donc être déclaré irrecevable pour ce motif.

Il découle toutefois de la jurisprudence du tribunal de céans qu'il ne faut pas se montrer trop formaliste sur la manière dont sont formulées les conclusions du recourant. Il est acquis par exemple que si les conclusions ne ressortent pas expressément de l'acte de recours, ce manquement n'entraîne pas l'irrecevabilité du recours si le tribunal et la partie adverse peuvent comprendre avec certitude les fins du recourant (ATA/1/2007 du 9 janvier 2007 ; ATA/118/2006 du 7 mars 2006 ; ATA/775/2005 du 15 novembre 2005 et la jurisprudence citée). Une requête en annulation d'une décision doit être déclarée recevable dans la mesure où le recourant a de manière suffisante manifesté son désaccord avec la décision,

ainsi que sa volonté qu'elle ne développe pas d'effets juridiques (P. MOOR, Droit administratif, Vol. II, Berne 2002, 2^{ème} éd., p. 674, n. 5.7.1.4).

En l'espèce, la recourante a pris, formellement, des conclusions en constatation de l'illicéité de la décision du 15 janvier 2009 parce qu'ayant conclu le contrat et, consécutivement, reçu la subvention demandée, cette décision ne pouvait plus produire d'effets. Il découle cependant très clairement de ses écritures qu'elle sollicite en réalité l'annulation de cette décision, mais "pour l'avenir".

L'éventuel défaut de qualité pour recourir de la recourante doit ainsi non pas être examiné en rapport avec ses conclusions prétendument constatatoires - qui sont en réalité des conclusions valables en annulation de la décision - mais avec son intérêt actuel à recourir.

3. Selon l'art. 60 let. a et b LPA, les parties à la procédure qui a abouti à la décision attaquée et toute personne qui est touchée directement par une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée, sont titulaires de la qualité pour recourir (ATA/77/2009 du 17 février 2009 et références citées).

Cette notion de l'intérêt digne de protection est identique à celle qui a été développée par le Tribunal fédéral sur la base de l'art. 103 let. a de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 et qui était, jusqu'à son abrogation le 1er janvier 2007, applicable aux juridictions administratives des cantons, conformément à l'art. 98a de la même loi (ATA/399/2009 du 25 août 2009 consid. 2a ; ATA/207/2009 du 28 avril 2009 consid. 3a et les arrêts cités). Elle correspond aux critères exposés à l'art. 89 al. 1 let. c de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, en vigueur depuis le 1er janvier 2007 (LTF - RS 173.110) que les cantons sont tenus de respecter, en application de la règle d'unité de la procédure qui figure à l'art. 111 al. 1 LTF (Arrêts du Tribunal fédéral 1C.76/2007 du 20 juin 2007 consid. 3 et 1C.69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.2 ; Message du Conseil fédéral concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale du 28 février 2001, FF 2001 pp. 4126 ss et 4146 ss).

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, un intérêt digne de protection suppose un intérêt actuel à obtenir l'annulation de la décision attaquée (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêts du Tribunal fédéral 1C.133/2009 du 4 juin 2009 consid. 3 ; 1C.76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; 6B.34/2009 du 20 avril 2009 consid. 1.3 ; H. SEILER, Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Berne 2007, n. 33 ad art. 89 LTF p. 365 ; K. SPUHLER/ A. DOLGE/ D. VOCK, Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG], Zurich/St-Gall 2006, n. 5 ad art. 89 LTF p. 167). L'existence d'un intérêt actuel s'apprécie non seulement au moment du dépôt du recours, mais aussi lors du prononcé de la décision sur recours ; s'il s'éteint pendant la procédure, le recours, devenu sans objet, doit être simplement

radié du rôle (ATF 125 V 373 consid. 1 p. 374 ; 118 Ib 1 consid. 2 p. 7 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.76/2009 du 30 avril 2009 consid. 2 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 consid. 3 et 4 ; ATA/175/2007 du 17 avril 2007 consid. 2a ; ATA/915/2004 du 23 novembre 2004 consid. 2b) ou déclaré irrecevable (ATF 123 II 285 consid. 4 p. 286 et ss. ; 118 Ia 46 consid. 3c p. 53 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.69/2007 du 11 juin 2007 consid. 2.3 ; ATA/192/2009 du 21 avril 2009 ; ATA/195/2007 du 24 avril 2007 ; ATA/640/2005 du 27 septembre 2005).

En l'espèce, la décision dont est recours prévoit la suspension de la subvention 2009, qui a finalement été versée après que la recourante ait signé le contrat de prestations et cédé aux instances du DSE.

La recourante n'a ainsi plus d'intérêt actuel à recourir.

4. Selon la jurisprudence, il est renoncé à l'exigence d'un intérêt actuel lorsque cette condition de recours fait obstacle au contrôle de légalité d'un acte qui pourrait se reproduire en tout temps, dans des circonstances semblables, et qui, en raison de sa brève durée ou de ses effets limités dans le temps, échapperait ainsi toujours à la censure de l'autorité de recours (ATF 135 I 79 consid. 1 p. 82 ; 131 II 361 consid. 1.2 p. 365 ; 129 I 113 consid. 1.7 p. 119 ; 128 II 34 consid. 1b p. 36 ; Arrêt du Tribunal fédéral 6B.34/2009 du 20 avril 2009 consid. 3 ; ATA/365/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/351/2009 du 28 juillet 2009 ; ATA/328/2009 précité ; ATA/146/2009 du 24 mars 2009 consid. 3).

La recourante se prévaut du fait que les pressions dont elle a été l'objet pour cette signature pourraient se répéter à l'avenir et qu'elles sont illégales. Elle perd toutefois de vue que les conditions-cadre régissant l'octroi des subventions accordées aux EMS ont changé par l'adoption, le 4 décembre 2009, de la nouvelle loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (PL 10401 ; LGÉPA - J 7 20) et de son règlement d'application du 16 mars 2010 ; RGEPA - J 7 20.01). L'entrée en vigueur de ces normes a été fixée au 4 avril 2010 de sorte que les modalités d'octroi des subventions ne seront plus jamais les mêmes à l'avenir. Le règlement précité subordonne les contrats de prestations à la signature d'un contrat de prestations (art. 28 RGEPA). La soumission des EMS à cette exigence, si elle était un jour contestée, ne le serait ainsi plus dans le même cadre légal.

5. Le recours sera ainsi déclaré irrecevable, sans qu'il soit nécessaire de statuer sur les autres questions de recevabilité qu'il pose (compétence du Tribunal administratif et délais de recours).
6. Il n'y a pas lieu, vu ce résultat, d'ordonner les mesures d'instruction demandées par la recourante (apport des procès-verbaux de la commission des finances), qui concernent le fond du litige et non sa recevabilité.

7. Un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

déclare irrecevable le recours interjeté le 17 avril 2009 par la société anonyme V_____ Lieu de vie (EMS) contre la décision du département de la solidarité et de l'emploi du 15 janvier 2009 ;

met à la charge de V_____ Lieu de vie (EMS) un émolument de CHF 500.- ;

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 Philippe Prost, avocat de la recourante ainsi qu'au département de la solidarité et de l'emploi.

Siégeants : M. Thélin, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Dumartheray, juges,
M. Bonard, juge suppléant.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste adj. :

M. Tonossi

le vice-président :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :