

du 2 mars 2004

dans la cause

M. A. S.

représenté par M. Joël Goldstein, mandataire

contre

OFFICE CANTONAL DES PERSONNES ÂGÉES

EN FAIT

1. M. A. S., né le 8 novembre 1908 en H., apatride, réside à Genève avec un permis de séjour B depuis le 28 avril 1998.
2. Sa soeur et son beau-frère, Madame B. et M. E. B., nés respectivement en 1926 et 1920, tous deux de nationalité suisse, domiciliés 10, rue C. à Genève, l'ont hébergé dès son arrivée à Genève.

M. S. ayant comme seul revenu une pension française d'un montant mensuel de 569,37 euros et aucune fortune, le couple B. ainsi que leur fils, M. M. B., domicilié à Z., se sont portés garants de l'entretien de M. S. au cours de la procédure de demande d'autorisation de séjour faite auprès de l'office cantonal de la population à Genève (ci-après : OCP). Le 6 mars 1998, ils ont précisé prendre la responsabilité de ne jamais faire appel à l'aide publique pour subvenir à ses besoins.
3. L'état de santé de M. S. s'est peu à peu dégradé et sa famille ne pouvant plus assurer un encadrement adéquat a étudié la possibilité d'un placement en établissement médico-social (EMS). Les ressources financières de la famille B. et de M. S. n'étant pas suffisantes pour assurer ce placement, une demande de prestations d'assistance a été déposée le 15 décembre 2002 auprès de l'office cantonal des personnes âgées (ci-après : OCPA) par l'intermédiaire du directeur de l'EMS les Marronniers, M. J. G..
4. Le 4 février 2003, l'OCPA a informé M. S. que sa demande était refusée. Les conditions d'octroi des prestations complémentaires à l'AVS/AI exigeaient un séjour de 5 ans pour les prestations fédérales et de 10 ans pour les prestations cantonales. S'agissant des prestations d'assistance, elles étaient refusées en raison de l'engagement d'entretien signé par sa famille à l'OCP.
5. le 26 février 2003, M. G. a élevé réclamation au nom de M. S. contre la décision de refus rendue par l'OCPA. Les problèmes de démence grave dont souffrait M. S. ne permettaient plus une prise en charge par sa famille. Les époux B. étaient d'ailleurs eux-mêmes

atteints dans leur santé en raison de leur âge et du poids de la prise en charge de leur parent.

Le 7 avril 2003, M. S. est entré à l'EMS les M..

6. Par décision du 4 août 2003, l'OCPA a accordé à M. S. des prestations complémentaires fédérales (PCF) d'un montant mensuel de CHF 2'525.- dès le 1er avril 2003. La décision relevait que la réclamation concernant le refus des prestations d'assistance était toujours pendante.
7. Le 15 septembre 2003, l'OCPA a rejeté la réclamation et confirmé sa décision du 4 février 2003 s'agissant des prestations d'assistance. L'examen de la situation financière de la famille B. et de M. S. indiquait qu'ils ne pouvaient pas prendre en charge près de CHF 59'000.- par an de frais de pension (montant correspondant aux frais de pension moins les ressources de M. S.). Les époux B. avaient un revenu annuel de CHF 40'968.- et M. M. B., marié et père de cinq enfants avait un revenu annuel de CHF 76'000.-. Toutefois en raison des engagements d'entretien signés par les époux B. et par M. M. B., les prestations d'assistance étaient refusées. La famille de M. S. devait honorer les engagements pris qui ne se limitaient pas à une simple formalité nécessaire à l'octroi de l'autorisation de séjour.
8. Le 24 septembre 2003, M. G. a recouru auprès du Tribunal administratif, au nom et pour le compte de M. S., contre la décision sur réclamation de l'OCPA. Il concluait au versement de prestations d'assistance. La situation était exceptionnelle et la bonne foi de la famille devait être reconnue.

Jusqu'en avril 2003, la famille de M. S. avait assuré l'encadrement de celui-ci, malgré la péjoration de son état général. Des problèmes de démence (agressivité) et de dépendance (difficultés à marcher, à s'habiller, incontinence) avaient surgi depuis deux ans et s'aggravaient, nécessitant un encadrement médico-social. L'enquête sur la situation financière de la famille avait confirmé qu'elle ne pouvait pas tenir ses engagements face aux frais d'un placement en EMS.

La décision de l'OCPA ne tenait pas compte de l'âge et de l'état de santé de Mme et M. B. qui n'étaient plus capables d'assurer une prise en charge physique de M. S..

9. Le 31 octobre 2003, l'OCPA a conclu au rejet du recours. L'engagement signé le 6 mars 1998 auprès de l'OCP par la famille de M. S. de ne jamais faire appel pour lui à l'aide publique devait être respecté.
10. Les 13 novembre 2003 et 15 janvier 2004, les parties ont réitéré leurs conclusions.
11. M. S. a remis au tribunal un certificat médical du docteur François Loew de la policlinique de gériatrie des hôpitaux universitaires de Genève datant du 4 avril 2003. Le praticien suivait M. S. depuis un an pour troubles du comportement, notamment de l'agressivité envers son beau-frère, envers une aide à domicile et même des passants. Le diagnostic posé était notamment une démence débutante, des chutes en raison de troubles de l'équilibre et de la marche, des troubles cognitifs et des incontinences. Le placement de M. S. en EMS était "la seule bonne solution en l'état actuel, permettant des soins optimaux". Mme B. était épuisée moralement et physiquement.
12. Sur quoi la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable à cet égard (art. 56 A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05; art. 63 al. 1 litt. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

La recevabilité du recours dépend en outre de l'examen de la qualité de mandataire professionnellement qualifié (art. 9 al. 1 LPA) du directeur de l'EMS par l'intermédiaire duquel agit le recourant.

2. a. En procédure administrative, contentieuse ou non, les parties peuvent se faire représenter par un conjoint, un ascendant ou un descendant majeur, respectivement par un avocat ou un autre mandataire professionnellement qualifié pour la cause dont il s'agit (art. 9 al. 1 LPA).
- b. Selon la jurisprudence, un mandataire est considéré comme qualifié s'il dispose des connaissances suffisantes dans le domaine du droit dans lequel il

prétend être à même de représenter une partie (ATF G. du 3 mars 1999). Le Tribunal fédéral a précisé que l'aptitude à agir comme mandataire professionnellement qualifié devant le Tribunal administratif devait être examinée de cas en cas, au regard de la cause dont il s'agit (ATF 125 I 166, consid. 2bb, p. 169).

c. En l'espèce, M. G. dirige l'EMS Les M. dans lequel réside le recourant. La loi relative aux établissements médico-sociaux du 3 octobre 1997 (LEMS - j 7 20) soumet à autorisation l'exploitation des EMS (art. 2 LEMS). A teneur de la loi, le directeur de l'établissement, responsable de la gestion administrative et financière de l'établissement, doit présenter toutes les garanties relatives à sa moralité et sa santé et posséder le titre professionnel ou l'expérience pratique requis pour la fonction. L'établissement doit offrir aux pensionnaires, selon les nécessités, une aide aux actes de la vie quotidienne, comprenant un appui administratif, notamment pour l'obtention de toutes les prestations sociales auxquelles ils peuvent prétendre (art. 9 litt. d LEMS). Le directeur de l'établissement est ainsi reconnu comme mandataire, s'agissant des pensionnaires de l'établissement, par les organismes d'assistance, dont l'office intimé, tant au niveau de la demande de prestation d'assistance qu'au niveau de la décision sur réclamation.

Pour ces raisons, la qualité de mandataire qualifié professionnellement doit être reconnue et le recours est ainsi recevable sur ce point également.

3. a. Selon l'article 12 Cst. féd. (RS 101), entré en vigueur le 1er janvier 2000, "quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine". Ce droit à des conditions minimales d'existence fonde une prétention du justiciable à des prestations positives de la part de l'Etat (notamment ATF 2P.115/2001 du 11 septembre 2001, consid. 2a; ATF 2P.59/2001 du 11 septembre 2001, consid. 2b; ATF 122 II 193 = JdT 1998 I 566, consid. 2cc dd).

b. La Constitution fédérale ne garantit toutefois que le principe du droit à des conditions minimales d'existence; il appartient ainsi au législateur - fédéral, cantonal et communal - d'adopter des règles en

matière de sécurité sociale qui ne descendent pas en dessous du seuil minimum découlant de l'article 12 Cst. féd., mais qui peuvent aller au-delà (ATF 2P.115/2001, du 11 septembre 2001, consid. 2a).

Ce minimum, ne se borne pas à assurer la simple survie mais bien plus une existence digne de l'homme, inclut, la nourriture, le logement et l'encadrement médical ainsi que des besoins spécifiques tels que par exemple, la participation aux médias, l'aménagement convenable du logement et la satisfaction des besoins individuels (F. WOLFFERS, Fondements du droit de l'aide sociale, Berne 1995, pp 92, 93). Les prestations d'assistance doivent donc être adaptées à chaque cas individuel.

c. Selon le Tribunal fédéral, l'aide sociale a pour but d'éviter les situations de nécessité, respectivement d'y remédier. Il en découle que l'un des principes qui prévaut en matière d'assistance est que les causes de l'indigence ne sont pas déterminantes (ATF 121 I 367 = JdT 1997 I 285, 287 et 288, consid. 3b et 3d). Ainsi, l'aide sociale doit être accordée immédiatement pour satisfaire les besoins vitaux, indépendamment des causes de la situation d'indigence (ATF 2P. 115/2001 du 11 septembre 2001, consid. 2c). La Haute Cour admet dès lors que le refus de l'aide ne peut se justifier qu'en cas de comportement abusif de la personne concernée (ATF 121 I 367, op. cit., consid. 3).

d. L'aide sociale est soumise au principe de subsidiarité. Il s'ensuit que la personne dans le besoin doit avoir épuisé les possibilités d'auto prise en charge, les engagements de tiers et les prestations volontaires de tiers (F. WOLLFERS, op. cit., p. 77).

Le Tribunal fédéral a ainsi admis, que le droit fondamental garanti par l'article 12 Cst. féd. ne visait pas la personne qui pouvait, de façon actuelle, effectivement et légalement se procurer les moyens nécessaires à son existence (ATF 2P.147/2002 du 4 mars 2003, consid. 3.3.).

4. a. À Genève, l'article 12 Cst. féd. est concrétisé par la loi sur l'assistance publique du 19 septembre 1980 (LAP - J 4 05). Celle-ci stipule que la famille pourvoit à l'entretien de ses membres et, à défaut, l'Etat intervient de façon appropriée pour venir en aide aux personnes séjournant dans le canton dépourvues des

moyens nécessaires pour satisfaire leurs besoins vitaux et personnels indispensables (art. 1 al. 1 et 2; art. 2 LAP).

b. La LAP précise que l'assistance publique est subsidiaire aux autres prestations sociales et à celles des assurances sociales, qu'elle peut, cas échéant, compléter (art. 1 al. 3 LAP); elle réserve expressément les dispositions du code civil relatives à l'obligation d'entretien et à la dette alimentaire (art. 1 al. 6 LAP).

c. La LAP favorise, autant que possible, le maintien à domicile des intéressés; un placement en institution ou une hospitalisation, n'est envisagé que lorsque les circonstances personnelles ou familiales l'exigent (art. 1 al. 4 LAP).

d. La nature, l'importance et la durée de l'intervention de l'assistance dépendent de la situation particulière de l'intéressé (art. 4 al. 1).

En l'espèce, la situation du recourant tant sur le plan médical que sur le plan familial impose qu'il vive dorénavant dans un établissement médico-social pour personnes âgées. Cela n'est d'ailleurs pas contesté par l'office intimé.

Il n'est pas contesté non plus par l'OCPA que les ressources personnelles du recourant et de sa famille ne suffisent pas à couvrir entièrement les frais engendrés par son placement en EMS. Le recourant est donc dépourvu des moyens nécessaires pour satisfaire ses besoins vitaux et personnels indispensables et remplit les conditions de l'octroi de prestations d'assistance au sens de la LAP.

5. Toutefois, l'OCPA estime que l'engagement pris par la famille du recourant, le 6 mars 1998 auprès de l'OCP, prive le recourant de son droit à de telles prestations d'assistance parce qu'il équivaudrait à une renonciation à son droit ou parce que ledit engagement fonderait une créance d'entretien envers sa famille, lui permettant de couvrir les frais engendrés par son placement en EMS.

a. Le recourant est personnellement titulaire d'un droit fondamental subjectif à des prestations positives de la part des organismes d'assistance. La renonciation à ce droit ne saurait être le fait de tiers. En effet, pour être valable, la renonciation doit faire l'objet d'une manifestation de volonté, porter sur un droit

suffisamment déterminé et ne pas faire obstacle à un intérêt public prépondérant (A. GRISEL, Traité de droit administratif, vol. II, Neuchâtel 1984, pp 653, 654). Ces conditions ne sont à l'évidence pas remplies par les déclarations faites par la famille du recourant et elles ne le seraient pas non plus s'il s'agissait d'un engagement pris, par avance, par le recourant lui-même. La renonciation à l'exercice d'un droit n'emporte pas la renonciation définitive au droit lui-même qui pourra être exercer à une autre occasion si les conditions légales ouvrant ce droit sont à nouveau ou toujours remplies (B. KNAPP, Précis de droit administratif, Bâle, 1991, p. 172).

b. Il convient finalement d'examiner la validité de la créance du recourant envers sa famille.

Amené à examiner la validité d'un tel engagement d'entretien dans une décision du 15 février 2001, le Département fédéral de justice et police a estimé qu'il liait le garant de manière inadmissible et excessive, indépendamment de la qualification juridique qui pourrait être donnée à une telle déclaration. Un tel acte juridique serait nul totalement ou partiellement et sa durée ou sa quotité devrait être réduite (JAAC 2001, p. 734ss.; M. S. NGUYEN, Droit public des étrangers, Berne 2003, p. 242).

En effet, si l'engagement de la famille a été honoré en toute bonne foi, jusqu'à l'entrée en EMS, c'est-à-dire aussi longtemps que cela était possible sur le plan physique, tant pour le recourant que pour sa soeur et son beau-frère, la situation, en raison de la maladie du recourant, a ensuite complètement changé. La prise en charge physique ne pouvant plus être exigée de la part de la famille et les frais d'entretien devenant sans commune mesure avec l'effort que la famille s'était engagée à fournir, les exigences ne correspondent absolument plus à celles découlant de l'engagement pris en 1998. L'évolution de la situation et les frais supplémentaires engendrés par le placement en EMS n'étaient, de bonne foi, pas prévisibles au moment de sa signature. L'on se trouve ainsi dans un cas de modification imprévisible des circonstances qui relève du principe non écrit de la clausula rebus sic stantibus, applicable par analogie (P. GAUCH, W. SCHLUEP, P. TERCIER, Partie générale du droit des obligations, Z. 1982, p. 107 et 169). Par conséquent, l'engagement doit être corrigé en tenant compte de la nouvelle situation et

ne créera aucune obligation plus étendue que celle que la famille a exécutée jusque-là.

La famille n'est en outre tenue à aucune autre obligation qui découlerait du droit de la famille (art. 328 CC a contrario).

A cela s'ajoute que la situation financière de la famille du recourant, telle que déterminée par l'OCPA ne permet pas d'envisager une participation plus élevée que celle qu'elle a fournie jusqu'à l'entrée en EMS du recourant, faute de quoi elle se trouverait elle-même dans le besoin.

Ainsi, le droit aux prestations d'assistance du recourant subsiste malgré l'engagement pris par sa famille.

6. Par son refus de toute prestation d'assistance au recourant, l'intimé viole les articles 12 Cst. féd. et 1 LAP. Le recours sera admis et la décision attaquée annulée. L'intimé sera invité à procéder au calcul des prestations d'assistance et à rendre une nouvelle décision dans le sens des considérants.
7. a. Vu la nature du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 LPA; art. 10 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative du 30 juillet 1986 - E 5 10.03).
- b. Il ne sera pas alloué d'indemnité au recourant, celle-ci n'ayant pas été demandée (art. 87 LPA).

PAR CES MOTIFS
le Tribunal administratif
à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 septembre 2003 par M. A. S. contre la décision de l'office cantonal des personnes âgées du 15 septembre 2003;

au fond :

l'admet ;

annule la décision du 15 septembre 2003;

renvoie la cause à l'office cantonal des personnes âgées pour nouvelle décision dans le sens des considérants du présent arrêt;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument, ni alloué d'indemnité;

communique le présent arrêt à M. J. G., mandataire du recourant ainsi qu'à l'office cantonal des personnes âgées.

Siégants : M. Paychère, président, M. Thélin, Mmes Hurni, Bovy, juges, M. Bonard, juge suppléant

Au nom du Tribunal administratif :
la greffière-juriste adj. : le vice-président :

M. Tonossi

F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

Mme M. Oranci