

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2451/2019-EXPLOI

ATA/275/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 10 mars 2020

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par Me Zoltan Szalai, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SÉCURITÉ, DE L'EMPLOI ET DE LA SANTÉ

EN FAIT

- 1) La société B_____SA (ci-après : B_____) exploite un établissement médico-social pour personnes âgées (ci-après : EMS) sis route de la C_____ à D_____. Monsieur A_____ en est l'administrateur-président.

Selon l'arrêté du Conseil d'État du 28 mars 2013, il a été autorisé à assumer la direction de l'établissement à compter du 1^{er} avril 2013.

- 2) Dès le 16 juillet 2018, le département de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES ou département), a demandé au service d'audit interne de l'État (ci-après : SAI) de réaliser un audit de l'EMS.

- 3) En date du 20 décembre 2018, un entretien de fin d'audit s'est tenu avec les représentants du SAI, du département et de l'EMS, qui ont pu s'exprimer sur les observations se trouvant dans la version définitive du rapport.

Le département a fait part de sa position en déplorant la mauvaise foi répétée de l'entité auditée. Cette dernière se cachait derrière ses statuts pour alléguer sa légitimité à exploiter son EMS sous une forme lucrative au mépris des dispositions légales dont elle avait connaissance et ce dans le but de pouvoir verser des dividendes à ses actionnaires pour financer le rachat de la société exploitant l'EMS.

L'EMS a pu s'exprimer sur les constats et recommandations du SAI une dernière fois. Elle a également pris connaissance de la position du département.

- 4) Le rapport d'audit définitif n° 19-12 d'avril 2019 contenait les conclusions suivantes du SAI :

- a. une garantie sur un contrat de prêt aux actionnaires à consolider ;
- b. une exonération fiscale que l'EMS tarde à solliciter en dépit des demandes du département ;
- c. une gratification versée au directeur de manière non transparente à l'égard du département ;
- d. des frais de véhicule à la charge de l'EMS à rationaliser ;
- e. un suivi lacunaire des absences des administrateurs ;
- f. un non-respect des principes comptables et des instructions de bouclage du secteur EMS ;

- g. une rotation en apparence de l'organe de révision ;
- h. des dépenses d'entretien à charge du propriétaire supportées par l'exploitant ;
- i. un inventaire des biens mobiliers perfectible ;
- j. une gestion perfectible des liquidités ;
- k. des signatures individuelles sur le compte bancaire.

Il ressort du rapport d'audit que dans ses observations au SAI, le département a, notamment, indiqué qu'il avait d'ores et déjà pris des mesures provisionnelles en abaissant le prix de pension à la charge des résidents dès le 1^{er} janvier 2019 et qu'en fonction de la prise de position de l'entité auditée, il aviserait de la nécessité de réduire encore le prix de pension et d'appliquer les sanctions prévues par la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées du 4 décembre 2009 (LGEPA - J 7 20).

- 5) Par arrêté du 24 mai 2019, le conseiller d'État en charge du département, reprenant les constatations et les motifs du SAI dans son rapport définitif, dont il partageait pleinement l'appréciation, a sanctionné M. A_____ d'un avertissement et d'une amende.
- 6) Par acte expédié le 27 juin 2019 à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : chambre administrative), M. A_____ a formé recours contre cet arrêté, concluant à son annulation.

La décision querellée violait son droit d'être entendu, et plus particulièrement le devoir pour l'autorité de motiver celle-ci. Il était vrai que le DSES et l'EMS avaient fait figurer leurs prises de positions respectives dans le rapport d'audit, mais le département ne reprenait pas les arguments que l'audité faisait valoir dans le rapport d'observations du SAI.

Le DSES avait pu apporter ses prises de position en connaissance de celles de l'EMS contrairement à ce dernier qui n'avait pas eu l'occasion de s'exprimer sur les positions du département ainsi que sur les allégués et les griefs de celui-ci.

Par ailleurs, les désaccords que l'EMS avait exprimés au sujet du rapport final du SAI auraient dû être soumis au Conseil d'État pour décision avant que le DSES ne rende la décision querellée conformément à la procédure en matière d'audit interne.

Enfin, la décision sanctionnant M. A_____ avait pour seules bases les observations et les recommandations du SAI, figurant au rapport d'audit, qui étaient certes obligatoires mais qui n'étaient concrétisées par aucune décision sujette à recours ou exécutoire.

Au surplus, l'intéressé développait des griefs spécifiques relatifs à certains des manquements reprochés dans le rapport du SAI, soit la question du prêt aux actionnaires, l'exemption fiscale et la rémunération du recourant.

- 7) Dans sa réponse, le département a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision entreprise.

Les griefs avancés par M. A_____ étaient essentiellement ceux se trouvant dans le rapport d'audit. Cependant, le recours ne devait pas servir de procès aux constats et recommandations contenus dans le rapport d'audit du SAI qui était définitif et obligatoire.

Il n'appartenait pas au département de porter les protestations de l'audité par-devant le Conseil d'État. Il ne diligentait pas la procédure d'audit, il occupait durant celle-ci une place identique à celle de l'audité et n'était pas partie à un éventuel litige au sujet des constats ou recommandations du SAI. Au demeurant, ni l'EMS, ni le SAI n'avaient jamais cherché à saisir le Conseil d'État ; ce reproche était donc infondé. Les protestations de l'EMS que le recourant faisait siennes n'étaient pas de nature à remettre en question les recommandations du rapport d'audit.

Pour prendre sa décision, le département s'était fondé sur le contenu du rapport d'audit final du SAI, dont la teneur définitive tenait compte des explications de l'audité et des positions du département. Le complexe de faits à l'appui de la sanction étant identique à celui du rapport d'audit, le recourant avait pu exercer son droit d'être entendu. M. A_____ avait eu la possibilité de s'exprimer sur les constats et recommandations du SAI. La position du département lui était connue dans l'ensemble puisqu'elle lui avait été communiquée lors de l'entretien de fin d'audit auquel participaient les représentants de toutes les parties. Enfin, les prises de positions du recourant n'étaient pas de nature à amoindrir sa responsabilité ou à justifier les manquements à la bonne gestion de l'établissement constatés dans le rapport d'audit.

Les griefs relatifs aux manquements de l'administré devaient être rejetés car il n'appartenait pas à la chambre administrative de se prononcer sur le fond du rapport d'audit qui n'était pas l'objet du présent litige.

- 8) Dans sa réplique, le recourant a persisté dans ses conclusions.

La décision du DSES violait son droit d'être entendu, car la motivation était excessivement brève. Elle ne contenait notamment que l'énumération des observations figurant dans le rapport d'audit de gestion, une brève référence sans différenciation au nombre des constats et le degré d'importance que leur attribuait le SAI, d'une part. D'autre part, il n'y avait pas eu d'échange avec l'EMS au sujet

d'une sanction. Le département n'avait, dans sa décision, pas examiné les arguments de l'audité avec « attention et sérieux ».

L'EMS n'avait pas saisi les instances judiciaires car aucune décision n'avait été rendu à son égard. Le rapport d'audit du SAI ne constituait pas une décision directement exécutoire à l'égard de l'EMS. Ainsi, en l'absence de décision exécutoire rendue au préalable à l'encontre de l'EMS, la sanction prononcée contre M. A_____ était prématurée et non conforme au droit.

Enfin, aucune base légale ne désignait les directeurs d'établissements médico-sociaux comme des personnes pouvant être directement et personnellement sanctionnées pour la gestion des établissements qu'ils dirigeaient.

- 9) Une audience de comparution personnelle s'est tenue le 20 janvier 2020, en présence de M. A_____, assisté de son conseil. Des représentants du DSES étaient également présents, soit Monsieur E_____, juriste, Monsieur F_____, chef de secteur EMS, et Monsieur G_____, directeur du contrôle interne.
- a. M. A_____ a déclaré qu'il n'avait pas le souvenir que lors de l'entretien de fin d'audit de décembre 2018, il lui aurait été indiqué qu'en fonction des constats du SAI, une sanction pouvait être prononcée. Il a en revanche confirmé que le rapport d'audit faisait mention d'une possible sanction. Il a précisé que les prises de position durant la procédure d'audit portaient sur les constats effectués par le SAI et non sur la sanction envisagée. Il était resté dans l'attente d'une convocation du département au sujet d'une éventuelle sanction, mais celle-ci était tombée avant qu'il puisse s'exprimer.
- Enfin, il n'était pas le titulaire de l'autorisation d'exploiter l'EMS, de sorte qu'il n'avait pas la qualité pour être sanctionné.
- b. M. E_____ a indiqué qu'il n'y avait pas eu de communication entre le département et le recourant après la réception du rapport du SAI et avant le prononcé de la sanction. La procédure d'audit avait donné largement la possibilité à l'administré de s'exprimer sur les faits reprochés, ainsi que sur l'éventualité d'une sanction.
- c. M. F_____ a déclaré que, lors de l'entretien de fin d'audit au mois de décembre 2018, M. A_____ avait été informé qu'en fonction des constats du SAI, une sanction pouvait être prononcée. Par ailleurs, l'audit du SAI n'avait pas à porter sur le prononcé d'une éventuelle sanction, de sorte que M. A_____ n'avait pas été invité à se déterminer à ce sujet.
- 10) Sur ce, la chambre administrative a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Conformément à l'art. 61 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (al. 1 let. a), et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (al. 1 let. b) ; les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2).
- 3) a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'obtenir qu'il soit donné suite aux offres de preuves pertinentes et le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique (ATF 142 II 218 consid. 2.3 ; 132 II 485 consid. 3.2 ; 129 II 497 consid. 2.2).

b. Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle dont la violation entraîne, lorsque sa réparation par l'autorité de recours n'est pas possible, l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2 ; 133 III 235 consid. 5.3).

c. La réparation du droit d'être entendu en instance de recours n'est possible que lorsque l'autorité dispose du même pouvoir d'examen que l'autorité inférieure (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_556/2017 du 5 juin 2018 consid. 2.1 ; ATA/820/2018 du 14 août 2018 et les arrêts cités ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^{ème} éd., 2018, p. 526 s. n. 1554 s. ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, ch. 2.2.7.4 p. 322 et 2.3.3.1 p. 362). Elle dépend toutefois de la gravité et de l'étendue de l'atteinte portée au droit d'être entendu et doit rester l'exception (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1B_556/2017 précité consid. 2.1 ; ATA/714/2018 du 10 juillet 2018).
- 4) a. Le 1^{er} avril 2010, la LGÉPA a abrogé l'ancienne loi relative aux EMS accueillant des personnes âgées du 3 octobre 1997 (aLEMS - J 7 20). La nouvelle loi vise à assurer à toutes les personnes âgées, des conditions d'accueil, d'hébergement et de soins de qualité dans les EMS, subventionnés et reconnus d'utilité publique, ainsi que dans les résidences pour personnes âgées (art. 1 LGÉPA). Elle définit notamment les conditions de délivrance des autorisations d'exploitation et les modalités de surveillance des établissements médico-sociaux et des résidences pour personnes âgées (art. 2 let. a LGÉPA).

b. Selon l'art. 32 al. 1 let. b LGEPA, la surveillance des établissements médico-sociaux relève des départements compétents en vertu de la LGEPA. L'art. 5 al. 2 let. d du règlement sur l'organisation de l'administration cantonale du 1^{er} juin 2018 (ROAC - B 4 05.10) prévoit que les établissements médico-sociaux (EMS) sont placés sous la surveillance du DSES.

c. Selon l'art. 36 LGEPA, les départements prennent toutes les sanctions et mesures propres à prévenir ou à faire cesser un état de fait contraire à la présente loi ou à ses dispositions d'exécution dans leurs domaines de compétence. Les sanctions administratives suivantes peuvent être prononcées par le département : l'avertissement, l'amende jusqu'à CHF 60'000.-, la limitation de l'autorisation d'exploitation, le retrait, temporaire ou définitif, de l'autorisation d'exploitation (art. 37 LGEPA).

- 5) En l'espèce, il n'est pas contesté qu'aucune communication n'a eu lieu entre le département et le recourant après la réception du rapport du SAI et avant le prononcé de la sanction. Le département a estimé que le droit d'être entendu avait été respecté, car la procédure devant l'auditeur avait donné la possibilité à l'administré de s'exprimer sur les faits reprochés et l'éventualité d'une sanction. Or, contrairement à ce que soutient l'autorité intimée, le recourant ne s'est pas exprimé sur les éléments pertinents en vue du prononcé d'une éventuelle sanction avant qu'une décision ne soit prise à son encontre. Comme l'a d'ailleurs indiqué le chef de secteur EMS en audience de comparution personnelle, l'audit du SAI n'avait pas à porter sur le prononcé d'une éventuelle sanction, de sorte que le recourant n'avait pas été invité à se déterminer à ce sujet. En omettant d'interpeller l'administré au sujet de la sanction administrative qu'il souhaitait prendre à son encontre, le département n'a pas respecté son droit d'être entendu.

Cette violation du droit d'être entendu ne peut cependant pas être réparée dans la présente procédure de recours. En effet, la chambre de céans ne dispose pas du même pouvoir d'examen que l'autorité intimée dans le prononcé d'une sanction. Elle ne peut, en particulier, pas revoir l'opportunité des décisions (art. 62 al. 2 LPA). Dans ces conditions, la violation du droit d'être entendu du recourant ne peut être réparée en procédure de recours.

Le recours sera ainsi admis et la cause renvoyée au département, afin qu'il statue à nouveau, en respectant le droit d'être entendu du recourant.

- 6) Vu l'issue du litige, il ne sera pas perçu d'émolument (art. 87 al. 1 LPA) et une indemnité de procédure de CHF 500.- sera allouée au recourant (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 juin 2019 par Monsieur A_____ contre la décision du département de la sécurité, de l'emploi et de la santé du 24 mai 2019 ;

au fond :

l'admet ;

annule la décision précitée et renvoie la cause au département de la sécurité, de l'emploi et de la santé pour nouvelle décision au sens des considérants ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____ une indemnité de procédure de CHF 500.-, à la charge de l'État 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 Zoltan Szalai, avocat du recourant, ainsi qu'au département de la sécurité, de l'emploi et de la santé.

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, MM. Thélin et Verniory,
Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

le greffier-juriste :

F. Scheffre

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :