RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2781/2006-DSE **ATA/583/2006**

ARRÊT

DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 7 novembre 2006

dans la cause

LES CHARMETTES S.A.

contre

DÉPARTEMENT DE LA SOLIDARITÉ ET DE L'EMPLOI

EN FAIT

1. L'office cantonal des personnes âgées (ci-après : OCPA) a adressé le 7 avril 2006, à la direction de l'établissement médico-social "Les Charmettes" (ci-après : EMS), 6, chemin de Gambay à Bernex, géré par la société anonyme "Les Charmettes S.A.", une décision portant sur le calcul de la subvention d'exploitation quadriennale 2006-2009. Celle-ci serait stabilisée jusqu'en 2009 à hauteur de son montant 2006.

   La subvention annuelle fixée était de CHF 2'558'400.-, payable par versements mensuels de CHF 213'200.-, le 20 ou 21 de chaque mois. La subvention correspondait à la part, pour l'établissement, de celle versée en 2005 pour tous les EMS, soit 3,12 % de CHF 89'151'862.-.

   La décision indiquait qu'une variation de la subvention était possible uniquement en fonction d'une variation du nombre de lits, respectivement du taux d'occupation. Il était précisé que le montant serait revu après le vote du budget par le Grand Conseil.

2. Le 3 mai 2006, le directeur et le responsable administratif de l'EMS ont déposé conjointement une réclamation contre la décision du 7 avril 2006 auprès du département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE) en demandant préalablement qu'elle ne soit pas assortie de l'effet suspensif et principalement que la subvention soit recalculée.

   La décision concrétisait le contenu d'un courrier conjoint des conseillers d'Etat chargé du DSE et du département de l'économie et de la santé (ci-après : DES) daté du 30 mars 2006, adressé à tous les EMS subventionnés par l'Etat de Genève. Le Conseil d'Etat avait présenté un plan de mesures au Grand Conseil contenant notamment la simplification des règles de subventionnement et de surveillance financière des EMS, impliquant une plus large autonomie de gestion des conseils et directions des établissements. Un subventionnement quadriennal serait introduit accompagné d'un allègement important des procédure y relatives. La subvention de fonctionnement des EMS serait stabilisée dès l'exercice 2006 jusqu'en 2009 à hauteur de son montant 2006. Pour 2006, elle serait répartie entre tous les EMS proportionnellement aux montants versés en 2005 et payée par douzièmes à la fin de chaque mois. Elle ne varierait qu'en fonction du taux d'occupation. Les prix de pension resteraient eux aussi inchangés. Les établissements auraient notamment la possibilité d'effectuer durant la période quadriennale, des reports d'un exercice sur l'autre en cas de résultat excédentaire ou déficitaire.

Le calcul était fait à partir de la subvention globale 2006 budgétée qui était inférieure d'environ 8% à celle de 2005.

Cette décision contrevenait à l'article 27 de la loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées du 3 octobre 1997 (LEMS - J 7 20) qui prévoyait que le montant de la subvention est fixé en tenant compte notamment de l'intensité de l'encadrement médico-social, critère qui était absent de ceux pris en compte par la décision.

En instaurant une subvention fixée de manière rigide pendant quatre ans, la décision ne permettait pas d'adapter au personnel des EMS les modifications des conditions salariales pratiquées dans la fonction publique ce qui créait dans le secteur des soins une discrimination nuisible et était contraire à la convention collective de travail du 22 mars 2004 applicable aux EMS (ci-après : CCT) approuvée par le Conseil d'Etat en décembre 2004. Un courrier du DES du 12 février 2004 indiquait que sous réserve des décisions relevant de la compétence du Grand Conseil, le Conseil d'Etat s'engageait à assumer les charges qui découleraient de ses propres décisions en matière salariale ou de conditions de travail, pour autant qu'elles aient un ancrage dans la CCT. En l'occurrence, le blocage du montant de la subvention à un taux inférieur à celui de 2005 et sur une période de quatre ans empêchait toute adaptation des mécanismes salariaux qui allaient être appliqués dans la fonction publique, ce qui était contraire à l'engagement pris par le Conseil d'Etat.

3. Par décision du 28 juin 2006, le Conseiller d'Etat en charge du DSE a rejeté la réclamation.

La réclamation était recevable car la décision de l'OCPA constituait une mesure individuelle et concrète prise par l'autorité dans un cas d'espèce, fondée sur le droit public cantonal qui avait pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations au sens de l'article 4 alinéa 1 lettre a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).

L'effet suspensif était retiré à la réclamation. Sur le fond l'argumentation développée par l'EMS ne pouvait être retenue.

L'intensité de l'encadrement social n'avait pas disparu des critères pris en compte dans la méthode de calcul du subventionnement quadriennal. Depuis l'entrée en vigueur de la LEMS, l'évaluation de ce critère se faisait au moyen d'une grille intitulée "planification informatisée des soins infirmiers requis", abrégée PLAISIR. Cette méthode avait été utilisée en 2005 pour le calcul de la subvention sur laquelle se fondait celui pour le subventionnement quadriennal. Ce dernier tenait compte de tous les critères mentionnés à l'article 27 LEMS. Le subventionnement intervenait dans le respect de la loi et poursuivait un intérêt public en économisant des deniers publics.

La LEMS exigeait que les EMS affectent à la prise en charge des pensionnaires un personnel, suffisant en nombre et en qualifications, rémunéré conformément aux conventions collectives ou, à défaut, aux normes équivalentes en vigueur dans les EMS. Dans la mesure où les conséquences financières étaient en partie supportées par l'Etat, le département alors compétent avait estimé que les dispositions de la CCT ayant une incidence financière devaient être portées à la connaissance de l'autorité cantonale pour approbation, mais l'Etat n'était pas formellement partie à la CCT.

La baisse réelle de la subvention représentait moins de 2% du coût d'exploitation total de l'EMS. Etant donné la modicité de cette diminution, l'EMS serait en mesure de l'absorber tout en maintenant la qualité de ses prestations et en respectant ses engagements découlant de la CCT.

Les subventions d'exploitation des EMS s'inscrivaient dans le cadre du budget de l'Etat et relevait donc de la compétence du Grand Conseil. Selon l'article 25 alinéa 1 de la loi sur les indemnités et les aides financières du 15 décembre 2005 (LIAF - D 1 11), les indemnités et les aides financières octroyées par des lois, des décisions et des contrats de droit public n'étaient valables qu'à la condition et dans la mesure de l'autorisation de dépense octroyée par le Grand Conseil au Conseil d'Etat, dans le cadre du vote du budget annuel. Ceci concernait également les subventions d'exploitation prévues par la LEMS.

La décision mentionnait qu'en application de l'article 56B alinéa 3 lettre a de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (LOJ - E 2 05), elle ne pouvait faire l'objet d'un recours.

4. Par acte posté le 27 juillet 2006, l'EMS a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision sur réclamation rendue le 28 juin 2006 par le DSE. Il conclut au préalable à ce que le tribunal accorde l'effet suspensif au recours, ordonne une comparution personnelle des parties et lui réserve le droit de compléter ses écritures ; principalement il conclut à l'annulation de la décision.

Le recours était recevable, car la LEMS donnait aux établissements concernés un droit à la subvention.

Sur le fond, l'EMS reprenait les arguments déjà développés dans sa réclamation en précisant que la reprise dans la subvention 2006 à 2009 de celle de 2005 pour laquelle l'encadrement médico-social de l'époque avait été pris en compte ne pourrait être retenu que dans l'hypothèse où le niveau de soins requis par les résidants serait invariable, ce qui n'était à l'évidence pas le cas eu égard à l'évolution de l'état de santé d'une partie des patients et à l'arrivée permanente de nouveaux résidants (25 à 30% par an).

S'agissant de la CCT, le blocage du montant de la subvention à un taux inférieur à celui de 2005 et sur une période de quatre ans empêchait toute adaptation des mécanismes salariaux, ce qui était contraire à l'engagement formulé par le Conseil d'Etat.

La "modicité" de la diminution invoquée par le DSE ne reposait sur aucune analyse objective de la situation matérielle de l'établissement et était même contraire aux prévisions budgétaires. La comparaison avec la situation de l'administration genevoise n'était pas possible, celle-ci pouvant renoncer à certaines missions ou les transférer ce qui n'était guère possible pour lui.

La diminution consacrée par la décision représentait effectivement 2% des charges en général. En revanche, cela représentait 8,7% des frais hors salaire et charges sociales et 90% de ceux-ci échappaient à la volonté de compression des coûts. Il était évident que le blocage des ressources engendrerait une diminution des effectifs.

5. Le 6 septembre 2006, le DSE a déposé ses observations. Le recours était manifestement irrecevable. Dans le cas contraire, un délai raisonnable devait lui être imparti afin de compléter ses écritures au fond.

a. Les décisions relatives aux subventions constituaient le domaine par excellence de l'appréciation dévolue à l'administration ou au pouvoir politique et pour cette raison étaient exclues du recours à une instance judiciaire. L'article 56B alinéa 3 lettre a LOJ constituait une transposition quasi littérale de l'article 99 lettre h de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJF - RS 173.110) qui prévoyait ce même motif d'irrecevabilité pour les recours de droit administratif.

La LEMS stipulait que l'Etat pouvait accorder une subvention d'exploitation, à certaines conditions. L'Etat demeurait libre d'en apprécier l'opportunité. Ces conditions étaient nécessaires mais non suffisantes. La subvention avait seulement pour but de participer au financement des EMS et non de les financer entièrement. La loi ne précisait pas la mesure de cette participation, ce qui allait également dans le sens de la liberté d'appréciation de l'Etat.

La fixation de critères objectifs dans l'article 27 LEMS permettait uniquement d'assurer l'égalité de traitement des destinataires.

L'adoption de la LEMS avait eu notamment pour but de remplacer l'assistance individuelle octroyée sur requête aux pensionnaires d'EMS par une subvention d'exploitation accordée à l'établissement lui-même. Il n'avait jamais été question de diminuer voire supprimer le pouvoir d'appréciation, qui dans une certaine mesure - en tout cas pour la part qui allait au-delà des conditions

minimales d'existence - était toujours reconnu à l'autorité compétente par le droit cantonal en matière d'assistance publique.

Finalement, reconnaître un droit formel au destinataire d'une subvention reviendrait à nier les compétences du pouvoir législatif en matière budgétaire ce qui ne pouvait se concevoir dans l'ordre juridique suisse.

b. Sur le fond, la décision était conforme à l'article 27 LEMS puisque le critère de l'intensité de l'encadrement médico-social était toujours appliqué mais avec un décalage dans le temps. La loi ne contenait aucune précision relative à la périodicité de l'évaluation et du calcul des critères qui y figuraient.

La dotation en personnel n'était plus imposée aux EMS par l'Etat. Ceci permettait à l'EMS d'adapter la composition et la structure professionnelle de son personnel aux besoins d'encadrement variables, fonction de l'état de santé des résidents.

Il n'existait aucun élément permettant de rattacher la CCT au droit public cantonal et le dernier mot en matière budgétaire revenait au Grand Conseil.

EN DROIT

1. Selon l'article 56A LOJ, le Tribunal administratif est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative. L'article 56 B de ladite loi prévoit les cas où le recours n'est pas recevable. Il s'agit en particulier des décisions portant sur des subventions, crédits, garanties, indemnités et autres avantages ou prestations pécuniaires de droit public auxquelles la loi ne confère pas un droit (art. 56B ch. 3 let. a LOJ).

2. Il s'agit d'examiner si la présente espèce tombe sous le coup de cette clause d'exception et donc si la législation cantonale confère un droit à des subventions d'exploitations aux EMS.

3. La LIAF est entrée en vigueur le 1er janvier 2006. Elle définit les principes applicables en matière de législation et fixe des prescriptions directement applicables aux indemnités et aux aides financières versées par le canton (art. 1 al. 2 LIAF).

Sauf exception contenue dans une loi spéciale, la loi ne donne aucun droit à une aide financière cantonale (art. 5 al. 3 LIAF). Elle indique également que les dispositions légales qui sont en contradiction avec la présente loi lors de son entrée en vigueur, doivent être adaptées d'ici au 1er janvier 2008 (art. 34 al. 2 LIAF).

Il convient donc de déterminer si la LEMS reconnaît un droit aux subventions, auquel cas celles-ci échapperaient à l'application de la LIAF, soit que la LEMS doive être considérée comme entrant en contradiction avec la LIAF, soit qu'elle contienne une exception au sens de l'article 5 alinéa 2 LIAF.

4. Selon la jurisprudence et la doctrine, la législation confère un droit si l'administration doit accomplir un acte déterminé dans des circonstances données et se trouve en face d'une "Mussvorschrift" qui exclut toute liberté d'appréciation. A l'inverse, l'utilisation du mot "peut" indique en général l'existence d'une telle liberté ("Kannvorschrift"). Néanmoins, tout en utilisant le terme "peut", la loi oblige parfois l'autorité à agir, par exemple lorsqu'elle énonce les conditions avec une précision qui prohibe l'exercice d'une liberté d'appréciation. (ATF 99 Ib 421 consid. 2b; A. GRISEL, Traité de droit administratif, Neuchâtel, 1984, p. 332 et les références citées).

5. a. L'article 26 LEMS fixe les conditions pour l'obtention des subventions d'exploitation par les EMS. L'Etat peut accorder une subvention d'exploitation pour autant que l'établissement réponde aux conditions légales relatives à l'autorisation d'exploitation (let. a); aux conditions légales de subventionnement (let. b); aux autres conditions posées par la législation genevoise (let. c).

b. La LEMS a notamment pour but de définir les conditions de délivrance d'une autorisation d'exploiter et celles d'octroi des subventions d'investissement et d'exploitation des EMS (art. 3 let. c LEMS).

L'instauration par la LEMS d'un système de subventionnement des EMS vise à remplacer les prestations d'assistance publique individuelle des pensionnaires jugées anachroniques et humiliantes (MGC 1997 15/II 2196-2198). C'est pourquoi, afin d'assurer à toutes les personnes âgées des conditions d'accueil de qualité à des conditions financièrement supportables, le Conseil d'Etat contribue depuis l'entrée en vigueur de la LEMS, par des subventions cantonales, au bon fonctionnement des établissements (art. 5 let. c LEMS).

A son chapitre III, intitulé "Financement et principes de subventionnement", la loi prévoit que les établissements qui répondent aux conditions de subventionnement énumérées à l'article 20 alinéa 1 lettres a à n LEMS sont reconnus d'utilité publique (art. 20 al. 2 LEMS).

Les charges financières des établissements reconnus d'utilité publique sont couvertes par les prix de pension facturés aux pensionnaires et reconnus par l'Etat, par les assureurs maladie et par les subventions cantonales (art. 17 LEMS).

Il découle de ce qui précède qu'un établissement au bénéfice d'une autorisation d'exploitation et répondant aux conditions du subventionnement ainsi qu'aux autres conditions posées par la législation genevoise est reconnu d'utilité

publique. Son subventionnement par l'office cantonal des personnes âgées permet ainsi de remplacer la prise en charge individuelle du droit à l'assistance publique des résidents. Force est de constater que la LEMS ne laisse aucune liberté d'appréciation à l'autorité quand à l'octroi de ces subventions aux établissements reconnus d'utilité publique.

En conséquence, les établissements concernés sont au bénéfice d'un droit à la subvention et l'exception de l'article 56B chiffre 3 lettre a LOJ n'est pas réalisée en l'espèce. Le recours, par ailleurs interjeté en temps utile, est recevable (art. 56A LOJ; art. 63 al. 1 litt. a LPA).

6. En ce qui concerne la demande faite par le DSE de pouvoir s'exprimer sur le fond du litige en cas de recevabilité du recours, le tribunal de céans estime qu'il n'y a pas lieu d'octroyer un nouveau délai au DSE pour compléter ses écritures.

En effet, malgré sa demande, le DSE s'est déjà exprimé de façon détaillée sur la seule question litigieuse qui sera examinée ci-après. Il a exposé son argumentation ainsi que l'interprétation qu'il fait des dispositions légales pertinentes et plus particulièrement de l'article 27 LEMS, tant dans sa décision rendue sur réclamation que dans ses observations déposées devant le Tribunal administratif.

7. La recourante soutient que le montant de la subvention calculée sur celle octroyée en 2005 mais diminuée d'un certain pourcentage n'est pas conforme aux exigences posées par la LEMS. L'évolution de l'état de santé d'une partie des patients et l'arrivée permanente de nouveaux résidants ne seraient pas prises en compte.

a. S'agissant du calcul de la subvention, sur la base du budget et des comptes présentés par l'établissement, le Conseil d'Etat inscrit au budget de l'Etat de Genève une subvention d'exploitation dont le montant est fixé en tenant compte du nombre de places d'accueil, de leur taux d'occupation et de l'intensité de l'encadrement médico-social (art. 27 LEMS).

b. L'intensité de l'encadrement médico-social est mesurée au moyen d'une grille (PLAISIR) permettant de déterminer individuellement les soins à apporter à chaque résident. Selon la décision contestée, les montants de la subvention 2005, fondés notamment sur l'évaluation faite avec la grille susmentionnée ont été repris et diminués d'un certain taux pour fixer la subvention quadriennale qui ne pourra être modifiée qu'en fonction d'une variation du nombre de lits occupés.

Or, l'intensité de l'encadrement médico-social ne varie pas seulement en fonction du nombre de lits et du taux d'occupation mais également de l'état de santé de chaque résidant. Cet état de santé est susceptible de se modifier au cours du temps, qu'il s'agisse des nouveaux arrivants accueillis ou des personnes qui

résident déjà dans l'EMS. Il apparaît donc que l'intensité de l'encadrement médico-social pris en compte dans la décision ne sera pas celui qui pourra réellement être déterminé pour les années 2006 à 2009 mais uniquement celui qui a été mesuré en 2005.

c. L'argument avancé par l'intimé, tiré de l'absence de précision de la loi quant à la périodicité de l'évaluation des critères, ne saurait être retenu. La LEMS prévoit que l'établissement est tenu de remettre des documents à l'administration afin de pouvoir bénéficier du subventionnement. Il s'agit de sa comptabilité et des statistiques - donc notamment celles des prestations offertes - conformes aux exigences de la législation fédérale sur l'assurance-maladie et aux directives de l'autorité cantonale (art. 20 al. 1 lett. i LEMS). Ces documents doivent être établis sur une base annuelle (concernant l'assurance maladie, art. 9 al. 5 de l'ordonnance sur le calcul des coûts et le classement des prestations par les hôpitaux et les établissements médico-sociaux dans l'assurance-maladie - OCP - RS 832.104).

Il n'est ainsi pas possible de soutenir, comme le fait le département intimé, que la subvention, fixée sur la base d'une mesure d'intensité faite en 2005 de façon identique pour les quatre ans à venir, tienne compte de tous les critères prévus par l'article 27 LEMS, puisque c'est uniquement la variation de l'un des critères (nombre de lits occupés) qui permettra de modifier le montant de la subvention, à l'exclusion de l'autre critère fixé dans la loi, soit l'intensité de l'encadrement médico-social.

Au vu de ce qui précède, la fixation de la subvention, telle que prévue par la décision litigieuse, est contraire aux termes mêmes de l'article 27 LEMS puisqu'elle ne tient pas compte de l'intensité de l'encadrement médico-social et le recours sera admis pour ce motif déjà, sans qu'il ne soit nécessaire d'examiner les autres griefs soulevés à l'encontre de la décision.

8. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge du département intimé. Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à la recourante, celle-ci n'étant pas représentée par avocat et n'alléguant pas avoir encouru de frais particuliers (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LE TRIBUNAL ADMINISTRATIF

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 27 juillet 2006 par la société anonyme "Les Charmettes S.A." contre la décision du département de la solidarité et de l'emploi du 28 juin 2006 ;

au fond :

l'admet ;

renvoie le dossier au département de la solidarité et de l'emploi pour nouvelle décision dans le sens des considérants;

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

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité;

communique le présent arrêt à la société anonyme "Les Charmettes S.A." ainsi qu'au département de la solidarité et de l'emploi.

Siégeants : M. Paychère, président, Mmes Bovy et Hurni, M. Thélin, Mme Junod, juges.

Au nom du Tribunal administratif :

la greffière-juriste :	le président :
C. Del Gaudio-Siegrist	F. Paychère

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :