

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3934/2010-EXPLOI

ATA/285/2011

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 10 mai 2011**

dans la cause

**ASSOCIATION DE L'EMS R\_\_\_\_\_**

représentée par Me Stéphanie Fuld, avocate

contre

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

---

## EN FAIT

- 1) La R\_\_\_\_\_ est un établissement médico-social accueillant des personnes âgées (ci-après : EMS), exploité à Genève par l'Association de l'EMS R\_\_\_\_\_ (ci-après : la R\_\_\_\_\_).
- 2) Elle reçoit des subventions cantonales d'exploitation depuis 1998.
- 3) Pour l'année 2005, elle a perçu une subvention de CHF 1'174'523.-.
- 4) 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 établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées (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 2005, 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.

- 5) En application de cette décision, l'office cantonal des personnes âgées (ci-après : OCPA), devenu depuis lors le service des prestations complémentaires (ci-

après : SPC), a adressé le 7 avril 2006 au directeur de la R\_\_\_\_\_ 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 ».

- 6) Une décision au contenu identique a été adressée à tous les EMS subventionnés, qui se sont vus allouer une subvention quadriennale calculée sur les mêmes bases.
- 7) La R\_\_\_\_\_ a élevé réclamation auprès du DSE contre la décision la concernant, le 5 mai 2006.

La subvention allouée était inférieure de près de 8 % au montant de la subvention 2005. Cette diminution empêchait l'adaptation des salaires aux mécanismes salariaux prévus par la convention collective de travail (ci-après :

CCT) récemment adoptée et violait l'engagement pris par le Conseil d'Etat, lors des négociations y relatives, de prendre en charge les conséquences de ces changements.

- 8) Ladite réclamation a été rejetée par le DSE en juin 2006.

La baisse de la subvention ne représentant qu'un peu plus de 1,5 % du coût d'exploitation total de la R\_\_\_\_\_, il était probable que l'établissement soit à même de l'absorber, tout en maintenant la qualité de ses prestations et en respectant les exigences de la CCT.

L'engagement pris par le Conseil d'Etat devait être interprété en ce sens qu'il ne devait générer aucune charge supplémentaire.

Le vote du budget relevait des compétences du Grand Conseil et il appartenait au Conseil d'Etat de faire à celui-là des propositions acceptables.

Aucun recours n'était ouvert contre cette décision.

- 9) La R\_\_\_\_\_ n'a pas recouru.

- 10) En revanche, l'EMS C\_\_\_\_\_, qui avait également réclamé contre la décision la concernant, a recouru le 27 juillet 2006 auprès du Tribunal administratif, devenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011 la chambre administrative de la section administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), contre le rejet de sa réclamation.

- 11) Par arrêt du 7 novembre 2006, le Tribunal administratif a admis ce recours (ATA/583/2006).

Il a relevé, au stade de l'examen de la recevabilité, que les EMS reconnus d'utilité publique disposaient d'un droit à la subvention. Sur le fond, la décision entreprise devait être annulée, car la prise en compte d'une variation de l'encadrement médico-social, au titre des événements permettant une adaptation du montant de la subvention pendant la période quadriennale, n'était pas prévu, en violation de l'art. 27 de la loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées du 3 octobre 1997 (LEMS - J 7 20), aujourd'hui abrogée.

- 12) Consécutivement à cet arrêt, le DSE a pris, à l'égard de l'EMS C\_\_\_\_\_, une décision tenant compte de ce critère, sans toutefois l'appliquer aux autres établissements.

- 13) Début 2008, la commission des finances du Grand Conseil (ci-après : la commission des finances) a souhaité que le versement de la subvention 2009 soit subordonné à la signature d'un contrat de prestations.

Celui-ci prévoyait notamment qu'au terme de l'exercice comptable 2009 l'EMS bénéficiaire devait restituer à l'Etat le 75 % de son résultat annuel. En revanche, à l'échéance du contrat, il assumait seul ses pertes reportées.

- 14) Ces deux points ont fait l'objet d'après discussions entre le département et les EMS concernés. La grande majorité de ceux-ci considérait 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.
- 15) Bien que le DSE ait finalement subordonné le versement de la subvention 2009 à la signature dudit contrat, la R\_\_\_\_\_ a refusé d'y adhérer.
- 16) Le 18 mars 2009, le Conseil d'Etat a avisé l'intéressée 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 dix-neuf EMS, dont la R\_\_\_\_\_. Tous les autres établissements s'étaient conformés aux « exigences légales voulues par le Grand Conseil ».
- 17) Le 8 avril 2009, la R\_\_\_\_\_ a recouru auprès du Tribunal administratif contre cette décision pour les motifs exposés ci-dessus.
- 18) Par arrêt du 23 mars 2010, le Tribunal administratif a admis ledit recours, considérant en substance que la décision d'octroi de la subvention quadriennale 2006-2009 du 7 avril 2006 avait créé des droits acquis (ATA/198/2010).
- 19) Suite à cet arrêt, la R\_\_\_\_\_ a perçu une subvention pour l'année 2009 de 1'186'060.-, conformément à la décision précitée.
- 20) Cette année-là, le Conseil d'Etat a levé le blocage du prix de pension et décidé unilatéralement son augmentation. La R\_\_\_\_\_ s'est ainsi vu ajouter CHF 5.- à son prix de pension journalier.
- 21) A la fin de la période quadriennale, la R\_\_\_\_\_ a enregistré un déficit total de CHF 383'084.- (après report des résultats excédentaires et déficitaires d'un exercice sur l'autre).
- 22) Le 26 juillet 2010, elle a demandé au DSE de prendre en charge ce déficit.
- 23) Par décision du 13 octobre 2010, le DSE a refusé d'accéder à cette demande.

Les subventions de fonctionnement allouées sur la base de la LEMS étaient destinées à participer au financement des frais d'encadrement médico-sociaux des EMS et non à garantir la couverture de leur déficit.

La subvention 2006-2009 octroyée à la R\_\_\_\_\_ avait été calculée au moyen de la méthode d'évaluation « plaisir » (planification informatisée des soins infirmiers requis) sur la base de l'année 2005. Or, la charge des soins dispensés par l'établissement n'avait pas cessé de diminuer jusqu'en 2009. Une subvention supérieure à celle requise avait ainsi été perçue.

La voie de la réclamation était indiquée.

- 24) Le 15 novembre 2010, la R\_\_\_\_\_ a néanmoins recouru directement auprès du Tribunal administratif contre cette décision. Elle a conclu à son annulation, à ce qu'il soit constaté que son déficit de CHF 383'084.- devait être pris en charge par l'Etat de Genève, soit pour lui le DSE, à ce que celui-là soit condamné au versement de cette somme en sa faveur, ainsi qu'au paiement d'une équitable indemnité de procédure.

a. La LEMS prévoyait trois sources de financement pour couvrir les charges des EMS : le prix de pension, la participation des assureurs-maladie aux soins dispensés dans l'établissement et les subventions cantonales.

La R\_\_\_\_\_ ne pouvait intervenir sur le prix de pension, qui était fixé unilatéralement par l'Etat. Il en allait de même pour la participation forfaitaire des assureurs-maladie, dont le montant était décidé entre Santé suisse et la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (ci-après : Fegems), sans qu'elle puisse elle-même prendre part aux négociations. Les subventions, qui intervenaient à titre subsidiaire, constituaient ainsi le seul moyen pour elle d'équilibrer ses comptes de résultat.

b. Le déficit qu'elle avait subi provenait d'abord de ce que la subvention 2006-2009, fixée dans le cadre du plan quadriennal, avait été de 8 % inférieure à celle allouée en 2005 et bloquée sur quatre ans.

La conclusion de nouvelles CCT imposées par l'Etat avait par ailleurs contraint les EMS à adapter les salaires de leurs employés aux mécanismes salariaux de l'Etat. Ce dernier, qui s'était engagé à prendre en charge les frais correspondants, avait versé à cette fin, en 2009, une subvention additionnelle à chaque EMS. Celle-ci n'avait toutefois pas couvert les charges supplémentaires induites par cette mesure (annuités versées aux salariés en 2006, 2007, 2008 et 2009, indexation des salaires aux mêmes périodes, primes de fidélité et introduction d'un treizième salaire en 2009, le tout correspondant à environ 9 % des coûts salariaux, dont la masse représentait quelque 80 % des charges globales de l'EMS).

La dotation en personnel, auparavant imposée par l'Etat, avait été levée pendant cette période. Cependant, le maintien des mêmes critères de qualité de soins avait rendu impossible une baisse de l'encadrement médico-social.

Les coûts de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10) enregistrés n'avaient pas été couverts par la participation forfaitaire des assureurs.

Le contrôle des comptes des EMS, auparavant assuré par le SPC, avait dû être effectué par des réviseurs privés, engendrant pour elle des frais importants.

c. L'augmentation unilatérale du prix de pension par l'Etat en 2009 n'avait pas suffi pour équilibrer ses comptes.

d. Ses rapports financiers avaient été remis au DSE à la fin de chaque exercice. Ils n'avaient pas été contestés et elle avait reçu chaque année la subvention fixée dans le plan quadriennal, sans critiques quant à sa gestion.

e. En 2006, elle avait subi une perte totale de CHF 114'563.-. Le financement des assureurs-maladie et la subvention n'avaient couvert que 86,42 % des soins LAMal. Il en était résulté une perte de CHF 332'860.-, partiellement compensée par le prix de pension et l'exploitation de sa cafétéria, qui avaient été bénéficiaires.

f. Seule l'année 2007 avait donné lieu à un bénéfice, qui s'était élevé à CHF 14'750.-, ceci malgré une perte (compensée) des soins LAMal de CHF 109'309.-.

g. L'année 2008 avait été déficitaire à hauteur de CHF 29'003.-. Le paiement des coûts LAMal avait été déficitaire à hauteur de CHF 125'206.-, mais compensé en grande partie par le prix de pension.

h. Enfin, une perte de CHF 254'269.- avait été enregistrée en 2009 (CHF 208'195.- de résultat déficitaire pour les soins LAMal et CHF 46'074.- de frais non LAMal).

Après report des bénéfices et des pertes d'une année sur l'autre, il était résulté un déficit global de CHF 383'084.-, lequel devait être pris en charge par l'Etat.

25) Le DSE a répondu le 20 décembre 2010 en concluant au rejet du recours.

a. Faute d'avoir recouru contre la décision du 7 avril 2006, la recourante ne pouvait plus remettre en cause le montant de la subvention allouée pour la période considérée en sollicitant une subvention additionnelle.

b. Le plan d'efficience décidé par le Conseil d'Etat constituait l'élément central du redressement durable des finances publiques cantonales et de l'amélioration qualitative de l'action publique. Pour assainir les finances publiques, le Conseil d'Etat s'était fixé un cadre budgétaire rigoureux qui mettait à contribution tant l'Etat que l'ensemble des institutions subventionnées. L'effort demandé aux EMS était de respecter le cadre financier fixé, soit une diminution de leur subvention de 7,84 % par rapport à 2005, bloquée sur quatre ans. Il appartenait ainsi à la recourante de maîtriser ses charges par des mesures de rationalisation et de gain d'efficience, tout en maintenant la qualité de ses prestations.

c. La LEMS conférait aux EMS reconnus d'utilité publique un droit à la subvention. Ce droit n'était toutefois pas sans limites. Il avait été défini en l'espèce par la subvention quadriennale accordée. Celle-ci ne pouvait être augmentée sans violer l'art. 26 LEMS, qui subordonnait le versement des subventions à l'existence d'une loi de financement, d'une ligne budgétaire votée par le Grand Conseil et d'une décision ou d'un contrat de prestations. La chambre de céans ne pouvait, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, condamner le DSE au versement d'une subvention que le parlement n'avait pas encore votée.

d. Les revenus des EMS n'étaient pas strictement limités aux trois postes mentionnés par la loi. Les établissements pouvaient recevoir des dons et des legs. Ils pouvaient également exercer des activités accessoires, telles que l'exploitation d'un kiosque ou d'une cafétéria.

Les EMS pouvaient ajuster les recettes provenant des contributions des assureurs-maladie par leur politique d'admission des résidents. L'absence de couverture des soins LAMal s'expliquait notamment par le fait que la recourante avait accueilli des personnes dont la charge en soin était faible pendant la période de référence.

e. La recourante n'avait pas apporté la preuve qu'elle avait contrôlé ses dépenses et qu'elle n'avait pu comprimer ses charges sans diminuer la qualité de ses prestations.

Suite à un contrôle de ses comptes par l'inspection cantonale des finances en 2006 (ci-après : l'ICF), différentes recommandations avaient été émises relativement à la tenue de ceux-ci : sa dette avait été surestimée et une partie de celle-ci devait être réaffectée dans les fonds propres et restituée à l'Etat en raison de l'interdiction de thésaurisation ; il lui avait notamment été recommandé de renégocier son loyer, dont le montant de CHF 700'000.- par an était excessif, sous la supervision du DSE).

f. La décision fixant la subvention quadriennale n'avait pas tenu compte de l'encadrement médico-social, cet élément devant être évalué tous les quatre ans. Le prix de pension devait pour sa part demeurer inchangé. Or, il avait été augmenté, accroissant ses recettes.

g. L'acceptation des comptes de la R\_\_\_\_\_ par le DSE n'avait pas entraîné celle de couvrir son déficit.

h. Bien que destinée à être bloquée, la subvention avait tout de même évolué entre 2006 et 2009 pour tenir compte, notamment, de l'augmentation de la charge salariale ayant découlé des nouvelles CCT.

26) La recourante a répliqué le 28 janvier 2011 en persistant dans ses conclusions.

Elle sollicitait une comparution personnelle des parties destinée à lui permettre d'explicitier sa gestion et les tableaux produits concernant ses coûts.

Elle avait démontré, dans le cadre de la procédure d'octroi de la subvention quadriennale, qu'elle en avait respecté les conditions. Il appartenait dès lors au DSE de prouver qu'elle avait mal maîtrisé ses coûts.

Ses comptes avaient été soumis chaque année au DSE, qui les avait toujours acceptés, sans relever de défaut dans sa gestion.

Le rapport de l'ICF avait fait l'objet d'une réponse circonstanciée de sa part le 6 février 2008, à laquelle le DSE avait mis deux ans et demi à répondre.

Elle n'avait pas de politique d'admission des résidents. Ne disposant pas de liste d'attente, elle accueillait des patients proposés par les assistantes sociales des Hôpitaux universitaires de Genève et par les médecins de quartier. Elle ne pouvait ainsi contrôler la couverture de ses frais LAMal par ce biais.

Parmi ses charges, figuraient les frais de deux procédures devant les tribunaux (subvention 2009 et prestations complémentaires) pour lesquelles elle avait obtenu gain de cause, ainsi que les frais de blocage par le DSE de sa subvention 2009.

27) Le DSE a dupliqué le 2 mars 2011.

L'obligation pour les EMS de recourir à des réviseurs privés avait découlé de l'entrée en vigueur de la LIAF le 1<sup>er</sup> janvier 2006, qui imposait aux institutions subventionnées de présenter leurs comptes conformément aux recommandations « Swiss Gaap RPC » (RPC 21, destinée aux organisations sociales d'utilité publique à but non lucratif).

Il produisait un tableau comparant la recourante aux autres EMS, s'agissant du rapport entre les minutes de soins dispensées et le coût des charges salariales supporté. Il en ressortait que la minute de soin dispensée par la recourante se situait à CHF 2,14, alors que l'EMS le plus performant sur cet indicateur était à CHF 1,40 et le moins performant à CHF 2,60.

- 28) Le 26 mars 2011, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

### **EN DROIT**

- 1) Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2011, suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), l'ensemble des compétences jusqu'alors dévolues au Tribunal administratif a échu à la chambre administrative de la Cour de justice, qui devient autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative (art. 131 et 132 LOJ).

Les procédures pendantes devant le Tribunal administratif au 1<sup>er</sup> janvier 2011 sont reprises par la chambre administrative (art. 143 al. 5 LOJ). Cette dernière est ainsi compétente pour statuer sur la recevabilité du recours.

- 2) Au bas de la décision attaquée, le DSE a indiqué comme voie de droit celle de la réclamation, se référant à l'art 30 al. 1 LEMS. Or, cette loi a été abrogée le 31 mars 2010 par l'art. 40 de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées du 4 décembre 2009 (LGEPA - J 7 20), qui a remplacé la LEMS, ouvrant une voie de recours directe à la chambre administrative.
- 3) En principe, et sous réserve d'exceptions qui ne sont pas réalisées en l'espèce, le nouveau droit s'applique à toutes les situations qui interviennent depuis son entrée en vigueur. Notamment, en l'absence de dispositions transitoires, les nouvelles règles de nature procédurale doivent s'appliquer immédiatement à toutes les affaires pendantes (ATF 130 V 560, 562 ; 111 V 46, 47 ; Arrêt du Tribunal administratif fédéral A-5714/2007 du 18 mars 2008, consid. 3.4 et les références citées ; ATA/356/2008 du 24 juin 2008 ; voir aussi U. HAEFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich, 2006, p. 66, n° 327a ; P. MOOR, Droit administratif, vol. I, Berne, 1994, p. 171).

Le recours, interjeté devant l'autorité compétente et dans les délais impartis par la loi, est ainsi recevable (art. 63 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10, dans sa teneur au 31 décembre 2010).

- 4) La recourante sollicite une audience de comparution personnelle des parties, aux fins de démontrer qu'elle aurait bien géré son établissement et maîtrisé ses coûts.

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 pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 132 II 485 consid. 3.2 p. 494 ; 127 I 54 consid. 2b p. 56 ; 127 III 576 consid. 2c p. 578 ; Arrêt du Tribunal fédéral 1C.424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; Arrêts du Tribunal fédéral 2C.58/2010 du 19 mai 2010 consid. 4.3 ; 4A.15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités ; ATA/432/2008 du 27 août 2008 consid. 2b).

Le dossier étant en l'état d'être jugé, il ne sera pas donné suite aux offres de preuves de la recourante.

- 5) Le DSE considère que la demande de couverture de déficit de la recourante se heurte à l'entrée en force de la décision du 7 avril 2006.

Le droit administratif connaît les principes de la force et de l'autorité de chose jugée ou décidée : un jugement rendu par un tribunal devenu définitif par l'écoulement du délai de recours ou par l'absence de toute autre possibilité de recours ordinaire notamment, ne peut plus être remis en cause devant une autorité administrative ou judiciaire. Il y a autorité de la chose jugée quand la prétention litigieuse est identique à celle qui a déjà fait l'objet d'un jugement en force. Tel est le cas lorsque, dans l'un et l'autre procès, les parties ont soumis au juge la même prétention en se fondant sur les mêmes motifs juridiques et les mêmes faits. L'autorité de la chose jugée s'attache en principe au seul dispositif du jugement. Cela n'empêche toutefois pas qu'il faille parfois recourir aux motifs pour déterminer la portée exacte du dispositif (ATF 123 III 16 consid. 2a p. 18 ; 121 III 474 consid. 4a p. 477 ; 119 II 89 consid. 2a p. 90 ; 115 II 187 consid. 3b pp. 189 ss ; 106 II 117 consid. 1 p. 118 ; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 1983, pp. 320 ss). De plus, lorsque le dispositif du jugement se réfère expressément aux considérants, ceux-ci en deviennent partie intégrante et, partant, acquièrent force de chose jugée. Ainsi, lorsqu'un tel dispositif conclut un jugement de renvoi, les considérants lient les

autorités auxquelles la cause est renvoyée (ATF 120 V 233 consid. 1a p. 237 ; 113 V 159 ; F. GYGI, op. cit., p. 323 ; ATA/685/2010 du 5 octobre 2010).

a. La décision du 7 avril 2006 statue sur le montant de la subvention que les départements concernés ont décidé d'allouer pendant la période quadriennale, sous réserve d'une modification du nombre de lits et du taux d'occupation, dont les éventuelles variations pouvaient conduire à une réévaluation de la subvention. Elle ne dit rien sur la prise en charge d'un éventuel déficit constaté au terme de cette période. En l'absence d'une mention expresse excluant cette prise en charge, ladite décision ne pouvait avoir qu'un effet prospectif et la recourante n'aurait pu recourir, faute d'intérêt digne de protection, contre un refus hypothétique de couverture d'un déficit futur éventuel.

L'autorité de la chose jugée ne s'étendant pas à la question soulevée dans le présent recours, l'exception soulevée par le DSE doit être écartée.

b. Quant à la procédure introduite devant le Tribunal administratif le 8 avril 2009, elle visait le refus de payer la subvention fixée pour la période quadriennale pour défaut de signature d'un contrat de prestations nouvellement imposé. L'objet de la contestation n'avait ainsi rien à voir avec celui du présent litige.

- 6) Le droit de fond applicable au litige est celui qui était en vigueur au moment où les faits à l'origine de la demande se sont produits. En effet, en vertu du principe de non-rétroactivité des lois, s'appliquent aux faits dont les conséquences juridiques sont en cause les normes en vigueur au moment où ces faits se produisent (ATF 136 V 24 c. 4.3 ; ATF 130 V 445 c. 1.2.1 ; ATA/163/2011 du 15 mars 2011 ; P. MOOR, op. cit., p. 170).

La demande de prise en charge par l'Etat du déficit accumulé entre 2006 et 2009 ayant trait à une période antérieure à l'entrée en vigueur de la LGPEA, la LEMS et son règlement d'application de la loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant les personnes âgées du 15 décembre 1997 (REMS) sont applicables sur un plan matériel.

- 7) Selon l'art. 1 LEMS, l'Etat encourage, dans le cadre de la politique de la santé et de la planification sanitaire cantonale, la construction et l'exploitation d'EMS destinés à l'accueil et à l'hébergement de personnes âgées. L'un des buts de la LEMS est de définir les conditions d'octroi des subventions d'investissement et de fonctionnement des EMS (art. 3 let. c LEMS).

Afin d'assurer à toutes les personnes âgées des conditions d'accueil de qualité à des conditions financièrement supportables, le Conseil d'Etat veille à la planification quantitative et qualitative des places offertes par les établissements médico-sociaux, s'assure de la complémentarité et de la coordination des activités des établissements médico-sociaux avec les autres modes, hospitalier et

domiciliaire, publics et privés, de prise en charge des personnes âgées, organise la surveillance et le contrôle des établissements médico-sociaux et prend toute mesure utile à l'amélioration de la qualité des prestations fournies par les établissements médico-sociaux (art. 5 let. a, b, d et e LEMS).

Il contribue, par l'octroi de subventions cantonales, au bon fonctionnement de ces établissements (art. 5 let. c LEMS).

- 8) Aux termes des art. 9, 10 et 11 LEMS, il existe un droit à obtenir une autorisation d'exploiter un EMS, moyennant le respect de certaines conditions légales, indépendamment du besoin existant. La LEMS institue cependant deux catégories d'EMS : ceux reconnus d'utilité publique, qui peuvent prétendre à l'octroi d'une subvention, et les autres (art. 20 al. 1 et 2 et 26 *a contrario* LEMS).

La reconnaissance d'utilité publique est subordonnée au respect par l'établissement de tout un ensemble de conditions, au titre desquelles figurent, en particulier, l'obligation pour l'établissement de ne poursuivre aucun but lucratif, d'assurer des soins de qualité, d'être membre de la Fegems, de respecter les charges et les conditions fixées à l'octroi et à l'emploi des subventions cantonales, d'appliquer les prix de pension agréés par l'autorité cantonale, de respecter les conventions conclues avec les assureurs-maladie et fixant une participation financière forfaitaire aux frais remboursables par l'assurance-maladie (art. 20 al. 1 LEMS).

- 9) L'existence d'un droit à la subvention en faveur des EMS reconnus d'utilité publique n'est, à juste titre, pas contestée par les parties.

- 10) En effet, conformément à l'art. 17 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, (qui comprennent le prix hôtelier et une contribution aux soins (art. 17 let. a LEMS) ;
- les assureurs-maladie (art. 5 let. b), qui participent à la prise en charge des soins et des frais médico-pharmaceutiques remboursables selon la LAMal (art. 18 LEMS) ;
- les subventions cantonales (art. 5 let. c), qui peuvent être d'investissement ou d'exploitation (art. 19 LEMS).

Ces trois sources de financement sont exclusives, ainsi que l'admet le DSE, sous réserve des recettes provenant de l'exploitation d'un kiosque ou d'une cafétéria ou encore d'un don ou d'un legs. Celles-ci sont toutefois marginales et, cas échéant, portées à l'actif de l'établissement, réduisant d'autant son éventuel déficit.

Sur ces trois sources de financement, les EMS ne peuvent influencer de manière sensible.

a. En effet, selon l'art. 11 let. a REMS, le prix de pension des EMS doit être « agréé » par le SPC. Usant de son pouvoir d'évocation (art. 3 de la loi sur l'exercice des compétences du Conseil d'Etat et l'organisation de l'administration du 16 septembre 1993 - LECO - B 1 15), le Conseil d'Etat s'est attribué cette compétence pendant la période quadriennale. En 2008, date de la seule modification qui est intervenue, l'« agrément » en question s'est traduit dans les faits par une hausse unilatérale du prix de pension (voir courrier du président du DSE du 13 novembre 2008 adressé à la recourante, informant celle-ci que « le Conseil d'Etat [avait] décidé - dans le cadre du projet du budget 2009 - d'adapter les prix de pension des [EMS] afin de tenir compte de la masse salariale. De ce fait, [il l'informait] que le prix de pension de [son] établissement, [passerait] de CHF 200.- en 2008 [à] CHF 205.- en 2009 »).

Les EMS ne disposent ainsi d'aucune autonomie de gestion de ce point de vue pour espérer augmenter leurs recettes.

b. Il en va de même pour la participation des assureurs-maladie aux soins couverts par la LAMal qui sont dispensés dans leurs établissements.

En effet, conformément à l'art. 18 LEMS, les assureurs-maladie participent à la prise en charge des soins et des frais médico-pharmaceutiques remboursables selon la LAMal. Ils contribuent au financement des soins infirmiers et des soins de base sous la forme d'un forfait journalier fixé sur la base de résultats fournis par la méthode d'évaluation « plaisir ». Ce forfait est négocié par Santé Suisse, d'une part, et par la Fegems, d'autre part, qui représente les EMS. Il donne lieu à une convention. Son montant dépend de la catégorie de besoins en soins dans laquelle se trouve le résident. Il varie entre CHF 10,55 (catégorie 1) et CHF 159,65 (catégorie 8 ; données 2010).

Le DSE soutient, qu'en vertu du mandat de représentation confié à la Fegems par les EMS, le résultat négocié dans ce cadre leur est imputable. Cette réalité ne saurait toutefois être confondue avec une marge de manœuvre dont l'établissement disposerait pour pouvoir augmenter ses recettes. D'une part, l'établissement n'a pas le choix de la procédure. D'autre part, il ne peut influencer son résultat d'une façon indépendante.

Les EMS ne peuvent ainsi intervenir de manière autonome sur cette recette pour tenter d'équilibrer leur compte de résultat.

c. Les subventions cantonales constituent, dans ce contexte, une source de financement subsidiaire et nécessaire. Cette nécessité découle des buts assignés par le législateur à la LEMS, dont le système de subventionnement visait à

remplacer les prestations d'assistance publique individuelles des pensionnaires, jugées anachroniques et humiliantes, et à assurer à toutes les personnes âgées l'accès à des soins de qualité, à des conditions économiquement supportables (Mémorial des séances du grand Conseil de la République et canton de Genève - ci-après : MGC - 1997 15/II 2196-2198).

- 11) Si les parties ne remettent pas en cause le principe d'un droit à la subvention, elles se querellent en revanche sur l'étendue de ce droit.

La recourante tire des termes « sont couvertes » figurant à l'art. 17 LEMS un droit inconditionnel à la prise en charge de ses frais, qu'elle qualifie en l'espèce d'incompressibles. La subvention interviendrait de manière subsidiaire, mais dans une mesure lui permettant d'équilibrer son compte de résultat dans de telles circonstances.

L'autorité intimée soutient, de son côté, que la subvention quadriennale allouée ne pouvait être dépassée - sous réserves des adaptations qu'elle a elle-même accordées. Elle fait grief à la recourante de n'avoir pas maîtrisé ses coûts.

- 12) Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte légal n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; ATF 132 V 321 consid. 6 p. 326 ; 129 V 258 consid. 5.1 pp. 263/264 et les références citées). Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique (ATF 133 III 175 consid. 3.3.1 p. 178 ; 125 II 206 consid. 4a pp. 208/209 ; ATA/422/2008 du 26 août 2008 consid. 7). Enfin, si plusieurs interprétations sont admissibles, il faut choisir celle qui est conforme à la Cst. (ATF 119 Ia 241 consid. 7a p. 248 et les arrêts cités).

En l'espèce, les buts d'intérêt public poursuivis par la LEMS et énoncés ci-dessus, ainsi que les impératifs découlant d'une gestion rationnelle et efficace des fonds publics, s'opposent à la prise en charge automatique de leur déficit. Un tel système équivaldrait à un blanc-seing donné à une mauvaise gestion, ce qui est incompatible avec ces objectifs. L'interprétation téléologique de la LEMS s'oppose donc à un tel résultat.

Si l'administration n'est pas liée par la couverture de ces charges, c'est qu'il existe, au sein de l'art. 17 LEMS, un pouvoir d'appréciation dévolu au département chargé de l'exécution de la loi. En dépit des apparences, cette disposition légale laisse ainsi à l'autorité d'application une véritable liberté

d'appréciation sur les charges financières qu'elle souhaite couvrir et sur le maximum du montant à hauteur duquel elle considère celui-ci conforme à l'intérêt public visé. De même que le recours du législateur à la forme potestative oblige parfois l'autorité à allouer une subvention ou accorder un droit (ATF 99 Ib 421 consid. 2b), un texte créant l'apparence que l'on se trouve en administration liée peut-il conférer un pouvoir d'appréciation à l'autorité administrative.

L'exercice d'un tel pouvoir relève de l'opportunité.

- 13) Or, à teneur de l'art. 61 al. 2 LPA, les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée (sauf exception prévue par la loi, inexistante en l'espèce).

Cette limite au contrôle de l'activité de l'administration par le juge est particulièrement importante lorsqu'interviennent des considérations tenant à l'orientation d'une politique publique, à la planification et à la prospective (P. MOOR, op. cit., p. 382, n. 4.3.3.2). Elle découle du principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, qui interdit au juge de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité administrative, limitant son rôle à un contrôle de la légalité, au sens large.

Selon l'auteur susnommé, le juge n'est pas là pour assumer une responsabilité de nature politico-administrative ; il ne peut répondre ou être tenu pour responsable d'une politique en cas d'échec de celle-ci. Les conséquences d'une erreur de planification peuvent être lourdes (en l'espèce, allouer plus de subventions aux EMS que ne le permettent les finances publiques ou, à l'inverse, démesurément restreindre celles-là, avec pour conséquence la fermeture de certains établissements, des licenciements, une diminution du nombre de lits, une baisse de la qualité de l'accueil et des soins, etc.).

Lorsqu'une législation confie à l'autorité d'application, comme c'est le cas en l'espèce, la mise en œuvre d'un intérêt public et qu'une mesure (ici l'octroi de la subvention), adoptée selon des principes démocratiques (votation du budget par le Grand Conseil) met en œuvre une politique publique donnant lieu à une responsabilité politique, le juge ne peut substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité.

Son contrôle se limite donc à déterminer si une subvention a bien été versée à la recourante et si les paramètres légaux ont bien été pris en compte par l'autorité d'application dans la détermination de celle-ci. La quotité de la subvention, soit le caractère suffisant ou insuffisant de celle-ci, relève de l'opportunité et ne peut être contrôlée.

En l'espèce, une subvention inférieure de 7,84 % par rapport à celle de 2005 a été allouée à la recourante pour la période quadriennale 2006-2009. Cette

diminution a représenté une baisse d'un peu plus de 1,5 % de son coût d'exploitation total. La recourante n'allègue pas qu'une augmentation de l'encadrement médico-social, non prise en compte par la subvention fixée au début de l'année 2006, soit intervenue pendant la période considérée, ayant eu pour effet d'accroître son déficit. Dans le même temps, une augmentation du prix de pension et des subventions complémentaires, destinée à couvrir les engagements pris par le Conseil d'Etat relativement à l'adaptation des salaires aux mécanismes salariaux de l'Etat, a été accordée.

Le DSE n'ayant pas omis la prise en compte de ces éléments et le montant correspondant octroyé échappant au contrôle de la chambre de céans, le recours sera rejeté.

- 14) Un émoulement de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe. Aucune indemnité de procédure ne sera lui allouée (art. 87 LPA).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS**  
**LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 15 novembre 2010 par l'Association de l'EMS R\_\_\_\_\_ contre la décision du département de la solidarité et de l'emploi du 13 octobre 2010 ;

**au fond :**

le rejette ;

met à la charge de l'Association de l'EMS R\_\_\_\_\_ un émoulement de CHF 1'000.- ;

dit qu'il ne lui est pas alloué d'indemnité ;

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 ;

communiqué le présent arrêt à Me Stéphanie Fuld, avocate de la recourante, ainsi qu'au département de la solidarité et de l'emploi.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière de juridiction :

M. Tonossi

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :