

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4136/2015-DIV

ATA/378/2016

**COUR DE JUSTICE**

**Chambre administrative**

**Arrêt du 3 mai 2016**

dans la cause

A\_\_\_\_\_

représentée par Me Philippe Ducor, avocat

contre

**DÉPARTEMENT DE L'EMPLOI, DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA  
SANTÉ**

---

## EN FAIT

1) B\_\_\_\_\_, devenue depuis lors A\_\_\_\_\_ (ci-après : la société) est une société anonyme dont le siège est à C\_\_\_\_\_. Selon l'extrait du Registre du commerce, elle a pour but le placement temporaire de personnel notamment pour la prise en charge des personnes ou de leurs biens ainsi que du ménage.

2) Par arrêté du 27 avril 2010 du département des affaires régionales, de l'économie et de la santé, devenu depuis lors le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du canton de Genève (ci-après : DEAS), la société a été autorisée à exploiter une organisation de soins à domicile (ci-après : OSAD) dans le canton de Genève.

3) Les 15 juin et 21 octobre 2011, le DEAS a refusé de faire bénéficier la société de la reconnaissance d'utilité publique.

Il y avait suffisamment d'autres organisations bénéficiant déjà de la reconnaissance sollicitée pour assurer la couverture des besoins.

4) Par courrier du 16 décembre 2014, la société ainsi que deux autres OSAD privées se sont adressées au Conseiller d'État en charge du DEAS (ci-après : le Conseiller d'État). Elles entendaient faire valoir le droit des OSAD privées au financement résiduel de leurs coûts. L'État de Genève était invité à fixer le montant de celui-ci et à prendre toutes dispositions utiles pour que son versement devienne effectif.

5) Sur proposition du Conseiller d'État, une réunion s'est tenue le 15 avril 2015 afin de discuter de cette problématique. Il y a participé, de même que le directeur général de la direction générale de la santé, les représentants des sociétés et leur avocat.

À l'issue de celle-ci, le DEAS a invité les sociétés à fournir des informations complémentaires nécessaires à la fixation du montant du financement résiduel.

6) Par courrier du 16 juin 2015, les sociétés ont adressé au Conseiller d'État l'estimation des coûts effectifs de leurs prestations pour les années futures.

Dans la mesure où les montants forfaitaires de la prise en charge des prestations par l'assurance obligatoire des soins (ci-après : AOS) étaient et seraient inférieurs aux coûts effectifs estimés pour les années 2015 à 2019, le canton allait devoir prendre en charge la part non couverte de ces coûts.

À titre indicatif, elles produisaient également un tableau du montant total de la participation du canton de Genève pour l'année 2015. Cette estimation était approximative, le nombre d'heures effectuées en 2015 étant inconnu et celui-ci augmenterait vraisemblablement dans les années à venir compte tenu de l'accroissement des besoins en soins d'une population vieillissante.

- 7) Le 25 septembre 2015, le DEAS a contesté être débiteur des montants réclamés. Seules les institutions de soins à domicile reconnues d'utilité publique étaient « subventionnées » par le canton.
- 8) Par courrier du 9 octobre 2015, la société a demandé qu'une décision formelle soit rendue.
- 9) Le 16 octobre 2015, le Conseiller d'État a rappelé que le DEAS n'était pas opposé à une éventuelle entrée en matière à compter de l'année 2016, raison pour laquelle la société devait transmettre des éléments comptables chiffrés et les documents leur permettant d'étudier les charges, revenus et activités exercées par les trois sociétés.
- 10) Le 28 octobre 2015, le Conseiller d'État a rendu sa décision.

Les prétentions de la société n'étaient pas clairement établies. Le tableau annexé à son courrier du 16 juin 2015 était une estimation du nombre d'heures qui seraient effectuées en 2015, laquelle ne tenait au surplus pas compte de la part qui serait facturée au patient.

La société n'étant pas reconnue d'utilité publique, il ne serait pas donné suite à sa demande de percevoir un financement étatique.

- 11) Par acte du 27 novembre 2015, la société a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision. Son droit au financement résiduel cantonal devant être reconnu dès 2015 et l'État de Genève devait prendre les dispositions nécessaires pour que le versement du financement résiduel tant à la société qu'à tout tiers autorisés à exploiter une OSAD dans le canton de Genève devienne effectif. Les conclusions étaient prises « sous suite de frais ».

L'obligation d'être reconnue d'utilité publique était une condition additionnelle, contraire au droit fédéral. Le canton n'était pas autorisé à conditionner le paiement du financement résiduel à des exigences supplémentaires, par exemple la reconnaissance d'utilité publique, l'affiliation à une institution faîtière ou encore l'inclusion dans une planification de soins ambulatoires non prévues par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal – RS 832.10).

De plus, l'assimilation du financement résiduel cantonal à une subvention étatique était erronée. En effet, les OSAD admises à pratiquer à charge de l'AOS avaient un véritable droit à la part résiduelle de l'art. 25a al. 5 in fine LAMal, laquelle ne saurait par conséquent dépendre du budget annuel de l'État ni être limitée par ce dernier.

Par conséquent, le canton devait couvrir la part résiduelle des coûts des prestations prodiguées par des fournisseurs admis à pratiquer à charge de l'AOS.

- 12) Le 1<sup>er</sup> février 2016, le Conseiller d'État a conclu au rejet du recours.

La jurisprudence admettait que les cantons disposaient d'une large marge d'appréciation relative aux modalités de prise en charge de la part cantonale. À Genève, afin de bénéficier du financement étatique, les organisations d'aide et de soins à domicile et les infirmiers indépendants devaient être reconnus d'utilité publique par le canton. Tel n'était pas le cas de la recourante, qui était libre d'adapter ses horaires ou de refuser de la patientèle.

S'il n'était pas question d'interdire l'accès au marché d'OSAD autres que celles reconnues d'utilité publique, il devait être rappelé que le rôle des cantons était de planifier l'offre et d'assurer à la population un accès aux soins tout en respectant des contraintes d'ordre budgétaires et administratives. La société exerçant en toute indépendance, elle pouvait facturer sans limite des prestations de soins à domiciles, à la charge de l'AOS, tout en choisissant ses clients. Dans ces conditions, l'État ne pouvait ni contrôler le volume des prestations, ni la qualité des soins offerts.

Le canton devait pouvoir planifier et contrôler les budgets dévoués aux soins à domicile. Il avait ainsi décidé de subventionner les infirmiers et institutions reconnus d'utilité publique, à certaines conditions, par le biais de mandat de prestations. Il pouvait ainsi intervenir auprès des prestataires de soins concernés, afin de maîtriser les coûts de la santé et de planifier, dans le cadre élargi de la planification sanitaire cantonale, les besoins en soins à domicile.

Faute de remplir les conditions fixées par le droit cantonal, la société ne pouvait prétendre à des prestations financières de la part de l'État.

- 13) Par réplique du 11 février 2016, la société a persisté dans ses conclusions.
- 14) Le 12 février 2016, les parties ont été informées 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) L'argument de la recourante selon lequel le DEAS assimile le financement résiduel cantonal à une subvention étatique sera écarté, le canton ne s'étant à aucun moment référé à la loi sur les indemnités et les aides financières du 15 décembre 2005 (LIAF – D 1 11) pour justifier son refus.
- 3) La recourante se prévaut du principe de la primauté du droit fédéral, soit en particulier de l'art. 25a al. 5 LAMal.
- 4) De jurisprudence constante, la chambre administrative est habilitée à revoir, à titre préjudiciel et à l'occasion de l'examen d'un cas concret, la conformité des normes de droit cantonal au droit fédéral (ATA/582/2015 du 9 juin 2015 consid. 5a et les arrêts cités ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, Droit administratif, vol. 1, 3ème éd., 2012, p. 345 ss n. 2.7.3). Cette compétence découle du principe de la primauté du droit fédéral sur le droit des cantons, ancré à l'art. 49 al.1 Cst. (ATF 138 I 410 consid. 3.1 p. 414 ; ATA/43/2016 du 19 janvier 2016 consid. 4a). D'une manière générale, les lois cantonales ne doivent rien contenir de contraire à la Cst., aux lois et ordonnances du droit fédéral (ATF 127 I 185 consid. 2 p. 187 ; ATA/43/2016 précité ; Andreas AUER/Giorgio MALINVERNI/Michel HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. 1, 3ème éd., 2013, p. 786 n. 2337 ss). Le contrôle préjudiciel permet de déceler et de sanctionner la violation par une loi ou une ordonnance cantonales des droits garantis aux citoyens par le droit supérieur. Toutefois, dans le cadre d'un contrôle concret, seule la décision d'application de la norme viciée peut être annulée (ATA/43/2016 précité ; Pierre MOOR/Alexandre FLÜCKIGER/Vincent MARTENET, op. cit., p. 352 ss n. 2.7.4.2).
- 5) La loi fédérale du 13 juin 2008 sur le nouveau régime de financement des soins (RO 2009 3517), entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, a notamment complété la LAMal d'un nouvel art. 25a, dont l'al. 5 a la teneur suivante :  
  
« Les coûts des soins qui ne sont pas pris en charge par les assurances sociales ne peuvent être répercutés sur la personne assurée qu'à hauteur de 20 % au plus de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral. Les cantons règlent le financement résiduel ».
- 6) À Genève, le législateur a fixé dans la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS – K 1 03) et son règlement d'application ainsi que dans la loi sur le réseau de soins et le maintien à domicile du 26 juin 2008 (LSDom – K 1 06), les conditions

devant être remplies par les organisations d'aide et de soins à domicile pour bénéficier du paiement de la part résiduelle.

- 7) La LSDom a ainsi été modifiée afin de tenir compte de la modification de la LAMal, qui établit comme principe que les cantons assument le financement résiduel (MGC 2009-2010/XI A 13640). Ces derniers doivent par conséquent notamment désigner les prestataires des soins à domiciles éligibles pour percevoir un versement étatique (MGC 2009-2010/XI A 13640).
- 8) Les bénéficiaires des indemnités ou des aides financières accordées par l'État doivent poursuivre un but d'utilité publique (art. 23 LSDom).
- 9) Aux termes de l'art. 22 LSDom, poursuivent un but d'utilité publique les organisations privées d'aide et de soins à domicile, les structures intermédiaires privées et les infirmières et infirmiers pratiquant à titre indépendant qui :
  - a) correspondent aux besoins de la planification sanitaire cantonale ;
  - b) font partie du réseau de soins ;
  - c) sont autorisées en qualité de professionnels de la santé ou d'institution de santé au sens de la loi sur la santé, du 7 avril 2006 ;
  - d) appliquent les tarifs des prestations de maintien à domicile approuvés ou fixés par le Conseil d'État ;
  - e) poursuivent une politique salariale conforme aux conventions collectives, ou, à défaut, répondent aux normes appliquées dans le canton aux professions concernées ;
  - f) consacrent une part prépondérante de leur activité au maintien à domicile ;
  - g) suivent ou offrent à leur personnel une formation continue et permanente adéquate.
- 10) La LSDom prévoit que le DEAS définit les partenaires et établit le plan stratégique du réseau de soins qu'il soumet pour approbation au Conseil d'État (art. 9 al. 2 let. a LSDom). Le DEAS décide également du financement des activités liées au réseau de soins (let. c) et valide les règles communes de fonctionnement des partenaires du réseau de soins (let. e).
- 11) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il découle des mots « les cantons règlent », figurant à l'art. 25a al. 5 in fine LAMal, que la loi fédérale oblige ces derniers à adopter une réglementation expresse ou à mettre la législation existante en conformité avec le nouveau système fédéral de répartition des coûts de la santé

(arrêt du Tribunal fédéral 2C\_728/2011 du 23 décembre 2011 consid. 3.3).

L'art. 25a al. 5 LAMal garantit que les coûts des soins résiduels, à savoir l'intégralité des frais effectifs que ni l'AOS ni l'assuré ne prendraient à leur charge, soit assumée par les collectivités publiques, soit par le canton ou, si ce dernier décide de les mettre (également) à contribution, par les communes (ATF 138 I 410 consid. 4.2 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C\_219/2012 du 22 octobre 2012 consid. 4.2 ; 2C\_728/2011 du 23 décembre 2011 consid. 3.4 ; 2C\_228/2011 consid. 3.2.1)

Les cantons disposent d'une large marge d'appréciation relative aux modalités de prise en charge de la part cantonale, en particulier en vue de leur permettre d'intervenir sur les prestataires de soins de santé, afin que ces derniers maîtrisent au mieux le coût des soins à l'aune de l'art. 32 LAMal; l'art. 25a LAMal ne s'oppose ainsi pas par principe à une tarification forfaitaire de la part résiduelle (ATF 138 I 410 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_219/2012 du 22 octobre 2012 consid. 4.2).

Cela étant, le Tribunal fédéral a précisé que, dans le cas des établissements médicaux sociaux (ci-après : EMS), le droit social fédéral imposait désormais aux cantons de couvrir les coûts des soins résiduels auprès de tous les EMS autorisés à facturer leurs prestations à l'assurance-maladie obligatoire, sans autres conditions (ATF 138 I 410 consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_219/2012 du 22 octobre 2012 consid. 4.2). Les cantons conservent une marge de manœuvre importante leur permettant de définir la planification sanitaire applicable à leur territoire, ainsi que d'imposer le cas échéant des charges et des conditions aux fournisseurs de soins pour les admettre sur la liste des prestataires autorisés à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire. Cependant, une fois la liste LAMal établie, les cantons sont alors seulement tenus de veiller, directement ou en déléguant (partiellement) cette tâche aux communes, à ce que les coûts des soins relatifs aux prestations fournies par les établissements figurant sur cette liste et qui, d'après l'art. 25a al. 5 LAMal, ne sont pris en charge ni par les assurances sociales ni par les assurés, soient entièrement couverts par l'État. Les cantons ne peuvent donc plus soumettre le principe de la prise en charge financière de la part résiduelle des EMS figurant sur la liste LAMal à des conditions et exigences additionnelles; il leur est en revanche permis, dans les limites fixées par le droit social fédéral, de réglementer les modalités de prise en charge de la part cantonale, par exemple en introduisant une tarification forfaitaire couvrant les coûts globaux, dans le but de favoriser l'économicité des coûts. (ATF 138 I 410 consid. 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C\_219/2012 du 22 octobre 2012 consid. 4.3).

- 12) La conclusion de la recourante en faveur des autres organisations de soins à domicile est irrecevable. Le contrôle étant effectué dans un cas concret, seule la décision d'application de la norme viciée peut être cas échéant annulée.
- 13) En l'espèce, la recourante qui a, par arrêté du 27 avril 2010 du DEAS, obtenu l'autorisation d'exploiter une organisation d'aide et de soins à domicile, n'a pas été reconnue d'utilité publique.

Dans ses observations, le DEAS a expliqué que le canton de Genève doit assurer à la population l'accès aux soins tout en respectant des contraintes notamment budgétaires. Or, l'État ne peut pas exercer son contrôle sur le volume des prestations offertes par la recourante, ni sur la qualité des soins offerts, dès lors qu'en tant que société privée, elle travaille en toute indépendance.

La recourante, qui est une société privée, est autorisée à facturer certaines de ses prestations à l'AOS, si bien que, conformément à la jurisprudence citée ci-dessus, le canton ne peut pas soumettre les modalités de la prise en charge de la part résiduelle à des conditions additionnelles. Il peut cependant intervenir auprès de la recourante, afin de vérifier le volume et la qualité des prestations fournies, instaurer une tarification raisonnable ou un système de forfait. Le canton doit en effet pouvoir conserver un contrôle des coûts, l'ensemble du réseau de soins cantonal devant répondre à des exigences d'économie, dans le but d'assurer la pérennité du système de santé.

Par conséquent, s'il peut être exigé qu'un organisme réponde au critère d'utilité publique pour être inclus dans le réseau de soins, une fois que celui-ci y participe effectivement, le canton a l'obligation de prendre en charge les coûts des soins résiduels conformément à la LAMal et en application des principes énoncés par le Tribunal fédéral. Ainsi, si le canton autorise une société à pratiquer les soins à domicile, il doit entrer en matière sur le principe du remboursement de la part résiduelle.

Dans l'examen de ce cas concret, la norme cantonale, ou à tout le moins l'application qui en est faite par le DEAS, est contraire au droit fédéral.

Pour ces motifs, le recours sera partiellement admis et la décision du conseiller d'État en charge du DEAS du 28 octobre 2015 sera partiellement annulée. Il appartiendra au DEAS d'entrer en matière sur les prochaines demandes de remboursement des prestations. Celles-ci ne doivent pas pour autant être admises sans restriction. Il appartiendra au DEAS de réglementer leur prise en charge afin de lui permettre de contrôler les coûts de la santé au niveau cantonal.

Pour le surplus, la décision du DEAS du 28 octobre 2015 sera confirmée, les prétentions de la société n'étant pas, en l'état, clairement établies.

- 14) Vu l'issue du recours, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe partiellement. Aucun émolument ne sera mis à la charge du département, ce dernier en étant exempté (art. 87 al. 1 LPA).

Dans la mesure où elle a dû recourir aux services d'un avocat et qu'elle obtient partiellement gain de cause, une indemnité de procédure de CHF 1'000.- sera allouée à la recourante (art. 87 al. 2 LPA). Cette indemnité sera à la charge de l'État de Genève.

\* \* \* \* \*

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

**à la forme :**

déclare recevable le recours interjeté le 27 novembre 2015 par A\_\_\_\_\_ contre la décision du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 28 octobre 2015 ;

**au fond :**

l'admet partiellement ;

annule partiellement la décision du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 28 octobre 2015 en tant qu'elle conclut que la recourante n'a pas droit au remboursement de la part résiduelle au motif qu'elle n'a pas été reconnue d'utilité publique ;

confirme la décision du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 28 octobre 2015 en tant qu'elle refuse, en l'état, le remboursement des coûts des soins résiduels pour 2015 ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de A\_\_\_\_\_ ;

alloue une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à A\_\_\_\_\_ 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 Philippe Ducor, avocat de la recourante, ainsi qu'au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé.

Siégeants : M. Thélin, président, Mme Junod, M. Dumartheray, Mme Payot Zen-Ruffinen, M. Pagan, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

S. Hüsler Enz

le président siégeant :

Ph. Thélin

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :