RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4158/2020 **ATAS/744/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 6 juillet 2021

15ème Chambre

En la cause

Madame A_____, domiciliée c/o M. B_____, au GRAND-LANCY, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Anne MEIER	recourante

contre

CANTON DE GENÈVE - DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ, sis rue Adrien-Lachenal 8, GENÈVE	intimé

Siégeant : Marine WYSSENBACH, Présidente; Anny FAVRE et Christine TARRIT-DESHUSSES, Juges assesseurs

EN FAIT

A. Madame A_____, âgée de 97 ans, domiciliée à Genève, a volontairement intégré, le 10 juillet 2019, un établissement médico-social (ci-après : EMS) à Klichberg dans le canton de Zurich, après un séjour auprès de sa fille, domiciliée dans le canton de Zurich.

B. a. Par courrier du 20 mai 2020 adressé au département genevois de la sécurité, de l'emploi et de la santé (ci-après : DSES), elle a demandé une prise en charge par le canton de Genève des coûts de son séjour en EMS en invoquant l'art. 25a al. 5 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10) et lui a adressé des factures dont elle s'était déjà acquittée.

b. Par courrier du 3 juin 2020 concernant le « financement résiduel des soins hors canton », le service du réseau de soins du DSES a répondu à Mme A_____ que le canton de Genève n'était pas en mesure de garantir le financement résiduel des soins au sens de la disposition légale précitée. Conformément à la législation en vigueur, le canton de Genève versait le financement résiduel des soins hors canton des résidents séjournant dans des EMS de proximité géographique. Ce périmètre s'étendait exclusivement aux cantons romands (hormis le Valais). Pour le surplus, des discussions cantonales étaient en cours afin de mettre à jour la règlementation en matière de prise en compte des cas de rapprochement familial mais aucune décision n'avait été prise.

c. Les conseils constitués par Mme A_____ ont adressé au directeur de la direction générale de la santé, service réseau de soins, le 24 septembre 2020, un courrier pour réitérer la demande de financement résiduel par le canton de Genève et de paiement des factures échues (CHF 13'553.15), en invoquant la liberté de choix en matière de traitement hospitalier et, subsidiairement, le principe de la substitution de la prestation.

d. Par courrier du 6 novembre 2020, le directeur général de la direction générale de la santé du DSES a indiqué aux conseils de Mme A_____ que l'art. 25a al. 5 LAMal ne trouvait pas à s'appliquer dans la mesure où cette dernière n'était pas entrée en EMS dans le canton de Zurich à défaut de places pouvant l'accueillir à Genève ou dans un canton voisin, mais pour des raisons de convenances personnelles et de son fort attachement au canton de Zurich. Le canton de Genève ne devait dès lors pas prendre en charge le financement résiduel. Ce courrier ne comportait pas de voies de droit ou de mention de décision.

C. a. Par acte du 9 décembre 2020, Mme A_____ a adressé un recours à la chambre des assurances sociales de la Cour de justice (ci-après : CJCAS), en concluant à ce que la CJCAS annule la décision rendue le 6 novembre 2020 par la direction générale de la santé de l'État de Genève et, cela fait, qu'elle dise que le canton de Genève est compétent pour prendre en charge le financement résiduel des soins au sens de l'art. 25a LAMal en sa faveur et l'y condamne en tant que de besoin, condamne le canton de Genève à lui rembourser la part de financement résiduel des

soins dont elle s'était acquittée depuis le 10 juillet 2019, laquelle s'élevait à CHF 17'428.75 au 31 octobre 2020, réserve son droit de compléter ses conclusions en cours de procédure, condamne la direction générale de la santé du canton de Genève en tous les frais et dépens de l'instance, lesquels comprendront une indemnité équitable de participation à ses frais, et déboute la direction (…) de toutes autres, plus amples ou contraires conclusions. C'était le canton de domicile de la personne résidant en EMS qui devait prendre en charge le financement résiduel des soins. L'art. 41 al. 1 et 1 bis LAMal, portant sur respectivement le coût des soins et ceux de l'hospitalisation dans un autre canton, consacrait le libre choix des fournisseurs de soins et des hôpitaux figurant sur la liste de son canton de résidence ou de celle du canton où se situait l'hôpital choisi. Si cette disposition ne mentionnait pas le cas des EMS, il n'existait pas de raison de faire exception à la liberté de choix. Au motif qu'elle jouissait de la liberté fondamentale de choisir son fournisseur de soins, la recourante avait droit à la prise en charge du financement résiduel du canton de Genève pour son séjour illimité dans un EMS d'un autre canton. Si la chambre de céans ne faisait pas application de l'art. 41 LAMal, la recourante avait néanmoins droit au financement résiduel en vertu du principe de la substitution de la prestation dans la mesure où si elle avait intégré un EMS à Genève, le canton de Genève aurait dû payer la contribution aux soins selon l'art. 25a LAMal. Il devait en être de même en cas d'intégration d'un EMS à Genève, les soins prodigués à Zurich ayant la même finalité que des soins procurés dans un EMS à Genève. En conclusion, une législation qui limiterait son droit à ce financement résiduel serait contraire au droit fédéral.

Ella a produit un avis de droit du professeur C_____, selon lequel il appartient au canton de domicile, en l'occurrence Genève, d'assumer la part résiduelle, conformément au droit genevois, notamment en raison du droit de choisir son fournisseur de soins (art. 41 LAMal) et subsidiairement au regard du principe de subsidiarité des prestations.

b. L'intimé a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens, en indiquant notamment qu'il contestait la pertinence de l'avis de droit produit par la recourante. Le canton de Genève disposant de places en EMS, le choix de la recourante d'être admise dans le canton de Zurich, bien que compréhensible, faisait échec à l'application de l'art. 25a al. 5 LAMal dans son cas. L'intimé voyait dans la 6ème phrase de l'art. 25a al. 5 LAMal que cette disposition s'appliquait uniquement si, en l'absence de place libre dans son canton, l'assuré était admis dans un autre canton. Le fait de choisir un EMS d'un autre canton alors que des places étaient disponibles dans son propre canton empêchait l'assuré de prétendre au financement résiduel de l'un ou de l'autre des cantons. La recourante n'avait pas droit au financement résiduel du canton de Genève ni d'un autre canton. En outre, l'intimé contestait le domicile de la recourante à Genève, alors qu'elle s'était installée dans un EMS dans le canton de Zurich.

c. La recourante a répliqué en rappelant la teneur des débats parlementaires et citant le Conseiller fédéral Alain BERSET qui résumait la situation en débat : « depuis l'entrée en vigueur du nouveau régime de financement des soins, ce sont les cantons qui sont compétents pour verser et fixer le financement résiduel des prestations de soins. Dans ce cadre, la question de la compétence pour le versement du financement résiduel a déjà été tranchée : tant le Conseil des États que votre conseil (Conseil National) s'accorde sur le fait d'attribuer cette compétence au canton de domicile de la personne assurée. La question qui, par contre, fait encore débat est celle de savoir selon quelles règles le financement résiduel doit être fixé, c'est la pierre d'achoppement dans la recherche d'une solution aujourd'hui sur le plan national » ainsi que la solution proposée par la Conférence de conciliation le 14 septembre 2017, soit un règlement au tarif du canton du fournisseur de soins lorsque le canton de domicile ne peut pas offrir de place à l'un de ses habitants. Dans tous les cas, le canton de domicile était tenu de verser le financement résiduel, soit au tarif du canton de prise en charge dans le cas prévu dans la proposition ou alors à son propre tarif si lors de l'admission hors canton, il existait des places dans le canton de domicile.

d. L'intimé a dupliqué en donnant sa compréhension des débats parlementaires et persisté dans ses conclusions.

e. Le 29 avril 2021, la recourante a sollicité l'appel en cause de la direction de la santé du canton de Zurich et de la commune de Kilchberg, et a pris des conclusions subsidiaires supplémentaires tendant à ce que la chambre de céans dise que le canton de Zurich, respectivement la commune de Kilchberg, est compétent pour verser le financement résiduel et sa condamnation en tant que de besoin, sous suite de dépens.

f. Par acte du 29 juin 2021, l'intimé s'est opposé à l'appel en cause et a conclu au rejet des conclusions de la recourante. L'intimé a évoqué des extraits des débats parlementaires pour retenir que la nouvelle disposition légale restreignait le choix de la maison de retraite et que l'extension du choix sur la base de la proximité géographique n'avait pas été retenue. L'art. 25a al. 5 LAMal ne pouvait en outre être lu comme l'art. 21 al. 2 LPC. Les conditions de financement de la part résiduelle n'étaient pas remplies. En outre, les conclusions subsidiaires en appel en cause étaient tardives, donc irrecevables.

g. À l'issue des échanges d'écritures, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 4 de la loi sur l'organisation judiciaire, du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10).

Le Tribunal fédéral a en outre rappelé, dans son arrêt 9C_484/2017du 12 mars 2018, que les litiges relatifs au financement résiduel des coûts des soins sont soumis à la LPGA lorsque le législateur cantonal n'a pas adopté de réglementation ou de réglementation différente (ATF 140 V 48 consid. 4.2 ; ATF 138 V 377) et que le législateur genevois - en édictant en particulier la loi du 26 juin 2008 sur le réseau de soins et le maintien à domicile (LSDom ; RS/GE K 1 06) et la loi d'application de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 29 mai 1997 (LaLAMal ; RS/GE J 3 05) – n'avait pas prévu de règles spéciales concernant la procédure dans ce domaine.

L'art. 57 LPGA ayant prévu que chaque canton instituerait un tribunal des assurances statuant en instance unique et le canton de Genève s'étant pourvu d'une chambre des assurances sociales à cet effet (art. 134 al. 1 let. a ch. 4 LOJ), le présent litige est du ressort de la chambre de céans.

2. 2.1. Le litige porte sur le droit de la recourante à la prise en charge par le canton de Genève de la part résiduelle cantonale au sens de l'art. 25a al. 5 LAMal en raison de son admission dans un établissement médico-social dans le canton de Zurich.

Le canton de Genève, soit pour lui par le directeur général de la direction générale de la santé, refuse d'assumer le « financement résiduel » concernant la prise en charge de la recourante dans un établissement médico-social situé dans le canton de Zurich.

La recourante invoque les principes du libre choix du fournisseur de soins au sens de l'art. 41 LAMal, de substitution de la prestation et de la primauté du droit fédéral.

2.2. À teneur de l'art. 25a al. 5 LAMal, en vigueur depuis le 1er janvier 2019, 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. Le canton de domicile de la personne assurée est compétent pour fixer et verser le financement résiduel. Dans le domaine des soins ambulatoires, le financement résiduel est régi par les règles du canton où se situe le fournisseur de prestations. Le séjour dans un établissement médico-social ne fonde aucune nouvelle compétence. Si, au moment de l'admission, aucune place ne peut être mise à disposition de la personne assurée dans un établissement médico-social de son canton de domicile qui soit situé à proximité, le canton de domicile prend en charge le financement résiduel selon les règles du canton où se situe le fournisseur de prestations. Ce financement résiduel et le droit de la personne assurée à séjourner dans l'établissement médico-social en question sont garantis pour une durée indéterminée.

Cette disposition garantit que les coûts des soins résiduels, à savoir l'intégralité des frais effectifs que ni l'assurance obligatoire des soins ni l'assuré ne prendraient à

leur charge, sont assumés par les collectivités publiques, soit par le canton ou, si ce dernier décide de les mettre (également) à contribution, par les communes.

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 ("Normkosten") de la part résiduelle.

Le Tribunal fédéral a précisé au sujet du financement résiduel, sur la base de l'art. 25a al. 5 aLAMal dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2018, que le droit social fédéral imposait aux cantons de couvrir les coûts des soins résiduels auprès de tous les fournisseurs autorisés à facturer leurs prestations à l'assurance-maladie obligatoire, sans autres conditions (ATF 142 V 94 consid. 5.3 ; ATF 141 V 446 consid. 7.4 ; ATF 140 V 58 consid. 4.1 ; ATF 138 I 410 consid. 4.2 et 4.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_176/2016 du 21 février 2017 consid. 3.1 et 3.2). Ainsi, conformément aux principes jurisprudentiels, une fois qu'un fournisseur de prestations a été autorisé à exercer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire des soins, un canton ne peut plus assujettir le règlement du financement résiduel à d'autres conditions, comme par exemple la reconnaissance d'utilité publique (ATF 138 II 191 consid. 4.2.3), mais peut seulement en régler les modalités de versement.

2.3. L'art. 35 LAMal énumère exhaustivement les fournisseurs de prestations admis à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire. Il s'agit notamment des médecins, pharmaciens et des établissements médico-sociaux. L'assuré peut choisir librement son fournisseur de soins (art. 41 LAMal).

2.4. L'art. 7 al. 1 OPAS précise, quant à lui, les fournisseurs de prestations autorisés à dispenser des soins en dehors de l'hôpital. Il s'agit des infirmiers et infirmières, des organisations de soins et d'aide à domicile ainsi que des établissements médico-sociaux.

2.5. Le canton de Genève a adopté un règlement fixant les montants destinés à déterminer le financement résiduel selon l'article 25a de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (RFRLAMal ; RS/GE J 3 05.23) qui prévoit à son article 4 que la part cantonale n'est due que pour les patients ayant leur domicile dans le canton de Genève (al. 1). Le financement résiduel versé par le canton de Genève pour les patients domiciliés à Genève pris en charge hors canton est limité au maximum aux montants fixés dans le présent règlement (al. 2).

3. 3.1. En l'occurrence, le canton de domicile de la recourante est Genève.

Son admission dans un établissement médico-social à Zurich n'a pas eu pour conséquence un changement de domicile et ne fonde à rigueur de texte aucune nouvelle compétence qui obligerait le canton de Zurich à prendre en charge la part résiduelle due par le canton de Genève en tant que canton de domicile.

Le canton de Genève ne peut au demeurant imposer des règles supplémentaires non prévues par le droit fédéral, et notamment subordonner son obligation de verser la part résiduelle à une admission à Genève en lieu et place d'une admission dans un établissement extra-cantonal qui est autorisé à facturer ses prestations à l'assurance-maladie obligatoire, fait non contesté par les parties.

La phrase : « si, au moment de l'admission, aucune place ne peut être mise à disposition de la personne assurée dans un établissement médico-social de son canton de domicile qui soit situé à proximité, le canton de domicile prend en charge le financement résiduel selon les règles du canton où se situe le fournisseur de prestations » ne signifie pas qu'en cas d'admission en EMS hors du canton de domicile - alors qu'il existe des places disponibles dans ce canton -, ce dernier est exonéré de son obligation de payer la part résiduelle de son administré mais a pour conséquence qu'il peut appliquer ses propres règles de financement, selon sa propre réglementation (à Genève voire l'art. 4 al. 2 RFRLAMal). Une lecture selon laquelle l'assuré admis dans un canton autre que son canton de domicile serait privé de toute part résiduelle si des places étaient disponibles dans son canton de domicile priverait de son sens et de son but la nouvelle disposition légale visant à clarifier quel canton est tenu de verser la part résiduelle et nierait le droit d'un assuré à séjourner dans l'établissement médico-social reconnu et obtenir le financement résiduel de son canton de domicile qui doivent pourtant être garantis à l'assuré pour une durée indéterminée.

Si l'assuré choisit un EMS dans un autre canton qui prévoit un financement de l'EMS plus cher que le financement d'un EMS dans son canton de domicile, ce dernier ne sera tenu de verser que la part résiduelle qu'il assumerait en cas de séjour dans l'un de ses propres EMS, et non le montant dû dans le canton du fournisseur de soins (EMS hors canton). Dans cette mesure, l'assuré pourra considérer que son choix est limité, le choix d'un EMS hors canton pouvant être alors plus onéreux car pas entièrement couvert par la part du canton de domicile. Il n'en demeure pas moins que s'il fait ce choix, la part résiduelle de son canton de domicile est due, à hauteur de sa propre règlementation. Cela revient pour le canton à payer ce qu'il aurait payé dans le cas de l'admission de cet administré dans l'un des EMS de son canton.

Le RFRLAMal prévoit d'ailleurs, conformément à l'art. 25a LAMal cité ci-dessus, l'obligation du canton de domicile de fournir la part résiduelle ainsi que la limitation du financement au maximum aux montants fixés dans le règlement, en cas de patients domiciliés à Genève mais pris en charge hors du canton.

Dans la mesure où l'admission s'est faite à Zurich, non pas en raison de l'absence de places disponibles à Genève mais en raison d'un besoin de soins né lors d'un séjour de la recourante auprès de sa fille, l'on ne se trouve certes pas dans le cas où, au moment de l'admission, aucune place ne pouvait être mise à disposition de la personne assurée dans un établissement médico-social de son canton de domicile qui soit situé à proximité. Le canton de domicile qui est tenu de verser la part

résiduelle, soit en l'occurrence Genève, n'est dès lors pas tenu d'appliquer les règles du canton où se situe le fournisseur de prestations, soit Zurich, pour arrêter le montant de la part résiduelle, mais la fixera selon ses propres règles de financement. Il peut être ajouté s'agissant du financement cantonal que le canton de Zurich a prévu des taxes de séjour plus basses que celles fixées à Genève (soit CHF 187.50 contre CHF 227.50 par jour), de sorte que ce dernier canton n'est pas désavantagé par le fait que son administrée ait été admise dans le canton de Zurich plutôt qu'à Genève où le financement à charge du canton serait plus élevé.

En conclusion, à teneur de l'art. 25a al. 5 LAMal, seul le canton de Genève, canton de domicile, est tenu de prendre en charge la part cantonale résiduelle. Cette solution, conforme au principe de libre choix du prestataire de soins et au principe de subsidiarité, est la seule à pouvoir garantir à la personne assurée le droit au financement résiduel prévu par la loi et celui de séjourner dans l'établissement médico-social où elle se trouve depuis juillet 2019.

C'est dès lors à tort que l'intimé a refusé de prendre en charge la part résiduelle due à l'admission de la recourante dans un établissement médico-social zurichois, autorisé à pratiquer à charge de la LAMal.

La décision attaquée sera annulée, le recours étant bien fondé.

3.2. Au vu de l'issue de celui-ci, il n'y a pas lieu d'appeler en cause des tiers.

4. La recourante qui obtient gain de cause et qui est assistée d'un conseil a droit à des dépens, qui seront arrêtés à CHF 1'500.-.

5. La procédure est gratuite.

* * * * * *

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

À la forme :

1. Déclare le recours recevable.

Au fond :

2. L'admet.
3. Annule la décision du 6 novembre 2020.
4. Dit que le canton de Genève est tenu de verser la part résiduelle fondée sur l'art. 25a al. 5 LAMal, à la recourante qui l'a avancée, dès le 10 juillet 2019.
5. L'y condamne en tant que de besoin.
6. Alloue à la recourante CHF 1'500.- à titre de dépens, à la charge de l'intimé.
7. Dit que la procédure est gratuite.
8. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne) ; 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 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.

La greffière	La présidente
Marie NIERMARÉCHAL	Marine WYSSENBACH

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral de la santé publique par le greffe le