

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1281/2009-EXPLOI

ATA/213/2009

DÉCISION

DE LA

PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

du 29 avril 2009

sur mesures provisionnelles

dans la cause

ASSOCIATION DE L'EMS « RÉSIDENCE NOTRE-DAME »
représentée par Me Alexandre Fellay, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE LA SOLIDARITE ET DE L'EMPLOI

Vu le recours formé par l'association de l'EMS « Résidence Notre-Dame » (ci-après : l'EMS Notre-Dame) contre la décision sur réclamation du département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE) du 18 mars 2009 ;

vu la requête en mesures provisionnelles formée dans ledit recours ;

vu la détermination du DSE du 24 avril 2009 ;

attendu qu'en fait :

1. L'EMS Notre-Dame exploite, 7 rue Philippe-Plantamour à Genève, un établissement médico-social « destiné à l'accueil et à l'hébergement de personnes âgées » au sens de l'art. 1 de la loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant les personnes âgées du 3 octobre 1997 (LEMS - J 7 20).
2. Pour le financement de celui-ci, étant reconnu d'utilité publique au sens de l'art. 20 al. 2 LEMS, il perçoit, entre autres, des subventions cantonales de fonctionnement (art. 17 let. c et 19 let. b LEMS).
3. Le 30 mars 2006, l'EMS Notre-Dame a reçu du Conseiller d'Etat en charge du DSE une lettre circulaire adressée à tous les EMS subventionnés par l'Etat de Genève.

Le Conseil d'Etat avait décidé d'un train de mesures qu'il entendait présenter au Grand Conseil, destiné à simplifier les règles de subventionnement et de surveillance financière des EMS et impliquant une plus large autonomie de gestion de ceux-ci.

Le subventionnement deviendrait quadriennal entre 2006 et 2009. La subvention de fonctionnement des EMS serait stabilisée sur quatre ans à hauteur de son montant pour 2006, répartie entre tous les EMS proportionnellement aux montants versés en 2005 et payée par 12^{ème} à la fin de chaque mois. Elle variera 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. Les subventions d'exploitation qui avaient déjà été versées en 2006 sur la base « P. L. A. I. S. I. R. » étaient considérées comme des avances et l'office cantonal pour les personnes âgées (ci-après : OCPA) procéderait prochainement au versement complémentaire pour les mois de janvier à mars 2006. Dans ce cadre, les EMS auraient une plus grande autonomie de gestion et pourraient notamment effectuer durant la période quadriennale des reports d'un exercice sur l'autre en cas d'un résultat excédentaire ou déficitaire.

Parallèlement à cela, la surveillance administrative et financière interviendrait par le biais de l'examen des états financiers et des rapports des organes de contrôle des institutions, les états financiers de celle-ci devant être conformes aux nouvelles exigences requises par la loi sur les indemnités et les aides financières du 15 décembre 2005 (LIAF - D 1 11). Selon les directives du DSE en cours de rédaction, l'Etat n'imposerait plus de dotation en personnel aux EMS et la qualité de leur prestations continuerait à être contrôlée par la direction générale de la santé (ci-après : DGS).

4. Le 7 avril 2006, l'EMS Notre-Dame a reçu un courrier de l'OCPA qui arrêta sa subvention annuelle 2006-2009 à CHF 1'082'400.- soit un montant mensuel de CHF 90'200.-. Il a réclamé auprès du DSE contre cette décision, contestant la quotité des sommes versées, mais sa réclamation a été rejetée.
5. Le 18 août 2008, le recourant a reçu de la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (ci-après : la FEGEMS), qui écrivait à l'ensemble de ses membres, un projet de contrat de prestations avec l'Etat de Genève émanant du DSE, et que ceux-ci devaient retourner signés d'ici au 30 septembre 2008.

La LIAF liait désormais le versement de toute subvention à un contrat de prestations. De ce fait, le DSE avait élaboré une proposition d'un tel document pour l'année 2009 exclusivement, compte tenu de la prochaine modification de la loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées du 3 octobre 1997 (LEMS - J 7 20). Le comité de la FEGEMS souscrivait à l'idée d'un contrat ne portant que sur une année et à une proposition qui permettait de basculer du système de décision de subventions quadriennales au système de contrat de prestations sans rien changer au fond. Il avait d'ores et déjà transmis des propositions d'amendement au DSE sur certains points importants.

6. Le 14 septembre 2008, la FEGEMS a transmis aux EMS une nouvelle proposition de contrat de prestations modifiée par le DSE, accompagnée d'une réponse de celui-ci aux amendements proposés.
7. Le 18 septembre 2008, une assemblée générale extraordinaire de la FEGEMS a décidé de requérir le report de la date de signature des contrats de prestations dont la teneur ne convenait pas à la majorité de ses membres. Parallèlement, elle a donné mandat aux organes de la FEGEMS d'intervenir auprès de la commission des finances du Grand-Conseil afin de demander que l'attribution de la subvention 2009 se fasse sur la base d'une décision sans passer par un contrat de prestations.
8. En réponse à un courrier que la FEGEMS lui avait adressé le 23 septembre 2009, le DSE a reporté au 3 octobre 2008 le délai pour le retour des contrat de

prestations signés. La réponse de la commission des finances au courrier que la FEGEMS lui a adressé à la même date n'a pas été versée à la procédure.

9. Selon un procès-verbal d'assemblée générale de la FEGEM du 2 octobre 2008, une majorité des membres de celle-ci s'est prononcée contre le principe de signer le contrat de prestations proposé.

10. Par courrier du 3 octobre 2008, l'EMS Notre-Dame a écrit à Monsieur Jean-Christophe Bretton, directeur en charge des EMS au sein du DSE. Il n'entendait pas signer le contrat de prestations 2009 le concernant, indiquant qu'il se conformerait aux dispositions légales applicables en vigueur

11. Le 20 octobre 2008, le président du DES a répondu à l'EMS Notre-Dame.

La signature d'un contrat de prestations était conforme à la demande de la commission des finances du Grand Conseil et était une exigence inhérente à l'art. 10 LIAF conditionnant l'octroi d'une indemnité à l'existence d'une base légale. Il n'y avait plus de marge de manœuvre pour quelque demandes que ce soit s'il s'agissait de modifier le contrat. Celui-ci n'était valable que pour l'exercice 2009, le contenu des contrats de prestations étant appelé à être redéfini pour la période 2010 à 2013. Un ultime délai au 30 octobre 2008 était accordé à l'EMS Notre-Dame pour retourner le contrat signé.

12. Le 4 novembre 2008, l'EMS Notre-Dame a confirmé sa position. La signature d'un contrat de prestations n'était pas un préalable indispensable au versement des indemnités. En vertu de l'art. 11 LIAF, celles-ci pouvaient faire l'objet soit d'un contrat écrit de droit public, soit d'une décision lorsque la loi le permettait et que l'accomplissement des tâches était garanti. Au regard des art. 10 et ss du règlement d'application de la loi relative aux établissements médico-sociaux du 15 décembre 1997 (REMS - J 7 20.01) une telle décision lui avait été transmise le 7 avril 2006 dans le cadre de l'établissement du subventionnement quadriennal aux EMS pour les années 2006 à 2009. Il demandait le respect des droits et obligations définis par cette décision.

13. Le 22 décembre 2008, le Conseiller d'Etat en charge du DSE a écrit à l'EMS Notre-Dame.

Le Grand Conseil avait adopté le 19 décembre 2008 le budget de l'Etat de Genève et la subvention cantonale de base en faveur de l'EMS pour 2009 était de CHF 1'123'337.-. L'EMS Notre-Dame était avisé que dans la mesure où il n'avait pas signé le contrat de prestations, le Conseil d'Etat examinerait avec la commission des finances les conséquences du refus, ce qui pourrait impliquer la suspension dès janvier 2009 du versement de la subvention.

14. Le 15 janvier 2009, le Conseiller d'Etat en charge du DES a écrit à l'EMS Notre-Dame.

Le versement de la subvention 2009 de son établissement était suspendu avec effet immédiat dès le mois de janvier 2009. Un délai au 31 janvier 2009 était accordé à L'EMS Notre-Dame pour retourner le contrat de prestations 2009 dûment signé.

15. Le 30 janvier 2009, l'EMS Notre-Dame a écrit au Conseiller d'Etat en charge du DES pour demander la notification d'une décision formelle respectant les exigences de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
16. Le 18 mars 2009, après une lettre de rappel de la part de l'EMS Notre-Dame, le Conseiller d'Etat en charge du DES a notifié à celui-ci la décision requise.

Le courrier de l'EMS Notre-Dame du 30 janvier 2009 constituait une réclamation compte tenu des échanges de courriers déjà intervenus dans le dossier. Le DSE confirmait que la subvention d'exploitation 2009 ne pourra pas être versée. Un EMS n'avait pas un droit inconditionnel à l'octroi d'une subvention d'exploitation. L'art. 26 LEMS excluait tout versement si l'ensemble des conditions de cette disposition n'était pas réalisé. En outre, toute subvention ne pouvait être versée que moyennant le respect des dispositions de la LIAF et du règlement d'application de la loi sur les indemnités et les aides financières du 31 mai 2006 (RIAF - D 1 11.01), notamment 6 et 11 LIAF ainsi que 8 RIAF. En l'occurrence, vu le montant de la subvention, il était justifié que les indemnités allouées aux EMS fassent l'objet d'un contrat de droit public. C'était le refus de l'EMS Notre-Dame de signer le contrat qui avait empêché de préparer un projet de loi à l'attention du Grand-Conseil permettant de respecter les conditions légales d'octroi de la subvention.

17. Par acte du 8 avril 2009, l'EMS Notre-Dame a recouru auprès du Tribunal administratif contre la décision sur réclamation du DSE du 18 mars 2009.

La totalité des subventions cantonales d'exploitation ne servait qu'à couvrir les coûts de soins LAMal non financés par les assureurs et ne servait en rien à prendre en charge les besoins de financements annexes des EMS. La LIAF ne s'appliquait pas à la problématique du versement de la subvention d'exploitation due aux EMS car les versements effectués à l'EMS Notre-Dame par le canton au titre de l'art. 17c LEMS ne constituait pas une subvention proprement dite. Les EMS avaient un droit aux subventions d'exploitation cantonale comme l'avait reconnu le Tribunal administratif dans un arrêt du 7 novembre 2006 (ATA/583/2006). De ce fait, les clauses du contrat de prestations 2009 que le DSE demandait de signer aux EMS étaient illégales, notamment la clause de la non-prise en charge par l'Etat d'un éventuel déficit subi par les EMS (art. 11 al. 6 du contrat). L'EMS Notre-Dame était au bénéfice d'une subvention qui avait été votée par le Grand-Conseil. Par sa décision de refus de verser celle-ci sans

signature du contrat de prestations, le Conseil d'Etat cherchait à révoquer la décision du 7 avril 2006 de lui accorder une subvention jusqu'à fin 2009. Cette révocation portait atteinte au principe de sécurité du droit dans la mesure où elle avait calculé son budget de fonctionnement sur la base d'une subvention d'exploitation d'une période de quatre ans.

A titre provisionnel, l'EMS Notre-Dame requiert que par l'ordonnance de mesures provisionnelles, le Tribunal administratif dise que l'Etat de Genève est tenu de lui verser le montant mensuel des subventions 2009 s'élevant à CHF 93'611.-, ceci jusqu'à droit jugé sur le présent recours, ceci sous la menace des peines prévues à l'art. 292 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP-- RS 311.0).

18. Dans des observations du 24 avril 2009, le DSE conclut au rejet de la demande de mesures provisionnelles. Le recourant cherchait à se voir octroyer pour la durée de la procédure l'indemnité qu'il réclamait dans ses conclusions principales ce qui était prohibé lorsque l'objet du recours était une décision négative. Il ne subissait aucun dommage immédiat et insupportable dès lors qu'il arguait avoir trouvé le financement nécessaire pour servir les prestations aux résidents sans l'aide de la subvention. Il pouvait mettre fin à la situation dans laquelle il se trouvait en signant la convention. En revanche, l'Etat de Genève ne pouvait courir le risque concret et majeur de payer à tort une subvention très conséquente si la décision du DSE devait être confirmée in fine.

Considérant, en droit, que :

1. Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 - LOJ - E 2 05) dans le délai légal (art. 63 al. 1 LPA), par le destinataire d'une décision finale (art. 60 let 1 LPA) prise sur réclamation au sens de l'art. 30 LEMS, le recours est, *prima facie*, recevable.
2. La décision litigieuse ayant un contenu négatif, le recours contre celle-ci ne peut, par principe, déployer d'effet suspensif, de même que celui-ci ne peut être restitué (F. GYGI, L'effet suspensif et les mesures provisionnelles en procédure administrative, in RDAF 1976 p. 217, not. p. 221 et 227 ; B. KNAPP, Précis de procédure administrative, 4^{ème} éd. 1997, no 1079 ; ATA/648/2008 du 22 décembre 2008).

Dans une telle situation, la seule voie ouverte est celle des mesures provisionnelles au sens de l'art. 21 LPA.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral reprise par le tribunal de céans, les mesures provisionnelles ne sont légitimes que si elles s'avèrent nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde des intérêts compromis. En revanche,

de telles mesures ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper sur le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, ni non plus aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire le procès au fond (ATF 109 V 506 consid. 3 ; ATA/397/2007 du 16 août 2007 ; ATA/607/2007 du 23 novembre 2007 ; ACOM/21/2005 du 29 avril 2005 ; ATA/226/2004 du 16 mars 2004 ; ATA/685/2003 du 18 septembre 2003 ; I. HÄNER, « Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess » in Les mesures provisoires en procédures civile, administrative et pénale, 1997, p. 265)).

3. a. En l'espèce, le recourant requiert du tribunal de céans, qu'il dise à titre pré-provisionnel ou provisionnel, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP que l'Etat de Genève, soit pour lui le DSE, doit continuer à lui verser mensuellement le montant de sa subvention même s'il n'a pas retourné signé le contrat de prestations proposé.
- b. Les conclusions en ordonnance de mesure pré-provisionnelles prises par le recourant, dans la mesure où elles seraient recevables n'ont plus d'objet vu la présente décision.
- c. Si le Tribunal administratif dans son arrêt ATA/583/2006 du 7 novembre 2006, a reconnu aux établissements soumis à la LEMS la possibilité de se prévaloir d'un droit à la subvention, c'était dans le cadre de l'examen de la recevabilité d'un recours interjeté par l'un de ces établissements, eu égard à la teneur de l'ancien art. 56B ch. 3 let. a LOJ dans sa teneur antérieure au 1^{er} janvier 2009. Se voir reconnaître un droit de recourir ne légitime pas un établissement susceptible d'être mis au bénéfice d'une subvention au sens de l'art. 19 al. 2 LEMS, soit d'une indemnité au sens de l'art. 2 al. 2 LIAF à exiger de l'Etat le paiement des montants qui lui reviendraient. Pour qu'il puisse se prévaloir d'un tel droit, encore faut-il que l'ensemble des conditions légales à son obtention soient réunies, soit non seulement celles prévues à l'art. 20 LEMS mais encore celles, plus formelles de l'exigence d'une base légale requises par les art. 5 et 10 LIAF ainsi que 4 RIAF, de même que de la nécessité d'un contrat écrit de droit public au sens de l'art. 11 al. 2 LIAF. L'examen des conditions légales qui doivent être réunies fera l'objet de l'arrêt au fond. Obliger cependant l'Etat de Genève à verser la subvention mensuelle prévue pour 2009 pendant la durée de l'instruction et jusqu'à droit jugé sur le recours reviendrait à allouer au recourant, à titre provisoire, le plein de ses conclusions, ce qui n'est pas autorisé par l'art. 21 LPA, selon la jurisprudence rappelée plus haut. Pour ce premier motif, la requête de mesures provisionnelles sera rejetée.
- d. Le recourant fait également valoir que les mesures provisionnelles requises permettraient de laisser subsister jusqu'à droit connu un état de fait perdurant depuis 2006, caractérisé par le versement de la subvention, sans signature d'un contrat de prestations, sur la seule base de la décision de l'OCPA du 7 avril 2006, dans la mesure où le montant de la subvention annuel a déjà été approuvé par le

Grand-Conseil dans le cadre du budget 2009. Il omet de considérer que, *prima facie*, pour les indemnités, les art. 5 et 6 LIAF ainsi que 2 let. c et 4 RIAF, soumettent le versement de celles-ci à l'adoption d'une loi de subventionnement par le Grand-Conseil, toute dérogation étant exclue depuis le 1^{er} janvier 2009 (art. 34 LIAF). Or une telle loi n'existe pas à l'heure actuelle, même sous forme de projet, en l'absence d'un contrat de prestations réclamé par les députés. Dans ces circonstances, même si l'on peut reconnaître au recourant dans le cadre d'une pesée des intérêts en présence, un intérêt privé à continuer de recevoir les indemnités d'exploitation perçues jusqu'en décembre 2008, pour pouvoir poursuivre les activités déployées en faveur des personnes âgées qu'il héberge, l'on doit aussi reconnaître l'intérêt public prépondérant du DSE, lié à la nécessité de respecter le principe de légalité ancré dans la loi (art.5 al 2 LIAF), le conduisant à refuser de continuer à verser ces indemnités en 2009 en l'absence d'un contrat de prestations et d'une loi de subventionnement, compte tenu du risque de ne plus pouvoir récupérer celles-ci en cas de rejet du recours. Pour ce deuxième motif, la requête en mesures provisionnelles sera rejetée.

LA PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL ADMINISTRATIF

rejette la requête en mesures provisionnelles formée par l'association de l'EMS « Résidence Notre -Dame » ;

réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

dit que, conformément aux art. 82 et ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée 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. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique la présente décision, en copie, à Me Alexandre Fellay, avocat du recourant ainsi qu'au département de la solidarité et de l'emploi.

La présidente du Tribunal administratif :

L. Bovy

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :