

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2850/2013-EXPLOI

ATA/705/2014

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 septembre 2014

2^{ème} section

dans la cause

A _____ SA

représenté par Me Marilyn Nahmani, avocate

contre

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

EN FAIT

- 1) A_____ SA est une société anonyme inscrite au registre du commerce genevois depuis le 17 juin 2013, dont le but, tel qu'il résulte de ses statuts, consiste en l'exploitation de tout établissement dans le domaine médical, paramédical, de la santé, de la remise en forme et de l'esthétique, ainsi que la prise de participations, et ce tant en Suisse qu'à l'étranger, dans tout établissement dans le domaine médical, paramédical, de la santé, de la remise en forme et de l'esthétique. La société peut, en outre, faire toutes opérations financières et commerciales en relation directe ou indirecte avec son but social ou aptes à le favoriser.

Monsieur B_____ est administrateur de cette société.

- 2) Par courrier du 30 août 2012 adressé à M. B_____, la direction générale de la santé (ci-après : DGS) de l'ancien département des affaires régionales, de l'économie et de la santé (ci-après : DARES), ainsi que la direction générale de l'action sociale (ci-après : DGAS) de l'ancien département de la solidarité et de l'emploi (ci-après : DSE) ont conjointement pris note de la décision du précité de fermer l'établissement médico-social (ci-après : EMS) Résidence C_____ et de son souhait d'en faire une résidence pour personnes âgées privée, A_____ SA, au sens des art. 33, 34 et 35 de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées du 4 décembre 2009 (LGEPA - J 7 20).

La date d'ouverture envisagée devait leur être communiquée. La tarification et la facturation des prestations socio-hôtelières et d'animation découlaient de la seule compétence de l'établissement.

En vue de la délivrance d'une autorisation d'exploitation au sens de l'art. 34 LGEPA, M. B_____ était en outre invité à transmettre la mission de l'institution et la philosophie de la prise en charge, la copie du dossier déposé à l'ancien département de l'urbanisme (ci-après : DU), consécutif aux travaux de rénovation et aménagement entrepris, ainsi que la liste des professionnels de la santé qui allaient intervenir dans la structure.

- 3) Le 10 janvier 2013, le DU a transmis à M. B_____ le préavis favorable de la DGAS concernant la demande d'autorisation par procédure accélérée APA 1_____ relative à la mise aux normes de la Résidence C_____, sise _____ chemin D_____, notamment en matière de sécurité incendie.

Suite à la décision de fermeture de l'EMS Résidence C_____, le propriétaire avait décidé d'en faire une résidence pour personnes âgées privée. Dans ce cadre, les résidences privées ne bénéficiaient pas de subvention cantonale

et la tarification et facturation des prestations socio-hôtelières (dont le loyer) et d'animation étaient pleinement du ressort de l'exploitant.

- 4) Le 22 avril 2013, la société A_____ SA a adressé à la DGAS une demande d'autorisation d'exploiter une résidence médicalisée pour personnes âgées dépendantes, lesquelles allaient disposer de prestations d'hébergement, de restauration, d'animation et de soins, et devoir s'acquitter du prix de pension sans aide de l'État.

Les travaux d'aménagements intérieurs du bâtiment, ainsi que de mise aux normes incendie allant être terminés fin mai 2013 et l'exploitation de l'établissement allait pouvoir commencer dès le 15 juin 2013.

Le projet institutionnel et l'autorisation du DU étaient joints à ce courrier. Les informations concernant le personnel soignant allaient être communiquées dès la signature des contrats de travail de cinq infirmiers, au bénéfice d'un droit de pratique, ainsi que de trois aides-soignantes. Cette dotation était amenée à augmenter en fonction du taux d'occupation.

Renseignements pris auprès de Santé Suisse et du registre des codes créanciers, la prise en charge de l'assurance-maladie s'agissant des soins allait être directement liée au libellé de l'autorisation d'exploiter. La notion d'établissement médicalisé devait figurer sur ladite autorisation, afin de pouvoir collaborer avec les assureurs maladie sur une base forfaitaire, selon le degré de dépendance des résidents.

- 5) Le 21 mai 2013, par courrier conjoint, la DGAS et la DGS ont précisé que l'autorisation d'exploitation qui allait être délivrée ferait état de l'établissement A_____SA en tant que « résidence pour personnes âgées » et non pas en tant que « résidence médicalisée pour personnes âgées dépendantes ». Il n'allait pas bénéficier de subvention cantonale, ni figurer dans la planification médico-sociale cantonale.

Contrairement à ce qui prévalait pour les EMS, l'utilisation d'un outil spécifique d'évaluation des soins n'était pas préconisée dans le cadre des résidences pour personnes âgées.

En vue de la délivrance de l'autorisation d'exploiter, une visite du groupe risque pour l'état de santé et inspectorat (ci-après : GRESI) de la DGS allait être programmée au sein de l'établissement. L'autorisation d'exploiter allait être délivrée, cas échéant, sur la base du rapport de cette visite. La surveillance de la qualité dans le domaine médical et de soins allait être assurée en continu par le DARES.

- 6) Le 17 juin 2013, la DGAS a demandé à M. B_____, en vue de délivrer l'autorisation d'exploitation de A_____ SA pour le 1^{er} juillet 2013, de lui faire

parvenir divers documents, dont notamment le dossier du médecin-répondant de l'établissement, la doctoresse E_____, en particulier son curriculum vitae avec copies des certificats et diplômes obtenus et son autorisation de pratique, ainsi que la capacité d'accueil de l'établissement (nombre de lits).

- 7) Par arrêté du 31 juillet 2013, adressé à M. B_____ par courrier du 8 août 2013, le DSE a autorisé A_____ SA à exploiter la résidence pour personnes âgées « Résidence A_____ » dès le 1^{er} juillet 2013. Cette autorisation était valable aussi longtemps que Monsieur F_____ assumerait la direction de l'établissement et que la Dresse E_____ en assumerait la fonction de médecin-répondant (art. 1 et 4).

L'autorisation ne conférait pas à la résidence le droit de figurer sur la liste des EMS admis par le canton de Genève à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire au sens de l'art. 39 al. 1 et 3 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal - RS 832.10) (art. 2). Elle ne lui conférait pas non plus la qualité de home ou d'EMS au sens de la législation applicable en matière de prestations complémentaires fédérales et cantonales, d'assurance vieillesse et survivants (AVS) et d'assurance-invalidité (AI) (art. 3).

- 8) Le 27 août 2013, la société A_____ SA, sous la plume de son conseil, a sollicité de la conseillère d'État en charge du DSE la reconsidération et, partant, la modification de l'art. 2 de l'arrêté du 31 juillet 2013, ainsi qu'une nouvelle notification dudit arrêté par lettre signature, avec indication des voies et délais de recours.

La résidence pour personnes âgées A_____ SA, bien que ne bénéficiant pas de subvention cantonale, répondait en tous points aux exigences de l'art. 39 al. 1 et 3 LAMal, les conditions de ces dispositions s'appliquant par analogie aux établissements et institutions prodiguant des soins, une assistance médicale et des mesures de réadaptation à des patients de longue durée.

Dès lors que les conditions posées par le DSE laissaient à l'intéressée la compétence de retenir l'outil d'évaluation des soins de son choix parmi ceux existants et que la surveillance de la qualité dans les domaines médicaux et des soins serait assurée en continu par le DARES, il était incompréhensible que les prestations dispensées par A_____ SA ne puissent être prises en charge par la LAMal, au même titre que celles des établissements au bénéfice de subventions publiques.

Dans une jurisprudence récente (ATF 138 I 410), le Tribunal fédéral avait évoqué la primauté du droit fédéral et admis que le canton de Vaud avait outrepassé ses droits par sa législation privant les EMS non reconnus d'intérêt public, hébergeant des résidents qui payaient leurs primes d'assurance-maladie, du financement résiduel des soins prévus par la LAMal, au motif que ces EMS ne

figuraient pas sur la liste des établissements cantonaux habilités à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins. Cette jurisprudence remettait en cause l'interprétation abusive qu'un canton pouvait faire des dispositions révisées de la LAMal.

Le Conseil d'État genevois avait intérêt à encourager l'engagement du secteur privé dans le domaine de la santé. La résidence A_____ SA prodiguait une offre médico-sociale pointue et répondant à un intérêt public évident, sous le contrôle permanent du DARES. Elle devait donc pouvoir être admise à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire et être reconnue comme établissement de santé d'intérêt public.

Enfin, l'arrêté du 31 juillet 2013 avait été envoyé par pli simple daté du 8 août 2013 et n'indiquait par les voies et délais de recours, comme l'exigeait la législation applicable en la matière, ce à quoi il convenait de remédier.

- 9) Le 7 septembre 2013, A_____ SA a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre l'arrêté d'exploitation du 31 juillet 2013, concluant préalablement à ce qu'un délai lui soit octroyé pour compléter ses écritures et à ce que la comparution des parties et l'audition de MM. B_____ et F_____ soit ordonnée et, principalement, à l'annulation de l'art. 2 de l'arrêté précité.

Dès lors que le DSE n'avait pas procédé à une nouvelle notification régulière de l'arrêté du 31 juillet 2013, la recourante avait déposé son recours dans l'urgence et de manière sommaire, afin de sauvegarder ses droits, raison pour laquelle elle sollicitait un délai complémentaire en vue de le compléter.

La LGEPA réglementait de façon stricte les conditions d'hébergement des personnes âgées et permettait au département compétent de contrôler l'encadrement et les soins médicaux prodigués dans les résidences pour personnes âgées, au même titre que dans les EMS recevant une subvention étatique.

L'établissement A_____ SA était la première résidence pour personnes âgées, ne bénéficiant pas de subvention de l'État, dans le canton de Genève. Elle garantissait une assistance médicalisée et un encadrement de qualité, identiques à ceux d'un EMS subventionné, et répondait à un intérêt public prépondérant dans le domaine des personnes âgées.

Le refus d'autoriser de pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire revenait à consacrer une inégalité de traitement choquante des résidences privées par rapport aux EMS subventionnés et concourait, à brève échéance, à la fermeture des établissements pour personnes âgées, ces dernières ne pouvant voir leurs soins pris en charge bien qu'elles paient des cotisations. Les résidents au bénéfice d'une assurance-maladie complémentaire n'allaient pas non plus pouvoir

obtenir des prestations y relatives, dans la mesure où la prise en charge de l'assurance obligatoire leur serait refusée. Ainsi, le fait de dénier à la résidente le statut d'un établissement de santé, le préjudice s'étendait également à tous les résidents.

L'arrêt rendu le 22 octobre 2012 par le Tribunal fédéral (ATF 138 I 410) avait suscité dans le canton de Vaud une interpellation de Monsieur G_____ le 22 novembre 2012. Cette jurisprudence trouvait application dans le présent litige, bien qu'elle concernât plus spécifiquement la question de la participation de l'État pour le financement résiduel des soins dans le cadre des EMS vaudois reconnus ou non d'intérêt public. Il ne pouvait en être fait abstraction.

Le DSE avait excédé son pouvoir d'appréciation en privant la recourante de pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire au seul motif que son établissement de santé ne figurait pas sur la liste des EMS admis par le canton à pratiquer de la sorte. L'intimé avait pourtant exigé une direction des soins ou un médecin-répondant, mais avait contradictoirement refusé de reconnaître à la résidence A_____ SA la qualification d'établissement de santé soumis à la LAMal, tout en faisant application de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS – K 1 03).

Enfin, le DSE disposait d'un large pouvoir d'appréciation lui permettant d'imposer des exigences médicales dans les soins et l'encadrement de personnes âgées, mais l'autorisant également à reconnaître la résidence A_____ SA en tant qu'établissement de santé, répondant à un besoin réel et admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins, pour autant que sa décision respecte l'intérêt public et le principe de proportionnalité. À défaut, de telles résidences médicalisées pour personnes âgées étaient condamnées.

- 10) Le 11 septembre 2013, la chambre de céans a octroyé à la recourante un délai au 27 septembre 2013 pour compléter son recours.
- 11) Le 17 septembre 2013, la conseillère d'État en charge du DSE a indiqué qu'une reconsidération et/ou une nouvelle notification de l'arrêté du 31 juillet 2013 ne pouvaient être envisagées, dès lors que A_____ SA avait sollicité la délivrance d'une autorisation d'exploiter une résidence pour personnes âgées, laquelle ne figurait pas dans la planification médico-sociale cantonale.
- 12) Le 24 septembre 2013, A_____ SA a sollicité un délai supplémentaire pour compléter son recours, faisant état d'un problème d'acheminement du courrier du 11 septembre 2013.
- 13) Le 25 septembre 2013, le juge délégué, n'étant pas en mesure de prolonger indéfiniment un délai pour compléter un recours, a informé la recourante qu'elle serait autorisée à répliquer à la réponse de l'intimé.

- 14) Le 6 novembre 2013, le DSE a sollicité la prolongation du délai pour répondre au recours, n'ayant pas été en mesure de le faire dans le délai initialement accordé.

Ce n'était que lors d'un entretien téléphonique avec le conseil de la recourante le 5 novembre 2013 qu'il avait eu connaissance du courrier de la chambre de céans du 25 septembre 2013 lui impartissant un délai au 25 octobre 2013 pour faire part de ses observations. Après avoir effectué des recherches, ledit courrier avait effectivement été retrouvé le 5 novembre 2013, n'étant pas parvenu avant aux personnes concernées suite à un problème d'acheminement au sein du département.

- 15) Par courrier du 8 novembre 2013, l'intimé s'est vu accorder une prolongation du délai au 6 décembre 2013 pour répondre.

- 16) Par acte daté du 4 décembre 2013, parvenu au greffe de la chambre administrative le 10 décembre 2013, la conseillère d'État en charge du DSE a transmis ses observations, concluant au rejet du recours.

L'art. 2 de l'arrêté d'exploitation du 31 juillet 2013 était conforme tant au droit cantonal que fédéral et respectait le principe d'égalité de traitement. L'intimé n'avait pas outrepassé son pouvoir d'appréciation.

La LGEPA distinguait les établissements médico-sociaux à but non lucratif (EMS), des résidences à but lucratif pour personnes âgées, chacun de ces deux régimes étant régi par des chapitres distincts de la loi, l'un posant des exigences strictes pour les EMS, tandis que l'autre constituait un cadre peu contraignant pour les résidences. Le nombre de dispositions concernant chacun des régimes permettait de comprendre que les deux types d'établissements étaient soumis à des conditions d'importance différente.

S'agissant du cadre légal des EMS, ces derniers étaient des établissements accueillant des personnes en principe en âge de bénéficier d'une rente AVS et dont l'état de santé, physique ou mental, exigeait des aides et des soins, sans justifier un traitement hospitalier. Ils étaient soumis à des exigences et obligations strictes et contraignantes découlant de la loi, y compris avant d'obtenir l'autorisation d'exploitation. En particulier, ils devaient affecter à la prise en charge des résidents le personnel nécessaire, en nombre et en qualification, pour assurer la totalité des prestations essentielles. La LGEPA contenait également des prescriptions concernant les rapports de travail entre les EMS et leur personnel. Les établissements devaient notamment veiller à assurer une formation professionnelle et continue adéquate à leur personnel, afin de maintenir et développer des prestations de qualité adaptées à l'évolution des besoins des résidents. Les trois sources de financement des EMS étaient définies de manière exhaustive par la loi, à savoir le prix des pensions, le forfait versé par les

assureurs-maladie et la subvention cantonale, celle-ci étant destinée à couvrir la part cantonale du financement des soins. Enfin, les EMS étaient soumis à une double surveillance, d'une part pour les domaines médicaux et de soins et, d'autre part, pour les domaines de gestion et de gouvernance.

Les résidences pour personnes âgées étaient quant à elles des structures de séjour privées, autorisées à avoir un but lucratif, contrairement aux EMS, et soumises à des exigences légales minimales. L'intervention de l'État dans ce cadre était restreinte. Ces résidences n'étaient pas subventionnées, ni inscrites dans la planification médico-sociale cantonale. La loi ne régissait aucunement le prix de pension, lequel était fixé librement par l'établissement, sans être soumis à approbation de l'État. Les conditions permettant d'obtenir l'autorisation d'exploiter une résidence pour personnes âgées étaient également moindres.

Contrairement à ce qui prévalait pour les EMS, ces résidences n'étaient pas chargées par l'État de fournir des prestations en soins ; néanmoins, lorsque des professionnels de la santé intervenaient, l'État s'assurait que ceux-ci justifiaient des qualifications requises. Ainsi, la surveillance étatique se limitait, en substance, à cet aspect. L'État effectuait un contrôle allégé, dont l'objectif était de s'assurer que les personnes fournissant des prestations en soins bénéficiaient du droit de pratique et des qualifications nécessaires. La surveillance des EMS impliquait quant à elle des visites et contrôles réguliers basés sur une grille d'évaluation.

Pour obtenir l'autorisation d'exploiter, une résidence pour personnes âgées ne devait pas présenter de projet institutionnel, mais seulement donner des indications concernant la mission de l'institution et la philosophie de prise en charge. Dans ce cadre, il s'agissait de vérifier que la mission de la résidence respecte les droits fondamentaux des résidents et que les prestations délivrées soient conformes à leurs besoins.

Les pensionnaires d'une résidence pour personnes âgées ne pouvaient bénéficier d'un calcul « home » pour les prestations complémentaires. Ils pouvaient toutefois solliciter les prestations complémentaires pour personnes vivant à domicile, prenant en compte le loyer dont le montant maximum était fixé par la loi.

La notion de planification cantonale au sens de la LGÉPA ne visait que la liste hospitalière au sens de l'art. 39 al. 1 let. e LAMal, contrairement à cette notion telle que figurant dans la LAMal, couvrant tous les établissements publics et privés.

Les différences entre les deux régimes d'établissements destinés à accueillir des personnes âgées étaient expliquées et résumées dans le cadre des travaux préparatoires de la LGÉPA (PL 2_____). La volonté du législateur, à savoir que les résidences ne soient pas reconnues comme fournisseurs de soins et ne puissent

percevoir des contributions des assureurs appelées « forfaits LAMal », ressortait du tableau suivant, contenu dans l'exposé des motifs du projet de loi susmentionné :

	EMS	Résidence pour personnes âgées
1. Autorisation d'exploiter		
Préalable	Oui	Non
Complète	Oui	
Partielle		Oui
2. Planification quantitative cantonale	Oui	Non
Reconnue comme fournisseurs de soins	Oui	Non
3. Financement		
Forfait LAMal	Oui	Non
Subvention cantonale	Oui	Non
Prestations complémentaires « Home »	Oui	Non
Prestations complémentaires « domicile »	Non	Oui
4. Structure « juridique » d'exploitation		
A but non lucratif	Oui	Non
Utilité publique	Oui	Non
5. Surveillance	Complète	Partielle

Le cadre légal concernant les EMS était ainsi nettement plus contraignant que pour les résidences pour personnes âgées, ces dernières jouissant de la pleine liberté économique, pouvant notamment fixer librement le prix de pension, définir leurs prestations et réaliser des bénéfices, ce que la recourante avait en

l'occurrence choisi. Elle devait dès lors accepter les conséquences légales découlant de ce choix.

Les EMS chargés, de par la loi, de fournir des prestations en soins, étaient des fournisseurs de prestations au sens de la LAMal et l'assureur devait intervenir pour la prise en charge des coûts. La définition des soins dispensés dans un EMS, la procédure d'évaluation des soins requis et le montant en francs en fonction du besoin en soins étaient précisés par l'ordonnance du département fédéral de l'intérieur (DFI) sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins) du 29 septembre 1995 (OPAS - RS 832.112.31). Cette ordonnance fixait le montant des contributions des assureurs en fonction des minutes de soins requis par personne et par jour, sur la base d'une grille de douze paliers (de moins de 20 minutes à plus de 220 minutes) correspondant chacun à un forfait (de CHF 9.- à CHF 108.-). Ainsi, les assureurs participaient au financement du coût des soins de chaque assuré en EMS, les montants étant directement versés à ces derniers, constituant l'une des sources de leur financement. Le coût des soins non pris en charges par les assurances sociales devait être réglé par les cantons (financement résiduel). Ces coûts ne pouvaient être répercutés sur les assurés qu'à hauteur de 20% au plus de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral. À Genève, le financement résiduel intervenait sur la base de la subvention accordée aux EMS, destinée à couvrir la part cantonale du financement des soins. La subvention était une indemnité financière attribuée conformément à la législation applicable en la matière et à un contrat de prestations pluriannuel conclu avec chaque EMS.

Tel n'était en revanche pas le cas des résidences pour personnes âgées qui n'étaient pas chargées par l'État de fournir des prestations de soins. Elles n'avaient ainsi pas la qualité de fournisseurs de prestations au sens de la LAMal. Si un établissement fournissait des soins non facturables à l'assureur LAMal, il était tenu d'en informer ses résidents. Il était établi que la résidence A_____ SA ne remplissait pas les exigences légales lui permettant de figurer sur la liste des EMS admis par le canton à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire.

La jurisprudence citée par la recourante, si elle présentait un certain intérêt, portait sur une question litigieuse différente de celle de la présente cause. Le Tribunal fédéral avait considéré que les cantons ne pouvaient soumettre le principe de la prise en charge de la part résiduelle des EMS figurant sur la liste LAMal à des conditions et exigences additionnelles. Néanmoins, les cantons disposaient d'une large marge de manœuvre pour établir cette liste. En l'occurrence, les résidences privées n'étaient pas chargées par le législateur de fournir des soins et ne répondaient pas à un besoin cantonal en matière de santé publique, raison pour laquelle elles ne figuraient pas sur la liste genevoise établie conformément à la LAMal.

Dans une autre jurisprudence (ATF 138 II 191), le Tribunal fédéral avait examiné la pratique neuchâteloise prévoyant trois catégories d'EMS, soit deux incluses dans la planification cantonale et figurant sur la liste LAMal et une autre au bénéfice d'une autorisation d'exploiter librement l'EMS selon les lois du marché, sans répondre à un besoin cantonal en matière de santé publique et sans être admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins. Il était envisageable, selon le Tribunal fédéral, de n'admettre que deux catégories d'établissements, soit ceux figurant sur la liste et ceux agréés sur la base d'une autorisation de police, non admis à pratiquer à charge de la LAMal, en imposant aux premiers des obligations et contrôles incisifs. Cette solution correspondait exactement à celle retenue par le législateur genevois dans le cadre de la LGÉPA. Le DSE, ne disposant d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière et devant se conformer à la volonté du législateur, s'était ainsi strictement tenu à la loi cantonale en établissant l'arrêté litigieux.

Contrairement à ce que soutenait la recourante, l'arrêté du 31 juillet 2013 n'avait pas pour effet de priver les résidents de A_____ SA des prestations LAMal, dans la mesure où elle pouvait recourir à des fournisseurs de prestations externes, par exemple à des infirmiers indépendants de type soins à domicile, lesquels facturaient directement leurs prestations aux assurés qui pouvaient en demander le remboursement à leur assureur. Par ailleurs, la prise en charge des soins par les assurances complémentaires dépendait des clauses de chaque contrat d'assurance et de savoir si l'assureur subordonnait son intervention au remboursement d'une prestation de l'assurance obligatoire.

Enfin, l'art. 2 de l'arrêté du 31 juillet 2013 respectait le principe d'égalité de traitement, dès lors que la distinction opérée par rapport à un EMS subventionné découlait directement du régime légal distinct choisi par la recourante, à savoir celui de la résidence pour personnes âgées.

- 17) Le 13 décembre 2013, le juge délégué a demandé au DSE de lui transmettre une page manquante de son écriture responsive, ainsi que de fournir les explications utiles concernant l'envoi, le 8 décembre 2013 seulement, de ladite écriture, alors que le délai prolongé était fixé au 6 décembre 2013.
- 18) Le 18 décembre 2013, le département, devenu le département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (ci-après : le département ou le DEAS) s'est déclaré surpris et désolé que ses observations ne soient parvenues à la chambre administrative que le 10 décembre 2013 et de manière incomplète. L'écriture avait pourtant été signée par la conseillère d'État en charge du département le mercredi 4 décembre 2013, mise sous pli par la DGAS le jeudi 5 décembre 2013 et expédiée à cette date en recommandé par la voie d'acheminement usuelle. Or, il résultait d'une recherche sur le suivi de l'envoi par la poste que le courrier avait été déposé le dimanche 8 décembre 2013 à 18h, qu'il était parti ce même jour à la « clinique des lettres » à Eclépens et qu'il n'avait été distribué que le

10 décembre 2013. La poste, interpellée, n'avait pas encore fourni d'explications à ce sujet.

- 19) Le 4 février 2014, la société A_____ SA a répliqué, persistant dans ses précédentes argumentation et conclusions.

Les observations du département avaient été postées le 8 décembre 2013, alors même que le délai fixé par la chambre administrative venait à échéance le 6 décembre 2013, après avoir été prolongé une première fois sur demande de l'intimé parvenue après l'échéance du premier délai octroyé ; elles devaient ainsi être considérées comme tardives et, partant, irrecevables.

À teneur des dispositions générales de la LGEPA, dans les EMS comme dans les résidences pour personnes âgées, la loi visait à assurer à toutes les personnes âgées des conditions d'accueil, d'hébergement et de soins de qualité. À l'instar des premiers, les secondes étaient soumises à une surveillance étroite s'agissant de la santé des résidents. Au niveau médical, la surveillance des résidences pour personnes âgées était soumise à la LS. Ainsi, la LGEPA avait instauré pour le domaine médical et des soins une surveillance identique pour les deux types d'établissement. Seule la surveillance des domaines de la gestion comptable et de la gouvernance différait, étant plus conséquente pour les EMS.

La recourante n'entendait pas obligatoirement faire figurer la résidence de A_____ SA sur la liste genevoise des EMS subventionnés admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. Cependant, dès lors que cet établissement fournissait des soins médicaux, une assistance médicalisée et un encadrement conformes aux exigences imposées par le département et identiques aux EMS subventionnés, ses résidents devaient pouvoir bénéficier de l'application de la LAMal, selon laquelle les organismes privés pouvaient eux aussi pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins.

La volonté du législateur quant aux résidences pour personnes âgées ressortait de l'exposé des motifs du PL 10401. Il s'agissait en particulier de surveiller davantage la gestion et la gouvernance des EMS bénéficiant de subventions, notamment suite aux remarques formulées par l'inspection cantonale des finances (ICF), et de réglementer de manière plus stricte l'encadrement des personnes âgées, que la structure choisie soit un EMS ou une résidence privée. Toutefois, la volonté du législateur ne visait certainement pas à discriminer les personnes âgées choisissant d'aller en résidence privée par rapport à celles qui choisissaient un EMS et dont les frais médicaux étaient remboursés, alors que toutes payaient des primes d'assurance-maladie.

Le fait que les résidences pour personnes âgées jouissaient d'une pleine liberté économique et d'un contrôle moins étendu de l'État, excepté en matière de

soins médicaux, ne pouvait justifier l'exclusion de pratiquer à charge de la LAMal. La décision attaquée soulevait ainsi de nombreuses questions.

Les soins prodigués au sein de la résidence des A_____ SA depuis son ouverture consistaient notamment en :

- Soins de base, toilette, habillage, déshabillage, aide aux repas ;
- Prise de signes vitaux, préparation et distribution des médicaments, injections, commandes de médicaments, pose de sondes vésicales, perfusions, aérosols ;
- Prises de sang et électrocardiogrammes ;
- Constitution des dossiers de soins et mise à jour ;
- Participation aux visites médicales ;
- Contacts avec les médecins privés ;
- Informations aux proches et aux familles sur le suivi des soins.

Or, depuis l'ouverture de l'établissement en juillet 2013, compte tenu du libellé de l'art. 2 de l'arrêté attaqué, ces soins dispensés aux résidents ne pouvaient leur être facturés à charge de l'assurance-maladie. Cette situation ne pouvait perdurer et allait contraindre la recourante à fermer la résidence à brève échéance, ainsi qu'à licencier tout le personnel médical. La liberté économique de la recourante n'était pas seule entravée, dans la mesure où la liberté de choix des personnes âgées de leur lieu de vie l'était également.

Diverses pièces faisant état des frais inhérents à l'exploitation de la résidence A_____ SA étaient produites. Il apparaissait notamment que les charges salariales mensuelles brutes pour le personnel médical s'élevaient à CHF 35'853.80 et que les pertes d'exploitation se montaient à CHF 69'628.32 pour juillet 2013, CHF 56'696.06 pour août 2013, CHF 21'099.45 pour septembre 2013, CHF 48'773.85 pour octobre 2013, CHF 32'653.80 pour novembre 2013 et CHF 78'858.20 pour décembre 2013.

Les résidences privées étaient elles aussi chargées de fournir des soins et s'inscrivaient dans le cadre d'un réel besoin de santé publique. Il découlait notamment de la jurisprudence du Tribunal fédéral mentionnée dans les précédentes écritures (ATF 138 I 410) que les cantons conservaient une marge de manœuvre importante leur permettant de définir la planification sanitaire applicable à leur territoire, ainsi que la liste des établissements autorisés à pratiquer à charge de la LAMal. Le département, qui avait imposé à la recourante des exigences médicales dans les soins et l'encadrement des personnes âgées, en

particulier la mise en place d'une direction des soins ou d'un médecin-répondant, refusait de reconnaître à l'établissement la qualité d'institution de santé au sens de la loi sur le réseau de soins et le maintien à domicile (LSDom – K 1 06), tout en faisant application de la législation sanitaire cantonale et alors même que son pouvoir d'appréciation l'y autorisait. Or, tant les dispositions cantonales que fédérales étaient respectées, raison pour laquelle la résidence A_____ SA devait être reconnue comme un véritable établissement de santé, répondant ou non à un but d'utilité publique et admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire.

La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant l'affaire neuchâteloise (ATF 138 II 191) portait sur une problématique différente de celle de la présente cause, dans la mesure où les établissements concernés étaient autorisés à pratiquer à charge de la LAMal. Cet arrêt examinait le système du canton de Neuchâtel, selon lequel trois catégories d'EMS étaient prévues, retenant qu'aucune obligation de subventionner ne pouvait être déduite de l'art. 39 LAMal ; ainsi, le fait pour un EMS d'être admis à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire et d'être inclus dans la planification cantonale ne contraignait pas l'État à le subventionner. Or, la question posée dans la présente cause était contraire, à savoir : le fait pour un EMS de ne pas être subventionné par le canton implique-t-il l'impossibilité pour cet établissement de pratiquer à la charge de la LAMal ? Le canton de Neuchâtel avait, pour sa part, autorisé des EMS à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins, tout en jouissant d'une pleine et entière liberté économique, sous réserve du respect des règles de santé publique. Ce qui confirmait une fois encore l'important pouvoir d'appréciation dont disposaient les cantons en la matière.

La liberté économique de la recourante avait été violée, car même s'il devait être considéré que la LGÉPA constituait une base légale suffisante pour la restreindre, cette loi n'avait pas été correctement appliquée par le département. Par ailleurs, aucun intérêt public ne pouvait justifier d'obliger la recourante à dépenser des centaines de milliers de francs chaque année pour rémunérer un personnel médical dont les prestations étaient fournies gratuitement, faute d'être remboursées aux résidents par l'assurance-maladie.

S'agissant de la proportionnalité, dans la mesure où l'objectif visé par le département était peu compréhensible, il n'était pas possible de prétendre que la mesure était indispensable à l'atteindre.

Enfin, pour des raisons de sécurité, le personnel infirmier de A_____ SA devait être présent et sur place vingt-quatre heures sur vingt-quatre. L'éventuelle intervention de prestataires externes, ainsi que le suggérait le département, entraînerait un surcoût exorbitant. L'intimé était lui-même à l'origine des exigences posées à la recourante en matière de personnel, notamment médical et infirmier, que celle-ci employait. Il ne pouvait ainsi décemment pas lui imposer

l'engagement de ce personnel, soit sept infirmiers et aides-soignants, tout en la contraignant à payer des charges salariales de l'ordre de CHF 35'000.- par mois pour laisser son personnel interne inactif et faire appel parallèlement à des fournisseurs de prestations extérieurs, dans le seul but de permettre aux résidents de se voir rembourser leurs frais par l'assurance-maladie obligatoire. Cette décision contenue dans l'arrêté litigieux était ainsi choquante et arbitraire et la solution préconisée par le département ne pouvait être retenue.

- 20) Le 5 mars 2014, le conseiller d'État en charge du DEAS a dupliqué, persistant dans ses précédentes argumentation et conclusions.

Les péripéties rencontrées par le département dans le cadre de l'acheminement du courrier et de la transmission de ses écritures s'étaient produites de manière inexplicable et indépendante de sa volonté. La recourante avait d'ailleurs elle-même rencontré des problèmes d'acheminement du courrier. L'intimé s'estimait victime d'un cas de force majeure et, malgré ses recherches, n'était pas parvenu à établir les circonstances, ni les causes des problèmes rencontrés. Il avait agi à tous les stades de la procédure en toute bonne foi et avec célérité. Ses observations du 4 décembre 2013 contribuaient à l'avancement de la procédure et à l'établissement des faits. Il s'en rapportait ainsi à justice concernant la recevabilité desdites écritures, étant précisé que la recourante n'avait pas pris de conclusions formelles à ce sujet.

L'existence de deux régimes distincts contenus dans la LGEPA impliquait une différence de traitement. Certaines règles et prescriptions dans le domaine de la gestion étaient directement liées au domaine des soins en raison du fait que les EMS étaient des fournisseurs de prestations LAMal, par exemple l'obligation de tenir une comptabilité analytique et de participer à des statistiques et des autres moyens de mesure nécessaires à la réalisation et à l'évaluation de la planification sanitaire cantonale. Or, la résidence A_____ SA, ne pouvant être considérée comme fournisseur de prestations LAMal, n'était tenue par aucune de ces obligations spécifiques imposées aux EMS.

Les résidences pour personnes âgées, contrairement aux EMS, ne faisaient pas l'objet de contrôles systématiques et réguliers. Lors de ses visites, la DGS vérifiait essentiellement que les professionnels de la santé intervenant dans ces établissements disposaient des droits de pratique nécessaires. L'État veillait également à ce que les résidents ne soient pas exposés à des situations d'abus ou de mauvais traitements et que leurs droits fondamentaux soient respectés. Lorsque ces personnes avaient besoin de soins, ceux-ci devaient être adéquats à leur situation. Les conditions de l'autorisation d'exploitation devaient aussi être respectées en tout temps. En revanche, l'État n'exerçait aucun contrôle sur la dotation en personnel des résidences pour personnes âgées, contrairement à ce qui était le cas pour les EMS qui devaient affecter à la prise en charge de leurs résidents le personnel nécessaire en nombre et en qualification, lequel se

définissait en fonction du nombre exact de lits et du degré de soins que requéraient les patients. Aucune indication de ce type ne figurait dans l'autorisation délivrée à la recourante, laquelle déterminait librement le nombre de pensionnaires en fonction de ses capacités d'accueil, défini également librement. Bien qu'elle eût l'obligation de désigner au minimum un directeur responsable de l'établissement, ainsi qu'un médecin répondant, lequel pouvait exercer à titre indépendant, de manière à garantir que les résidents aient accès aux soins dont ils avaient besoin, cas échéant puissent être transférés en un lieu plus approprié, la résidence A_____ SA pouvait choisir librement sa dotation en personnel destiné à la prise en charge de ses pensionnaires. Il était ainsi faux d'affirmer que le département imposait à la recourante des charges salariales, sur le plan médical notamment.

Dans sa publicité, la recourante indiquait offrir des prestations hôtelières de qualité et des soins adaptés à toutes formes de dépendances. Or, les résidences pour personnes âgées n'étaient pas destinées à accueillir des résidents présentant des dépendances lourdes, mais des personnes dont le degré de dépendance n'exigeait que peu de soins. Seuls les EMS étaient chargés d'accueillir des pensionnaires ayant besoin d'un encadrement vingt-quatre heures sur vingt-quatre et étaient équipés en conséquence.

Seuls les hôpitaux figurant sur la liste du canton et respectant toutes les conditions de la LAMal étaient automatiquement admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins. Ces conditions légales s'appliquaient par analogie aux autres institutions qui y étaient définies, notamment les EMS, seuls admis à figurer sur la liste genevoise. La résidence A_____ SA ne figurait pas non plus parmi les catégories d'institutions de santé au sens de la LS ou de structures intermédiaires au sens de la LSDom. Dans la mesure où les résidences pour personnes âgées pouvaient faire appel à des prestataires externes pour dispenser des soins, les pensionnaires ne se trouvaient pas privés des prestations LAMal et n'étaient pas discriminés. Il apparaissait néanmoins important qu'ils soient informés de la situation au moment de choisir une structure de séjour.

S'agissant de l'ATF 138 I 410, l'interprétation qu'en faisait M. G_____ dans son interpellation était erronée, dès lors que les EMS concernés figuraient sur la liste LAMal et étaient autorisés à facturer à charge de l'assurance-maladie, mais ne pouvaient pas bénéficier du financement résiduel LAMal. Toutefois, si le canton, soit le législateur en adoptant la LGEPA, disposait d'une importante marge de manœuvre dans la fixation des critères et conditions exigés pour l'admission sur la liste, il en allait autrement de l'autorité d'application, laquelle restait soumise au principe de la légalité et ne bénéficiait pas d'un pouvoir d'appréciation pour décider de l'admission d'un établissement sur la liste LAMal ou pour être subventionné. Cela se confirmait à la lecture de l'ATF 138 II 191

faisant état du système neuchâtelois, dont il pouvait être déduit que la solution genevoise était cohérente.

La liberté économique ne conférait aucun droit à une prestation de la part de l'État, ni aucun droit à un acteur privé de pouvoir facturer librement à la charge d'une assurance sociale. Elle ne conférait pas non plus un droit à un financement quantitativement illimité des prestations et n'excluait pas une limitation des prestations cofinancées par l'État. Le domaine de l'assurance-maladie était strictement réglementé et, de par son fonctionnement, était soustrait de la liberté économique. La LAMal posait des conditions précises aux fournisseurs de prestations, tant pour leur rémunération que pour les conditions d'admission, ces dernières n'intervenant que sur la base de la planification cantonale. Ainsi, la liberté économique n'empêchait pas le canton de refuser une résidence pour personnes âgées sur la liste LAMal et de la priver de l'accès à la part de financement résiduel des soins. En tout état, la liberté économique de la recourante pouvait être restreinte, dès lors que la LGEPA constituait une base légale suffisante et que cette restriction était justifiée par un intérêt public, soit la maîtrise des coûts par le canton. Les principes d'égalité de traitement et d'interdiction de l'arbitraire étaient en outre respectés.

- 21) Le 25 mars 2014, la société A_____ SA a soutenu avoir conclu formellement à l'irrecevabilité de la réponse de l'intimé datée du 4 décembre 2013. Elle sollicitait en outre qu'une décision de la chambre administrative intervienne dans les meilleurs délais, eu égard au caractère urgent de l'affaire, afin de préserver l'établissement et les emplois qu'il créait. Une lettre rédigée le 17 mars 2014 par le docteur H_____, en sa qualité de membre de la famille d'un résident de A_____SA, aujourd'hui décédé, était jointe à ce courrier, attestant de la qualité des prestations fournies par la résidence.
- 22) Le 28 mars 2014, le juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

- 1) a. La chambre administrative est en principe compétente pour statuer sur un recours dirigé contre un acte fondé sur la LGEPA (art. 38 al. 2 et 3 LGEPA), sous réserve de la réalisation des conditions prévues par l'art. 132 al. 2 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), à savoir notamment que l'acte litigieux soit une décision au sens de l'art. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA - E 5 10).
- b. Le délai de recours est de trente jours s'il s'agit d'une décision finale (art. 62 al. 1 LPA).

- 2) a. Au sens de l'art. 4 al. 1 LPA, sont considérées comme des décisions les mesures individuelles et concrètes prises par l'autorité dans les cas d'espèce fondées sur le droit public fédéral, cantonal ou communal et ayant pour objet de créer, de modifier ou d'annuler des droits et des obligations (let. a), de constater l'existence, l'inexistence ou l'étendue de droits, d'obligations ou de faits (let. b), de rejeter ou de déclarer irrecevables des demandes tendant à créer, modifier, annuler ou constater des droits ou des obligations (let. c).
- b. Les décisions doivent être désignées comme telles, motivées et signées, et indiquer les voies et délais de recours (art. 38 al. 1 LGEPA ; art. 46 al. 1 LPA). Une notification irrégulière ne peut entraîner aucun préjudice pour les parties (art. 47 LPA).
- c. Le principe général du droit rappelé à l'art. 47 LPA découle des règles de la bonne foi, qui imposent des devoirs tant à l'autorité dans la conduite d'une procédure (ATF 123 II 231 consid. 8b p. 238) qu'à l'administré (arrêt du Tribunal fédéral 2C_318/2009 du 10 décembre 2009). On peut et doit attendre d'un justiciable en désaccord avec une décision dépourvue de l'indication des voies de droit qu'il se renseigne sur ses possibilités de recours auprès d'un avocat ou de l'autorité qui a statué, conformément aux règles de la bonne foi. À défaut, la décision entre en force passé un certain délai, même si une disposition légale prévoyait expressément l'obligation de porter la mention des voies de droit (ATF 121 II 72 consid. 2a ; ATF 119 IV 330 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.83/2006 du 5 septembre 2006 et la jurisprudence citée). Il y a donc lieu d'examiner, d'après les circonstances du cas concret, si la partie intéressée a réellement été induite en erreur par l'irrégularité de la notification et a, de ce fait, subi un préjudice ou si elle a agi dans un délai raisonnable (ATA/436/2014 du 17 juin 2014 ; ATA/147/2013 du 5 mars 2013 ; Pierre MOOR/Etienne POLTIER, Droit administratif, vol. 2, 3^{ème} éd., 2011, p. 355 et la jurisprudence citée).
- d. À teneur de l'art. 60 al. 1 let. b LPA, ont qualité pour recourir toutes les personnes qui sont touchées directement par une décision et ont un intérêt digne de protection à ce qu'elle soit annulée ou modifiée.
- 3) En l'espèce, l'arrêté du département du 31 juillet 2013 autorise l'exploitation de la résidence pour personnes âgées « A_____ SA » par la recourante, ne lui conférant toutefois pas le droit de figurer sur la liste des EMS admis par le canton de Genève à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire. La société A_____ SA est ainsi directement touchée par l'arrêté litigieux et dispose de la qualité pour recourir.

L'arrêté du 31 juillet 2013, transmis à la recourante par pli simple daté du 8 août 2013, n'indique pas de voies de recours ni de délai. Cependant, l'intéressée a été en mesure de faire valoir ses arguments à plusieurs reprises, notamment par

courrier. Le recours a en outre été rédigé dans un délai de trente jours. De ce fait, il n'existe aucun préjudice pour les parties.

Interjeté en temps utile et devant la juridiction compétence, le recours du 7 septembre 2013 est par conséquent recevable.

- 4) La recourante sollicite la comparution des parties et notamment l'audition de l'administrateur de la société et du directeur de la résidence A_____ SA.

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 les parties d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, d'obtenir qu'il soit donné suite à leurs offres de preuves pertinentes (arrêt du Tribunal fédéral 2D_5/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3), 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 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157 ; 138 V 125 consid. 2.1 p. 127 ; 137 II 266 consid. 3.2 p. 270 ; 137 I 195 consid. 2.3.1 p. 197 ; 136 I 265 consid. 3.2 ; 135 II 286 consid. 5.1 p. 293 ; arrêts du Tribunal fédéral 5A_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 4.1 ; 2C_552/2011 du 15 mars 2012 consid. 3.1). 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 136 I 229 consid. 5.2 p. 236 ; 134 I 140 consid. 5.3 ; 131 I 153 consid. 3 p. 158 ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_108/2012 du 11 juin 2012 consid. 3.2 ; 8C_799/2011 du 20 juin 2012 consid. 6.1 ; 2D_2/2012 du 19 avril 2012 consid. 2.3 ; 4A_15/2010 du 15 mars 2010 consid. 3.2 et les arrêts cités; ATA/404/2012 du 26 juin 2012 ; ATA/275/2012 du 8 mai 2012). Le droit d'être entendu ne contient pas non plus d'obligation de discuter tous les griefs et moyens de preuve du recourant ; il suffit que le juge discute ceux qui sont pertinents pour l'issue du litige (ATF 138 I 232 consid. 5.1 p. 237 ; 138 IV 81 consid. 2.2 p. 84 ; 134 I 83 consid. 4.1 p. 88 et les arrêts cités ; 133 II 235 consid. 5.2 p. 248 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_424/2009 du 6 septembre 2010 consid. 2 ; 2C_514/2009 du 25 mars 2010 consid. 3.1).

En l'espèce, la chambre de céans renoncera à procéder à l'acte d'instruction sollicité, dans la mesure où elle dispose de tous les éléments nécessaires pour statuer en connaissance de cause, au demeurant sur des éléments de nature essentiellement juridique et où une comparution personnelle des parties n'est pas de nature à influencer sur l'issue du litige.

- 5) La recourante estime que les observations du département datées du 4 décembre 2013 ont été déposées tardivement et doivent ainsi être déclarées irrecevables.

En l'occurrence, la chambre administrative a prolongé au 6 décembre 2013 le délai fixé au département pour lui faire parvenir ses observations. Or, il appert à teneur des pièces produites concernant l'acheminement postal, que l'écriture dont il s'agit a été postée par pli recommandé, le 8 décembre 2013, soit un dimanche, et est parvenue à la chambre administrative le 10 décembre 2013, après un passage au centre courrier d'Éclépens. Ni le département, ni la poste n'ont été en mesure d'apporter des explications claires à ce sujet, étant précisé que les événements précités semblent échapper tant au contrôle qu'à la volonté de l'intimé.

Toutefois, le délai fixé par la chambre de céans n'est en l'espèce qu'un délai d'ordre, la loi ne prévoyant aucune conséquence en cas de non-respect de ce délai. Par ailleurs, la recourante a pu prendre connaissance des observations de l'intimé et se déterminer à leur sujet. Elle n'a de ce fait subi aucun préjudice qui justifierait de ne pas tenir compte de l'écriture du département du 4 décembre 2013, laquelle est ainsi recevable.

- 6) Le litige porte sur la question de savoir si une résidence pour personnes âgées au sens de la LGEPA, en l'occurrence la résidence A_____ SA, peut être autorisée par le département de tutelle à pratiquer des soins à charge de l'assurance-maladie obligatoire.
- 7) a. Le 1^{er} avril 2010, la LGEPA a abrogé l'ancienne loi relative aux EMS accueillant des personnes âgées du 3 octobre 1997 (aLEMS - J 7 20). La nouvelle loi vise à assurer à toutes les personnes âgées, des conditions d'accueil, d'hébergement et de soins de qualité dans les EMS, subventionnés et reconnus d'utilité publique, ainsi que dans les résidences pour personnes âgées (art. 1 LGEPA). Elle définit notamment les conditions de délivrance des autorisations d'exploitation et les modalités de surveillance des EMS et des résidences pour personnes âgées (art. 2 let. a LGEPA). Les premiers sont régis par le chapitre II de la loi, tandis que les secondes sont régies par le chapitre III (art. 3 LGEPA).

b. À teneur de l'exposé des motifs du projet de loi concernant la LGEPA (PL 10401, p. 14), cette loi vise à assurer à toutes les personnes âgées, dépendantes, accueillies en institutions, une prise en charge de qualité à des conditions financièrement supportables pour la collectivité. La mission première des EMS est d'assurer la sécurité, le confort et les soins aux personnes âgées. Parallèlement à ce dispositif, la loi introduit la notion de résidences pour personnes âgées. La distinction entre les deux régimes de la LGEPA est établie d'emblée par l'art. 1 de cette loi et précisée par son art. 2 donnant les axes prioritaires que sont l'organisation générale, le cadre de gestion et la surveillance qui en découle (PL 10401, p. 25 et 26). Le tableau reproduit en page 9 du présent arrêt résume les effets de cette distinction entre EMS et résidences pour personnes âgées (PL 10401, p. 26 et 27). Les dispositions générales de la LGEPA, en

particulier l'art. 3, indiquent déjà de manière claire que les résidences pour personnes âgées ne peuvent obtenir un subventionnement (PL 10401, p. 27).

- 8) a. Les EMS sont des institutions qui accueillent, conformément à la planification cantonale, des personnes qui sont, en principe, en âge de bénéficier des prestations selon la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et dont l'état de santé, physique ou mentale, exige des aides et des soins sans justifier un traitement hospitalier (art. 4 al. 1 LGEPA). La notion de planification cantonale est essentielle dès lors qu'il s'agit d'une condition nécessaire pour offrir un grand nombre de lits d'EMS répondant réellement aux besoins de la population (PL 10401, p. 28). Quant à la notion de soins, celle-ci a été ajoutée aux prestations d'hébergement afin de bien marquer que même si l'EMS est avant tout un lieu de vie, il est également une structure de soins au sens de la LAMal.
- b. De par la loi, les EMS sont tenus d'affecter du personnel médical et infirmier au bénéfice d'un droit de pratique, notamment un médecin répondant (art. 14 LGEPA), ainsi que des infirmiers et autres professionnels de la santé (art. 15 LGEPA). Les rapports de travail et la rémunération du personnel sont régis par la loi et une convention collective de travail (art. 17 LGEPA). Une formation continue adéquate du personnel doit être assurée (art. 18 LGEPA). Ces établissements peuvent acquérir des produits thérapeutiques s'ils sont en possession d'une autorisation d'assistance pharmaceutique (art. 16 LGEPA).
- c. Le financement des EMS est assuré notamment par le prix de pension facturé aux résidents, lequel est fixé par le département (art. 19 let. a et 20 al. 1 LGEPA), le forfait versé par les assureurs maladie (art. 19 let. b LGEPA), ainsi que par la subvention cantonale, laquelle est destinée à couvrir la part cantonale du financement des soins au sens de la législation fédérale (art. 19 let. c et 22 al. 1 LGEPA).
- d. Dans le cadre des EMS, les assureurs maladie participent à la prise en charge des soins et des frais médico-pharmaceutiques remboursables selon la LAMal (art. 21 LGEPA).
- e. Les EMS subventionnés sont des établissements reconnus d'utilité publique (art. 24 LGEPA) et font l'objet d'une surveillance étatique étroite et de contrôles réguliers s'agissant en particulier des domaines médical et des soins, ainsi que de gestion et de gouvernance (art. 32 LGEPA).
- 9) a. Les résidences pour personnes âgées sont définies comme des structures de séjour, lesquelles peuvent être privées et poursuivre un but lucratif, ne figurant pas dans la planification cantonale et ne bénéficient pas, de fait, d'un subventionnement étatique (art. 33 LGEPA). Elles font néanmoins l'objet d'une autorisation d'exploitation, ainsi que d'une surveillance (art. 34 et 35 LGEPA),

étant précisé que l'intervention de l'État dans ce type de structure est moindre que celle exercée dans les EMS (PL 10401, p. 48).

b. Les résidences pour personnes âgées doivent, comme les EMS, être au bénéfice d'une autorisation d'exploitation (art. 34 al. 1 LGEPA). Celle-ci est délivrée à la personne morale qui dispose de locaux appropriés, répondant aux conditions légales d'hygiène, de salubrité et de sécurité (art. 34 al. 2 let. a LGEPA) et qui fournit des prestations d'hébergement, de restauration et d'animation de qualité (art. 34 al. 2 let. b LGEPA).

c. En outre, lorsque des professionnels de santé interviennent dans la résidence et dispensent des prestations ambulatoires, ils doivent être agréés (art. 34 al. 2 let. c LGEPA) et sont soumis aux dispositions relatives à la surveillance de leurs activités (PL 10401, p. 49).

d. La surveillance des résidences pour personnes âgées et l'instruction des réclamations sont exercées par le département compétent en vertu de la LS, pour les domaines médical et des soins (art. 35 LGEPA).

e. Les articles précités s'apparentent davantage à des dispositions de police sanitaire qu'à des règles organisationnelles et visent à permettre un contrôle étatique, à tout le moins minimal, des résidences privées qui accueillent et hébergent des personnes âgées auxquelles il convient de fournir des prestations de qualité dans les meilleures conditions, ainsi qu'il en ressort notamment de l'exposé des motifs du Conseil d'État (PL 10401, p. 14 ss).

10) a. L'assurance obligatoire des soins fournit une contribution aux soins dispensés sur la base d'une prescription médicale et d'un besoin en soins avéré, sous forme ambulatoire, notamment dans des structures de soins de jour ou de nuit, ou dans des établissements médico-sociaux (art. 25a al. 1 LAMal).

b. À teneur de l'art. 35 al. 1 LAMal, les fournisseurs de prestations remplissant les conditions des art. 36 à 40 sont admis à pratiquer à la charge de l'assurance obligatoire des soins. Ces fournisseurs de prestations, listés exhaustivement à l'art. 35 al. 2 LAMal, sont :

- les médecins (let. a) ;
- les pharmaciens (let. b) ;
- les chiropraticiens (let. c) ;
- les sages-femmes (let. d) ;
- les personnes prodiguant des soins sur prescription ou sur mandat médical ainsi que les organisations qui les emploient (let. e) ;
- les laboratoires (let. f) ;
- les centres de remise de moyens et d'appareils diagnostiques ou thérapeutiques (let. g) ;
- les hôpitaux (let. h) ;
- les maisons de naissance (let. i) ;

- les établissements médico-sociaux (let. k) ;
- les établissements de cure balnéaire (let. l) ;
- les entreprises de transport et de sauvetage (let. m) ;
- les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins (let. n).

c. L'art. 39 al. 1 LAMal s'applique par analogie aux établissements ou institutions qui prodiguent des soins, une assistance médicale et des mesures de réadaptation à des patients pour une longue durée (établissements médico-sociaux) (art. 39 al. 3 LAMal). À teneur de cette disposition, ces établissements sont admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins moyennant le respect de plusieurs conditions cumulatives, entre autres s'ils correspondent à la planification établie par un canton ou, conjointement, par plusieurs cantons afin de couvrir les besoins en soins hospitaliers, les organismes privés devant être pris en considération de manière adéquate (let. d).

Il découle du texte clair de ces dispositions que l'admission à pratiquer à charge de la LAMal est inhérente et indissociable à la prise en compte de l'établissement concerné, qu'il soit subventionné ou privé, dans la planification sanitaire cantonale.

d. L'art. 58a al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995 (OAMal – RS 832.102) indique que la planification en vue de couvrir les besoins en soins garantit aux habitants des cantons qui l'établissent le traitement hospitalier à l'hôpital ou dans une maison de naissance ainsi que le traitement dans un établissement médico-social.

- 11) La jurisprudence du Tribunal fédéral mentionnée par les parties, en particulier les ATF 138 II 191 et 138 I 410, ne traite pas directement de la question litigieuse dans la présente procédure. Néanmoins, ces arrêts confirment qu'un établissement destiné à accueillir des personnes âgées, subventionné ou non, pour être admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins, doit impérativement figurer dans la planification sanitaire du canton dans lequel il se situe. Dans ce contexte, les cantons disposent, à condition de respecter les critères de planification énoncés aux art. 58a ss OAMal, d'une large marge de manœuvre pour mettre en œuvre la planification sanitaire et dresser la liste LAMal applicable à leur territoire. Il leur est ainsi loisible de poser des conditions strictes et limitatives à l'admission des établissements médico-sociaux sur la liste LAMal et de soumettre l'ensemble de ceux-ci à un contrôle renforcé des prestations. Cependant, ils ont également la possibilité d'adopter une politique plus permissive s'agissant de l'inscription des EMS sur cette liste lorsque les établissements en remplissent les conditions de base, tout en concluant, avec un certain nombre de ces établissements, des contrats de prestations par lesquels ces derniers acceptent de se soumettre à un contrôle renforcé de leurs prestations et de leurs coûts en échange de certains privilèges (ATF 138 I 410 consid. 4.1 ; ATF 138 II 191 consid. 5.5.4 et les références citées).

- 12) En l'espèce, la recourante a volontairement décidé de faire de la résidence A_____ SA une résidence pour personnes âgées au sens des art. 33 à 35 LGEPA. Tout en devant être au bénéfice d'une autorisation d'exploiter l'établissement et étant soumise à une certaine surveillance étatique, essentiellement dans les domaines médical et des soins, elle dispose du libre choix quant à son organisation, en particulier la fixation de ses tarifs, les relations avec son personnel ou encore l'admission de ses résidents.

Compte tenu des dispositions de la LAMal, en particulier son art. 39 al. 1, le droit fédéral laisse une faible marge de manœuvre au département, en ce sens qu'il ne lui permet pas d'admettre une résidence privée pour personnes âgées à pratiquer à charge de la LAMal si elle n'est pas incluse dans la planification sanitaire cantonale. Pour la mise en œuvre de cette planification, le législateur cantonal dispose en revanche d'une large marge de manœuvre. En l'occurrence, à Genève, il a été choisi expressément de ne pas inclure les résidences pour personnes âgées dans la planification sanitaire cantonale. Par conséquent, l'introduction dans la LGEPA d'une nouvelle structure sous forme de résidence pour personnes âgées, ne bénéficiant pas de la subvention étatique et ne figurant pas dans la planification cantonale, résulte d'un choix du législateur, lequel n'est pas arbitraire et n'apparaît pas contraire au droit fédéral.

Dans la mesure où l'une des conditions cumulatives de l'art. 39 al. 1 LAMal n'est pas réalisée, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres exigences de cette disposition permettant, cas échéant, à un établissement pour personnes âgées de pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins.

La chambre de céans n'entend pas remettre en question la qualité des prestations offertes par la recourante à ses résidents, ni minimiser les dispositions qu'elle a prises, en particulier le recrutement de son personnel médical, infirmier et de soins. Néanmoins, il serait erroné d'admettre que ces démarches résultent d'une quelconque exigence du département à l'égard de la recourante. En effet, l'intimé ayant l'obligation, de par la loi, de s'assurer que les professionnels de la santé amenés à intervenir dans une résidence pour personnes âgées soient agréés et disposent notamment d'un droit de pratique, il n'est pas surprenant qu'il ait demandé à la recourante d'apporter des précisions quant au personnel médical qu'elle entendait engager pour prodiguer des soins au sein de la résidence A_____ SA. Cette requête ne saurait toutefois être assimilée à une obligation d'employer du personnel médical et de soins.

Cela étant, la solution proposée par le département à la recourante, à savoir de recourir à des prestataires de soins externes et indépendants, qu'il s'agisse du médecin-répondant ou du personnel infirmier et aide-soignant, bien qu'elle ne soit pas optimale, ni nécessairement adaptée aux réalités du terrain, est conforme au droit et constitue, en l'état, la seule option permettant aux résidents de A_____

SA de bénéficier de soins médicaux remboursés par leur assurance-maladie obligatoire.

Ainsi, l'art. 2 de l'arrêté d'exploitation du 31 juillet 2013, à teneur duquel l'autorisation ne confère pas à la résidence A_____ SA le droit de figurer sur la liste des EMS admis par le canton à pratiquer à la charge de l'assurance-maladie obligatoire au sens de la LAMal, s'avère conforme au droit.

- 13) La recourante allègue que le fait de ne pas autoriser sa résidence pour personnes âgées à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire constituerait une inégalité de traitement par rapport aux EMS, non seulement pour elle-même, mais également pour les personnes âgées qui choisiraient d'aller en résidence privée plutôt qu'en EMS et qui se verraient ainsi privées de la possibilité de se faire rembourser les frais médicaux prodigués dans ce cadre.

Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 138 V 176 consid. 8.2 p. 183 ; 131 I 1 consid. 4.2 p. 6/7 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ss ; Vincent MARTENET, Géométrie de l'égalité, Zurich-Bâle-Genève 2003, p. 260 ss).

En l'espèce, dès lors que le régime légal applicable aux EMS se distingue clairement de celui régissant les résidences pour personnes âgées et que cette distinction est conforme tant au droit fédéral qu'à la volonté du législateur cantonal, lequel dispose d'une importante marge de manœuvre en la matière, le grief d'inégalité de traitement entre ces deux structures différentes ne saurait être retenu.

- 14) La recourante se plaint d'une violation de sa liberté économique.

Selon l'art. 27 Cst., la liberté économique est garantie (al. 1) ; elle comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice (al. 2). Cette liberté protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 131 I 333 et les références citées). Toute activité lucrative privée exercée à titre professionnel, qui vise à l'obtention d'un gain ou d'un revenu, bénéficie de la garantie de la liberté économique (ATF 117 Ia 440 ; 116 Ia 118 ; ATA/500/2001 du 7 août 2001). La protection de l'art. 27 Cst.

s'étend non seulement aux indépendants, mais encore aux employés salariés lorsqu'ils sont atteints dans leurs droits juridiquement protégés (ATF 112 Ia 318, 319).

La liberté économique ne confère en principe aucun droit à une prestation de la part de l'État (ATF 138 II 191 consid. 4.4.1 et les références citées), ni à pouvoir facturer des coûts à la charge des assurances sociales (ATF 138 II 398 consid. 3.9.2 et les références citées).

En l'espèce, la recourante jouit pleinement de sa liberté économique, dès lors qu'il lui est possible de définir ses tarifs, ainsi que les axes de sa gestion et de son organisation et qu'elle peut accueillir librement des résidents solvables. Le fait que le canton dispose, conformément au droit fédéral et à la jurisprudence constante, d'une importante marge de manœuvre pour déterminer les établissements inclus dans la planification sanitaire de son territoire, avec pour conséquence que ceux qui ne le sont pas ne peuvent pratiquer à charge de la LAMal, n'entrave pas la liberté économique de la recourante.

- 15) Compte tenu de ce qui précède, le recours ne pourra qu'être rejeté.
- 16) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 2'000.- sera mis à la charge de la recourante. Aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 septembre 2013 par A_____ SA contre l'arrêté du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé du 31 juillet 2013 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de A_____ SA un émolument de CHF 2'000.- ;

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

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 Marilyn Nahmani, avocate de la recourante, ainsi qu'au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé.

Siégeants : M. Verniory, président, Mmes Junod et Payot Zen-Ruffinen, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

M. Rodriguez Ellwanger

le président siégeant :

J.-M. Verniory

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :