

Cour des comptes  
Route de Chêne 54  
1208 Genève  
Tél. : +41 (0)22 388 77 90  
Fax : +41 (0)22 388 77 99  
<http://www.cdc-ge.ch>

Genève, le 1<sup>er</sup> novembre 2018

### **Compatibilité du droit cantonal avec le droit fédéral en matière de restitution éventuelle des bénéficiaires des ÉMS**

À l'occasion d'une mission portant sur la gestion des établissements médico-sociaux (ÉMS), la Cour des comptes a publié un rapport n° 89, intitulé « Gouvernance et gestion des ÉMS » (cf. <http://www.cdc-ge.ch/fr/Publications/Rapports-d-audit-et-d-evaluation/2015-N-86-a-96.html#>) en juin 2015.

Sur demande du département de tutelle et afin de ne pas porter atteinte à la capacité de négociation de l'autorité exécutive, la Cour avait fait application des art. 43 al. 4 LSurv et 26 al. 2 let. c LIPAD et accepté de différer la publication de la quinzième recommandation dudit rapport et du constat qui lui est lié, portant sur le traitement de la part cantonale du financement des soins reconnus, qui est obligatoire au sens de l'art. 25a LAMal.

Considérant l'écoulement du temps permettant au département de prendre les dispositions nécessaires en application de cette recommandation, la Cour considère que l'intérêt public à la publication l'emporte désormais sur toute autre considération.

En conséquence, elle place ce jour sur son site ladite recommandation et le constat qui lui est lié, aux pages suivantes de la présente lettre.

Stanislas ZUIN, président

François PAYCHÈRE, magistrat

### **Constat : Restitution des bénéfices des ÉMS à l'État**

L'indemnité versée aux ÉMS par le canton de Genève correspond à la part cantonale du financement des soins reconnus (part résiduelle), obligatoire selon l'article 25a LAMal. La portée de cette disposition a été précisée comme suit par la jurisprudence du Tribunal fédéral : si les cantons disposent d'une large marge d'appréciation quant aux modalités de prise en charge de la part cantonale (l'article 25a LAMal ne s'opposant ainsi pas à une tarification forfaitaire et normative du coût des soins), le principe du versement de la part résiduelle par les collectivités publiques doit cependant être compris comme étant impératif et inconditionnel, en application du droit social fédéral<sup>1</sup>.

Du fait de la primauté du droit fédéral, une demande de restitution d'une part du bénéfice de l'ÉMS (équivalant à une réduction de la part résiduelle) ne saurait être fondée sur le seul renvoi aux réglementations cantonales en matière de droit des subventions ou de droit budgétaire. C'est ce que confirme dans son domaine d'application l'art. 4 let. i de la LIAF. Une telle demande de restitution peut néanmoins être justifiée de cas en cas par l'application des principes généraux régissant le droit des finances publiques, soit lorsque les prévisions sur la base desquelles l'indemnité a été versée ne se sont en définitive pas concrétisées.

Dans le cas des ÉMS, le mécanisme choisi par le canton de Genève quant au mode de calcul de l'indemnité ne se base pas sur les coûts effectifs imputés aux soins par les comptes de l'ÉMS, mais sur la moyenne annuelle des minutes de soins requis et un profil d'équipe type, financé à 86%. Une fois le coût normatif des soins arrêté selon ce mode de calcul, la part résiduelle cantonale est due dans sa totalité au fournisseur de prestations, sauf constatation a posteriori d'une charge en soins requis effectivement dispensés inférieure à la prévision retenue dans le contrat de prestations. Or un tel contrôle a posteriori n'existe actuellement pas.

Il en découle que la restitution à l'État d'une part forfaitaire du bénéfice (25%), arrêtée a priori et sans lien documenté avec une charge en frais de soins reconnus inférieure aux projections initiales, pose un problème de conformité. Cette pratique revient en effet à réduire le montant de la part résiduelle de financement à charge du canton, sans garantie que les frais reconnus soient couverts dans leur intégralité. Il existe donc une probabilité élevée qu'une partie du financement de ces frais soit transférée à la charge des résidents, par l'intermédiaire des frais de pension qui leur sont facturés. Si tel est le cas, il y a lieu de constater une non-conformité à l'art. 25a al. 1 LAMal, exposant l'État au risque d'éventuelles prétentions judiciaires.

Le même constat peut être formulé en ce qui concerne la réduction linéaire de 1% des subventions versées aux ÉMS, réduction décidée pour des raisons budgétaires et sans lien particulier avec une diminution correspondante des minutes de soins requis.

---

<sup>1</sup> Cf. notamment ATF 138 I 410.

### **Recommandation**

La Cour recommande par conséquent au DEAS, en collaboration avec les instances transversales concernées, de procéder à une analyse complémentaire de la compatibilité de l'art. 22 al. 3 LGEPA avec les exigences du droit social fédéral.

En fonction de l'issue de cette analyse, il conviendra de proposer le cas échéant au Conseil d'État une adaptation législative afin de supprimer toute référence à la LIAF, et de revoir en conséquence la formulation du prochain contrat de prestations.

Sur cette base, la Cour recommande à la DGAS d'adapter le mécanisme et le mode de calcul de l'éventuelle part des bénéficiaires des EMS à restituer à l'État. Il doit pouvoir être établi que cette part ne provient que de la partie des activités indemnisée par la part résiduelle cantonale, à savoir les soins.

La Cour suivra la mise en œuvre de cette recommandation en parallèle du suivi public des autres recommandations de l'audit.

Nous vous prions de croire, Monsieur le conseiller d'État, à l'expression de notre haute considération.

Pour la Cour des comptes

Isabelle TERRIER, présidente

François PAYCHÈRE, magistrat