



Tél. : +4122 388 77 90

Fax : +4122 388 77 99

## **COUR DES COMPTES**

Rue du XXXI-Décembre 8

Case postale 3159

1211 Genève 3

Monsieur Guy METTAN  
Président de la Commission  
des finances du Grand Conseil  
Case postale 3970  
1211 Genève 3

N/réf. : AS/cj

Monsieur le Président,  
Mesdames et Messieurs les députés,

La Cour des comptes a répondu positivement à une requête de la Commission des finances du Grand Conseil qui la sollicitait pour aborder de manière transversale l'ensemble de la problématique de la gestion et de la surveillance des établissements médico-sociaux (EMS).

Votre commission souhaitait en particulier que la Cour examine les rôles et éventuelles responsabilités de l'office cantonal des personnes âgées (OCPA), de la Fédération genevoise de établissements médico-sociaux (FEGEMS) et des réviseurs dans le contrôle de la gestion des EMS, qu'elle se penche sur l'opportunité de l'application de l'article 11 CPPG et qu'elle détermine si la loi sur les indemnités et les aides financières (LIAF) est applicable aux subventions accordées aux EMS en application de la loi sur les établissements médico-sociaux (LEMS).

Comme pour chacune de ses missions, la Cour a examiné la planification des missions de l'ICF. A cette occasion, elle a constaté qu'un audit de gestion portant sur l'analyse du système de surveillance des EMS était entrepris par l'ICF.

Indépendamment des aspects juridiques visés par votre demande, il est apparu à la Cour que l'analyse de la problématique de surveillance des EMS présentait un risque de doublon manifeste avec le contrôle en cours de l'ICF. En conséquence, la Cour souhaite attendre la parution prochaine du rapport de l'ICF avant de déterminer dans quelle mesure des investigations complémentaires seraient nécessaires. De telles investigations pouvant nécessiter certains délais, la Cour a estimé préférable que votre commission puisse d'ores et déjà disposer de ses conclusions relatives aux aspects juridiques de votre requête, d'où la présente missive.

## **Situation légale générale**

La loi relative aux établissements médico-sociaux accueillant des personnes âgées (LEMS J 7 20) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1998. Précisée par son règlement d'application (REMS J 7 20.01), elle règle les principes généraux et l'organisation des EMS.

A la lecture de l'exposé des motifs du Conseil d'Etat et des débats devant le Grand Conseil on peut constater, compendieusement, que la loi ambitionne de modifier les modalités de l'intervention financière de l'Etat au titre de l'assistance publique en passant de la prise en charge du prix de pension des personnes au subventionnement des institutions, supprimant ainsi le recours à l'assistance publique individuelle. La loi inscrit les EMS dans le cadre de la politique de santé et la planification sanitaire quantitative et qualitative, elle réunit les institutions en une fédération et exige que les EMS poursuivent une politique salariale conforme aux conventions collectives.

Le projet du Conseil d'Etat a été examiné par la Commission des affaires sociales du Grand Conseil avant d'être présenté en séance plénière. Si le législateur s'est soucié du prix que coûterait à l'Etat la mise en place des modifications législatives, il ne paraît pas avoir examiné avec une attention particulière les moyens de surveillance financière des EMS.

La LEMS a pour but de définir l'organisation générale et la surveillance des EMS, les conditions de délivrance des autorisations d'exploitation, les conditions d'octroi des subventions d'investissement et de fonctionnement et la composition et la compétence de la commission cantonale des EMS.

Le Conseil d'Etat a la charge notamment d'organiser la surveillance et le contrôle des EMS (art. 5 lettre c LEMS). Il est assisté dans cette tâche par la commission cantonale qui a, entre autres, pour compétence de s'assurer du respect des conditions mises à l'octroi des subventions (art. 7 lettre c LEMS). La commission cantonale est présidée par le conseiller d'Etat chargé du département de l'économie et de la santé (DES).

Le titulaire d'une autorisation d'exploiter un EMS doit remettre un rapport annuel sur le fonctionnement de son établissement à la direction générale de la santé (DES) selon les directives et le calendrier qu'elle fixe (art. 9 lettre j LEMS et 8 REMS).

Le directeur d'un EMS est responsable, sous la haute autorité de la personne physique ou morale qui détient l'autorisation d'exploitation, de la gestion administrative et financière de l'établissement (art. 14 al. 2 LEMS).

Le chapitre III de la LEMS règle le financement et les principes de subventionnement. Parmi les nombreuses conditions de subventionnement, il est prévu que les établissements doivent soumettre leur budget et leurs comptes à l'autorité cantonale et tenir leur comptabilité et leurs statistiques conformément aux exigences de la législation fédérale et aux directives de l'autorité cantonale (art. 20 al. 1 lettre h et i). L'article 11 REMS précise que sur la base du budget et des comptes présentés par l'établissement et pour autant que toutes les autres conditions posées par les lois et règlements en vigueur soient remplies, le département peut, sur proposition de l'office cantonal des personnes âgées (OCPA), inscrire au projet de budget de l'Etat une subvention d'exploitation dont il détermine le montant.

Il est à préciser que l'OCPA dépend du département de la solidarité et de l'emploi (DSE), quand bien même l'article 13 REMS précise que sur proposition de la direction générale de la santé, le département (DES) fixe annuellement les directives comptables et statiques prévues ainsi que le calendrier de remise de ces documents.

L'article 20A LEMS décrit le rôle de la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (FEGEMS), association qui regroupe obligatoirement les EMS subventionnés par l'Etat et les représente auprès des autorités et des syndicats. La FEGEMS est partenaire de l'Etat pour une gestion efficace et de qualité des établissements et ses compétences sont définies par ses statuts.

A teneur de l'article 3 desdits statuts, les membres de la FEGEMS, soit tous les EMS du canton s'engagent notamment à respecter les directives de la fédération et à lui remettre « toutes les informations administratives et financières, notamment les comptes et budgets annuels, les effectifs, ainsi que toutes autres informations fournies à l'Etat », sous réserve des législations fédérales et cantonales sur la protection des données.

Outre la LEMS, les EMS, dès lors qu'ils sont subventionnés, sont soumis à la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat (cf. art. 35 LGAF) et à la loi sur la surveillance de la gestion administrative et financière et l'évaluation des politiques publiques (cf. art. 11 lettre f LSGAF).

Ceci résume la situation telle que prévue par la loi encore actuellement applicable, sous réserves de diverses modifications récemment apportées par le Conseil d'Etat, qui attribue la responsabilité entière du secteur des EMS au Département de la solidarité et de l'emploi dès le 1<sup>er</sup> juillet 2008 (cf. Extrait du PV de la séance du Conseil d'Etat du 9 avril 2008 no. 5076-2008).

La Cour espère un résultat positif aux modifications apportées par le Conseil d'Etat qui devraient être prochainement fixées dans une nouvelle loi, tant il apparaît que la législation actuelle peut être source de problèmes au vu de la multiplicité des intervenants, laquelle multiplicité est de nature à entraîner une déresponsabilisation des entités et services concernés.

## **La Loi sur les indemnités et les aides financières (LIAF) est-elle applicable aux EMS ?**

Cette question survient à la suite d'un arrêt du 7 novembre 2006, aux termes duquel le Tribunal administratif cantonal a considéré, dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours dont il était saisi, que les EMS au bénéfice d'une autorisation d'exploitation accordée par le Conseil d'Etat étaient des établissements reconnus d'utilité publique, qu'ils avaient un droit à percevoir des subventions et qu'en conséquence ils n'étaient pas soumis à la LIAF dès lors que celle-ci prévoyait, à son article 5 al. 3 qu'elle ne donne aucun droit à une aide financière cantonale, sauf exception contenue dans une loi spéciale.

Le Tribunal administratif a considéré de plus que la LEMS ne permettait pas de fixer le montant de la subvention pour plusieurs années, dès lors que l'un des critères de fixation du montant de la subvention était susceptible de varier d'année en année, soit notamment le critère de l'intensité de l'encadrement médico-social.

## **Faut-il en déduire que la LIAF n'est pas applicable aux EMS ?**

La loi sur les indemnités et les aides financières a été votée le 15 décembre 2005 et est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2006. Selon l'exposé des motifs, les buts que poursuit la loi visent en particulier à assurer que les subventions soient allouées selon des principes uniformes et équitables, qu'elles soient adaptées aux possibilités financières de l'Etat et qu'elles atteignent les objectifs de manière économique et efficace.

« Le projet distingue deux catégories de subventions : les indemnités et les aides financières.

Les indemnités sont accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration cantonale afin d'assurer ou de promouvoir une tâche prescrite ou déléguée par le droit cantonal. On peut citer, par exemple, la subvention octroyée à l'Hospice général ou aux TPG.

Les aides financières sont accordées à des bénéficiaires étrangers à l'administration cantonale pour assurer ou promouvoir une tâche que ceux-ci ont librement choisie. On peut songer à des subventions attribuées à des associations sportives, artistiques ou culturelles » (cf. PL 9011-A, p. 105/106).

La distinction entre indemnités et aides financières a encore été nettement soulignée lors des débats devant le Grand Conseil (Cf. Mémorial de la séance du 15 décembre 2005 séance de 17h00, notamment l'intervention de David HILER, selon lequel sur un montant de 3,1 milliards de « subventions » annuelles, seuls 47 millions concernent des tâches non déléguées par l'Etat et donc des aides financières au sens de la LIAF).

Le raisonnement du TA pour déclarer le recours recevable tient dans ce qu'il considère que les EMS effectuent des tâches d'utilité publique, que partant ils ont un droit à percevoir des subventions et que dès lors que l'article 5 al. 3 de la LIAF ne donne aucun droit à une aide financière cantonale les EMS n'y seraient pas soumis.

Ce raisonnement ne saurait être suivi pour plusieurs motifs.

D'une part, tous les établissements effectuant des tâches d'utilité publique, dont on vient de voir ci-dessus l'importance, ne seraient pas soumis à la LIAF, ce qui est manifestement contraire au but de celle-ci.

D'autre part, il convient de souligner que l'article 5 al. 3 de la LIAF ne vise que les seules aides financières et non pas les indemnités qui concernent précisément les établissements chargés par l'Etat de remplir leur office, ce qui a probablement échappé au Tribunal administratif.

Il faut encore relever que le raisonnement du Tribunal administratif est relatif à la recevabilité du recours et ne concerne pas le fond du problème objet du recours. Il ne figure que dans les considérants et non dans le dispositif, ce qui réduit sa portée : en tant que simple considérant il n'a pas qualité de force jugée.

Cela dit, il doit être considéré que la LIAF est une loi générale qui s'applique à toutes les subventions et à tous les subventionnés, qui vise à une saine utilisation des deniers publics avec les mêmes conditions pour tous, en évitant les abus, les effets néfastes de la thésaurisation, etc... en les soumettant aux règles de contrôle de l'utilisation de l'argent public.

La LEMS est une loi plus ancienne et qui vise une catégorie particulière d'établissements susceptibles de bénéficier de subventions. On peut en conséquence la considérer comme une *lex specialis* relativement à la LIAF dès lors que les conditions de l'octroi des subventions ne sont pas identiques et répondent à des critères différents, et que le montant de la subvention doit être fixé en fonction de critères particuliers qui varient annuellement.

Il n'en demeure pas moins que les principes généraux de la LIAF sont applicables aux EMS, comme aux autres institutions et organismes chargés de l'exécution d'une tâche publique, et aux conditions qui sont mises à l'octroi des subventions, qu'il s'agisse d'ailleurs d'aides financières ou d'indemnités. Si le législateur a prévu des exceptions au régime ordinaire de la LIAF, il a également prévu des solutions pour les cas où la loi applicable à l'entité demanderesse de subventions « contreviendrait » à la LIAF.

A cet effet, le règlement d'application de la LIAF prévoit ces cas très précisément, de même que la manière de les traiter. Ainsi le règlement prévoit que doivent faire l'objet d'une base légale formelle ou d'un arrêté au sens des articles 5 al. 2, 6 al. 1 et 10 de la loi, les indemnités et aides financières fondées sur une loi dont le contenu n'est pas conforme à la LIAF ( art. 4 lettre d du règlement).

Ainsi, dès lors qu'une loi a été votée sur la base d'un contrat de prestation conforme aux exigences de la LIAF, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer aux EMS les principes et exigences prévus par la LIAF notamment en ce qui concerne la surveillance, les règles comptables, la tenue des comptes, les limites à la thésaurisation, etc....

### **L'application de l'article 11 du code de procédure pénale**

L'article 11 du code de procédure pénale genevois prescrit que « toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ le procureur général ».

Selon l'article 10 du code pénal, sont des crimes les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans (al. 2) et sont des délits les infractions passibles d'une peine privative de liberté n'excédant pas trois ans ou d'une peine pécuniaire (al. 3). Les contraventions sont donc exclues du devoir d'aviser le Ministère public.

Il convient peut-être de préciser qu'en matière d'infractions contre le patrimoine, si l'acte ne vise qu'un élément patrimonial de faible valeur ou un dommage de moindre importance, l'auteur n'est réprimé que par une amende et la poursuite n'a lieu que sur plainte (art. 172 ter al. 1 CP).

L'article 11 CPPG institue un devoir de dénonciation, puisque l'autorité « est tenue d'aviser ». Reste à déterminer ce que signifient les termes « acquérir connaissance » d'un crime ou d'un délit, et notamment s'il appartient à l'autorité concernée de qualifier pénalement les faits qui peuvent constituer une infraction pénale.

De l'avis de la Cour, la qualification pénale des faits, de même que l'examen de leur caractère intentionnel, relève du Ministère public et, en conséquence, lorsqu'une autorité constate des faits qui lui paraissent pénalement répréhensibles, tels disparition d'argent, virement d'argent non justifié par pièces, acquisition de biens personnels au moyen de fonds publics et autres, il lui appartient de faire son devoir et de dénoncer les faits.

La question peut encore se poser de savoir qui, dans la hiérarchie, doit aviser le Ministère public. A notre avis le fonctionnaire qui a découvert les faits doit les signaler directement au Parquet pour répondre à la lettre de la loi. S'il préfère s'adresser à son supérieur, il devrait à tout le moins s'assurer que son signalement a bien été suivi d'effet. Ces questions devraient pouvoir être réglées par des directives internes.

Par les exposés ci-dessus, nous espérons, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les députés, avoir répondu utilement à vos interrogations et vous prions de croire à l'expression de toute notre considération.

Pour la Cour des comptes

Antoinette STALDER, Présidente

c.c. Présidence du DES  
Direction de l'ICF