

INFORMATION EXTERNE

Directive en matière de sous-traitance et d'externalisation dans les établissements médico-sociaux (EMS)		
Version	EMS 007 – V2 abroge et remplace la précédente directive concernant cet objet	
Objectif :	Directives en matière d'externalisation ou de sous-traitance en EMS et conditions de travail des entreprises sous-traitantes	
Domaine :	EMS - externalisation / sous-traitance	
Documents de référence :	- loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (LGEPA ; J 7 20), du 4 décembre 2009;	
	- règlement d'application de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (RGEPA ; J 7 20.01), du 16 mars 2010;	
	- Swiss GAAP RPC, du 10 décembre 2014;	
	- règlement sur la passation des marchés publics (RMP ; L 6 05.01), 17 décembre 2007.	
Champ d'application :	Etablissements médico-sociaux (EMS)	
Mots clés :	Sous-traitance, externalisation / EMS	
Responsables de la mise en œuvre :	Service cantonal des seniors et de la proche aidance (SeSPA) – Secteur des EMS	
Rédacteur et approbateur	Laurent Mauler, directeur Service cantonal des seniors et de la proche aidance (SeSPA)	
Date d'approbation :	01.07.2023 Lauran	
Date d'entrée en vigueur :	01.07.2023	

SOMMAIRE DE LA DIRECTIVE

1.	RÉFÉRENCES LÉGALES	2
2.	CONTEXTE ET OBJECTIF	3
2.1	Limitation du champ d'application de la sous-traitance des prestations de soins	3
2.2	Limitation du champ d'application de la sous-traitance/externalisation du linge	4
2.3	Intérêts économiques entre les parties	4
2.4	Exigences en matière de conditions de travail	4
2.5	Transmission des informations	5
2.6	Disposition finale	5

1. Références légales

Loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (LGEPA ; J 7 20) du 4 décembre 2009, modifiée le 25 février 2022 et entrée en vigueur le 30 avril 2022, à son article 27

Art. 27 Sous-traitance

- a) qu'il est à jour avec le paiement des cotisations sociales du personnel et que la couverture de ce dernier en matière d'assurances sociales est garantie conformément à la législation en vigueur;
- b) qu'il est lié par la convention collective de travail de sa branche applicable à Genève ou qu'il a signé, auprès de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail, un engagement à respecter les usages de sa profession en vigueur à Genève, notamment en ce qui concerne la couverture du personnel en matière de retraite, de perte de gain en cas de maladie, d'assurance-accidents et d'allocations familiales;
- c) qu'il présente des garanties quant à sa capacité économique et financière.

¹ Les prestations de soins ne peuvent être externalisées ni durablement sous-traitées.

² Concernant les autres prestations, le Conseil d'Etat détermine par voie réglementaire, en concertation avec les milieux concernés, celles qui peuvent être externalisées ou soustraitées, ainsi que les modalités de contrôle.

³ L'externalisation et la sous-traitance sont dans tous les cas interdites lorsqu'elles contournent les dispositions de la présente loi et ne sont permises que pour autant que l'employeur certifie :

⁴ Dans le cas d'une externalisation ou d'une sous-traitance des prestations visées à l'alinéa 2, l'établissement garantit qu'il n'a pas d'intérêt économique avec le fournisseur de prestations.

Règlement d'application de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées (RGEPA; J 7 20.01) du 16 mars 2010, modifiée le 5 avril 2023 et entré en vigueur le 12 avril 2023 à ses articles 33 et 43 alinéa 2

Art. 33 Sous-traitance

En application de l'article 27, alinéa 2, de la loi, seules peuvent être externalisées ou sous-traitées, pour autant que le principe d'économicité soit respecté, les prestations suivantes :

- a) les prestations relatives au traitement du linge plat et du linge de forme, à l'exclusion du linge personnel des résidantes et résidants;
- b) les prestations relatives au traitement du linge personnel des résidantes et résidants, à condition qu'elles soient confiées à des établissements ou des institutions qui disposent d'une autorisation d'exploiter au sens de la loi sur l'intégration des personnes handicapées, du 16 mai 2003, ou qui œuvrent pour la réinsertion professionnelle et sont reconnus comme tels par l'Etat;
- c) les prestations relatives à la confection des repas et le service en salle d'un restaurant d'établissement ouvert au public, disposant d'une patente d'exploitation, pour autant que le personnel ne soit pas en contact régulier avec les résidantes et résidants dans leurs chambres.

Art. 43 Dispositions transitoires

² Les établissements ont un délai de 3 ans dès l'entrée en vigueur de la modification du 5 avril 2023 pour s'y conformer.

2. Contexte et objectif

La présente modification règlementaire fait usage de la compétence inscrite à l'article 27 alinéa 2 LGEPA, et à l'article 33 RGEPA, relative aux conditions de l'externalisation et de la sous-traitance dans les établissements médico-sociaux.

Il y a lieu de distinguer <u>les prestations</u> médico-sociales, socio-hôtelières, d'animation et d'encadrement psychosocial du contrat de prestations, encadrées par la LGEPA et le RGEPA, objets de cette directive, <u>des services</u> proposés aux résidents (transport, ergothérapie, loisir spécialisé, coiffure, podologie, centres ambulatoires de soins, centre ambulatoire de psychiatrie et de psychothérapie de l'âgé (CAPPA) etc.), ceux nécessaires à l'entretien, la technique, la maintenance ou à la sécurité des bâtiments et leurs infrastructures; ainsi que ceux liés à l'administration (informatique, comptabilité, etc.) pour lesquels les EMS sont libres de recourir aux entreprises, prestataires ou partenaires spécialisés externes de leur choix.

La présente directive précise :

- la limitation du champ d'application de la sous-traitance des prestations de soins;
- la limitation du champ d'application de la sous-traitance/externalisation du linge;
- les intérêts économiques entre les parties;
- les exigencés en matière de conditions de travail des entreprises auxquelles les EMS font appel pour la fourniture de biens et de services;
- la transmission des informations que les EMS doivent tenir à disposition des autorités de surveillance;
- la disposition finale.

2.1 Limitation du champ d'application de la sous-traitance des prestations de soins L'article 27, alinéa 1 LGEPA prévoit que les prestations de soin ne peuvent être externalisées ni durablement sous-traitées.

- sous réserve d'exceptions validées par le SeSPA, le remplacement du personnel soignant pour des raisons d'absences (maladie, accident, congé maternité, congé sans solde, vacances, etc.) ainsi que les postes ouverts en cours de recrutement,

par du personnel intérimaire de même compétence n'est autorisé qu'à hauteur du taux d'absentéisme annuel consolidé de l'EMS, calculé selon la formule suivante :

$$\sum_{i=1}^{365} \frac{Heures\ sous - traitées\ nettes_j}{Heures\ travaillées\ nettes_j}$$

ou à hauteur de la valeur-cible du taux d'absentéisme de 6% conformément au contrat de prestations en vigueur.

- la fonction de médecin-répondant n'est pas concernée par cette directive.

2.2 Limitation du champ d'application de la sous-traitance/externalisation du linge

L'article 33 RGEPA tel que modifié prévoit que les prestations de buanderie concernant le linge plat et le linge de forme peuvent être externalisées ou soustraitées, à l'exclusion du linge personnel des résidantes et résidants dont le traitement est soumis à des conditions particulières.

Le traitement du linge personnel des résidantes et résidants de l'établissement peut être confié uniquement à des établissements disposant d'une autorisation d'exploiter au sens de la loi sur l'intégration des personnes handicapées, du 16 mai 2003 (LIPH), qui remplissent de la sorte les conditions de l'article 13 LIPH pour obtenir une telle autorisation, ou qui œuvrent pour la réinsertion professionnelle et sont reconnus comme tels par l'Etat.

2.3 Intérêts économiques entre les parties

La Swiss GAAP RPC 15, du 10 décembre 2014, définit les parties liées et leurs transactions de la manière suivante :

- 1 par transactions, on comprend le transfert d'actifs ou d'engagements ainsi que la fourniture de prestations de service ou encore la prise d'engagements fermes ou conditionnels;
- 2 on considère qu'une personne (physique ou morale) est liée à une entité si cette personne peut, de manière directe ou indirecte, exercer une influence notable sur les décisions financières ou opérationnelles de celle-ci. Les entités contrôlées de manière directe ou indirecte par des mêmes parties liées sont, elles aussi, considérées comme liées.

Partant, l'externalisation ou la sous-traitance des prestations visées à l'art. 33 a et c RGEPA ne sont pas autorisées s'il existe un intérêt économique entre les parties liées.

Contrôles:

- i. conformément à la directive de bouclement des états financiers du secteur des EMS, un contrôle annuel doit être effectué par l'organe de révision dans le cadre du rapport ordinaire. L'annexe du rapport doit indiquer explicitement l'existence d'un intérêt économique entre l'EMS et un sous-traitant et confirmer le respect des exigences des présentes dispositions;
- ii. le service d'audit de l'Etat pourra également contrôler l'application de ces directives lors des contrôles des entités subventionnées.

2.4 Exigences en matière de conditions de travail

Conformément à l'art. 33, a et c RGEPA et en application du RMP, qui s'applique par analogie aux EMS de droit privé, la conclusion d'un contrat de sous-traitance est soumise aux articles 20 "respect des conditions de travail", 32 "conditions de participation" et 42 "exclusion de la procédure" RMP.

Partant, l'EMS doit s'assurer que :

- le sous-traitant produise les attestations et déclaration visées à l'art. 32, al. 1 RMP ou une attestation de l'OCIRT certifiant que l'entreprise a signé un engagement à respecter les conditions minimales de travail en usage dans son secteur d'activité;
- le sous-traitant ne figure pas, au moment de la conclusion du contrat, sur la liste OCIRT¹ des entreprises ne respectant pas les conditions minimales de travail en usage dans son secteur d'activité²;
- le contrat avec le sous-traitant soit résilié si, en cours de contrat, l'entreprise fait l'objet d'une sanction ou d'une mesure exécutoire concernant les conditions de travail visées à l'art. 42, al. 1, lit. f), ch. 1 à 3 RMP.

A défaut, le contrat de sous-traitance ne peut pas être conclu.

2.5 Transmission des informations

Les EMS tiennent à disposition de la DGS et du service d'audit interne de l'Etat les informations et les documents permettant de vérifier que les présentes directives sont respectées, à savoir :

- la nature de la prestation sous-traitée;
- le contrat de sous-traitance;
- les attestations et déclaration visées au chiffre 2.5 ci-dessus;
- la liste OCIRT en vigueur au moment de la conclusion du contrat et celle mise à jour annuellement;
- l'indication d'un changement éventuel de sous-traitant au cours de l'année.

Parallèlement, l'organe de révision confirmera, dans l'annexe aux états financiers annuels, le respect des exigences de la présente directive.

2.6 Disposition finale

Le contrat de sous-traitance doit explicitement préciser que l'entreprise mandatée n'a pas le droit d'externaliser ou de sous-traiter à son tour la prestation visée au contrat. En vertu de l'art. 43, al 2 RGEPA, les EMS disposent de trois ans pour se mettre en conformité avec l'art. 33 RGEPA modifié le 5 avril et entré en vigueur le 12 avril 2023. Les établissements qui le souhaitent peuvent se rapprocher du département pour convenir de mesures d'accompagnement particulières à l'application de la nouvelle réglementation.

¹ La liste OCIRT répertorie les entreprises qui font l'objet d'une décision négative visée à l'article 42, alinéa 1, lettre f, chiffres 1 à 3 RMP. Ces décisions sanctionnent des infractions à la loi fédérale concernant les mesures en matière de lutte contre le travail au noir, à la loi fédérale sur les conditions minimales de travail et de salaire applicables aux travailleurs détachés en Suisse ainsi que des infractions aux conditions minimales de travail en usage à Genève. Cette liste est régulièrement mise à jour. Il est précisé que l'OCIRT est l'autorité chargée de contrôler le respect des conditions de travail concernées (article 20 RMP), la présente réserve les compétences de l'OCIRT à cet égard.

² Liste des entreprises en infraction disponible en ligne https://www.ge.ch/document/entreprises-infraction-aux-usages