

N° 367691, 368055

Fédération de l'hospitalisation privée

**Fédération de l'hospitalisation privée
médecine chirurgie obstétrique (FHP-MCO)**

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 30 janvier 2015

Lecture du 24 février 2015

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Depuis maintenant plusieurs années, votre prétoire est devenu le lieu d'un affrontement par ministère interposé entre les établissements publics de santé et les cliniques privées, touchant aux distorsions de concurrence qu'introduirait le mécanisme de tarification des prestations d'hospitalisation. Vous savez que la fixation annuelle de l'objectif de dépenses des activités de médecine, chirurgie et obstétrique, l'ODMCO, donne lieu à la détermination chaque année d'une double grille tarifaire : l'une applicable aux établissements publics de santé, ainsi qu'aux établissements privés à but non lucratif ; l'autre applicable aux établissements de santé privés à but lucratif. Par construction, ces tarifs ne peuvent être équivalents, dans la mesure où l'ensemble des dépenses sont prises en compte dans les premiers, alors que la facturation des honoraires des médecins libéraux intervenant en cliniques privées s'effectue distinctement de la tarification des dépenses. Mais même en neutralisant ce différentiel structurel, les cliniques se sont plaintes régulièrement devant vous, sans grand succès, d'une forme de surcompensation au profit des établissements publics. L'écart tarifaire s'est progressivement atténué sous l'effet d'un mécanisme de convergence enclenché par le législateur dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004, mais qui a été remis en cause par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013¹.

C'est dans ce contexte qu'une nouvelle pomme de discorde est apparue entre les deux catégories d'établissements : il s'agit du crédit d'impôt compétitivité emploi, le CICE. Ce dispositif, entrée en vigueur début 2013, a pour objet, selon les termes de l'article 244 quater C du code général des impôts, d'améliorer la compétitivité des entreprises en leur permettant d'accroître leurs efforts d'investissement, de recherche et développement ou de formation, ou tout simplement de reconstituer leurs fonds de roulement. Il prend la forme d'un crédit d'impôt sur les bénéfices, qui ne peut profiter, par construction, qu'aux entreprises soumises à cette imposition, comme le sont les cliniques privées. Les établissements publics en sont en revanche exclus. Ces derniers se sont émus de la distorsion de concurrence susceptible d'en

¹ Au profit d'une pure logique de neutralité tarifaire, à savoir des tarifs correspondant aux coûts supportés, sans distorsion liée notamment aux préoccupations de santé publique.

résulter à leur détriment. Le ministre de l'économie et des finances et la ministre des affaires sociales et de la santé n'y sont pas restés insensibles. Soucieux de rétablir des conditions concurrentielles équitables entre établissements, ils ont entrepris de récupérer par le biais des tarifs ce que le législateur avait entendu accorder aux cliniques sur le plan fiscal. En clair, l'arrêté fixant les tarifs de 2013 prévoit une baisse moyenne de 0,21 % des tarifs des cliniques qui correspond à 1/8^{ème} du bénéfice attendu du CICE, avec l'idée d'amplifier cette baisse pour neutraliser complètement l'effet du CICE à partir de 2015.

La FHP et le syndicat FHP-MCO, qui défendent les intérêts des cliniques privées, vous demandent régulièrement l'annulation de cet arrêté. La FHP-MCO vous défère également une prétendue décision de neutralisation du CICE révélée par des annonces ministérielles.

Vous ferez droit à la fin de non-recevoir du ministre à l'encontre de ces dernières conclusions, dans la mesure où ces annonces ne comportent qu'une orientation politique, et non une décision faisant grief.

Vous pourrez écarter rapidement un moyen d'irrégularité tiré de l'absence de communication à l'Etat des états provisoires et définitifs du montant total des charges couvertes par l'ODMCO. Cette communication est certes prescrite par le II de l'article L. 162-22-10 du code de la sécurité sociale, mais le texte ne permet pas de considérer qu'elle le serait à peine d'irrégularité de la fixation des tarifs prévue par le I du même article².

Nous en venons à la discussion relative à la neutralisation du CICE.

Contrairement à ce qui est soutenu, l'arrêté n'est pas entaché d'incompétence pour ce motif : les ministres n'ont en rien touché aux règles relatives à l'assiette ou au taux des impositions de toutes natures, mais se sont bornés à exercer leur compétence tarifaire.

Le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 66 de la loi du 29 décembre 2012, qui a institué le CICE, peut sembler plus délicat. Mais il doit s'écarter à notre sens sans hésitation, sur un terrain d'inopérance : les cliniques continuent à bénéficier du CICE, qui ne leur est pas supprimé. Sans doute les effets positifs de la mesure sont-ils, de fait, partiellement neutralisés par la baisse des tarifs à laquelle il est procédé par ailleurs. Mais on ne peut pas affirmer, comme le font les requérants, que l'arrêté méconnaîtrait la loi fiscale. Celle-ci ne régit pas la tarification des établissements de santé et, en particulier, n'interdit pas aux ministres de tenir compte du bénéfice de la mesure dans l'exercice de leur compétence tarifaire. Vous vous trouvez ainsi dans un cas de figure bien différent de celui de votre décision de Section du 5 janvier 2000, Association française des banques et Chambre syndicale des banques populaires (n° 198492, au Rec.), dans laquelle vous avez censuré un mécanisme de compensation ayant pour effet de faire prendre en charge par une banque des prélèvements libératoires que la loi faisait interdiction formelle aux débiteurs de supporter. En l'occurrence, il ne vous appartient

² L'article R. 162-42 prévoit en revanche que l'ODMCO est fixé au vu de l'état provisoire des charges d'assurance maladie au titre des soins dispensés l'année précédente. Par ailleurs, dans un état antérieur du droit, la transmission de l'état des charges par la CNAMTS était une condition de régularité de l'arrêté procédant à la modification des tarifs de l'année en cas de « dérapage » (CE, 21 décembre 2007, FHP et autres, n° 298463-299162, au Rec.).

pas de tirer d'un prétendu esprit des textes une règle qui ne trouve aucun appui dans leur lettre. Du reste, les travaux préparatoires de la loi qui a créé le CICE montrent que le législateur avait parfaitement connaissance de l'intention du Gouvernement de neutraliser le bénéfice de la mesure pour les cliniques par le biais de réductions tarifaires³.

La question centrale est celle de savoir si les ministres pouvaient légalement tenir compte de cet allègement fiscal dans la fixation des tarifs MCO, eu égard aux critères qui l'encadrent. Elle est posée par le biais d'un moyen tiré de la méconnaissance des articles L. 162-22-9 et R. 162-42-1 et d'un moyen de détournement de pouvoir et de procédure.

Il résulte de ces dispositions que les tarifs annuels sont fixés, dans le respect de l'ODMCO, en tenant compte notamment des prévisions d'évolution de l'activité des établissements pour l'année en cours. Il est en outre précisé qu'il peut être tenu compte de la situation financière des établissements et du coût relatif des prestations d'hospitalisation.

Contrairement à ce qui est soutenu, le fait que la baisse tarifaire soit justifiée par la mise en place du CICE n'empêche nullement qu'elle respecte l'ODMCO.

On peut en revanche hésiter un instant à admettre que cette considération soit au nombre de celles qui peuvent intervenir dans la fixation des tarifs. Vous avez certes déjà admis, au titre du critère du « coût relatif des prestations », la prise en compte des charges effectivement supportées par chaque catégorie d'établissements, pour justifier une différenciation tarifaire entre public / privé non lucratif d'un côté, et privé lucratif de l'autre (CE, 7 juillet 2010, Syndicat FHP-MCO, n° 327388). Mais vous vous référez alors à la méthodologie de calcul des tarifs de chaque groupe homogène de séjour, permettant de les positionner les uns par rapport aux autres au regard des charges supportées par le passé par les établissements au titre de chacun d'eux. Tel est aussi l'objet de la disposition du II de l'article L. 162-22-10 déjà mentionnée, qui prévoit une transmission des états de charges de l'année précédente par l'assurance-maladie aux ministres chargés de fixer les tarifs.

En outre, la prise en compte de l'évaluation des charges, en sus du constat des charges supportées au titre des années précédentes, était expressément prévue dans un état antérieur du droit⁴. A ce titre, les ministres pouvaient, sans y être tenu, tirer les conséquences de différences existant dans certains postes de charges sociales, fiscales ou de gestion comptable (CE, 21 novembre 2008, Association des hôpitaux privés sans but lucratif, n° 305292 et a., au Rec.). Or l'article R. 162-42-1 a été modifié en 2009 et la référence à l'évaluation des charges a, à cette occasion, disparue.

Nous sommes toutefois convaincu que les ministres peuvent toujours légalement tenir compte, dans la fixation des tarifs en début d'année, des charges prévisibles de cette année et,

³ V. l'intervention du rapporteur général en première lecture devant l'Assemblée nationale, sur son sous-amendement CF 62.

⁴ V. l'art. R. 162-42-1 dans sa rédaction antérieure au décret du 23 février 2009, qui renvoyait notamment au 3° de l'article R. 162-41-1, c'est-à-dire à l'évaluation des charges des établissements et de leur situation financière.

à ce titre, d'allègement de charges dont les établissements pourraient bénéficier au titre de celle-ci, y compris par le biais de mesures fiscales transversales.

La modification de 2009 a eu en réalité pour objectif de conférer aux ministres les plus grandes marges d'appréciation dans la fixation des tarifs, sur la base de considérations en rapport avec l'objet de la loi, à savoir garantir des soins de qualité au moindre coût. Vous constaterez à cet égard que, formellement, les textes ne fixent qu'une liste de critères non limitatifs⁵. Il nous paraît d'autant plus aisé d'admettre dans son principe la répercussion dans les tarifs d'une baisse prévisible de charges comme d'une augmentation des produits, qu'elles soient exogènes ou endogènes, que le texte consacre le critère très général de la « situation financière des établissements » et que l'ODMCO, que les tarifs doivent respecter, est lui-même calculé en tenant compte de l'état et de l'évolution des charges des établissements. La légalité de la répercussion d'un allègement de charges est seulement subordonnée à la condition que les circonstances financières prises en compte soient avérées et non purement hypothétiques, qu'elles affectent la généralité des établissements, et non quelques-uns d'entre eux, et que la réduction tarifaire n'excède pas le gain financier attendu.

La mesure litigieuse remplit ces critères. Le CICE a pour effet d'alléger les charges fiscales pesant sur les cliniques privées, à raison des rémunérations qu'elles versent à leurs salariés, voire d'augmenter leurs ressources puisqu'il s'agit d'un crédit d'impôt. Cet effet est général et automatique. En effet, le bénéfice du CICE n'est pas réservé à une catégorie restreinte d'établissements, et il n'est nullement subordonné à la justification de dépenses d'une certaine nature. Tout au plus les entreprises bénéficiaires sont-elles soumises à une obligation de traçabilité de l'utilisation du CICE dans leurs comptes annuels, destinée à éclairer le comité de suivi du CICE sur la pertinence du dispositif et les institutions représentatives du personnel. Aucune sanction n'est prévue, et c'est d'ailleurs ce qui vaut au CICE certaines critiques sur le thème de l'effet d'aubaine. Quoiqu'il en soit, les travaux préparatoires de la 3^{ème} loi de finances rectificative pour 2012 sont clairs sur l'intention du législateur, qui a sciemment écarté toute conditionnalité. L'article 244 quater C fait seulement obstacle à ce que le CICE se traduise par une hausse des dividendes ou une augmentation de la rémunération des cadres dirigeants. Rien n'empêche ainsi une entreprise de répercuter intégralement le montant du CICE dans ses prix. Il en va de même des cliniques dont les tarifs sont réduits.

Dès l'instant que le bénéfice de la mesure fiscale est général et certain, nous ne voyons aucune raison d'interdire aux ministres d'en tirer les conséquences dans les tarifs, *a fortiori* de manière partielle⁶.

⁵ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le tarif de certains GHS ne reflète que très imparfaitement leur coût, les pouvoirs publics faisant le choix de le majorer ou de le minorer pour des raisons de santé publique.

⁶ Précisons que, dans notre esprit, une répercussion partielle aurait également été admissible, dans des limites cependant assez strictes, si le CICE avait fait l'objet d'un véritable fléchage par le législateur, dans la mesure où les dépenses tendant à améliorer la compétitivité des cliniques sont de nature à améliorer leur situation financière, donc sont susceptibles d'être prises en compte dans la fixation des tarifs.

Pour les mêmes raisons, les moyens de détournement de pouvoir et de procédure doivent être écartés.

Les syndicats requérants se livrent ensuite à des variations sur le thème de la rupture d'égalité. La plupart sont inopérantes : on ne peut utilement comparer les cliniques et les autres entreprises privées, qui ne sont pas soumises au même mécanisme de prix administré, ni même aux autres professionnels de santé libéraux, qui relèvent de dispositifs tarifaires distincts en vertu de la loi ; est tout aussi inopérante la critique tirée de l'uniformité de la baisse tarifaire, alors que les cliniques ne bénéficieront pas du CICE dans les mêmes proportions⁷. Les requérants soutiennent également que le principe d'égalité et le principe général du droit de l'Union de non-discrimination s'opposait à la neutralisation du CICE en vue de rétablir une égalité de fait entre établissements publics et établissements privés, alors que les premiers ne sont pas soumis à l'impôt sur les sociétés. L'invocation du principe d'égalité est inopérante puisqu'elle consiste ici à critiquer l'absence de différenciation et non une différence de traitement. Pour le reste, nous pensons que la situation juridique créée par l'arrêté tarifaire ne peut être regardée comme régie par le droit de l'Union européenne au sens de votre jurisprudence sur l'invocabilité des principes généraux du droit de l'Union (CE, 4 juillet 2012, Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes, n° 341533, au Rec.). Le seul fait que la réglementation sur les aides d'Etat est susceptible de lui être applicable, dans des conditions sur lesquelles nous reviendront *in fine*, ne nous paraît pas suffire : l'arrêté a pour objet de fixer le montant des tarifs d'hospitalisation servant de base au remboursement par l'assurance maladie. Or, si l'Union peut soutenir et compléter l'action des Etats membres dans le domaine de la sécurité sociale (art. 153 TFUE), elle n'a édicté aucune législation encadrant la fixation des tarifs d'hospitalisation. En tout état de cause, le dossier ne fait nullement ressortir l'existence d'une discrimination indirecte au détriment des cliniques privées, notamment du fait de leur soumission à l'impôt sur les sociétés, qui obligerait les ministres à s'abstenir de tenir compte de l'allègement procuré par le CICE afin de restaurer une égalité réelle avec les établissements publics.

La dernière inégalité dénoncée consiste à opposer les cliniques privées, d'une part, et les établissements de santé privés à but non lucratif, d'autre part. Ces derniers sont, comme on l'a dit, soumis aux mêmes tarifs que les établissements publics. Ces tarifs ont été réduits par l'arrêté litigieux en raison du processus de convergence tarifaire, mais non pour tenir compte de la création du CICE. Or selon les requérants, les établissements de santé privés à but non lucratif sont susceptibles de bénéficier du crédit d'impôt. Ils en déduisent que l'arrêté aurait dû, pour cette catégorie, prévoir la même neutralisation que pour les cliniques privées.

Le CICE ne bénéficie en principe qu'aux entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés. Or lorsqu'ils fonctionnent conformément à leur objet⁸, les établissements de santé

⁷ Outre que le principe d'égalité n'oblige pas à traiter différemment des personnes placées dans des situations différentes, les ministres n'auraient pu légalement moduler la baisse tarifaire selon les établissements. Il leur appartient de fixer un tarif national tenant compte des charges moyennes pesant sur les établissements.

⁸ La jurisprudence offre quelques exemples d'établissements de santé privé dont la gestion est désintéressée mais qui présentent en réalité un caractère lucratif (CE, 13 décembre 1993, Association « Clinique Saint-Martin-la-Forêt », n° 115097, au Rec.).

privés à but non lucratif sont exonérés d'impôt sur les sociétés au titre du 5° bis de l'article 207 du CGI, pour les opérations à raison desquelles ils sont exonérés de la TVA, comme c'est le cas des activités de MCO des établissements de santé privés, en vertu de l'article 261 du même code (1° bis du 4.). L'article 244 quater C du CGI prévoit que les organismes mentionnés à cet article 207 peuvent bénéficier du CICE au titre des rémunérations versées aux salariés affectés à leurs activités soumises à l'impôt sur les bénéfices, ce qui ne vise donc pas les activités de MCO. La difficulté résulte de la phrase suivante du même article : « *Ces organismes peuvent également en bénéficier à raison des rémunérations versées aux salariés affectés à leurs activités exonérées après que la Commission européenne a déclaré cette disposition compatible avec le droit de l'Union européenne* ». La situation dénoncée par les syndicats requérants sera donc susceptible de se produire dès l'instant que la Commission aura donné son aval, le cas échéant⁹. Mais tel n'était pas le cas à la date de l'arrêté tarifaire. Les ministres n'auraient donc pu légalement réduire les tarifs de cette catégorie en se fondant sur le bénéfice du CICE à raison des rémunérations versées aux salariés affectés aux activités de MCO. Le moyen ne peut donc être accueilli.

Bien qu'elle relève de la légalité externe, nous en terminerons par une contestation devenue plus classique, quoiqu'elle se pose ici en termes légèrement renouvelés. Il est soutenu que l'arrêté institue une aide d'Etat au bénéfice des établissements publics et privés non lucratifs, qui aurait dû être notifiée à la Commission européenne. Vous avez écarté un tel moyen dans votre décision inédite du 7 juillet 2010, FHP-MCO (n° 327388), réitérée à deux reprises par votre 1^{ère} sous-section jugeant seule¹⁰. Vous vous êtes fondés sur le motif déterminant tiré de ce que le différentiel tarifaire ne constituait pas une aide d'Etat, dès lors qu'il n'avait pas pour objet de conférer un avantage économique à ces établissements, compte tenu notamment de la règle de convergence tarifaire posée par le législateur, et que le dossier ne faisait pas ressortir que le montant de la compensation accordée à raison des obligations de service public imposées à ces établissements excédait les coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et correctement équipée devrait exposer pour remplir les obligations qui sont les leurs, majorés d'un bénéfice raisonnable. Vous aurez reconnu le mode d'emploi posé par l'arrêt Altmark de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 juillet 2003 (C-280/00). A titre surabondant, vous avez relevé que ce différentiel répondait en tout état de cause aux conditions posées par la Commission européenne dans une décision 2005/842/CE du 28 novembre 2005, prévoyant une exemption de notification pour certaines aides d'Etat accordées aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, dont les hôpitaux. Cette décision couvre en fait les compensations de service public qui ne remplissent pas le dernier critère de la jurisprudence Altmark, à savoir la comparaison avec les coûts supportés par une entreprise moyenne, donc qui constituent des aides d'Etat, mais auxquelles la Commission a choisi de décerner un brevet de compatibilité dès lors qu'elles

⁹ Un arrêté tarifaire intervenant postérieurement à la décision de la Commission européenne et qui ne tiendrait pas compte du CICE n'en serait pas nécessairement illégal pour autant. En effet, sauf à obliger les ministres à dissocier les tarifs des établissements publics (a) et ceux des établissements privés non lucratifs (b et c), le poids de ces derniers est si réduit qu'on ne peut pas regarder le CICE comme un allègement de charges général, c'est-à-dire ayant une incidence sur la moyenne des charges des établissements de cette catégorie.

¹⁰ Dont, en dernier lieu, dans votre décision du 16 mars 2012, Syndicat FHP-MCO, rendue à propos des tarifs 2011, n° 348867

n'entraînent pas de surcompensation par rapport à l'ensemble des coûts effectivement supportés au titre du SIEG (V. CJUE, 8 mai 2013, L... c/ Gouvernement Flamand, C-197/11 et C-203/11 ; TPIUE, 7 novembre 2012, CBI c/ Commission, T-137/10). La décision de 2005 a été remplacée par une décision dite « Almunia » du 20 décembre 2011, qui en reprend la substance.

Tenant pour acquise la qualification d'aide d'Etat, la FHP soutient que les conditions posées par cette dernière décision ne sont pas remplies.

Vous pourriez saisir cette occasion pour réexaminer la qualification d'aide d'Etat que vous avez précédemment écartée. Si les premières conditions posées par la jurisprudence Altmark nous paraissent remplies¹¹, nous ne sommes pas du tout convaincu¹² que les tarifs garantissent l'absence de surcompensation des coûts spécifiquement supportés par les établissements de santé publics ou assimilés au titre de leurs obligations de service public, par comparaison aux coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait supportés – pour faire bref, par rapport aux tarifs des cliniques privées. Un rapport de la Cour des comptes de 2011 a montré que le différentiel tarifaire, qui s'élevait en 2010 à 24 % en faisant abstraction des honoraires des médecins libéraux non intégrés dans les tarifs des cliniques, représentait une différence de recettes annuelles supérieure à 7 Md€ soit, en

¹¹ Contrairement à ce que soutient la FHP, nous sommes convaincu qu'on peut qualifier les activités de MCO des établissements publics et privés non lucratif d'activités de service public, donc regarder le différentiel tarifaire comme ayant pour objet la contrepartie d'obligations de service public. Certes, la loi dite HPST du 21 juillet 2009 (n° 2009-879) a remplacé la notion générale de « service public hospitalier » (notion qui a toutefois subsisté à l'article L. 6112-7, à propos des soins palliatifs). au profit d'une liste des missions de service public que tout établissement de santé peut être autorisé à exercer, et qui figure à l'article L. 6112-1 du code de la santé publique. Sauf exceptions tenant aux modalités d'exercice, à la nature des soins ou des publics bénéficiaires, les activités courantes de soins que dispensent les établissements n'en font pas partie. Il ne s'en déduit pas pour autant, à nos yeux, que ces activités, lorsqu'elles sont exercées par des établissements publics ou privés non lucratifs dans les conditions définies aux articles L. 6112-3-1 et L. 6161-5 du même code, c'est-à-dire en veillant à l'égal accès à des soins de qualité et à la permanence de l'accueil et de la prise en charge, seraient désormais étrangères au service public. Au demeurant, l'article 59 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013 a entendu lancer le chantier de la « redéfinition du service public hospitalier », signe que cette notion n'a jamais disparu en réalité. En revanche, cette même disposition a, on l'a dit, mis fin à l'obligation pour les ministres de poursuivre la convergence tarifaire, ce qui fragilise votre affirmation selon laquelle l'écart tarifaire ne viserait pas à conférer à ces établissements un quelconque avantage économique. Mais cette considération nous paraît surtout confortative dans le raisonnement que vous avez tenu jusqu'alors, car une surcompensation en sifflet reste une surcompensation, donc une aide d'Etat qui doit être notifiée à la Commission. Nous pensons que le 2^{ème} critère est effectivement rempli compte tenu de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires qui encadrent la fixation des tarifs. Du reste, le syndicat FHP-MCO ne conteste pas que les modalités de calcul des tarifs sont à la fois objectives et transparentes.

¹² La CJUE estime que les règles d'administration de la preuve d'une surcompensation sont celles du droit national. Toutefois, lorsque le droit national fait peser la charge de la preuve sur celui qui allègue l'existence d'une surcompensation, mais que ce dernier ne peut matériellement l'administrer, notamment parce qu'il ne dispose pas des données nécessaires, le juge doit mettre en œuvre ses pouvoirs d'instruction afin de prendre une décision éclairée (CJUE, 7 septembre 2006, Laboratoires Boiron, C-526/04). Il nous semble donc qu'il n'y a pas lieu d'adopter un autre raisonnement que celui que vous menez classiquement en matière d'excès de pouvoir.

moyenne, environ 12 M€ par établissement public. Or ces établissements bénéficient, en sus et indépendamment des tarifs, de dotations dites MIGAC, pour missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation, qui visent précisément à compenser certaines de leurs obligations de service public. Ces dotations ont connu un certain essor dans la période récente. En particulier, la création en 2009 puis l'extension en 2010 de la dotation relative à la prise en charge des publics en situation de précarité, et la mise en place de la dotation consacrée à la permanence des soins en 2009, ont permis de couvrir des coûts jusqu'à réputés intégrés aux tarifs. Sans doute subsiste-t-il des charges spécifiques au secteur public qui justifient une compensation par le biais d'un différentiel tarifaire : la sur-représentation des publics en situation de précarité induit ainsi des surcoûts qui ne sont sans doute pas totalement compensés par la dotation que nous venons d'évoquer ; l'hôpital public supporte également des charges propres liées aux activités non programmées résultant des urgences ou encore à la gestion des crises sanitaires, qui l'obligent à disposer de capacités excédentaires¹³. Pour autant, ces spécificités ne nous paraissent pas suffire à justifier l'écart tarifaire, qui couvre certainement des surcoûts imputables à des choix de gestion et à des problèmes organisationnels. C'est précisément la raison pour laquelle le législateur avait posé un objectif de convergence tarifaire à l'horizon 2018¹⁴. L'arrêt de la convergence tarifaire décidé par le législateur ne signifie pas que l'objectif aurait été atteint ; il résulte seulement d'une volonté de desserrer la contrainte budgétaire pesant sur les hôpitaux publics. Bref, vous pourriez à notre avis abandonner ce terrain et reconnaître l'existence d'un régime d'aide d'Etat.

A défaut, vous pourriez à tout le moins prendre vos distances avec les précédents, en faisant une simple hypothèse. Vous pourriez alors opter pour une réponse courte ou une réponse longue. La réponse courte serait fondée sur le a) de l'article 10 de la décision de la Commission de 2011, qui prévoit que tout régime d'aide octroyé avant son entrée en vigueur, le 31 janvier 2012, qui était compatible avec le marché intérieur et exempté de l'obligation de notification conformément à la décision de 2005 reste exempté de l'obligation de notification pendant une période supplémentaire de deux ans, soit jusqu'en janvier 2014. Or à supposer qu'il institue une aide d'Etat, l'arrêté litigieux, pris en 2013, met en œuvre un « régime d'aide » dont vous avez constaté à plusieurs reprises la conformité à la décision de 2005 ; de surcroît, il réduit le différentiel tarifaire litigieux puisque les tarifs du secteur public et assimilé baissent de 0,84 % à des fins de convergence tarifaire. Il en résulte que cet arrêté n'avait pas à faire l'objet d'une notification à la Commission. La réponse longue, qui aurait le mérite de prévenir d'éventuels contentieux futurs, consisterait à constater que les conditions de fond posées par la décision de 2011 sont en état de cause remplies : en particulier, on peut affirmer sans trembler que les arrêtés tarifaires ne procèdent pas, de manière globale¹⁵, à une

¹³ Par ailleurs, la contrainte de taille et de diversité de la gamme d'activités, comme les contraintes juridiques spécifiques qui pèsent sur l'hôpital public, notamment au regard du statut des personnels, sont générateurs de coûts supplémentaires, ou, au moins, de rigidités qui limitent les économies réalisables.

¹⁴ Le rapport au Parlement établi par le Gouvernement lui-même en 2011 faisait état de la nécessité de poursuivre ce processus afin de garantir que les prestations d'hospitalisation des établissements publics soient délivrées au moindre coût.

¹⁵ En revanche, pour des raisons historiques ou pour répondre à des préoccupations de santé publique, certains GHS semblent faire l'objet d'une surcompensation au regard des coûts effectivement supportés. La politique de neutralité tarifaire actuellement menée vise à supprimer cet écart.

surcompensation par rapport aux coûts supportés par les établissements publics de santé au titre de l'ensemble de leurs missions de service public : ces derniers sont plus connus pour leurs déficits budgétaires que pour leurs excédents, et la décision s'accommode même de la réalisation d'un « bénéfice raisonnable ».

PCMNC au rejet des requêtes.