

N° 393501

**Association de défense et
d'entraide des personnes
handicapées et autres**

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 28 novembre 2016

Lecture du 16 décembre 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

La tarification des EHPAD repose vous le savez sur un trépied constitué du tarif dépendance, du tarif hébergement et du tarif soin, sur lequel porte le présent litige. Le tarif soin, qui est financé par les organismes d'assurance-maladie, est arrêté chaque année par les directeurs généraux des ARS, dans le respect de dotations régionales limitatives, elles-mêmes fixées dans le respect d'un objectif global de dépenses lui-même logé au sein de l'ONDAM en LFSS.

Depuis un décret de 1999¹, les établissements disposent d'un droit d'option sur la forme du tarif soins. Ils peuvent opter, en vertu de l'article R. 314-167 CASF, entre un « tarif journalier global [TG], comprenant notamment les rémunérations versées aux médecins généralistes et aux auxiliaires médicaux libéraux exerçant dans l'établissement, ainsi que les examens de biologie et de radiologie et les médicaments (...) », ou un « tarif journalier partiel [TP] qui ne comprend ni les examens ni les charges de personnel mentionnées au 1°, à l'exception de celles relatives au médecin coordonnateur [...] et de celles relatives aux infirmières ou infirmiers libéraux ».

Le point de départ historique, pour simplifier, est le tarif partiel. Et cette histoire comprend à ce jour trois périodes. La première dans les années 2006-2010, est celle d'un encouragement, par l'Etat, du développement du tarif global, censé permettre une meilleure prise en charge des soins des personnes hébergées. La deuxième période est celle d'un freinage de l'Etat, compte tenu des surcoûts induits par le passage au TG, encore que la « vérité des coûts » soit difficile à établir dans ce domaine, freinage qui a donné lieu à de multiples contentieux contre les circulaires budgétaires, qui vous ont conduit à juger que si l'Etat pouvait freiner, il ne pouvait pas couper complètement les moteurs d'une option que les textes ouvraient sans autre condition que la disponibilité des financements (CE 12 déc. 2012, *SYNERPA*, T. sur autre point, concl. Maud Vialettes, n° 350479 ; CE 15 oct. 2014, *SYNERPA* e.a., inéd., n° 362767). La troisième période est celle du réencouragement encadré au développement du TG. A cette fin a été pris le décret n° 2014-652 du 20 juin 2014, dont

¹ Décret n°99-316 du 26 avril 1999 relatif aux modalités de tarification et de financement des établissements hébergeant des personnes âgées dépendantes

plusieurs associations ont demandé l'abrogation, en vain. Elles vous demandent d'annuler la décision implicite de rejet née le 19 juillet 2015.

La principale nouveauté du décret est d'explicitier dans la loi les conditions d'exercice du droit d'option. L'article R. 314-167 précise désormais que les établissements peuvent opter « sous réserve de l'accord du directeur général de l'ARS », cet accord devant être mentionné dans la convention tripartite entre l'établissement, l'Etat et le département. Par ailleurs, le décret indique que l'option est inscrite dans la convention « dans le respect des dotations régionales limitatives (...) et des objectifs régionaux en matière de qualité et d'efficience (...) ».

Le premier moyen, tiré de l'erreur de droit et de l'erreur manifeste d'appréciation à avoir permis au DG de l'ARS de refuser le passage au TG au motif de la non-disponibilité des crédits au sein des DRL, ne peut qu'être écarté, le décret s'étant borné à codifier ce que vous aviez vous-même jugé dans votre décision SYNERPA du 12 décembre 2012, en le déduisant, dans le silence des textes, de la loi elle-même, plus précisément de l'article L. 314-3 du CASF. Dès lors que le passage au TG est susceptible de s'avérer inflationniste, cette condition apparaît pertinente.

La requérante insiste sur la nécessité de prendre également en compte les besoins de soins des personnes hébergées. Mais comme elle l'indique elle-même, les DRL sont censées incorporer ces préoccupations, certes à une échelle géographique plus large que l'établissement, et l'autre critère posé par le décret, les objectifs de qualité et d'efficience du projet régional de santé, intègre de telles considérations. Par ailleurs, si la requérante souligne l'impact financier du choix tarifaire pour les patients, il n'est pas absolument évident que le reste à charge pour les patients doive, en droit, être différent selon l'option tarifaire choisie par l'établissement, même si, dans la pratique, les établissements au TG tendent à prendre en charge les tickets modérateurs et autres franchises. Mais ce n'est pas la question du jour, vous n'aurez pas à la trancher pour écarter le moyen. La seule chose certaine, c'est que le tarif partiel est, en tout état de cause, sans incidence sur le droit des résidents à la prise en charge de ces soins, de ville, selon les modalités de droit commun. Et le pouvoir réglementaire, qui dispose d'une large habilitation du législateur (article L. 314-8, 1° CASF), était compétent pour fixer les conditions d'exercice de ce droit d'option.

Il est ensuite soutenu que cette condition de disponibilité des crédits porterait atteinte à la liberté de gestion de l'organisme gestionnaire, mais vous avez déjà jugé que cette liberté ne s'exerçait que dans le cadre défini par les lois et règlements organisant la tarification, étroitement administrée, de ces établissements (CE, 1^{er} avr. 2005, Association régionale pour la sauvegarde de l'enfant, de l'adolescent et de l'adulte et autres, inéd, n° 262907).

Un autre moyen est tiré de ce que, par parallélisme avec le caractère tripartite de la tarification et de la convention conclue par l'EHPAD, le décret ne pouvait pas légalement confier au seul DG de l'ARS le pouvoir de s'opposer ou non au changement d'option. Mais cette option ne porte que sur le tarif soin dont la détermination qui est de la compétence exclusive de l'Etat.

Le moyen suivant met le doigt sur un miroitement interne au dispositif : les requérants soutiennent que la possibilité de changer d'option en cours de validité de la convention

tripartite pluriannuelle, avec vérification, lors du changement d'option, du respect des dotations régionales limitatives annuelles – pour l'année de transition – contredit la dimension pluriannuelle des conventions et de l'option qui y est mentionnée, ainsi que l'existence d'ores et déjà d'une vérification en année pleine de la soutenabilité financière de la convention avant la conclusion de celle-ci. Mais si la mention de l'option dans la convention est un peu troublante, l'option a, en réalité, sa vie propre, dont la convention n'est que le réceptacle. L'article R. 314-167 précise en effet que l'option peut, sous-entendu à tout moment « être changée par avenant » à la convention, dès lors qu'elle est demandée par l'établissement et acceptée par l'ARS².

Les derniers moyens visent les conditions d'entrée en vigueur. Le moyen tiré d'une rétroactivité illégale manque en fait, aucune des conventions en cours d'exécution ne se trouvant automatiquement impactée par le décret, qui se borne à encadrer une potentialité préexistante.

L'ultime moyen est tiré de ce que le pouvoir réglementaire aurait dû prévoir des mesures transitoires pour tenir compte du degré d'insécurité juridique dans lequel les établissements sont placés depuis des années. Ce moyen, tiré de la méconnaissance de votre jurisprudence « KPMG » (CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460, au Recueil p. 154), n'est certainement pas fondé car le décret n'ajoute aucune obligation : il confirme et aménage une faculté que les établissements peuvent, ou non, exercer s'ils le souhaitent lorsqu'ils le souhaitent. Il n'y avait dès lors nul besoin de mesures transitoires.

Vous effleurez ainsi une problématique originale : car à supposer même qu'il eut fallu, initialement, prendre des mesures transitoires, pourriez-vous accueillir un tel moyen invoqué au soutien, non pas d'un recours pour excès de pouvoir dirigé directement contre le texte source, mais contre un refus, ultérieur, de l'abroger ? Cela renvoie à l'effet utile d'une contestation de type KPMG, lorsqu'il est soutenu à bon droit que l'administration aurait dû différer, ou, si elle l'a fait, différer davantage l'entrée en vigueur d'un texte ou bien encore, si elle a prévu une entrée en vigueur « en sifflet », qu'elle n'a pas suffisamment lissé la transition entre deux régimes. L'effet utile va de soi lorsque, à la date à laquelle le juge statue, il n'est pas encore trop tard.

Mais que se passe-t-il lorsque le délai correspondant à la période transitoire qu'aurait imposé la jurisprudence KPMG est expiré ? En cas de recours contre le texte source, même s'il est trop tard pour différer l'entrée en vigueur du dispositif en exécution d'une annulation « en tant que ne pas », l'annulation permet *a minima* de priver de base légale les décisions – pensons à des sanctions - qui auraient été prises sur le fondement de l'acte pendant la période concernée (v. CE, 17 juin 2015, *Syndicat national des industries des peintures enduits et vernis et autre*, n° 375853, au Recueil). Mais l'annulation d'un éventuel refus d'abrogation ne saurait avoir d'effet utile.

² Par ailleurs, la dimension pluriannuelle n'efface pas entièrement l'annualité de la tarification : certes, l'article L. 313-11 du CASF écarte l'application de la procédure budgétaire annuelle de droit commun, mais c'est au profit de modalités spécifiques, prévues à l'article R. 314-40, qui reposent sur un rendez-vous annuel, soit pour appliquer une formule d'indexation de la convention, soit pour négocier des avenants.

Nous pensons donc qu'un tel moyen ne saurait donc prospérer. Plus précisément, nous pensons que le recours contre le refus d'abroger doit, dans cette mesure, s'analyser comme un recours contre un refus de modifier – en ajoutant un article transitoire. Un tel moyen nous paraît donc infondé lorsqu'à la date à laquelle le refus de modifier est né, la période était déjà expirée : il n'était pas illégal de refuser, pour l'avenir, de prendre des mesures transitoires. Et nous pensons que si le délai expire en cours d'instance, le moyen devient inopérant, insusceptible d'être accueilli (v. pour l'intervention d'une loi de validation : CE, 17 nov. 2000, Fédération française des magasins de bricolage, n° 214439, aux Tables). On pourrait même aller jusqu'à se demander si ce n'est pas le litige qui, sur ce point, est alors dépourvu d'objet, *ab initio* ou en cours d'instance. Mais le présent litige ne vous impose pas de trancher cette délicate question.

Par ces motifs nous concluons au rejet de la requête.