

N° 400939
Syndicat national des
établissements et résidences
privés pour les personnes
âgées

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 25 octobre 2017
Lecture du 17 novembre 2017

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

Le prix des prestations d'hébergement des établissements d'accueil de personnes âgées ne relevant pas (ou pas principalement) de l'aide sociale sont librement fixés par les parties au contrat. La loi imposait néanmoins un plafond d'évolution annuelle de leur prix en fonction de l'évolution des coûts de la construction, des produits alimentaires et des services. La loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement a introduit deux modifications. Elle a, d'une part, imposé aux établissements de définir un prix pour un socle minimal de prestations et, d'autre part, intégré dans les paramètres à prendre en compte pour le plafonnement annuel d'évolution de ce socle et des autres prestations facturées le taux d'évolution des retraites de base, qui est évidemment un élément déterminant du pouvoir d'achat de nombre des résidents de ces établissements.

Les modalités précises du calcul de ce plafonnement ont été fixées par un décret du 30 décembre 2015. Le nouveau paramètre que constitue le taux d'évolution des retraites de base y fait une entrée en force. L'évolution des charges des établissements ne peut en effet être répercutée sur les prix pratiqués par les établissements que lorsqu'elle ne dépasse pas le taux d'évolution des retraites. Dans le cas contraire, c'est « 50-50 » : les prix ne peuvent évoluer que dans la limite de la moyenne du taux d'évolution des charges et de celui des retraites.

Le SYNERPA conteste ce choix du pouvoir réglementaire dont il estime qu'il limite excessivement l'évolution annuelle des prix des prestations de ces établissements.

1. Mais ce débat de fond vous retiendra moins longtemps que les questions de légalité externe soulevées par la requête, articulant trois moyens de vice de procédure. Nous les aborderons par ordre de difficulté et donc d'intérêt, croissant.

Le premier moyen est tiré d'un défaut de consultation de l'**Autorité de la concurrence** dont l'article L. 462-2 du code de la commerce prévoit qu'elle est « *obligatoirement consultée par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet : (...) 3° D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente* ». Il ne fait pas de doute, compte tenu du système que nous venons de rappeler succinctement, que les textes en cause imposent des pratiques uniformes en matière de prix. Mais le décret attaqué n'institue pas lui-même un

« régime nouveau » au sens que votre jurisprudence donne à ces dispositions, puisque ce régime a été institué et modifié par le législateur¹. Voyez, pour un cas très similaire, le plafonnement de l'évolution des loyers dans certaines zones : Assemblée, 6 juin 1997, Conseil supérieur de l'administration de biens et autres, n°183111 et 183353 rec., logique confirmée par un grand nombre de décisions plus récentes dans des domaines les plus divers².

Le deuxième moyen porte sur l'absence de consultation du **Comité national de l'organisation sanitaire et sociale** (CNOSS) et comporte deux branches. La première est fondée sur le II de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles imposant sa consultation sur les décrets fixant « *les conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des établissements concernés* ». Mais les conditions dans lesquelles peuvent évoluer les prix de prestations de ces établissements ne relèvent pas de cette catégorie³. La seconde branche du moyen, plus intéressante, est fondée sur le dernier alinéa de l'article L. 312-3 imposant la consultation du CNOSS sur « *les problèmes communs aux établissements et services mentionnés à l'article L. 312-1* ». L'expression de « *problèmes communs* » a été introduite par le législateur en 2009 dans un souci de clarification et de sécurité juridique en lieu et place de l'expression de « *problèmes généraux* » qui figurait auparavant à cet article⁴. Elle implique selon nous, à tout le moins, que le texte soit applicable à plusieurs catégories d'établissements mentionnés à l'article L. 312-1. Or, ici, le décret litigieux n'est applicable qu'à une seule catégorie, celle du 6° de son I. La consultation n'était donc pas requise.

Le troisième moyen porte sur l'irrégularité de la consultation du **comité national des retraités et des personnes âgées**. Il est soutenu que la consultation de ce comité aurait été irrégulière dès lors qu'elle a devancé la publication de la loi constituant la base juridique du décret objet de la consultation. Par ce moyen, le syndicat requérant vous invite donc à condamner dans son principe même l'anticipation des consultations. Mais nous ne vous proposerons pas de le suivre sur cette voie, bien au contraire.

Il peut certes sembler étrange que l'administration sollicite un organisme consultatif sur un projet de texte dont la base juridique n'existe pas encore. Mais c'est pourtant très opportun pour hâter les procédures normatives et faire en sorte que les textes d'application soient pris le plus rapidement possible, surtout lorsqu'ils sont nombreux à devoir l'être et ainsi pour éviter des engorgements. Et il n'y a pas dans cette manière de faire, assez banale en vérité, d'atteinte aux règles qui gouvernent les consultations.

La première règle conditionne la *validité de l'avis à la date à laquelle il est rendu* : c'est celle de mettre l'organisme consulté à même de s'exprimer sur l'ensemble des questions soulevées (Ass. 23 oct. 1998, Union des fédérations CFDT des fonctions publiques et

¹ Il faut admettre qu'il est rare que les décrets instituent par eux-mêmes un régime nouveau de pratiques uniformes en matière de prix, dont les bases seront le plus souvent législatives en vertu de l'article 34 de la Constitution. Mais ce chef de consultation obligatoire de l'Autorité de la concurrence ne devient pas pour autant un ensemble vide : cette consultation pourrait en effet être requise si le législateur renvoyait très largement au pouvoir réglementaire la définition des contours du régime en cause ou si, à disposition législative constante, le pouvoir réglementaire venait modifier très significativement les modalités d'un régime préexistant au point de pouvoir être regardé comme instituant un nouveau régime au sens de l'article L. 462-2 du code de commerce. Mais tel n'est pas le cas ici.

² V. not. 12 juillet 2017, Société CFTA, n°399953 ; 8 juin 2016, Groupement des transporteurs de personnes en voiture de tourisme, n°380769 ; 17 avril 2015, Conseil national des courtiers de marchandises assermentés et chambre nationale des huissiers de justice, n°373589 et 373594. V. en sens inverse, pour une décision retenant l'obligation de consultation sur un décret, alors même qu'il était pris en application de dispositions législatives (en matière de conditions de vente, mais sans mentionner les termes de « régime nouveau ») : 24 févr. 1999, Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique, n°195354 au rec.

³ V. pour une application aux conditions d'encadrement de l'accueil des demandeurs d'asile dans les établissements : 22 juin 2012, CIMADE et GISTI n°352904 T.

⁴ Assemblée nationale (2009), projet de loi n°1210, sous-amendement de M. Rolland n° 2094 à l'amendement n° 764 de la commission des affaires culturelles à l'article 28 du projet de loi, devenu l'article 124 de la loi HPST.

assimilées UFFA-CFDT, n°169797, rec.) et, corrélativement, de le saisir en temps utile des éléments nécessaires à cette fin, exigence désormais codifiée à l'article R. 133-8 du CRPA.

La seconde règle conditionne la *pérennité de l'avis après qu'il a été rendu* et oblige à procéder à une nouvelle consultation en cas de changement de circonstance de fait ou de droit intervenue entre la délibération de l'organisme et l'adoption de l'acte (11 déc. 1987, A..., n°56645, rec. ; 28 mars 2012, Sté Direct énergie, n°330548 T. sur un autre point) ou lorsque l'autorité compétente envisage d'y apporter des modifications soulevant une question nouvelle (Union des fédérations CFDT des fonctions publiques précité).

L'anticipation de la consultation ne heurte pas la première règle si l'administration est en mesure de communiquer l'ensemble des éléments utiles à l'organisme. Si vous avez censuré une consultation par anticipation dans une décision du 18 novembre 1964, Caisse des marchés de l'Etat, n°51269, p.554 sur l'intégration de personnels dans un nouveau corps alors que le décret créant le nouveau corps n'était pas intervenu, c'est parce que vous avez estimé qu'à la date à laquelle la consultation avait été faite, les intéressés ne pouvaient connaître les droits qui résulteraient du futur texte et ainsi permettre une prise de position éclairée. *A contrario*, si ces données avaient été portées à la connaissance des intéressés, nous pensons qu'il n'y aurait pas eu d'irrégularité de l'avis qui aurait ainsi pu être éclairé.

L'anticipation de la consultation ne heurte pas non plus la seconde règle qui est même particulièrement utile dans le cas où les pronostics de l'administration sont déjoués et où la base légale du texte objet de la consultation n'est pas tout à fait celle qui avait été anticipée. Dans ce cas, l'administration, qui a parié et perdu, doit en tirer les conséquences en procédant à une nouvelle consultation. Plus elle aura anticipé, plus le risque de devoir procéder à une nouvelle consultation sera grand. Mais il en va de même dans le cas, encore plus fréquent que l'anticipation des consultations, où elle tarde simplement à adopter un texte après l'avoir soumis à l'organisme concerné. L'écoulement du temps entre la date de la consultation et celle de la décision joue contre l'administration parce qu'elle l'expose à un risque croissant de changement de contexte. Mais lorsque ses pronostics n'ont pas été déjoués et que toutes les données de la question sont demeurées telles qu'elles existaient au moment de la consultation, il n'y a pas lieu de regarder la consultation comme « caduque » et l'administration n'a pas à la réitérer.

Aucune des deux règles gouvernant les consultations préalables à l'adoption d'un texte normatif n'étant méconnue lorsque l'administration fait le choix de les anticiper nous vous proposons donc de l'admettre dans son principe. Mais si vous nous suivez, nous pensons que vous devriez distinguer entre les consultations obligatoires et facultatives.

La question se pose en l'espèce car la consultation du comité national des retraités et des personnes âgées devait être regardée comme facultative⁵. Comme vous le savez, cela ne dispense pas l'autorité administrative qui a décidé de consulter de le faire régulièrement, mais elle reste libre ensuite d'apporter à son projet toutes les modifications qui lui paraîtraient utiles, quelle qu'en soit l'importance par rapport au projet soumis à la consultation (Sect. 15 mars 1974, Syndicat National C.G.T.-F.O. des Fonctionnaires et Agents du Commerce

⁵ En vertu de l'article D. 149-2 du code de l'action sociale et des familles dans sa rédaction alors en vigueur, ce comité est obligatoirement consulté sur les projets de textes réglementaires « concernant les personnes âgées et relatifs aux politiques de prévention de la perte d'autonomie, de soutien à la dépendance, de maintien à domicile, de coordination gérontologique ainsi qu'à la qualité des prises en charge par les services établissements ». Cette formulation très générale est interprétée de manière restrictive et il a notamment été jugé que le plafonnement des tarifs ne relevait pas d'une consultation obligatoire alors même qu'elle pouvait avoir un impact sur la qualité de la prise en charge (CE, 7 avril 2010, n°321025 T. sur un autre point).

Intérieur et des Prix, n°85703 au rec., confirmé, après la jurisprudence Danthony, par 4 juin 2012, Société BT France, n°351976 T.).

Il nous semble dès lors que si l'administration doit bien respecter la première règle et livrer à l'organisme tous les éléments utiles lorsqu'il statue, elle ne saurait être tenue par la seconde, puisqu'une fois l'avis rendu elle retrouvera toute sa liberté d'action sans avoir à re-consulter l'organisme. Cette solution est acquise avec la jurisprudence précitée en ce qui concerne les modifications que l'administration apporte à son projet après consultation même si elles font surgir des questions nouvelles. Nous ne voyons pas de raison de traiter différemment des questions ou des bouleversements qui surgiraient non du fait de l'autorité compétente pour prendre le texte mais d'un simple changement de circonstances intervenu en dehors d'elle.

Certes, il ne faut pas sous-estimer le fait que votre jurisprudence veillant à la régularité des consultations même facultatives est aussi inspirée par votre souci d'empêcher l'administration de se prévaloir d'avis qu'elle aurait recueilli irrégulièrement. De ce point de vue, si l'administration se prévalait d'une consultation réalisée à une date où les données du problème étaient totalement différentes, il y aurait bien une forme de présentation insincère de la consultation. Mais il en va nous semble-t-il rigoureusement de même si l'administration entendait se prévaloir d'un avis recueilli sur un texte qu'elle a décidé de modifier *a posteriori* et cela ne vous a pas gêné pour admettre toute modification *ex post* quelle qu'en soit l'importance, sans l'obliger à re-consulter. Il nous semble que, dans les deux cas, l'issue n'est pas à rechercher dans une obligation de re-consultation qui serait contre-nature sur une consultation facultative, mais pour les cas les plus extrêmes, dans une éventuelle censure d'une erreur affectant les motifs ou un détournement de procédure.

Nous pensons donc que vous pourrez non seulement affirmer la possibilité d'une anticipation des consultations mais aussi préciser, que s'agissant des consultations facultatives, un changement dans les circonstances de fait et de droit n'oblige pas à re-consulter.

2. Nous en venons donc aux moyens de légalité interne, et donc au débat de fond sur la formule de calcul fixée par le pouvoir réglementaire qui, nous vous l'avons dit, vous retiendra moins longtemps que les questions précédentes.

Il est d'abord soutenu que le Premier ministre aurait **excédé sa compétence** en fixant cette formule de calcul qui vient restreindre la liberté contractuelle des parties. Mais l'objet même de la loi était de limiter l'évolution du tarif fixé contractuellement et le décret n'a pas excédé les termes du renvoi opéré par le législateur sur ce point, notamment en ne retenant d'autres paramètres que ceux qui étaient limitativement énumérés. Et contrairement au syndicat requérant, nous ne pensons pas qu'il y ait une quelconque atteinte aux situations en cours. Bien que l'article 97 de la loi du 28 décembre 2015 n'ait explicitement différé l'entrée en vigueur que des nouvelles règles sur le socle de prestations, il nous semble qu'il doit en aller de même des règles sur le plafonnement des tarifs annuels, qui se réfèrent au socle de prestation et font corps avec le nouveau régime que le législateur a entendu appliquer au flux et non au stock.

Il est ensuite soutenu que le Premier ministre aurait **méconnu les termes de la loi** en fixant une double formule en fonction de l'évolution comparée des charges de l'établissement et des retraites. Mais la lettre du texte ne limitait pas la liberté du pouvoir réglementaire sur ce

point. Quant à l'esprit du texte, il ressort des travaux préparatoires de la loi n°90-600 du 6 juillet 1990 qui a institué le mécanisme de plafonnement et de ceux de la loi du 28 décembre 2015 qui l'a modifié que le législateur a entendu permettre aux établissements de couvrir leurs charges tout en veillant à éviter qu'une augmentation trop importante des tarifs pousse les résidents à quitter l'établissement. La double formule que le pouvoir réglementaire a retenue ici opère bien une conciliation de ces deux intérêts en présence, conformément à ce que le législateur attendait de lui. Il n'y a donc aucune violation de la loi.

Il est encore soutenu que le Premier ministre aurait commis une **erreur manifeste d'appréciation** en ne permettant aux établissements, dans le cas où leurs charges augmenteraient plus vite que les retraites de base, de ne pouvoir les couvrir que pour la moitié de cet écart. Mais nous l'avons dit, la formule nous semble respectueuse des intérêts des deux parties. Et s'il est vrai qu'elle peut conduire à ce que les établissements ne couvrent pas intégralement l'augmentation de leurs coûts, ce qui peut réduire leurs marges, il convient de rappeler, d'une part, que les tarifs initiaux restent librement fixés par les parties, et donc de fait par les établissements et, d'autre part, la possibilité ouverte en cours de vie du contrat de fixer un pourcentage supérieur d'augmentation dans le cas d'augmentation importante des coûts d'exploitation résultant d'améliorations de prestations existantes ou de la modification des conditions de gestion et d'exploitation de l'établissement (art. L. 342-4 du CASF).

Il est enfin soutenu que le Premier ministre aurait méconnu le **principe d'égalité** en retenant une formule de calcul qui ne peut bénéficier qu'aux résidents. Mais on l'a dit, c'est inexact, puisque l'augmentation des charges des établissements peut être répercutée intégralement sur les tarifs qui leur sont appliqués tant qu'elle est couverte par une augmentation des retraites de base. Et lorsque ce n'est plus le cas, l'écart entre les deux augmentations est supporté à parts égales. Il est vrai que, compte tenu de la revalorisation très modeste des retraites de base chaque année, ce mécanisme sera assez protecteur des résidents et exigeant pour les établissements. Mais les uns et les autres ne sont pas dans la même situation et le pouvoir réglementaire ne nous semble pas, dans la prise en compte respective des charges des établissements et des capacités contributives des résidents, avoir établi une différence de traitement manifestement disproportionnée au regard des objectifs qu'il s'était assignés.

PCMNC au rejet de la requête.