

N° 412583
SOCIETE MAISON DE CHIRURGIE
CLINIQUE TURIN

N° 412585
SOCIETE CLINIQUE DU MONT LOUIS

N° 414319
CLINIQUE DES ORMEAUX

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies
Séance du 29 janvier 2018
Lecture du 9 février 2018

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

La répartition des compétences entre tribunaux administratifs et tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale (TITSS) n'est plus un jardin à la française depuis longtemps. Et les trouvailles du législateur en matière de financement innovants des établissements sanitaires et sociaux sont autant de pierres dans ce jardin, pierres autour desquelles il vous faut bien tenter de réorganiser ses allées, voire parfois d'aménager de véritables bosquets.

1. Cette pierre, c'est aujourd'hui le dispositif dit de dégressivité tarifaire de l'article L. 162-22-9-2 du code de la sécurité sociale, introduit par l'article 41 de la LFSS pour 2014. Il s'inscrit dans le cadre de la tarification à l'activité ou T2A, qui conduit à financer les établissements concernés sur la base d'un tarif fixe multiplié par le nombre d'acte réalisé. La tarification dégressive atténue cet effet mécanique en minorant le tarif d'une catégorie d'actes lorsque le nombre d'actes réalisés par un établissement au cours d'une année dépasse un certain seuil, défini en taux d'évolution ou en volume d'activité. Concrètement, lorsque l'on constate le franchissement du seuil pour l'année considérée, le tarif unitaire de l'acte est rétroactivement minoré, ce qui conduit à une récupération du produit de cette minoration.

L'intention du législateur était double, comme vous l'avez relevé lorsque vous avez eu à connaître de la QPC dirigée contre ces dispositions l'été dernier. Vous avez en effet jugé qu'il s'était agi pour lui « *d'une part, de tenir compte de la décroissance corrélative du coût marginal de ces prestations et, d'autre part, d'inciter les établissements concernés à maîtriser cette croissance* » (1^{ère} CJS, 21 juillet 2017, Sté nouvelle clinique de l'Union ; Sté clinique St Jean, n^{os} 410691, 410789). Autrement dit, l'objectif était de faire bénéficier l'assurance maladie des économies d'échelle des établissements tout en limitant la tentation de ceux-ci de se sur-spécialiser sur les actes les plus rémunérateurs.

Il est revenu au pouvoir réglementaire de fixer les paramètres de ce dispositif¹. Un arrêté du 4 mars 2015 l'a mis en œuvre pour 24 catégories d'actes qui, comme on peut l'imaginer, ne concernent pas les pathologies les plus graves. Les seuils, libellés uniquement en taux d'évolution, ont été fixés à des niveaux très différents selon les catégories en allant de +5% à +53%/an. La minoration du tarif a quant à elle été fixée uniformément à 20% en cas de dépassement.

2. Le dispositif a été appliqué pour la première fois au titre de l'année 2015. Les premiers contentieux ont surgi assez vite et avec eux, une question de compétence juridictionnelle : celle de savoir si ces litiges doivent ressortir à la compétence des tribunaux administratifs ou des TITSS.

Cette question n'a pas semble-t-il été anticipée par l'administration, en tout cas pas par une circulaire ou une prise de position de portée générale. Mais elle a été parfaitement vue par les organisations professionnelles du secteur.

Une dépêche de la FHP-MCO adressée à ses adhérents en octobre 2016 indique en effet que, compte tenu des incertitudes qu'il pouvait y avoir en ce domaine, la prudence commandait de saisir simultanément le TITSS et le TA.

C'est sans doute la raison pour laquelle, dans trois affaires différentes, alors que les voies et délais de recours mentionnés par les décisions prises par le directeur général de l'ARS compétent orientaient les établissements vers les TITSS, des tribunaux administratifs ont tout de même été saisis. Leurs présidents vous ont renvoyé cette question de compétence juridictionnelle en application de l'article R. 351-3 du code de justice administrative par trois ordonnances. C'est de cette question dont vous êtes saisis aujourd'hui.

Nous vous ferons un aveu avant de vous l'exposer, confiant que nous sommes dans le fait qu'il ne suffira pas à vous démobiliser : le dispositif de tarification dégressive a été entretemps abrogé par la LFSS pour 2018. Mais l'intérêt de la question n'est pas seulement rétrospectif. D'abord, les contentieux commencent seulement à s'engager : vous éclairerez ainsi l'ensemble des TA et des TITSS ainsi que les établissements requérants en prenant position. Ensuite, on ne peut exclure que le contentieux se révèle significatif malgré la courte durée de vie du mécanisme : c'est justement la difficulté à le mettre en œuvre qui a conduit le Gouvernement à jeter l'éponge au bout de deux ans. Enfin, vous verrez que cette question de compétence sur la tarification dégressive soulève des interrogations plus générales sur l'office des TITSS et l'avenir qui peut être le leur avec les perfectionnements de la T2A.

3. Précisons d'emblée que c'est bien une question de répartition des compétences au sein de la juridiction administrative qui se pose.

La justification de cette compétence ne se trouve pas dans le fait que la tarification dégressive serait un dispositif de sanction. Compte tenu des objectifs poursuivis par le législateur que nous avons rappelés il y a quelques instants et le fait que le franchissement du seuil d'activité ne peut pas être regardé comme un manquement à une obligation préexistante - les textes n'interdisant nullement aux établissements de pratiquer massivement certains types d'actes- vous n'êtes pas ici face à un contentieux de la répression administrative.

¹ Décret n°2014-1701 du 30 décembre 2014 dont les dispositions, ont été recodifiées par le décret n°2017-500 du 6 avril 2017 aux articles R. 162-33-10 à 14 du code de la sécurité sociale.

Mais il n'en reste pas moins que la tarification dégressive se traduit *in fine* par un arrêté du directeur général de l'ARS constatant un trop perçu et tendant à son recouvrement. Cet acte, incontestablement administratif, ressortit bien à la compétence de votre ordre de juridiction. Mais de quelle juridiction en particulier ?

Des ordonnances du président de la section du contentieux, écartant surtout une éventuelle compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'Etat, ont pu, dans leur dispositif, attribuer la compétence à des tribunaux administratifs. Mais l'hésitation avec une compétence des TITSS nous semble néanmoins respectueusement permise et il nous a semblé utile de vous poser la question cet après-midi.

4. Pour y répondre, il faut repartir de la compétence d'attribution des TITSS, les TA, juridictions de droit commun, étant compétents à défaut.

Le champ de compétence des TITSS est défini à l'article L. 351-1 du code de l'action sociale et des familles aux termes duquel : « *Les recours dirigés contre les décisions prises par (...) le directeur général de l'agence régionale de santé (...), déterminant les dotations globales, les dotations annuelles, les forfaits annuels, les dotations de financement des missions d'intérêt général et d'aide à la contractualisation, les remboursements forfaitaires, subventions obligatoires aux établissements de santé mentionnés à l'article L. 4383-5 du code de la santé publique les prix de journée et autres tarifs des établissements et services sanitaires, sociaux et médico-sociaux de statut public ou privé et d'organismes concourant aux soins, sont portés, en premier ressort, devant le tribunal interrégional de la tarification sanitaire et sociale* ». On le voit, cet article est à la fois précis et finalement assez large, notamment en ce qu'il renvoie « *aux autres tarifs* ».

Votre jurisprudence a eu une approche pragmatique de ces dispositions, assez éloignée de la logique strictement juridique qui, s'agissant d'une compétence d'attribution, aurait dû faire prévaloir une interprétation étroite. Le champ de compétence des TITSS a ainsi été marqué par des rattachements successifs de litiges qui ne relevaient pas très clairement des catégories d'établissements² et/ou des catégories de dotations³, forfaits et tarifs mentionnés à l'article L. 351-1 mais qui, pour reprendre les termes de J-H Stahl dans ses conclusions sur l'avis « Debarge » du 21 juin 2006, n°290909 aux T. pouvaient être regardés comme des « *contentieux annexes ou accessoires qui en sont le complément naturel* ».

5. S'agissant de la dégressivité tarifaire, peut-on raisonner sur le terrain de la théorie de l'accessoire ? Ce n'est pas évident.

Si la tarification dégressive est l'accessoire de quelque chose, c'est de la tarification à l'activité. Qu'à cela ne tienne vous direz-vous, c'est toujours du tarif ! A ceci près que ce n'est pas du tarif qui ressortit aux TITSS, en tout cas pour ce qui est pertinent ici, c'est à dire le tarif par acte.

² P. ex. les lieux de vie et d'accueil alors qu'ils ne constituent pas établissements sociaux ou médico-sociaux (26 sept. 2016, n°398347).

³ P.ex, les charges arrêtées à la clôture des comptes d'un établissement (6 mai 2015, Association Les amis de Tahitou, n°395181), les litiges indemnitaires afférents aux décisions relatives à l'article L. 351-1 (11 janvier 2008, Association Les parentelles, n°304476 T.) ou le report de créances ou de dettes (6 mai 2016, CAF de Lille, n°393665).

La T2A repose en effet sur des tarifs nationaux fixés par arrêté ministériels. Ils ne sont donc pas décidés par le représentant de l'Etat ou le directeur général de l'ARS, dont seules les décisions sont susceptibles d'être portées devant les TITSS en vertu des dispositions de l'article L. 351-1 du code que nous avons rappelées. Ces arrêtés ministériels, qui ont un caractère réglementaire, relèvent de votre compétence de premier et dernier ressort et vous êtes d'ailleurs habitués de ces contentieux à répétition. Et lorsqu'il ne s'agit pas de contester le niveau des tarifs eux-mêmes mais leur application à un établissement donné, les TITSS ne sont pas davantage compétents, puisque les procédures de sanctions ressortissent aux tribunaux administratifs et les autres litiges, qui s'analysent généralement comme la récupération par l'assurance maladie d'indus de versement, relèvent de la juridiction judiciaire et plus particulièrement des TASS, y compris s'agissant des établissements publics de santé (v. 16 mars 2015, Ministère des affaires sociales et de la santé et ministère de l'économie et des finances c/ Hôpital privé de l'Estuaire, n°371645 T.).

Et toutes larges que soient vos idées sur le champ de compétence des juridictions de la tarification, vous avez refusé de leur attribuer des litiges qui, justement, ne pouvaient se prévaloir de la théorie de l'accessoire. C'est ainsi que vous avez confirmé l'incompétence des TITSS pour connaître des arrêtés préfectoraux fixant un taux d'évolution maximal des tarifs des établissements non habilités à l'aide sociale, en faisant le constat que ce taux d'évolution devait s'appliquer à un « prix » qui était fixé par l'établissement et non à un « tarif », notion qui suppose une détermination à l'issue d'une procédure réglementée (27 oct. 2016, Mme W..., n°394407).

Cela étant, nous ne sommes pas dans ce cas de figure aujourd'hui. La tarification dégressive prend bien appui sur un mécanisme réglementé, très réglementé même, puisqu'il s'agit d'une tarification à l'acte. Sa dénomination n'est donc pas impropre : on est bien face à un mécanisme de tarification au sens qui nous occupe.

Et si, au sein de la juridiction administrative, le contentieux de ces tarifs échappe aux TITSS ce n'est pas parce qu'il appartiendrait aux TA mais uniquement, on l'a dit, parce qu'ils sont fixés au niveau national par les ministres alors que ces tribunaux ne sont compétents que pour connaître de décisions d'autorités déconcentrées fixant des tarifs individualisés établissements par établissements.

Et c'est justement cela que fait le dispositif de tarification dégressive puisqu'il débouche sur une décision d'une autorité déconcentrée, le directeur général de l'ARS, fixant une forme de tarif par établissement. Ce dispositif réinsuffle ainsi une logique d'individualisation dans les tarifs de la T2A et les rapproche des autres tarifs qui sont le cœur de métier des TITSS.

6. Cette impression se confirme lorsqu'on regarde de plus près ce en quoi consiste concrètement la tarification dégressive et qu'on la compare au cas qui était réglé par l'avis Debarge que nous avons cité. Dans ce précédent, vous avez estimé qu'il convenait d'attribuer aux TITSS les litiges relatifs aux reversements des sommes qui n'auraient pas été utilisés conformément à leur objet ou dont l'emploi n'aurait pas été justifié (art. L. 351-1 du CASF) en relevant notamment que ces décisions « *suppos[ai]ent des appréciations sur la nature, la réalité et l'objet des dépenses exposées* ».

C'est bien de cela qu'il s'agit aussi avec la tarification dégressive puisqu'elle conduit à déterminer si un accroissement de l'activité représente un coût devant être couvert « à l'euro

l'euro » ou en appliquant une réfaction. Et l'individualisation n'est pas en trompe-l'oeil. Si la plupart des paramètres sont définis au niveau national, tout le dispositif repose sur une comparaison de l'activité en année N par rapport à l'activité N-1 : les termes de la comparaison sont donc décisifs. Or, l'article L. 162-22-9-2 du code de la sécurité sociale prévoit que cette comparaison doit tenir compte, pour chaque établissement, des regroupements ou transferts d'activité, regroupements et transferts qui sont très fréquents dans un contexte de rationalisation du parc hospitalier public comme privé et qui appellent nécessairement des appréciations sur l'imputabilité à ces restructurations des éventuels franchissements de seuil d'activité. Ce n'est pas un hasard si les trois affaires à l'origine de la question d'aujourd'hui se sont nouées justement sur ces questions de regroupements et transferts. Il y aura donc bien ici aussi des appréciations du même type que celles relevées par le précédent Debarge.

Ce n'est donc pas la théorie de « l'accessoire » qui justifie ici le rattachement aux TITSS, car le principal, la T2A, leur échappe pour l'essentiel. C'est, pour en rester aux expressions utilisées par J-H Stahl dans ses conclusions sur l'affaire Debarge, le fait que le contentieux de la tarification dégressive est « *le complément naturel* » des autres contentieux relevant de ces juridictions qui les appellent eux aussi à mobiliser leur capacité d'analyse micro-économique de l'activité des établissements⁴.

7. On pourrait certes objecter que, dans les premiers temps de la réforme - et la réforme ne dépassera pas les premiers temps puisque le législateur y a déjà mis fin- ce sont surtout des questions de droit qui se poseront et, notamment, après la QPC que vous avez déjà refusé de transmettre, des exceptions d'illégalité ou d'inconventionnalité. Mais nous avons la naïveté de croire qu'une juridiction, même échevinée, est armée pour traiter ces questions de droit et que si elles devaient se révéler réellement délicates, le jeu du pourvoi en cassation sera toujours là pour vous permettre de les trancher.

PCMNC à l'attribution du jugement des deux premières requêtes appelées au TITSS de Paris et de la troisième au TITSS de Nantes.

⁴ Les TITSS restent notamment compétents pour connaître des dotations, comme les MIGAC, accordés aux établissements en T2A.