

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 21 juin 2023
Décision du 5 juillet 2023

CONCLUSIONS

M. Thomas JANICOT, Rapporteur public

1. La présente affaire porte sur le nouveau modèle de financement des activités de soins de suite et de réadaptation (SSR) devenues, depuis le 1^{er} juin 2023, les soins médicaux et de réadaptation.

Ayant pour objet « *de prévenir ou de réduire les conséquences fonctionnelles, déficiences et limitations d'activité* »¹ d'un patient afin de lui permettre de retrouver des conditions de vie aussi proches que possible de celles qui précédaient son séjour à l'hôpital, ces activités sont exercées par 1 800 établissements pour une capacité de 120 000 lits. Elles représentaient en 2020 environ 1,2 million de séjours et 32,7 millions de journées d'hospitalisation complète ou partielle, soit 27 % de l'activité hospitalière totale². Exercées à part égale par des structures publiques et des structures privées, à but lucratif ou non lucratif, ces activités recouvrent une grande diversité de publics et de soins techniques, de rééducation ou d'accompagnement social.

Ces spécificités ont notamment justifié qu'elles soient soumises à des modalités de financement distinctes des activités de médecine, chirurgie et obstétrique. Régi par les articles L. 162-23 et suivants du code de la sécurité sociale (CSS), leur financement a été réformé à plusieurs reprises dans les dernières années.

¹ v. art. R. 6123-118 du code de la santé publique.

² Voir l'étude de la Drees, « Les établissements de santé », fiche n° 16, « Les établissements de soins de suite et de réadaptation », édition 2022.

Avant 2016, les établissements privés lucratifs et quelques établissements non lucratifs étaient financés en fonction d'un prix de journée fixé au niveau régional par l'ARS dans le respect d'un objectif national de dépenses, appelé « objectif quantifié national » (OQN). Les établissements publics et les établissements non lucratifs restants étaient pour leur part financés par le biais d'une dotation annuelle de financement (DAF)³. Alors que le système du prix de journée a incité les établissements privés à ouvrir de nombreux lits, provoquant ainsi une inflation des dépenses, la dotation annuelle de financement ne tenait qu'imparfaitement compte de la réalité des coûts réels de prise en charge et de l'augmentation de l'activité liée au développement des maladies chroniques, au vieillissement de la population et à la diminution de la durée moyenne des séjours⁴.

Afin de « *permettre une allocation des ressources plus efficiente et plus équitable entre les secteurs et les établissements* »⁵, l'article 78 de la loi n° 2015-1702 de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2016 a créé un nouveau modèle de financement des SSR, commun aux trois types d'établissements. Ce système reposait sur une « *dotation modulée de l'activité* », inspirée de la tarification à l'activité mise en place en 2004.

Son compartiment principal reposait sur deux types de ressources : une part fixe, assise sur les recettes historiques de l'établissement, dite « dotation socle » et une part variable, dite « activité », correspondant à une valorisation de chaque séjour réalisé. Celle-ci dépendait de tarifs nationaux, calculés sur la base de « groupes médico-économiques » de patients auquel correspondait un forfait de séjour et de soins, dénommé « groupe médico-tarifaire ». Ces parts pouvaient être modulées par des coefficients concourant à l'équité géographique et au respect de l'objectif quantifié national déjà mentionné. A ce compartiment principal s'ajoutait un compartiment dit « complémentaire », destiné à financer par certaines dotations ou forfaits les molécules onéreuses, les plateaux techniques spécialisés, certaines missions d'intérêt général ainsi que l'amélioration de la qualité et de la sécurité des soins (v. les anciens art. L. 162-23-6, 162-23-7, 162-23-8 et 162-23-15 du CSS).

Ce modèle de financement est entré en vigueur de manière différenciée au 1^{er} janvier 2017, en fonction d'une période transitoire combinant de manière relativement complexe les anciennes et les nouvelles modalités de financement jusqu'au 1^{er} mars puis jusqu'au 31 décembre 2022⁶. Considérant toutefois que ce nouveau système était « *complexe* » et « *peu lisible* », le

³ Voir les anciens articles R. 162-29-1 et R. 162-29-1 du code de la sécurité sociale (CSS) et CE, 31 décembre 2019, *Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne privés à but non lucratif*, n° 421675, inédite.

⁴ Voir le rapport n° 2340 du 16 octobre 2019 fait au nom de la commission des affaires sociales par Olivier Véran sur ce qui était à ce moment l'article 25 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.

⁵ Exposé des motifs de l'article 78 de la LFSS pour 2016.

⁶ V. l'article 82 de la LFSS pour 2017 et l'article 78 de la LFSS pour 2018.

législateur l'a de nouveau réformé par les articles 34 et 35 de la loi n° 2020-1446 de financement de la sécurité sociale pour 2020⁷.

Le nouvel article L. 162-23-3 du CSS maintient le principe d'un modèle de financement unique en fonction des types d'établissements mais ces derniers bénéficient désormais d'un financement « mixte » composé de deux éléments. D'une part, une part forfaitaire (dite « dotation populationnelle »), qui a vocation à devenir la source de financement majoritaire et qui, ce faisant, est la cible de la plupart des critiques de la fédération requérante. Elle est allouée en fonction des besoins de santé et en fonction des caractéristiques des populations et des territoires et destinée à « sécuriser de manière pluriannuelle » le financement des établissements. D'autre part, une part « activité », déterminée sur la base de tarifs nationaux de prestations calculés en fonction d'un objectif de dépenses d'assurance maladie (ODAM) et pouvant être différenciés par types d'établissements⁸. Les tarifs peuvent être modifiés par des coefficients géographiques afin de tenir compte, pour les établissements de certaines zones, « d'éventuels facteurs spécifiques qui modifient de manière manifeste, permanente et substantielle le prix de revient de certaines prestations »⁹. Ils peuvent également être modulés par un coefficient de minoration destiné à concourir au respect de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie¹⁰. Enfin, les deux types de recettes peuvent être complétés par les mêmes financements complémentaires que ceux en vigueur sous l'ancien système¹¹.

2. Les modalités d'application de ce nouveau dispositif, qui a vocation à entrer progressivement en vigueur entre le 1^{er} janvier 2023 et 2026, ont été fixées par un décret n° 2022-597 du 21 avril 2022. Celui-ci détermine notamment les modalités de calcul des recettes issues du financement mixte et les modalités de versement de la dotation et des forfaits composant ce financement. Il organise également entre 2023 et 2025 l'entrée en vigueur progressive de ces nouvelles règles.

Il a été complété, d'une part, par un arrêté du 28 mars 2022 fixant notamment pour l'année 2022 les tarifs nationaux, et d'autre part, par la diffusion d'un « cahier des charges » mis en ligne sur le site internet du ministère de la santé et de la prévention le 28 avril 2022, destiné à informer les usagers sur les « modalités d'application de la réforme de financement des SSR en vue de la facturation des séjours par les établissements ».

Par trois requêtes distinctes, la Fédération de l'hospitalisation privée – Soins de suite et de réadaptation (FHP-SSR) vous saisit de trois recours pour excès de pouvoir contre ces trois

⁷ Exposé des motifs sous l'article 34.

⁸ v. art. L. 162-23 du CSS

⁹ v. 2° du I de l'article L. 162-23-4.

¹⁰ v. I de l'article L. 162-23-5

¹¹ v. art. L. 162-23-2

actes. Relevons dès à présent que par deux décisions du 27 décembre 2022, votre 1^{ère} chambre jugeant seule a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité qu'elle a soulevé contre les dispositions des articles L. 162-23-3 et L. 162-23-4 du CSS dans la présente instance et une autre (n° 465188 et n° 465581).

3. Nous commencerons par examiner la requête n° 465188 dirigée contre le décret du 22 avril 2022 qui soulève un nombre conséquent de moyens.

3.1. Cinq moyens sont soulevés au titre de la légalité externe.

3.1.1. Les deux premiers sont relatifs à la compétence du pouvoir réglementaire.

D'une part, la fédération estime que le décret aurait prévu, sans y être autorisé par l'article L. 162-23-3, la création d'une section dédiée aux activités de SSR au sein du comité consultatif d'allocation des ressources placé, en vertu de l'article R. 162-29, auprès de chaque ARS. Mais le pouvoir réglementaire est toujours libre de prévoir la création d'une commission consultative¹² et l'article R. 162-29 prévoyait l'existence de ce comité avant même l'entrée en vigueur du décret attaqué, ce dernier n'ayant que modifié sa composition et les conditions de sa consultation. Le moyen n'est donc pas fondé.

D'autre part, l'article L. 162-23-3 renvoie à un décret en Conseil d'Etat le soin de fixer les « modalités » de versement de la dotation populationnelle. Le 10° de l'article 1^{er} du décret litigieux modifie ainsi l'article R. 162-34-10 en indiquant que son montant est réparti entre établissements de santé de la région, en tenant compte de l'offre hospitalière existante, sur la base de critères fixés au niveau régional par le directeur général de l'ARS après avis de la section dédiée du comité consultatif d'allocation des ressources. L'article indique que ces critères sont fixés « notamment à partir d'une liste de critères arrêtée par les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale » et qu'ils ne peuvent prendre en compte les données d'activité. Contrairement à ce que soutient la fédération requérante, le décret n'est pas entaché d'incompétence en renvoyant à un arrêté interministériel le soin de dresser cette liste, le Premier ministre pouvant toujours déléguer le pouvoir réglementaire aux ministres, sans qu'il soit besoin qu'une disposition législative l'y autorise. Le moyen pourra donc être écarté. La délégation à laquelle il procède est également suffisamment encadrée en renvoyant aux ministres le seul soin d'établir une liste de critères dont les directeurs généraux des ARS doivent notamment partir pour déterminer les critères régionaux de la répartition de la dotation.

¹² CE, Section, 25 février 2005, Syndicat de la magistrature, n° 265482, Rec.

3.1.2. Trois autres moyens sont relatifs aux consultations préalables à l'édition du décret attaqué.

Premièrement, l'article L. 162-23-1 du CSS impose la consultation des organisations les plus représentatives des établissements de santé lorsqu'un décret en Conseil d'Etat détermine « *les catégories de prestations d'hospitalisation* » sur la base desquelles les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale arrêtent la classification des prestations donnant lieu à une prise en charge par la sécurité sociale.

Le 2° de l'article 1^{er} du décret modifie certes l'article R. 162-34-1, pour y prévoir que « *constitue une catégorie de prestations d'hospitalisation au sens du 1° de l'article L. 162-23-1, la prise en charge d'une partie des frais occasionnés par les séjours et soins (...)* ». Mais la seule modification par rapport à la précédente version du texte consiste à rajouter le terme « *en partie* » afin de tenir compte du caractère mixte du financement des SSR. Le pouvoir réglementaire a donc davantage précisé les conditions de prise en charge d'une catégorie de prestations préexistante mais n'a pas défini une nouvelle catégorie de prestations. Le même constat s'impose pour la réécriture de l'article R. 162-34-2 opérée par le 3° de l'article 1^{er} ainsi que pour l'ajustement légistique opéré par le b) de son 2°.

Deuxièmement, le décret n'entre pas dans les cas où la consultation de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (Acos) et de la commission des accidents du travail et des maladies professionnelles serait obligatoire en vertu de l'article L. 200-3 du CSS. Le décret ne vise pas à modifier directement « *l'équilibre financier de la branche* » maladie¹³ mais seulement à réformer les modalités de financement des SSR, qui n'entrent pas par ailleurs dans le champ de compétence des deux organismes (voyez sur ce motif, CE, 26 mars 1999, *Syndicat national des infirmières et infirmiers libéraux*, n° 190528, T.). Et la circonstance que l'Acos puisse faire des avances de trésorerie aux établissements, par le biais des caisses primaires d'assurance maladie, est sans incidence à cet égard.

Enfin, la consultation de l'Autorité de la concurrence n'était pas non plus nécessaire. Le décret n'institue en effet aucun régime « *nouveau* » au sens de l'article L. 462-2 du code du commerce¹⁴, ce constat valant pour la période transitoire qu'il organise, la nouvelle composition du comité consultatif d'allocation des ressources qu'il prévoit et le nouveau régime de financement qu'il détaille.

3.2. Il est d'en venir aux moyens de légalité interne soulevés par la fédération requérante.

¹³ Sur ce critère, CE, 27 mai 2011, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 328905, T.

¹⁴ Sur ce critère, CE, 12 juin 1992, *Lacombe*, n° 103794, T.

En premier lieu, vous pourrez aisément écarter le premier, tiré de l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L. 162-23-3 et L. 162-23-4 du CSS, notamment en tant qu'elles prévoient que les tarifs nationaux des prestations puissent être différenciés par catégories d'établissements. Il s'agit du même moyen que celui soulevé à l'occasion des QPC non transmises au Conseil constitutionnel dans les décisions du 27 décembre 2022.

En deuxième lieu, le II de l'article R. 162-29-3 modifié par le décret fixe les règles de composition de la section SSR du comité consultatif d'allocation des ressources de façon suffisamment claire et précise. S'il renvoie aux directeurs généraux d'ARS le soin de détailler les modalités de désignation ou la durée du mandat des représentants des associations d'usagers et des familles spécialisés dans le domaine d'activité, ainsi que le nombre exact et la répartition des représentants des fédérations hospitalières, ces autorités pourront combler ce silence à leur niveau. Le pouvoir réglementaire n'a donc pas délégué illégalement sa compétence à ces directeurs. Nous ne voyons pas non plus de méconnaissance du principe d'égalité, inopérant s'agissant d'une commission consultative. Quant à l'absence d'étude d'impact, cette exigence issue de l'article R. 133-2 du code des relations entre le public et l'administration n'était de toute façon pas applicable au pouvoir réglementaire, dès lors que la création du comité ne découle pas, nous l'avons vu, du décret attaqué.

En troisième lieu, le pouvoir réglementaire n'a ni méconnu l'article L. 162-23-3 du CSS, ni méconnu la liberté d'entreprendre, ni commis une erreur manifeste d'appréciation en prévoyant au I de l'article R. 164-34-10 modifié que la répartition de la dotation populationnelle « *tient compte de l'offre hospitalière existante* ». La fédération craint que ce critère conduise à restructurer l'offre de SSR par une « *territorialisation accrue* » de l'allocation des ressources contraire à l'intention du législateur, à leur détriment et au profit des établissements publics et des établissements privés non lucratifs. Mais cet effet découle de l'importante marge de manœuvre laissée au pouvoir réglementaire pour fixer les conditions de répartition de cette dotation. Et il ressort des pièces du dossier et des travaux parlementaires que l'intention du législateur était justement de réduire les inégalités de répartition de ressources entre les établissements, d'assurer une meilleure prévisibilité de leurs recettes et de garantir un égal accès à ces soins sur l'ensemble du territoire, comme vous l'avez rappelé dans votre décision de non transmission de la QPC.

Le décret ne méconnaît pas non plus l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé, la tarification à l'activité n'étant pas la seule méthode permettant de le garantir comme semble le soutenir la fédération requérante, qui cible, plus par pétition de principe que par une argumentation fournie, la création de la dotation forfaitaire. Le principe d'un financement mixte découle de la loi, le décret en prévoit seulement les modalités d'application et il ne

ressort en tout état de cause pas des pièces du dossier que les « *besoins réels de santé* » ne soient pas satisfaits par la réforme.

En quatrième lieu, nous ne pensons pas que le décret attaqué, publié le 22 avril 2022, méconnaît le principe de non rétroactivité des actes administratifs¹⁵.

Il est vrai que sa notice explicative indique que ses dispositions entrent en vigueur à compter du 1^{er} mars 2022, à l'exception des modalités transitoires mentionnées à ses articles 3 et 4, applicables à compter du 1^{er} janvier 2023 jusqu'au 31 décembre 2025. La fédération requérante cible donc l'entrée en vigueur d'une partie des dispositions de l'articles 1^{er} et de l'article 2, relatifs au comité d'allocation des ressources et aux conditions d'application du nouveau financement mixte des SSR. Mais cette notice vise seulement à faciliter la compréhension du texte à l'occasion de sa publication¹⁶, de sorte que le moyen ciblant la date d'entrée en vigueur qui y figure est inopérant (CE, 14 octobre 2020, *Union syndicale solidaires*, n° 428524, 429333, T.).

En tout état de cause, à la date d'entrée en vigueur du décret, l'article L. 162-23-4 du CSS prévoit que les tarifs nationaux ainsi que les coefficients qui peuvent leur être appliqués sont applicables au 1^{er} mars de l'année en cours. Et le 2^o du E du III de l'article 78 de la LFSS pour 2016 prévoit que les modalités de financement prévues à l'issue de la réforme de 2016 continuaient d'être mises en œuvre de façon transitoire jusqu'au 31 décembre 2022. Il résulte de la combinaison de ces dispositions que l'entrée en vigueur des articles 1^{er} et 2 du décret au 1^{er} mars 2022 découlait de la loi elle-même et était nécessaire pour permettre l'application, à compter du 1^{er} janvier 2023, des nouvelles modalités de financement des établissements. Le moyen pourra donc être écarté.

En cinquième lieu, la fédération requérante soulève deux moyens portant sur la période transitoire organisée par les articles 3 et 4 du décret.

Vous pourrez rejeter celui critiquant le dispositif de perception par les établissements, à compter du 1^{er} janvier 2023 et jusqu'à la reprise de la facturation à la caisse dont ils dépendent, d'un acompte mensuel, dont le montant est fixé selon le I de l'article 3 du décret « *à partir des recettes perçues par l'établissement en 2022 au titre de la part des frais d'hospitalisation pris en charge par l'assurance maladie* ». Il ne fait aucun doute que ces recettes comprennent l'ensemble des éléments tarifaires, y compris ceux relatifs à des prestations de 2022 facturées au début de l'année 2023, ce que vous pourriez utilement préciser dans votre décision. Le moyen tiré de ce que le pouvoir réglementaire n'aurait pas

¹⁵ CE, Assemblée, 25 juin 1948, Société du journal "l'Aurore", n° 94511, p. 289.

¹⁶ Cf. la circulaire du Premier ministre du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit.

exercé sa compétence dans des conditions permettant la mise en œuvre du mécanisme d'acompte institué pourra donc être écarté.

En outre, le I et le II de l'article 4 du décret prévoient qu'entre le 1^{er} janvier 2023 et le 31 décembre 2025, la dotation forfaitaire peut être majorée ou minorée « *dans des conditions définies par un arrêté* » interministériel « *pour chaque région et pour chaque établissement* », afin de lisser les effets de la réforme. Le décret a ce faisant suffisamment encadré les choses en prévoyant par ailleurs que cette minoration ou cette majoration doivent tendre « *progressivement vers zéro* » et qu'elles doivent tenir compte « *des effets sur les recettes d'assurance maladie de ces établissements* » induites par le nouveau régime de financement par rapport au système antérieurement en vigueur. Et s'il ne précise pas l'autorité en charge de fixer ces coefficients, cela ne peut qu'être le directeur général de l'ARS, seule autorité locale de tarification.

En sixième lieu, nous convenons avec la fédération requérante que la lisibilité de la réforme est délicate tout comme la mesure de ses effets potentiels, en l'absence de simulation financière de son impact pour les établissements privés ou encore du fait de la suspension de la facturation aux organismes de sécurité sociale de ces établissements à partir du 1^{er} janvier 2023, au profit d'un financement par acompte.

Reste que le principe de sécurité juridique ne nous paraît pas avoir été méconnu. Il ressort des pièces du dossier que les acteurs du secteur privé ont été consultés à plusieurs reprises par l'administration avant l'intervention du décret attaqué et n'ont donc pas été pris « de court » par son intervention. Les articles 3 et 4 du décret ont également instauré un régime transitoire pour sécuriser la trésorerie des établissements, notamment par le versement de cet acompte au 1^{er} janvier 2023, ce qui répond à l'exigence résultant de votre jurisprudence *Sté KPMG* (CE, Ass. 24 mars 2006, n° 288460, Rec. et pour une nouvelle tarification, CE, 23 décembre 2014 *Association Faste Sud Aveyron*, n° 366440).

En septième lieu, le système transitoire permettant de financer par acompte pour une durée limitée les établissements de santé, ne méconnaît pas de manière disproportionnée la liberté d'entreprendre des établissements privés, ces acomptes ayant au contraire pour objet de les prémunir contre toute rupture de financement et de leur permettre de se préparer à la montée en puissance du nouveau financement mixte d'ici le 30 juin 2023.

En huitième et dernier lieu, il est vrai que le I de l'article R. 162-34-5 modifié est entaché d'une malfaçon légistique. Ce dernier prévoit que les ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale fixent chaque année les éléments tarifaires et les forfaits mentionnés aux 1^o, 2^o, 3^o et 5^o de l'article L. 162-23-4. Or, ce 5^o a été abrogé par l'article 58 de la LFSS pour

2022. Le ministre l'admet et indique que son 6° aurait dû devenir le 5°. Mais l'erreur est en quelque sorte atténuée par l'article L. 162-23-4 lui-même, qui précise que les arrêtés doivent fixer les tarifs (1°), les coefficients (2° et 3°), les modalités de calcul (4°) et le montant des forfaits annuels liés à l'utilisation de plateaux techniques spécialisés (6°). L'article réglementaire évoquant la fixation des « forfaits » identifiés par l'article législatif, il ne peut s'agir que de ce forfait annuel. Même si la lisibilité des dispositions n'en sort pas gagnante, le principe d'intelligibilité de la norme n'est pas méconnu. Vous pourrez toutefois utilement corriger cette erreur matérielle dans le dispositif de votre décision, comme vous avez l'habitude de le faire dans un tel cas (CE, 17 juin 2019, *Compagnie nationale des conseils en propriété intellectuelle et autres*, n° 400192, 400208, 400267, 400290, 400332, T.).

4. Compte-tenu de l'ensemble de ces éléments, vous pourrez rejeter la requête dirigée contre le décret du 22 avril 2022 et examiner à présent celle enregistrée sous le n° 465422, dirigée contre l'arrêté du 28 mars 2022.

4.1. Les deux moyens de légalité externe de l'arrêté pourront être écartés.

4.1.1. Vous pourrez rejeter le moyen tiré de l'incompétence de l'autorité signataire de l'arrêté, l'adjointe de la directrice générale de l'offre de soins bénéficiant, à la date de cet arrêté, d'une délégation de signature¹⁷.

4.1.2. En outre, la circonstance que l'arrêté fixant pour 2022 l'objectif des dépenses d'assurance maladie afférents aux activités de SSR ait été pris au-delà du délai de quinze jours à compter de la promulgation de la LFSS pour 2022 impartie par l'article R. 162-34-4 du CSS et que l'arrêté attaqué n'ait, lui-même, pas été pris dans le délai prévu à l'article R. 162-34-5 de ce code est sans incidence sur la légalité de cet arrêté (CE, 23 décembre 2020, *Fédération des établissements hospitaliers et d'aide à la personne privés à but non lucratif*, n° 431858, T.).

4.2. Nous en venons désormais aux quatre moyens de légalité interne dirigés contre cet arrêté.

Avant de les examiner, nous devons vous présenter la complexe structure tarifaire qu'il instaure à ses articles 1 à 3. Le tarif est ainsi fixé en recoupant deux éléments. D'abord, le « groupe médico-économique » (GME), qui classe des pathologies en groupes cohérents de patients d'un point de vue médical et en termes de coûts sur la base de quatre facteurs : le groupe nosologique du patient, le type de réadaptation, le niveau de lourdeur et le niveau de sévérité. A ce GME est associé un « groupe médico-tarifaire » (GMT), soit le tarif à proprement parler, qui est fixé en comptabilisant les « journées de présence » au sein de

¹⁷ V. 2° de l'art. 1er du décret n° 2005-850 du 27 juillet 2005.

l'établissement. Pour chaque GMT, le financement de l'activité repose sur l'existence d'une « zone forfaitaire », qui démarre à partir d'un certain nombre de jours de présence et se clôture au bout d'une certaine durée. Pour tous les séjours dont la durée tombe dans cette zone forfaitaire, le financement se fait ainsi sur la base d'un forfait. La durée de cette zone peut toutefois varier selon les GMT : certains sont « dits « forfaitisables », ce sont ceux pour lesquels la zone forfaitaire est découpée en trois périodes de sept jours, correspondant chacune à un tarif ; d'autres sont des GMT dit « non forfaitisables » et pour lesquels la zone forfaitaire est égale à une semaine et qui ne disposeront donc que d'un tarif unique. Si la durée de ce séjour est inférieure ou dépasse la zone tarifaire (ce qu'on appelle zone basse, haute ou extrême haute), c'est alors un prix journalier fixé par l'arrêté qui s'applique.

Les différents moyens de la fédération ciblent les annexes 1 et 2 de l'arrêté, qui fixent des durées de séjour différentes pour passer du prix de journée au forfait selon les types d'établissements, autrement dit pour entrer ou sortir de la zone forfaitaire. Schématiquement, les établissements privés lucratifs, concernés par l'annexe II, disposeraient non seulement de forfaits distincts mais entreraient surtout plus tardivement dans la zone forfaitaire que les établissements publics et privés non lucratifs de l'annexe I, ce dont se plaint la fédération requérante qui soutient que les coûts nets de ces établissements ne seront pas suffisamment compensés par la tarification envisagée.

Dans un premier moyen, elle estime que cette « double grille de pondération » est illégale faute d'avoir été autorisée par une base légale. Mais il nous semble que l'article L. 162-23-4 du CSS, en autorisant les ministres signataires à fixer des tarifs nationaux « *qui peuvent être différenciés par catégorie d'établissements, notamment en fonction des conditions d'emploi du personnel médical* », constitue une base légale suffisamment solide pour autoriser la différenciation critiquée par la fédération, cette différenciation ne se fondant pas, comme elle le soutient, sur un critère médical liée à la durée d'hospitalisation, mais sur une logique purement tarifaire. Le moyen pourra donc être écarté.

Il en va de même du moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité. Il est vrai que la différence de traitement établie entre les catégories d'établissements peut étonner de prime abord, alors qu'ils sont soumis au même objectif de maîtrise de la dépense, accueillent les mêmes catégories de patients et traitent les mêmes types de pathologies. Or, pour des durées de séjour identiques entre établissements sont associées des zones forfaitaires distinctes, sans que des raisons d'ordre médicales ne le justifient. Mais cette distinction nous semble là encore être prévue par l'article L. 162-23-4 lui-même, qui ouvre la voie à des tarifs nationaux différenciés selon les catégories d'établissements, ces tarifs comprenant selon nous à la fois le forfait et sa structuration dans le temps.

Vous pourrez également rejeter le moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union européenne. Le nouveau régime de financement mixte ne mettant pas en place un régime d'aide d'Etat au profit des établissements « ex-DAF » par le jeu de la « double grille de pondération », aucune notification préalable à la Commission européenne n'était exigée.

Enfin, les deux derniers moyens d'erreur manifeste d'appréciation pourront être écartés, étant précisé que vous exercez bien un tel contrôle en matière de tarification (CE, 8 novembre 2019, *Groupement des hôpitaux de l'Institut catholique de Lille*, n° 420140).

Les tarifs des établissements ex-OQN et ex-DAF ont été fixés, comme l'exige le législateur à l'article L. 162-23 du CSS, sur la base de l'étude nationale de coûts produite par l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation. Et la fédération requérante ne démontre pas en quoi le pouvoir réglementaire se serait éloigné des résultats de cette étude. Et s'il est vrai que la grille tarifaire issue de l'application de l'annexe II de l'arrêté peut déboucher sur des atypies, comme la prise en charge de la toxicomanie avec dépendance à 144 euros de tarif journalier pour la réadaptation très intensive et 145 euros pour celle de niveau modérée ces données proviennent de remontées de la part des établissements auprès de l'ATIH, ce qui peut aboutir à des résultats visuellement étonnants mais qui s'expliquent par les coûts différenciés entre établissements ou des formes de prise en charge différentes. Il ne ressort d'ailleurs pas des pièces du dossier que ces atypies seraient généralisées, de sorte que nous ne pensons qu'il faille censurer l'arrêté sur ce point.

Enfin, les tarifs nationaux n'ont pas à tenir compte du niveau réel de l'inflation, ceux-ci devant seulement être fixés au vu de l'évolution des prix fixée, selon l'article L. 162-23-4 du CSS, par la loi de financement de la sécurité sociale elle-même.

5. Vous pourrez donc rejeter la requête de la fédération requérante dirigée contre l'arrêté tarifaire. S'il vous reste encore un peu de courage, il est temps d'examiner la requête n° 465270, qui cible le cahier des charges national présentant les modalités d'application de la réforme. Ses moyens pourront – rassurez-vous – être aisément écartés mais vous devez au préalable vous interroger sur la recevabilité de la requête, compte-tenu de la fin de non-recevoir opposée par le ministre en défense.

5.1. Que prévoit d'abord ce cahier des charges ? Ce document, diffusé sur le site internet du ministère de la santé et de la prévention, est l'actualisation d'un premier document publié en 2016 et s'adresse à tous les acteurs concernés par la réforme. Son préambule indique qu'il a « *vocation à préciser les différentes prestations qui feront à terme l'objet d'une facturation directe aux organismes d'assurance maladie obligatoire, en lien avec l'évolution du modèle de financement des SSR* ».

Il est composé de deux parties : la première est une présentation générale du modèle de financement des activités de SSR ; la seconde traite de manière particulièrement détaillée « des modalités de valorisation et de facturation des prestations qui devront à terme faire l'objet d'une facturation directe à l'assurance maladie ». Le débat se concentre sur la seconde partie du document et plus précisément sur deux de ses passages.

Le premier est relatif à l'application du coefficient dit « Ségur » durant la période transitoire débutée au 1er janvier 2023. Il est applicable sur le GMT de chaque établissement pour tenir compte des effets induits par les dispositifs de revalorisation salariale des personnels médicaux et non médicaux accordés à la suite du « Ségur de la santé » organisé en juillet 2020. Le cahier des charges précise, qu'avec d'autres coefficients, ils ont « vocation à être pérennisés au-delà de la période de montée en charge, c'est-à-dire après le 1^{er} mars 2026 ».

Le deuxième passage est situé page 25 du document, qui énonce qu'un « *financement établi sur un mécanisme de facturation intermédiaire d'un séjour et de régularisation définitive des factures lors la sortie effective n'est pas possible* », et qu'un « *tel dispositif serait en effet totalement incompatible avec la nature même d'une facture telle que définie réglementairement (pièce justificative comptable) et serait ainsi incompatible avec les règles comptables en établissement* ».

Reste désormais à examiner ces deux passages au prisme de votre décision de section *Gisti* (CE, Section, 12 juin 2020, n° 418142, Rec.)¹⁸.

Il nous semble que tel n'est pas le cas du passage sur la facturation intermédiaire d'un séjour, puisqu'il s'agit principalement d'un argumentaire répondant à une demande des professionnels du secteur tenant à pouvoir réaliser ce type de facturation. Le passage en cause se borne à expliquer pourquoi il n'était pas possible d'y faire droit mais n'a pas, en lui-même, d'effets notables (voyez pour une réponse de l'administration à une demande d'information présentée par un syndicat, CE, 21 juillet 2022, *Fédération des employés et cadres forces ouvrières*, n° 449388, T.)¹⁹.

La question est plus délicate s'agissant du coefficient Ségur, « ayant vocation » à être pérennisé au-delà de 2026. Elle touche ainsi à la question de savoir quel traitement contentieux accorder à des déclarations d'intentions de la part d'une autorité publique destinées à éclairer les acteurs sur l'évolution d'une réglementation et à leur permettre de s'y

¹⁸ Selon laquelle les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre.

¹⁹ Cet effet notable est induit par les textes réglementaires qui ne prévoient pas cette faculté et c'est contre ces derniers et dans cette mesure qu'une éventuelle critique contentieuse pourrait selon nous être présentée.

préparer et de l'anticiper. Votre jurisprudence n'est pas vierge en la matière. Comme le soulignait le président Schwartz dans ses conclusions sur votre décision d'Assemblée *SEITA* du 3 mars 1993 (n° 132993), elle oscille entre la volonté d'ouvrir le prétoire pour saisir des décisions révélées tout en veillant à ne pas le submerger.

Dans le monde pré-*Gisti*, vous avez principalement abordé cette questions sous l'angle du contentieux des décisions révélées, dont la justiciabilité est conditionnée, selon notre collègue Alexandre Lallet, à la réunion de deux critères : « *sur la forme, les déclarations publiques doivent exprimer une position ferme, une décision au sens commun du terme, et ne pas se réduire à une déclaration d'intention, une réflexion en cours, une invitation ou une vague promesse* » et « *sur le fond, elles ne doivent pas être la simple confirmation ou explicitation de décisions antérieures et ne doivent pas avoir vocation à être concrétisées, au moins à brève échéance, par une décision ultérieure, seules ces décisions formalisées étant alors susceptibles de recours* »²⁰.

A s'en tenir à ces critères, nous serions d'avis de ne pas regarder l'annonce de ce que le coefficient Ségur a vocation à être pérennisé comme une décision faisant grief, puisqu'elle nécessitera l'intervention d'un acte supplémentaire pour produire à partir de cette date des effets de droit. Seulement, la jurisprudence *Gisti* et les décisions prises à sa suite ont quelque peu modifié votre approche en la matière.

En effet, par une décision du 25 mai 2022 *Association Territoire de Musiques et autres*, vous avez jugé que si, en principe, l'annonce publique de l'intention du Gouvernement d'édicter un acte réglementaire ne constitue pas en elle-même un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, il en va différemment lorsque cette annonce a pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent pour leur permettre de se préparer au futur cadre juridique auquel elles seront soumises. Vous aviez ainsi admis la recevabilité de la contestation d'un communiqué de presse publié en juin 2021 par la ministre de la culture ayant pour objet de « *donner de la visibilité* » aux organisateurs de festival estivaux en énonçant les jauges et les protocoles sanitaires qui leur seront applicables (CE, n° 451846, T.). Le fichage de votre décision indique à cet égard qu'elle s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence *Gisti*, même si la formule

²⁰ Conclusions sur CE, 24 juillet 2019, Ligue des droits de l'homme et autre, n° 427638, T. C'est ainsi parce qu'ils n'appelaient l'intervention d'aucune mesure d'exécution ultérieure pour produire des effets que des communiqués modifiant le mode de calcul des index nationaux de prix du génie civil ou indiquant qu'il a été décidé « immédiatement et définitivement » l'interruption des travaux en cours des diverses instances du CNRS ont été susceptibles de recours (v. CE, 6 février 1981, Société générale d'entreprises et autres, n° 14836, Rec. et CE, 13 février 1987, Syndicat des chercheurs scientifiques, n° 79813, Rec.).

employée résonne avec celle de votre décision *Fairversta* relative au droit souple (CE, Assemblée, 21 mars 2016, n°368082, 368084, 368083, Rec.) ...

Il est vrai qu'en évoquant un dispositif ayant « *vocation à* » être pérennisé la formule du guide est peu affirmative et vous pourriez en déduire que seul l'acte juridique actant l'entrée en vigueur du coefficient au-delà de 2026 serait susceptible de recours, alors au demeurant que nous peinons à voir le contenu de votre contrôle éventuel sur cette déclaration d'intention, qui ne fixe en elle-même aucune règle nouvelle. Nous sommes également réservés à l'idée d'ouvrir trop largement le prétoire à des déclarations d'intention gouvernementales ayant pour objet de donner de la visibilité aux acteurs d'un secteur, au risque de décourager ce qui est une bonne pratique administrative.

Cependant, il ne fait pas de doute que le cahier des charges a pour objet, comme le rappelle le ministre lui-même, de « *donner de la visibilité aux acteurs, notamment aux fournisseurs de logiciel de facturation des établissements de santé* » sur les modalités d'application de la réforme, y compris au-delà de 2026. En annonçant que le coefficient « Ségur » a vocation à être pérennisé, cette partie du cahier des charges a selon nous bien pour objet d'influer sur les comportements de ces fournisseurs pour leur permettre de se préparer techniquement et financièrement au futur cadre juridique auquel ils seront soumis, sans attendre la publication des textes nécessaires. Et compte-tenu de la complexité du système tarifaire mis en place, un délai de trois ans ne paraît pas de trop à cet égard. Quant à la circonstance que le cahier des charges n'annonce pas à proprement parler l'édiction d'un acte réglementaire, elle ne nous arrête pas. C'était déjà le cas pour le communiqué de presse en cause dans le précédent *Territoires de Musique* et il est probable que la pérennisation du coefficient s'incarnera dans un tel acte.

Au final, même si nous pensons qu'il serait plus opportun de ne pas regarder le cahier des charges comme un document faisant grief, il nous paraît difficile de vous soustraire du cadre de raisonnement fixé dans le précédent *Territoires de Musique*. Nous vous proposons donc, non sans hésitation, d'appliquer au cas d'espèce cette jurisprudence et de ne pas accueillir la fin de non-recevoir du ministre.

5.2. Quant aux moyens de légalité externe soulevés par la requête, ils peuvent être écartés.

Le cahier des charges n'avait pas à notre sens à être précédé d'une consultation préalable des fédérations hospitalières, ce document étant un simple guide explicatif de la réforme. Et aucun principe ou disposition n'imposaient une telle consultation, y compris l'article 4 du protocole d'accord signé entre l'Etat et ces fédérations dont se prévaut la requérante.

Par ailleurs, le cahier des charges ne fixe aucune règle nouvelle et n'a pas pour objet d'organiser le cadre juridique des nouvelles modalités de facturation ou d'imposer aux établissements des règles non prévues par les textes applicables. S'il mentionne l'éventuelle pérennisation du coefficient Ségur, il s'agit plus d'une déclaration d'intention que d'une nouvelle norme, qui devra être fixée par un acte juridique ultérieur. Le même constat vaut pour le passage sur l'absence de facturation intermédiaire. Il n'est donc pas illégal, faute d'avoir été pris par une autorité incompétente ou sans base légale, comme le soutient la fédération. En ne fixant aucune règle par anticipation, le cahier des charges n'a pas non plus méconnu le principe de sécurité juridique, mais participe même à son effectivité en contribuant à la prévisibilité des règles à venir. Enfin, la circonstance qu'il n'aborde pas la double grille de pondération des GME ne l'entache pas d'illégalité.

5.3. Les moyens de légalité interne pourront être également rejetés.

En premier lieu, en indiquant dans son préambule que la part forfaitaire du financement des activités de SSR « *permettra de répondre aux attentes des acteurs en termes de stabilité et de lisibilité pluriannuelle des financements de manière à accompagner dans les meilleures conditions les nécessaires transformations de l'offre de soins en SSR, en faveur du développement de l'ambulatoire* », le cahier des charges ne se livre pas à une interprétation de l'article R. 162-34-10 modifié par le décret du 22 avril 2022. Par suite, l'exception d'illégalité tirée de ce qu'il réitérerait ainsi l'interprétation illégale donnée par cet article des dispositions de l'article L. 162-23-3 du CSS est inopérante.

En deuxième lieu, vous pourrez écarter le moyen tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre pour les mêmes motifs que ceux mobilisés pour écarter la critique similaire portée contre l'article R. 162-34-10 et que nous avons examiné dans la requête n° 465188.

En troisième lieu, le document attaqué indique, pour certains établissements ex-OQN, que la « *facturation directe de la part activité à l'assurance maladie a vocation à être mise en place au 1^{er} mars 2023 conformément au F de l'article 78 dans sa version issue de la LFSS pour 2020* ». Ce passage ne méconnaît pas cette dernière disposition, qui prévoit une dérogation temporaire jusqu'au 28 février 2023 pour la facturation de ces établissements. Autrement dit, à compter du 1^{er} mars 2023, la dérogation n'a donc plus lieu d'être et le droit commun s'applique, ce que pouvait rappeler à bon droit le cahier des charges.

En dernier lieu, si le document indique que les « *maisons d'enfants à caractère sanitaire exclues de la réforme du financement des SSR restent financées selon les anciennes modalités* », il ne méconnaît pas le VI de l'article 78 de la LFSS pour 2016, qui prévoit qu'elles sont financées selon l'ancien modèle jusqu'au 31 décembre 2022. Il est vrai que le

texte ne dit rien pour la période suivante, mais rien ne dit que les auteurs du cahier des charges aient souhaité énoncer des perspectives pour celle-ci.

Par ces motifs, nous concluons :

Sous le n° 465188, au rejet de la requête, à ce que vous jugiez dans le dispositif de votre décision que les mots : « 5° de l'article L. 162-23-4 » figurant à l'article R. 162-34-5 du code de la sécurité sociale soient remplacés par les mots : « 6° de l'article L. 162-23-4 » et à ce que vous ordonniez la publication au Journal officiel d'un extrait de votre décision l'indiquant. Sous les ns° 465422 et 465270, au rejet des deux requêtes.