Les institutions privées et le service public de l'action sociale et médico-sociale

Olivier Poinsot

Directeur des affaires juridiques et du contentieux de l'ASEI
Chargé de cours à l'Université des sciences sociales de Toulouse

L'administration dispose de très larges pouvoirs sur les institutions privées sociales et médico-sociales allant de l'autorisation à la fermeture en passant par le contrôle de l'activité sous toutes ses formes. Cette soumission résulte de la participation de ces institutions à la réalisation de l'intérêt général c'est-à-dire du service public de l'action sociale et médico-sociale.

1. Œuvrant au bénéfice des personnes handicapées, dépendantes ou en situation d'exclusion, les établissements et services sociaux et médico-sociaux souffrent de la part de leur environnement - et parfois même de certains de leurs acteurs - d'une cruelle méconnaissance de leur statut. Cette méconnaissance et l'incompréhension qui en résulte affectent particulièrement les associations et fondations, personnes morales de droit privé qui constituent historiquement la majorité des intervenants du secteur[1]. Cette méconnaissance peut d'abord s'expliquer par le faible écho que trouve leur action dans la vie sociale. En effet, à l'instar des établissements pénitentiaires, les établissements sociaux et médico-sociaux accueillent des publics qui, d'un point de vue politique, représentent un électorat minoritaire et qui sont par ailleurs dépourvus de pouvoir économique significatif[2]. Par ailleurs, ce phénomène est accentué - à l'exception de quelques initiatives politiques ou médiatiques - par une relative indifférence du corps social aux problématiques de la vulnérabilité et de l'exclusion.

2. Mais cette ignorance du statut exact des acteurs de l'action sociale et médico-sociale découle également d'une absence de lisibilité de leurs liens avec les pouvoirs publics. Sur ce plan, il suffit de constater qu'à la différence du secteur sanitaire - dont la nature de service public est illustrée à la fois par l'importance du secteur public hospitalier et par l'existence de formes juridiques spécifiques permettant d'y adjoindre explicitement des acteurs privés - le

secteur social et médico-social est plus ou moins confusément associé à l'idée d'intérêt général, sans toutefois que soient clairement appréhendées les implications d'une telle association d'idées. Cela tient sans doute à la particulière complexité d'un droit positif caractérisé - en dépit d'un effort récent de codification dans le Livre III du code de l'action sociale et des familles (CASF) - par la densité des articulations entre sources législatives et interventions du pouvoir réglementaire ainsi que par la multiplicité des compétences en matière d'action administrative et de financement.

3. Dans un tel contexte, alors que la doctrine ne semble pour l'heure prêter qu'un intérêt limité au droit des institutions sociales et médico-sociales, il nous a paru opportun de caractériser le statut des organismes privés en tentant de répondre à l'interrogation suivante : ces organismes appartiennent-ils à un service public de l'action sociale et médico-sociale ? Répondre à une telle question impliquait nécessairement de soumettre le droit de l'action sociale et médico-sociale au risque de la théorie du service public, ce qui à notre connaissance n'avait pas été réalisé jusque là. A l'issue de cet examen, il nous a paru justifié d'affirmer l'existence d'un service public de l'action sociale et médico-sociale auquel les personnes privées appartiennent de plein droit.

Nous sommes parvenu à cette conclusion après avoir défini, d'une part la prégnance de l'action administrative sur ces acteurs privés et, d'autre part, la nature d'intérêt général des activités réalisées par ces mêmes organismes gestionnaires.

I.- La prégnance de l'action administrative sur l'activité des organismes gestionnaires

4. Concept central du droit administratif[3], le service public a suscité de très nombreux travaux dont il serait prétentieux de vouloir rendre compte avec l'ambition d'être exhaustif[4]. C'est pourquoi il nous a paru plus approprié de réserver une attention particulière aux critères de définition du service public, afin d'identifier ce qui en rapproche ou en éloigne les institutions sociales et médico-sociales privées.

5. La notion de service public se définit généralement comme le *«service de l'intérêt général»*, ce service justifiant l'exercice de prérogatives dérogatoires du droit commun et, parfois, *«limitatives des libertés individuelles»*[5]. Elle paraît de ce fait constituer *a priori* l'apanage des administrations publiques[6]. Mais cette première définition ne suffit pas à rendre compte de la complexité historique et politique du phénomène, notamment parce qu'elle exclut l'intervention d'acteurs privés. Or, les collectivités publiques ayant progressivement étendu leurs domaines de compétence au nom du service de l'intérêt général, certaines activités exercées par les personnes privées ont pu devenir dignes de relever du service public. C'est ainsi qu'une définition plus précise et plus ouverte de la notion a été consacrée par la jurisprudence et la doctrine, le service public comprenant toute *«activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou sous le contrôle d'une personne publique et suivant un régime dérogatoire au droit commun»*[7]. Cette définition invite à une double approche, à la fois organique et fonctionnelle, de la notion de service public. Dans une telle perspective, le fait qu'un groupement relève du droit privé ne suffit pas à l'exclure *ipso facto* du service public, à condition toutefois que son activité soit «assumée» par une personne publique. Se posent alors des questions de nature et de forme s'agissant des relations qui unissent la personne privée à la puissance publique.

Dans le cas particulier des institutions sociales et médico-sociales de droit privé, ces questions portent plus précisément, d'une part sur l'étendue de la maîtrise fonctionnelle de l'activité par les autorités administratives compétentes, d'autre part sur la formalisation de leurs rapports.

A.- La maîtrise fonctionnelle de l'activité par l'administration

6. Les personnes privées assurant la gestion d'établissements et de services sociaux et médico-sociaux au sens de l'article L. 312-1 CASF préexistent nécessairement à l'intervention de l'administration. La loi n'apporte aucune restriction à leur forme et c'est ainsi qu'il peut s'agir tant de personnes physiques que de personnes morales. Dans tous les cas, la puissance publique ne dispose d'aucune prérogative particulière pour provoquer ou au contraire empêcher l'existence juridique de

ces personnes. Néanmoins, le régime juridique des organismes gestionnaires d'équipements sociaux et médico-sociaux est d'une telle densité et les pouvoirs de l'administration y sont à ce point promus qu'il n'est pas possible d'envisager l'existence de l'activité et son fonctionnement indépendamment de l'assentiment, du contrôle voire de la tutelle de la puissance publique. Ce constat repose sur l'examen des dispositions légales et réglementaires applicables dont il est ci-après brièvement rendu compte.

1. Les pouvoirs de l'administration sur l'activité

7. *La création d'établissements ou de services* est maîtrisée par l'administration par l'effet de procédures de planification[8], d'autorisation et d'habilitation[9] et de contrôle de conformité[10]. En particulier, les critères d'autorisation fixés par l'article L. 313-4 CASF donnent à la puissance publique une marge d'appréciation très importante qui confine au pouvoir d'opportunité[11]. La sanction du défaut d'autorisation est quant à elle radicale, à la fois administrative[12] et pénale[13].

8. *Le déroulement de l'activité* est très étroitement soumis aux pouvoirs de l'administration qui exerce quatre types de contrôle[14] :

- un contrôle de conformité de l'exercice de l'activité aux termes de l'autorisation délivrée, c'est-à-dire notamment aux conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement des établissements et services prévues par l'article L. 312-1, II et précisées, selon la catégorie d'équipements, par les articles D. 312-11 à D. 312-176 CASF. Ces textes imposent des contraintes diverses en matière de définition des objectifs de la prise en charge, d'infrastructures, de personnel, d'organisation, de procédures de fonctionnement, d'accueil des usagers, de conventionnement avec des praticiens ou des professionnels extérieurs, etc.;

- un contrôle de conformité de l'exercice de l'activité aux autres règles instituées par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 en matière de droits des usagers[15], de conventionnement, d'animation de démarches d'amélioration de la qualité et d'évaluation[16] ainsi que de mise en œuvre de systèmes d'information compatibles avec ceux des pouvoirs publics[17];

- un contrôle pour prévenir et faire cesser toute menace de maltraitance des usagers. Ce contrôle, non dénué de rapports avec le précédent, prend notamment la forme d'inspections administratives sur place[18];

- un contrôle de nature financière, défini par un droit budgétaire spécifique[19] combinant un contrôle *a priori* en vue de la fixation des tarifs, un contrôle *a posteriori* du compte administratif de clôture dont dépendront les affectations de résultat et, enfin, un accès permanent aux données économiques et de gestion. Ce contrôle est assorti d'une procédure de surveillance administrative prévoyant la réalisation de missions d'enquête administrative en cas de difficultés de fonctionnement ou de gestion[20].

9. Depuis la promulgation de l'ordonnance n° 2005-1477 du 1er décembre 2005[21], la réalisation des trois premières catégories de contrôle s'effectue dans des conditions similaires à celles relatives au secteur sanitaire. Les inspecteurs disposent désormais de prérogatives accrues par rapport à l'état du droit antérieur : pouvoirs généraux de copie, d'audition et d'accès aux systèmes et données informatiques; pouvoir d'accéder aux données personnelles médicales pour les agents de contrôle ayant la qualité de médecin[22]. Le fait de faire obstacle à la réalisation des inspections est d'ailleurs devenu un délit pénal alors que, jusque là, de tels obstacles ne pouvaient avoir de conséquences que sur le sort de l'autorisation administrative de l'activité[23]. Enfin, parachevant le renforcement du contrôle voulu par le législateur de 2002, le décret n° 2006-169 du 10 février 2006[24] a organisé l'assermentation des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales aux fins de dresser procès-verbal des infractions constatées lors d'inspections. Il a également rendu effectif leur pouvoir de saisie prévu par l'article L. 313-13 *in fine* CASF[25].

La quatrième catégorie de contrôle, de nature financière, appelle quelques observations complémentaires.

10. Au stade de la fixation du tarif, l'établissement ou le service doit formuler et motiver très précisément ses propositions budgétaires. Ses prévisions d'exploitation sont discutées au cours d'une procédure contradictoire qui prend fin par l'édiction d'un acte administratif individuel de tarification[26] déterminant limitativement les ressources allouées au titre du

fonctionnement, des frais de personnel et des infrastructures[27]. Ses prévisions d'investissement sont quant à elles soumises à autorisation préalable, le pouvoir de l'Administration étant ici véritablement décisionnel[28]. De plus, l'établissement ou le service doit présenter, selon des modèles définis réglementairement, des indicateurs propres à permettre à l'autorité administrative d'effectuer des comparaisons avec les coûts des établissements équivalents dans le département, la région et le pays[29]. Enfin, l'organisme gestionnaire a l'obligation d'adopter et de produire un budget exécutoire qui doit fidèlement refléter le contenu des autorisations tarifaires accordées[30].

11. Au stade de la clôture de l'exercice, l'établissement ou le service doit présenter à l'autorité de tarification un compte administratif de clôture établi selon un modèle réglementaire, qui comprend toutes les données comptables de l'exercice échu et qui rend compte de l'exécution du budget[31]. Il doit y joindre un rapport d'activité exposant de façon précise et chiffrée les raisons qui expliquent le résultat d'exploitation, notamment celles qui tiennent à l'évolution des prix, à la politique de recrutement et de rémunération des personnels, à l'organisation du travail et à la politique d'amortissement des investissements. En cas de déficit, ce rapport doit préciser les mesures qui ont été mises en œuvre pour parvenir à l'équilibre et les raisons pour lesquelles ce dernier n'a pas été atteint[32]. L'établissement ou le service doit conserver à disposition, dans l'année qui suit, tous documents de nature à justifier le choix de ses prestataires et fournisseurs les plus importants[33]. Dans l'hypothèse où des conventions réglementées auraient été conclues au sens de l'article L. 612-5 du code de commerce, l'organisme gestionnaire doit en transmettre la liste à l'administration[34]. Sur la base de ces nombreuses informations, l'autorité de tarification décide elle-même l'affectation du résultat de l'exercice échu[35]. Ces dernières dispositions sont pour le moins exorbitantes du droit commun si l'on considère que les produits de la tarification - qui n'ont la nature, ni de subventions publiques[36], ni de fonds publics au sens du droit de la comptabilité publique - ont été servis pour rémunérer la réalisation de prestations. De ce fait, ils auraient dû en principe demeurer à la complète disposition de l'organisme gestionnaire privé, propriétaire de ces sommes au sens des articles 537, 543 à 546, 551, 1136 à 1141 du code civil[37].

12. Au stade éventuel du contentieux de la tarification, l'établissement ou le service qui conteste le tarif se voit appliquer un régime dont le caractère contraignant a été augmenté après la loi du 2 janvier 2002, signant une régression de ses droits au profit de ceux de l'autorité de tarification et du payeur[38] :

- d'une part, lors de la présentation de son recours et en ce qui concerne les moyens de légalité interne, il doit désormais ajouter à la double démonstration du caractère abusif des abattements pratiqués et de la parfaite justification de ses propositions initiales, un troisième moyen : il doit démontrer en quoi il n'était pas en mesure d'adapter ses propositions initiales aux montants approuvés par l'autorité de tarification[39]. D'un point de vue strictement pratique, cette disposition ne provoque pas de grands bouleversements dans la manière de documenter les recours dans la mesure où la production des pièces de la procédure contradictoire - qui mettent en évidence les points de désaccord - s'avérait déjà nécessaire. Sur le principe néanmoins, cette disposition nouvelle pourrait provoquer un renversement de la charge de la preuve au détriment du demandeur alors qu'en fait, c'est à l'administration défenderesse qu'il appartenait de motiver en temps utile les abattements pratiqués[40];

- d'autre part, le nouveau régime juridique de l'exécution des décisions a fait notablement régresser les droits de l'organisme gestionnaire ayant obtenu la réformation du tarif. En effet, sous l'empire des décrets du 24 mars 1988 et du 11 avril 1990, la décision rendue était immédiatement exécutoire sans qu'il soit nécessaire de solliciter une décision budgétaire modificative. Or, du fait des articles R. 314-46 et R. 314-47 CASF issus du décret n° 2003-1010 du 22 octobre 2003, l'édiction d'une telle décision est devenue nécessaire. Cela ne posait pas problème en pratique s'agissant du paiement d'un tarif de responsabilité dû par l'Etat : le mandatement de la dépense suppose nécessairement un acte positif de l'administration[41]. En revanche, une difficulté pouvait affecter la liquidation du tarif opposable aux organismes de sécurité sociale; ceux-ci pouvaient vouloir subordonner les règlements complémentaires à l'édiction d'un nouvel arrêté de tarification. Jusqu'à la

promulgation de l'ordonnance du 1er décembre 2005, on aurait pu discuter la légalité de ce dispositif réglementaire dans la mesure où il contrevenait à d'autres règles de valeur supérieure[42]; tout débat est désormais clos depuis que le nouvel article L. 351-6 CASF impose à son tour l'intervention d'une décision budgétaire modificative. Cette disposition nouvelle signe en fait la disparition du pouvoir de réformation-substitution dont jouissaient jusque là - à titre dérogatoire par rapport aux juridictions administratives de droit commun - les juridictions de la tarification sanitaire et sociale[43]. Là encore, l'Administration centrale a fait l'économie de textes réglementaires d'application pourtant prévus par la loi du 2 janvier 2002; en l'espèce, ceux qui étaient attendus auraient dû renforcer les pouvoirs des juridictions en matière d'exécution...

13. A tout moment, l'établissement ou le service doit être en mesure de produire à l'autorité de tarification, sur simple demande, toute pièce prouvant qu'il s'est acquitté de ses obligations financières, fiscales et sociales, ainsi que tout document dont la détention ou la tenue est requise[44]. Il doit également détenir et tenir à disposition ses inventaires mobiliers et immobiliers[45]. S'il subventionne d'autres organismes, il doit pouvoir renseigner l'autorité de tarification sur la nature et les activités de ces organismes ainsi que sur l'emploi exact des subventions accordées[46]. Il doit pouvoir répondre à toute commande d'étude de l'administration sur ses conditions et choix de gestion, l'objectif étant d'identifier les voies d'une amélioration de l'efficacité de son fonctionnement voulue par la puissance publique[47].

14. *La fin de l'activité* peut être décidée par l'administration. Sans préjudice d'éventuelles sanctions pénales[48], les trois premières catégories de contrôle peuvent donner lieu à des injonctions, à la désignation d'un administrateur provisoire des équipements jugés déficients voire à leur fermeture[49]. La fermeture peut également être ordonnée si la puissance publique considère que des infractions aux lois et règlements ont été commises qui sont susceptibles d'entraîner la mise en cause de la responsabilité civile de l'établissement ou du service ou de la responsabilité pénale de ses dirigeants ou de la personne morale gestionnaire[50]. L'autorisation d'exercer l'activité peut être transférée à une autre institution[51] et le sort des sommes affectées à l'activité est réglé par décision préfectorale[52].

Cette présentation synthétique des prérogatives dont jouit l'administration suffit à démontrer l'étendue manifeste du pouvoir fonctionnel que celle-ci détient sur l'activité des organismes gestionnaires de droit privé. Cette prépondérance des attributions de la puissance publique n'avait pas échappé aux observateurs les plus attentifs et les plus chevronnés du droit de l'action sociale et médico-sociale[53].

2. Une solidarité fonctionnelle aux confins de la tutelle et de l'exercice de prérogatives de puissance publique

15. La question pourrait d'abord se poser de l'existence d'une relation de tutelle entre les organismes gestionnaires privés et les pouvoirs publics. Si l'on se réfère à la doctrine classique en la matière, la réponse pourrait bien être positive[54] et ce, même si l'administration répugne à l'admettre[55]. L'application de cette théorie amènerait alors à constater que les organismes gestionnaires de droit privé jouissent - du fait même de leur forme juridique - d'une réelle autonomie organique à l'égard de l'administration et qu'ils subissent un contrôle dont l'objet est de constituer une contrepartie à leur autonomie et non une suppression totale de celle-ci; ils pourraient donc se situer, vis-à-vis de l'administration, dans un rapport fonctionnel de tutelle. Observons en tout cas que les administrés du secteur social et médico-social désignent généralement l'administration sous le vocable «*la tutelle*»[56].

16. La question pourrait également se poser de savoir si l'action sociale et médico-sociale est - ou non - étrangère à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Sur ce point, il nous semble que le droit des institutions sociales et médico-sociales offre l'opportunité de recourir, en la renversant, à cette notion qui contribue classiquement à caractériser la notion de service public. Certains auteurs considèrent en effet que l'exercice d'une prérogative de puissance publique est nécessaire à l'identification du service public. En fait, la jurisprudence a depuis longtemps reconnu la faculté, pour des personnes privées, d'exercer des activités de service public dénuées de toute prérogative de puissance publique[57]. L'application de la notion de prérogative de puissance publique au secteur sociale et médi-

co-social ne serait donc pas déterminante de la caractérisation du service public. Toutefois, un renversement de cette notion pourrait conduire à constater que l'exercice par l'administration de ses prérogatives de puissance publique sur les organismes gestionnaires sociaux et médico-sociaux est tel qu'il a pour effet de nouer avec eux un lien aussi fort qu'indissoluble. L'idée pourrait donc être la suivante : le rattachement à l'administration - nécessaire pour entrer dans le service public - consisterait aussi, pour l'acteur privé, dans le fait de subir tellement les prérogatives de la puissance publique qu'il n'aurait d'autres choix que d'en devenir fonctionnellement solidaire[58].

A la lueur de ces nombreux indices fonctionnels de maîtrise de l'activité sociale et médico-sociale par l'administration, il importe de définir également, d'un point de vue organique, la forme des relations entretenues par les organismes gestionnaires de droit privé avec la puissance publique.

B.- La forme des liens unissant les organismes gestionnaires privés aux pouvoirs publics

17. Traditionnellement, l'appartenance d'une personne privée au service public suppose son rattachement à une personne publique. Se pose alors la question de la nature et de la force du lien organique nécessaire pour caractériser ce rattachement. Sur ce point, l'interprétation de la jurisprudence a donné lieu à des constructions doctrinales aussi riches que complexes.

1. Délégation et concession de service public

18. Dans un premier temps est apparu naturel le rattachement par l'institution d'une délégation[59] ou d'une concession[60] de service public. A cet égard, force est de constater que les institutions sociales et médico-sociales privées ne sont - sauf exception - titulaires ni d'une délégation ni d'une concession formelles de service public. Pourtant, elles se trouvent à maints égards dans une situation qui - si elle ne relève pas *stricto sensu* de la délégation de service public[61] en raison notamment des nombreuses contraintes réglementaires qui les touchent - s'y apparente beaucoup. Sans doute est-ce ce constat qui a pu conduire Monsieur Theve-net à établir une relation de grande proximité entre le droit des institutions sociales et médico-sociales et le régime de la délégation de service public[62] ou encore Monsieur Lenoir à voir dans le régime de ces institutions «*une sorte de délégation implicite de service public*»[63]. Il est vrai qu'au regard des critères proposés par Monsieur Chapus pour établir la réalité de l'acte de délégation[64], la situation des institutions sociales et médico-sociales est assez éloquente. Une conception plus contractuelle encore - et peut-être plus comparable dans l'esprit à la notion de concession de service public - pourrait également être soutenue en considération des conventions que le droit des institutions sociales et médico-sociales invite à conclure avec les organismes financeurs, au titre de l'habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale ou de l'autorisation de dispenser des soins aux assurés sociaux[65], avec les pouvoirs publics et les organismes financeurs pour la mise en œuvre du projet d'établissement ou la tarification[66], avec d'autres organismes sociaux et médico-sociaux enfin dans une démarche de réseau[67].

2. Le mandat administratif

19. Dans un deuxième temps, la jurisprudence a ouvert les portes du temple du service public - y compris celle du Saint des Saints : le service public administratif[68] - à des organismes privés tels que les associations[69] et les fondations[70]. Tirant les enseignements de cette distension du lien organique de la personne privée avec la puissance publique, une interprétation globalisante du sens de cette évolution jurisprudentielle a été récemment proposée par Madame Canedo à l'occasion de sa thèse[71]. Sur la voie ouverte par Monsieur Chapus à propos d'une «*délégation*» plus large que la délégation de service public entendue dans son sens formel, aux dimensions à la fois organique et fonctionnelle[72], l'auteur suggère de recourir à une notion de mandat administratif dont elle trace les contours : dans la situation où une personne privée n'a pas de lien formel de délégation ou de concession de service public, le mandat administratif peut être caractérisé afin de satisfaire l'exigence organique traditionnelle. Ce mandat administratif, pour être reconnu par le juge, devrait résulter de la conjonction de deux indices : l'existence d'une prérogative de puissance

publique et le caractère probant de rapports étroits avec la personne publique.

20. Dans le cas des institutions sociales et médico-sociales, l'étroitesse des relations entretenues avec les pouvoirs publics ne paraît pas douteuse. S'agissant par ailleurs de l'existence d'une prérogative de puissance publique, la situation pourrait paraître un peu plus complexe au premier regard dans la mesure où l'activité sociale et médico-sociale quotidienne ne semble pas connaître une telle prérogative. Et pourtant, il en serait au moins une qui consiste dans le fait de pouvoir exiger de l'Etat, des conseils généraux et des organismes de sécurité sociale le paiement de prestations délivrées à des tiers en l'absence parfois de tout lien contractuel avec le payeur. Mais la difficulté peut être plus aisément surmontée en recourant au concept de *«service public évident»* : *«l'absence de prérogative de puissance publique ne serait pas un obstacle à l'identification de la mission de service public pour la bonne raison que la qualification de cette dernière ne posait aucun problème et était déjà connue»*[73]. Dans ce cas disparaîtrait alors l'exigence d'une prérogative de puissance publique.

21. A titre subsidiaire et s'il était besoin de proposer d'autres arguments pour contribuer à ce que le lecteur se fasse une religion, il serait possible d'invoquer un indice supplémentaire : celui d'une qualification de service public *«par encerclement»*. En effet, il est patent que les institutions sociales et médico-sociales ont pour objet essentiel d'offrir des prestations à des usagers[74]. Or, le contexte juridique et économique de l'activité ne laisse la place, autour de ces institutions, qu'à des services publics : les administrations de l'Etat et de certaines collectivités territoriales, les organismes de sécurité sociale. Par hypothèse, les administrations sont des personnes publiques investies d'un service public. Les organismes de sécurité sociale, quant à eux, ont depuis longtemps vu reconnaître leur appartenance au service public[75]. Il serait donc cohérent que les institutions sociales et médico-sociales - qui prolongent l'action de services publics auprès d'usagers - reçoivent elles-mêmes la qualification de service public.

A ce moment du propos, le critère organique de l'appartenance au service public paraît assez atténué pour ne pas constituer une contre-indication majeure et il semble plus que jamais nécessaire de prêter attention à l'interrogation peut-être la plus fondamentale : les institutions sociales et médico-sociales remplissent-elles une mission de service public ?

II.- Le caractère d'intérêt général

Poursuivant notre démarche, nous nous sommes attaché, d'abord à définir une justification théorique à la caractérisation de l'intérêt général, ensuite à rechercher dans le droit positif la confirmation de cette hypothèse.

A.- Une justification théorique

22. La vocation du service public est de *«satisfaire un besoin général»*, d'exercer *«une activité d'intérêt général»*[76]. Pour Monsieur Chapus, c'est cette deuxième condition du caractère de service public qui est la plus *«significative»*, la plus porteuse de sens en ce qu'elle exprime *«la raison d'être de cette activité»*[77], *«une notion de but»*[78]. Selon cet éminent auteur, il importe de considérer avant tout les objectifs poursuivis et de distinguer pour cela deux catégories d'activités : les activités de plus grand service de celles de plus grand profit. La première catégorie ne saurait susciter d'objection de principe : les activités de plus grand service sont *a priori* éligibles au service public[79]. Il en va différemment des activités de plus grand profit qui - à l'exception de celles dont l'utilité est de procurer des ressources aux activités de plus grand service - ne sauraient être constitutives du service public. Au vu de ces éléments de définition à la fois généraux et fort clairs, il suffit de s'interroger sur la finalité de l'action sociale et médico-sociale dont les organismes gestionnaires privés sont les agents.

1. Bénéficiaires et objectifs de l'action sociale et médico-sociale

23. Un premier constat s'impose : alors que la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales avait été promulguée immédiatement après la loi n° 75-534 d'orientation en faveur des personnes handicapées, la loi du 2 janvier 2002 qui lui a succédé a quant à elle été publiée bien avant la loi du 11 février 2005 reconnaissant les droits sociaux fondamentaux des personnes handicapées. L'on peut voir dans ce décalage chronologique un renversement de logiques : la démarche de 1975 visait à recon-

naître d'abord les personnes handicapées avant de mettre à leur service un dispositif institutionnel spécifique, tandis que le dispositif de 2002-2005 se refuse à fonder l'action sociale et médico-sociale sur des besoins seulement catégoriels[80]. Cette observation a en fait pour objet de provoquer une analyse de l'utilité de l'action sociale et médico-sociale à l'aide de cette première interrogation : à qui cette action doit-elle bénéficier ? Notre point de vue est que cette action s'offre à tous, dans la mesure où son objet est parfaitement général. La meilleure preuve de cela réside dans le libellé du premier alinéa de l'article L. 114-1 CASF qui assigne sans ambiguïté aucune à l'action sociale et médico-sociale de garantir *«la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale»*, *«l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens»* et *«le plein exercice de [l]a citoyenneté»*. Or, il va de soi que le respect de la citoyenneté de tous, sans distinction aucune, est l'ambition majeure d'une République fondée sur l'Etat de droit.

24. Et l'on en vient naturellement à la deuxième interrogation : à quoi l'action sociale et médico-sociale doit-elle servir ? La réponse est aisée pour qui se reporte à l'article L. 116-1 CASF : *«l'action sociale et médico-sociale tend à promouvoir, dans un cadre interministériel, l'autonomie et la protection des personnes, la cohésion sociale, l'exercice de la citoyenneté, à prévenir les exclusions et à en corriger les effets»*. La généralité de cette pétition de principe s'évince également des articles L. 311-1 et suivants CASF et des travaux parlementaires. Et en premier lieu, du rapport déposé par Monsieur Terrasse le 15 mars 2000 pour la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale et qui a très fortement inspiré le projet de loi. Selon les termes de ce rapport, l'action sociale et médico-sociale a pour vocation de *«répondre dans l'intérêt général de la population aux besoins sociaux, médico-sociaux et de protection des personnes en situation de vulnérabilité, de fragilité ou d'exclusion sociale»*. L'idée dominante est alors, en référence aux principes constitutionnels[81] et du droit international[82], de satisfaire des besoins pour garantir la dignité de la personne humaine[83] quel que soit son état. Cette ambition rejoint celle des valeurs républicaines[84] dont la vocation est de transcender les catégories et les corps intermédiaires[85]. Et l'on en revient à la définition des bénéficiaires, qui sont actuellement les personnes vulnérables mais aussi potentiellement tous les autres citoyens. Sans hésitation aucune, les parlementaires d'alors ont qualifié l'action sociale et médico-sociale de service public[86]. Cette conception a été reprise lorsque le projet de loi est venu en discussion devant l'Assemblée nationale en 2001. Le rapport de Monsieur Hamel[87] mentionne notamment, en rendant compte des débats de la commission, une intervention de Monsieur Terrasse du 24 janvier 2001 en faveur du service public social et médico-social[88]. Il rappelle également la vocation universelle - et non catégorielle - des droits proclamés[89].

25. Pourtant, les parlementaires ont ensuite retiré du projet de loi toute référence explicite au service public. Que s'est-il passé ? Un début de réponse est apporté par Monsieur Lévy : entre-temps, une action de *lobbying* bien conduite - en dépit de l'opposition des organismes de droit public et de certaines associations laïques - avait eu raison de l'évocation du service public social et médico-social[90]. L'auteur souligne que cette intervention n'a, en réalité, pas été totalement efficace. En effet, il constate qu'*«on ne peut distinguer, comme on pouvait le faire dans la loi du 30 juin 1975, la définition de l'action sociale de l'article L. 311-1 et celle de l'article L. 312-1 (cf. dans la loi du 30 juin 1975, art. 1 et 3), dès lors qu'en disposant que "sont des institutions sociales et médico-sociales, au sens du présent code, les personnes morales de droit public ou de droit privé, gestionnaire d'une manière permanente des établissements et services sociaux mentionnés à l'article L. 312-1", la loi nouvelle paraît superposer, voire assimiler l'objet et le champ des deux articles, à la différence de ce qu'il en était dans la loi du 30 juin 1975»*[91]. Cette superposition du champ des articles L. 311-1 et L. 312-1 CASF suffit à établir l'existence du service public social et médico-social *«comme il y a un service public de l'enseignement, de la santé ou même de la culture»*. Cette analyse a d'ailleurs été corroborée par la suite dans un rapport de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale : la notion de service public était bien présente dans l'esprit de la loi du 2 janvier 2002[92]. Monsieur Lévy poursuit sa démonstration en passant en revue les principaux dispositifs octroyant aux administrations leurs importantes prérogatives en matière de création d'établissement, de tarification et de con-

trôle budgétaire : «*Il y a bien un service public des actions sociales et médico-sociales*»[93]. Il trouve une confirmation supplémentaire dans le fait que les droits et devoirs des établissements et services sont, à quelques légers détails près, identiques qu'il s'agisse d'une gestion publique ou d'une gestion privée.

2. Intérêt général ou utilité sociale

26. Cette analyse - que nous partageons - a été contredite par les conclusions d'une thèse récente[94] : à partir d'une définition de l'utilité sociale issue des développements consacrés par l'administration au régime fiscal des associations d'assistance et de bienfaisance, il était proposé d'étendre cette notion au droit des institutions sociales et médico-sociales. Procédant à une étude comparative des droits sanitaire et médico-social, mettant en exergue la difficile recherche d'un équilibre entre la satisfaction des besoins d'équipements et les contraintes financières de la collectivité, décrivant l'ampleur des prérogatives administratives, l'auteur a conclu en affirmant que le statut juridique des organismes de droit privé, associé au caractère spécialisé de leurs interventions - au bénéfice de certaines catégories de population - et aux spécificités d'un droit matériel où le contrôle administratif est prépondérant, légitime l'émergence d'une notion d'utilité sociale autonome, dérivée de l'intérêt général. Plusieurs constats de divergence avec ces conclusions nous paraissent devoir être formulés.

27. D'abord, il nous semble que la distinction opérée entre intérêt général et utilité sociale est artificielle sinon idéologique et qu'elle appelle par conséquent un contre argument de même nature. Il est en effet possible de rappeler que l'action sociale et médico-sociale ne saurait voir son bénéfice restreint aux seules personnes vulnérables. Les droits fondamentaux dont elle tend à garantir l'exercice effectif visent en effet à protéger et à promouvoir, non seulement la dignité de ses bénéficiaires directs, mais également celle de notre système politique et celle de chaque citoyen exposé potentiellement par les aléas de l'existence à devenir plus vulnérable un jour prochain. A l'égard de ces personnes qui ne bénéficient pas actuellement de l'action sociale et médico-sociale, cette dernière constitue néanmoins pour eux la garantie que leurs droits fondamentaux continueront à être respectés dans le contexte institutionnel dont ils pourraient un jour avoir besoin. C'est bien cela qui justifie que certains commentateurs de la loi du 2 janvier 2002 aient pu la trouver, sinon «*bavarde*», tout au moins quelque peu déclarative. Elle rejoint d'ailleurs dans cet esprit la loi sanitaire contemporaine relative aux droits des malades[95].

28. Ensuite, le fait que l'action sociale et médico-sociale se traduise concrètement par le service de prestations à une population définie - mais laquelle ? La loi du 2 janvier 2002 demeure curieusement taisante sur ce point - ne nous paraît pas devoir la priver pour autant de sa généralité, à moins d'accepter l'augure d'un morcellement de l'intérêt général en autant de domaines qu'il inclurait de manifestations concrètes et apparemment sectorielles, provoquant dès lors une dissolution de l'idée même de service public. A cet égard, il suffit d'observer que le libellé de l'article L. 311-1 CASF se caractérise, non par une dissociation des concepts d'intérêt général et d'utilité sociale, mais par une redondance dans la mesure où les missions que le texte précise ensuite ne peuvent être sélectivement rattachées, ou à l'un, ou à l'autre.

29. Enfin, pour éclairante qu'elle soit, l'étude conduite sur la notion d'utilité sociale du droit fiscal nous paraît de nature essentiellement technique et, de ce fait, impropre à être transposée telle quelle par analogie dans le droit des institutions sociales et médico-sociales qui constitue - notamment du fait des nombreuses dérogations au droit commun qu'il contient - un corpus autonome, d'une nature et d'une vocation différentes.

Ainsi justifiée en théorie, l'hypothèse que l'action sociale et médico-sociale sert l'intérêt général appelait à être vérifiée par l'examen du droit positif.

B.- Le droit positif consacre le caractère d'intérêt général de l'action sociale et médico-sociale

Plusieurs illustrations sont données par la loi et la jurisprudence pour confirmer que l'action sociale et médico-sociale sert effectivement l'intérêt général.

1. La loi

30. S'agissant d'abord de la loi, elle proclame l'existence d'une politique publique en matière d'action sociale et médico-sociale. L'existence d'une telle politique publique était au départ directement liée à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle des principes contenus dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 repris par celui de la Constitution du 4 octobre 1958[96].

31. Mais l'affirmation explicite d'une politique publique résulte en dernier lieu des termes du code de la santé publique et du code de l'action sociale et des familles qu'il y a lieu de conjuguer comme suit. Institué par la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, le nouvel article L. 1411-1 C. santé publ. définit les thèmes essentiels et permanents de la politique nationale de santé publique, politique publique s'il en est. Or, parmi ces axes d'intérêt politique se trouvent en bonnes places *«la prévention des maladies, des traumatismes et des incapacités»*, *«l'amélioration de l'état de santé de la population et de la qualité de vie des personnes malades, handicapées et des personnes dépendantes»* et *«l'organisation du système de santé et sa capacité à répondre aux besoins de prévention et de prise en charge des maladies et handicaps»*. L'évidence est là : l'action sociale et médico-sociale est une partie - et non des moindres - de la politique de santé publique. Et cela est d'autant plus patent que, selon le même article, la politique de santé publique se décline en objectifs pluriannuels et que *«la détermination de ces objectifs, la conception des plans, des actions et des programmes de santé mis en œuvre pour les atteindre ainsi que l'évaluation de cette politique relèvent de la responsabilité de l'Etat»*.

32. Plus précisément encore, la politique publique d'action sociale et médico-sociale dérivée de la politique de santé publique se décline en diverses *«missions d'intérêt général et d'utilité sociale»* dont l'article L. 311-1 CASF fait l'inventaire. Mais l'affirmation la plus récente - et aussi la plus prégnante - de l'existence d'une politique publique d'action sociale et médico-sociale figure aux articles L. 114, L. 114-1 et L. 114-2 CASF issus de la loi du 11 février 2005. En particulier, l'article L. 114-1 proclame que *«toute personne handicapée a droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité nationale, qui lui garantit, en vertu de cette obligation, l'accès aux droits fondamentaux reconnus à tous les citoyens ainsi que le plein exercice de sa citoyenneté»* et que *«l'Etat est garant de l'égalité de traitement des personnes handicapées sur l'ensemble du territoire et définit des objectifs pluriannuels d'actions»*. L'article L. 114-2 apporte une précision importante s'agissant des acteurs de cette politique publique : les organismes gestionnaires sont bien à compter au nombre de ceux-ci. Qu'il existe une politique publique de l'action sociale et médico-sociale n'est par conséquent pas douteux, ce qui nous semble induire nécessairement la présence de l'intérêt général.

2. La jurisprudence

33. S'agissant ensuite de la jurisprudence, elle comprend de multiples exemples d'une intégration de l'action sociale et médico-sociale dans l'intérêt général :

- dès l'apparition, dans les années 1950, du mouvement doctrinal du *«service public à objet social»*, des institutions ont été rattachées au service public dès lors qu'elles répondaient à *«un but d'intérêt social»*[97] ;

- plus récemment, la jurisprudence européenne a permis de distinguer les contours d'un service public de la santé et de la protection sociale auquel appartiennent les organismes sociaux et médico-sociaux, service public dont la protection constitue un impérieux motif d'intérêt général légitimant que l'on porte atteinte à certains droits individuels fondamentaux. Cette analyse a été reçue, après quelques hésitations, par le juge national[98]. Cette reconnaissance jurisprudentielle de l'existence du service public de la santé et de la protection sociale semble d'ailleurs avoir inspiré le législateur au moment de rédiger le nouvel article L. 1411-1 relatif à la politique de santé publique. Difficile, dans ces circonstances, de ne pas relever l'emprunte de l'intérêt général ;

- l'office du juge national conduit au même constat. Ainsi en témoigne un arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 2002 rendu à propos des pharmacies à usage intérieur communes à plusieurs établissements de santé publics ou à des établissements médico-sociaux privés[99]. En l'espèce, la Haute juridiction a reconnu sans ambiguïté que *«les limites ou conditions mises au cumul de gérance sont justifiées par*

des exigences inhérentes au bon fonctionnement du service public et par des impératifs de protection de la santé publique». Inspiré par des préoccupations analogues, le juge judiciaire vient quant à lui de priver les organismes gestionnaires de droit privé de l'exercice d'une part des prérogatives qui, dans le domaine des accords collectifs de travail, leur étaient antérieurement - et normalement- reconnues. Ainsi, visant les dispositions de l'article L. 314-6 CASF, la Chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle jugé opportun de nier aux employeurs médico-sociaux leur capacité à s'engager unilatéralement à l'égard de leurs salariés en l'absence d'agrément administratif préalable, opérant ainsi un revirement de jurisprudence des plus nets[100].

En conclusion, il est avéré que les organismes sociaux et médico-sociaux de droit privé constituent de plein droit - avec les établissements publics de nature analogue - le service public de l'action sociale et médico-sociale. Reste dès lors à déterminer le régime de ce service public, la question présentant aux yeux des professionnels un intérêt des plus pratiques[101].

Notes :

1. En moyenne, les associations regroupent 60 % des effectifs accueillis. Elles jouent un rôle clé dans le secteur du handicap où elles ont la charge de près de 90 % des places. Dans le secteur des personnes âgées, les associations représentent 33 % des places, le public 37 % et le privé lucratif environ 30 % (Rapp. Sén. n° 37 de M. Blanc, octobre 2001, page 11). Selon d'autres statistiques, le secteur associatif représenterait 86,2 % de l'offre de prestations en faveur des personnes handicapées (chiffres de 1998 contenus dans la synthèse du rapport public particulier de la Cour des comptes de juin 2003 «La vie avec un handicap», p. 16).

2. Ce qui ne signifie pas pour autant que les activités correspondantes n'aient pas de poids économique réel : le secteur médico-social comprend à lui seul 24 500 établissements et services pour 1,05 million de lits ou places et emploie quelques 400 000 professionnels (Rapp. AN n° 2881 de M. Hamel, janvier 2001, p. 9).

3. D. Costa, Les fictions juridiques en droit administratif, Bibl. de droit public, LGDJ, spéc. p. 180 et s., p. 500 et s.

4. Nous nous référons ici essentiellement aux références doctrinales citées en bibliographie dans les ouvrages suivants : R. Chapus, Droit administratif général, tome 1, Coll. Domat droit public, Monchrestien, 15e éd., n° 744; A. de Laubadère & autres, Traité de droit administratif, tome 1, LGDJ, 14e éd., n° 1107.

5. R. Chapus, op. cit., n° 742.

6. R. Chapus, op. cit., n° 748 : «une activité constitue un service public quand elle est assurée ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public.».

7. Laubadère & autres, op. cit., n° 1108.

8. Art. L. 312-4 et s., D. 312-169 et D. 312-170 CASF.

9. Art. L. 313-1 à L. 313-9, R. 313-1 à R. 313-10 CASF. Pour plus de précisions sur le régime des autorisations : A. Vinsonneau, «La création des établissements et services sociaux et médico-sociaux après la loi du 2 janvier 2002», RDSS, 2004/4, p. 782 et s.

10. Art. D. 313-11 à D. 313-14 CASF.

11. L'appréciation simultanée de la compatibilité du projet avec le schéma et ses objectifs, de sa conformité aux normes d'organisation de fonctionnement, du caractère satisfaisant des systèmes d'évaluation et d'information prévus, de la compatibilité du coût annuel de fonctionnement avec les dotations limitatives et, enfin, de son caractère proportionné au service rendu et aux coûts des autres équipements comparables est d'une telle ampleur que la subjectivité pourrait déjà trouver sa place. Mais surtout, le fait de permettre l'ajout par la puissance publique de conditions particulières, non au regard d'éléments objectifs caractérisant les usagers à prendre en charge mais seulement «dans l'intérêt des personnes accueillies», consacre formellement son pouvoir d'opportunité. Cette disposition est d'autant plus surprenante qu'il est pour le moins difficile de concevoir comment un projet d'établissement pourrait être défini pour ne pas rechercher la satisfaction de l'intérêt des personnes accueillies !

12. La fermeture de l'établissement ou du service (art. L. 313-15 et L. 313-16 CASF). Pour une illustration récente du pouvoir préfectoral de fermeture d'un établissement ayant fonctionné sans autorisation : J.-M. Lhuillier, «La fermeture d'un établissement social ou médico-social ouvert sans autorisation», RDSS 2004/2, p. 426 et s.

13. Art. L. 313-22 CASF : les peines encourues sont de trois mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende.

14. Par souci de ne pas trop alourdir la démonstration, nous ne développerons pas ci-après le régime spécifique d'autorisation des sièges sociaux à percevoir des quotes-parts des établissements et services tarifés (art. L. 314-7, R. 314-87 et s. CASF) qui, toutefois, constitue une illustration supplémentaire du pouvoir qu'exerce l'administration sur les organismes gestionnaires, notamment sur leurs produits financiers.

15. Sur le respect des droits fondamentaux de la personne prise en charge (art. L. 311-3), sur la remise d'un livret d'accueil accompagné de la charte des droits et libertés de la personne accueillie (art. L. 311-4), sur le contrat de séjour ou le document individuel de prise en charge (art. L. 311-4 et D. 311), sur la personne qualifiée (art. L. 311-5, R. 311-1 et R. 311-2), sur le conseil de la vie sociale et les autres formes de participation (art. L. 311-6, D. 311-3 à D. 311-32), sur le règlement de fonctionnement (art. L. 311-7, R. 311-33 à R. 311-37), sur le projet d'établissement (art. L. 311-8), sur le respect du droit à la vie familiale (art. L. 311-9). Pour plus de précisions sur le règlement de fonctionnement : J.-M. Lhuillier, «Le règlement de fonctionnement», RDSS 2004/4, p. 795 et s.; sur l'implication de l'usager dans la prise en charge et sur la protection de ses droits : M. Badel, «La participation de l'usager», RDSS 2004/4, p. 804 et s; sur la détermination des droits de l'usager : D. Everaert-Dumont, «Les droits des usagers des établissements et services sociaux et médico-sociaux : quelle évolution ?», Droit social n° 3, mars 2005, p. 311-319; sur le contrat de séjour : B. Rigaud, «Secteur médico-social : le contrat de séjour enfin défini», Juris associations n° 313, 5 février 2005, p. 36-39; O. Poinsot, «De la contractualisation des relations avec les usagers», Direction(s) n° 18, avril 2005, p. 47-48.

16. Art. L. 312-8 CASF. Pour plus de précisions : Ph. Ligneau, «L'évaluation dans la loi du 2 janvier 2002», RDSS 2004/4, p. 825 et s.

17. Art. L. 312-9 CASF et arrêté du 9 décembre 2005, JO 20 déc. 2005, p. 19 609 et s.

18. Art. L. 313-13 CASF.

19. La partie la plus importante de ce régime résulte du décret n° 2003-1010 du 22 octobre 2003 qui vient d'être codifié aux art. R. 314-4 et s. CASF et qui complète les art. L. 314-3 à L. 314-9 du même code. Pour une illustration de l'opinion satisfaite de l'Administration à raison du renforcement du contrôle : J.-P. Hardy, «Le décret n° 2003-1010 du 22 octobre 2003 relatif à la gestion comptable, budgétaire et financière des établissements et des services sociaux et médico-sociaux», RDSS 2004/4, p. 819 et s.; du même auteur, Financement et tarification des établissements et services sociaux et médico-sociaux, coll. Etablissements et services, éd. Dunod.

20. Art. R. 314-62 CASF.

21. JO du 2 décembre 2005, p. 18 636 et s.

22. Art. 10, III de l'ordonnance modifiant l'art. L. 331-3 CASF. Ces pouvoirs n'existaient pas précédemment. S'agissant en particulier de l'accès aux données médicales, les médecins inspecteurs de santé publique ne disposaient auparavant de cette prérogative que dans les seuls établissements de santé (art. L. 162-30-1 du code de la sécurité sociale, L. 1112-1 et L. 6111-1 du code de la santé publique).

23. Art. 11 de l'ordonnance insérant le nouvel art. L. 313-22-1 CASF. Il s'agit d'une incrimination par référence à celle prévue à l'art. L. 1425-1 C. santé publ. (six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende). Elle ne concerne que les obstacles rencontrés lors de l'inspection des établissements et services (art. L. 313-13 à L. 313-20 et L. 331-1 à L. 331-9 CASF), le contrôle des sièges sociaux relevant des art. L. 314-7, VI et R. 314-89 CASF.

24. Relatif à l'assermentation et aux saisies prévues aux troisième et quatrième alinéas de l'article L. 31-13 du CASF, JO n° 41 du 17 février 2006, p. 2415.

25. Les inspecteurs assermentés peuvent saisir tout document, objet ou produit, ce qui fait d'ailleurs - partiellement - redondance avec les pouvoirs décrits en note 22 supra. Ce pouvoir de saisie est général puisqu'il se rattache à l'exercice de la surveillance administrative au sens des articles L. 331-1, L. 331-3 et L. 331-5 CASF. Toutefois, l'autorité réglementaire a cru utile de préciser que la réalisation de telles saisies

est également possible à l'occasion d'une inspection diligentée au visa de l'article L. 313-16 (violation des conditions techniques minimales d'organisation et de fonctionnement ou infraction aux lois et règlements susceptible d'engager la responsabilité civile de l'organisme gestionnaire ou la responsabilité pénale de ses dirigeants) ou de l'article L. 331-7 (surveillance administrative de l'accueil des mineurs). La procédure de saisie, décrite aux articles R. 313-26 et R. 313-27 nouveaux CASF, passe par l'obtention d'une ordonnance délivrée sur requête par le président du Tribunal de grande instance dans les conditions de droit commun (articles 493 à 498 NCPC).

26. Art. R. 314-14 et s. CASF.

27. Art. R. 314-34 CASF.

28. Art. R. 314-20 et R. 314-27 CASF.

29. Art. R. 314-28 et s. CASF. Ces indicateurs mettent l'établissement ou le service en situation de devoir justifier le volume de son activité et de ses moyens, étant précisé que l'Administration pourra si nécessaire en tirer - indirectement - des conséquences en termes de tarification (art. R. 314-33).

30. Art. R. 314-37 CASF.

31. Art. R. 314-49 CASF.

32. Art. R. 314-50 CASF.

33. Art. R. 314-58 CASF.

34. Art. R. 314-59 CASF. L'obligation a été renforcée par l'art. 12 de l'ordonnance du 1er décembre 2005 qui a modifié l'art. L. 313-25 CASF.

35. Art. R. 314-51 à R. 314-55 CASF.

36. Voir notamment sur cette question : B. Clavagnier, «Distinction entre subvention, marché public et délégation de service public», Juris associations n° 307 du 1er novembre 2004, p. 7-8.

37. Ces règles exorbitantes ont été récemment légitimées par application de la théorie de la loi-écran (CE, 1er avril 2005, ARSEAA & autres, concl. J.-H. Stahl). C'est sans doute l'un des indices les plus flagrants du régime de subordination à la puissance publique qu'institue le livre III du CASF.

38. Pour une présentation plus précise du nouveau régime de ce contentieux : M. Tourdias, «La juridiction tarifaire après le décret du 22 octobre 2003», AJDA du 14 février 2005, p. 298 et s.

39. Art. R. 351-18 CASF.

40. La jurisprudence future du juge de la tarification dira si, au cours d'un contentieux, l'administration peut exciper d'un moyen tiré de l'absence de justification donnée par le demandeur, dans son mémoire introductif, sur l'impossibilité de s'adapter au tarif. Il semble peu douteux qu'un tel argument n'aura pas d'effet en termes de recevabilité de la requête. En revanche, il reste à savoir si les TITSS seront enclins à rejeter cette requête alors que, dans le même temps, auraient été rapportées les preuves du caractère abusif des abattements pratiqués et du caractère motivé des propositions budgétaires non retenues.

41. En effet, à notre connaissance, le Trésor public considère que les décisions de réformation rendues par les juridictions de la tarification sanitaire et sociale ne constituent pas des condamnations de l'Etat à payer une somme d'argent. Cela interdit par conséquent toute liquidation volontaire de la dépense par le comptable public, en l'absence de mandatement par l'ordonnateur, au visa des art. L. 911-9 et R. 911-1 et suivants du code de justice administrative.

42. L'art. L. 351-6 CASF disposant que «Les décisions du tribunal interrégional de la tarification sanitaire et sociale et de la Cour nationale fixant le montant des dotations globales, remboursements forfaitaires, prix de journée et autres tarifs, ont effet à compter de la date fixée dans la décision donnant lieu au litige», restait à attendre l'éclairage de la jurisprudence sur la possibilité de confondre les concepts d'effet et de caractère exécutoire. Le seul indice jurisprudentiel résultait d'un arrêt CE, 2 février 2005, Foyer-logement Résidence Maurice-Villatte, n° 262 655, selon lequel «l'exécution de ces décisions [NDLA : de réformation d'un tarif financé par la sécurité sociale] implique que les organismes de sécurité sociale concernés versent à l'établissement les sommes qui lui sont dues en application de celles-ci; qu'elle n'appelle, en revanche, aucune mesure de la part du préfet». Mais ce cas d'espèce concernait l'exécution de décisions de

réformation rendues avant la publication du décret n° 2003-1010 du 22 octobre 2003.

43. Au-delà même de l'aberration de principe - subordonner l'exécution d'une décision de réformation à l'édiction d'un acte administratif modificatif émanant de l'autorité contre laquelle avait précisément été rendue cette décision - le risque pratique réside dans le fait, ou bien que le tarificateur refuse de prendre un tel acte, ou bien que l'arrêté de tarification modificatif minore cette exécution en liant, sous forme de prix de journée, le paiement des reliquats aux variations d'activité constatées sur un exercice postérieur à celui concerné par le contentieux. On est loin en tout cas de l'intention affichée officiellement de «favoriser la force exécutoire des décisions des tribunaux de la tarification» (rapport au Président de la République sur l'ordonnance, commentaire de l'art. 9, JO du 2 décembre 2005, p. 18 635 et s.).

44. Art. R. 314-56 CASF.

45. Art. R. 314-57 CASF.

46. Art. R. 314-60 CASF. Lorsque nous travaillions à la version initiale de la présente étude, il paraissait logique que la mise en œuvre de cette disposition engageât les protagonistes à partager une définition commune de la notion de subvention, faute de quoi l'administration eut pu demander aux organismes gestionnaires de justifier le fonctionnement et le financement des organismes fédératifs auxquels ils adhèrent. Mais toute ambiguïté a disparu depuis : l'art. L. 313-25, II CASF issu de l'article 12 de l'ordonnance du 1er décembre 2005 donne désormais aux inspecteurs la possibilité d'assujettir à leur contrôle toute association destinataire d'une aide soit en espèces, soit en nature par mise à disposition de locaux, de personnel ou de moyens techniques; les organismes fédératifs constitués sous forme associative (unions, «syndicats» employeurs, etc.) sont donc concernés. Peuvent également entrer dans le champ du contrôle les activités non tarifées de l'organisme gestionnaire ainsi que les éventuelles sociétés ou filiales qu'il a constituées pour servir des prestations à ses établissement et services.

47. Art. R. 314-61 CASF. Cette obligation peut également être imposée par l'administration à l'organisme gestionnaire.

48. Y compris le nouveau régime contraventionnel réprimant les manquements aux droits des usagers, dont la constatation semble réservée aux agents de contrôle de la DGCCRF (art. L. 313-21 CASF).

49. Sur le fondement de l'art. L. 313-16 CASF, sauf en cas de maltraitance : art. L. 313-14.

50. Art. L. 313-16 CASF. L'art. 10 de l'ordonnance du 1er décembre 2005 a complété cette disposition pour donner au préfet le pouvoir, en cas d'urgence, de prononcer la fermeture provisoire totale ou partielle de l'établissement ou du service.

51. Art. L. 313-18 CASF.

52. Art. L. 313-19 CASF.

53 M. Lévy, «La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité», RDSS 2002/3, p. 423 et s., spéc. p. 432 s'agissant de distinguer deux lois dans le sein du texte nouveau dont «une loi de contraintes nouvelles dans la logique de la répartition de moyens forcément limités (...)» et p. 433 : «Mais, les dispositions les plus précises, sont aussi les plus contraignantes.»

54. S. Regourd, L'acte de tutelle en droit administratif français, Bibl. de droit public, LGDJ 1982, spéc. p. 279 à 289 : il y a tutelle lorsque l'organisme privé contrôlé, d'une part jouit d'une réelle autonomie organique, d'autre part conserve une capacité d'initiative certaine en ce sens que les prérogatives détenues par l'administration ne suffisent pas à épuiser sa liberté d'action.

55. IGAS, Tutelle et contrôle dans le domaine social : nouveaux objectifs, nouvelles relations, rapport 1985/1986, La Documentation Française, p. 231 et s. : la tutelle se limiterait au pouvoir de décision exercé directement par une autorité publique sur la gestion d'un équipement.

56. Y compris les juristes les plus avertis : X. Delsol, B. Rigaud, «La contractualisation des droits et obligations dans les établissements sociaux et médico-sociaux», Juris associations n° 266 du 15 octobre 2002, p. 12 et s.

57. TC, 6 novembre 1978, Bernardi, cité par Laubadère & autres, op. cit., n° 1108; CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun & Association Melun-Culture-Loisirs, Rec. p. 220; AJDA 1990, p. 820, concl. M. Pochard; Dalloz 1991, p. 578, note G. Vlachos; JCP 1991, n° 21 663, note E. Fatome; LPA 27 mai 1991, note E.B.; R. Chapus, op. cit., n° 762.

58. Cette idée n'est d'ailleurs que l'expression négative de l'hypothèse des «sujétions dérogatoires au droit commun» prise en considération par Laubadère & autres, op. cit., n° 1108, p. 809.

59. R. Chapus, op. cit., n° 751.

60. Laubadère & autres, op. cit., n° 1124.

61. Dont le régime est défini au chapitre IV du titre II de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

62. A. Thevenet, L'aide sociale aujourd'hui, p. 107.

63. Cité par M. Lévy, loc. cit., p. 437.

64. R. Chapus, op. cit., n° 751, 3° : la création de l'institution par l'autorité publique, le caractère d'intérêt général de l'activité, la désignation ou l'agrément des dirigeants par la puissance publique, le contrôle de la gestion par l'administration et l'exercice de prérogatives de puissance publique par l'institution. Il importe de préciser qu'aucun de ces critères n'est individuellement déterminant ni indispensable.

65. Art. L. 313-6, al. 2 et L. 313-8-1 CASF.

66. Art. L. 313-11 CASF complété par l'art. 7 de l'ordonnance du 1er décembre 2005.

67. Art. L. 312-7 CASF.

68. CE, Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire «aide et protection», Dalloz 1939, 3, concl. Latournerie, note Pepy; GAJA n° 59.

69. CE, 4 août 1944, Compagnie de produits chimiques, Rec. n° 225; 21 novembre 1947, Consorts de Castex, Rec. 433; 7 décembre 1960, Jardin, Rec. n° 681; 22 novembre 1974, Fédération des industries françaises d'articles de sport, AJDA 1975, 19, chron. jurisp. Franc & Boyon.

70. CE, 27 février 1942, Mollet, Rec. n° 64.

71. Marguerite Canedo, Le mandat administratif, Bibl. de droit public, LGDJ 2001, spéc. p. 277 et s.

72. R. Chapus, «Le service public et la puissance publique», RDP 1968, p. 235, spéc. p. 239-240.

73. M. Canedo, op. cit., p. 305 et notes 2 et 3 de cette même page. A titre d'exemples, l'auteur cite le service public de l'enseignement et le service public hospitalier.

74. Le terme d'usager a été expressément employé par le législateur dans la section du CASF consacrée aux droits des personnes accueillies en institution.

75. CE, Ass., 13 mai 1938, Caisse primaire «aide et protection» précité; 2 février 1951, Demoiselle Bodin, Rec. n° 70.

76. Laubadère & autres, op. cit., n° 1108, p. 808.

77. R. Chapus, op. cit., n° 748.

78. R. Chapus, op. cit., n° 753.

79. L'auteur cite en exemples les services publics hospitalier et de l'enseignement.

80. Cet argument, entre autres, pourrait être de nature à remettre en débat l'analyse formulée antérieurement s'agissant de la nécessité de distinguer entre mission d'intérêt général et mission de service public, ladite analyse ayant été élaborée sous l'empire de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 et de ses textes réglementaires d'application (L. Dubouis, «Action sociale et sanitaire : missions de service public ou missions d'intérêt général», Rev. Gén. Coll. Terr. janvier-février 2001, p. 588 et s., dont les conclusions sont reprises in Ph. Ligneau, «L'activité associative à l'épreuve de la loi du 2 janvier 2002 portant rénovation de l'action sociale et médico-sociale», RDSS 2003/4, p. 563 et s.). En particulier, les règles régissant l'exercice de l'activité ont été considérablement et profondément modifiées par le dispositif issu des lois du 2 janvier 2002 et du 11 février 2005.

81. Notamment la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et la Constitution du 4 octobre 1958. Certains parlementaires voulaient plus particulièrement faire référence aux droits constitutionnels sociaux (intervention de monsieur Chossy le 24 janvier 2001, Rapp. Hamel p. 20).

82. Dont le Pacte international de l'ONU. relatif aux droits civils et politiques, la résolution n° 3447 de l'ONU du 9 décembre 1975 portant Déclaration des droits des personnes handicapées, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

83. Sur la notion de dignité, voir la très riche thèse de Luc Perrouin, La dignité de la personne humaine et le droit, thèse dactyl. soutenue à la Faculté de droit de Toulouse le 14 décembre 2000 sous la dir. de monsieur le Doyen Beignier.

84. Pour une définition précise des valeurs de la République : V. Duclert, C. Prochasson (sous la dir. de), Dictionnaire critique de la République, éd. Flammarion 2002.

85. Sur le caractère universel des valeurs républicaines : V. Duclert, C. Prochasson (sous la dir. de), op. cit., spéc. l'article d'A. Chatriot et C. Lemercier p. 691 (sur les corps intermédiaires) et celui de J. Jennings p. 275 (sur l'universalisme); P. Bouretz, La République et l'universel, coll. Folio Histoire, éd. Gallimard 2002.

86. Rapport Terrasse, p. 14.

87. Rapport Hamel (AN n° 2881) du 24 janvier 2001.

88. Rapp. Hamel, p. 15.

89. Rapp. Hamel, p. 22.

90. M. Lévy, loc. cit., p. 437. L'auteur rapporte que cette action aurait été motivée, pour le groupe de pression, par le double souci de préserver le secteur social et médico-social d'une marchandisation - à redouter dans l'espace économique européen - et de répudier une conception «descendante» des relations entre pouvoirs publics et acteurs privés.

91. M. Lévy, loc. cit., p. 437.

92. Rapport Morange (AN n° 1776) du 28 juillet 2004, spéc. p. 80.

93. M. Lévy, loc. cit., p. 438.

94. Alexandra Euillet, Le statut juridique des associations du secteur sanitaire, social et médico-social à but non lucratif : la notion d'utilité sociale, th. dactyl. soutenue le 7 juin 2001 à la Faculté de droit de Rouen sous la dir. de monsieur Patrice Macqueron (442 p.). Les principaux aspects de ce travail sont restitués dans «L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général», RDSS 2002/2, p. 207 et s.

95. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Les art. L. 1110-1 et suivants C. santé publ. rappellent curieusement les art. L. 311-3 à L. 311-9 CASF. Dans les deux cas, le fondement de ces droits objectifs est le droit subjectif au respect de la dignité humaine qui n'a - fort heureusement - rien de catégoriel.

96. Notamment ses art. 11 et 13 : cf. M. Borgetto, R. Lafore, op. cit., n° 61 et s.

97. T.C., 22 janvier 1955, Naliato, R.D.P. 1955.716; Laubadère & autres, op. cit., p. 869, n° 1190.

98. J. Barthélémy, «La nouvelle jeunesse de la notion d'équivalence», JCP éd. E, 1999, p. 1232 et s.; S. Hennion-Moreau, «Les horaires d'équivalence dans le secteur sanitaire et social», RDSS 2000/1, p. 149 et s.; M. Morand, «La saga des équivalences», SSL 4 sept. 2000, n° 992; A. Dorant, «La validation, une sécurisation incertaine», SSL 15 mai 2000, n° 981; C. Petit, «La loi de validation des heures d'équivalence censurée sur le fondement de la Convention EDH», TPS juil. 2001, p. 5 et s.; O. Poinsot, «Les institutions sociales et médico-sociales, l'article 29 de la loi Aubry II et les exigences de la jurisprudence européenne en matière de lois de validation», RDSS 2002/1, p. 98 et s., spéc. p. 113; D. Boulmier, «Retour sur le système d'heures d'équivalence et sa loi de validation», RDSS 2003/2, p. 306 et s.; M. Morand, «Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire», S.S.L. 6 oct. 2003, n° 1138. Ce revirement a inspiré un prolongement jurisprudentiel de même nature concernant le paiement de l'indemnité conventionnelle de réduction du temps du temps de travail. L'art. 8 de la «loi Fillon» du 17 janvier 2003

avait en effet institué un mécanisme de validation rétroactive comparable à celui prévu par l'art. 29 de la «loi Aubry II». Or, par trois arrêts du 20 octobre 2004, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est conformée au principe proclamé en son temps par l'Assemblée plénière (24 janvier 2003), retenant l'effectivité de la disposition rétroactive en vertu du motif impérieux d'intérêt général tiré de la nécessité d'assurer la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auxquels participent les établissements pour personnes handicapées et inadaptées (Liaisons sociales du 27 octobre 2004, bref social n° 14 244, p. 2-3; Liaisons sociales quotidien n° 14 248 du 03 novembre 2004, cahier «jurisprudence hebdo»). Cette solution jurisprudentielle a été illustrée depuis par de nombreux arrêts, notamment au cours de l'année 2005.

99. CE, 1/2 SSR, 9 octobre 2002, Syndicat national des pharmaciens gérants hospitaliers publics et privés et des pharmaciens des hôpitaux à temps partiel c/Ministre de la santé, n° 230 737; «Considérant, en sixième lieu, que (...)»; J. Peigne «La réglementation des pharmacies à usage intérieur validée par le Conseil d'Etat», LPA 17 août 2005.

100. Cass., soc., 8 juin 2005, Patricia Abner & autres c/ UDAF du Maine et Loire, Droit social n° 9/10, sept.-oct. 2005, p. 939 et s., obs. J. Savatier.

101. O. Poinsot, «L'action sociale et médico-sociale, un service public industriel et commercial ?», JCP éd. A n° 45 du 7 novembre 2005, p. 1654 et s.