



HAL
open science

CPOM: l'oeil du juriste

Olivier Poinsot

► **To cite this version:**

Olivier Poinsot. CPOM : l'oeil du juriste. Les Cahiers de l'UNIOPSS, septembre 2008 (20), UNIOPSS, pp.59-78, 2008, Les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens des établissements et services sociaux et médico-sociaux, 978-2-35560-000-5. halshs-03441852

HAL Id: halshs-03441852

<https://shs.hal.science/halshs-03441852>

Submitted on 15 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'ŒIL DU JURISTE

Ce chapitre a été rédigé par Maître Olivier Poinso, avocat au cabinet Grandjean (Montpellier), chargé de cours à la faculté, qui exprime ici sa vision du dispositif et de l'outil CPOM.

Le régime juridique des CPOM, délimité au chapitre précédent, a fait l'objet d'abondants commentaires par l'administration dans plusieurs circulaires. La première et plus importante éclaire les acteurs du secteur sur l'intention stratégique à l'origine de ce nouvel outil : il s'agit de la circulaire du 18 mai 2006^[97]. Des compléments ont été apportés par les circulaires du 8 août 2006^[98] et du 26 mars 2007^[99].

L'attention que prêtent actuellement les pouvoirs publics à la négociation et à la conclusion des CPOM justifie amplement qu'au-delà même d'un intérêt juridique théorique, l'on s'interroge sur la nature et la portée de tels engagements. Trois interrogations au moins s'imposent à l'égard du nouvel outil promu avec tant d'insistance.

- Quelle est la nature juridique des CPOM ?
- Quelle sera leur incidence sur le régime de tarification et de financement des structures ?
- De quelles garanties les organismes gestionnaires engagés dans un CPOM pourront-ils se prévaloir dans l'hypothèse d'une violation des engagements contractuels des CPOM par leur cocontractant ?

[97] Circulaire DGAS/SD5B n°2006-216 du 18 mai 2006 relative à la pluriannualité budgétaire et à la dotation globalisée commune à plusieurs établissements et services sociaux et médico-sociaux relevant de la même enveloppe de crédits limitatifs et à la coopération sociale et médico-sociale dans le cadre des groupements d'établissements, parue au BO Santé n°2006/6.

[98] Circulaire n°DGAS/5B/2006/356 du 8 août 2006 relative au forum aux questions sur les modifications intervenues en matière de réglementation financière, comptable et tarifaire notamment celles visant au développement de la pluriannualité budgétaire (BO Santé 2006/10).

[99] Circulaire n°DGAS/SD5B 2007-111 du 26 mars 2007 relative aux problématiques afférentes à la mise en œuvre de la pluriannualité budgétaire et à la dotation globalisée commune à plusieurs établissements et services sociaux et médico-sociaux dans le cadre d'un contrat d'objectifs et de moyens (BO Santé 2007/4).

1. La nature juridique du CPOM

Le CPOM constitue, aux termes mêmes de l'article L.313-11 du CASF, un contrat.

L'emploi du terme de contrat renvoie classiquement aux dispositions des articles 1101 et suivants du Code civil qui gouvernent le champ de la liberté contractuelle, champ dans lequel des personnes juridiques peuvent s'unir pour créer du droit au-delà des exigences de l'ordre public. ^[40]

Il s'agit toutefois d'un contrat particulier en ce sens que son existence, prévue expressément par la loi, met en présence des protagonistes de natures juridiques distinctes, à savoir d'un côté des personnes privées gestionnaires de structures sociales et médico-sociales et, d'un autre côté, des autorités administratives auxquelles se joignent éventuellement des organismes de Sécurité sociale. Contrat particulier, également, parce que son objet est expressément prévu par la loi en ce qu'il s'agit de « *permettre la réalisation des objectifs prévus par le schéma d'organisation sociale et médico-sociale, [...] la mise en œuvre du projet d'établissement ou de service ou de la coopération des actions sociales et médico-sociales* ».

La question de la nature juridique du CPOM, au regard de ces observations préliminaires, se résume à une préoccupation centrale : est-on en présence d'un véritable contrat, source d'obligations juridiques impératives au sens de l'article 1134 du Code civil ^[41] ? Et accessoirement, quel est le régime juridique applicable à ce contrat si devait se poser la question concrète de veiller à sa convenable exécution ?

Répondre à ces interrogations suppose de pouvoir affirmer que le CPOM relève, ou bien du droit commun des contrats, ou bien du droit public en tant que contrat administratif ; les deux régimes présentant des caractéristiques très différentes.

1.1 Quelques rappels sur la notion de contrat administratif

Par principe, un contrat relève du droit privé, sauf si ses caractéristiques répondent aux critères du contrat administratif.

^[40] La définition du contrat est donnée à l'article 1101 du Code civil : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

^[41] L'article 1134 du Code civil dispose en effet que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. »

S'agissant des engagements conclus entre une personne publique et une personne privée, dans le silence de la loi, le critère organique (le fait que l'un des cocontractants soit une personne publique) ne suffit pas à justifier la qualification de contrat administratif ^[42] : encore faut-il que cet engagement consiste en un acte de gestion publique soit par ses clauses, soit par son objet, soit par son régime ^[43].

1.1.1 L'administrativité du contrat à raison de ses clauses

En premier lieu, la qualification de contrat administratif est donnée aux engagements qui comprennent des « clauses exorbitantes du droit commun ». Cette expression jurisprudentielle désigne les clauses qui ne pourraient être valablement conclues selon les règles du Code civil ^[44], notamment parce qu'elles donneraient à l'une des parties une force prépondérante sur l'autre partie ^[45]. Outre

[42] Même si celle-ci est nécessaire : TC, 21 mars 1983, UAP, Rec. p. 537.

[43] TC, 20 janvier 1986, Coopérative agricole de l'Arne, p. 446; DA 1986, n°155.

[44] Solution développée à partir de l'arrêt de principe : CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, p. 909, concl. L. Blum. Dans cet arrêt, la qualification de contrat administratif fut refusée par la Haute juridiction au motif qu'il s'exécutait « selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ». La formule jurisprudentielle adoptée par la suite vise, comme exorbitants du droit commun, les engagements « étrangers par nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » : CE, Sect., 15 février 1935, Société française de construction mécanique, p. 2001; CE, Sect., 20 octobre 1950, Stein, p. 505; TC, 28 mars 1955, EDF, p. 615; CE, 15 novembre 1999, Commune de Bourisp, DA 2000, n°29, obs. R.S.

[45] À titre d'exemples, citons le pouvoir du cocontractant public de se faire payer des sommes par l'autre cocontractant en recourant à un titre exécutoire (TC, 27 juillet 1950, Peulaboef, p. 668), la clause prévoyant que les constats des agents de la personne publique feront foi pour l'exécution du contrat (TC, 14 novembre 1960, Société Vandroy-Jaspar, p. 867), celle qui oblige le cocontractant privé au financement de certaines charges de police (CE, 19 février 1988, SARL Pore Gestion, p. 77), qui lui offre au contraire des exonérations fiscales (TC, 2 juillet 1962, Consorts Cazautets, p. 823), qui lui confère un pouvoir disciplinaire sur des tiers alors considérés comme des administrés (CE, 3 juillet 1925, de Mestral, Dalloz 1926, 3, 17), qui lui donne un pouvoir de contrôle sur les résultats financiers du cocontractant privé (CE, Ass., 26 février 1965, Société du vélodrome du Parc des Princes, p. 133), qui prévoit un pouvoir de contrôle sur le personnel employé et les tarifs pratiqués (TC, 7 juillet 1980, Société d'exploitation touristique de Haute-Maurienne, p. 509), qui institue le pouvoir d'exiger le renvoi des membres du personnel (CE, 20 avril 1959, Société nouvelle d'exploitation des plages, p. 866). Citons également le cas d'obligations particulières à la charge du cocontractant privé, telles celles de demander une autorisation relativement à certaines opérations (CE, Ass., 26 février 1965, Société du vélodrome du Parc des Princes, préc.), de mettre en vente des stocks désignés par la personne publique (CE, Sect., 10 mai 1963, Société La Prospérité Fermière, p. 288), l'interruption de l'exploitation d'un établissement donné à bail (TC, 2 juillet 1962, Consorts Cazautets, préc.), la communication à première demande des documents comptables et le remboursement d'un prêt sans autre formalité préalable (TC, 22 juin 1998, Miglierina, DA 1998, 335). Citons enfin le cas où le contrat prévoit que le cocontractant public dispose du pouvoir de suspendre temporairement ou de résilier le contrat de sa seule volonté, en l'absence de tout manquement du cocontractant privé à ses obligations contractuelles (Cass., Civ. 1, 16 mars 1999, SNC Hôtelière Guyanaise, JCP 1999, IV, p. 943). Dans nombre de ces situations, les clauses auraient été jugées nulles à l'aune du droit civil en ce qu'elles auraient été potestatives au sens des articles 1170 et 1174 du Code civil.

les clauses figurant in extenso dans le contrat, il peut également s'agir d'engagements définis par référence à un cahier des charges ou un autre document extrinsèque, distinct du contrat lui-même ^[46].

1.1.2 L'administrativité du contrat à raison de son objet

Le contrat peut également être qualifié d'administratif en fonction de son objet. À côté des objets administratifs classiques tels que la réalisation de travaux publics ou encore l'occupation du domaine public, il convient de prêter attention au contrat dont l'objet est relatif à l'organisation ou à l'exécution d'un service public.

Depuis l'arrêt *Epoux Bertin*, la ligne jurisprudentielle est constante : est administratif par son objet le contrat qui vise l'exécution même du service public ^[47], son organisation ^[48], ou les deux à la fois ^[49].

Autre hypothèse à souligner : le contrat pourrait être qualifié d'administratif parce que son objet est d'organiser la relation entre le service public administratif et ses usagers, ces derniers étant en principe placés dans une situation légale et réglementaire à l'égard de la puissance publique. En effet, dans ce cas de figure, l'objet du contrat porte toujours sur une modalité de l'exécution même du service public ^[50].

1.1.3 L'administrativité du contrat à raison de son régime

Cette hypothèse particulière, identifiée par la jurisprudence, vise les contrats auxquels la loi ou le règlement attachent explicitement un régime de droit public ^[51].

[46] Un contrat peut être dit administratif à raison de clauses exorbitantes contenues dans un cahier des charges auquel une clause dudit contrat renvoie (TC, 5 juillet 1999, *Union des groupements d'achat public*, AJDA 1999, 554; TC, 17 avril 2000, *Crédit Lyonnais*, DA 2000, n°104).

[47] CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin*, p. 167; TC, 28 septembre 1998, *Société des grands moulins italiens de Venise*, p. 544; TC, 22 janvier 2001, *Société Multicom c/Conseil régional de Haute-Normandie*, DA 2001, n°111.

[48] CE, 14 janvier 1998, *Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales FO*, p. 9.

[49] TC, 16 janvier 1995, *Préfet d'Ile-de-France*, p. 489.

[50] CE, Sect., 20 avril 1956, *Consorts Grimouard*, p. 554; CE, Sect., 14 novembre 1958, *Union meunière de la Grande*, p. 554; CE, Sect., 18 juin 1976, *Dame Culard*, p. 319; TC, 22 avril 1985, *Coujard de Laplanche*, DA 1985, n°289.

[51] CE, Sect., 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, p. 48; TC, 24 avril 1978, *Compagnie de Jangerie du Kourou*, p. 645.

Dans ces situations, les « obligations exorbitantes » (ex. : obligation de contracter, obligation en cas de litige de saisir le ministre préalablement à tout recours juridictionnel) résultent, non des clauses du contrat elles-mêmes, mais des termes de son environnement juridique constitué de textes législatifs et réglementaires spécifiques.

Ce bref rappel des critères d'administrativité du contrat constituera le prisme d'analyse de la nature juridique du CPOM afin de déterminer si ce dernier constitue – ou non – un contrat administratif.

1.2 Le CPOM est un contrat administratif

Le CPOM est un contrat conclu entre au moins une personne publique et une personne privée en vue de « *permettre la réalisation des objectifs prévus par le schéma d'organisation sociale et médico-sociale [...], la mise en œuvre du projet d'établissement ou de service ou de la coopération des actions sociales et médico-sociales* ».

Puisque la seule présence au contrat d'une personne publique ne saurait suffire à qualifier le CPOM de contrat administratif, alors il convient de vérifier si l'un des critères d'administrativité énoncés précédemment est rempli.

1.2.1 Des clauses exorbitantes du droit commun sont-elles présentes dans le CPOM ?

Le CPOM est susceptible d'être qualifié de contrat administratif dès lors que, par ses clauses, il prévoit des prérogatives au bénéfice de la personne publique qui excèdent ce que le droit civil pourrait admettre au titre de l'équilibre contractuel.

En particulier, pourront constituer des clauses exorbitantes du droit commun celles qui soumettent l'organisme gestionnaire :

- à des obligations de contrôle, de communication de pièces ou encore de compte-rendu qui le placeraient dans une relation quasi-règlementaire à l'égard de la personne publique contractante. Tel pourrait être le cas si le CPOM prévoyait des obligations de communication de données afférentes à l'activité et à ses conditions financières dans le cadre du « dialogue de gestion » ;
- à des prérogatives conférant à la personne publique le pouvoir de modifier unilatéralement les engagements pris ou d'y mettre un terme.

Il convient de rappeler que de telles clauses pourraient soit figurer in extenso dans le CPOM, soit résulter d'un renvoi ou d'une référence à une source textuelle extérieure.

Si la caractérisation de clauses exorbitantes paraît périlleuse ou source de controverses, elle n'est pas déterminante de la réponse recherchée. En effet, le caractère administratif du CPOM peut résulter de l'administrativité de son objet.

1.2.2 Le CPOM est un contrat administratif par son objet

Le CPOM peut être un contrat administratif par son objet pour deux raisons. D'une part, il pourrait viser l'organisation et l'exécution du service public de l'action sociale et médico-sociale institutionnelle. Mais d'autre part et surtout, il consiste dans la contractualisation des relations entre les autorités administratives chargées de l'autorisation et les organismes gestionnaires.

1.2.2.1 Le CPOM vise-t-il la participation au service public ?

Le débat sur la nature de service public de l'action sociale et médico-sociale institutionnelle est l'une des « vieilles lunes » du secteur, dont les premiers éclats ont clairsemé la nuit des débats préparatoires à la loi sociale du 30 juin 1975 et dont les derniers échos ont résonné sous les coupes de l'Assemblée nationale et du Sénat à la fin de l'année 2001, avant de se réverbérer sous les lambris du Conseil d'État en 2007.

La jurisprudence la plus récente du Conseil d'État refuse de reconnaître aux acteurs privés majoritairement présents dans le secteur social et médico-social l'appartenance au service public. Ce refus, exprimé dans un arrêt *Apréj* ^[52] rendu au visa de l'ancien article 167 du Code de la famille et de l'aide sociale et de la loi sociale de 1975, repose sur l'idée que « *le législateur a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires de centres d'aide par le travail revête le caractère d'une mission de service public* » ^[53].

[52] OE, Sect., 22 février 2007, *Apréj*, références détaillées ci-dessous.

[53] Arrêt *Apréj* précité. Cette position n'est sans doute pas définitive dans la mesure où le Conseil d'État, contrairement à sa pratique habituelle, n'a pas suivi les conclusions du Commissaire du Gouvernement qui, au terme d'une démonstration très détaillée et étayée, était favorable à ce que le secteur social et médico-social soit inclus dans le service public (concl. Céline VEROT précitées), tout en ayant relevé dans le même temps que les acteurs privés de l'action sociale et médico-sociale institutionnelle éprouveraient des difficultés « à se reconnaître dans une identité de service public [...] ».

Mais, la motivation de cet arrêt ne semble pas épuiser ce vieux débat dans la mesure où :

- Certains observateurs du secteur, y compris les parlementaires, ont cru reconnaître dans le droit des institutions sociales et médico-sociales la réunion des critères qui caractérisent la participation au service public : une mission d'intérêt général, un contrôle étroit de l'activité par l'administration et l'existence de sujétions spéciales, exorbitantes du droit commun ^[54]. Cette reconnaissance se justifierait notamment par la conjugaison des dispositions de l'article L.311-1 du CASF ^[55] avec celles des articles L.116-1 et L.116-2 du même code ainsi que celles de l'article L.1411-1 du Code de la santé publique (CSP) qui désignent expressément les institutions sociales et médico-sociales comme actrices d'une politique publique, à savoir la politique de santé publique ^[56] ;
- La jurisprudence de la Haute juridiction ne paraît pas parfaitement homogène ; certaines décisions ont pu envisager, de manière incidente, l'appartenance du secteur social et médico-social privé au service public. ^[57]

Sur ces considérations générales, il faut rappeler l'objet expressément assigné au CPOM par l'article L.313-11 du CASF : « permettre la réalisation des objectifs prévus par le schéma d'organisation sociale et médico-sociale [...], la mise en œuvre du projet d'établissement ou de service ou de la coopération des actions sociales et médico-sociales ». Ces trois objectifs paraissent concerner la réalisation même des activités sociales et médico-sociales institutionnelles.

[54] Selon les propres termes des conclusions de M. Célia VEROT, Commissaire du Gouvernement, sur CE, Sect., 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (Aprei), n°264541, JCP éd. A 2007, 2066, note M.-C. ROUALT et AJDA 2007, chron. P. 793 ; rapports de MM. les députés TERRASSE, HAMEL et MORANGE présentés à la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale avant l'adoption de la loi du 2 janvier 2002 ; Michel LEVY, « La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale : changement et/ou continuité », RDSS 2002/3, p. 423 ; Amédée THEVENET, L'aide sociale aujourd'hui, p. 108 ; Olivier POINSOT, « Les institutions privées et le service public de l'action sociale et médico-sociale », Rev. Gén. Coll. Terr. n°37, nov.-déc. 2005, p. 415 ; Olivier POINSOT, « L'action sociale et médico-sociale, un service public industriel et commercial ? », JCP éd. A 2005, 1358. V° tout de même l'opinion contraire : Alexandra EUILLET, « L'utilité sociale, une notion dérivée de celle d'intérêt général », RDSS 2002/2, p. 207.

[55] Selon lequel l'action sociale et médico-sociale s'inscrit dans des missions d'intérêt général et d'utilité sociale.

[56] Depuis la loi n°2004-806 du 9 août 2004 qui a introduit cet article dans la partie législative du CSP, l'action sociale et médico-sociale entre explicitement dans le champ de la politique de santé publique s'agissant en particulier de la prévention des incapacités, de l'amélioration de l'état de santé et de la qualité de vie des personnes handicapées et des personnes dépendantes, de l'organisation du système de santé et de sa capacité à répondre aux besoins de prévention et de prise en charge des maladies et handicaps.

[57] 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°230737 ; « Considérant, en sixième lieu, que [...] » ; J. PEIGNE, « La réglementation des pharmacies à usage intérieur validée par le Conseil d'État », LPA 17 août 2005.

Dans la mesure où ces dernières auraient trait à l'organisation et surtout à l'exécution du service public lui-même, le CPOM pourrait être reconnu comme administratif par son objet pour ce motif. Une telle conception pourrait trouver sa confirmation dans le dernier rapport annuel du Conseil d'État qui consacre une importante étude à la notion de contrat administratif ^[58]. En effet, le recours aux contrats d'objectifs et de moyens y est décrit et analysé comme un outil de pilotage de l'action administrative et, plus particulièrement, « *comme outil de management public* » ^[59] ou encore « *outil de pilotage de l'action publique* » ^[60]. Dans cette perspective, le CPOM pourrait être classé dans la catégorie des « contrats d'encadrement » dont l'objet est de définir des règles générales en vue de l'exercice d'une activité d'intérêt général ; certains dispositifs contractuels du système de santé appartiennent à cette catégorie ^[61].

Mais au-delà de cette discussion – dans laquelle il était capital que des acteurs majeurs du secteur prennent position dans l'intérêt des initiatives privées dès lors, que comme l'a justement souligné Didier Truchet, « *l'attribution du label de service public apporte désormais plus d'obligations que d'avantages* » – un autre critère permet en définitive de reconnaître au CPOM sa nature de contrat administratif par l'objet poursuivi. Ce critère, c'est celui du champ d'intervention du contrat et, plus précisément, celui de l'instauration de nouvelles relations entre l'administration et les organismes gestionnaires.

[58] Conseil d'État, Rapport public annuel 2008, « Jurisprudence et avis de 2007 – Le contrat, mode d'action publique et de production de normes », La Documentation Française.

[59] Page 295 du rapport. Selon ses auteurs, le développement des contrats d'objectifs et de moyens a pour objet de « favoriser la responsabilisation des agents et de leurs chefs, la meilleure utilisation des ressources publiques (obtenir le meilleur service au meilleur coût) et la transparence sur les politiques publiques. Les objectifs assignés aux services, établissements ou agences sont ensuite répercutés sur les agents, sur les cocontractants, les fournisseurs, les partenaires ou les usagers du service. »

[60] Page 399 du rapport. Le Conseil d'État insiste ici sur le fait que « Le contrat facilite la modification de la norme publique ou l'inflexion de l'action publique. Il est devenu l'outil d'accompagnement et de gestion des transitions entre des situations individuelles ou collectives successives ou entre des générations successives de normes, d'organisations, de régulations ou de systèmes que l'acte unilatéral n'appréhende pas facilement, sauf par des mesures transitoires ». Cette optique proposée par la Haute juridiction prend une importance singulière dans le cas du CPOM dès lors que l'on se remémore les objectifs de restructuration en profondeur du secteur annoncés par la DGAS depuis 2006.

[61] Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ 2006, p. 68 à 88.

POSITION POLITIQUE

Qualification des actions menées par les structures sociales et médico-sociales privées : service public ou intérêt général ?

Depuis 1975, les organisations représentatives des gestionnaires, les universitaires, les hommes politiques se divisent sur la question de la qualification des actions menées par les structures sociales et médico-sociales. Certains considèrent que les gestionnaires privés de structures sociales et médico-sociales assument une mission de service public là où d'autres, comme l'Uniopss, s'y opposent, à la fois pour des raisons identitaires mais également opérationnelles.

C'est peu dire que l'arrêt rendu sur le sujet par le Conseil d'État, le 22 février 2007 ^[62], était attendu par les uns et les autres. Par cet arrêt, le Conseil d'État considère qu'une association gestionnaire d'un établissement et service d'aide par le travail (ESAT) n'assume pas, à travers cette activité, une mission de service public.

Le conseil d'Etat nous semble avoir pris une position respectueuse des intentions du législateur et de la réalité de l'action sociale privée. Cela rejoint les positions défendues depuis plusieurs décennies par l'Uniopss.

⊙ Service public ou intérêt général : une longue histoire

Contrairement à la loi hospitalière du 31 décembre 1970 qui a instauré un service public hospitalier, la loi du 30 juin 1975 sur les institutions sociales et médico-sociales n'a pas créé d'équivalent pour le secteur social et médico-social.

En 2000, la réforme de la loi du 30 juin 1975 allait relancer le débat. La loi du 2 janvier 2002 ne fait pas référence à la notion de service public. L'article L.311-1 du CASF prévoit ainsi que : **« l'action sociale et médico-sociale, au sens du présent code, s'inscrit dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale. »**

⊙ Intérêt général ou service public : quelles différences ?

• Absence de définitions légales

Il n'existe pas de définition légale du service public. Classiquement, il est défini comme « toute activité d'une collectivité publique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général » ^[63]. Au regard de cette définition, pour être un service public, une activité doit être exercée par une personne publique. Cependant, la personne publique peut aussi déléguer l'exercice de cette activité à une autre personne, dans le cadre d'une gestion déléguée, par exemple à une association. En tout état de cause, et c'est l'une des conditions pour leur mise en œuvre, les missions de service public

[62] Arrêt du 22 février 2007, req n°264541, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (Aprei).

[63] Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, 16^{ème} édition, LGDJ, Tome 1, p. 34, n°65.

impliquent que l'activité réalisée revête un caractère d'intérêt général. Une mission de service public est donc forcément d'intérêt général, mais une mission d'intérêt général n'est pas forcément de service public.

Cette notion d'intérêt général n'est pas, elle non plus, définie juridiquement et évolue en fonction des besoins de la population. Les missions d'intérêt général peuvent être réalisées par plusieurs types d'acteurs.

S'appuyant sur les travaux du Professeur Louis Dubouis ^[64], le Professeur Philippe Ligneau, lors d'une journée d'étude organisée par l'Uniopss ^[65], résumait bien la distinction fondamentale entre la mission de service public et la mission d'intérêt général :

« La mission de service public se trouve placée sous une dépendance beaucoup plus étroite des collectivités. Elle relève de la compétence exclusive des pouvoirs publics et ne peut être que déléguée à une institution privée. Lorsque c'est le cas, la mission demeure assumée par la personne publique qui en a donc la responsabilité et se doit d'en conserver le contrôle ^[66]... »

A contrario, lorsqu'il s'agit d'une mission d'intérêt général, celle-ci reste assumée par une personne morale privée ; elle a pu en prendre l'initiative, « elle va en garder la responsabilité même si, pour des raisons financières, elle s'engage dans une relation de partenariat explicite ou implicite qui ne doit pas être confondue avec une relation de subordination (Louis Dubouis) ». »

• L'initiative, notion centrale

La question de « l'initiative » est donc centrale à étudier pour évaluer si une mission exercée par une association relève de l'intérêt général ou du service public. Il s'agit d'une question centrale pour l'identité propre des associations en tant que porteurs de projets privés, et pour leur « survie », face à un régime auquel elles sont assujetties.

Ainsi, considérer que les associations qui ont choisi d'œuvrer pour l'intérêt général pourraient se voir automatiquement déléguer des missions de service public, et que des prérogatives pourraient leur être reconnues en tant qu'associations délégataires, reviendrait à nier leur identité d'acteurs privés porteurs de projet et d'initiative et aurait des conséquences pratiques : dans la logique des directives européennes, elles seraient considérées comme des prolongements de l'administration et donc soumises aux règles draconiennes de la commande publique et de l'appel d'offres, tant en tant que donneurs d'ordre que prestataires (comme le stipulent les directives européennes relatives aux marchés publics). De même, elles relèveraient d'un certain nombre de lois nationales appli-

[64] Louis DUBOIS : « Missions de service public ou missions d'intérêt général : la gestion des services sociaux et médico-sociaux par des institutions privées », travaux publiés par la Revue Générale des Collectivités territoriales, n°15 janvier-février 2001, p.588.

[65] Journée nationale d'étude organisée par l'Uniopss et les Uriopss PACAC, Rhône-Alpes et Languedoc Roussillon, le 12 décembre 2002.

[66] Cf. également René CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, n°753, Ed. Domat Montchrétien, 13/01.2001.

cables aux organismes privés chargés de la gestion d'un service public, comme par exemple la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs ^[67].

Telle était bien la question soulevée par l'affaire qu'a eue à trancher le Conseil d'État.

◉ L'arrêt du Conseil d'État du 22 février 2007

Traditionnellement, le Conseil d'État considère que plusieurs conditions doivent être remplies pour qu'une personne privée soit reconnue comme chargée d'une mission de service public. Cette personne doit remplir une mission d'intérêt général, être sous le contrôle d'une personne publique et disposer de prérogatives de puissance publique ^[68]. Parmi les spécialistes du droit administratif, certains considéraient que ces critères étaient cumulatifs, d'autres pas.

L'arrêt du 22 février 2007 clarifie ce point. Tout en rappelant les trois critères, le Conseil d'État indique que même si une personne privée ne dispose pas de prérogatives de puissance publique, elle doit être regardée comme assumant une mission de service public « lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints », il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission.

Il n'y a cependant pas lieu de recourir à ces critères lorsque le législateur a entendu exclure ou au contraire retenir cette notion de service public. Ce point concerne directement les Esat et la quasi-totalité des structures sociales et médico-sociales privées.

La solution dégagée par le Conseil d'État semble poser une règle très générale. Elle devrait ainsi pouvoir être transposée à la quasi-totalité des structures sociales et médico-sociales privées couvertes par la loi du 2 janvier 2002.

[67] Dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 22 février 2007, Madame Vérot, Commissaire du Gouvernement, indique que « la qualification d'organismes privés chargés de la gestion d'un service public emporte l'application de quelques lois écrites ou non écrites du service public ». Elle cite « les articles L. 521-1 et suivants du code du travail, issus de la loi du 31 juillet 1963, qui réglementent la grève dans les services publics, en imposant le préavis de grève et en interdisant la grève tournante; la loi du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs et l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 prévoyant la communication au public des budgets et des comptes; le régime des archives publiques, prévu à l'article L. 221-4 du code du patrimoine; la loi du 4 août 1994 imposant l'emploi de la langue française; et une ordonnance n°2005-1516 du 8 décembre 2005 sur les échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives » (Conclusions reproduites dans la revue de droit sanitaire et social, RDSS, n°3, mai-juin 2007, pages 499 et suivantes).

[68] CE, 28 juin 1963, req n° 43834, Narcy.

1.2.2.2 Le CPOM organise les relations entre l'administration et l'organisme gestionnaire

Le CPOM a pour objet de gouverner les relations entre l'autorité de tarification – qui peut aussi être le financeur – et l'organisme gestionnaire pour la définition, l'atteinte et l'évaluation des objectifs assignés aux structures sociales et médico-sociales, ainsi que de l'utilisation des moyens correspondants.

Or, ces relations sont placées sous l'autorité de textes législatifs et réglementaires du Livre III du CASF. Le caractère facultatif de la conclusion du CPOM démontre bien, d'ailleurs, que le régime du CASF est prépondérant tandis que l'application d'un contrat est subsidiaire.

Dans la mise en œuvre de ce régime légal et réglementaire, l'administration exerce des prérogatives qui traduisent l'exercice d'un service public administratif à l'égard des organismes gestionnaires et, en particulier, l'exercice d'un pouvoir de police administrative. Dans le domaine particulier de la vie financière des structures, l'exercice du service public administratif par la puissance publique prend la forme d'une procédure budgétaire réglementaire, dans laquelle l'organisme gestionnaire se situe, à l'égard des services déconcentrés de l'État, comme un usager du service public de la tarification sociale et médico-sociale.

De ce point de vue, il est patent que le CPOM, dès lors qu'il sera conclu, se substituera à certaines dispositions impératives qui plaçaient précédemment l'organisme gestionnaire dans une situation légale et réglementaire à l'égard de l'administration. L'application des clauses du contrat se substituera à la stricte application de la réglementation.

Partant de ce constat, l'administrativité du CPOM se déduira nécessairement de cette substitution de la norme contractuelle à la norme textuelle dans les relations entre l'autorité administrative et l'organisme gestionnaire, usager du service public rendu par les Ddass.

Au vu de ce qui précède, **le CPOM est bien un contrat administratif**. Cette donnée est importante dans la mesure où elle va conditionner les réponses aux deux interrogations suivantes, afférentes aux incidences du contrat sur la tarification et, de manière plus générale, à la portée des engagements mutuels consentis.

2. Les incidences du CPOM sur la tarification

La préoccupation majeure qui a animé les auteurs de la nouvelle réglementation relative au CPOM est de nature financière : elle ressort clairement de la lecture des circulaires déjà citées.

Le processus de tarification contractuel doit en particulier produire deux effets : d'une part, faire disparaître la nécessité pour les services de l'État de traiter l'ensemble des procédures budgétaires (dossiers budgétaires, comptes administratifs) et pallier ainsi les insuffisances chroniques de moyens de ces services, et d'autre part faire disparaître progressivement les juridictions de la tarification sanitaire et sociale par un tarissement du contentieux.

Il faut à cet égard rappeler que jusqu'à présent et en dépit des évolutions législatives et réglementaires de ces vingt-cinq dernières années, le juge du tarif a toujours fondé son office sur la mise en œuvre d'une réponse aux besoins d'action sociale et non sur des mécanismes limités aux ressources disponibles. Cette conception humaniste et républicaine est fréquemment illustrée par les décisions rendues aussi bien par les TITSS que par la CNTSS (Cour nationale de la tarification sanitaire et sociale) qui nient la pertinence d'abattements pratiqués par le tarificateur en considération de taux directeurs ou du caractère limitatif des enveloppes, dès lors que la preuve du caractère injustifié ou excessif des charges inscrites au budget ^[69] n'est pas apportée dans le même temps.

La survenue du décret du 22 octobre 2003 est demeurée sans incidence sur cette tendance lourde de la jurisprudence. Mais, le texte réglementaire qui devait consacrer de nouvelles prérogatives des juridictions du tarif en matière d'exécution de leurs décisions n'est jamais intervenu, alors que la loi du 2 janvier 2002 devait leur reconnaître de nouvelles prérogatives. Au contraire, une réorganisation de ces juridictions, accompagnée d'une définition des modalités d'exécution ^[70] pourrait bien prélude à leur disparition progressive. Le nouveau

[69] La jurisprudence est ici des plus constantes, voir par exemple : CNTSS, 31 mars 2000, Préfet des Alpes-Maritimes c/Assoc. familiale pour l'éducation, l'hébergement et la mise au travail des adolescents et adultes inadaptés, n°A.96.002; 31 mars 2000, Préfet de Loire-Atlantique c/Maison de retraite Saint-Joseph, n°A.96.059; 26 octobre 2001, Assoc. du Coudray Montpensier c/Préfet des Yvelines, n°A.96.037; 12 avril 2002, Préfet des Bouches-du-Rhône c/Fondation Hôpital Saint Joseph, n°A.98-078; 11 avril 2008, Préfet de l'Aisne c/Assoc. « Maison de retraite Saint Vincent de Paul », n°A.2003.002 & A.2003.092.

[70] Ordonnance n°2005-1088 du 1^{er} septembre 2005 relative à la composition et aux compétences de la Cour nationale et des Tribunaux interrégionaux de la tarification sanitaire et sociale, ordonnance n°2005-1477 du 1^{er} décembre 2005 portant diverses dispositions relatives aux procédures d'admission à l'aide sociale et aux établissements et services sociaux et médico-sociaux, décret n°2006-233 du 21 février 2006 pris en application de l'ordonnance du 1^{er} septembre 2005. Cette mise en coupe réglée des juridictions du tarif a été suivie de la publication d'une circulaire DGAS/SD5B/2006/161 du 5 avril 2006 relative au règlement financier des contentieux de la tarification (BO Santé 2006/4) par laquelle l'Administration centrale indiquait

dispositif du CPOM semble, de l'aveu même de la DGAS [71], avoir été conçu pour faire disparaître purement et simplement la tarification réglementaire [72] et, par voie de conséquence, les déficits publics creusés par l'exécution non budgétée des décisions de réformation des tarifs. Les instructions données aux services déconcentrés conditionnent d'ailleurs la négociation des CPOM à l'abandon préalable des contentieux de la tarification en cours [73].

L'inflexion donnée actuellement aux politiques sociales doit susciter la critique dans la mesure où elle s'inscrit manifestement en contradiction avec les objectifs fixés par le Parlement dans la loi du 2 janvier 2002. Rappelons à dessein que la finalité des interventions sociales et médico-sociales institutionnelles, telles que définies aux articles L.116-1 et L.116-2 du CASF, est de promouvoir l'autonomie et la protection des personnes en fonction d'une évaluation continue des besoins et attentes des membres de tous les groupes sociaux et de « *répondre de façon adaptée aux besoins de chacun d'entre eux et en leur garantissant un accès équitable sur l'ensemble du territoire* ».

Ce fondement, plus que les dispositions du droit matériel de la tarification, justifie pleinement le principe jurisprudentiel selon lequel le financement doit être en adéquation avec les besoins de la population. Un tel objectif ne peut être servi efficacement que si l'allocation des ressources est définie en fonction des besoins des personnes. Dans la mesure où le CPOM ambitionne de donner aux enveloppes limitatives un caractère absolu, force est de constater que le recours à cet outil va inéluctablement compromettre la réalisation des objectifs supérieurs définis par le législateur. Ce faisant, il risque également d'aboutir à un résultat radicalement opposé à celui qui devrait être atteint, selon le Conseil d'État, à savoir une « *adaptation de la norme juridique ou de l'action publique pour tenir compte des spécificités de chaque territoire, de chaque secteur économique, de chaque groupe social ou de chaque personne* » [74].

aux services déconcentrés comment minimiser voire éviter l'exécution des décisions de réformation des tarifs. Sur ce point : O. POINSOT, « L'autorité de tarification ne peut aménager elle-même l'exécution des décisions des juridictions de la tarification sanitaire et sociale qui lui sont défavorables », *Droit & Santé* n°19, septembre 2007, p. 596.

[71] Voir les circulaires précitées ainsi que les déclarations faites par les fonctionnaires d'administration centrale concernés par la mise en œuvre du nouveau dispositif dans divers colloques ou manifestations professionnelles du secteur social et médico-social.

[72] Au sens des articles L. 314-1 et s. et R. 314-1 et s. du CASF.

[73] Circulaire « questions-réponses » du 8 août 2006, réponse à la question n°20.

[74] Rapport précité, p. 464, n°12.1.6.

À ce paradoxe fondamental – que l'Uniopss n'a pas manqué de souligner – doivent s'ajouter d'autres questions qui touchent aux rapports entre la conclusion d'un CPOM et la tarification.

- L'exécution d'un CPOM est-elle exclusive de toute formalité afférente à la tarification réglementaire ?
- La tarification contractuelle présentera-t-elle les mêmes garanties que la tarification réglementaire ?
- Et l'organisme gestionnaire disposera-t-il, en exécution du CPOM, de recours comparables à ceux qui existent dans le cadre de la tarification réglementaire ?

Répondre à ces interrogations suppose en fait de se déterminer d'abord sur le caractère alternatif ou non des tarifications contractuelle et réglementaire, pour tenter ensuite d'en tirer des conséquences s'agissant de la compétence du juge du tarif.

2.1 Alternative ou complémentarité des tarifications contractuelle et réglementaire ?

Un premier examen du CASF pourrait laisser penser que la conclusion d'un CPOM fait disparaître toute forme de tarification réglementaire. En effet, le deuxième alinéa de l'article L.313-11 a été complété par l'article 7 de l'ordonnance n°2005-1477 du 1^{er} décembre 2005 pour prévoir que « *les tarifs ne sont pas soumis à la procédure budgétaire annuelle prévue aux II et III de l'article L.314-7* ». Au vu de cette seule disposition, la conclusion s'impose d'elle-même : la signature d'un CPOM, s'agissant des prévisions financières, est exclusive de la mise en œuvre de la procédure budgétaire réglementaire.

Or, une telle interprétation n'est pas anodine, dans la mesure où la compétence du juge du tarif, définie à l'article L.351-1 du CASF, est expressément limitée au contentieux des arrêtés de tarification. Les décisions de jurisprudence du juge du tarif expriment d'ailleurs, de manière constante, qu'une modalité de tarification ayant la nature d'un engagement contractuel excède son office. Il semblerait donc que l'exclusion de la procédure budgétaire réglementaire, en référence aux dispositions des II et III de l'article L.314-7, se traduise en particulier par l'exclusion de tout arrêté de tarification.

Pourtant, l'examen des textes conduit à une position plus nuancée. Plusieurs normes, y compris postérieures à l'ordonnance du 1^{er} décembre 2005, mentionnent en effet expressément la nécessaire intervention annuelle d'un arrêté de tarification en cas de conclusion d'un CPOM :

- l'article R.314-23 issu du décret du 22 octobre 2003, relatif à l'obligation pour le tarificateur de motiver les abattements, prévoit expressément en son 5° que lesdits abattements peuvent se fonder sur l'application des clauses d'un CPOM;
- l'article R.314-43-1 issu du décret n°2006-422 du 7 avril 2006, afférent aux modalités de la tarification pluriannuelle, dispose que « dans le cadre des contrats mentionnés à l'article L.313-11 [...] l'arrêté de tarification fixe chaque année le montant de la dotation globalisée ainsi que sa répartition prévisionnelle entre les différents établissements et services concernés » ;
- l'article R.314-42 issu du décret du 22 octobre 2003 et modifié par le décret du 7 avril 2006 dispose que dans certains cas (indexation des tarifs sur le taux d'évolution ou par application d'une formule fixe de revalorisation), l'organisme gestionnaire signataire d'un CPOM est dispensé de procédure contradictoire.

Une ambiguïté manifeste émane de ces textes. D'un point de vue strictement théorique, l'exclusion de la nécessité de prendre un arrêté de tarification (au sens du II de l'article L.314-7) énoncée par un texte légal, l'article L.313-11, devrait primer sur tout texte juridique de portée inférieure. Les deux articles réglementaires ci-dessus devraient donc être écartés. Or, l'auteur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 2005 et celui du décret du 7 avril 2006 étant le même, l'analyse conjuguée de ces deux textes laisse à penser que la tarification contractuelle n'exclut pas la nécessité de prendre chaque année un arrêté de tarification pour définir la dotation globalisée.

Plusieurs circulaires abondent dans le sens de cette analyse :

- celle du 18 mai 2006 précise bien aux services déconcentrés qu'ils doivent procéder, chaque année, à l'édiction d'un arrêté de tarification ^[75];

[75] Point 3.3. « Des nouveaux modes de relations entre les gestionnaires et les autorités de tarification » : « En application de cet article L.313-11 du CASF complété par l'ordonnance n°2005-1477 du 1^{er} décembre 2005, la convention permet de déroger à la procédure budgétaire annuelle contradictoire et itérative prévue au II de l'article L.314-7 du CASF et son décret d'application du 22 octobre 2003. Aussi, cette procédure budgétaire annuelle contradictoire est remplacée, d'une part, par l'élaboration en amont de cette convention et, d'autre part par, un dialogue de gestion tous les 12 à 18 mois. Ce dialogue de gestion doit notamment porter sur la réalisation des objectifs et les ajustements nécessaires. Comme le prévoit le nouvel article R.314-43-1 du CASF, vous devez fixer une seule dotation globalisée commune aux établissements et aux services entrant dans le champ de cette convention et relevant de la même enveloppe financière. Cependant à titre d'information et de suivi financier des moyens accordés aux différentes catégories d'établissements et de services, votre arrêté annuel de tarification doit aussi décomposer cette dotation globalisée commune en montants prévisionnels pour chacun des établissements et des services concernés. »

• celle du 26 mars 2007 mentionne également, de manière explicite, la nécessité de prendre annuellement un arrêté de tarification dans le cadre de l'exécution d'un CPOM [76].

Sous réserve des enseignements futurs de la jurisprudence, l'interprétation des textes actuels conduit à conclure que, dans le cadre d'un CPOM, les éléments formels de la procédure budgétaire réglementaire disparaîtraient tous (dépôt du dossier budgétaire, procédure contradictoire), à l'exception de l'arrêté de tarification. L'existence de l'arrêté de tarification devrait alors permettre à l'organisme gestionnaire de saisir le juge du tarif, si nécessaire, lequel serait alors compétent pour statuer sur le tarif arrêté, le CPOM se substituant en quelque sorte au dossier budgétaire et à la procédure contradictoire pour tenir lieu de motivation de l'acte administratif de tarification. Une telle hypothèse ferait du juge de la tarification, par voie d'exception, le juge de l'interprétation du CPOM. L'avenir dira si le juge du tarif recevra cette interprétation, étant précisé que ce serait sans doute pour lui la seule opportunité de conserver une réelle activité juridictionnelle.

Mais, si cette analyse devait succomber du fait de la prééminence de la valeur légale de l'article L.313-11, il pourrait alors être possible de soutenir juridiquement qu'aucun arrêté de tarification ne doit intervenir. Dès lors, le juge du tarif ne serait pas compétent pour apprécier la pertinence des tarifs, l'interprétation et la sanction du CPOM revenant au seul tribunal administratif. Cette solution présenterait sans doute des inconvénients du fait de l'encombrement de ces juridictions, de la méconnaissance de la matière tarifaire par ses juges et surtout, de l'absence de pouvoir de substitution [77]. Des solutions procédurales pourraient, dans ce cas, être recherchées par la voie des référés (expertise ou provision), mais avec les importantes réserves qui s'attachent à ces procédures d'exception du droit du contentieux administratif.

2.2 Quelles garanties et quels recours pour la tarification contractuelle ?

Les garanties attachées à la tarification contractuelle paraissent faibles en raison de la nature administrative du CPOM.

[76] Réponse à la question n°8 : « En résumé, l'arrêté annuel de tarification dans le cadre d'un CPOM doit préciser : - le montant de la dotation globalisée commune; - la quote-part de cette dotation globalisée commune pour chacun des établissements et services concernés; - les tarifs journaliers permettant la compensation interrégimes et la facturation des amendements Creton. »

[77] Alors que le juge du tarif a, lui, compétence pour réformer un tarif de lui-même.

De manière générale d'abord, la qualification de contrat administratif donne à l'administration contractante d'importantes prérogatives que l'on désigne habituellement sous l'appellation de « théorie du fait du prince »^[78] et qui lui permettent :

- d'exercer un pouvoir de direction et de contrôle sur le cocontractant. Ce pouvoir passe par la possibilité de vérifier à tout moment la bonne exécution des clauses du contrat par le cocontractant et d'exiger la communication de toute information propre à répondre à ses interrogations ;
- d'exiger non seulement la parfaite exécution des clauses du contrat, mais également la réalisation de tâches ou d'activités non prévues initialement^[79] ;
- de sanctionner le cocontractant par des sanctions pécuniaires^[80], par des sanctions coercitives consistant à substituer un tiers aux frais du cocontractant sanctionné, ou encore par une résiliation unilatérale du contrat^[81] ;
- de décider de résilier le contrat dans l'intérêt du service, en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, sous réserve des droits à indemnités des intéressés^[82]. L'insertion d'une clause devant restreindre cette possibilité serait d'ailleurs jugée illégale^[83].

L'exercice de ces prérogatives s'accompagne, toutefois, de l'obligation pour l'administration d'indemniser le cocontractant des conséquences préjudiciables des initiatives qu'elle a pu prendre et qui ont abouti, soit au bouleversement de l'équilibre du contrat, soit à sa résiliation. De même, en vertu d'une autre théorie jurisprudentielle dite « de l'imprévision », le cocontractant est fondé à obtenir de l'administration, même en l'absence de clause spécifique, le financement des surcoûts d'exécution du contrat consécutifs à une cause imprévisible et étrangère à la volonté des parties^[84]. Peut-être cette théorie pourrait-elle prendre un relief particulier si elle devait être utilisée pour obtenir la prise en compte

[78] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, coll. *Domat droit public*, éd. Monchrestien, 15^{ème} éd., n°1375 et s. ; L. FOLLIOU-LALLIOT, « Exécution du contrat administratif », *Jurisclasseur administratif* tome 8, fascicule 614.

[79] CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, GAJA 16^{ème} édition, p. 34 ; 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. p. 33. Le pouvoir de modification unilatérale du contrat par l'État a d'ailleurs été consacré par la jurisprudence européenne : CEDH, 9 décembre 1994, *Raffineries Stran et Stratis Andreadis c/Grèce*.

[80] Même en l'absence de prévisions du contrat : CE, 31 mai 1907, *Delplanque*, p. 513.

[81] CE, 6 octobre 1978, *Gotteland*, req. n°563.

[82] CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Margnac-Laval*, AJDA 1958, 2, p. 282.

[83] CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, p. 141.

[84] CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, p. 125.

d'augmentations macroéconomiques importantes telles que, par exemple, la hausse des carburants ^[165].

De manière plus précise ensuite, en l'absence de précédent jurisprudentiel sur le CPOM médico-social, il est intéressant d'examiner la valeur juridique reconnue aux engagements contenus dans des conventions analogues. L'examen du dispositif du COM sanitaire n'est pas pertinent, compte tenu de ses particularismes. En revanche, le secteur social et médico-social fournit un bon exemple avec la convention tripartite pluriannuelle, prévue à l'article L.313-12 du CASF dans le cas des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ehpad). La nature et le régime des deux contrats sont analogues, réserve faite de ce que les Ehpad ont l'obligation de conclure une convention pluriannuelle tripartite, la conclusion du CPOM étant quant à elle facultative.

Le Conseil d'État a eu à arbitrer un contentieux concernant la légalité des dispositions afférentes à la convention pluriannuelle tripartite des Ehpad. Dans un arrêt du 21 janvier 2000, il a décidé que cette convention n'avait pas de valeur juridique contraignante à l'égard des autorités de tarification, et que, s'agissant notamment du tableau pluriannuel d'évolution des effectifs annexé, elle ne constituait qu'un moyen de planification indicatif ^[166]. Cette décision s'inscrit en parfaite cohérence avec la jurisprudence afférente aux contrats de plan dont le Conseil d'État a affirmé qu'ils n'ont « aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations » prévues dans leurs clauses ^[167].

Dans un tel contexte juridique, les recours qui garantiront la tarification contractuelle seront variables selon que la question du caractère impératif de l'arrêté de tarification aura été tranchée avec celle, sous-jacente, de la compétence du juge du tarif comme interprète du CPOM par voie d'exception. Dans l'intérêt des acteurs du secteur qui seront nécessairement confrontés à des situations dans lesquelles les engagements contractuels de tarification ne seront pas

[165] Dans l'espèce de l'arrêt dit « du gaz de Bordeaux », le Conseil d'État a créé la notion d'état d'imprévision pour obliger l'Administration à prendre à sa charge les surcoûts de l'activité gazière provoqués par la hausse du prix du charbon.

[166] L'objet de la convention pluriannuelle tripartite est, selon le Conseil d'État, « d'améliorer la connaissance de l'évolution de la situation budgétaire de l'établissement, sans donner de caractère opposable aux objectifs préalablement fixés en matière d'effectifs » (CE, 1^{ère} et 2^{ème} sous-sections réunies, 21 février 2000, Uniopss, Fehap, FHF & Unccas, concl. P. Fombeur).

[167] Cf. Rapport du Conseil d'État précité, p. 362-364.

honorés ^[88], il serait préférable que le juge du tarif ne succombe pas à cette mort sur ordonnance qu'on lui avait pourtant promise ^[89].

Olivier POINSOT

^[88] Parce que la question du mode de versement de la tarification, par exécution d'un CPOM ou au terme d'une procédure réglementaire, est indépendante de celle du montant des ressources consacrées à cette tarification. De ce point de vue, il convient de rappeler que l'apparition du mécanisme contractuel n'a aucun effet sur les mécanismes de limitation des dépenses et de convergence des niveaux de charges. Un jour viendra nécessairement où les CPOM n'évolueront plus que dans la limite des enveloppes limitatives. Rappelons que cette limite, pour certaines catégories d'établissements (ex. les Esat) est actuellement déjà très inférieure au taux de l'inflation. Un peu d'espace sera sans doute donné par le fait de la concentration du secteur à laquelle la DGAS semble très attachée (passer en quelques années de 35 000 acteurs à 3 000 pour atteindre une physionomie sectorielle proche de celle du secteur sanitaire). Mais ce ne sera qu'un effet temporaire de trompe l'œil, qui bénéficiera à certains au détriment d'autres...

^[89] Le lecteur prêter attention à cette appréciation particulièrement éclairante que porte le Conseil d'État lui-même sur les intentions de l'Administration lorsqu'elle conclut des contrats administratifs : « la prolifération contractuelle et parfois l'absence de sanction juridique aux engagements souscrits constituent-elles un avantage ou un inconvénient pour l'action publique et l'édition de la norme publique ? [...] Ce débat est d'autant plus indispensable que la question est loin de faire l'unanimité dans notre pays, y compris au sein de l'Administration elle-même, et que la réponse à lui apporter suppose de lever préalablement une ambiguïté fondamentale : de quels « contrats » parle-t-on ? Les budgétaires se satisfont de la situation actuelle, qui permet d'émettre beaucoup de « fausse monnaie », et redoutent une extension de la sphère du « vrai contrat », qui entraverait l'action publique à bon marché [...] » (rapport précité, p. 477). Cette observation fait écho à une préoccupation éthique qui concerne nommément les contrats d'objectifs et de moyens : « Lorsque l'État négocie une convention d'objectifs et de moyens, on attend de lui un dialogue équilibré et non pas une attitude de recul distant, qui se concentre sur le seul aspect budgétaire. Si la tutelle s'exerce par la voie contractuelle, le cocontractant attend d'elle qu'elle porte sur les objectifs et pas seulement sur les moyens. L'éthique de la négociation implique donc de s'intéresser à l'objet final de la négociation et de désigner des représentants qualifiés comme interlocuteurs des partenaires. » (rapport précité, p. 481).