



Le nouveau régime d'autorisation

Jean-Michel Lemoyne de Forges
Professeur à
l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Dans un milieu traditionnellement hostile à une ingérence trop marquée de l'État, le principe de l'exigence d'une autorisation avant toute création, extension ou transformation d'un établissement ou service social ou médico-social n'est admis que depuis la loi du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales. Le précédent de la loi hospitalière du 31 décembre 1970 n'y était pas étranger.

L'économie générale de cette loi hospitalière a profondément évolué depuis trente ans. Or, précisément, la loi du 2 janvier 2002 a tenu compte de cette évolution : tout ce qui concerne la forme, la procédure et la portée des autorisations relève d'un mimétisme hospitalier. En revanche, les règles de fond révèlent un souci d'adaptation à la spécificité et à la diversité de la matière sociale et médico-sociale, notamment en raison des contraintes financières qui pèsent sur elle.

Aspects externes des autorisations : le mimétisme hospitalier

Par rapport aux réformes hospitalières de 1991 et de 1996, il ne s'agit évidemment pas d'une duplication parfaite, mais on en est proche, tant du point de vue du rôle des autorisations que de celui de la procédure de délivrance.

Le rôle des autorisations

Le champ d'application des autorisations est large : toute création, transformation ou extension d'un établissement est soumise à autorisation, ce qui n'est pas nouveau. En revanche, comme il l'avait fait en matière hospitalière en 1991, le législateur de 2002 innove en unifiant le régime des autorisations ; plus de distinction selon l'origine, publique ou privée, du projet ; ces autorisations sont délivrées dans les mêmes conditions, selon la même procédure et pour la même durée pour tous les promoteurs, ce qui appelle trois précisions :

- en dehors du département (et encore pour certains types d'établissements ou de services seulement), les collectivités locales perdent leur autonomie antérieure ; ainsi, lorsqu'un conseil municipal soutient un projet, il n'est plus maître de sa mise en œuvre mais le soumet aux autorités compétentes dans les mêmes conditions que le conseil d'administration d'une association ou d'une société commerciale ;

- la durée de validité de l'autorisation n'est plus indéfinie, mais uniformément limitée à quinze ans pour tous les types d'établissements ou services (art. L. 313-1). On s'est ici inspiré de la loi hospitalière de 1991, en retenant — compromis entre l'Assemblée nationale et le Sénat — une durée étrangement longue (au regard de l'objectif d'adaptation à l'évolution des besoins),

mais aussi étrangement brève (au regard de la durée d'amortissement des investissements immobiliers)...

- la nature de l'autorisation est uniformisée. Comme en matière hospitalière, il s'agit d'une simple autorisation de police, mais la cessibilité des autorisations délivrées à des personnes privées est admise (art. L. 313-1), ce qui équivaut à reconnaître une valeur patrimoniale à ces autorisations, et d'ailleurs à la pratique des promoteurs privés. Toutefois, comme dans la loi de 1975 et à la différence des autorisations hospitalières, la cession est subordonnée à l'accord de l'autorité compétente, sans d'ailleurs que le législateur ait cru devoir préciser pour quels motifs cet accord peut être refusé (ni même, par conséquent, soumettre le refus éventuel à une quelconque obligation de motivation). De même, si la loi impose l'information de l'autorité compétente pour tout changement important dans l'activité, l'installation, l'organisation, la direction ou le fonctionnement, elle ne précise pas ce qu'il faut entendre par « *changement important* » ; on peut ainsi se demander si un transfert géographique à l'identique est une « *transformation* » (soumise à autorisation) ou un « *changement important* » (relevant d'une simple information). Enfin, comme les autorisations hospitalières, les autorisations sociales sont caduques si, dans les trois ans de leur délivrance, elles n'ont pas fait l'objet d'un commencement d'exécution (art. L. 313-1) ; mais, à la différence des autorisations hospitalières, aucun délai d'achèvement n'est imposé dès lors que l'exécution a commencé.

La portée de l'autorisation est très proche de celle des autorisations hospitalières (art. L. 313-6).

En premier lieu, le décret n° 95-185 du 14 février 1995, relatif à la procédure de création, de transformation et d'extension des établissements sociaux et médico-sociaux demeurant en vigueur, l'autorisation est valable, pour quinze ans, à compter du résultat favorable d'une visite de conformité aux « *conditions techniques minimales* » d'organisation et de fonctionnement définies par décret. Bien que la loi ne le précise pas, cette visite a aussi pour objet de vérifier la conformité de la réalisation au projet qui a été présenté par le promoteur et autorisé par l'administration.

Toutefois l'article L. 313-6 prévoit une particularité pour les établissements accueillant des personnes âgées dépendantes (EHPAD) : la validité de l'autorisation est subordonnée à la conclusion de la convention pluriannuelle tripartite (établissement, département, État) instituée par ailleurs (art. L. 313-12) par la loi ; il s'agit, comme on le verra plus loin, d'établir un lien avec le financement.

En second lieu, l'autorisation vaut « *sauf mention contraire* », non seulement autorisation de dispenser des prestations prises en charge par la Sécurité sociale, comme en matière hospitalière, mais aussi habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale et, pour certains types d'activités financées par l'État, autorisation de délivrer des prestations prises en charge par l'État ; le principe est donc, à nouveau, le même que pour les

établissements de santé, mais sa mise en œuvre est adaptée à la diversité des financeurs.

Les motifs pour lesquels l'autorisation pourrait être accordée sans prise en charge par les financeurs ne sont pas précisés par la loi ; on peut penser qu'il s'agit des coûts ou de l'insuffisance des moyens financiers disponibles, alors pourtant que, comme on le verra plus loin, ces mêmes motifs peuvent justifier un refus de délivrance de l'autorisation (art. L. 313-4).

La procédure de délivrance des autorisations

Rien de comparable, ici, aux ARH : l'autorisation est délivrée, selon le type d'établissement ou de service, tantôt par le président du conseil général seul, tantôt par une autorité étatique (préfet ou ministre selon le cas), tantôt conjointement par l'État et le président du conseil général (art. L. 313-3 pour la ventilation entre ces trois hypothèses).

Mais dans tous les cas, la procédure est calquée sur celle des autorisations hospitalières. Il en va d'abord ainsi de la présentation de la demande :

- celle-ci doit être accompagnée d'un dossier justificatif dont, d'après les projets de décret d'application, le contenu est très proche de celui que prévoit le Code de la santé publique, en plus simple cependant : présentation de la personne gestionnaire (car c'est à elle que sera délivrée l'autorisation, quels que soient les montages juridiques éventuels entre propriétaire et exploitant), description du projet (y compris des conditions de l'évaluation), dossier des personnels et dossier financier ;

- la demande ne peut être présentée que durant des périodes de dépôt fixées par voie réglementaire (système des « fenêtres » familier des hospitaliers), afin de permettre la mise en concurrence de projets susceptibles de répondre aux mêmes besoins de la population (art. L. 313-2) ; si le dossier, déclaré incomplet dans le mois de son dépôt, n'a pas été complété avant la « fermeture de la fenêtre », son examen sera reporté à la période suivante.

Il en va ainsi des conditions d'examen du projet :

- la décision est précédée d'un certain nombre de consultations, variables selon l'auteur et la nature du projet, mais surtout, dans tous les cas, il est soumis à l'avis de la section sociale du comité régional de l'organisation sanitaire et sociale (ce qui correspond aux principes posés depuis 1975) ;

- la durée de l'instruction de la demande est enfermée dans un délai de six mois à l'expiration duquel, en cas de non-réponse, le projet est réputé refusé (art. L. 313-2).

Les motifs des refus implicites d'autorisation sont accessibles : le demandeur dispose de deux mois pour demander ces motifs, et l'autorité compétente d'un mois pour les lui communiquer ; si les motifs ne lui sont pas fournis dans ce délai, le refus implicite se transforme en autorisation tacite (art. L. 313-2).

Le renouvellement de l'autorisation suit une pro-

cédure plus simple et, ici, assez différente de celle qui s'applique aux autorisations hospitalières en ce que l'établissement ne prend pas l'initiative de le solliciter : le renouvellement est en effet tacite et automatique, sauf si l'autorité compétente, un an au moins avant la date d'expiration de la validité de l'autorisation précédente, enjoint à l'établissement ou au service de présenter, dans un délai de six mois, une demande de renouvellement (art. L. 315-5).

On peut comprendre cette méthode qui permet d'éviter que les services administratifs soient submergés par des demandes qui, en fait, ne soulèvent aucune difficulté particulière. Mais, du même coup, on comprend moins bien que le renouvellement soit tacite en l'absence de réponse six mois après le dépôt de la demande (art. L. 313-5, al. 2) : par hypothèse, si l'établissement est contraint de solliciter le renouvellement, c'est que son évaluation n'est pas satisfaisante ; dans ces conditions, on aurait mieux compris la nécessité d'une autorisation expresse justifiée par un engagement d'améliorer le fonctionnement de l'établissement ou du service.

Aspects internes des autorisations : l'adaptation aux spécificités du secteur social et médico-social

Les conditions de fond de la délivrance de l'autorisation ne s'inspirent que très partiellement de la législation hospitalière. En effet, au-delà de l'exigence de conformité aux normes techniques d'organisation et de fonctionnement précisé par l'article L. 313-4, la confrontation de la demande aux besoins de la population est effectuée différemment ; et surtout, le régime des autorisations intègre la contrainte financière.

La réponse aux besoins de la population

En l'absence d'équivalent de la carte sanitaire, c'est évidemment le seul schéma d'organisation sociale et médico-sociale pertinent dans le domaine considéré (enfants handicapés, personnes âgées, etc.) qui peut être utilisé pour justifier une autorisation par la réponse aux besoins quantitatifs et qualitatifs de la population : ainsi la première condition de délivrance est-elle que le projet doit être « compatible avec les objectifs » et répondre aux « besoins sociaux et médico-sociaux fixés par le schéma » (art. L. 313-4-1°).

Dès lors que le texte ne vise que les notions, assez vagues, de compatibilité et de réponse aux besoins, l'étendue du pouvoir d'appréciation de l'administration est évidemment considérable. Tout dépendra en réalité du degré de précision du schéma.

L'intérêt principal de la réglementation relative aux conditions de délivrance des autorisations est la place faite à la qualité de la réponse aux besoins.

En premier lieu, l'autorisation initiale ne peut être accordée que si le projet prévoit les « démarches d'évaluation » prévues par l'article L. 312-8, ainsi que les systèmes d'information prévus par l'article L. 312-9. Il s'agit donc de satisfaire à l'obligation d'évaluation interne et externe, inspirée des réformes hospitalières



de 1991 et 1996, mais avec une différence importante puisque, en l'absence d'équivalent à l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, l'évaluation externe peut être effectuée par un organisme habilité par le ministre chargé de l'Action sociale (art. L. 312-8).

En deuxième lieu, le renouvellement de l'autorisation, qui peut être total ou partiel, est « *exclusivement subordonné* » aux résultats de l'évaluation externe (art. L. 313-1). La différence avec la législation hospitalière est ici frappante puisque celle-ci prévoit, pour le renouvellement des autorisations hospitalières, une condition de compatibilité avec les objectifs du schéma d'organisation sanitaire dont on ne retrouve pas le pendant dans la loi du 2 janvier 2002.

En troisième lieu, l'autorisation ou son renouvellement peuvent être assortis de conditions particulières imposées par l'autorité administrative « *dans l'intérêt des personnes accueillies* » (art. L. 313-4). Cette disposition un peu mystérieuse ne peut pas être considérée comme le pendant de l'article L. 6122-7 du CSP qui, en matière hospitalière, permet à l'administration d'imposer des conditions dans l'intérêt de la santé publique en général et non dans celui des hospitalisés.

Enfin, l'article L. 313-7 prévoit la possibilité de délivrer des autorisations, d'une durée maximale de cinq ans et renouvelables une seule fois, présentant un « *caractère expérimental* ». Rien ne précisant sur quel point l'expérimentation peut porter (financier, technique ou autre), cette disposition permet de proposer des innovations destinées à améliorer la qualité du service rendu à certains types de population.

La prise en compte de la contrainte financière

L'aspect le plus original du régime des autorisations sociales et médico-sociales est sans doute la possibilité de refuser l'autorisation pour des raisons purement financières, qui n'existe pas en matière hospitalière.

En premier lieu, en effet, l'autorisation peut être refusée au seul motif que le coût de fonctionnement serait « *hors de proportion avec le service rendu ou les coûts des établissements et services fournissant des prestations comparables* » (art. L. 313-4-3°). Or, en matière hospitalière, la même situation peut seulement conduire à assortir l'autorisation de l'exclusion de toute prise en charge par l'assurance maladie (art. L. 6122-4 du CSP, avec, d'ailleurs, une rédaction légèrement différente de la condition de coût excessif). De plus, ce motif possible de refus doit être combiné avec la possibilité, offerte par l'article L. 313-6, de délivrer l'autorisation sociale ou médico-sociale sans prise en charge financière par le département, l'État ou la Sécurité sociale. La marge de manœuvre de l'autorité administrative est donc plus importante qu'en matière hospitalière.

En second lieu, il est possible de refuser l'autorisation pour incompatibilité du « *coût de fonctionnement en année pleine* » avec les budgets sociaux des collectivités locales, de l'État ou des organismes de Sécurité sociale (art. L. 313-4-4° et art. L. 313-8). Cette possibilité est à

première vue du plus élémentaire bon sens si l'on veut maîtriser l'évolution des dépenses sociales mieux qu'on ne sait le faire pour les dépenses de santé. Mais elle est d'application difficile et pourrait être à l'origine de nombreux contentieux dans la mesure où l'article L. 313-4-4° vise expressément les dotations arrêtées au titre de l'exercice correspondant à la date de l'autorisation : il y aura souvent un délai de plusieurs années entre la date de l'autorisation et l'ouverture effective de l'établissement ou du service, de sorte que les dotations relatives à l'exercice correspondant à la date de l'autorisation ne renseignent guère sur celles qui seront adoptées au moment du fonctionnement effectif de l'établissement ou du service. Les autorités compétentes en matière de délivrance des autorisations devront donc faire preuve de la plus grande prudence, sans disposer de tous les éléments d'appréciation.

Cette prise en compte de la contrainte financière a conduit le législateur à prévoir un double système de liste d'attente.

Le premier système (art. L. 313-4, al. 7) répond à l'inconvénient qui vient d'être exposé : un coût prévisionnel de fonctionnement, justifiant à l'origine un refus d'autorisation, peut se révéler compatible, en tout ou partie, avec les budgets sociaux dans les trois années suivantes ; il est alors possible de délivrer l'autorisation totalement ou partiellement, sans reprendre l'instruction de la demande.

Le second système correspond au « *classement* » prévu aux articles L. 313-2, al. 4 et L. 313-4, dernier alinéa : lorsque les moyens financiers disponibles ne permettent pas de financer la totalité des projets présentés, un classement par ordre de priorité au regard du contenu du schéma d'organisation sociale et médico-sociale (selon des critères fixés par décret en Conseil d'État) est établi par l'autorité compétente pour le type d'établissement ou de service considéré. Ce classement, dont on ne sait trop s'il interviendra avant ou après consultation du Cross, devrait être publié, et il est prévu qu'il sera révisé chaque année ainsi que lors de la révision ou du renouvellement du schéma. C'est dire si l'on s'attend à des périodes d'attente qui pourraient être longues...

Conclusion

Ainsi, directement inspirée de la législation hospitalière, la loi du 2 janvier 2002 a, en matière d'autorisation, dû s'adapter aux contraintes propres à la matière sociale et médico-sociale. Le résultat de cet effort d'adaptation est passablement complexe. Il le sera plus encore lorsque, notamment pour les établissements habilités à accueillir des personnes âgées dépendantes, il faudra le combiner avec le mécanisme des conventions pluriannuelles (art. L. 313-11 et 12) et tenir compte des inquiétudes suscitées par l'impact financier de l'allocation personnalisée d'autonomie. ■