



HAL
open science

Le paravent des paradoxes

Olivier Poinot

► **To cite this version:**

Olivier Poinot. Le paravent des paradoxes : Quelques libres propos sur le recours au contrat dans l'action sociale et médico-sociale institutionnelle. Cahiers de l'Actif, 2009, mai-juin 2009 (396/397), pp.9-18. hal-01063841

HAL Id: hal-01063841

<https://hal.science/hal-01063841>

Submitted on 17 Jul 2015

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.

Le paravent des paradoxes

(quelques libres propos sur le recours au contrat dans l'action sociale et médico-sociale institutionnelle)

Olivier POINSOT
Avocat au Barreau de Montpellier
Chargé de cours à l'Université

Résumé : observateur attentif du droit des institutions, l'auteur propose une réflexion sur les imperfections du recours au contrat dans la loi du 2 janvier 2002, en l'alimentant d'exemples concrets tirés de sa pratique de conseil au service des organismes gestionnaires. Selon lui, les critiques imputables au contrat de séjour et au CPOM sont le symptôme des grands paradoxes actuels des politiques sociales.

3 janvier 2002 au matin : au terme de plusieurs années de débats sur la fameuse « réforme de la loi de 1975 », le *Journal officiel* publie enfin la loi n° 2002-2 signée la veille par le Président de la République. Une nouvelle ère débute, dont les acteurs peinent à discerner exactement l'étendue des bouleversements qu'elle recèle. Des prophètes de malheur ont annoncé la standardisation des pratiques, l'objectivation à outrance d'une évaluation à visée essentiellement comptable, la disparition de l'inventivité technique et de l'engagement professionnel. D'impénitents optimistes ont, dans un autre jargon, loué la disparition de la prise en charge institutionnelle pluridisciplinaire et l'avènement corrélatif d'un accompagnement multidisciplinaire plus anthropocentré, célébré l'heureuse perspective d'une valorisation des pratiques – et de leurs acteurs – par la mesure de leur efficacité, placé enfin leurs espoirs dans un rééquilibrage des relations entre la puissance publique, les institutions et les personnes accueillies. Comme si l'on rejouait la querelle d'Hernani, les Anciens – « antis » de la loi sociale de 1975 – poursuivant leur combat contre le droit liberticide et l'Etat policier, les Modernes comptant dans leurs rangs tout ceux qui, des enfants de monsieur Lenoir, pensaient avoir réussi à tuer le père.

3 janvier 2002 au matin : au terme de plusieurs mois de vifs débats sur les bancs des assemblées parlementaires, l'édifice législatif inscrit à son frontispice le nouvel article L. 311-1 du Code de l'action sociale et des familles (CASF) : l'action sociale et médico-sociale institutionnelle n'est pas un service public, elle se définit seulement par la poursuite de missions d'intérêt général et d'utilité sociale. Le combat du député Terrasse pour une mise en cohérence du droit avec la réalité a fait long

feu ; le rappel par monsieur Morange, deux ans plus tard, de ce que fut la volonté du législateur n'y changera rien.¹

Ce refus de considérer l'action sociale et médico-sociale institutionnelle dans sa véritable dimension politique, juridique et sociale va interroger le positionnement des établissements et des services à l'égard de leurs interlocuteurs essentiels que sont, en aval, les usagers et, en amont, la puissance publique. Et c'est alors fort opportunément que l'on voit luire, au fond de la caisse à outils légale et réglementaire toute neuve, l'outil parfait : le contrat. Ou plutôt les contrats car il y en a au moins deux principaux.

D'abord, le contrat de séjour de l'article L. 311-4, qui doit révolutionner le rapport des professionnels avec la personne accueillie et sa famille. On profite de l'occasion, poussés il est vrai à la réaction par le récit médiatique de quelques exemples horribles de maltraitance,² pour découvrir avec ravissement que la personne vulnérable – qu'elle soit handicapée, âgée ou en situation d'exclusion – est un sujet de droit et que le lien juridique qui l'unit avec celles et ceux qui l'accompagnent est d'essence contractuelle.

Ensuite, le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens (CPOM) de l'article L. 313-11, dont l'objet est de permettre une mise en adéquation des moyens aux missions dans le respect des schémas, du projet d'établissement et dans le cadre des coopérations utiles. Il faut préciser ici que, jusqu'à l'ordonnance n° 2005-1477 du 1^{er} décembre 2005 et à la circulaire du 18 mai 2006,³ le CPOM ne vivra qu'une existence discrète, pouvoirs publics et organismes gestionnaires étant concentrés sur la mise en œuvre prioritaire des textes d'application de la loi nouvelle qui concernent notamment le droit budgétaire et les droits des usagers.

1. Le contrat de séjour ou le paradoxe de l'imperfection contractuelle imposée ?

C'est donc d'abord le contrat de séjour qui retient l'attention avec, en particulier, la promulgation de l'article D. 311⁴ décrivant le contenu du contrat de séjour et du document individuel de prise en charge (DIPC). D'emblée, le nouveau dispositif contractuel appelle la critique pour des raisons à la fois juridiques et pratiques.⁵

La réglementation nouvelle opère une discrimination entre les usagers en fonction des catégories d'établissements : seuls se voient proposer un contrat de séjour les personnes accueillies dans un établissement comprenant une activité d'hébergement et dont la durée de la prise en charge excède deux mois de manière continue ou non. Mais par ailleurs, dans une catégorie d'établissements donnée, seuls sont titulaires du contrat de séjour les personnes qui l'ont signé dans le délai d'un

¹ P. Morange, rapport AN n° 1776 du 28 juillet 2004, spéc. p. 80.

² C'est l'époque des affaires dites « de l'APAJH de l'Yonne ».

³ Circulaire DGAS/SD/5B 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.

⁴ Décret n° 2004-1274 du 26 novembre 2004.

⁵ O. Poinot, « De la contractualisation des relations avec les usagers », *Direction(s)* n° 18, avril 2005, p. 47-48 ; « Le séjour vaut contrat », *Direction(s)* n° 32, juillet-août 2006, p. 12 ; « Etablissement social ou médico-social : admission, contrat de séjour et obligation de sécurité », *JCP A* 2006, p. 1134-1137 ; « Le contrat de soutien et d'aide par le travail », *Droit & Santé* n° 17, mai 2007, p. 276-300, spéc. p. 293 et s.

mois suivant leur admission ; ceux qui en ont refusé les termes se voient remettre un DIPC qui ne requiert pas leur consentement mais dont le contenu est quasiment identique à celui du contrat de séjour. Or, ces dispositions règlementaires sont contraires à la jurisprudence du juge judiciaire selon laquelle le lien contractuel entre la personne accueillie et l'organisme gestionnaire est formé du seul fait de l'admission, c'est-à-dire le jour de l'entrée dans l'établissement. D'autres difficultés juridiques apparaissent, par exemple au gré d'inspections qui conduisent l'Administration à se prononcer sur la qualification du contrat de séjour et à refuser l'augure d'un contrat civil. Pourtant la plupart des commentateurs voient dans ce contrat un contrat de louage d'ouvrage – plus connu sous le vocable contemporain de contrat d'entreprise – dont l'objet est de délivrer une prestation de service.⁶ L'utilisateur doit alors être considéré comme un client engagé dans une relation contractuelle de droit civil mais alors, comment déterminer le régime juridique du paiement du prix du contrat ?⁷ Et se pose également la question du statut de la personne accueillie car, du fait notamment de l'attribution par la loi nouvelle d'une compétence de contrôle à l'Administration de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, l'utilisateur mérite désormais d'être considéré comme un profane qui doit bénéficier des règles protectrices du droit de la consommation.⁸ Enfin, une difficulté apparaît quant à la définition du périmètre même des engagements contractuels : *quid* de la valeur des éléments contenus dans le projet d'établissement et dans le règlement de fonctionnement, alors même que le respect de ces données conditionne nécessairement la délivrance des prestations attendues ? N'y a-t-il pas là matière à caractériser un contrat d'adhésion ?⁹ Bref, en s'engageant sur la voie du contrat de séjour sans avoir pris la peine d'en mesurer et d'en maîtriser les aspects de technique juridique, l'autorité réglementaire a ouvert une véritable boîte de Pandore dont tous les avatars ne se sont pas encore échappés. Certaines des premières solutions jurisprudentielles peuvent laisser songeur lorsque par exemple, il est jugé que l'utilisateur d'un établissement géré par un centre communal d'action sociale (CCAS) n'a pas une relation réglementaire avec cet établissement public administratif mais une relation contractuelle.¹⁰

A ces incohérences juridiques s'ajoute le constat, par nombre de professionnels, du caractère artificiel de la démarche contractuelle. S'ils n'en nient pas le bienfondé par principe – car les équipes n'avaient pas attendu la proclamation de 2002 pour considérer les personnes accueillies comme des sujets de droit à part entière – ils vont très tôt mesurer le caractère limité de son application concrète. En effet, la réalité des capacités de nombre d'utilisateurs s'accommode mal de la fiction du consensualisme, dont la mise en acte repose sur l'égale aptitude des cocontractants à exercer leur libre arbitre, à former leur volonté et à exprimer leur consentement. Cette question de l'adéquation entre capacité juridique à aptitude à la volition se dévoile sous le jour cru de la prise en

⁶ J.-M. Lhuillier, *Le droit des usagers dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux*, éd. ENSP, 2^{ème} éd., p. 96.

⁷ La solution consiste dans le fait de recourir à la subrogation légale (article 1251, 3^o du Code civil) : la sécurité sociale, l'Etat ou le Conseil général –selon les financements mobilisés – interviennent pour le compte de la personne accueillie, au titre de l'obligation au paiement à laquelle ils sont tiers subrogés par l'effet de dispositions légales spécifiques qui relèvent, selon les cas, du droit de la sécurité sociale ou du droit de l'aide sociale.

⁸ Cette reconnaissance expresse de la compétence de contrôle de la DGCCRF (article L. 313-21 CASF) n'est pas la seule justification de l'entrée du contrat de séjour dans le champ d'application du droit de la consommation. En effet, l'application des critères légaux et jurisprudentiels aboutit aussi à cette conclusion : Y. Picod et H. Davo, *Droit de la consommation*, Armand-Colin 2005, n^o 31 à 38. Ainsi le consommateur est-il généralement défini comme « *une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour son usage non professionnel* ».

⁹ Les critères du contrat d'adhésion sont les suivants : 1^o une inégalité économique ou sociale entre les parties, 2^o l'offre contractuelle est présentée à toute une population en termes identiques, généraux et impersonnels et 3^o la responsabilité de la formulation de cette offre incombe exclusivement l'une des deux parties (F. Terre, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit des obligations*, coll. Précis droit privé, éd. Dalloz, n^o 196).

¹⁰ CAA NANTES, 18 mai 2007, *M. René X... c/ CCAS de Saint-Malo*, n^o 06NT00419.

charge des personnes adultes atteintes de déficience intellectuelle ou encore de polyhandicap ; en effet, comment prendre position en tant que directeur ou directrice lorsqu'à l'exception de la tutelle complète, aucune mesure de protection ou de représentation ne confère de compétence à un tiers pour signer le contrat en lieu et place de la personne concernée ?¹¹ Mais d'autres préoccupations très pratiques sont identifiées par les acteurs de terrain : à quel niveau de précision doit-on situer la description des prestations que l'établissement s'engage à dispenser ? Alors que la loi demeure silencieuse sur ce point, peut-on contractualiser l'accord de la personne accueillie sur le processus de partage des informations personnelles entre les membres de l'équipe ? Le contrat de séjour peut-il servir d'outil éducatif et prévoir des sanctions en cas d'abus manifeste tel qu'un absentéisme habituel important ? Peut-il servir de vecteur d'information probant pour prévenir la tentation de certaines familles de faire réaliser, à l'insu des professionnels, des prestations remboursées directement par la sécurité sociale, par exemple des séances de rééducation ou des transports en ambulance ?

Et comme si tout cela ne suffisait pas, la promulgation de l'article D. 311-0-1¹² afférent au contrat de soutien et d'aide par le travail propre aux nouveaux établissements et services d'aide par le travail (ESAT) est venue ajouter à la complexité sinon à la confusion, privant les directeurs d'établissement du pouvoir de résilier le contrat – et de prononcer la sortie – et organisant un dispositif contraignant qui affaiblit la pertinence éducative de la prise en charge¹³ et alourdit par méfiance le processus administratif sans pour autant présenter une réelle utilité.¹⁴ Au final, voilà un *corpus* supplémentaire de normes, propre aux seuls ESAT, dont la lisibilité et l'effectivité ne sont pas les vertus cardinales et dont la cohérence avec le droit commun du contrat de séjour n'est pas toujours avérée.¹⁵

En définitive, alors que l'objectif de la contractualisation des relations entre les organismes gestionnaires et les personnes accueillies était d'aboutir à une clarification des rôles et à une définition objective des responsabilités, l'*instrumentum* juridique qui a été mis en œuvre porte en lui de nombreux vices que les praticiens du droit devraient se faire forts d'exploiter, faisant écho dans les prétoires à des insatisfactions dont toutes ne sont pas objectivables au regard de la qualité de la prise en charge ; certaines sans doute seront induites par la situation même des personnes concernées et les professionnels savent bien, d'expérience, ce qui pourrait se jouer ici dans l'ordre symbolique. Aboutir à de telles craintes au regard de la pureté des intentions initiales du législateur, c'est évidemment faire le constat d'un premier paradoxe flagrant – et déplorable.

¹¹ Cette difficulté qui n'avait manifestement pas été anticipée devrait maintenant appartenir au passé depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

¹² Décret n° 2006-1752 du 23 décembre 2006.

¹³ C'est le cas du maintien de la rétribution du travailleur handicapé en cas de suspension.

¹⁴ Ainsi par exemple de l'obligation de communiquer systématiquement tout contrat de soutien et d'aide par le travail nouvellement signé à la DDASS. La majorité des fonctionnaires de ces services que nous avons rencontrés à l'occasion de formations reconnaissent eux-mêmes que cette transmission ne présente aucun intérêt et que les contrats envoyés par les ESAT ne font l'objet d'aucun examen.

¹⁵ Pour une analyse plus détaillée du régime de ce contrat : O. POINSOT, « Le contrat de soutien et d'aide par le travail », déjà cité.

2. Le CPOM ou le paradoxe du bonheur malgré soi ?

Fruit des expérimentations conduites en 1999 dans le secteur des personnes âgées,¹⁶ très fortement inspiré des outils de régulation apparus auparavant dans le secteur sanitaire avec l'ordonnance Juppé du 24 avril 1996, le CPOM est né le 2 janvier 2002 dans l'indifférence la plus totale, d'autant qu'il était alors présenté comme un dispositif de coopération facultatif. A compter de la fin de l'année 2005, l'Administration centrale va faire de ce contrat l'un de ses chevaux de bataille dans le grand plan stratégique de restructuration et de concentration du secteur que dévoile la circulaire du 18 mai 2006. Il n'est pas question ici d'examiner en détail le régime juridique de ce contrat¹⁷ sauf pour rappeler que rien ne garantit pour l'heure que par ses stipulations, il engage valablement les tarificateurs : le précédent jurisprudentiel afférent aux conventions pluriannuelles tripartites n'a reconnu à ce type d'« engagements » qu'une valeur indicative et non impérative.¹⁸

Il importe à cet égard de préciser que, d'un point de vue financier, le recours au CPOM a pour objet de rendre définitivement opposable le caractère limitatif des dépenses exposées pour la gestion des établissements et services. L'objectif poursuivi est en effet, par la dotation globalisée commune, d'organiser une prévisibilité des charges qui soit à la fois globale – sur plusieurs établissements voire sur un organisme gestionnaire entier, siège social compris– et pluriannuelle, ce qui revient à transférer sur l'organisme gestionnaire le rôle du tarificateur comme garant du respect d'une enveloppe fermée.¹⁹ Et c'est là que le bât blesse puisqu'un tel dispositif, en l'état actuel du droit du financement de l'action sociale et médico-sociale institutionnelle, est par hypothèse voué à l'échec à court terme. L'explication en est simple : compte tenu du caractère annuel de la définition des objectifs de dépenses (assurance maladie relayée par la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie ou CNSA, Etat, Conseils généraux), les tarificateurs qui invitent à la négociation des CPOM ne sont pas en mesure d'honorer les engagements tarifaires qu'ils prennent au-delà de la fin de l'année en cours. Le CPOM ne peut donc prendre que des allures de chèque en blanc ou, plutôt, de chèque sans provision.

Alors, pour populariser l'outil, on joue sur des effets d'aubaine (c'est la fameuse « sanctuarisation des crédits »), on admet des clauses d'indexation qui font référence à des taux d'évolution très favorables. On peut ou ... On a pu car les dernières instructions ministérielles sont très claires et les temps sont apparemment sur le point de changer : *« il faut rappeler et souligner que le CPOM est un outil au service d'une politique globale de structuration du secteur. Ce n'est donc pas un outil de rebasage et les enveloppes dédiées au soutien de cette politique ne doivent pas être utilisées*

¹⁶ Cette allusion concerne naturellement les conventions pluriannuelles tripartites que les organismes gestionnaires des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) ont l'obligation de conclure avec les tarificateurs (Etat, Conseil général) à partir d'un certain seuil d'activité défini en fonction de la capacité ou du GIR moyen pondéré (GMP).

¹⁷ Pour plus de détails, le lecteur pourra se reporter à : O. POINSOT, « Les CPOM : l'œil du juriste », *Cahiers de l'UNIOPSS* n° 20, septembre 2008, p. 59-78.

¹⁸ CE, 21 février 2000, *UNIOPSS, FEHAP, FHF & UNCCAS*, concl. P. Fombeur.

¹⁹ Sur ce point, une observation tirée de l'expérience doit être immédiatement formulée : il serait hasardeux de conclure un CPOM dans lequel la pluriannualité serait prévue mais pas la globalisation car c'est en fait cette dernière qui permet de « lisser » les écarts entre déficits et excédents.

comme telles ». ²⁰ Ces mêmes consignes sont éclairantes tant sur les objectifs poursuivis ²¹ que sur les critères d'évaluation en cours ou en fin de contrat. ²² Si le contexte est plus tendu, politiquement ou financièrement, alors le discours change et la menace d'un refus d'autorisation du siège social est avancée en même temps que peut être proposée la constitution d'un groupement de coopération sociale et médico-sociale (GCSMS) à de fins de fusion ou de transfert d'agrément ; le débat se déplace sur le terrain glissant de la gouvernance... Enfin, si la situation est devenue critique, alors on rejette toute sollicitation de l'organisme gestionnaire tendant à la négociation d'un CPOM et on feint de n'avoir pas reçu son dossier de demande d'autorisation du siège social. Au pire, les fonctions de contrôle sont dévoyées – c'est un risque inévitable dès lors que les mêmes agents sont en charge à la fois de la tarification et de l'exercice du pouvoir de police – et peuvent aboutir au prononcé d'un arrêté de fermeture illégal qui sera annulé, plus tard, par le juge administratif ; entre-temps, l'organisme gestionnaire aura été placé en redressement judiciaire et son directeur général licencié ...

La négociation du CPOM est aussi l'occasion de conduire l'organisme gestionnaire candidat à se soumettre à la logique de la convergence tarifaire, dont l'hypothèse de départ consiste à présupposer que, dans une catégorie d'établissements ou de services donnée au sens du I de l'article L. 312-1 du CASF, tous les établissements sont comparables. C'est sans doute là qu'apparaît de la manière la plus criante ce vice majeur du raisonnement car enfin, tous les professionnels savent bien qu'il n'y a pas deux projets institutionnels identiques ni, pour une population donnée, une seule option technique de prise en charge ou d'accompagnement.

Une autre observation peut être formulée qui témoigne de la pertinence du CPOM en tant qu'outil de restructuration. Dès lors que la contractualisation du tarif a pour effet de libérer l'autorité de tarification de l'exercice de sa compétence, alors la situation est parfaitement analogue à celle des établissements financés par application des tarifs plafonds, autre hypothèse dans laquelle le tarificateur est déchargé de ses attributions. Or en la matière, l'orientation actuelle des pouvoirs publics est claire : « *la discussion sur les ressources devient obsolète et celles sur les dépenses devient sans objet : les dépenses des ESMS doivent s'inscrire dans le respect de cette ressource sauf à être prêt à assumer un déficit a priori inopposable au tarificateur (hors circonstances exceptionnelles ou causes exogènes de dépassement budgétaire)* ». ²³ Autrement dit, soit les objectifs financiers du CPOM pourront être tenus, soit l'organisme gestionnaire en assumera les conséquences sur ses fonds propres, quitte à devoir déposer le bilan avant d'être soit repris, soit liquidé.

Enfin, la promotion des CPOM s'inscrit dans un contexte plus global de profonde mutation du droit budgétaire dont le dernier acte date de la fin de l'année 2008. Cette fin d'année aura été riche de

²⁰ Circulaire interministérielle DGAS/5B/DSS/1A n° 2009-51 du 13 février 2009 relative aux orientations de l'exercice 2009 pour la campagne budgétaire des établissements et services médico-sociaux accueillant des personnes âgées et des personnes handicapées, annexe IV, point 2, *BO Santé* n° 2009/3 du 15 avril 2009, p. 389.

²¹ Le CPOM ne pourra être conclu qu'avec une structure d'une taille critique minimale (notion de « point mort » à 6 établissements, 320 places et 150 ETP), le financement du siège sera apprécié par rapport à un taux médian de 3,6 %, l'évolution de la masse salariale sera appréciée au prisme d'une démarche de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC), le plateau technique devra être optimisé en volume et en qualifications, l'offre devra si nécessaire être restructurée dans une logique de filière sur un territoire donné.

²² Cette évaluation portera sur l'activité, l'inscription dans une logique de convergence tarifaire et sur la gestion des résultats des établissements et du siège par l'organisme gestionnaire.

²³ Circulaire du 13 février 2009 précitée, annexe II, point I.B, *BO* p. 386.

surprises puisqu'avec la promulgation de la loi de finances de l'Etat pour 2009²⁴ et de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009,²⁵ la procédure budgétaire a presque totalement disparu : à l'occasion de l'institution des tarifs plafonds, finies les propositions budgétaires, la procédure contradictoire et la décision d'autorisation budgétaire et de tarification. Seule demeure la notification par le tarifificateur d'un état prévisionnel des recettes et des dépenses (EPRD), c'est-à-dire d'une enveloppe dont l'établissement ou le service devra faire son affaire. Alors la question pourrait aussi se poser de cette manière : à quoi bon vouloir rester en tarification règlementaire ?

Finalement, il faut constater que les diverses circulaires de la DGAS afférentes au CPOM ne s'étendent guère sur la question des objectifs mais privilégient plutôt la question des moyens. C'est pourquoi la présente évocation critique du régime du CPOM voudrait souligner le paradoxe du recours à l'outil contractuel contre lequel le Conseil d'Etat avait mis en garde dans son rapport public de 2008 consacré aux contrats administratifs : « *Lorsque l'Etat 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* ». ²⁶ En l'espèce, il est patent que le recours à la contractualisation sert des objectifs d'abord financiers. Et au demeurant, l'objectif d'une restructuration du secteur sert, lui aussi, des considérations essentiellement financières.

Voilà donc le paradoxe du CPOM, dénoncé depuis plusieurs mois par certaines fédérations du secteur : c'est un contrat mais qui ne lie pas les parties, dont la signature n'est pas obligatoire mais qui est imposée en fait, et qui doit porter autant sur les objectifs que sur les moyens de l'activité mais, quand même ... plus sur les moyens. ²⁷

3. La contractualisation, un symptôme des paradoxes actuels des politiques sociales ?

Dans son *Crépuscule des pensées*, CIORAN affirmait non sans ironie qu'« on ne peut expliquer un paradoxe, non plus qu'un éternuement. D'ailleurs, le paradoxe n'est-il pas un éternuement de l'esprit ? ». Mais le recours à la contractualisation dans l'action sociale et médico-sociale institutionnelle ne procède pas d'un simple éternuement. Il s'explique. Et l'une au moins des raisons est que l'institution contractuelle a été employée en guise de paravent des grands paradoxes actuels qui affectent les politiques sociales.

Premier paradoxe : confronté à l'enjeu des ressources, le secteur social et médico-social subit des régulations analogues à celles du secteur sanitaire alors qu'il s'en distingue radicalement par la nature même de ses activités. Il ne s'agit pas de soutenir ici que l'action sociale et médico-sociale ne trouverait pas sa place dans une politique de santé publique, c'est d'ailleurs le cas depuis la loi du 9 août 2004. ²⁸ Mais il s'agit de soutenir que rien ne permet d'affirmer que le secteur sanitaire constituerait *a priori* un modèle pertinent dont les solutions seraient transposables *ne varietur* au

²⁴ Loi n° 2008-1425 du 27 décembre 2009.

²⁵ Loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008.

²⁶ CE, Rapport public pour 2008, p. 481.

²⁷ Le paradoxe va s'amplifier, du reste, avec la promulgation prochaine de la loi relative aux hôpitaux, aux patients, à la santé et aux territoires (HPST) puisque la conclusion de CPOM va devenir impérative pour les établissements atteignant certains seuils réglementaires.

²⁸ Loi n° 2004-806 du 9 août 2004 ayant introduit un nouvel article L. 1411-1 dans le Code de la santé publique. C'est pourquoi l'annonce par certains, sur un ton prophétique, de l'imminence de l'entrée du secteur médico-social dans le monde de la santé du fait de la loi HPST paraît quelque peu anachronique ...

secteur médico-social. La résolution de ce paradoxe est politique mais la division des instances représentatives nationales et le relatif désintérêt du public – qui se focalise sur l'hôpital – n'incite guère à l'espoir.²⁹

Deuxième paradoxe : la personne accueillie est cliente de prestations dont la conformité et la qualité engagent la responsabilité contractuelle de l'établissement qui l'accueille mais, du fait de l'insuffisance des places disponibles, elle ne peut faire jouer la concurrence et doit donc se résigner – tel un gréviste japonais – à demeurer là où l'offre contractuelle ne lui convient pas ou, encore, là où le contrat a été mal exécuté. Ce paradoxe paraît difficile à résoudre dans l'immédiat. D'une part, il paraît peu probable qu'une augmentation significative du nombre des places disponibles intervienne, assortie d'une répartition plus harmonieuse sur le territoire. D'autre part, il semble peu crédible que la loi ou la jurisprudence évolue pour modifier le statut de la personne accueillie, sauf à reconnaître la mission de service public du secteur. Aujourd'hui, tous les critères juridiques sont réunis,³⁰ seule manque la volonté politique. Peut-être les réflexions sur l'applicabilité de la directive *Bolkestein* aux activités sociales et médico-sociales pourraient-elles conduire à une remise en cause fructueuse.³¹

Troisième paradoxe : la loi proclame la nécessité d'apporter une réponse personnalisée aux besoins des personnes vulnérables³² et, dans le même temps, les acteurs doivent converger – et le mot n'est pas neutre – vers un standard de financement dont la caractéristique essentielle est celle de la prédétermination et du caractère fini des ressources. Or jusqu'à présent, le juge du tarif a toujours résisté à la minoration des budgets en raison d'enveloppes limitatives ou au nom de taux directeurs, privilégiant la logique de la réponse aux besoins.³³ On pourrait espérer que les juridictions de la tarification sanitaire et sociale s'approprient les EPRD des tarifs plafonds ainsi que les notifications d'avenant tarifaire des CPOM comme autant de possibles objets contentieux, ce qui permettrait alors de plaider le maintien de la notion souveraine de dépense justifiée par l'activité.³⁴

L'énoncé de ces incohérences n'a pas pour objet de susciter la résignation ; l'important est d'avoir conscience des difficultés et, dans la vie pratique, de bien connaître les techniques contractuelles et leurs enjeux pour les manier de la manière la plus appropriée.

²⁹ Une préoccupation peut par ailleurs être exprimée à l'égard du devenir du secteur privé à but non lucratif. En effet, l'évolution du monde sanitaire jusqu'à la tarification à l'activité et le développement des mécanismes d'assurance santé par capitalisation pourraient faire craindre l'ouverture au secteur marchand ; la tendance s'est déjà engagée avec la dérèglementation des services d'aide à la personne.

³⁰ Cette affirmation ne procède pas d'un parti pris mais résulte de la lecture des conclusions prises par madame Célia VEROT sous CE, 22 février 2007, *Assoc. APREI*.

³¹ L'état d'avancement des travaux de la mission Thierry sur les SSIEG n'interdit pas cette perspective., v° sur notre blog (www.avocats.fr/space/olivier.poinsot).

³² Articles L. 116-1 et L. 116-2 CASF.

³³ Pour un exemple récent : CNTSS, 11 avril 2008, *Préfet de l'Aisne c/ Assoc. « Maison de retraite Saint Vincent de Paul »*, n° A.2003.002 et A.2003.092.

³⁴ Par opposition à celle de dépense injustifiée ou excessive.