



MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS ET DE LA SANTÉ
SECRETARIAT D'ÉTAT CHARGÉ DES PERSONNES HANDICAPÉES

Direction générale de la cohésion sociale
Sous-direction des affaires financières
et de la modernisation
Bureau des affaires juridiques
Personne chargée du dossier : Pauline DUARTE
tél. : 01.40.56.71.72
mél. : pauline.duarte@social.gouv.fr

La ministre des solidarités et de la santé

à

Mesdames et Messieurs les directeurs généraux des agences
régionales de santé,

Mesdames et Messieurs les préfets de région,
Directions régionales de la jeunesse, des sports et de la
cohésion sociale,
Direction régionale et interdépartementale de l'hébergement
et du logement Ile de-France,
Directions de la jeunesse, des sports et de la cohésion sociale
outre-mer

Mesdames et Messieurs les préfets de département
Direction départementales de la cohésion sociale
Direction départementales de la cohésion sociale et de la
protection des populations

Messieurs les présidents des conseils départementaux (pour
information)
Monsieur le président de l'Assemblée des départements de
France (pour information)

INSTRUCTION N° DGCS/5B/2018/251 du 14 novembre 2018 relative au régime de caducité applicable aux établissements et services sociaux et médico-sociaux

Date d'application : Immédiate

NOR : SSAA1830915J

Classement thématique : Etablissements et services sociaux et médico-sociaux

Validée par le CNP, le 9 novembre 2018 - Visa CNP 2018-99

Visée par le SG-MCAS le 16/11/2018

Publiée au BO : oui

Déposée sur le site circulaire.legifrance.gouv.fr : oui

Catégorie : Directives adressées par la ministre aux services chargés de leur application.
Résumé : La présente instruction expose les enjeux de la réforme du régime de caducité des autorisations sociales et médico-sociales mentionné à l'article L.313-1 du code de l'action sociale et des familles. Elle présente également les simplifications et adaptations procédurales contenues à l'article 89 de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017 et dans le décret n°2017-1620 du 28 novembre 2017 et à l'article 70 de la loi n°2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 et dans le décret n°2018-552 du 29 juin 2018.
Mots-clés : Etablissements et services médico-sociaux, – autorisation– caducité
Textes de référence : Article L.313-1 du code de l'action sociale et des familles Article D.313-7-2 du code de l'action sociale et des familles
Diffusion : Les établissements ou organismes concernés doivent être destinataires de cette instruction, par l'intermédiaire des services déconcentrés ou des ARS, selon le dispositif existant au niveau régional.

La présente instruction a pour objet d'exposer les principales évolutions normatives et simplifications administratives induites par la réforme du régime de caducité des autorisations sociales et médico-sociales. Elle explicite également les modalités pratiques de sa mise en œuvre.

1. Rappel des enjeux et du contexte de la réforme du régime de caducité des autorisations sociales et médico-sociales

1.1. Les enjeux de la caducité de l'autorisation

La caducité de l'autorisation constitue un levier d'adaptation de l'offre sociale et médico-sociale. L'enjeu est de permettre aux autorités compétentes de remettre en jeu les places autorisées qui n'ont pas été mises en service ou de redéployer ces places vers les territoires déficitaires pour répondre aux besoins prioritaires identifiés dans les schémas de planification.

Sur le plan budgétaire, il s'agit de leur permettre de réaffecter les crédits sanctuarisés pour les projets d'établissements et services sociaux et médico-sociaux (ESSMS) qui ne sont pas mis en œuvre plusieurs années après la délivrance de l'autorisation, au profit de projets pérennes de création, de transformation ou d'extension.

1.2. Le constat d'un régime de caducité aux contours trop flous et source d'insécurité juridique

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n°2016-1827 de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2017 du 23 décembre 2016, les dispositions du code de l'action sociale et des familles (CASF) (articles L. 313-1 al 2 et D. 313-7-2) prévoyaient que l'autorisation de fonctionnement des ESSMS était caduque lorsqu'elle n'avait pas reçu un « commencement d'exécution » à l'issue d'un délai de trois ans. Cette notion, jugée trop floue et donc source d'insécurité juridique, n'incitait pas les autorités compétentes à opérer des déclarations de caducité, alors que le constat était fait qu'un certain nombre de projets d'ESSMS n'étaient pas mis en œuvre plusieurs années après la délivrance de l'autorisation.

En effet, l'analyse de l'exécution de l'objectif global de dépenses (OGD) réalisée par l'IGAS sur la base des remontées des décisions tarifaires des agences régionales de santé (ARS) a démontré que les ARS dégageaient chaque année des crédits disponibles (environ 600 M€ sur la période 2012-2014) résultant principalement de retards de mise en œuvre de mesures nouvelles (création de places d'ESSMS notamment). Ces crédits, temporairement disponibles dans la dotation régionale limitative de chaque ARS, étaient notamment alloués aux ESSMS à titre non reconductible pour financer des dépenses non pérennes¹.

¹ Rapport IGAS, pilotage de l'OGD et crédits non reconductibles, novembre 2015

Par ailleurs, les remontées d'informations et les saisines juridiques émanant des services déconcentrés et des ARS reçues par la Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) ont mis en évidence les limites du régime de caducité, tel qu'il était applicable avant l'entrée en vigueur de la LFSS pour 2017. Il ne permettait pas de contraindre les organismes gestionnaires d'achever la mise en œuvre de leurs projets dans un délai donné (mise en place d'un délai pour commencer un projet et non pour achever son exécution). Or, cette situation apparaissait contraignante pour les services chargés de mettre en œuvre le régime de l'autorisation, au regard des objectifs de d'évolution de l'offre sociale et médico-sociale fixés dans les schémas de planification.

1.3. Une nouvelle définition de la caducité fondée sur le critère objectif de l'ouverture au public de tout ou partie de l'activité de l'établissement

L'article 89 (I 2°) de la LFSS pour 2017 retient une nouvelle définition de la caducité en remplaçant à l'article L313-1 du CASF le critère de « commencement d'exécution » par celui plus objectif « d'ouverture au public ». Désormais, l'autorisation des établissements sociaux et médico-sociaux est réputée caduque si l'activité de l'établissement ou du service n'est pas ouverte au public dans délai précisé par décret (cf. infra au 2.1.). L'ouverture au public est constatée après que la visite de conformité prévue par le CASF (art. D.313-11 et suivants) et la visite de sécurité ont été réalisées.

Dans un second temps, le nouveau régime de caducité a été complété par l'article 70 (1°) de la loi n°2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018 qui ouvre la faculté de procéder à des constats de caducité partielle.

Antérieurement, la caducité ne pouvait porter que sur l'intégralité des places autorisées par les autorités compétentes : soit la totalité des places autorisées a été ouverte au public dans le délai prescrit et l'autorisation continue alors de poursuivre ses effets juridiques dans son ensemble, à savoir pour la totalité des places autorisées, soit la totalité des places autorisées n'a pas été ouverte au public pendant ce délai et l'autorisation est alors réputée caduque pour l'ensemble des places autorisées.

La LFSS pour 2018 ouvre désormais aux autorités compétentes la faculté d'opérer des constats de caducité partielle en disposant que l'autorisation est, totalement ou partiellement, réputée caduque si tout ou partie de l'activité de l'établissement ou du service n'est pas ouverte au public dans un délai et selon des conditions fixées par décret. Il précise que ce décret fixe également les conditions selon lesquelles l'autorité compétente mentionnée à l'article L. 313-3 du CASF peut prolonger ce délai.

Cette disposition permet ainsi de reconnaître la divisibilité et la plasticité propre aux autorisations sociales et médico-sociales, par exemple lorsque la décision d'autorisation regroupe plusieurs installations distinctes clairement identifiables ou exerce des activités distinctes explicitement retranscrites dans les arrêtés d'autorisation.

2. Les nouvelles modalités de mise en œuvre de la caducité des autorisations sociales et médico-sociales

Les nouvelles modalités de mise en œuvre de la caducité des autorisations résultent de deux décrets :

- Le décret n°2017-1620 du 28 novembre 2017, pris en application de l'article 89 de la LFSS pour 2017 qui a précisé le délai de caducité et les conditions de prorogation de ce délai ;
- Le décret n°2018-552 du 29 juin 2018, pris en application de l'article 70 de la LFSS pour 2018, qui a défini les conditions relatives à la caducité partielle des autorisations des ESSMS.

A titre liminaire, il est précisé que, dans la mesure où elle est fondée sur l'absence d'ouverture au public, la caducité ne peut s'appliquer aux autorisations délivrées aux services d'aide et d'accompagnement à domicile, lesquels sont prêts à fonctionner dès la délivrance de leur autorisation, à condition de respecter le cahier des charges national conformément à l'article L. 313-1-3 du CASF.

2.1 Le délai de caducité

L'article D.313-7-2 I du CASF prévoit que l'autorisation est réputée caduque en l'absence d'ouverture au public de l'établissement dans un délai de quatre ans suivant la notification de la décision.

La fixation d'un délai de caducité de quatre ans vise à donner à l'opérateur le temps suffisant pour réaliser les étapes préalables à l'ouverture de la structure (obtention du permis de construire, finalisation du plan de financement, etc.) et à garantir l'installation de la structure dans un délai raisonnable.

Le délai de caducité ne peut être inférieur à quatre ans pour les opérations de construction d'un bâtiment et les opérations de construction sur un bâtiment existant nécessitant un permis de construire (ex : créations ou extensions importantes d'ESSMS). En d'autres termes, le délai de caducité est incompressible pour ce type d'opérations.

En pratique, l'opposabilité du délai de quatre ans aux opérations dites « lourdes » soumises à permis de construire n'empêchera pas la mise en œuvre de certains projets de création, d'extension ou de transformation d'ESSMS soumis à permis de construire, dans un délai inférieur si l'opération peut aboutir plus rapidement.

L'article D.313-7-2 I prévoit qu'un délai de caducité inférieur à quatre ans peut également être fixé dans l'acte d'autorisation, à la condition que le projet ne nécessite pas la construction d'un immeuble bâti ou des travaux sur des constructions existantes soumis à permis de construire (cf. supra).

L'article D. 313-7-2 I encadre ce délai en précisant qu'il doit être adapté à l'importance des projets et à la nature des prestations fournies et ne peut être inférieur à trois mois.

Un délai d'installation du projet d'établissement ou de service autorisé peut être fixé par l'acte d'autorisation dans deux hypothèses :

- lorsque, à l'issue d'une procédure d'appel à projet (AAP), le candidat retenu s'est engagé, dans sa réponse, à respecter un délai de mise en œuvre du projet ou, le cas échéant, à se conformer au délai fixé par le cahier des charges de l'AAP ;
- lorsque, pour les projets ne relevant pas de la procédure d'AAP (extensions de petite capacité par exemple), les opérateurs s'engagent dans leur dossier de demande à mettre en œuvre un projet social ou médico-social dans un délai fixé conjointement avec la ou les autorités compétentes.

Cette disposition présente pour les autorités compétentes un double avantage : elle leur permet de moduler le délai de caducité en fonction de la nature de chaque projet autorisé et de rendre pleinement opposable le délai de mise en œuvre fixé par l'acte autorisation.

2.2 L'articulation du régime de caducité avec la visite de conformité

L'article D 313-7-2 II articule le régime de caducité avec la visite de conformité mentionnée à l'article D.313-11 du CASF : deux mois avant l'ouverture d'un ESSMS et dans le délai de caducité, l'organisme

gestionnaire saisit les autorités compétentes afin que soit conduite la visite de conformité, l'ouverture au public postérieurement au délai de caducité n'emporte pas la caducité de l'autorisation.

2.3 Les différents cas de prorogation du délai de caducité

L'article D.313-7-2 III prévoit que le délai de caducité peut être prorogé pour une durée maximale de trois ans pour tout motif non imputable à l'organisme gestionnaire ou pour une durée maximale d'un an si l'ouverture effective de l'ESSMS peut être achevée dans ce délai.

La possibilité de prorogation du délai de caducité est conçue comme une « soupape » de sécurité pour l'opérateur dans les cas où il serait confronté à des aléas indépendants de sa volonté et ayant empêché l'ouverture au public dans le délai requis.

- La prorogation du délai de caducité pour une durée maximale de trois ans, sur demande préalable du titulaire de l'autorisation, pour tout motif non imputable à l'organisme gestionnaire :

Cette disposition vise à couvrir les cas où les opérateurs ne sont pas responsables des aléas retardant l'ouverture effective au public de l'ESSMS tout en donnant aux autorités chargées d'opérer le constat de caducité, une marge d'appréciation. Il appartiendra aux autorités compétentes d'apprécier *in concreto*, sur la base d'éléments tangibles si le retard pris dans l'ouverture au public a bien une cause extérieure à la volonté de l'organisme gestionnaire.

Une prorogation pour une durée maximale de trois ans pourra ainsi notamment être accordée en cas de :

- force majeure ;
- recours contre une autorisation d'urbanisme dont la validité est une condition nécessaire à la mise en œuvre du projet ;
- impossibilité de conserver le terrain d'implantation envisagé initialement (décisions de préemption par la mairie, fouilles archéologiques sur le terrain etc.).

En revanche, le délai de caducité n'a pas vocation à être prorogé en cas de manque de diligence de l'organisme gestionnaire (ex : opérateur qui n'a pas demandé à temps la garantie d'emprunt ou encore n'a pas lancé ses propres appels d'offre de manière correcte).

- La prorogation d'une durée maximale d'un an, à la demande de l'opérateur, pour les projets quasi-achevés :

Cette disposition vise à éviter l'effet couperet du délai de caducité sur les projets quasi-achevés lorsque l'autorité, ou conjointement, les autorités compétentes constatent que l'ouverture complète au public de la capacité autorisée est en mesure d'être achevée dans ce délai.

2.4 Le constat de caducité partielle

L'article D.313-7-2 I bis du CASF prévoit que l'autorisation est partiellement caduque de manière automatique dans deux hypothèses :

- Lorsque l'acte d'autorisation prévoit des capacités distinctes sur plusieurs sites d'implantation distincts, l'autorisation est alors réputée caduque pour celui ou ceux de ces sites non ouverts au public.
- Lorsque l'acte d'autorisation prévoit des capacités distinctes pour plusieurs types de prestations ou de modes d'accueil et d'accompagnement prévus au dernier alinéa du I de l'article L.312-1 du CASF

(accueil sans hébergement, accueil avec hébergement...), l'autorisation est alors réputée caduque pour le ou les types de prestations ou modes d'accueil et d'accompagnement dont la capacité autorisée n'a pas été ouverte au public.

Exemple : Dans le cas de l'autorisation d'un EHPAD distinguant 100 places d'hébergement permanent, dont la totalité a été ouverte au public dans le délai de caducité, et 10 places d'hébergement temporaire, dont 6 places ont été ouvertes au public dans le délai de caducité, seule la capacité d'hébergement temporaire de l'EHPAD sera réputée caduque dans sa totalité, la capacité autorisée d'hébergement permanent restant quant à elle valide. Dans une telle hypothèse, le gestionnaire pourra solliciter une réduction de capacité pour conserver, en accord avec l'autorité compétente, la capacité d'hébergement temporaire installée (cf. 2.5.).

L'autorité compétente pourra dans ces deux hypothèses redéployer vers d'autres projets les capacités correspondant aux installations non abouties, afin de maintenir un niveau de réponse adapté aux besoins du territoire tels que fixés dans le schéma de planification de l'offre.

Dans le champ du handicap, les autorisations qui seront exprimées globalement conformément au décret n°2017-982 du 9 mai 2017 relatif à la nomenclature des établissements et services sociaux et médico-sociaux accompagnant des personnes handicapées ou malades chroniques ne seront pas concernées par la caducité partielle par types de prestations ou de modes d'accueil et d'accompagnement.

2.5 La réduction de capacité

L'article D.313-7-2 V permet au titulaire de l'autorisation de demander, avant l'expiration des délais de caducité, une réduction de la capacité initialement accordée sous réserve de l'accord de l'autorité ou des autorités compétentes. Il s'agit d'une forme de caducité partielle permettant l'ajustement de la capacité, sous réserve que celui-ci soit jugé pertinent par l'autorité ou les autorités compétentes.

L'autorité de délivrance pourra ainsi récupérer, si besoin après négociation, les places qui seraient non installées si le projet lui semble néanmoins conforme et viable. En cas d'appel à projet, la réduction de capacité ne doit pas être substantielle c'est-à-dire modifier l'économie générale de l'opération autorisée, sous peine de remettre en cause les conditions initiales de mise en concurrence. La modification substantielle sera appréciée par chaque autorité compétente.

Le titulaire de l'autorisation dispose, en application de l'article D 313-7-2 V, au plus tard d'un délai de deux mois, avant l'expiration du délai de caducité de quatre ans (ou inférieur), pour adresser sa demande motivée à l'autorité ou aux autorités compétentes. Le silence gardé par la ou les autorités compétentes pendant un délai de deux mois à compter de la réception de la demande vaut accord. Les refus de réduction de capacité devront être exprès et motivés.

Le titulaire d'une autorisation peut faire concomitamment quoique de façon distincte une demande de réduction de capacité et une demande de prorogation du délai de caducité dès lors que les délais prescrits pour introduire ces demandes sont respectés. Dans cette hypothèse, l'autorité ou, conjointement, les autorités compétentes instruisent en premier lieu la demande de réduction de capacité, puis, en cas de rejet de celle-ci, la demande de prorogation de délai de caducité.

2.6 Constat de caducité et modalités de publicité

L'autorisation ne produit plus d'effets juridiques si, à l'issue du délai de caducité, la capacité autorisée n'a pas été ouverte au public. La caducité naît en principe de façon automatique, de plein droit, du simple fait de l'écoulement du délai.

Toutefois dans un souci de sécurité juridique et afin d'informer les tiers et l'organisme gestionnaire sur le statut de l'autorisation qu'il détient, les autorités chargées de la mise en œuvre du régime de l'autorisation doivent prendre un acte exprès constatant la caducité de l'autorisation.

Les autorités compétentes disposent en application de l'article **D 313-7-2 IV**, d'un délai de deux mois, à l'issue de l'expiration du délai de caducité, pour prendre une décision portant caducité d'une autorisation. Cette dernière doit être publiée et notifiée dans les mêmes conditions que l'autorisation. La décision portant constat de caducité d'une autorisation sociale et médico-sociale doit donc être notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception à l'organisme gestionnaire et publiée au recueil des actes administratifs de chaque autorité.

Il convient par ailleurs de souligner que le défaut de constat de caducité ne saurait rendre l'autorisation valable. En effet, le constat de caducité est purement reconnaissant et sans conséquences juridiques sur la caducité acquise par le simple écoulement du délai de caducité.

2.7 Modalités d'entrée en vigueur du nouveau régime de caducité

- Les dispositions relatives au délai de caducité et aux conditions de sa prorogation, issues du décret n° 2017-1620 du 28 novembre 2017, sont applicables aux autorisations accordées à compter du 1er janvier 2018.

Toutefois, les dispositions de l'article D. 313-7-2 du CASF dans leur rédaction antérieure aux dispositions de ce décret demeurent applicables aux :

1° décisions d'autorisation pour lesquelles une procédure d'appel à projet a été engagée antérieurement au 1^{er} janvier 2018 ;

2° décisions d'autorisation ne faisant pas l'objet d'une procédure d'appel à projet et pour lesquelles une demande d'autorisation a été déposée avant le 1^{er} janvier 2018.

- Les dispositions relatives à la caducité partielle, issues du décret n°2018-552 du 29 juin 2018, sont applicables aux autorisations accordées à compter du 1er juillet 2018.

Toutefois, elles ne s'appliquent pas aux :

1° décisions d'autorisation pour lesquelles une procédure d'appel à projet a été engagée antérieurement au 1^{er} juillet 2018 ;

2° décisions d'autorisation ne faisant pas l'objet d'une procédure d'appel à projet et pour lesquelles une demande d'autorisation a été déposée avant le 1^{er} juillet 2018.

3. Mise à disposition de nouveaux outils juridiques

La Direction générale de la cohésion sociale (DGCS) met à disposition des ARS et des services déconcentrés de l'Etat et chargés de la mise en œuvre de la procédure d'appel à projet et d'autorisation des ESSMS, une foire aux questions (FAQ) formalisée sous forme de fiches thématiques. Véritable outil collaboratif, ce dispositif a vocation à rendre disponibles à tous ces acteurs, les réponses apportées par le bureau des affaires juridiques à l'occasion des différentes saisines dont il a fait l'objet.

Ces différents supports sont consultables en ligne via le lien suivant : https://paco.intranet.social.gouv.fr/sante/dgcs/02/Pages/PAP_Suivi-reforme-procedures.aspx

Il vous est préconisé, si vous êtes confrontés à un problème juridique en rapport avec la mise en œuvre de la procédure d'appel à projet et d'autorisation des ESSMS, de privilégier leur consultation avant toute saisine du bureau des affaires juridiques de la DGCS.

Dans le cas où les réponses à vos questions n'auraient pas été traitées dans le guide ou la FAQ, l'équipe du bureau des affaires juridiques de la DGCS reste à votre disposition pour vous apporter son appui et son expertise. Sa saisine devra désormais se faire exclusivement au moyen de l'adresse fonctionnelle suivante : DGCS-BAJ-CONSEIL@social.gouv.fr

Pour la ministre et par délégation,

La Secrétaire générale
Des ministères chargés des affaires sociales

Signé

Sabine FOURCADE

Le Directeur général de la cohésion sociale

Signé

Jean-Philippe VINQUANT