

Commentaire de la décision n° 2009-584 DC du 16 juillet 2009

Loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients,
à la santé et aux territoires

La loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires fait notamment suite aux états généraux de l'offre de soins, qui ont émis des propositions sur la répartition des professionnels de santé sur le territoire et leurs missions, et au rapport de la commission sur les missions de l'hôpital¹. Elle entend remédier aux problèmes touchant à la fois l'hôpital, l'accès aux soins et l'organisation territoriale du système de santé.

Le texte comprenait trente-trois articles lors du dépôt du projet de loi initial. Il en comportait cent trente-cinq après son adoption et avant examen par le Conseil constitutionnel. Après le vote de l'Assemblée nationale le 18 mars 2009 et celui du Sénat le 5 juin 2009, puis après la réunion d'une commission mixte paritaire le 16 juin 2009, le texte a été définitivement adopté par l'Assemblée nationale, le 23 juin, et par le Sénat, le 24 juin 2009.

C'est le 2 juillet seulement que les députés et les sénateurs de l'opposition ont saisi le Conseil constitutionnel de cette loi en mettant en cause la conformité à la Constitution de certaines dispositions de ses articles 1^{er}, 10, 23, 84, 91 et 133. Les requérants faisaient également valoir que le Parlement aurait adopté des dispositions n'ayant pas leur place dans la loi déferée. Les sénateurs contestaient, en outre, ses articles 11 et 129.

Par sa décision du 16 juillet 2009, le Conseil constitutionnel s'est d'abord prononcé, comme il le fait généralement, sur les dispositions expressément contestées dans les saisines, qu'il a déclarées conformes à la Constitution sous deux réserves d'interprétation, puis a soulevé d'office huit dispositions qu'il a déclarées contraires à celle-ci.

I.- Les dispositions contestées dans la saisine

1.- La participation des établissements de santé privés à l'accomplissement de missions de service public

La loi déferée procède à une réforme complète des conditions dans lesquelles les établissements de santé privés peuvent se voir confier des missions de service public.

La loi supprime la catégorie juridique d'établissement « *participant au service public hospitalier* » (PSPH) qui était réservée à des établissements privés sans but lucratif. Désormais, l'article L. 6112-1 du code de la santé publique énumère quatorze missions de service public que les établissements de santé peuvent être appelés à assurer. La finalité lucrative n'est donc plus un obstacle à ce que des établissements privés se voient confier des missions de service public, même si la loi permet, par

¹ Commission de concertation présidée par M. Gérard Larcher, *Les missions de l'hôpital, rapport au président de la République, au Premier ministre et au ministre de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative*, Paris, La documentation française, avril 2008.

ailleurs, que des établissements privés sans but lucratif puissent être qualifiés d'« établissements de santé privés d'intérêt collectif » (article L. 6161-5 du code de la santé publique).

Les requérants contestaient cette orientation et estimaient que la possibilité laissée aux établissements privés de choisir « à la carte » d'exercer des missions de service public portait atteinte au principe d'égalité et à la protection du droit de la santé.

On pouvait douter que le grief fût fondé en fait. C'était d'ailleurs le premier argument avancé par le Gouvernement dans ses observations : la loi n'offre pas aux établissements la possibilité de choisir librement d'exercer telle ou telle mission de service public ; cette participation est définie par une convention passée avec l'agence régionale de santé, ce qui impose un accord de l'autorité publique (neuvième alinéa de l'article L. 6112-2 du code de la santé publique). Celle-ci est d'ailleurs habilitée par la loi, lorsqu'une mission de service public n'est pas assurée sur un territoire de santé, à imposer à un établissement d'assurer une mission de service public (huitième alinéa de l'article L. 6112-2 du code de la santé publique). En outre, le fait de confier aux établissements privés certaines missions de service public et non la totalité d'entre elles ne méconnaît aucune exigence constitutionnelle.

Le Conseil a néanmoins examiné si les conditions dans lesquelles des établissements privés exerceront ces missions de service public ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux exigences constitutionnelles inhérentes au service public, à savoir le principe d'égalité d'accès aux services publics² et le principe de continuité du service public³.

Pour procéder à cet examen, le Conseil s'est appuyé sur l'article L. 6112-3 du code de la santé publique qui prévoit : « *L'établissement de santé, ou toute personne chargée d'une ou plusieurs des missions de service public définies à l'article L. 6112-1, garantit à tout patient accueilli dans le cadre de ces missions :*

« 1° *L'égal accès à des soins de qualité ;*

« 2° *La permanence de l'accueil et de la prise en charge, ou l'orientation vers un autre établissement ou une autre institution, dans le cadre défini par l'agence régionale de santé ;*

« 3° *La prise en charge aux tarifs fixés par l'autorité administrative ou aux tarifs des honoraires prévus au 1° du I de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale. »*

Le Conseil constitutionnel a d'abord constaté que les 1° et 3° de cet article garantissent le respect du principe d'égalité devant le service public.

S'agissant du principe de continuité, une question se posait quant à la faculté laissée à l'agence régionale de santé de définir « le cadre » dans lequel les établissements de santé participent à la permanence des soins, alors que, s'agissant des établissements publics, la permanence des soins est une garantie du patient comme le rappelle l'article L. 6112-3-1 du code de la santé publique résultant de l'article 1^{er} de la loi.

Le Conseil a donc formulé une réserve pour que la définition du cadre de participation des établissements privés aux missions de service public respecte le principe de continuité du service public hospitalier pris dans son ensemble. Il incombera à l'agence régionale de santé de garantir cette continuité dans le cadre de la définition de cette participation des établissements privés et de la coordination de cette participation avec l'activité des établissements publics.

² Voir par exemple, pour le service public de santé, la décision n° 2001-446 DC du 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, cons. 15.

³ Décisions n°s 2004-501 DC du 5 août 2004, *Loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières*, cons. 6, et 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, cons. 33 à 35.

Sous cette réserve, le Conseil constitutionnel a donc rejeté les griefs invoqués.

2.- La gouvernance des établissements publics de santé

Le chapitre II du titre I^{er} de la loi procède à une réforme en profondeur de la gouvernance des établissements publics de santé. Le conseil d'administration est remplacé par un conseil de surveillance et le comité exécutif disparaît au profit d'un directoire. Les attributions et les responsabilités du directeur d'établissement en sortent renforcées. Il résulte également de ces dispositions que les nouvelles agences régionales de santé, qui remplacent les agences régionales de l'hospitalisation, voient leurs pouvoirs sur les établissements publics de santé également renforcés.

Ainsi, les directeurs des établissements de santé seront nommés en principe sur une liste de trois noms présentés par le directeur général de l'agence régionale de santé (article L. 6143-7-2 du code de la santé publique). Certains directeurs, lorsqu'ils ne sont pas fonctionnaires, sont même nommés directement par le directeur général de l'agence régionale de santé (nouvel article 3 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986). Enfin, il est prévu que les établissements de santé passent avec l'agence régionale de santé des contrats d'objectifs et de moyens qui « *déterminent les orientations stratégiques des établissements de santé* » (article L. 6114-2).

Le chapitre III du titre I^{er} de la loi institue des mesures de nature à favoriser les coopérations entre établissements de santé et confère aux agences régionales de santé des pouvoirs nouveaux sur les établissements pour inciter les établissements à coopérer, à se rapprocher ou même à fusionner. En particulier, le sixième alinéa de l'article L. 6131-2 du code de la santé publique, résultant de l'article 23 de la loi, prévoit que le directeur général de l'agence régionale de santé pourra « *prendre les mesures appropriées, notamment une diminution des dotations de financement mentionnées à l'article L. 162-22-13 du code de la sécurité sociale* » dans le cas où une demande aux fins de tels rapprochements interhospitaliers ne serait pas suivie d'effets.

Les requérants contestaient ces dispositions au moyen d'arguments qui invoquaient à la fois l'atteinte à la liberté contractuelle des établissements et le droit à la santé. Ainsi, selon eux, la « tutelle » de l'agence régionale de santé portait atteinte à l'autonomie des établissements de santé ; les conditions dans lesquelles les contrats d'objectifs et de moyens, d'une part, et les conventions de coopération entre établissements, d'autre part, seraient conclus ne respectaient pas la liberté contractuelle. En outre, ils soutenaient que l'existence de contre-pouvoirs dans la gouvernance hospitalière était une garantie du respect des exigences résultant de la protection de la santé.

Le Conseil constitutionnel a une jurisprudence désormais bien connue sur la liberté contractuelle. D'une part, la liberté de contracter (ou de ne pas contracter) est une composante de la liberté protégée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789⁴. D'autre part, le législateur doit justifier d'un motif d'intérêt général suffisant pour porter atteinte aux contrats légalement conclus sous peine de méconnaître les exigences découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789, ainsi que, dans le domaine particulier de la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail, celles découlant du huitième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946⁵.

Le Gouvernement soulignait à juste titre, dans ses observations, que les contrats d'objectifs et de moyens ne répondent pas aux caractéristiques juridiques d'un contrat mais constituent une forme

⁴ Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001*, cons. 37.

⁵ Décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, cons. 4.

d'allocation des ressources publiques conjointement déterminée avec l'établissement public. La démarche est contractuelle, non le résultat.

Le Conseil ne pouvait cependant retenir cet argument dès lors que le grief visait également les conventions de coopération qui présentent les caractéristiques de véritables contrats de droit public. En outre, et surtout, en l'espèce, il n'était pas nécessaire que le Conseil qualifie les contrats en cause. Le débat ne portait pas sur l'éventuelle atteinte par la loi à des conventions en cours, mais sur la restriction de la liberté de contracter des établissements publics. Or, une telle restriction ne poserait une difficulté constitutionnelle que si l'autonomie de gestion de ces établissements publics était garantie par la Constitution. Or, il n'en est rien. Il appartient au législateur de fixer les règles touchant à l'autonomie de gestion de ces établissements. Il n'y a aucune méconnaissance de la Constitution à ce que la loi renforce les pouvoirs de l'agence régionale de santé sur les établissements de santé dans des conditions réduisant la liberté de ces derniers.

3.- La nomination de personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire dans les emplois de directeur d'établissement public (article 11)

L'article 11 de la loi déferée modifie l'article 3 de la loi précitée du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière. Il permet que des personnes qui n'ont pas la qualité de fonctionnaire puissent être nommées à des emplois de directeur d'établissements publics de santé ou d'établissements publics sociaux ou médico-sociaux. Dans l'état du droit antérieur, une telle dérogation au statut de la fonction publique hospitalière n'était possible que pour quelques emplois dits « *supérieurs* »⁶.

Le statut général des fonctionnaires⁷ prévoit qu'en principe, les emplois civils permanents de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics, sont occupés par des fonctionnaires. Toutefois, cette règle n'a pas valeur constitutionnelle. Les dérogations sont nombreuses et certaines ont d'ailleurs un caractère général.

En matière d'emploi public, les exigences constitutionnelles sont fixées par l'article 6 de la Déclaration de 1789 qui prévoit que tous les citoyens sont « *également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ». Une telle exigence n'a pas pour effet d'imposer que tous les agents publics soient recrutés par concours⁸. Elle n'interdit pas davantage au législateur de diversifier les modes de recrutement pour tenir compte de la diversité des vertus et des talents⁹. En revanche, quelles que soient les formes qu'elles revêtent, les modalités de recrutement aux emplois publics ne permettent pas de procéder à des nominations qui méconnaîtraient l'égal accès des candidats aux emplois publics en fonction de leurs vertus et de leurs talents¹⁰.

Le Conseil a donc formulé une réserve pour que l'application de ce dispositif, qu'il s'agisse des mesures réglementaires d'application ou des décisions individuelles de nomination, respecte les exigences d'égal accès des candidats et de nomination en fonction des talents.

⁶ Le directeur général et le secrétaire général de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris (AP-HP) et les directeurs généraux de l'Assistance publique de Marseille, des Hospices civils de Lyon et des centres hospitaliers régionaux de Toulouse, Bordeaux, Nancy, Montpellier, Lille et Strasbourg.

⁷ Article 3 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁸ Décision n° 84-178 DC du 30 août 1984, *Loi portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, et notamment ses articles 12, 131 et 137*, cons. 10.

⁹ Décisions n°s 82-153 DC du 14 janvier 1983, *Loi relative au statut général des fonctionnaires*, cons 5, et 85-204 DC du 16 janvier 1986, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social*, cons. 7.

¹⁰ Décision n° 2003-471 DC du 24 avril 2003, *Loi relative aux assistants d'éducation*, cons. 10.

4.- La participation d'entreprises privées aux actions et programmes d'éducation thérapeutique (article 84)

L'article 84 de la loi complète le livre I^{er} de la première partie du code de la santé publique par un titre VI consacré à l'éducation thérapeutique du patient. Le nouvel article L. 1161-4 dispose : « *Les programmes ou actions définis aux articles L. 1161-2 et L. 1161-3 ne peuvent être ni élaborés, ni mis en œuvre par des entreprises se livrant à l'exploitation d'un médicament, des personnes responsables de la mise sur le marché d'un dispositif médical ou d'un dispositif médical de diagnostic in vitro ou des entreprises proposant des prestations en lien avec la santé. Toutefois, ces entreprises et ces personnes peuvent prendre part aux actions ou programmes mentionnés aux articles L. 1161-2 et L. 1161-3, notamment pour leur financement, dès lors que des professionnels de santé et des associations mentionnées à l'article L. 1114-1 élaborent et mettent en œuvre ces programmes ou actions.* »

Les requérants dénonçaient en particulier l'emploi du terme « *notamment* » qui, à leurs yeux, était de nature à permettre que les laboratoires pharmaceutiques s'immiscent dans les programmes et actions d'éducation thérapeutique du patient. Ils estimaient également que ces dispositions abandonnaient aux firmes pharmaceutiques l'accompagnement des patients et méconnaissaient le principe d'interdiction de la publicité pour les médicaments qui ne peuvent être délivrés que sur prescription médicale, principe garanti par le code de la santé publique et par le droit européen. Ils estimaient qu'en définitive, le droit à la protection de la santé était méconnu.

Le Conseil constitutionnel n'a pas suivi cette argumentation et a estimé que le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 n'interdisait pas la contribution directe ou indirecte des entreprises privées au financement d'une action ou d'un programme d'éducation thérapeutique. Il a donc rejeté le grief.

5.- La formation des psychothérapeutes (article 91)

L'article 52 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique a trait à l'usage du titre de psychothérapeute. Il dispose, dans sa rédaction antérieure à la loi déferée :

« L'usage du titre de psychothérapeute est réservé aux professionnels inscrits au registre national des psychothérapeutes.

« L'inscription est enregistrée sur une liste dressée par le représentant de l'État dans le département de leur résidence professionnelle. Elle est tenue à jour, mise à la disposition du public et publiée régulièrement. Cette liste mentionne les formations suivies par le professionnel. En cas de transfert de la résidence professionnelle dans un autre département, une nouvelle inscription est obligatoire. La même obligation s'impose aux personnes qui, après deux ans d'interruption, veulent à nouveau faire usage du titre de psychothérapeute.

« L'inscription sur la liste visée à l'alinéa précédent est de droit pour les titulaires d'un diplôme de docteur en médecine, les personnes autorisées à faire usage du titre de psychologue dans les conditions définies par l'article 44 de la loi n° 85-772 du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions

d'ordre social et les psychanalystes régulièrement enregistrés dans les annuaires de leurs associations.

« Un décret en Conseil d'État précise les modalités d'application du présent article et les conditions de formation théoriques et pratiques en psychopathologie clinique que doivent remplir les personnes visées aux deuxième et troisième alinéas. »

Le Gouvernement s'est heurté, pour rédiger le décret d'application de cette disposition, à la contradiction entre le troisième alinéa, qui permet aux médecins et aux psychologues de s'inscrire de droit sur la liste des psychothérapeutes, et son dernier alinéa, qui impose une formation pour accéder à ce titre. Ce décret n'a donc jamais été adopté.

L'article 91 de la loi déferée remplace les deux derniers alinéas par quatre alinéas qui réorganisent les conditions de formation théorique et pratique que doivent remplir les professionnels souhaitant s'inscrire au registre national des psychothérapeutes. Désormais, le quatrième alinéa de l'article 52 de la loi du 9 août 2004 précité réserve l'accès à cette formation aux docteurs en médecine et aux titulaires d'un master en psychologie ou psychanalyse.

Les requérants dénonçaient le caractère excessivement restrictif des conditions de diplômes ainsi posées. Ils estimaient que le fait de ne pas avoir permis d'accéder au titre de psychothérapeute aux personnes qui avaient suivi une formation initiale en psychothérapie méconnaissait le principe d'égalité devant la loi. Le législateur aurait dû permettre la reconnaissance, selon certains critères et à certaines conditions, des écoles de psychothérapie.

Le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité était manifestement infondé : les personnes titulaires d'un doctorat en médecine ou d'un master en psychologie ou en psychanalyse ne se trouvent pas dans une situation identique à celle des personnes qui ne sont pas titulaires de tels diplômes. Le principe d'égalité ne se trouvait donc nullement méconnu par la différence de traitement instituée.

Le Conseil constitutionnel ne s'est pas contenté de rejeter le grief sur ce fondement. Dès lors que l'accès au titre de psychothérapeute conditionne, même indirectement, l'exercice d'une profession, la mesure s'analyse comme une atteinte portée à la liberté d'entreprendre. La jurisprudence du Conseil est constante sur ce point : *« Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. »*¹¹

En l'espèce, la restriction apportée à l'usage du titre de psychothérapeute par le niveau de diplôme exigé était justifiée par l'objectif de protection de la santé. Le Conseil a donc rejeté ce grief.

6.- L'affectation de personnels aux agences régionales de santé (article 129)

Les sénateurs requérants critiquaient également, comme contraire au principe d'égalité, le II de l'article 129 de la loi relatif aux modalités d'affectation aux agences régionales de santé des différentes catégories de personnels exerçant les activités qui leur sont transférées.

¹¹ Décisions n^{os} 2000-439 DC du 16 janvier 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, cons. 14, et 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, cons. 18 à 21.

Cet article dispose ainsi que seront affectés à ces agences, sans modification de leur statut ou contrat respectif, les fonctionnaires de l'État, les fonctionnaires hospitaliers et territoriaux, les praticiens hospitaliers, les agents contractuels de droit public ainsi que les agents de droit privé exerçant dans les organismes d'assurance maladie au titre d'activités transférées.

Le Conseil constitutionnel n'a pas vu dans cette disposition une rupture du principe d'égalité. Il a considéré que les personnels exerçant leurs fonctions dans des services dont l'activité est transférée aux agences régionales de santé étaient, à la date de ce transfert, dans une situation différente de celle des autres personnels en reprenant la motivation qu'il avait utilisée en 1987¹² dans une décision relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire et selon laquelle « *ni le principe d'égal accès aux emplois publics ni le principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des agents publics ne s'opposent à ce que soient appliqués des traitements différents à des candidats ou agents se trouvant dans des situations différentes dès lors que cette différence de situation présente un caractère objectif et que sa prise en compte est motivée par l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public* ».

7.- La mise en cohérence par ordonnances des dispositions en vigueur (article 133)

Enfin, les députés et sénateurs requérants critiquaient ensemble l'article 133 de la loi déferée.

Cet article adopté sur le fondement de l'article 38 de la Constitution autorise le Gouvernement à prendre, pendant neuf mois, des ordonnances, qui devront faire l'objet de projets de loi de ratification dans les trois mois de leur publication. Ces projets de loi devront eux-mêmes faire l'objet d'un examen par les deux assemblées, dès lors que, depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, les ordonnances doivent être ratifiées de manière expresse¹³.

L'article 133 prévoit des ordonnances dont l'objet avait déjà été visé dans le passé et consistant, d'une part, à assurer « *le respect de la hiérarchie des normes et à abroger des dispositions, codifiées ou non, devenues sans objet* » et, d'autre part, à étendre et à adapter les dispositions de la loi à l'outre-mer. Mais, cet article prévoit également de modifier les parties législatives des codes et les dispositions non codifiées afin d'« *assurer la cohérence* » des textes au regard des dispositions de la loi adoptée.

Cette dernière disposition était critiquée. Les requérants voyaient, en effet, dans celle-ci la preuve que le législateur, en déléguant sa compétence pour mettre « en cohérence » le droit existant avec les dispositions nouvelles, n'était pas allé jusqu'au bout de sa compétence. Ils traduisaient donc cette « compétence déléguée » par une forme d'« incompétence négative ». Toujours selon les requérants, celle-ci conduisait elle-même à méconnaître l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, dès lors que toutes les conséquences d'une nouvelle loi n'étaient pas tirées dans cette loi même.

Le Conseil constitutionnel a, d'abord, rappelé, dans sa décision du 16 juillet 2009, que l'article 38 de la Constitution permet au Parlement de déléguer sa compétence au Gouvernement à condition que cette délégation soit limitée dans le temps, prévoit le dépôt d'un projet de loi de ratification et soit, dans son objet et son domaine d'intervention, définie avec précision. Un tel rappel avait été fait à plusieurs reprises¹⁴.

¹² Décision n° 87-229 DC du 22 juillet 1987, *Loi relative aux établissements d'hospitalisation et à l'équipement sanitaire*, cons. 14.

¹³ Article 14 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^e République.

¹⁴ Décisions n°s 76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire français des Afars et des Issas*, cons. 2 ; 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, cons. 28 ; 2006-534 DC du 16 mars 2006, *Loi pour le retour à l'emploi et sur les droits et les devoirs des bénéficiaires de*

Puis, le Conseil constitutionnel a constaté qu'il ressort des travaux parlementaires que la « mise en cohérence » autorisée par les dispositions critiquées de l'article 133 n'avaient pour objet que de tirer les strictes conséquences dans le droit en vigueur des nouvelles dispositions sans aller au-delà de la simple coordination entre les nouvelles dispositions et les dispositions en vigueur, les références au « directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation » devant, par exemple, être remplacées par les références au « directeur général de l'agence régionale de santé ». Le champ de l'habilitation était donc limité par le champ même de la loi nouvelle. En conséquence, les griefs invoqués ont été écartés.

Des mises en cohérence par ordonnances entre diverses dispositions législatives ont, au demeurant, déjà été autorisées dans le passé¹⁵.

II.- Les dispositions soulevées d'office

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 juillet 2009, a soulevé d'office trois séries de dispositions de la loi déferée : l'article 17, les articles relatifs aux expérimentations et l'article 44 constitutif d'un « cavalier » législatif.

1.- Article 17

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a prévu, aux termes du second alinéa de l'article 47-2 de la Constitution, que « *les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière* »¹⁶.

Dans cette logique et selon les recommandations de la commission sur les missions de l'hôpital faites en avril 2008¹⁷, l'article 17 de la loi déferée, qui donne une nouvelle rédaction de l'article L. 6145-16 du code de la santé publique, prévoit que « *les comptes des établissements publics de santé définis par décret sont certifiés* »¹⁸. Cet article ne concerne que les établissements publics de santé. Pour les établissements de santé privés, l'article L. 6161-3 du code de la santé publique prévoit déjà la certification des comptes par un commissaire aux comptes.

Posant cette obligation de certification pour les établissements publics de santé dont la liste sera définie par décret, l'article 17 en confie la charge aux commissaires aux comptes et à la Cour des comptes. Il prévoit également que les modalités de cette certification sont « *coordonnées par cette dernière* » et « *fixées par voie réglementaire* ».

L'étendue et le contenu de cette coordination par la Cour des comptes n'étaient pas clairs.

Le Conseil constitutionnel a alors constaté, dans un premier temps, qu'il ressort des travaux parlementaires que le législateur a entendu confier aux commissaires aux comptes ou à la Cour des comptes la certification des comptes d'établissements publics de santé et renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de fixer les critères de leurs interventions respectives ainsi que les procédures communes à celles-ci.

minima sociaux, cons. 10 ; plus récemment encore, 2008-573 DC du 8 janvier 2009, *Loi relative à la commission prévue à l'article 25 de la Constitution et à l'élection des députés*, cons. 16 et 18.

¹⁵ Par exemple, article 40 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit.

¹⁶ Article 22 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 précitée.

¹⁷ Commission de concertation présidée par M. Gérard Larcher, *op. cit.*, pp. 12, 64 et 65.

¹⁸ Une disposition identique figurait dans l'article 56 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 dans la partie comprenant les dispositions relatives aux dépenses pour l'année à venir. Le Conseil l'avait alors censurée comme constituant un « cavalier social » (décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008).

Il a relevé, dans un second temps, que l'article 17 avait certes conféré à la Cour des comptes le pouvoir de coordonner les modalités des certifications par les commissaires aux comptes, mais sans fixer l'étendue et les limites de ce pouvoir.

Ainsi, le législateur n'a pas exercé pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 et méconnu l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui lui impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques¹⁹. En conséquence, le Conseil constitutionnel a censuré les termes « *coordonnées par cette dernière et* » qui rendaient la disposition inintelligible.

2.- Articles relatifs aux expérimentations (articles 16, 38, 50, 55, 86 et 118)

Le Conseil constitutionnel s'est saisi d'office, pour les déclarer contraires à la Constitution, de six dispositions de la loi déferée autorisant des expérimentations.

Rappelons que, depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, les expérimentations peuvent reposer sur deux fondements constitutionnels :

- l'article 37-1 aux termes duquel : « *La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limitée, des dispositions à caractère expérimental* » ;

- l'article 72, alinéa 4, qui permet à une collectivité territoriale, dans le respect des conditions fixées par une loi organique²⁰, de déroger à la loi en expérimentant localement des normes nouvelles dans la perspective de leur généralisation par l'État.

Dès lors qu'aucune des expérimentations contenues dans la loi déferée n'autorisait des collectivités territoriales, sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution, à expérimenter une nouvelle législation au niveau local en vue de son éventuelle généralisation au niveau national, le Conseil constitutionnel a considéré qu'elles avaient été adoptées sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution, dont il avait fixé la portée par sa décision n° 2004-503 DC du 12 août 2004 sur la loi relative aux libertés et responsabilités locales :

« 8. *Considérant qu'aux termes de l'article 37-1 de la Constitution : " La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental" ;*

« 9. *Considérant que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle ; que tel est le cas de l'article 37-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 susvisée, qui permet au Parlement d'autoriser, dans la perspective de leur éventuelle généralisation, des expérimentations dérogeant, pour un objet et une durée limités, au principe d'égalité devant la loi ; que, toutefois, le législateur doit en définir de façon suffisamment précise l'objet et les conditions et ne pas méconnaître les autres exigences de valeur constitutionnelle. »*

¹⁹ Décisions n°s 2006-540 DC du 27 juillet 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, cons. 9 ; 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 19 ; 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 25 ; 2008-567 DC du 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*, cons. 39.

²⁰ Loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003, codifiée dans les articles L.O. 1113-1 à L.O. 1113-7 du code général des collectivités territoriales.

Il s'agit donc d'une dérogation au principe d'égalité autorisée par le constituant sous réserve, toutefois, comme le montrent les travaux parlementaires de la révision de 2003, que le législateur encadre cette dérogation en fixant son objet limité, en déterminant sa durée et en prévoyant un bilan avec pour objectif soit de mettre fin à l'expérimentation, soit d'en faire une norme générale et permanente. Cette approche du constituant reprend celle que le Conseil constitutionnel avait dégagée bien avant 2003²¹ en définissant l'expérimentation comme une dérogation au droit commun limitée dans le temps et le cas échéant dans l'espace, en vue d'apprécier la pertinence d'une norme nouvelle, dans la perspective de sa généralisation, celle-ci ne pouvant être décidée qu'après l'évaluation des résultats de l'expérience ainsi conduite.

Or, aucune des six expérimentations figurant dans la loi déferée ne comportait de limite dans le temps :

– l'article 16 insérait dans le code de la santé publique un article L. 6152-7 prévoyant des expérimentations relatives à l'annualisation du temps de travail des praticiens des hôpitaux à temps partiel et renvoyant à un arrêté ministériel la fixation de leurs modalités, et notamment de leur durée ;

– le II de l'article 38 disposait : « *Une expérimentation est menée dans une région connaissant un taux important de recours à l'interruption volontaire de grossesse tendant à autoriser les pharmaciens d'officine ayant reçu une formation spécifique à délivrer, pour trois mois et sans renouvellement possible, une contraception œstroprogestative aux femmes de plus de quinze ans et de moins de trente-cinq ans, dans des conditions définies par voie réglementaire* » ;

– le III de l'article 50 insérait dans le code de la santé publique un article L. 1111-20 afin que certains bénéficiaires de l'assurance maladie domiciliés dans certaines régions puissent recevoir, à titre expérimental, leur dossier médical enregistré sur un dispositif portable d'hébergement de données informatiques ;

– l'article 55, en insérant dans le code de la sécurité sociale un article L. 162-1-18 permettant aux assurés ou ayants droit âgés de seize à vingt-cinq ans de bénéficier chaque année d'une consultation de prévention, réalisée par un médecin généraliste avec dispense de l'avance des frais, renvoyait à un décret la possibilité de « *prévoir, pour une période limitée, une expérimentation* » ;

– le III de l'article 86 de la loi déferée disposait : « *Après consultation des professionnels concernés sur la possibilité d'étendre aux sages-femmes la pratique des interruptions volontaires de grossesse*

²¹ Décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, *Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel*, cons. 9.

par voie médicamenteuse, une expérimentation est menée dans une région connaissant un taux important de recours à l'interruption volontaire de grossesse. Dans le cadre de cette expérimentation, les sages-femmes sont autorisées à pratiquer ces actes pour les seuls cas où ils sont réalisés par voie médicamenteuse » ;

– enfin, l'article 118, relatif aux agences régionales de santé, introduisait dans le code de la santé publique un article L. 1432-3 dont le neuvième alinéa disposait : *« À titre expérimental, la présidence du conseil de surveillance de l'agence régionale de santé peut être confiée à une personnalité qualifiée désignée par le ministre de la santé. Un décret détermine la ou les régions où cette expérimentation est menée. »*

Avant de déclarer contraires à la Constitution ces six dispositions, le Conseil constitutionnel s'est cependant demandé si le législateur, après avoir décidé du principe de l'expérimentation, ne pouvait pas renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de fixer sa durée, notamment lorsque la matière relève du domaine réglementaire. Cela aurait pu concerner l'annualisation du temps de travail des fonctionnaires hospitaliers ou le dossier médical sur clé « USB ». L'article 37-1 de la Constitution ne distingue pas en effet entre *« la loi et le règlement »*. Mais cette option n'a pas été retenue au motif que la durée d'une expérimentation constitue avec le principe de cette dernière un ensemble indivisible et qu'il est impératif que ce soit le même juge, Conseil constitutionnel ou Conseil d'État selon le caractère législatif ou réglementaire de la matière, qui soit à même d'apprécier si la rupture du principe d'égalité est justifiée dans son principe et sa durée. *« Ayant décidé lui-même de déroger au principe d'égalité devant la loi », le législateur ne peut donc « sans méconnaître l'article 37-1 de la Constitution, renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de fixer la durée de cette dérogation ».*

3.- Article 44

En modifiant le premier alinéa de l'article 45 de la Constitution pour prévoir que seuls sont recevables en première lecture, sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, les amendements ayant un lien, même indirect, avec le texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie ou transmis à la seconde assemblée, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a consacré la règle de l'« entonnoir »²². Cette règle est la traduction du resserrement nécessaire de la discussion parlementaire au fil des lectures et à chaque étape de la navette, le débat devant se concentrer sur les dispositions sur lesquelles un accord n'est pas déjà intervenu.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 juillet 2009, tout en modifiant son considérant de référence pour citer ces nouvelles dispositions constitutionnelles entrées en vigueur le 1^{er} mars 2009²³, a fait, une nouvelle fois, application de cette règle²⁴.

²² Article 20 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 précitée.

²³ En application du II de l'article 46 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 précitée.

²⁴ Voir, récemment, pour une loi adoptée avant le 1^{er} mars 2009, décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, cons. 30 à 35.

Sur ce fondement, il a relevé que l'article 44 de la loi déferée, issu d'un amendement déposé en première lecture et qui se bornait à changer, dans le code de la sécurité sociale, la dénomination de l'École nationale supérieure de sécurité sociale, ne présentait aucun lien, même indirect, avec les dispositions du projet de loi initial. Il l'a donc censuré comme ayant été adopté selon une procédure contraire à la Constitution.