

Décision n° 2019 – 795 DC

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2020

Liste des contributions extérieures

Services du Conseil constitutionnel - 2019

Plusieurs auteurs peuvent rédiger une contribution commune

Contributions		
Date de réception	Auteur(s)	
06/12/2019	Syndicat national des industries et technologies médicales (SNITEM)	
12/12/2019	Fédération française des vins d'apéritif (FFVA)	
12/12/2019	Union des groupements de pharmaciens d'officine (UDGPO)	
13/12/2019	Les Entreprises du Médicament (LEEM)	

GENESTE & DEVULDER

AVOCATS

Geneste & Devulder Avocats

43, rue de Courcelles 75008 Paris France

T+33 1 58 36 44 44

Par porteur

Conseil constitutionnel
Secrétariat général
2, rue Montpensier
75001 Paris

Paris, le 6 décembre 2019

Monsieur le Secrétaire général,

Le Conseil constitutionnel a été saisi dans les conditions prévues à l'article 61 de la Constitution par MM. Les Parlementaires de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.

Vous trouverez ci-joint quelques observations complémentaires à cette saisine. Elles sont relatives aux articles 23 et 39 de la loi.

Ces observations sont déposées au nom du Syndicat national des industries et technologies médicales (SNITEM), principale organisation professionnelle des fabricants de dispositifs médicaux en France.

Nous vous souhaitons bonne réception de la présente et vous prie de croire, Monsieur le Secrétaire général, à l'assurance de notre parfaite considération.

Bernard GENESTE

Avocat à la Cour Geneste & Devulder Avocats 43, rue de Courcelles 75008 PARIS

Tél: +33 1 88 33 47 86

E-mail: bernard.geneste@gd-associes.com

Marine DEVULDER

Avocat à la Cour Geneste & Devulder Avocats 43, rue de Courcelles 75008 PARIS

Tél: +33 1 88 33 47 85

E-mail: marine.devulder@gd-associes.com

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

LOI DE FINANCEMENT DE LA SECURITE SOCIALE POUR 2020

Observations au soutien de la saisine parlementaire

I. SUR LE 1° DU I ET LE II DE L'ARTICLE 23 DE LA LOI VOTEE (ALINEAS 1 A 16 ET 25 DE L'ARTICLE)

Le 1° du I de l'article 23 de la loi votée introduit dans le code de la sécurité sociale (CSS) les articles L 138-19-8 à L 138-19-13. Ces dispositions ont pour objet un mécanisme de sauvegarde lié aux dépenses remboursées de dispositifs médicaux inscrits sur la liste des produits et prestations (LPP) remboursables et pris en charge au titre de la liste prévue à l'article L 162-22-7 du même code dite liste en sus.

Cette dernière liste concerne les dispositifs les plus innovants, ceux qui font pour cette raison l'objet d'une prise en charge autonome au lieu que leur coût soit intégré à l'intérieur d'un groupe homogène de séjour (GHS) qui constitue l'unité de base de la tarification hospitalière à l'activité (T2A), En fait, sont inscrits sur cette liste les produits qui relèvent des titres III (Dispositifs médicaux implantables et greffons tissulaires d'origine humaine) et V (Dispositifs médicaux invasifs non éligibles au titre III) de la LPP remboursables. Si le montant remboursé par l'assurance maladie au titre de ces dispositifs médicaux au cours de l'année N est supérieur à un montant Z, les entreprises exploitant les dispositifs concernés doivent reverser, au cours de l'année N + 1, à l'assurance maladie une somme égale au montant du surplus dépensé.

Les dispositions critiquées sont complétées par un II (alinéa 25) qui détermine leurs modalités d'entrée en vigueur.

L'ensemble de ces dispositions méconnaissent l'article 13 DDHC (<u>premier grief</u>), ainsi que les « principes de prévisibilité de la loi et de sécurité juridique » (second grief).

En ce qui concerne le <u>premier grief</u>, tiré de la violation de l'article 13 DDHC

Ces dispositions méconnaissent à un double titre les dispositions de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC).

<u>D'une première part</u>, en effet, elles violent le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques et ne tiennent pas compte des facultés contributives des redevables concernés ; <u>d'une seconde part</u>, elles instituent une imposition dont les règles d'assiette présentent un caractère confiscatoire.

AVOCATS

Quant à la <u>première branche du premier grief</u>, tirée de l'absence de prise en considération des facultés contributives des redevables concernés et de la violation du principe d'égalité devant les charges publiques

Le principe d'égalité devant les charges publiques impose au législateur, d'une part, de déterminer les règles selon lesquelles doivent être appréciées les facultés contributives en fondant son appréciation sur les critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et, d'autre part, de s'assurer que la mesure en cause ne constitue pas une rupture manifeste d'égalité devant les charges publiques.

Or, au cas d'espèce, les articles L 138-19-8 et suivants nouveaux du CSS méconnaissent l'une et l'autre de ces deux obligations.

En premier lieu, l'assiette de la clause de sauvegarde est sans lien avec les facultés contributives des redevables. En effet, le prélèvement dont s'agit est assis sur le montant remboursé par l'assurance maladie et non sur le chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise exploitant le dispositif concerné, comme le prévoient pourtant par exemple les articles L. 138-10 et suivants du CSS dans le cas du médicament. En effet, la croissance du montant remboursé ne permet pas de mesurer les facultés contributives des redevables. La croissance de la dépense publique n'implique pas une croissance corrélative du chiffre d'affaires et encore moins une croissance du bénéfice de l'entreprise redevable. L'assiette de la contribution créée par les articles L 138-19-8 et suivants nouveaux du CSS n'est donc pas un critère objectif et rationnel pour apprécier les facultés contributives des entreprises redevables (voir plus loin l'analyse détaillée de cette question).

En second lieu, le législateur n'a pas tenu compte des spécificités de chacune des catégories appréhendées par la contribution instituée, comme l'impose pourtant Votre jurisprudence (voir décision 97-390 DC, 19 novembre 1997, Loi organique relative à la fiscalité applicable en Polynésie française), méconnaissant ainsi le principe de l'égalité devant les charges publiques. En effet, le secteur du dispositif médical se singularise, contrairement au secteur du médicament, par une très forte hétérogénéité. Le législateur était donc tenu de déterminer l'assiette et le taux de la contribution créée selon des modalités adaptées aux différentes catégories de dispositifs médicaux. Ainsi, le titre III de la LPP regroupe quatre classes de produits différents, qui vont des dispositifs médicaux implantables d'origine synthétique (1) aux dispositifs médicaux implantables actifs (4), en passant par les dispositifs médicaux implantables issus de dérivés d'origine animale non viables ou en comprenant (2) et par les implants issus de dérivés humains et les greffons (3). Or, ces différentes classes du titre III de la LPP concernent des produits aux caractéristiques très différentes. A titre d'exemple, pour l'orthopédie, sont inscrits au titre III de la LPP des prothèses pour le genou, la hanche, le poignet, la main, des implants divers du rachis, des implants d'ostéosynthèse, du coude, de l'épaule, des doigts, cranio maxillo-faciaux, des prothèses de disque lombaire, des ancrages méniscaux, etc. De même, dans les domaines cardio ou neuro vasculaires, sont inscrits au titre III de la LPP des stimulateurs, différents types de stents, différents types de valves, des implants d'embolisation, des neurostimulateurs médullaires, des systèmes de stimulation cérébrale profonde, des dispositifs d'assistance circulatoire mécanique, des implants exo-vasculaires de fermeture, des moniteurs ECG implantables etc, tous produits aux fonctions, caractéristiques techniques et prix extrémement variés. En définissant une assiette et un taux applicables uniformément à l'ensemble des dispositifs médicaux appréhendés par la contribution créée, le législateur a méconnu d'une première part l'article 13 de la DDHC

AVOCATS

Quant à la seconde branche du premier grief, tirée du caractère confiscatoire de l'imposition

Mais il y a plus encore. En effet, non seulement l'imposition nouvelle critiquée ne tient pas compte des facultés contributives des redevables concernés et méconnaît le principe de l'égalité devant les charges publiques, mais encore elle présente un caractère nettement confiscatoire.

D'une première part, il ressort de la présentation du dispositif juridique institué, telle que résumée ci-dessus, que, dès lors que, pour une année civile donnée, le montant des dépenses remboursées par l'assurance maladie au titre des dispositifs médicaux inscrits sur la liste en sus excède un montant Z déterminé en loi de financement de la sécurité sociale, les entreprises exploitant ces dispositifs sont redevables, sous la seule réserve des remises versées au Comité économique des produits de santé (CEPS), d'une contribution dont l'assiette, telle que définie à l'article L 138-19-9 nouveau, est égale au montant des dépenses remboursées par l'assurance maladie. Le montant dû est égal à la différence entre le montant des dépenses remboursées et le montant Z visé à l'article L 138-19-8, dès lors que ce montant est positif et sous la seule réserve des remises versées au CEPS. En d'autres termes, la contribution ainsi déterminée ne comporte aucune règle de progressivité : dès lors que le montant Z est dépassé, le montant de la contribution est égal à la différence entre la dépense effectivement supportée et le montant Z, quel que soit l'importance de ce dépassement.

Si Vous avez déjà déclaré conformes à la Constitution dans le secteur du médicament (voir notamment Votre décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999) des dispositifs juridiques apparemment similaires au dispositif ici critiqué, les dispositions que Vous avez ainsi validées comportent en réalité plusieurs différences substantielles avec le dispositif en cause devant Vous aujourd'hui. L'une des plus notoires est la présence, dans le cas du médicament, d'un mécanisme de progressivité du taux d'imposition applicable destiné, eu égard à la finalité de la contribution, à établir un rapport de proportionnalité entre l'importance du dépassement à l'origine de la contribution et le montant de celle-ci. Dans ces conditions, la contribution, dont le montant est forfaitairement égal au montant du dépassement, ne tient pas compte des facultés contributives des redevables et ne répond pas à l'objectif recherché.

D'une seconde part et ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, l'assiette de la contribution n'est pas, comme dans le cas du médicament, le chiffre d'affaires réalisé par les entreprises redevables, mais le montant des dépenses prises en charge. Cette distinction est tout à fait capitale en l'espèce, dans la mesure où l'essentiel des ventes de dispositifs médicaux concernés par la contribution se fait à l'hôpital. Or, dans le cas des ventes à l'hôpital, le prix du dispositif tel que stipulé par le CEPS est le prix limite de vente (PLV) et est un prix plafond. Dans la réalité, le prix de vente effectif pratiqué par l'exploitant est donc le PLV diminué des rabais, ristournes et remises tels que consentis par celui-ci, en particulier dans le cadre des marchés publics hospitaliers. Or, en vertu de la réglementation applicable, la dépense prise en charge par les organismes de sécurité sociale et remboursée à l'établissement hospitalier est égale au prix net tel que facturé par l'exploitant à l'établissement, augmenté d'une quote-part, fixée à 50 %, du montant de l'écart entre le PLV tel que fixé par le CEPS et le prix net facturé par l'exploitant. Cet écart est dit écart tarifaire indemnisable (ETI). La somme du prix d'achat facturé à l'établissement et de la quote-part de l'ETI remboursé à l'établissement correspond donc au coût de la prise en charge d'un dispositif inscrit sur la liste en sus pour l'assurance maladie.

AVOCATS

Il en résulte, <u>en premier lieu</u>, <u>que le montant remboursé par l'assurance maladie</u> est égal au PLV chaque fois que le dispositif a été acheté par l'établissement pour <u>un prix égal au PLV et qu'il est supérieur au prix d'achat effectif chaque fois que celui-ci est inférieur au PLV.</u>

Dans ces conditions, le montant remboursé ne peut servir à mesurer les facultés contributives des redevables, lesquelles sont égales à la somme des prix de vente/prix d'achat par les établissements de santé. C'est donc à tort, là encore, que l'exposé des motifs du projet de loi comme l'étude d'impact établissent un parallèle avec les dispositions de l'article L 138-10 du CSS qui, ainsi que Vous l'avez jugé, permettent de mesurer, dans le cas du médicament, à travers le chiffre d'affaires des redevables, leur capacité contributive comme leur contribution au dépassement de l'objectif.

Bien plus, <u>en second lieu</u>, plus de prix d'achat par l'établissement hospitalier est inférieur au PLV et plus l'ETI augmente. Pour un dispositif dont le PLV est de 100, le montant remboursé est de 90 lorsqu'il est vendu à 80 (80 + 20/2) et de 80 lorsqu'il est vendu à 60 (60 + 40/2). En d'autres termes encore, plus l'exploitant s'oblige à consentir des prix bas et plus l'écart entre le montant de ses revenus, et donc de sa capacité contributive, et le montant remboursé, assiette de l'imposition, s'élève. Dans ces conditions, il n'existe aucune corrélation entre le montant de la dépense prise en charge par l'assurance maladie, assiette de la contribution, et les facultés contributives des redevables, mesurées à travers leur chiffre d'affaires. Plus encore, <u>le caractère confiscatoire de la contribution, dont l'assiette est donc au moins égale et le plus souvent supérieure aux revenus des redevables, ne fait donc aucun doute.</u>

La violation de l'article 13 DDHC est établie.

En ce qui concerne le <u>second grief</u>, tiré de l'imprévisibilité de la loi et de la violation du « principe de sécurité juridique »

Ainsi qu'il a été exposé précédemment, l'imposition nouvelle instituée par les dispositions critiquées a une assiette totalement extérieure à l'entreprise redevable, à savoir les dépenses supportées par les régimes d'assurance maladie obligatoires au cours d'une période donnée à raison de la prise en charge par ces régimes obligatoires de certains des dispositifs médicaux commercialisés par les redevables sur le territoire français, à raison de leur qualité de fabricant ou de distributeur de ces dispositifs. De telles règles d'assiette, outre qu'elles méconnaissent, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, l'article 13 DDHC, méconnaissent les « principes de prévisibilité de la loi et de sécurité juridique », notamment en ce qu'elles placent les redevables dans l'impossibilité de déterminer par avance avec une prévisibilité suffisante le montant de la contribution due au titre d'une période considérée et donc d'en provisionner le montant dans leurs écritures comptables, comme ces règles comptables le leur en font pourtant obligation. Bien plus, les redevables sont dépourvus de toute possibilité de s'assurer de la fiabilité et de la sincérité des règles d'assiette communiquées par les régimes d'assurance maladie.

PAR CES MOTIFS, LES DISPOSITIONS DU 1° DU I ET DU II DE L'ARTICLE 23 DE LA LOI VOTEE DOIVENT ETRE DECLAREES CONTRAIRES A LA CONSTITUTION.

II. SUR CERTAINES DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 39 DE LA LOI

A - Sur les modifications apportées à l'article L 162-17-9 du CSS par le A du I de l'article 39 de la loi votée (alinéas 5 et 11 de l'article)

L'article 39 est inséré dans la quatrième partie du projet de loi définie au I de l'article LO 111-3 du CSS comme « comprenant les dispositions relatives aux dépenses pour l'année à venir ». Comme le quatrième, le cinquième alinéa de cet article modifie le premier alinéa de l'article L 162-17-9 du CSS. Les dixième et onzième alinéas de l'article modifient quant à eux le quatrième alinéa du même article L 162-17-9.

Plus précisément, les cinquième et onzième alinéas de l'article 39 de la loi votée suppriment chacun la séquence de phrase qui termine respectivement les premier et quatrième alinéas de l'article L 162-17-9 du CSS et qui, dans leur rédaction actuellement en vigueur, font respectivement référence aux dispositifs médicaux « mentionnés à l'article L 165-1 » (premier alinéa) et aux dispositifs médicaux « mentionnés audit article L 165-1 » (quatrième alinéa).

Dans sa rédaction actuellement en vigueur le premier alinéa de l'article L 162-17-9 du CSS, issu lui-même de l'article 58 de la loi n° 2017-1836 de financement de la sécurité sociale pour 2018, se lit comme suit :

« Une charte de qualité des pratiques professionnelles des personnes chargées de la présentation, de l'information ou de la promotion des dispositifs médicaux à usage individuel, des produits de santé autres que les médicaments et les prestations de service éventuellement associées est conclue entre le comité économique des produits de santé et un ou plusieurs syndicats ou organisations regroupant les fabricants ou distributeurs des produits et prestations et prestations mentionnés à l'article L 165-1 ».

Dans sa rédaction résultant du cinquième alinéa de l'article déféré, le premier alinéa de l'article L 162-17-9 se lit comme suit :

« Une charte de qualité des pratiques professionnelles des personnes chargées de la présentation, de l'information ou de la promotion des dispositifs médicaux à usage individuel, des produits de santé autres que les médicaments et les prestations de service éventuellement associées est conclue entre le comité économique des produits de santé et un ou plusieurs syndicats ou organisations regroupant les fabricants ou distributeurs des produits et prestations et prestations » (sans préjudice des modifications résultant du quatrième alinéa de l'article de la loi votée qui ne sont pas en cause ici).

De la même façon, le quatrième alinéa de l'article L 162-17-9 du CSS se lit actuellement comme suit :

« La charte conclue s'applique à l'ensemble des fabricants ou distributeurs de produits et prestations mentionnés audit article L 165-1 ».

Dans sa rédaction résultant du onzième alinéa de l'article de la loi déférée, le quatrième alinéa de l'article L 162-17-9 se lit comme suit :

« La charte conclue s'applique à l'ensemble des fabricants ou distributeurs de produits et prestations » (sans préjudice des modifications résultant du dixième alinéa de l'article de la loi votée qui ne sont pas en cause ici).

Il ressort de la comparaison de la rédaction de chacun de ces deux alinéas de l'article L 162-17-9 que la charte des pratiques professionnelles (« charte PP ») de présentation, information et promotion des dispositifs médicaux prévue à cet article du CSS concerne actuellement les seuls dispositifs médicaux visés à l'article L 165-1 du même code, c'est-à-dire les dispositifs médicaux pris en charge par l'assurance maladie, ce qui est naturel s'agissant d'une disposition codifiée dans le CSS. La suppression, qui résulte de la loi votée, dans l'article L 162-17-9, de la référence à l'article L 165-1 du CSS a donc pour effet d'étendre implicitement mais nécessairement le champ de la « charte PP » à l'ensemble des dispositifs médicaux, qu'ils soient ou non pris en charge par l'assurance maladie.

Une telle disposition est étrangère à l'objet de la loi de financement de la sécurité sociale. En effet, dès lors que, par l'effet de la suppression de la référence à l'article L 165-1 du CSS, elle se borne à étendre aux dispositifs médicaux qui n'entrent pas dans le champ des prévisions de cet article la charte des pratiques professionnelles, les dispositions critiquées de la loi votée n'ont aucune espèce d'incidence sur la dépense des organismes de sécurité sociale pour l'année à venir et, par suite, n'entrent ni dans le champ des prévisions du D du I de l'article L0 111-3 du CSS ni dans celui du C du V du même article.

Les modifications ainsi apportées à l'article L 162-17-9 du CSS par les cinquième et onzième alinéas de l'article 39 de la loi votée et figurant au A du I de cet article sont donc étrangères à l'objet des lois de financement. Ces alinéas doivent être déclarés contraires à la Constitution.

B - Sur les dispositions du II de l'article 39 de la loi votée insérant dans le CSP un article L 5212-1-1 nouveau (alinéas 129 à 134 de l'article)

Le II de l'article 39 de la loi votée (correspondant aux alinéas 129 à 134 de l'article) insère dans le code de la santé publique (CSP) un article L 5212-1-1 nouveau qui prévoit que « certains dispositifs médicaux à usage individuel figurant sur une liste établie par arrêté des ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale peuvent faire l'objet d'une remise en bon état d'usage en vue d'une réutilisation par des patients différents de ceux les ayant initialement utilisés ».

Comme plusieurs des dispositions analysées ci-dessus, ces dispositions sont étrangères à l'objet des lois annuelles de financement de la sécurité sociale. Elles n'entrent ni dans le champ des prévisions du D du I de l'article LO 111-3 ni dans celui du C du V du même article.

Par ce seul motif, et sans préjudice d'autres vices d'inconstitutionnalité, <u>les dispositions du II</u> <u>de l'article 39 de la loi votée, insérant dans le CSP un article L 5212-1-1 nouveau, doivent</u> <u>être déclarées contraires à la Constitution.</u>

C - Sur les conséquences qui résultent sur l'article L 165-1-8 nouveau, inséré dans le CSS par le E du I de l'article 39 de la loi, de la déclaration d'inconstitutionnalité du II du même article (alinéas 47 à 54 de l'article)

La déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions du II de l'article 39 de la loi votée (alinéas 129 à 134 de l'article) entraîne nécessairement par voie de conséquence la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L 165-1-8 nouveau, inséré dans le CSS par le E du I de l'article 39 de la loi (alinéas 47 à 54 de l'article).

Par ce motif, et sans préjudice d'autres motifs d'inconstitutionnalité, <u>les dispositions de</u> <u>l'article L 165-1-8 nouveau du CSS, issues du E du I de l'article 39 de la loi, doivent être déclarées contraires à la Constitution.</u>

III. <u>CONCLUSION</u>:

Au total, doivent donc être déclarés contraires à la Constitution :

- Les alinéas 1 à 16 de l'article 23;
- L'alinéa 25 du même article;
- Les dispositions étrangères à l'objet des lois de financement qui figurent aux alinéas 5, 11, 47 à 54 et 129 à 134 de l'article 39 de la loi.

Bernard GENESTE

Avocat à la Cour

Geneste & Devulder Avocats

43, rue de Courcelles

75008 PARIS

Tél: +33 1 88 33 47 86

E-mail: bernard.geneste@gd-associes.com

Marine DEVULDER

Avocat à la Cour

Geneste & Devulder Avocats

43, rue de Courcelles

75008 PARIS

Tél: +33 1 88 33 47 85

E-mail: marine.devulder@gd-associes.com

Avocats à la Cour

Conseil constitutionnel

Observations sur la constitutionnalité de l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020

Affaire n° 2019-795 DC

POUR: la Fédération française des vins d'apéritif (FFVA), dont le siège est

situé 10, rue Pergolèse – 75116 Paris

Représenté par : Maître Yann Aguila

Avocat au Barreau de Paris

Bredin Prat

53, Quai d'Orsay – 75007 Paris

SOMMAIRE

I.		SUR L'HISTORIQUE ET LE CONTEXTE DES DISPOSITIONS CONTESTEES	3
	1.	LA MISE EN PLACE DE LA TAXE « PREMIX »	3
	2.	LA TAXE « PREMIX » DANS SA VERSION EN VIGUEUR	5
	3.	LES MODIFICATIONS PREVUES PAR L'ARTICLE 15 DE LA LOI DEFEREE	7
II.		SUR L'INCONSTITUTIONNALITE DES DISPOSITIONS CONTESTEES	8
	1.	Sur la meconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle	
	D'I	INTELLIGIBILITE ET D'ACCESSIBILITE DE LA LOI	9
		1.1. En droit	9
		1.2. En l'espèce	10
		1.2.1. Sur les renvois multiples, équivoques, imprécis et inintelligibles prévus par l'article 1613 bis modifié du	
		code général des impôts	10
		1.2.2. Sur la confusion qui entoure la notion de « produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014	dи
		Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 »	13
	2.	1	
		2.1. En droit	15
		2.2. En l'espèce	16
		2.2.1. Sur l'incohérence des critères d'assujettissement définis par le législateur	16
		2.2.2. Sur les différences de traitement injustifiées résultant de l'article 15 de la loi déférée	

1. Créée il y a plus de cinquante ans, la Fédération française des vins d'apéritif (FFVA) rassemble les producteurs et distributeurs de vins d'apéritif. Elle compte une trentaine d'entreprises adhérentes et regroupe trois syndicats professionnels, à savoir le Conseil national des vins aromatisés (CNVA), le Syndicat français des vins mousseux (SFVM) et le Syndicat des grandes marques de Porto (SGMP). La Fédération française des vins d'apéritif représente une production annuelle de 150 millions de bouteilles par an, pour un montant d'accises versées à l'État de plus de 50 millions d'euros par an.

La Fédération française des vins d'apéritif a pour mission de traiter de toutes les questions d'intérêt général se rapportant directement ou indirectement à l'élaboration, à l'importation et à la commercialisation des vins d'apéritif. Elle intervient sur le territoire français ainsi qu'au niveau de l'Union européenne. Le ministère de l'agriculture a désigné la FFVA pour siéger au Conseil Spécialisé de la filière vins de FranceAgriMer et a reconnu son expertise auprès de l'Organisation Internationale de la Vigne et du Vin.

À l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020 et notamment de son article 15, la Fédération française des vins d'apéritif souhaite appeler l'attention du Conseil constitutionnel sur les points suivants.

I. SUR L'HISTORIQUE ET LE CONTEXTE DES DISPOSITIONS CONTESTEES

2. Instituée en 1996, la taxe « *prémix* », qui a vocation à frapper les boissons issues d'un mélange entre une boisson alcoolique et une boisson non alcoolique, repose sur un périmètre qui a évolué au gré des modifications législatives dans le sens d'une complexification croissante (1).

Désormais prévue à l'article 1613 *bis* du code général des impôts, la taxe « *prémix* » s'applique à deux catégories de boissons : celles issues d'un « *mélange préalable* » et les « *produits alcooliques* » qui remplissent certains critères (2).

L'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020 modifie l'article 1613 bis du code général des impôts dans le sens d'une extension de l'assiette des « produits alcooliques » visés par la taxe à certains produits aromatisés à base de vin. L'article 15 institue en outre un taux de taxation différencié en fonction de l'alcool qui constitue la boisson (3).

1. La mise en place de la taxe « prémix »

3. L'article 29 de la loi n° 96-1160 du 27 décembre 1996 de financement de la sécurité sociale pour 1997 a institué une taxe nouvelle sur les **boissons dites** *prémix*, c'est-à-dire sur les boissons résultant d'un mélange entre une boisson non alcoolique, telle qu'un soda, et une boisson alcoolique.

L'institution de la taxe se justifiait alors par la pénétration sur le marché, au milieu des années 1990, de ces boissons *prémix* et le risque que celles-ci induisaient pour la santé publique. L'avis

du 6 novembre 1996 du Sénateur Jacques OUDIN restitue clairement la finalité de la taxe alors créée : « Le lancement récent sur le marché des "prémix", boissons constituées d'un mélange d'alcools forts et de sodas, présentés sous la forme attractive de canettes et vendus à des prix modiques, constitue un réel danger en termes de santé publique. Le développement de ces boissons est en effet de nature à ancrer très tôt des habitudes de consommation d'alcool fort chez les jeunes »¹.

Etaient ainsi soumises à la taxe, en vertu de l'article 29 de de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997, les « boissons obtenues par mélange préalable entre les boissons visées au 5° de l'article L. 1 du code des débits de boissons et des mesures contre l'alcoolisme et des boissons sans alcool ».

4. Initialement défini de manière simple et claire, le champ d'application de la taxe a toutefois été **progressivement complexifié**, à coups de multiples modifications législatives, tantôt dans le sens d'un élargissement, tantôt dans celui d'un rétrécissement de son périmètre.

Les tergiversations du législateur ont d'ailleurs contribué à ces mouvements épars. À titre d'illustrations, l'on rappellera que le législateur a un temps défini le champ d'application de la taxe en fonction d'un critère lié au conditionnement de la boisson, l'assiette de la taxe ayant été bornée aux boissons *prémix* « *conditionnées pour la vente au détail en récipients de moins de 60 centilitres* »², avant que ce critère ne soit finalement abandonné³. Aussi les boissons alcooliques additionnées d'eau ont-elles été passagèrement exclues de l'assiette de la taxe⁴, avant d'y être finalement réintégrées⁵.

Le législateur a par ailleurs défini un titre alcoométrique de 1,2 % vol. en-deçà duquel les boissons *prémix* échappent à l'application de la taxe⁶. Puis, quelques années plus tard, le dispositif a été complété par l'ajout d'un titre alcoométrique cette fois maximal, de 12 % vol., au-delà duquel les boissons sont elles aussi exclues du champ d'application de la taxe⁷.

Observons enfin que l'article 44 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, qui a d'ailleurs inséré les dispositions relatives à la taxe en cause à l'article 1613 *bis* du code général des impôts, a intégré dans son champ d'application certains « *produits alcooliques* » dès lors qu'ils comportent une **quantité de sucre** supérieure à 35 grammes ou une édulcoration équivalente par litre exprimée en sucre inverti et qu'ils ne bénéficient pas d'indications géographiques protégées ou d'attestations de spécificité.

Avis n° 68 (1996-1997) de M. Jacques OUDIN, fait au nom de la commission des finances du Sénat, déposé le 6 novembre 1996, p. 115. Voir également : rapport n° 66 (1996-1997) de MM. Charles DESCOURS, Jacques MACHET et Alain VASSELLE, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 6 novembre 1996, pp. 111 et 112.

² Article 12 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999.

³ Article 44 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

⁴ Article 12 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999.

⁵ Article 44 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

⁶ Article 12 de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999.

Article 44 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique.

2. <u>La taxe « prémix » dans sa version en vigueur</u>

5. Résultat de ces touches successives, l'article 1613 *bis* du code général des impôts dispose en l'état que :

« Les boissons constituées par :

a) Un mélange préalable de boissons ayant un titre alcoométrique acquis n'excédant pas 1,2 % vol. et de boissons alcooliques définies aux articles 401, 435 et au a du I de l'article 520 A,

ou

b) Un ou plusieurs produits alcooliques, définis aux articles 401,435 et au a du I de l'article 520 A qui ne répondent pas aux définitions prévues aux règlements modifiés n° 1576/89 du Conseil du 29 mai 1989, n° 1601/91 du Conseil du 10 juin 1991 et n° 1493/99 du Conseil du 17 mai 1999, au 5° de l'article 458, qui ne bénéficient pas d'indications géographiques protégées ou d'attestations de spécificité au sens de la réglementation communautaire, et qui contiennent plus de 35 grammes de sucre ou une édulcoration équivalente par litre exprimée en sucre inverti,

font l'objet d'une taxe perçue au profit de la Caisse nationale de l'assurance maladie dès lors que la boisson obtenue présente un titre alcoométrique acquis de plus de 1,2 % vol. et inférieur à 12 % vol.

II. – Le tarif de la taxe mentionnée au I est fixé à 11 ϵ par décilitre d'alcool pur.

III. — La taxe est due lors de la mise à la consommation en France des boissons mentionnées au I. Elle est acquittée, selon le cas, par les fabricants, les entrepositaires agréés, les importateurs, les personnes qui réalisent l'acquisition intracommunautaire de ces boissons, les représentants fiscaux des opérateurs établis dans un autre Etat membre de l'Union européenne mentionnés à l'article 302 V bis ou par les personnes mentionnées au 4° du 2 du I de l'article 302 D.

IV. — Cette taxe est recouvrée et contrôlée sous les mêmes règles, conditions, garanties et sanctions qu'en matière de contributions indirectes.

V. — Le produit de cette taxe est versé à l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale. »

- **6.** Il résulte du I de cet article que, dès lors qu'elles présentent un titre alcoométrique compris entre 1,2 % vol. et 12 % vol., **deux catégories alternatives de boissons** sont comprises dans l'assiette de la taxe⁸:
 - <u>celles visées au a) du I de l'article 1613 bis du code général des impôts</u>, c'est-àdire les boissons qui résultent d'un « *mélange préalable* » entre au moins deux boissons :

⁸ Le champ d'application de la taxe prévue à l'article 1613 *bis* du code général des impôts est précisé par une circulaire du ministre de l'économie du 8 février 2017 (NOR : ECFD1703991C).

- o d'une part, une boisson présentant un titre alcoométrique inférieur à 1,2 % vol. (par exemple, un jus de fruits, une limonade ou un cola) ;
- o d'autre part, une boisson alcoolique définie :
 - à l'article 401 du code général des impôts, c'est-à-dire les produits intermédiaires visés au a) du I de cet article (comme les vins doux naturels, les vins de liqueur et le porto) et les alcools visés au b) du I de cet article (comme le whisky et les eaux-de-vie) ou
 - à l'article 435 de ce code, c'est à dire les boissons fermentées, telles que le vin mousseux, le cidre ou le poiré ou
 - au a du I de l'article 520 A, c'est-à-dire les bières et les boissons assimilées à la bière.
- <u>celles visées au b) du I de l'article 1613 bis du code général des impôts</u>, c'est-àdire « *un ou plusieurs produits alcooliques* » la notion de « produit » n'étant pas définie qui satisfont cumulativement aux critères suivants :
 - le « *produit alcoolique* » est défini aux articles 401,435 et au a du I de l'article 520 A, soit le même périmètre que celui défini au a) du I du même article concernant la boisson alcoolique contenue dans le « *mélange préalable* » ;
 - le « produit alcoolique » ne répond pas aux définitions prévues :
 - au règlement modifié n° 1576/89 du Conseil du 29 mai 1989 établissant les règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des **boissons spiritueuses**⁹;
 - au règlement modifié n° 1601/91 du Conseil du 10 juin 1991 établissant les règles générales relatives à la définition, à la désignation et à la présentation des vins aromatisés, des boissons aromatisées à base de vin et des cocktails aromatisés de produits viti-vinicoles¹⁰;

Le règlement n° 1576/89 du Conseil du 29 mai 1989 a été abrogé et remplacé par le règlement n° 110/2008 du 15 janvier 2008, lui-même ayant ensuite été abrogé et remplacé par le règlement n° 2019/787 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 concernant la définition, la désignation, la présentation et l'étiquetage des boissons spiritueuses, l'utilisation des noms de boissons spiritueuses dans la présentation et l'étiquetage d'autres denrées alimentaires, la protection des indications géographiques relatives aux boissons spiritueuses, ainsi que l'utilisation de l'alcool éthylique et des distillats d'origine agricole dans les boissons alcoolisées.

Le règlement n° 1601/91 du Conseil du 10 juin 1991 a été abrogé et remplacé par le règlement n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 concernant la définition, la description, la présentation, l'étiquetage et la protection des indications géographiques des produits vinicoles aromatisés.

- au règlement modifié n° 1493/99 du Conseil du 17 mai 1999 portant organisation commune du marché vitivinicole¹¹;
- au 5° de l'article 458 du code général des impôts, c'est-à-dire les « cidres et poirés répondant à la définition légale de ces boissons et commercialisés dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé du budget pris après avis du ministre chargé de l'agriculture », à savoir, d'une part, les cidres et ou poirés définis par le décret n° 53-978 du 30 septembre 1953, et, d'autre part, les cidres aromatisés définis par le décret n° 87-599 du 29 juillet 1987.

Les produits alcooliques qui entrent dans le champ d'application des textes ci-dessus sont donc **exclus de l'assiette de la taxe** *prémix* telle que définie au b) du I de l'article 1613 *bis* du code général des impôts.

- le « *produit alcoolique* » ne bénéficie pas d'indications géographiques protégées ou d'attestations de spécificité ;
- le « *produit alcoolique* » contient plus de 35 grammes de sucre ou une édulcoration équivalente par litre exprimée en sucre inverti.

Par exemple, un produit constitué principalement de bière à laquelle est ajouté du rhum, dont le titre alcoométrique est de 6,5 %/volume et contenant 70 grammes de sucre par litre exprimé en sucre inverti, est compris dans l'assiette de la taxe¹². En revanche, un **vin** aromatisé ou un cidre aromatisé ou une bière aromatisée n'est pas assujetti à la taxe.

3. <u>Les modifications prévues par l'article 15 de la loi déférée</u>

- 7. Inséré par voie d'amendement¹³, l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale apporte deux modifications à l'article 1613 *bis* du code général des impôts.
- 8. <u>D'une part</u>, le 1° de l'article 15 modifie le **b) du I de l'article 1613** *bis* du code général des impôts en substituant la référence actuelle « *modifiés n*° 1576/89 du Conseil du 29 mai 1989, n° 1601/91 du Conseil du 10 juin 1991 et n° 1493/99 du Conseil du 17 mai 1999, » par la référence suivante : « (UE) n° 2019/787 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 et (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, à l'exclusion des produits

Le règlement n° 1493/99 du Conseil du 17 mai 1999 a été partiellement abrogé et partiellement remplacé par le règlement n° 1234/2007 du Conseil du 22 octobre 2007, lui-même ayant ensuite été abrogé et remplacé par le règlement n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles.

Exemple fourni par la circulaire du ministre de l'économie du 8 février 2017, p. 8.

L'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale résulte de l'adoption de deux amendements : dans un premier temps, l'amendement n° AS950, présenté par Mme Dufeu Schubert, a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale ; dans un second temps, l'amendement n° 439, présenté par M. Véran, a été adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale.

mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, ainsi qu'».

Ce faisant, le 1° de l'article 15 met à jour les références aux règlements européens auxquels renvoie le b) du I de l'article 1613 *bis* du code général des impôts pour tenir compte de l'évolution du cadre européen.

En outre et surtout, le 1° de l'article 15 abandonne la référence au règlement n° 1601/91 du Conseil du 10 juin 1991 pour prévoir, à l'inverse, « *l'exclusion des produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014* » qui a abrogé et remplacé le règlement n° 1601/91.

Le règlement n° 251/2014 s'applique aux produits aromatisés à base de vin. Conformément à son article 3, les produits vinicoles aromatisés visés par ce règlement regroupent trois catégories de produits : les vins aromatisés, les boissons aromatisées à base de vin et les cocktails aromatisés de produits vitivinicoles, chaque catégorie devant satisfaire aux exigences définies à l'article 3 dudit règlement afin d'entrer dans ses prévisions.

Comme cela résulte de l'exposé sommaire de l'amendement dont est issu l'abandon de la référence au règlement n° 1601/91 : « *Cet amendement vise à faire évoluer la taxation des « prémix » à base de vin afin de permettre la taxation des prémix à base de vin »*¹⁴.

9. <u>D'autre part</u>, le 2° de l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale modifie le II de l'article 1613 bis du code général des impôts en prévoyant un taux de taxation différencié.

En effet, le taux jusqu'alors unique de 11 euros par décilitre d'alcool pur est maintenu, mais complété par un nouveau taux de 3 euros par décilitre d'alcool pur spécifiquement applicable aux boissons définies à l'article 435 du code général des impôts (c'est-à-dire essentiellement les boissons à base de vin).

II. SUR L'INCONSTITUTIONNALITE DES DISPOSITIONS CONTESTEES

- **10.** L'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020 encourt la censure pour au moins deux motifs d'inconstitutionnalité :
 - d'une part, en raison de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (1);
 - d'autre part, en raison de la méconnaissance du principe d'égalité (2).

8

Exposé sommaire de l'amendement précité n° AS950 présenté par Mme Dufeu Schubert et adopté.

1. <u>Sur la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi</u>

1.1. <u>En droit</u>

- 11. En vertu d'une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel considère « qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi »¹⁵.
- 12. Appliquant toujours plus strictement ces exigences, le Conseil constitutionnel censure les dispositions législatives qui revêtent une « *portée normative incertaine* » ¹⁶ ou qui « *ne sont pas énoncées de façon claire et précise* » ¹⁷.

Sont également déclarées inconstitutionnelles les dispositions dont l'application repose sur des notions « *ambiguës* » ¹⁸.

De même, le **champ d'application d'une règle fiscale** est contraire à la Constitution lorsqu'il n'est pas déterminé de manière suffisamment précise, c'est-à-dire lorsque la rédaction de la disposition qui prévoit cette règle « *laissait dans l'incertitude quant aux activités soumises à l'impôt au sens de cette disposition* »¹⁹.

13. La complexité d'une disposition législative est également source d'inconstitutionnalité.

En matière fiscale, les dispositions législatives excessivement complexes méconnaissent en outre l'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée »²⁰.

Décision n° 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.

Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales, cons. 15.

Décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, Loi d'orientation pour l'outre-mer, cons. 52.

Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, Loi portant réforme de l'élection des sénateurs, cons. 26.

¹⁹ Décision n° 2014-708 DC du 29 décembre 2014, *Loi de finances rectificative pour 2014* ; commentaire de cette décision par le Conseil constitutionnel, p. 24.

²⁰ Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, Lois de finances pour 2006, cons. 78.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions législatives dont la complexité « se tradui[sait] notamment par la longueur de l'article [déféré], par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées » et serait, par suite, « source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux »²¹.

1.2. <u>En l'espèce</u>

- 14. Les dispositions de l'article 15 de la loi déférée, qui modifient l'assiette de la taxe définie au b) du I de l'article 1613 *bis* du code général des impôts, sont formulées en des termes particulièrement imprécis et équivoques et reposent de surcroît sur de multiples renvois, tantôt alternatifs, tantôt exclusifs, ce qui est source d'une profonde confusion (d'ailleurs y compris pour le législateur lui-même) quant au champ d'application de la taxe.
- **15.** En effet, dans sa version modifiée par l'article 15 de la loi contestée, le b) du I de l'article 1613 *bis* du code général des impôts soumet à la taxe :
 - « b) Un ou plusieurs produits alcooliques, définis aux articles 401, 435 et au a du I de l'article 520 A qui ne répondent pas aux définitions prévues aux règlements (UE) n° 2019/787 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 et (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, à l'exclusion des produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, ainsi qu'au 5° de l'article 458, qui ne bénéficient pas d'indications géographiques protégées ou d'attestations de spécificité au sens de la réglementation communautaire, et qui contiennent plus de 35 grammes de sucre ou une édulcoration équivalente par litre exprimée en sucre inverti » (les dispositions soulignées étant celles qui résultent de l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale).
 - 1.2.1. Sur les renvois multiples, équivoques, imprécis et inintelligibles prévus par l'article 1613 bis modifié du code général des impôts
- **16.** L'assiette de la taxe est définie au b) du I de l'article 1613 *bis* modifié du code général des impôts par **une phrase** qui procède à un **renvoi à non moins de <u>sept textes</u> distincts**.

C'est manifestement excessif pour comprendre, d'une manière claire et raisonnablement accessible pour les éventuels contribuables, la substance et la portée de l'assiette de la taxe²².

²¹ Décision n° 2005-530 DC, cons. 84.

La tâche est de surcroît complexifiée par le fait que les textes auxquels il est renvoyé comprennent eux-mêmes de nombreux renvois. Par exemple, l'article 435 du code général des impôts renvoie, pour définir son champ d'application, non seulement aux codes du tarif des douanes, mais également à d'autres textes, comme « aux conditions prévues aux a et a bis du 2° de l'article 438 » pour définir les produits compris dans le 1° de son paragraphe I, ou « aux conditions prévues aux b et c du 2° et au 3° de l'article 438 » pour définir les produits visés au 1° de son paragraphe II.

17. Les renvois auxquels procède le b) du I de l'article 1613 *bis* modifié sont d'autant plus **complexes** à cerner qu'ils sont **incohérents**, les textes auxquels il est renvoyé étant issus d'**ordres juridiques distincts** et de **législations différentes**.

Ainsi, si le b) du I de l'article 1613 *bis* modifié renvoie à d'autres dispositions fiscales du code général des impôts (à savoir à ses articles 401, 435, au a du I de l'article 520 A et au 5° de l'article 458), il se réfère également à des **textes européens sans lien avec la matière fiscale** et **dont l'objet excède parfois largement le secteur des boissons**.

Les règlements n° 251/2014 du 26 février 2014 et n° 2019/787 du 17 avril 2019 ont en effet pour objet de définir les règles applicables, au sein du marché intérieur, respectivement à certains produits vinicoles aromatisés et aux boissons spiritueuses. Quant au règlement n° 1308/2013 du 17 décembre 2013, il vise à définir, de manière large, les règles d'organisation commune des marchés des produits agricoles au sein de l'Union européenne (ce qui n'inclut cependant pas les produits vinicoles aromatisés).

18. L'accessibilité et l'intelligibilité de la norme sont d'autant plus insatisfaisantes au vu des exigences constitutionnelles que les renvois auxquels procède le législateur sont, au moins pour certains d'entre eux, notoirement imprécis.

L'imprécision est en particulier patente concernant le renvoi, en bloc et sans la moindre précision, aux trois règlements de l'Union européenne.

Or le règlement n° 1308/2013 du 17 décembre 2013, qui comprend 184 pages, s'applique, de manière générale, aux « produits agricoles ». Aux termes de l'article 1^{er} de ce règlement, les produits agricoles sont ceux « énumérés à l'annexe I des traités, à l'exclusion des produits de la pêche et de l'aquaculture » et sont répartis dans vingt-quatre secteurs listés au 2 de l'article 1^{er} du règlement, parmi lesquels figurent le vin, l'alcool éthylique d'origine agricole, mais également par exemple l'huile d'olive, les produits transformés à base de fruits ou encore d'« autres produits » (définis à la partie XXIV d'une annexe du règlement).

Le champ d'application d'une règle fiscale défini avec une telle imprécision et avec une aussi grande complexité ne saurait résister à la censure du Conseil constitutionnel.

19. Excessivement nombreux, disparates et imprécis, les renvois prévus par le législateur s'enchaînent en outre sans aucune intelligibilité, ce qui les rend totalement confus.

En effet, ces renvois sont <u>tantôt alternatifs</u> – par exemple, le produit doit être défini à l'article 401 ou à l'article 435 ou au I de l'article 520 A du code général des impôts – <u>tantôt exclusifs</u> – mais le produit ne doit pas répondre aux définitions prévues par les règlements n° 2019/787 et n° 1308/2013 – <u>tantôt doublement exclusifs</u> (donc inclusifs ?) – « à l'exclusion des produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 ».

À cet égard, de multiples lectures du texte sont nécessaires pour comprendre, avec l'aide de l'exposé des motifs des amendements ayant créé ces dispositions, que les produits précédés de la mention « <u>à l'exclusion de</u> » sont, en dépit de tout bon sens, ceux que le législateur entend en réalité <u>inclure</u> dans l'assiette de la taxe.

Mais qu'en est-il alors des produits qui sont visés par l'article 1613 *bis* modifié à la suite des « *des produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 du Parlement européen* », c'est-à-dire des produits mentionnés « *au 5° de l'article 458* » (à savoir le cidre et le poiré) ?²³

Sont-ils également, comme les produits mentionnés par le règlement n° 251/2014, « exclus de l'exclusion », et donc désormais inclus dans les prévisions de la taxe ?

C'est ce que pourrait raisonnablement suggérer une interprétation littérale de l'article 1613 bis du code général des impôts tel que modifié par l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale. Ce n'est toutefois pas ce qui ressort des travaux parlementaires.

En définitive, les dispositions de l'article 15 sont totalement confuses et incompréhensibles.

20. D'ailleurs, **le législateur lui-même semble se méprendre** dans le jeu de renvois inintelligibles qu'il a défini.

En effet, le placement de la mention « à l'exclusion des produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 » à la suite de la mention « aux définitions prévues aux règlements (UE) n° 2019/787 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 et (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 » suggère que les produits visés par le règlement n° 251/2014 sont en principe compris dans le champ des règlements n° 2019/787 et n° 1308/2013, mais en sont exclus en vertu de l'article 1613 bis modifié pour les besoins de l'application de la taxe prémix qu'il établit.

Or tel n'est clairement pas le cas, puisque les produits visés par le règlement n° 251/2014 ne sont compris ni dans le champ du règlement n° 2019/787 (qui s'applique aux boissons spiritueuses), ni dans celui du règlement n° 1308/2013 (qui s'applique aux produits agricoles).

Les produits régis par le règlement n° 251/2014 font en effet l'objet d'une définition spécialement prévue par ce règlement et qui n'est comprise dans le champ d'aucun autre règlement.

Pour mémoire, le b) du I de l'article 1613 bis modifié du code général des impôts vise : « b) Un ou plusieurs produits alcooliques, définis aux articles 401, 435 et au a du I de l'article 520 A qui ne répondent pas aux définitions prévues aux règlements (UE) n° 2019/787 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 et (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013, à l'exclusion des produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, ainsi qu'au 5° de l'article 458, qui [...] ».

Dans ces conditions, on saisit mal comment l'article 1613 bis du code général des impôts pourrait, pour définir les produits auxquels ils s'appliquent, viser des produits « par exclusion » du champ d'application d'un règlement (en l'occurrence des règlements n° 2019/787 et n° 1308/2013), alors que ces produits ne sont pas compris dans les prévisions de ce règlement.

C'est donc la portée même de l'article 15 de la loi déférée qui est incertaine, sinon sans objet.

- 1.2.2. Sur la confusion qui entoure la notion de « produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 »
- 21. Ainsi que cela ressort des travaux préparatoires de la loi de financement de la sécurité sociale, le législateur a entendu, à l'article 15 de celle-ci, inclure dans le périmètre de la taxe prévue à l'article 1613 *bis* du code général des impôts, les produits mentionnés par le règlement n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014.
- 22. Or une **profonde confusion** entoure la notion de produits mentionnés par le règlement n° 251/2014 dans l'esprit du législateur, puisqu'il est clair que des produits alcooliques sont compris dans le champ de ce règlement, alors que le législateur n'a manifestement pas la volonté de les assujettir à la taxe *prémix*.
- 23. En effet, et pour prendre un exemple concret, la *sangria* est explicitement mentionnée par le règlement n° 251/2014 du 26 février 2014, en l'occurrence au 3. du B. de l'annexe II de ce règlement, à laquelle renvoie l'article 4 du règlement relatif au « *Processus de production et méthodes d'analyse pour les produits vinicoles aromatisés* ».

Il en va de même du *Glühwein* (ou **vin chaud**), mentionné au 8 du B. de l'annexe II du règlement n° 251/2014.

Toutefois, il ressort **tout aussi explicitement des débats parlementaires** que le législateur n'entend pas soumettre ces produits à la taxe prévue à l'article 1613 *bis* du code général des impôts.

C'est ce qu'a souligné M. Olivier VERAN, rapporteur général, lors de la séance publique du 25 novembre 2019 devant l'Assemblée nationale : « Enfin, il revient certes à chacun de faire son choix, mais la sangria n'est pas un prémix, pas plus que le vin chaud ». C'est également ce qu'a relevé Mme Marie-Christine BOURGUIGNON, présidente de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, lors de la séance publique du 25 novembre 2019 : « Le vin chaud n'est pas un prémix ».

En ce sens également, dans un courrier du 9 décembre 2019, M. Gilles LE GENDRE, député de Paris et président du groupe La République En Marche, note (on ne peut plus clairement) que « Les vins de terroir, tels que la sangria, le vin chaud ou le vin de noix, ne sont en effet pas des prémix

et ne sont donc pas concernés par cet article [15 de la loi de financement de la sécurité sociale] » (pièce n° 1).

Ces exemples d'imbroglios, pour significatifs qu'ils soient, ne sont de surcroît **pas résiduels**. Ils pourraient en effet être multipliés. Une confusion du même ordre rend ainsi la soumission des vins de pêche à la taxe **tout autant incertaine**.

Une telle contradiction entre l'intention expresse du législateur et le texte qu'il a adopté montre qu'en l'espèce la loi est inintelligible pour le législateur lui-même.

24. Ces contrariétés, qui affectent la qualité de la norme de manière rédhibitoire, s'expliquent sans doute par les divergences entre le champ d'application des notions maniées par le législateur qui, ainsi que cela a déjà été souligné, procèdent d'ordres juridiques et de législations différentes.

En effet, la notion de « *produits alcooliques* » visée au b) du I de l'article 1613 *bis* du code général des impôts a été pensée par le législateur comme une notion distincte et complémentaire de celle de « *mélange préalable* » sur laquelle repose le a) du I de cet article.

Or les « *produits* » mentionnés par le règlement n° 251/2014 du 26 février 2014, auxquels renvoie uniquement le b) du I de l'article 1613 *bis* du code général des impôts, **excèdent le champ d'application** que le législateur a entendu conférer au b) du I de l'article 1613 *bis* et, par conséquent, **échappent à ce dernier**.

- 25. Signe supplémentaire de la complexité et de l'illisibilité de l'article 15 de la loi déférée, le Sénat a adopté, sans être suivi par l'Assemblée nationale, un amendement ayant pour objet de différer de six mois l'entrée en vigueur de cet article (alors l'article 9 ter du projet de loi), afin de lever la « confusion d'interprétation sur les produits entrant dans le champ de cette nouvelle disposition » et de « clarifier les choses en laissant quelques mois avant sa mise en place »²⁴.
- 26. Pour toutes ces raisons, les dispositions de l'article 15 de la loi déférée méconnaissent l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi et, par suite, encourent une censure certaine.

²⁴ Amendement n° 178 du 28 novembre 2019 présenté par M. Daniel LAURENT et DUPLOMB, Mmes IMBERT, Nathalie DELATTRE et LASSARADE, M. KENNEL, Mmes DUMAS et LAMURE, MM. SAVARY, BIZET et GENEST, Mme CHAIN-LARCHÉ, MM. MAGRAS et CAMBON, Mmes BRUGUIÈRE, PRIMAS et MORHET-RICHAUD, MM. POINTEREAU, DÉTRAIGNE, FOUCHÉ, BABARY et PONIATOWSKI, Mme GRUNY, M. GUENÉ, Mme RAIMOND-PAVERO, MM. PANUNZI, Jean-Marc BOYER, CABANEL, de NICOLAY, CHARON, LONGEOT, LOUAULT, BRISSON, LEFÈVRE et LONGUET, Mmes TROENDLÉ et FÉRAT, M. VIAL, Mme BERTHET, MM. GRAND, CHAIZE, PIERRE, VASPART, BOUCHET, ÉMORINE, SEGOUIN, HURÉ et CHATILLON, Mme MICOULEAU, MM. HUSSON, SCHMITZ, MANDELLI et CALVET, Mmes NOËL et RENAUD-GARABEDIAN, M. BOULOUX, Mmes BORIES et PERROT, MM. BONNE et MOUILLER, Mmes CHAUVIN, BONFANTI-DOSSAT et CONSTANT, M. Henri LEROY, Mme LOISIER et MM.

REGNARD, Bernard FOURNIER, CUYPERS et LAMÉNIE.

2. Sur la méconnaissance du principe d'égalité

2.1. En droit

27. Conformément à une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel : « Selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Ce principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²⁵.

Par ailleurs, pour assurer le respect du principe d'égalité devant les charges publiques qu'il déduit de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le Conseil constitutionnel vérifie que le législateur fonde « son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »²⁶.

28. Par exemple, le Conseil constitutionnel a censuré une première fois les dispositions législatives instituant une contribution perçue sur les « *boissons énergisantes* » au motif que l'assiette de la taxe n'avait pas été définie sur la base de critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objectif poursuivi par le législateur, en méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁷.

Une seconde censure est intervenue quelques années plus tard, cette fois en raison de la violation du principe d'égalité devant l'impôt. La différence de traitement instituée par le législateur selon que les boissons étaient dites ou non « énergisantes » a en effet été regardée comme sans rapport avec l'objet de l'imposition par le Conseil constitutionnel : « Considérant toutefois que sont exclues du champ d'application de cette imposition les boissons faisant l'objet d'une commercialisation dans les mêmes formes et ayant une teneur en caféine supérieure à 220 milligrammes pour 1 000 millilitres dès lors qu'elles ne sont pas des boissons « dites énergisantes » ; que la différence ainsi instituée entre les boissons destinées à la vente au détail et contenant une teneur en caféine identique selon qu'elles sont ou non qualifiées de boissons « dites énergisantes » entraîne une différence de traitement qui est sans rapport avec l'objet de l'imposition et, par suite, contraire au principe d'égalité devant l'impôt »²⁸.

Décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018, Loi ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, cons. 69.

²⁶ Décision n° 2018-777 DC du 28 décembre 2018, Loi de finances pour 2019, cons. 25.

²⁷ Décision n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, cons. 26.

²⁸ Décision n° 2014-417 QPC du 19 septembre 2014, Société Red Bull On Premise et autre, cons. 12.

2.2. En l'espèce

- 2.2.1. Sur l'incohérence des critères d'assujettissement définis par le législateur
- 29. Pour mémoire, l'amendement Mme Dufeu Schubert, dont est issue l'extension de l'assiette de la taxe prévue à l'article 1613 *bis* aux produits mentionnés par le règlement n° 251/2014, est ainsi motivé : « *Cet amendement vise à faire évoluer la taxation des « prémix » à base de vin afin de permettre la taxation des prémix à base de vin* »²⁹.

Lors des discussions en commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, l'auteur de l'amendement a précisé que « [l]'extension de la taxation des « prémix » aux boissons à base de vin me paraît en effet essentielle, du point de vue tant de la santé publique que de la justice fiscale », en exprimant, s'agissant de l'objectif de santé publique, le souci de « protéger nos jeunes » ³⁰.

En effet, l'intention du législateur est de cibler les « *prémix* » à base de vin, vendus à des prix attractifs et présentant un marketing de nature à susciter la consommation des jeunes³¹. Il s'agit par exemple des boissons alcooliques du type « rosé pamplemousse », « rosé sucette », « rosé caramel » ou « rosé *bubble gum* ».

30. Observons d'abord que les préoccupations du législateur, pour légitimes qu'elles soient dans leur principe, ne reposent toutefois sur **aucune donnée chiffrée** ni sur **aucune étude de marché** de nature à les fonder en fait.

En effet, l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale a été introduit par la voie d'un **amendement** dont l'exposé est particulièrement sommaire, du moins, vierge de toute référence chiffrée.

Les thuriféraires de l'amendement n'ont guère fourni davantage de justification objective lors des débats parlementaires.

Par ailleurs, le rapport du Sénat note certes le développement du marché des *prémix* à base de vin dans la période récente, mais il se borne à relever, pour l'étayer, que « *leurs ventes* [ont] *plus que doublé entre mars 2012 et mars 2013* » avec, comme seule source, un article du site internet *Challenges* daté du 20 juin 2013³².

En réalité, le marché des *prémix* à base de vin visé par le législateur a considérablement reculé dans la période la plus récente. La vente de ces produits a en effet **chuté de 14 % <u>chaque</u>**

²⁹ Exposé sommaire de l'amendement précité n° AS950 présenté par Mme Dufeu Schubert et adopté.

³⁰ Discussion en commission des affaires sociales à l'Assemblée nationale, 15 octobre 2019, 21 h 30.

³¹ Discussion en séance publique à l'Assemblée nationale le 24 novembre 2019, à 9 h 30.

³² Rapport n° 104, fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat par M. Jean-Marie VANLERENBERGHE, enregistré le 6 novembre 2019, p. 73.

<u>année</u> depuis 2015³³. D'ailleurs, le « rosé sucette » et le « rosé *bubble gum* », qui ont parfois animé les débats parlementaires, n'existent plus sur le marché (ou du moins ne sont plus commercialisés *via* les circuits de distribution classique).

En outre, contrairement au présupposé qui a motivé l'article 15 de la loi déférée, les *prémix* à base de vin ne sont **pas principalement consommés par les jeunes**. En effet, 80 % des consommateurs de ces produits ont plus de 35 ans ; les individus âgés entre **18 et 24 ans**³⁴ représentent à peine **1,3** % **des achats** totaux de ces produits alors que ceux âgés entre 25 et 34 ans en représentent 8,6 % 35.

Par conséquent, les préoccupations ayant conduit à l'adoption de l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale ne reposent sur aucune justification objective et sont au contraire dissipées par les études les plus récentes.

31. En tout état de cause, à supposer même que le marché des *prémix* à base de vin demeure une préoccupation pertinente au vu de l'objectif poursuivi par le législateur, ce dernier se trompe clairement de cible en visant les produits mentionnés par le règlement n° 251/2014 du 26 février 2014.

En effet, ledit règlement européen n'a pas été conçu pour régir spécifiquement les *prémix* à base de vin tels qu'appréhendés par le législateur. **L'objet du règlement est beaucoup plus large**: il vise « *tous les produits vinicoles aromatisés mis sur le marché dans l'Union* » (en vertu de son article 1^{er}), en ce compris les nombreux produits traditionnels énumérés à l'annexe II du règlement, tels que le *clarea*, la *sangria*, et bien d'autres produits ancrés dans les territoires.

Le législateur s'apprête donc à assujettir à la taxe ces produits vinicoles **contre sa propre volonté** (voir à cet égard les extraits des travaux parlementaires sous le paragraphe 1.2.2 cidessus).

Du reste, le législateur définit comme nouveau critère d'assujettissement à la taxe les produits mentionnés par le règlement n° 251/2014, alors qu'une catégorie de produits visés par ce règlement est par hypothèse insusceptible d'entrer les prévisions de la taxe prévue à l'article 1613 bis du code général des impôts. En effet, les « vins aromatisés » au sens du règlement n° 251/2014 présentent un titre alcoométrique nécessairement supérieur à 14,5 % vol. (en vertu du 2 de l'article 3 du règlement), alors que l'article 1613 bis du code général des impôts comprend dans son assiette les seules boissons dont le titre alcoométrique est inférieur à 12 % vol. A cet égard encore, le règlement n° 251/2014 ne constitue pas un critère cohérent d'assujettissement à la taxe voulue par le législateur.

32. Par conséquent, le législateur a manifestement fondé son appréciation sur des critères qui ne sont pas objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose.

³³ Source: Panel Distributeur IRI – CAM P9 2019.

³⁴ Source: étude IWSR2019.

³⁵ Source: études KANTAR, IRI, Nielsen.

Par suite, l'article 15 de la loi de financement de la sécurité sociale encourt la censure en raison de la méconnaissance de l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

2.2.2. Sur les différences de traitement injustifiées résultant de l'article 15 de la loi déférée

33. L'assiette de la taxe instituée par l'article 1613 *bis* du code général des impôts, tel que modifié par l'article 15 de la loi déférée, repose sur de **nombreuses exclusions** en fonction du type d'alcool qui constitue la boisson, de son titre alcoométrique, de sa teneur en sucre, de son aromatisation ou encore de son bénéfice d'indications géographiques protégées ou d'attestations de spécificité.

Il en en résulte autant de différences de traitement.

Deux d'entre elles, directement liées aux modifications apportées par l'article 15 de la loi déférée, méritent tout particulièrement d'être soulignées.

34. En premier lieu, en visant les « produits mentionnés par le règlement (UE) n° 251/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 », l'article 15 de la loi déférée introduit le **critère de l'aromatisation du produit** pour définir l'assiette de la taxe prévue à l'article 1613 bis du code général des impôts.

Pour mémoire, sont en effet visés par le règlement n° 251/2014 trois catégories de **produits** vinicoles aromatisés, telles que définies au 2 de l'article 3 du règlement : les vins aromatisés, les boissons aromatisées à base de vin et les cocktails aromatisés de produits vitivinicoles (voir ci-dessus le 3 du I).

Il en résulte une différence de traitement selon que les produits sont ou non aromatisés, alors même que ces produits présenteraient le même dosage de sucre, le même titre alcoométrique et, plus encore, comporteraient une base identique à base de vin. Ainsi, un produit vinicole présentant un titre alcoométrique de 11 % vol. et un taux de sucre de 40 grammes ne sera pas soumis à la taxe prévue à l'article 1613 bis du code général des impôts, alors qu'un produit à base de vin présentant les mêmes propriétés y sera pleinement soumis dès lors qu'il aura été aromatisé (à supposer que ces produits ne bénéficient pas d'indications géographiques protégées ou d'attestations de spécificité).

Le traitement différencié n'est pas purement théorique. En pratique, les **vins doux** (sans indication géographique) dont le titre alcoométrique est inférieur à 12% vol. et contenant plus de 35 grammes de sucre ne sont pas assujettis à la taxe, de même, par exemple, que les **vins mousseux demi-secs** (sans indication géographique avec un titre alcoométrique inférieur à 12% vol. et plus de 35 grammes de sucre). En revanche, les **produits vinicoles et sucrés concurrents seront désormais soumis à la taxe** au motif qu'ils auront fait l'objet d'une aromatisation au sens du règlement européen n° 251/2014.

35. <u>En second lieu</u>, l'article 15 de la loi déférée crée une différence de traitement supplémentaire entre les produits à base de vin et les produits à base d'autres alcools.

Observons d'abord que si l'article 15 de la loi critiquée entend inclure dans le périmètre de la taxe les **produits vinicoles aromatisés** (soit les produits mentionnés par le règlement n° 251/2014), il maintient en revanche en dehors de l'assiette d'autres produits alcoolisés, et ce <u>par principe</u>, indépendamment du titre alcoométrique de ces produits, de la quantité de sucre qu'ils contiennent et aussi et surtout de leur éventuelle aromatisation.

Il en résulte plus encore qu'un produit vinicole aromatisé (au sens du règlement n° 251/2014) est assujetti à la taxe prévue à l'article 1613 bis du code général des impôts (dès lors qu'il satisfait aux autres critères prévus par cet article), alors que des **produits à base d'alcools autres que le vin** sont exclus du champ d'application de la taxe, bien que ces produits présentent un titre alcoométrique, une quantité de sucre et une aromatisation identiques aux produits vinicoles aromatisés assujettis à la taxe.

36. Or ces différences de traitement sont insusceptibles de trouver une quelconque justification dans une différence de situation ou dans un motif d'intérêt général.

En effet, aucune différence de situation au regard de l'objet de la loi ne saurait justifier le fait que les produits vinicoles aromatisés soient assujettis à la taxe, à la différence des produits alcooliques (en particulier vinicoles) non aromatisés. Aucun motif d'intérêt général ne justifie davantage cette différence de traitement.

Les produits vinicoles sucrés, qu'ils soient aromatisés ou non, sont en effet susceptibles de susciter les **mêmes effets sur la santé**. Aucune considération d'ordre budgétaire n'est pas ailleurs susceptible de justifier le traitement différencié.

Par ailleurs, aucune différence de situation ni aucun motif d'intérêt général ne justifie l'application de la taxe spécifiquement aux produits sucrés et aromatisés à base de vin, alors que les produits similairement sucrés et aromatisés contenant une autre base alcoolique y échappent, bien qu'ils soient susceptibles de provoquer (au moins) les mêmes effets sur la santé publique.

37. Ainsi définie, l'assiette de la taxe prévue à l'article 1613 *bis* modifié du code général des impôts est à l'inverse susceptible d'induire des évolutions comportementales chez les jeunes (et chez les plus seniors) contraires à l'objectif de santé publique poursuivi par le législateur.

En effet, en incluant exclusivement les produits vinicoles aromatisés dans son assiette, la taxe devrait logiquement provoquer une augmentation du prix de ces produits : tel est l'effet recherché et assumé par le législateur.

Mais la taxe ne devrait pas manquer de susciter, en outre, une **adaptation du marché** des produits alcooliques aromatisés à la lumière des régimes de taxation différenciés résultant de l'article 1613 *bis* modifié du code général des impôts. Ainsi, les opérateurs pourraient être incités à favoriser le développement de produits de consommation sucrés et aromatisés à base d'autres alcools que le vin, ou encore de produits vinicoles sucrés et aromatisés avec un titre alcoométrique légèrement augmenté, de sorte qu'il excède le seuil de 12 % vol.

Surtout, à rebours des préoccupations de santé publique du législateur, la taxe ainsi conçue est en définitive susceptible d'induire un **effet de report** de la consommation des jeunes sur d'autres produits alcoolisés.

- 38. Par conséquent, l'article 1613 *bis* modifié du code général des impôts soumet des contribuables à des impositions différentes alors qu'ils ne se trouvent pas dans une situation différente au regard de l'objet de la loi et qu'aucun objectif d'intérêt général ne justifie ces différences de traitement.
- 39. L'article 15 de la loi déférée encourt donc irrémédiablement la censure.

Yann Aguila Avocat à la Cour



RÉPUBLIQUE FRANÇAISE LIBERTÉ - ÉGALITÉ - FRATERNITÉ

Gilles LE GENDRE

Député de Paris Président du groupe La République En Marche

> Monsieur Aymeric de Beauvillé Président FFVA 10, rue Pergolèse 75116 Paris

Paris, le 9 décembre 2019

Monsieur le Président,

J'accuse bonne réception de votre courrier relatif à la taxe dite « premix » et vous remercie de votre sollicitation. L'extension de cette taxe aux boissons aromatisées à base de vin a été introduite dans le PLFSS via un amendement de la députée Audrey Dufeu-Schubert, qui a reçu un avis favorable du Gouvernement et du rapporteur général.

Ainsi, les premix relèvent majoritairement d'une fabrication étrangère, qu'on ne peut mettre sur le même plan que nos vins, produits d'une tradition et de nos terroirs français. Les vins de terroir, tels que la sangria, le vin chaud ou le vin de noix, ne sont en effet pas des premix et ne sont donc pas concernés par cet article.

Par ailleurs, nous n'oublions pas que l'enjeu qui prévaut est un enjeu de santé publique. Or il est de notre responsabilité de prévenir les comportements à risque de certains consommateurs, mais à un niveau inférieur aux autres premix, la taxe en question étant fixée à 3 euros par décilitre d'alcool pur. L'aménagement de cette taxation vise donc à protéger les plus faibles – les jeunes, notamment les jeunes femmes – qui constituent, vous le savez, la cible de l'argument marketing de ce type de produit.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de mes salutations distinguées.

Gilles Le Gendre

PIWNICA & MOLINIÉ

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation 70 boulevard de Courcelles 75017 PARIS

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2020

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

OBSERVATIONS

POUR:

L'Union des groupements de pharmaciens d'officine (UDGPO), dont le siège est 5 rue du chanoine Urseau – 49100 Angers, prise en la personne de son représentant légal

SCP PIWNICA & MOLINIÉ

I. Aux termes de l'article L. 5121-1, 15° du code de la santé publique (CSP), un médicament biologique similaire (un médicament « biosimilaire ») est un « médicament biologique de même composition qualitative et quantitative en substance active et de même forme pharmaceutique qu'un médicament biologique de référence, mais qui ne remplit pas les conditions (...) pour être regardé comme une spécialité générique en raison de différences liées notamment à la variabilité de la matière première ou aux procédés de fabrication (...) ».

Un médicament biosimilaire est un médicament biologique ayant les mêmes fonctions qu'un autre médicament biologique déjà autorisé (le médicament biologique de référence) et qui peut être mis sur le marché (après autorisation) une fois que les brevets attachés au médicament biologique de référence ont expiré.

Comme pour le médicament générique en son temps, le développement du médicament biosimilaire est un enjeu essentiel, tant pour l'équilibre des comptes de la sécurité sociale que pour les politiques de santé publique.

En effet, d'une part, le médicament biosimilaire est en moyenne 40 % moins onéreux que le médicament biologique de référence. A titre d'exemple, le ministère de la santé estime que le développement des médicaments génériques, qui coûtent 60 % de moins que leur médicament biologique de référence, a permis de faire économiser 7 milliards d'euros aux finances publiques, pour la seule période 2010-2014.

La Cour des comptes estime également que la substitution de seulement 8 médicaments biologiques de référence par leur médicament biosimilaire permettrait de faire économiser à la sécurité sociale plus de 680 millions d'euros¹. Ces économies seront encore plus importantes dans les prochaines années, du fait de l'expiration prochaine des brevets protégeant de nombreux médicaments biologiques de référence.

¹ Cour des comptes, Rapport sur la sécurité sociale, septembre 2017, p. 377: https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2017-09/20170920-rapport-securite-sociale-2017 1.pdf

D'autre part, l'arrivée d'un médicament biosimilaire sur le marché permet d'offrir une alternative qui limite les risques de rupture de stock et sécurise la disponibilité des traitements pour les patients.

Comme pour le médicament générique, la possibilité pour le pharmacien d'officine d'opérer la substitution est une étape clef du développement du marché des médicaments biosimilaires. Ce n'est qu'en consacrant cette faculté que son taux de pénétration en ville, aujourd'hui anormalement bas, pourra augmenter.

C'est pour ces raisons qu'avait été adopté l'article 47 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014, lequel a créé un droit à substitution, par le pharmacien d'officine, d'un médicament biologique de référence par un médicament biologique similaire. Il doit d'ailleurs être rappelé que le Conseil constitutionnel a considéré que ce dispositif ne méconnaissait aucune exigence constitutionnelle². Ce droit nouveau a été codifié à l'article L. 5125-23-3 du CSP.

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2020 comporte un article 42 qui, sur proposition du Gouvernement, abroge purement et simplement cette disposition du CSP et fait donc disparaître du droit positif la possibilité de substituer en officine les médicaments biologiques de référence par leurs médicaments biosimilaires.

Ces dispositions appellent, de la part de l'Union des Groupements de Pharmaciens d'Officine (UDGPO), les observations suivantes.

² Conseil constitutionnel, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2013-682 DC, cons. 63 et suivants.

II. Ces dispositions constituent, en premier lieu, un « cavalier social ».

En application de la loi organique du 4 août 2005 qui encadre la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS)³, le Conseil constitutionnel écarte systématiquement « les dispositions qui n'ont pas d'effet ou un effet trop indirect sur les dépenses des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement ».

Ces dispositions sont qualifiées de « cavaliers sociaux » et n'ont pas leur place dans une LFSS.

Au terme de ce contrôle strict des cavaliers sociaux, ont ainsi été censurées :

- des mesures qui se bornaient à préciser que le schéma régional d'organisation des soins doit favoriser le développement des modes de prise en charge alternatifs à l'hospitalisation et organiser celui des activités de dialyse à domicile⁴;
- une mesure relative au mode de comptabilisation des licences d'officine pharmaceutique⁵ ;
- une mesure qui autorisait l'expérimentation de « maisons de naissance »⁶ ;

³ Art. LO 111-3, V, C du code de la sécurité sociale :

[«] C.- Peuvent figurer dans la partie de la loi de financement de la sécurité sociale de l'année comprenant les dispositions relatives aux dépenses pour l'année à venir, outre celles prévues au D du I, les dispositions :

^{1°} Ayant un effet sur les dépenses de l'année des régimes obligatoires de base ou sur les dépenses de l'année des organismes concourant à leur financement qui affectent directement l'équilibre financier de ces régimes ; 2° Ayant un effet sur les dépenses de l'année ou des années ultérieures des régimes obligatoires de base ou

^{2°} Ayant un effet sur les depenses de l'année ou des années ulterieures des régimes obligatoires de base ou sur les dépenses des organismes concourant à leur financement qui affectent directement l'équilibre financier de ces régimes, à la condition qu'elles présentent un caractère permanent ;

^{3°} Modifiant les règles relatives à la gestion des risques par les régimes obligatoires de base ainsi que les règles d'organisation ou de gestion interne de ces régimes et des organismes concourant à leur financement, si elles ont pour objet ou pour effet de modifier les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale :

^{4°} Améliorant l'information et le contrôle du Parlement sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale. ».

⁴ Conseil constitutionnel, 16 décembre 2010, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2011*, n° 2010-620 DC.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

- une mesure qui modifiait le champ des produits et prestations concernés par les accords conclus entre l'assurance maladie et les distributeurs de dispositifs médicaux à usage individuel, relatifs notamment aux prix maximums pratiqués et aux modalités de dispense d'avance de frais⁷.

Ces dispositions concernaient le domaine de la santé publique mais n'étaient pas en lien direct avec le financement de la sécurité sociale.

A contrario, les mesures validées le sont en raison de leur effet positif sur les dépenses de santé, en ce qu'elles sont susceptibles d'engendrer des économies.

Le principe de bon usage des deniers publics est d'ailleurs un objectif à valeur constitutionnelle⁸, tout comme le principe de préservation des conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale⁹.

Le Conseil constitutionnel considère que, pour justifier sa place au sein de la LFSS, une disposition législative doit permettre au système de santé de réaliser des économies.

Il a notamment estimé, en ce sens, que :

- « la disposition en cause **est de nature à dégager des économies** ayant une incidence significative sur les conditions générales de l'équilibre financier des comptes de l'assurance maladie ; que, <u>dès lors</u>, elle est au nombre de celles qui, en vertu du III de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale, peuvent figurer dans une loi de financement de la sécurité sociale »¹⁰ :

⁷ Conseil constitutionnel, 21 décembre 2017, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2018*, n° 2017-756 DC

⁸ Articles 14 et 15 de la DDHC ; cf. Conseil constitutionnel, 4 août 2016, *Loi pour la reconquête de la biodiversité*, *de la nature et des paysages*, n° 2016-726 DC.

⁹ Conseil constitutionnel, 18 décembre 2001, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2002,* n° 2001-453 DC et n° 2010-1380 DC du 13 novembre 2010.

¹⁰ Conseil constitutionnel, 18 décembre 1998, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1999*, n° 98-404 DC, cons. 10.

- « Considérant qu'il résulte des travaux parlementaires qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu permettre de faire obstacle à certaines pratiques restrictives de concurrence consistant, de la part du demandeur ou du titulaire de l'autorisation de mise sur le marché, à limiter les indications thérapeutiques définies par cette autorisation ou à refuser leur extension; que ces pratiques ont notamment pour effet d'aggraver les dépenses d'assurance maladie; que le législateur a ainsi poursuivi un but de maîtrise de ces dépenses; Considérant, en premier lieu, que compte tenu de l'incidence attendue des dispositions contestées sur les dépenses d'assurance maladie, ces dispositions trouvent leur place en loi de financement de la sécurité sociale »¹¹.

La position du Conseil constitutionnel a d'ailleurs été la même lors de l'examen de l'article qui a instauré la substitution des médicaments biosimilaires en officine, issu du PLFSS pour 2014.

Il a ainsi considéré « qu'en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu favoriser la prescription et la délivrance de médicaments biologiquement similaires dont le prix est inférieur aux médicaments biologiques de référence ; qu'au regard de l'incidence attendue sur les dépenses d'assurance maladie, cet article a sa place en loi de financement de la sécurité sociale » 12.

Quand il examine la LFSS, le Conseil constitutionnel s'efforce donc de rechercher l'effet prévisible d'une disposition législative sur le budget de la sécurité sociale et une jurisprudence constante montre que cet effet doit être positif pour que la disposition puisse figurer dans la LFSS.

Or il ne peut être sérieusement contesté que l'abrogation du droit de substitution pour le pharmacien d'officine constitue un frein au développement des médicaments biosimilaires, lesquels permettent à la sécurité sociale de réaliser de substantielles économies¹³.

¹¹ Conseil constitutionnel, 13 décembre 2012, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013*, n° 2012-659 DC, cons. 53 et 54.

¹² Conseil constitutionnel, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2013-682 DC. cons. 66.

La Cour des comptes évalue ces économies à 680 millions d'euros pour la seule substitution de 8 médicaments biologiques. Cour des comptes, Rapport sur la sécurité sociale, septembre 2017, p. 377: https://www.ccomptes.fr/sites/default/files/2017-09/20170920-rapport-securite-sociale-2017 1.pdf

Pour cette raison déjà, les dispositions litigieuses de l'article 42 doivent être censurées.

III. En deuxième lieu, le dispositif critiqué porte atteinte à des situations légalement acquises.

Le législateur ne peut porter atteinte à des situations légalement acquises sans que cela ne soit justifié par un <u>motif d'intérêt général suffisant</u>. Cette règle découle des principes de confiance légitime et de sécurité juridique trouvant leur source dans l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (DDHC)¹⁴:

« Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles; qu'en particulier, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »¹⁵.

Le respect de cette règle assure la protection des citoyens contre les atteintes aux situations issues de contrats légalement conclus ou plus généralement aux situations légalement acquises :

- la loi mettant fin à la diffusion de la télévision par voie hertzienne portait atteinte à la situation légalement acquise des éditeurs de services sur voie hertzienne auxquels des autorisations de diffusion avaient été accordées¹⁶;
- la loi qui prévoit une augmentation des taux de prélèvements liés à des contrats d'assurance vie souscrits antérieurement à son entrée en vigueur porte atteinte à une situation légalement acquise. Le motif de la loi, exclusivement financier, ne constitue pas un objectif d'intérêt général suffisant¹⁷.

¹⁴ Art. 16 de la DDHC : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. ».

¹⁵ Conseil constitutionnel, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2013-682 DC, cons. 14.

¹⁶ Conseil constitutionnel, 27 février 2007, *Loi relative à la modernisation de la diffusion audiovisuelle et à la télévision du futur*, n° 2007-550 DC, cons. 10.

¹⁷ Conseil constitutionnel, 19 décembre 2013, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, n° 2013-682 DC, cons. 13 et suivants.

En l'espèce, les laboratoires distribuant des médicaments biosimilaires ont consenti des investissements en considération d'un cadre juridique qui se voulait pérenne, contrairement, par exemple, à des mesures fiscales qui ont un caractère beaucoup plus incertain. Il s'agissait de décisions stratégiques rationnelles, fondées sur la confiance légitime de ces laboratoires dans la cohérence et la constance du cadre adopté par le législateur.

Les pharmaciens d'officine se sont, eux-aussi, engagés dans cette activité en lien avec la substitution, puisque c'était l'objet de la modification législative introduite par la LFSS pour 2014. Estimant que les dispositions législatives étaient claires, ils ont commencé à substituer certains médicaments biologiques à partir de septembre 2019.

L'UDGPO n'ignore pas qu'il est loisible au législateur de revenir sur un droit accordé. Encore faut-il que cette atteinte soit justifiée par un motif d'intérêt légitime dûment motivé. Or ni l'exposé des moyens, ni les débats parlementaires ne permettent de percevoir une quelconque justification à l'abrogation du droit de substitution pour les pharmaciens d'officine.

- En séance à l'Assemblée nationale, le 24 octobre 2019, la ministre de la santé a avancé la raison suivante :
- « Si le PLFSS pour 2020 tend à supprimer la possibilité pour le pharmacien de prendre l'initiative de la substitution, qui avait été introduite en 2014, ma motivation est simple : la qualité et la sécurité des soins ».

Ce faisant elle n'a pas expliqué en quoi le droit de substitution pourrait porter atteinte à la qualité et à la sécurité des soins.

Et pour cause : la sécurité des médicaments biosimilaires est garantie par leur contrôle par les agences européennes et françaises de sécurité du médicament. Les médicaments biosimilaires, comme tous les médicaments biologiques, disposent d'une autorisation européenne de mise sur le marché, délivrée par l'Agence européenne du médicament.

Cette agence précise que « les médicaments biosimilaires sont approuvés selon les mêmes normes de qualité, de sécurité et d'efficacité pharmaceutique que celles qui s'appliquent à tous les médicaments biologiques approuvés dans l'UE »¹⁸.

De la même manière, l'ANSM reconnait depuis 2016 que l'interchangeabilité entre médicaments biologiques de référence et leur équivalent biosimilaire ne pose aucune difficulté, <u>quel que soit le stade du</u> traitement¹⁹.

Les dix années de recul sur les médicaments biosimilaires, grâce à leur utilisation à l'hôpital dans des pathologies lourdes (cancer du sein, lymphoïde chronique...), n'ont d'ailleurs révélé aucun signal de pharmacovigilance particulier qui serait lié au changement entre un médicament biologique et un médicament biosimilaire ou entre médicaments biosimilaires.

• La ministre de la santé a également évoqué, sans plus de développement, un éventuel problème de traçabilité du médicament biosimilaire. Or la traçabilité du traitement est parfaitement assurée par différents dispositifs : (i) l'apposition sur l'ordonnance, au moment de la délivrance, du « ticket vitale », transmission à l'Assurance-maladie, via la Carte Vitale, de toutes les factures soumises à remboursement (l'historique de facturation est accessible par le prescripteur via le Web Médecin) ; (ii) le dossier médical partagé et le dossier pharmaceutique, qui sont amenés à se développer.

Il convient, en outre, de noter que ces dispositifs sont identiques pour la majorité des médicaments, y compris pour les médicaments biologiques et leurs équivalents biosimilaires, ce qui démontre le caractère inopérant de l'argument de la ministre.

19 Rapport de l'ANSM, *Etat des lieux sur les biosimilaires*, mai 2016, pp. 13 et suivants : https://ansm.sante.fr/var/ansm_site/storage/original/application/c35f47c89146b71421a275be7911a250.pdf

-

¹⁸ Guide d'information destiné aux professionnels de la santé, *Les médicaments biosimilaires dans l'UE*, élaboré conjointement par l'Agence européenne du médicament et la Commission européenne, 2019, page 3 : https://www.ema.europa.eu/en/documents/leaflet/biosimilars-eu-information-guide-healthcare-professionals fr.pdf
¹⁹ Rapport de l'ANSM *Etat des lieux eur les lieux eur*

• Enfin, lors de la même intervention du 24 octobre 2019, la même ministre a déclaré :

« J'aurais pu recourir à un argument beaucoup plus juridique, et notamment invoquer la nécessité de prévenir le risque de contentieux né de la prise de position d'un grand laboratoire encourageant les pharmaciens à substituer sans attendre le décret ».

Ces propos sont pour le moins surprenants. Si le décret prévu par l'article L. 5125-23-3 du CSP n'a pas encore adopté, près de six ans après la promulgation de la LFSS pour 2014, il n'en demeure pas moins que prévenir un contentieux susceptible de punir l'inaction fautive du Gouvernement ne saurait constituer un motif d'intérêt général, au sens des décisions du Conseil constitutionnel.

Dans ces conditions, il est incontestable que la disposition contestée porte atteinte à une situation légalement acquise et que cette atteinte n'est justifiée par aucun motif d'intérêt général.

Pour cette autre raison, les dispositions de l'article 42 méritent d'être censurées.

IV. Le dispositif critiqué méconnaît, en troisième lieu, la liberté d'entreprendre, qui, faut-il le rappeler, ne peut être limitée par le législateur que (i) pour des raisons liées à des exigences de nature constitutionnelle ou justifiées par l'intérêt général et (ii) à la condition que cette atteinte ne soit pas disproportionnée.

En l'espèce, la limite apportée à la liberté d'entreprendre procède de l'impossibilité, pour les pharmaciens, de développer le marché des biologiques similaires en ville, malgré l'objectif fixé par le Gouvernement de 80 % de pénétration de ces médicaments d'ici 2022²⁰, et, pour les laboratoires de développer leur réseau commercial auprès des officines, ce qui grève ainsi leurs capacités de développement des biologiques similaires.

_

²⁰ Décret n° 2017-1866 du 29 décembre 2017 portant définition de la stratégie nationale de santé pour la période 2018-2022.

Mais cette atteinte n'est pas justifiée.

En matière de santé, l'intérêt général invoqué peut résulter de la maîtrise des coûts du système de santé. Or la mesure litigieuse a pour conséquence d'affecter négativement les finances publiques.

De même, l'objectif de protection de la santé publique peut justifier une atteinte à la liberté d'entreprendre (cf. par exemple, pour une loi instituant une interdiction ou une incapacité professionnelle d'exploitation des débits de boisson pour les personnes condamnées à certains délits²¹). Or, pour les raisons précédemment exposées, il ne saurait être soutenu que le droit de substitution des médicaments biosimilaires par les pharmaciens d'officine porterait atteinte à la santé publique. Au contraire, le Conseil constitutionnel a retenu sa conformité aux exigences constitutionnelles relatives à la santé²².

Dès lors, aucun motif d'intérêt général ne justifie l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre.

V. En dernier lieu, ce dispositif méconnaît le principe d'égalité.

Le Conseil constitutionnel affirme, de façon constante, que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre des cas, la différence de traitement soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit »²³.

Ainsi, en application du principe à valeur constitutionnelle²⁴ d'égalité devant la loi, il devrait, face à des situations semblables, être fait application de solutions semblables.

²¹ Conseil constitutionnel, 20 mai 2011, *M. Ion C. [Incapacité et interdiction d'exploiter un débit de boissons]*, n° 2011-132 QPC.

²² Conseil constitutionnel, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2013-682 DC, cons. 63 et suivants.

²³ Conseil constitutionnel, 18 mars 2009, *Loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion*, n° 2009-578 DC, cons. 19.

²⁴ Conseil constitutionnel, 27 décembre 1973, Loi de finances pour 1974, n° 73-51 DC.

En l'espèce, les médicaments génériques et les médicaments biosimilaires, en tant que médicaments équivalents à des médicaments de référence, dont les droits de propriété intellectuelle sont échus, devraient faire l'objet d'un traitement juridique similaire.

Si les différences existantes entre les deux types de médicaments, du fait de leur nature chimique ou biologique, peuvent justifier les différences de régimes déjà prévues par les textes, elles ne sauraient légitimer un traitement aussi différencié que celui organisé par l'abrogation du droit de substitution par le pharmacien d'officine.

En effet, comme il a été rappelé, les médicaments biosimilaires sont aussi sûrs que leur médicament biologique de référence. C'est la raison pour laquelle ils sont, d'après l'ANSM, totalement interchangeables. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs écarté le moyen, fondé sur le principe d'égalité, selon lequel les différences existantes entre les médicaments génériques et les médicaments biosimilaires impliquaient un traitement différencié²⁵.

Le dispositif instauré par l'article 42 de la LFSS instituerait, en outre, une différence de traitement – selon que la substitution est réalisée au sein d'un hôpital ou en officine – qui serait contraire aux exigences constitutionnelles, notamment en ce que cette différenciation ne serait pas justifiée par un motif d'intérêt général. L'intérêt général justifierait, au contraire, que les régimes soient alignés en ce qui concerne l'obligation de recourir aux médicaments biosimilaires, car elle poursuit un objectif commun, à l'hôpital comme en officine, qui est d'encourager le développement des médicaments biosimilaires dans les deux cas.

Ces différences de traitement ne seraient pas justifiées, que ce soit au regard de l'intérêt général ou des objectifs de la loi.

PIWNICA & MOLINIÉ Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

²⁵ Conseil constitutionnel, 19 décembre 2013, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, n° 2013-682 DC.





Paris, le 10 décembre 2019

Monsieur Laurent FABIUS Président Conseil Constitutionnel 2, rue de Montpensier 75001 Paris

Par Porteur

Objet:

Mémoire en intervention Loi de Financement de la Sécurité Sociale pour 2020 (article 65)

Monsieur le Président,

En application de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, le Conseil constitutionnel a été saisi, le 4 décembre 2019, respectivement par soixante députés et sénateurs, d'une demande de contrôle de la constitutionnalité de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.

Dans le cadre de cette saisine, en ma qualité de Directeur général du Leem, syndicat professionnel des Entreprises du Médicament, régi par les articles L. 2131-1 et suivants du Code du travail, j'ai l'honneur de déposer devant votre Conseil un mémoire en intervention aux fins de voir déclarer non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 65, limitativement visées ci-après, de cette loi en tous les chefs d'inconstitutionnalité lui faisant grief et en particulier pour les motifs suivants.

CONSTITUTIONNALITÉ DE L'ARTICLE 65 DE LA LOI DE FINANCEMENT DE LA SECURITE SOCIALE POUR 2020 (LFSS 2020)

À plusieurs égards, cet article de la LFSS 2020 est critiquable du point de vue de sa conformité à la Constitution concernant la mise en place de sanctions financières en cas de conditionnement inadaptés de certains médicaments.

L'article 65 de la LFSS pour 2020 créé un nouvel article au sein du Code de la sécurité sociale visant à sanctionner financièrement les entreprises exploitant des médicaments pris en charge par l'assurance maladie lorsque les forme, dosage ou présentation ne sont pas adaptés aux prescriptions ou utilisations thérapeutiques au regard, notamment des avis de la Commission de la transparence (« CT ») de la Haute Autorité de Santé (« HAS »). Cette inadéquation de conditionnement entraînerait un surcoût pour l'assurance maladie ou un risque pour la santé publique.

Ces dispositions ne sont pas conformes aux droits et principes garantis par la Constitution.



1. L'atteinte au principe de légalité des délits et des peines applicables aux sanctions administratives

Les dispositions de l'article 65 relativement aux sanctions financières applicables en cas de conditionnements inadaptés méconnaissent les dispositions de l'article 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, Le Conseil constitutionnel a d'ores et déjà jugé que le principe de légalité des délits et des peines s'applique aux sanctions administratives! au même titre qu'aux sanctions pénales.

En effet, les éléments du manquement mis à la charge de l'entreprise exploitante (conditionnement non conforme à la posologie du médicament) peuvent se fonder sur des référentiels « *de bon usage* » (notamment les avis rendus par la CT de la HAS) qui ne sont cependant pas, selon la jurisprudence actuelle du Conseil d'État, des normes juridiques opposables aux entreprises en tant que telles.

Les avis de transparence sont des avis consultatifs sans effets de droits ou d'obligations propres à la charge des entreprises.

Selon la hiérarchie des normes juridiques, il est donc contestable qu'une nouvelle incrimination pouvant donner lieu à sanction administrative se fonde, pour caractériser ses éléments constitutifs, sur un acte qui n'a, en principe, pas de portée contraignante, sauf à ce que les dispositions de l'article 65 induisent que le législateur a entendu conférer aux avis de transparence un caractère décisoire.

Les actes de droit souple peuvent avoir un tel caractère de décision « faisant grief » à l'entreprise lorsque notamment les prescriptions individuelles qu'ils fixent peuvent être sanctionnées en cas de méconnaissance par l'entreprise concernée.

Tel est bien le mécanisme prévu à l'article 65 dès lors que l'entreprise peut se voir infliger une sanction financière si le conditionnement de son médicament est inapproprié au regard des prescriptions fixées en la matière par l'avis de la commission de la transparence, et ce faisant, induit un surcoût pour l'assurance maladie ou un risque de sécurité pour les patients.

Par ailleurs, l'adverbe « *notamment* » auquel a recours le texte de l'article 65 peut soulever aussi des difficultés au regard des mêmes principes constitutionnels ci-dessus.

2. L'atteinte aux principes d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, objectifs à valeur constitutionnelle²

Les dispositions de l'article 65 méconnaissent le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi proclamés par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 reconnus comme objectifs à valeur constitutionnelle.

En ne mentionnant pas clairement la liste des référentiels que doit suivre l'entreprise exploitant de médicaments, le législateur prive les entreprises de garanties légales garanties par les exigences constitutionnelles dont fait partie le principe de sécurité juridique. En effet, ce « vide » laisse un pouvoir d'appréciation très important au pouvoir réglementaire compétent pour caractériser un manquement et in fine une sanction financière, ce qui peut être source d'arbitraire et de contentieux.

DC n° 88-248 du 17 janvier 1989 Loi modifiant la foi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, considérant 36

DC n° 421du 16 décembre 1999



La loi — et non son décret d'application — doit clairement préciser l'ensemble des éléments constitutifs du manquement, c'est-à-dire la consistance de chacun de ces éléments. Or les dispositions de l'article 65 ne les mentionnent pas.

Concernant en outre les critères de gravité de la nouvelle infraction posée, qui permettent de moduler le montant de la sanction dans la limite du plafond légal fixé, le critère tenant « au niveau d'efficience attendu pour les dépenses d'assurance maladie » est vague et ne permet pas de satisfaire à la garantie de sécurité juridique attendue par les entreprises exploitantes.

À cet égard, on peut s'interroger sur le lien d'imputabilité directe entre un conditionnement non approprié au regard des référentiels opposables et un surcoût de dépenses pour l'assurance maladie ou un risque pour la santé publique.

3. L'atteinte au principe de proportionnalité des peines applicables aux sanctions administratives en cas de manquement caractérisé

Le principe de proportionnalité des peines, dit aussi principe de nécessité des peines, est issu de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 aux termes duquel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Ce principe implique que la sanction ou l'éventail des sanctions prévu par les textes soient adaptés à la gravité du manquement reproché.

Ainsi, le Conseil constitutionnel doit s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue. En outre, le principe d'individualisation des peines qui découle de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 implique qu'une sanction administrative ne puisse être appliquée que si l'administration, sous le contrôle du juge, l'a expressément prononcée en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce³.

L'article 65 indique l'entreprise exploitante pourrait être sanctionnée financièrement si « au moins une des indications » du médicament considéré n'a pas de conditionnement adapté. Dès lors si l'infraction est constituée à l'égard d'une seule indication autorisée du médicament, la sanction financière s'appliquerait sur l'ensemble du chiffre d'affaires pour le médicament, toutes indications confondues.

En ne limitant pas l'assiette légale au chiffre d'affaires réalisé dans l'indication considérée s'il y a lieu, le montant de la sanction administrative risque d'être excessif et non conforme au principe constitutionnel de proportionnalité.

Pour ces motifs, les exposants sollicitent du Conseil qu'il déclare non conformes à la Constitution les dispositions de l'article 65 ainsi contestées de la loi déférée.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, l'assurance de notre plus haute et respectueuse considération.

Monsieur Chilippe Lamoureux Directeur General du Leem

[🖟] DC n° 2016-619 QPC du 16 mars 2017 Société Segula Matra Automotive, considérant 3