

JEAN-PHILIPPE DEROSIER

Professeur agrégé des facultés de droit
Consultant en droit public

Patrick KANNER
Président du Groupe Socialiste et Républicain
Sénat – Palais du Luxembourg
15, rue de Vaugirard
75291 PARIS Cedex 06

Par courrier électronique

Paris, le 19 juillet 2021

OBJET : Analyse des Observations du Premier ministre sur la proposition de loi présentée en application de l'article 11 de la Constitution, de programmation pour garantir un accès universel à un service public hospitalier de qualité, n° 2021-2 RIP

Monsieur le Ministre,

Vous m'avez transmis les Observations du Premier ministre sur la proposition de loi présentée en application du troisième alinéa de l'article 11 de la Constitution, de programmation pour garantir un accès universel à un service public hospitalier de qualité, n° 2021-2 RIP, afin que je vous propose des éléments de réponses.

1. C'est la deuxième fois dans l'histoire de la V^e République et sous cette législature qu'une telle proposition de loi référendaire, dite « d'initiative partagée » est déposée. Elle se fonde sur l'article 11, alinéa 3 de la Constitution et elle est cosignée par 200 parlementaires, soit 95 députés et 105 sénateurs. Elle a été déposée sur le bureau du Sénat le 5 juillet 2021 et transmise au Conseil constitutionnel, en application des articles 11, alinéa 4 et 61 de la Constitution et de l'article 45-1 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, le 7 juillet 2021.

Se présentant sous la forme d'une « loi de programmation » au sens de l'article 34, al. 20 de la Constitution, elle est composée de onze articles qui ont pour principale ambition « de fixer les objectifs de l'action de l'État permettant de garantir un accès universel à l'hôpital public », selon l'exposé des motifs de la proposition de loi.

Le Premier ministre, dans ses Observations, soutient que cette proposition de loi n'est pas conforme aux conditions fixées par l'article 11 de la Constitution et par l'article 45-2 de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 (*précitée*).

Le Premier ministre soulève quatre types d'arguments, concernant la recevabilité financière (article 40 de la Constitution) (II), la portée normative de certaines dispositions (III), leur caractère accessible et intelligible (IV) et, enfin, l'exercice du pouvoir réglementaire (V). Aucun de ces arguments ne me paraît fondé, pour les raisons que vous voudrez bien trouver exposées ci-après, précédées d'une remarque préliminaire sur l'office du Conseil constitutionnel en matière de proposition de loi d'initiative partagée (I).

I. SUR L'OFFICE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

2. Si c'est la deuxième fois que ce type d'initiative voit le jour et, par conséquent, que le Conseil constitutionnel va être appelé à se prononcer sur une telle proposition de loi, c'est la première du genre à comporter autant d'articles.

Surtout, contrairement à la fois précédente, le Premier ministre ne soulève aucune irrecevabilité absolue générale, qui serait liée à un nombre insuffisant de signatures parlementaires, au champ de la proposition de loi qui ne relèverait pas des compétences de l'article 11 de la Constitution ou qui viserait à abroger une disposition promulguée depuis moins d'un an.

Les moyens invoqués par le Premier ministre visent ainsi tous à démontrer, conformément à l'article 45-2, 3° de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 (*précitée*), que certaines dispositions de la proposition de loi sont contraires à la Constitution.

Ils ne concernent que ponctuellement l'article 1^{er}, alinéas 1, 4 et 5, l'article 2, § I, les articles 6, 7 et 10, 2° et, plus généralement, les articles 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 et 11.

3. Sans préjudice des développements qui suivront, à supposer que le Conseil constitutionnel admette un ou plusieurs de ces moyens, son office devrait le conduire à ne déclarer contraires à la Constitution que les dispositions contestées, pour autant qu'elles sont séparables du reste du texte.

En effet, en dehors des cas prévus par l'article 45-2, 1° et 2° de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 (*précitée*), rien n'indique que la contrariété à la Constitution d'une simple disposition – qui pourrait se limiter qu'à un simple mot, par exemple – d'une proposition de loi d'initiative référendaire emporte, par elle-même, la contrariété de l'ensemble de la proposition de loi et, donc, son irrecevabilité.

Ce serait d'ailleurs parfaitement conforme à l'office du Conseil constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité puisque, depuis 1958, il s'est toujours inscrit dans cette dynamique de ne déclarer contraire à la Constitution que le strict nécessaire, d'abord la ou les seules dispositions qui violent la Constitution, éventuellement, par voie de ricochet, celles qui leur sont inséparables, enfin, mais très exceptionnellement, l'ensemble du texte qui lui est soumis, pour un vice de procédure ou pour des raisons de fond qui entachent à ce point le texte qu'il en devient totalement inconstitutionnel (comme, par exemple, dernièrement, la *décision n° 2021-814 DC du 1^{er} avril 2021, Résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale en ce qui concerne l'organisation des travaux parlementaires en période de crise*).

Or l'examen auquel procède le Conseil constitutionnel en l'espèce s'inscrit dans une démarche identique de contrôle de constitutionnalité, même s'il se distingue des autres contrôles qu'il opère dans ce cadre quant à l'objet.

C'est ce que confirme l'article 45-2, 3° de l'Ordonnance du 7 novembre 1958 (*précitée*), en confiant au Conseil constitutionnel le soin de vérifier « *qu'aucune disposition de la proposition de loi n'est **contraire** à la Constitution* », sans pour autant préciser qu'une telle contrariété emporterait *de jure* l'irrecevabilité de l'ensemble de la proposition de loi référendaire.

C'est également ce qui ressort de la Constitution elle-même et de son article 61 (soit celui qui établit le contrôle de constitutionnalité *a priori*), lequel confie au Conseil constitutionnel la compétence d'examiner « *les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum [pour qu'il] se prononce sur leur **conformité** à la Constitution* ».

Par conséquent, si jamais le Conseil constitutionnel devait conclure à ce qu'une ou plusieurs des dispositions de la proposition de loi d'initiative partagée soumise à son examen étaient contraires à la Constitution, il ne devra pas pour autant la déclarer irrecevable, mais simplement en valider la recevabilité à l'exception des dispositions censurées.

II. SUR LA RECEVABILITÉ FINANCIÈRE

4. Le Premier ministre soutient que les articles 2 et 6 de la proposition de loi sont contraires à l'article 40 de la Constitution, car le premier aggraverait une charge publique, tandis que le second diminuerait les ressources publiques.

Ces arguments ne tiennent pas.

En premier lieu, il convient de rappeler que l'on se situe dans le cadre d'une loi de programmation, qui peut parfaitement être d'initiative parlementaire. À titre d'exemple, on peut citer la proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de

la justice présentée par le Sénateur Philippe Bas, enregistrée le 18 juillet 2017¹. Elle a non seulement passé le stade de la recevabilité financière du Sénat, mais elle a été discutée et adoptée en séance.

L'objet principal de la présente proposition de loi est donc de déterminer « *les objectifs de l'action de l'État* », conformément à l'article 34, al. 20 de la Constitution.

L'exposé de ses motifs précise ainsi, d'une part, que l'ambition de ce texte est « *de fixer les objectifs de l'action de l'État permettant de garantir un accès universel à l'hôpital public* ».

D'autre part, il y est indiqué clairement que « *des dispositions d'ordre budgétaire et financier pourront utilement venir en soutien de ces objectifs en suivant les procédures qui leur sont propres* ».

Ainsi, aucune disposition de la proposition de loi n'a vocation en elle-même à aggraver une charge publique ou à diminuer les ressources publiques.

5. En second lieu, il est vrai que, dans l'absolu, une loi de programmation peut comporter des dispositions contraignantes, lesquelles pourraient donc être d'ordre financier et contrevenir alors à l'article 40 de la Constitution.

Tel n'est cependant pas le cas des deux dispositions visées par le Premier ministre dans ses Observations.

D'une part, l'article 2 de la proposition de loi modifie l'article L. 161-37 du code de la sécurité sociale pour lui introduire à 3° *bis* prévoyant que la Haute Autorité de santé est chargée d'établir, « *pour chaque spécialité et type d'activité de soin hospitalier et en tenant compte de la charge de soins associée, un ratio minimal de soignants par lit ouvert ou par nombre de passages pour les activités ambulatoires dans les établissements de santé assurant le service public hospitalier* » (article 2, al. 2 de la proposition de loi).

Ainsi que l'indique l'exposé des motifs de la proposition de loi, il s'agit de « *définir un nombre minimum de soignants par patient hospitalisé ou pris en charge en ambulatoire* ».

Surtout, « *ce ratio servira à déterminer le nombre minimal d'infirmiers ou infirmières et d'aides-soignantes ou aides-soignants de jour et de nuit présents et prévus en équivalents temps plein rémunérés (ETPR)* ».

Ainsi, cette disposition n'implique aucune aggravation de charge publique.

Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, pour qu'une irrecevabilité de l'article 40 de la Constitution puisse être relevée, il faut que l'aggravation de la charge publique soit directe et certaine (*décision n° 2003-476 DC du 24 juillet 2003, Loi organique portant réforme*

¹ Proposition de loi d'orientation et de programmation pour le redressement de la justice présentée par Philippe Bas, Sénat, n° 641 (session 2016-2017), enregistrée le 18 juillet 2017.

de la durée du mandat et de l'âge d'éligibilité des sénateurs ainsi que de la composition du Sénat).

En l'espèce, l'article se borne à prévoir l'établissement d'un ratio, sans aucune certitude quant à la nécessité de recruter du personnel soignant. Seules des décisions ultérieures, prises sur la base de ce ratio, pourront le dire, en fonction des besoins qui pourront être déduits dudit ratio.

Par conséquent, cet article 2 se limite, conformément à la nature des lois de programmation, à prévoir un cadre (plan stratégique ou schéma directeur), non à grever les finances publiques.

6. D'autre part, l'article 6 de la proposition de loi modifie l'article L. 162-22 du code de la sécurité sociale pour prévoir que « *la tarification à l'activité* » des médecins, chirurgiens, gynécologues-obstétriciens et odontologues au sein des établissements de santé autorisés en application de l'article L. 6122-1 du code de la santé publique ne « *puisse constituer plus de la moitié des ressources des établissements* » concernés.

Il est d'abord permis de douter que la tarification à l'activité de ces praticiens puisse effectivement être considérée comme une ressource publique, au sens de l'article 40 de la Constitution.

Ensuite et surtout, cette disposition se borne une nouvelle fois à poser un cadre, sans nullement diminuer les ressources des établissements concernés, qui disposent d'autres ressources.

Ainsi que l'indique là encore l'exposé des motifs, afin « *de rendre plus juste les modalités de financements de l'hôpital public* », il est nécessaire de « *mettre en place un mécanisme qui permette de déterminer le coût réel des soins hospitaliers* ». En effet, « *des modes de financement tenant compte de la pertinence des soins et les besoins de santé doivent prévaloir sur le dévoiement de la tarification à l'activité (T2A) qui incite à faire toujours plus d'actes, parfois sans bénéfice pour les malades. En réalité, les tarifs doivent être définis en fonction seulement des coûts de prise en charge par pathologie* ».

L'unique objectif de cette disposition est donc de poser « *le principe selon lequel le financement d'un établissement de santé lié à la tarification à l'activité ne doit pas être supérieur à la moitié de ses revenus* ».

En aucun cas elle ne vient diminuer les ressources publiques.

Pour toutes ces raisons, l'irrecevabilité soulevée au nom de l'article 40 de la Constitution me paraît infondée.

III. SUR LA PORTÉE NORMATIVE DE CERTAINES DISPOSITIONS

7. Le Premier ministre soutient que certaines dispositions de l'article 1^{er} de la proposition de loi seraient tout à la fois dépourvues de portée normative et ne répondraient pas aux exigences d'une loi de programmation.

Tel serait le cas du premier alinéa de l'article 1^{er}, qui dispose que « *la politique de l'État en faveur de l'hôpital public met en œuvre l'égalité d'accès de la population aux soins en assurant la réalisation effective du principe selon lequel la République garantit à toutes et tous, et sur tout le territoire, un accès universel à un service public hospitalier de qualité, lequel constitue un bien commun des Français* ».

Tel serait encore le cas de la première phrase du quatrième alinéa de ce même article, qui dispose que, « *sans préjudice des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale de l'année, l'État s'engage, pour satisfaire aux objectifs de sa politique, à affecter à l'hôpital public les ressources nécessaires pour garantir pour toutes et tous des soins de qualité, en toute sécurité* ».

Tel serait enfin le cas du dernier alinéa de cet article 1^{er}, qui dispose que, « *pour la mise en œuvre de sa politique, l'État favorise l'organisation de l'hôpital public selon des principes de démocratie sanitaire et de gouvernance des établissements au service du juste soin* ».

8. Il est incontestable que les dispositions litigieuses sont dépourvues de portées normatives, au sens de la jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel (*décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*).

Cependant, cette même jurisprudence souligne que les lois de programmation (ou, autrefois, les lois de programme) échappent à cette exigence et peuvent comporter des dispositions dépourvues de portée normative, à la condition, conformément à l'article 34, al. 20 de la Constitution, de fixer des objectifs à l'action de l'État (*décision n° 2005-516 DC du 7 juillet 2005, Loi de programme fixant les orientations de la politique énergétique*).

Force est alors de constater que tel est le cas des dispositions contestées par le Premier ministre.

L'article 1^{er}, al. 1^{er} de la proposition de loi pose comme objectif à l'État de mettre en œuvre l'égalité d'accès de la population aux soins en garantissant à toutes et tous, sur tout le territoire, des soins de qualité, en toute sécurité.

L'article 1^{er}, al. 4 lui assigne comme objectif d'affecter à l'hôpital public les ressources nécessaires pour garantir pour toutes et tous des soins de qualité, en toute sécurité.

Enfin, l'article 1^{er}, al. 5 pose à l'État comme objectif de favoriser l'organisation de l'hôpital public selon des principes de démocratie sanitaire et de gouvernance des établissements au service du juste soin.

Par conséquent, si ces dispositions sont dépourvues de portée normative, elles respectent pleinement les exigences relatives aux lois de programmation et ne peuvent pas être déclarées contraires à la Constitution.

IV. SUR LE CARACTÈRE ACCESSIBLE ET INTELLIGIBLE DE CERTAINES DISPOSITIONS

9. Le Premier ministre soutient que certaines dispositions de la proposition de loi contreviendraient à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi.

En premier lieu, tel serait le cas de l'article 10, al. 5 de la proposition, qui supprimerait un renvoi opéré à un décret d'application pour définir les matières dans lesquelles la commission des soins infirmiers est consultée.

La disposition litigieuse modifie l'article L. 6146-9 du code de la santé publique, dont le second alinéa, dans sa version actuellement en vigueur, dispose qu'« *une commission des soins infirmiers, de rééducation et médico-techniques, présidée par le coordonnateur général des soins infirmiers, de rééducation et médico-techniques et composée des différentes catégories de personnels de soins, est consultée **sur des matières et dans des conditions fixées par voie réglementaire*** ».

La proposition de loi prévoit de réécrire ce second alinéa, en retenant désormais que :

« *Il est institué une commission des soins infirmiers, de rééducation et médico-techniques composée des différentes catégories de personnels de soins. La commission élit son président en son sein. **Dans des conditions fixées par voie réglementaire**, elle est consultée sur les matières qui la concernent et peut également se saisir de sa propre initiative* »

Article 10, al. 5 de la proposition de loi

Outre le fait que la version actuelle de cet article ne fait nulle mention à un quelconque décret, contrairement à ce que prétend le Premier ministre, force est de constater que l'une et l'autre des versions (celle en vigueur et celle issue de la proposition de loi) font bien référence à « *des conditions fixées par voie réglementaire* ».

Le simple fait que la nouvelle version ne fasse pas expressément référence à « des matières » ne suffit pas à exclure ce champ de la réglementation par voie réglementaire.

Par conséquent, même sous l'égide de l'article L. 6146-9, al. 2 du code de la santé publique, tel que modifié par la proposition de loi, les matières dans lesquelles la commission des soins infirmiers sera consultée seront bien fixées par voie réglementaire.

L'argument du Premier ministre ne saurait donc pas être retenu.

10. En second lieu, le Premier ministre soutient que « *la proposition de loi se présente comme un texte technique qui, pour l'essentiel, modifie ou complète des articles du code de la santé publique et du code de la sécurité sociale et dont le sens et la portée ne peuvent être compris qu'en procédant à une lecture consolidée des textes modifiés par la proposition de la loi. Tel est le cas de ses articles 2, 3, 6, 7, 8, 9, 10 et 11* ».

Il considère que « *ce parti pris de rédaction ne permet pas d'assurer le respect de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, alors qu'est en cause une proposition de loi ayant vocation à être soumise au référendum par le Président de la République en application du cinquième alinéa de l'article 11 de la Constitution, si elle n'est pas examinée par les deux assemblées dans le délai de six mois fixé par l'article 9 de la loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013* ».

D'une part, aucune disposition, ni constitutionnelle, ni organique, ni même législative, n'interdit qu'il en soit ainsi.

Au contraire, l'article 11, al. 1^{er} de la Constitution permet de soumettre à référendum « *tout projet de loi* », en circonscrivant ensuite les domaines dans lesquels il doit s'inscrire pour que le référendum soit possible.

Or le troisième alinéa de ce même article 11 renvoie à « *un objet mentionné au premier alinéa* », pour permettre la procédure référendaire d'initiative partagée.

Rien n'est donc spécifié quant à la forme législative précise des projets ou propositions de loi référendaires et rien n'interdit qu'ils procèdent par modification, suppression ou adjonction à des textes déjà en vigueur.

D'autre part, on peut ajouter qu'il fut déjà procédé ainsi, lors de précédents référendums. Par exemple, tel était le cas du projet de loi relatif à la création de régions et à la rénovation du Sénat soumis (et rejeté) à référendum le 27 avril 1969.

Enfin, l'argument d'une inconstitutionnalité au seul motif que la proposition de loi pourrait être soumise à référendum, alors que rien ne garantit qu'elle le sera effectivement, ne saurait être valable.

Il faudrait sinon considérer qu'il s'applique à l'égard de tous les projets entrant dans le champ de l'article 11, puisque ces derniers peuvent être soumis à référendum, à la discrétion du Président de la République et sur proposition du Premier ministre ou des deux assemblées.

V. SUR L'EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

11. Le Premier ministre soutient que l'article 2, § I ainsi que l'article 7 de la proposition de loi régissent l'exercice du pouvoir réglementaire selon des modalités contraires à la Constitution.

En particulier, l'article 2, § I et l'article 7, § I confient l'exercice du pouvoir réglementaire à des autorités qui ne sont pas le Premier ministre, sans aucun encadrement.

L'article 2, § I (déjà étudié *supra*, § 5) confie à la Haute Autorité de santé, « *autorité publique indépendante à caractère scientifique* », le soin d'établir, « *pour chaque spécialité et type d'activité de soin hospitalier et en tenant compte de la charge de soins associée, un ratio minimal de soignants par lit ouvert ou par nombre de passages pour les activités ambulatoires dans les établissements de santé assurant le service public hospitalier* ».

L'article 7, § I, quant à lui, charge « *la Conférence nationale de santé [de] détermine[r] les activités, actes et soins justifiables de la mise en œuvre d'une tarification à l'activité par les établissements de santé* ».

Ce faisant, ces deux dispositions s'inscrivent pleinement dans la logique de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'ailleurs citée par le Premier ministre dans ses Observations.

En effet, le Conseil constitutionnel retient que l'article 21 de la Constitution ne fait « *pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi dès lors que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* » (décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007).

Or tant la Haute Autorité de santé que la Conférence nationale de santé sont des autorités de l'État.

Les missions que leur confient les dispositions contestées sont limitées et encadrées par la loi : l'établissement d'un ratio minimal de soignants par lit ouvert et la détermination des activités, actes et soins justifiables de la mise en œuvre d'une tarification à l'activité par les établissements de santé.

Par conséquent, rien n'interdit de leur confier cette compétence, qui ne relève d'ailleurs pas du domaine législatif.

12. Le Premier ministre ajoute qu'en prévoyant un « *avis conforme de la Conférence nationale de santé* » au paragraphe II de l'article 7 de la proposition de loi, ce dernier serait contraire à la Constitution.

La contestation porte en réalité sur le terme « *conforme* », le Premier ministre se prévalant de la jurisprudence du Conseil constitutionnel précitée (et confirmée depuis), qui fait obstacle à ce que le pouvoir réglementaire du Premier ministre soit subordonné à l'avis conforme d'une autorité de l'État (décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006, précitée, décision n° 2020-800 DC du 11 mai 2020, Loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions).

Ainsi, à supposer que cet argument soit fondé, le Conseil constitutionnel pourra simplement déclarer inconstitutionnel le terme « conforme » et valider le surplus de la proposition de loi.

13. Cependant, la jurisprudence invoquée n'est pas applicable en l'espèce.

Elle ne concerne, en effet, que des autorités administratives indépendantes.

À l'inverse, il existe de nombreuses dispositions dans notre droit qui subordonnent un décret à un « avis conforme » d'un organe de l'État.

Ainsi, il arrive fréquemment, même si la comparaison n'est, ici, pas tout à fait raison, qu'un décret soit subordonné à l'avis conforme du Conseil d'État.

Tel est le cas, par exemple, des articles 23-7 du code civil, L. 212-17 du code du patrimoine, L. 233-8 du code forestier, etc.

14. Il arrive également qu'un décret soit subordonné à l'avis conforme d'un autre organe de l'État.

Tel est le cas, par exemple, de l'article L. 711-6 du code de commerce, qui prévoit qu'« il peut être créé par décret une chambre de commerce et d'industrie de région englobant deux ou plusieurs régions. Son siège est fixé par le **décret de création après avis conforme des chambres de commerce et d'industrie territoriales** qui lui sont rattachées ».

Tel est également le cas de l'article L. 6323-2-1 du code des transports, qui prévoit que « ce montant, calculé conformément aux a et b du présent 1°, est fixé **par décret, sur avis conforme de la Commission des participations et des transferts**, et dû et versé par l'État à Aéroports de Paris à la date de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'Aéroports de Paris ».

Tel est encore le cas de l'article L. 122-4-1 du code l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui prévoit que « l'utilité publique est déclarée par **décret pris sur l'avis conforme d'une commission placée auprès du Premier ministre** ».

L'article 7, § II de la proposition de loi prévoit une procédure analogue.

En prévoyant que le décret en Conseil d'État est pris après « avis conforme de la Conférence nationale de santé », il entend impliquer une autorité qui est placée directement auprès du Ministre de la Santé.

S'agissant donc simplement d'apporter directement au Premier ministre un éclairage de la part d'une autorité placée auprès d'un membre du Gouvernement, rien ne paraît s'opposer à ce que cet avis puisse effectivement être conforme.

Par conséquent, cette disposition de la proposition de loi ne soulève pas de contrariété à la Constitution.

15. Tel est, sous toute réserve, l'état de mon analyse. Vous en souhaitant bonne réception, je vous prie de croire, Monsieur le Ministre, à l'assurance de mes très sincères salutations,

Jean-Philippe DEROSIER