

LOIS

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

NOR : CSCL0916086X

Le Conseil constitutionnel a été saisi, par plus de soixante députés et soixante sénateurs, de deux recours dirigés contre la loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.

Les deux recours critiquent le titre I^{er} de la loi et ses articles 6, 10 et 23, 11, 84, 91 et 133. Le recours émanant des sénateurs est en outre dirigé contre l'article 129 de la loi.

Ces recours appellent, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

*
* *

I. – Sur le titre I^{er}

A. – Le titre I^{er} de la loi a pour objet d'abstraire le service public hospitalier de l'approche organique qui le régissait jusqu'à présent (le service public hospitalier était celui de l'hôpital public) pour lui préférer une approche matérielle définissant 14 missions de service public auxquelles tous les établissements de santé, publics ou privés, quel que soit leur statut, ont vocation à participer.

B. – Les auteurs des saisines font grief à ces dispositions de mettre en œuvre un service public à géométrie variable en permettant aux établissements privés de santé de sélectionner les missions de service public qu'ils entendent remplir, au détriment de l'égalité entre les usagers.

Le Conseil constitutionnel ne pourra faire sienne cette analyse.

Il convient d'observer en premier lieu que, quelles que soient les demandes exprimées par les établissements privés de santé dans un territoire de santé donné, le périmètre du service public sera défini par l'agence régionale de santé qui déterminera seule, le cas échéant après mise en concurrence, les candidats privés attributaires d'une fraction de ce dernier et pourra même décider unilatéralement, en vertu du nouvel article L. 6112-2 du code de la santé publique issu de l'article 1^{er} de la loi, de confier une mission non assurée à l'un de ces établissements.

On relèvera ensuite que tous les établissements publics ou privés participant au service public hospitalier devront respecter les trois garanties énoncées au nouvel article L. 6112-3 du code de la santé publique, à savoir l'égal accès à des soins de qualité, la permanence de l'accueil et de la prise en charge, ou l'orientation vers un autre établissement ou une autre institution, dans le cadre défini par l'agence régionale de santé et enfin la prise en charge des patients aux tarifs fixés par l'autorité administrative ou aux tarifs des honoraires prévus au 1^o du I de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale. Pour dissiper toute ambiguïté, le législateur a même pris le soin de préciser, au cinquième alinéa du nouvel article L. 6112-3, que ces garanties s'appliqueraient y compris en cas d'admission à l'hôpital par le biais des urgences, ainsi qu'en cas de réhospitalisation après une première sortie du patient. L'article L. 6112-3-1 rappelle enfin, à toutes fins utiles, que les patients soignés dans un établissement public hospitalier bénéficieront de ces garanties, à la fois dans le cadre des missions de service public exercées par ce dernier et au titre de ses autres activités. De même, l'article L. 6161-5 indique que les établissements de santé privés d'intérêt collectif appliquent, pour l'ensemble de leurs missions, ces mêmes garanties aux patients qu'ils accueillent.

Loin de porter atteinte au droit à la santé, le nouveau régime mis en place par le titre I^{er} de la loi permet de lui conférer une plus grande portée, en organisant, par la coordination de l'activité des établissements, la continuité du service public hospitalier pris dans son ensemble et, du point de vue du patient, la permanence des soins qui doivent lui être prodigués par l'un, l'autre ou plusieurs de ces établissements.

II. – Sur les articles 6, 10 et 23

A. – Ces articles fixent le régime applicable aux relations entre l'agence régionale de santé et les établissements de santé, en prévoyant notamment la signature obligatoire de contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens.

Il est essentiellement fait grief à ces articles de méconnaître la liberté contractuelle des établissements, sommés de signer, en méconnaissance du principe d'autonomie qui leur est par ailleurs reconnu à l'article 8 de la loi, des contrats dont ils ne peuvent refuser le principe ni modifier le contenu.

B. – Cette critique ne pourra toutefois pas être retenue.

Il faut souligner, tout d'abord, que s'ils traduisent bien l'engagement d'une démarche contractuelle, les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens ne sont pas des instruments juridiques revêtant exactement les caractéristiques d'un contrat. Ils constituent plutôt une forme moderne d'allocation des ressources publiques conjointement déterminée entre l'autorité publique et la personne, publique ou privée, chargée de mettre en œuvre la mission qui lui incombe.

A supposer toutefois opérant, en l'espèce, le grief tiré d'une méconnaissance de la liberté contractuelle des établissements de santé, le Gouvernement souhaite souligner que ce principe lui paraît devoir revêtir, dans la matière particulière régie par la loi déferée, une portée moindre que celle qui lui est traditionnellement reconnue par la jurisprudence. Le secteur d'activité en question obéit en effet, pour l'essentiel, à des régimes d'autorisation dans la main de l'autorité publique. La demande de soins est presque entièrement solvabilisée par la perception de prélèvements obligatoires. Et les entorses au principe, résiduel, de liberté contractuelle sont toutes justifiées par le motif d'intérêt général tenant à la préservation du système de santé dans son ensemble. Or, si la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend à conférer une protection particulière au principe de la liberté contractuelle, on y trouve aussi la volonté de pondérer différemment la portée de ce dernier lorsque se trouve en cause l'application d'un régime de droit public supposant de conférer davantage de marge d'action à la puissance publique (voir en ce sens, notamment, la décision n° 2009-578 DC du 18 mars 2009 relative à la loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, et plus spécialement ses considérants 12 à 16).

On soulignera en outre, en tout état de cause, que le contenu des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens est loin d'échapper totalement aux établissements de santé. Rien ne fait en effet obstacle à ce que ceux-ci déterminent par eux-mêmes, avant de les soumettre à la négociation, les « orientations stratégiques » qui seront les leurs dans le cadre de ces contrats en application du nouvel article L. 6114-2 du code de la santé publique. La même liberté existe pour la fixation, le cas échéant, des « objectifs quantifiés des activités de soins et équipements matériels lourds » pour lesquels une autorisation a été délivrée.

Quant à la circonstance que le directeur de l'agence régionale de santé intervienne désormais dans la procédure de nomination du directeur des établissements de santé, elle ne saurait révéler, par elle-même, d'entrave à l'expression de la liberté contractuelle de l'établissement. Il n'est pas rare en effet que l'autorité de nomination soit également l'autorité chargée de négocier ultérieurement l'allocation des ressources d'un établissement public, dès lors que celui-ci se trouve financé par des fonds publics. Tel est déjà le cas dans de nombreux établissements publics, au premier rang desquels la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, dont le directeur est nommé par décret en vertu de l'article L. 221-3-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004, et se trouve néanmoins liée à l'Etat par une convention d'objectifs et de gestion, sans que le Conseil constitutionnel n'ait relevé de grief d'inconstitutionnalité à l'encontre de ce dispositif dans sa décision n°2004-504 DC du 12 août 2004 rendue au sujet de la loi relative à l'assurance maladie.

Dans ces conditions, le grief tiré de ce que la loi déferée porterait une atteinte excessive à la liberté contractuelle des établissements de santé pourra donc être écarté. Il en ira de même, par voie de conséquence, de celui, présenté comme un simple corollaire du premier, tiré de ce que le nouveau régime porterait atteinte au principe de protection du droit à la santé.

III. – Sur l'article 11

A. – L'article 11 de la loi déferée, modifiant la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, prévoit que, par dérogation à l'article 3 du titre I^{er} du statut général des fonctionnaires et à l'article L. 6143-7-2 du code de la santé publique, des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaires, c'est-à-dire des agents contractuels, peuvent être nommés sur les emplois de directeur d'établissements de santé.

Cette mesure a pour but d'encourager la mobilité entre le secteur privé et le secteur public et de diversifier le vivier de recrutement des emplois de direction de la fonction publique hospitalière.

B. – Les auteurs des saisines lui font grief de méconnaître le principe d'égal accès aux emplois publics et de ne pas prévoir les garanties permettant d'assurer que le recrutement de ces agents ne reposera que sur leur capacité, leurs vertus et leurs talents, conformément à ce qu'impose l'article 6 de la déclaration de 1789.

Ces critiques ne sauraient être retenues.

Il résulte en premier lieu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'aucune disposition de la Constitution non-plus qu'aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle au recrutement de non-fonctionnaires sur des emplois publics. Le législateur peut donc, dans le respect du principe d'égal accès aux emplois publics, prévoir des modes de recrutement différenciés aux fins de pourvoir les emplois publics. Le Conseil constitutionnel l'a déjà jugé s'agissant de l'accès aux corps de fonctionnaires, notamment dans ses trois décisions n°82-153 DC du 14 janvier 1983 au sujet de la création d'un troisième concours pour le recrutement à l'Ecole nationale d'administration, n°84-179 du 12 septembre 1984 pour le recrutement par le tour extérieur dans les corps d'inspection et de contrôle ou n°85-204 DC du 16 janvier 1986 en ce qui concerne l'intégration dans le corps des ministres plénipotentiaires de personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaires. A plus forte raison ce raisonnement doit-il valoir lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, l'accès de non-fonctionnaires à des emplois publics n'entraîne pas leur titularisation dans un corps de fonctionnaires.

Pris globalement, le régime de recrutement de ces agents écartera en second lieu tout risque d'arbitraire, conformément aux prescriptions de l'article 6 de la déclaration de 1789.

Le Gouvernement souhaite souligner, à titre liminaire, que la loi a expressément prévu que ces personnels non fonctionnaires devront suivre une formation les préparant à leurs nouvelles fonctions. Le respect des exigences de l'article 6 de la déclaration de 1789 sera par ailleurs assuré par l'instauration d'un comité de sélection national composé notamment de professionnels représentant les établissements publics de santé, dont le rôle sera de constituer le vivier des candidats potentiels et de s'assurer que leurs compétences et leurs qualifications sont bien celles requises pour exercer les fonctions de directeur d'établissement. Ce dispositif de sélection, destiné à assurer le respect de l'article 6 de la déclaration de 1789, ne figure pas dans la loi car il relève de l'exercice du pouvoir réglementaire. Un décret en ce sens sera donc pris dans les plus brefs délais.

IV. – Sur l'article 84

A. – L'article 84 de la loi déferée modifie le livre I^{er} de la première partie du code de la santé publique en le complétant par un titre VI relatif à l'éducation thérapeutique du patient, définie comme l'ensemble des mesures destinées à rendre le patient plus autonome en facilitant son adhésion aux traitements prescrits et en améliorant sa qualité de vie.

B. – Les auteurs des saisines reprochent à cet article d'avoir permis, par le nouvel article L. 1161-4 du code de la santé publique, à l'industrie pharmaceutique de prendre part aux actions ou programmes d'éducation thérapeutique, en lui ouvrant notamment la possibilité de s'associer au financement de ces derniers, au mépris du droit à la protection de la santé.

Le Conseil constitutionnel ne saurait faire sienne cette appréciation.

Aucun principe de valeur constitutionnelle ne semble tout d'abord s'opposer à ce qu'une entreprise privée contribue, spontanément ou à la demande de la puissance publique, au financement d'une activité d'intérêt général. Il convient simplement de s'assurer, dans ce type d'hypothèse, que les modalités de mise en œuvre de cette participation respectent le principe de neutralité de l'action administrative.

Or tel est bien le cas en l'espèce.

Contrairement à ce que soutiennent tout d'abord les auteurs des saisines, la loi déferée ne fait preuve d'aucun libéralisme à l'égard des entreprises privées. Seul le financement, direct ou indirect (par la formation des intervenants dans les programmes d'éducation thérapeutique ou la fourniture de moyens logistiques), est autorisé par l'article L. 1161-4. C'est dans ce sens restrictif qu'il convient d'interpréter cette nouvelle disposition du code de la santé publique.

Surtout, la loi déferée instaure les garanties destinées à préserver la neutralité des programmes d'éducation thérapeutique et, partant, l'intégrité du droit à la protection de la santé du patient. L'article 84 de la loi déferée interdit en premier lieu tout contact direct entre le laboratoire pharmaceutique et le patient et son entourage, respectant ainsi la prohibition de la publicité des médicaments auprès du public énoncée par la directive 2001/83/CE modifiée, transposée en droit interne aux articles L. 5122-1 et L. 5122-6 du code de la santé publique, dans le dernier état d'interprétation qu'en a donné la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt du 2 avril 2009, *Frede Damgaard*, rendu dans l'affaire C-421/07. L'article 84 prévoit en second lieu que les programmes d'éducation thérapeutique devront être soumis à l'autorisation des agences régionales de santé et évalués par la Haute Autorité de santé et, tout comme les actions d'accompagnement menées par le milieu associatif, conformes à un cahier des charges fixé par arrêté ministériel.

Dans ces conditions, les griefs dirigés contre l'article 84 de la loi déferée pourront être écartés.

V. – Sur l'article 91

A. – L'article 91 de la loi déferée a pour objet, en modifiant partiellement l'article 52 de la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique, de réglementer l'accès au titre de psychologue en subordonnant celui-ci à la possession d'une formation en psychopathologie clinique accessible aux seuls docteurs en médecine ou aux titulaires d'un diplôme de niveau master en psychologie ou en psychanalyse. L'article 91 renvoie par ailleurs à un décret en Conseil d'Etat le soin de définir les dérogations ouvertes aux médecins, aux psychologues, aux psychanalystes et aux psychologues justifiant de cinq années d'expérience professionnelle.

B. – Les auteurs des saisines font grief à l'article 91 de ne pas avoir, rompant ainsi le principe d'égalité, prévu de condition particulière d'accès pour les élèves des écoles en psychologie et de ne pas avoir prévu de modalité de validation des acquis de l'expérience dans cette matière.

Ces griefs ne sauraient être retenus.

L'objet de la loi est de s'assurer que ne pourront se prévaloir du titre de psychologue que des professionnels qualifiés, eu égard à l'état de vulnérabilité psychologique dans lequel peuvent se trouver les patients susceptibles de les consulter. C'est pourquoi le législateur a souhaité réserver principalement l'accès à la profession à des personnes titulaires de diplômes de haut niveau reconnus par l'Etat. Tel n'est pas le cas des élèves issus des écoles de psychologie, qui se trouvent donc dans une situation différente des autres candidats potentiels au titre de psychologue. Le Gouvernement tient à souligner, au demeurant, que rien ne fait obstacle, en pratique, à ce que ces écoles prennent l'attache des établissements universitaires aux fins de délivrer conjointement des diplômes permettant l'accès à la formation en psychopathologie clinique mentionnée par la loi.

Quant à l'absence de mention expresse d'une voie d'accès par la validation des acquis de l'expérience, elle n'encourt en tout état de cause aucune critique au regard du principe d'égalité. C'est en effet le mécanisme de droit commun prévu par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 qui trouvera à s'appliquer en la matière.

VI. – Sur l'article 133

A. – L'article 133 autorise le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions de coordination nécessaires pour assurer la cohérence des textes au regard des dispositions introduites par la loi déferée.

B. – Les auteurs des saisines font grief à cet article de méconnaître l'article 38 de la Constitution, d'être entaché d'incompétence négative et de méconnaître les objectifs d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

Le Gouvernement ne partage pas ce point de vue.

Aux termes mêmes de l'article 38 de la Constitution, le domaine des habilitations susceptibles d'être données par le législateur pour permettre au Gouvernement d'adopter des mesures par ordonnance peut comprendre toute matière qui relève du domaine de la loi en application de l'article 34 (décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999). L'habilitation conférée par la loi déferée, qui porte sur l'adoption de mesures de coordination de nature législative, est donc conforme à l'article 38 de la Constitution.

Le législateur a par ailleurs défini avec suffisamment de précision la finalité et le champ d'intervention de ces mesures : le reproche d'incompétence négative adressé à l'article 133 pourra donc être écarté.

Le choix de renvoyer les dispositions de coordination à l'intervention d'une ordonnance n'est, enfin, pas révélateur en lui-même d'un défaut de clarté ou d'intelligibilité de la loi dans son ensemble. Il contribue, au contraire, en allégeant le dispositif soumis à la représentation nationale, à permettre une plus grande clarté du texte adopté, qui se concentre sur l'essentiel de la réforme envisagée. Le Gouvernement souhaite en outre souligner, en tout état de cause, que l'ordonnance sera publiée avant l'entrée en vigueur du nouveau régime. Le Parlement sera enfin à même d'exercer son contrôle de cohérence sur le régime, pris globalement, à l'occasion de l'examen du projet de loi de ratification qui lui sera soumis dans les plus brefs délais.

VII. – Sur l'article 129

A. – Le II de l'article 129 prévoit que les agents contractuels de droit privé exerçant, à la date de mise en place des agences régionales de santé, leur activité notamment dans le service du contrôle médical du régime général sont transférés dans ces agences.

B. – Les sénateurs auteurs de la saisine font grief à cet article de méconnaître le principe d'égalité en ce qu'il cantonne le transfert de plein droit aux seuls agents exerçant dans le service du contrôle médical à la date de création des agences, à l'exclusion de ceux qui y ont exercé un jour et détiennent depuis lors d'autres fonctions.

Mais ces derniers agents sont, au regard de l'objet de la loi, qui consiste à transférer les activités – et seulement, par voie de conséquence, les agents chargés de celles-ci – issues de l'assurance maladie dont le champ d'activité entre désormais dans les missions des ARS, dans une situation différente des agents effectivement en fonction à la date de création des agences.

Il était donc loisible au législateur de les traiter différemment en les exceptant du champ du transfert de plein droit. Au demeurant, ceux-ci disposeront toujours de la possibilité de se faire recruter selon les voies de droit commun par le directeur de l'ARS sous le même contrat de droit privé que celui qui sera offert à leurs anciens collègues. Le grief tiré de la rupture d'égalité pourra donc être aisément écarté.

*
* *

Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés dans les saisines n'est de nature à conduire à la censure de la loi déferée.

Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter les recours dont il est saisi.