

Commentaire de la décision n° 2008-571 DC du 11 décembre 2008

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009

Comme chaque année depuis la création de cette catégorie de loi en 1996, le Conseil constitutionnel a été saisi de la loi de financement de la sécurité sociale.

Le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, adopté par le Conseil des ministres le 13 octobre 2008, a été déposé le même jour sur le bureau de l'Assemblée nationale. Celle-ci l'a adopté le 4 novembre 2008, le Sénat le 20 novembre 2008. Après réunion de la commission mixte paritaire, le texte, adopté par l'Assemblée le 26 novembre 2008 et par le Sénat le 27 novembre 2008, a été déféré au Conseil constitutionnel le 1^{er} décembre par plus de soixante députés et le 2 décembre par plus de soixante sénateurs. Le Conseil constitutionnel a également reçu de M. Gaston Flosse, sénateur, un mémoire enregistré le 9 décembre.

Les députés, tout comme les sénateurs requérants, dénonçaient dans les mêmes termes, d'une part, la présence dans la loi déférée de dispositions qui n'auraient pas leur place dans une loi de financement de la sécurité sociale, c'est-à-dire la présence de « cavaliers sociaux », et, d'autre part, la non-conformité à la Constitution de l'article 90 de la loi déférée. Les sénateurs requérants ont, en outre, fait porter leurs griefs contre l'article 37. Quant à M. Gaston Flosse, qui a transmis au Conseil un mémoire sous sa seule signature, il estimait, à titre principal, que l'article 96 de la loi déférée n'avait pas sa place dans une loi de financement de sécurité sociale.

Dans sa décision du 11 décembre 2008, le Conseil constitutionnel a, tout d'abord, déclaré irrecevable la demande présentée par M. Flosse. En effet, comme il a eu l'occasion de le rappeler à plusieurs reprises¹, les termes mêmes de l'article 61 de la Constitution réservent la faculté de le saisir à soixante députés ou à soixante sénateurs et interdisent d'assimiler à une telle saisine une demande qui ne serait pas portée par ce nombre minimum de parlementaires.

Il a ensuite examiné les griefs contestant la conformité à la Constitution des articles 37 et 90 de la loi déférée, avant de déclarer contraires à la Constitution dix-neuf dispositions qui ne trouvaient pas leur place dans une loi de financement de la sécurité sociale (« cavaliers sociaux »).

I.- L'article 37

¹ Décisions n° 2002-459 DC du 22 août 2002, *Loi portant création d'un dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise*, cons. 2 et 3 ; n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, *Loi de programmation pour la cohésion sociale*, cons. 2 à 4 ; n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 2 à 4.

- Le 5° de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale prévoit que la convention qui régit les relations entre les organismes d'assurance maladie et les chirurgiens-dentistes définit : « *les conditions dans lesquelles les caisses d'assurance maladie participent au financement des cotisations dues par les professionnels de santé au titre de leurs honoraires...* » Dans ce cadre, une convention a été signée le 11 mai 2006 pour cinq ans et a été approuvée par arrêté interministériel du 14 juin 2006. Son article 6.3 prévoit une réduction de l'assiette de la prise en charge des cotisations par les caisses. Un recours pour excès de pouvoir ayant été formé, le Conseil d'État a, le 16 juin 2008, annulé l'arrêté interministériel en tant qu'il avait approuvé l'article 6.3 prévoyant que la modification s'appliquait aux cotisations dues au titre de la période du 1^{er} mai 2006 au 30 avril 2007.

L'article 37 de la loi de financement de la sécurité sociale, qui résulte d'un amendement déposé par le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, autorise le directeur de l'UNCAM à déroger, pour l'année 2009, à la convention du 11 mai 2006 et à fixer, unilatéralement, pour cette seule année, la part des cotisations prise en charge par les caisses.

- Les sénateurs formaient à l'encontre de cet article un double grief d'incompétence : il n'aurait pas sa place dans une loi de financement de la sécurité sociale et il confierait au directeur de l'UNCAM une compétence qui relève de la loi seule.

S'agissant de la présence dans la loi de financement de la sécurité sociale, la mesure avait pour objet de faire économiser à l'assurance maladie une somme estimée à plus de 100 millions d'euros. Elle avait évidemment un effet sur les dépenses des régimes obligatoires de base de la sécurité sociale et, à ce titre, trouvait sa place dans cette loi.

S'agissant de l'incompétence négative, le grief impliquait que le Conseil examinât d'abord si la fixation de cette participation au financement des cotisations figurait au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale au sens de l'article 34 de la Constitution. La jurisprudence constante du Conseil implique logiquement une réponse négative : le principe de la cotisation et la définition des catégories de cotisants relèvent, certes, de la loi, non la fixation du montant acquitté par les professionnels².

Dès lors que cette matière relève du pouvoir réglementaire, il incombait encore au Conseil constitutionnel d'apprécier si la loi peut confier ce pouvoir à une autre autorité que le Premier ministre qui, en application de l'article 21 de la Constitution, exerce le pouvoir réglementaire. Sur ce point, la jurisprudence du Conseil est constante : les habilitations données à d'autres autorités publiques que le Premier ministre pour l'exercice du pouvoir réglementaire au niveau national ne sont admises qu'à la condition qu'elles concernent « *des mesures limitées tant par leur champ d'application que par leur contenu* »³. En l'espèce, il s'agit uniquement de fixer, pour une seule année et pour les seuls chirurgiens-dentistes, la part des cotisations d'assurance maladie prise en charge. Le Conseil constitutionnel a donc estimé que l'article 21 de la Constitution n'était pas méconnu.

- Restait une question qui n'avait pas été soulevée, mais qui, de par son importance, méritait que le Conseil constitutionnel l'examinât d'office. La disposition constituait-elle une loi de

² Décisions n°s 60-10 L, 20 décembre 1960, cons. 2, 84-136 L, 28 février 1984, cons. 3 et 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 7.

³ Décisions n°s 88-248 DC du 17 janvier 1989, cons. 14 à 16, 89-260 DC du 28 juillet 1989, cons. 28 à 31, 89-269 DC du 22 janvier 1990, cons. 21 à 23, 93-324 DC du 3 août 1993, cons. 12 à 15 et 2001-451 DC du 27 novembre 2001, cons. 10.

validation allant à l'encontre de la décision du Conseil d'État et qui, pour cette raison, violerait la séparation des pouvoirs ?

Il résulte clairement des débats au Parlement que l'article 37 est destiné à compenser les conséquences financières de l'arrêt du Conseil d'État du 16 juin 2008. L'assurance maladie s'est trouvée contrainte de restituer aux chirurgiens-dentistes les cotisations non prises en charge au titre de la première année d'application de la convention. Il est attendu que le directeur de l'UNCAM abaissera la prise en charge des cotisations par l'assurance maladie dans une proportion équivalente à la somme que l'assurance maladie a dû verser.

Certes, la disposition déferée n'a pas pour objet direct de valider, dans ses dispositions rétroactives, la convention du 11 mai 2006. En outre, la disposition déferée porte sur l'année 2009 alors que les cotisations restituées ont été acquittées en 2007.

On ne peut toutefois en déduire que l'article 37 est sans effet rétroactif sur l'état du droit résultant de la décision du Conseil d'État. Or, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de lois de validation est particulièrement exigeante. Le Conseil estime en effet que si le législateur, comme lui seul est habilité à le faire, a la faculté de modifier rétroactivement les règles de droit ou de valider un acte (administratif ou de droit privé) dont une juridiction est saisie ou susceptible de l'être, c'est aux conditions – cumulatives – suivantes :

- Respect du principe de la séparation des pouvoirs qui interdit de « *censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence* »⁴, ou, même sous une forme détournée, de mettre leur décision à néant⁵.
- Poursuite d'un but d'intérêt général suffisant⁶ qui, en particulier, ne saurait se réduire à un enjeu financier limité au regard des budgets en cause⁷.
- Respect du principe de non-rétroactivité des peines et sanctions plus sévères, ainsi que de son corollaire qui interdit de faire renaître des prescriptions légalement acquises⁸.
- Caractère non inconstitutionnel de l'acte validé, sauf à ce que le motif de la validation soit lui-même de rang constitutionnel⁹.
- Définition stricte de la portée de la validation, puisque celle-ci conditionne le droit au recours, ainsi que l'étendue du contrôle de la juridiction saisie¹⁰.

Reprenant une motivation de principe devenue classique, sur le fondement de l'article 16 de la Déclaration de 1789¹¹, le Conseil a estimé que la disposition déferée ne pouvait être regardée comme ayant pour effet de censurer une décision de justice, mais qu'elle devait être analysée au titre des mesures ayant un effet rétroactif dont la constitutionnalité ne peut être justifiée que par la poursuite d'un motif d'intérêt général suffisant¹².

⁴ n° 80-119 DC du 22 juillet 1980.

⁵ n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005.

⁶ n° 96-375 DC du 9 avril 1996, cons. 6 à 11 ; n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, cons. 47 à 52, AJDA 1998 p. 127, § 8.

⁷ n° 95-369 DC du 28 décembre 1995, cons. 33 à 35; n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, cons. 29 à 34.

⁸ n° 88-250 DC du 29 décembre 1988, cons. 2 à 6.

⁹ n° 97-390 DC du 19 novembre 1997, cons. 3, AJDA 1997, p. 963.

¹⁰ n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, cons. 62 à 65.

¹¹ Décision n° 2006-545 DC du 28 décembre 2006 Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social, cons 35.

¹² Décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006 – LFSS, cons. 20 et 21.

L'objectif poursuivi par l'article 37 est de rétablir l'économie de la convention de mai 2006 : les chirurgiens-dentistes ont bénéficié, dès le mois de juin 2006, des revalorisations d'honoraires résultant de la convention signée le 11 mai ; en revanche, la décision du Conseil d'État a eu pour effet de reporter au 1^{er} avril 2007 la contrepartie contractuelle, à savoir le cantonnement de la prise en charge des cotisations de sécurité sociale par les caisses. La mesure adoptée est strictement proportionnée à l'objectif de rétablissement de l'équilibre contractuel et tend à l'équilibre financier de la sécurité sociale ; le Conseil a donc jugé que l'intérêt général poursuivi était suffisant.

II.- L'article 90

Dans le cadre de la politique destinée à favoriser l'activité des seniors, l'article 90 modifie le régime de la mise à la retraite d'office défini par l'article L. 1237-5 du code du travail.

Avant cette modification et sous réserve de quelques exceptions, notamment conventionnelles, un employeur pouvait mettre à la retraite d'office un salarié qui avait atteint l'âge de soixante-cinq ans¹³.

L'article 90 de la loi déferée a pour effet de porter cet âge à soixante-dix ans. Pour prolonger leur activité au-delà de soixante-cinq ans, les salariés intéressés devront en avoir préalablement manifesté l'intention auprès de leur employeur et dans la limite de cinq années. Pour permettre cette manifestation de volonté, l'employeur devra pour sa part, chaque année, interroger les salariés concernés sur leur intention en la matière.

Par coordination, le législateur a autorisé la mise à la retraite d'office des salariés âgés de soixante à soixante-cinq ans pouvant bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein, soit qu'ils bénéficient d'une préretraite ayant pris effet avant le 1^{er} janvier 2010 dans le cadre d'un accord professionnel « *fixant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle* », soit qu'ils bénéficient de tout autre avantage de préretraite défini antérieurement à la date de publication de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites et « *ayant pris effet avant le 1^{er} janvier 2010* ».

Les requérants articulaient l'ensemble de leurs critiques sur cet article 90 autour de trois griefs :

- la disposition n'avait pas sa place dans une loi de financement de la sécurité sociale ;
- en incitant les salariés à prolonger leur activité, elle conduisait à augmenter l'âge effectif de la retraite dans une mesure telle qu'elle porterait atteinte à la fois au droit au repos et à la protection de la santé tels qu'énoncés dans le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 ;
- enfin, la disposition était contraire au principe d'égalité, dès lors que le prolongement de l'activité aurait aggravé les inégalités qui résultent de l'inégalité des salariés face à la santé et à la pénibilité de leur métier.

¹³ Pour fixer cet âge, l'article L. 1237-5 du code du travail renvoie au 1° de l'article 351-8 du code de la sécurité sociale qui précise lui-même que bénéficient du taux plein même s'ils ne justifient pas de la durée requise d'assurance ou de périodes équivalentes dans le régime général et un ou plusieurs autres régimes obligatoires « *les assurés qui atteignent un âge déterminé* » ; cet âge est déterminé par l'article R. 351-27 du code de la sécurité sociale qui le fixe à « *soixante-cinq ans* ».

Dans sa décision du 11 décembre 2008, le Conseil constitutionnel a estimé que le premier grief n'était pas établi. L'effet de la mesure tant sur les dépenses que sur les recettes des régimes obligatoires de sécurité sociale est direct, puisque la mise en œuvre du dispositif pourra se traduire par trois mouvements :

– une réduction des dépenses de la branche vieillesse qui, pour une année donnée, aura moins de pensions à verser ;

– un accroissement des cotisations perçues sous le double effet d'un élargissement de l'assiette des cotisations et de l'accroissement des indemnités de départ volontaire – qui sont, contrairement aux indemnités de mise à la retraite d'office, entièrement assujetties à cotisations ;

– une baisse des recettes issues de la contribution sur les indemnités de mises à la retraite d'office, le nombre de celles-ci diminuant.

Le deuxième grief n'a pas été non plus admis par le Conseil constitutionnel.

Le Conseil, dans sa décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 relative à la loi portant réforme des retraites, avait tiré du onzième alinéa du Préambule de 1946 l'obligation de mettre en œuvre, dans son principe, une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités. Toutefois, il appartient au législateur d'en fixer les modalités.

Par ailleurs, il n'était pas possible de déduire de l'instauration d'un mécanisme volontaire de prolongation de l'activité au-delà de soixante-cinq ans – ou de soixante ans dans certains cas – une atteinte aux principes du droit au repos et à la protection de la santé. Rien ne contraindra le salarié à poursuivre son activité s'il estime que son droit au repos ou à la protection de sa santé est mis à l'épreuve.

En tout état de cause, l'âge légal de la retraite reste inchangé.

Le Conseil constitutionnel n'a pas non plus fait droit au troisième grief. Les différences qui existent entre les salariés ne résultent pas de l'ouverture d'une possibilité équivalente pour tous de prolonger leur activité. Aussi la mesure ne crée-t-elle aucune différence de traitement. Le Conseil l'a donc constaté tout en rappelant 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 cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »¹⁴.

En conséquence, le Conseil a déclaré que l'article 90 n'était pas contraire à la Constitution.

III.- Les « cavaliers sociaux »

¹⁴ Pour une application récente : décision n° 2007-556 DC du 16 août 2007, *Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs (Service minimum)*, cons. 22.

Le champ des lois de financement de la sécurité sociale, dont le dix-neuvième alinéa¹⁵ de l'article 34 de la Constitution énonce qu'« *elles déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* », est précisé par l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue de la loi organique du 2 août 2005¹⁶. C'est dans ce cadre que le Conseil constitutionnel est amené à veiller au respect de ce champ.

Le Conseil constitutionnel a tout d'abord examiné les dispositions figurant « *dans la partie de la loi de financement de la sécurité sociale de l'année comprenant les dispositions relatives aux recettes et à l'équilibre général pour l'année à venir* ». Il a jugé que n'avaient pas d'effet ou avaient un effet trop indirect sur les recettes des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement et ne relevaient pas non plus des autres catégories mentionnées au V de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale les dispositions suivantes :

- les 1° et 2° du I de l'article 20, qui inscrivent les modalités de prise en charge par l'employeur des frais de transport des salariés dans la négociation annuelle obligatoire sur les salaires prévue dans la branche à l'article L. 2241-2 du code du travail et dans l'entreprise à son article L. 2242-8 ;
- le quinzième alinéa du 3° du I du même article, qui impose à l'employeur de proposer un plan de mobilité ;
- l'article 21, qui comporte diverses mesures relatives à la sécurité juridique des relations entre les cotisants et les organismes de recouvrement des recettes de la sécurité sociale.

Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné les dispositions figurant « *dans la partie de la loi de financement de l'année comprenant les dispositions relatives aux dépenses pour l'année à venir* ». Il a jugé que n'avaient pas d'effet ou avaient un effet trop indirect sur les dépenses des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement et ne relevaient pas non plus des autres catégories mentionnées au V de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale les dispositions suivantes :

a) Dispositions qualifiées de dépenses relatives à l'assurance maladie :

- l'article 40, qui rétablit la qualification de « médecin compétent » ;
- l'article 41, qui désigne l'autorité compétente pour fixer le montant de la contribution due par les professionnels de santé n'utilisant pas les feuilles de soins électroniques ;
- l'article 43, qui prévoit l'information des patients sur la liste des professionnels et des centres de santé ayant adhéré à des « contrats d'amélioration des pratiques » ;
- l'article 44, qui renvoie au décret les modalités de participation des patients au système de pharmacovigilance ;
- les trois derniers alinéas de l'article 45, qui ont trait aux missions et aux modalités de fonctionnement du groupement d'intérêt public chargé du développement des systèmes d'information de santé partagés ;

¹⁵ Le vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution est devenu le dix-neuvième alinéa de cet article avec l'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V^{ème} République (article 11).

¹⁶ Loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale.

- l'article 46, qui met en place une expérimentation afin de remettre à certains patients un dispositif portable contenant leur dossier médical sous forme numérique ;
- l'article 55, qui accroît les pouvoirs du directeur de l'Agence régionale de l'hospitalisation sur les directeurs des établissements de santé, sociaux et médico-sociaux et sur ces établissements en cas de difficulté financière ou de dysfonctionnement ;
- l'article 56, qui rend obligatoire la certification des comptes de certains établissements publics de santé ;
- l'article 57, qui modifie les modalités de financement du centre national de gestion des praticiens hospitaliers et des personnels de direction de la fonction publique hospitalière ;
- l'article 58, qui regroupe trois organismes dans un même groupement d'intérêt public ;
- le I de l'article 65, qui fait participer la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie au financement de la formation des aidants et des accueillants familiaux de personnes âgées ou handicapées adultes ;
- l'article 72, qui impose la mention du prix de revente des prothèses et autres dispositifs médicaux dans le devis préalable ;

b) Dispositions qualifiées de dépenses relatives à l'assurance vieillesse :

- l'article 94 qui fixe à soixante-dix ans la limite d'âge des présidents de conseil d'administration des établissements publics de l'État et à soixante-cinq ans celle des directeurs généraux et directeurs de ces établissements ;
- l'article 96 qui réforme les conditions d'attribution de l'indemnité temporaire d'outre-mer avec des mesures transitoires jusqu'en 2028 ; cette disposition ne revêtait d'ailleurs pas un caractère permanent ;

c) Dispositions qualifiées de dépenses d'accidents du travail et de maladies professionnelles et de dépenses de la branche famille :

- l'article 99, qui autorise, en cas de contestation d'une décision relative à la fixation du taux d'incapacité d'une victime, la transmission du rapport médical à un médecin placé auprès de la juridiction saisie ;
- l'article 109, qui modifie le régime du crédit d'impôt accordé aux entreprises qui créent ou participent à la création de crèches.

Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné les dispositions « *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* ». A ce titre, il a regardé comme n'ayant pas pour objet de modifier les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale et, par suite, comme n'entrant pas dans le champ des lois de financement de la sécurité sociale :

- l'article 111, qui modifie les modalités de nomination et de cessation de fonction des directeurs et des agents comptables des organismes du régime général.

Ont ainsi été déclarés non conformes à la Constitution comme étrangers au domaine des lois de financement de la sécurité sociale 19 articles (16 en totalité et 3 en partie) de la loi de financement pour 2009.