



GROUPE
LES REPUBLICAINS

Le Président

Monsieur Laurent FABIUS
Président
Conseil Constitutionnel
2 rue de Montpensier
75001 PARIS

Paris, le **30 NOV. 2021**

Monsieur le Président,

En application de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, j'ai l'honneur, avec plus de soixante de mes collègues, de demander au Conseil Constitutionnel de se prononcer sur la conformité de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2022.

A cet effet, vous voudrez bien trouver, ci-joint, la liste des signataires de cette demande, ainsi qu'un mémoire reprenant les motifs développés par les auteurs de cette saisine.

Je vous prie d'agréer, Monsieur le Président, l'expression de ma haute considération.

Bruno RETAILLEAU

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Les Sénateurs soussignés ont l'honneur de soumettre à votre examen la loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2022 et plus particulièrement les articles 5, 16 ter, 23, 25, 28, 30 bis, 40, 41 bis, 41 quinquies, 41 sexies, 41 septies, 41 octies, 44 bis, 44 ter, 45 bis, 46, 46 bis, 46 ter, et 50 bis.

1. Sur les articles contrevenant à l'article 4 bis de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale

Article 5

L'article 5 contrevient, à titre principal, à l'article 4 bis de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale tel que l'interprète le Conseil constitutionnel et, à titre subsidiaire, à l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale.

À titre principal, s'agissant du non-respect de l'article 4 bis de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale, l'article 5 de la loi déferée entre dans un **système de financement par la Caisse d'amortissement de la dette sociale (Cades) d'une fraction de la dette des établissements de santé ainsi que de divers investissements de ces mêmes établissements**, système défini successivement par l'article 1^{er} de la loi n° 2020-992 du 7 août 2020 relative à la dette sociale et à l'autonomie¹ et par l'article 50 de la loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021.

Il convient de souligner d'emblée que le mécanisme retenu de financements assurés par des dotations de la Caisse nationale d'assurance maladie ne saurait donner à ceux-ci la nature d'une dette sociale ayant vocation à être amortie par la Cades. En effet, comme cela sera développé *infra* dans les observations sur le moyen subsidiaire, ce mécanisme fait de la **Cnam une simple « courroie de transmission » entre la Cades et les établissements de santé**, les différents mouvements n'entrant **ni dans les recettes ni dans les dépenses de la branche maladie présentées au Parlement**. Valider un tel subterfuge reviendrait d'ailleurs à **permettre le financement par la Cades de dettes** (ou même de charges ordinaires, comme c'est le cas pour les hôpitaux) **d'organismes tels que l'Unédic, voire l'État, dès lors que ce financement transiterait par une dotation d'un quelconque régime obligatoire de base de sécurité sociale**. Permettre un tel mélange des genres anéantirait donc la raison d'être de la Cades et la possibilité même d'éteindre une dette sociale devenue un fourre-tout.

Dès lors, le Conseil constitutionnel reconnaîtra que **de tels financements constituent un dévoiement manifeste de la vocation de la Cades**, qui est d'assurer l'amortissement, dans

¹ Ces dispositions ont été insérées au C du II septies de l'article 4 de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale.

un délai défini par le législateur organique, des déficits cumulés des régimes obligatoires de base de sécurité sociale (ROBSS) et des organismes concourant à leur financement (c'est-à-dire du Fonds de solidarité vieillesse - FSV).

Telle est en tout cas clairement l'interprétation que le Conseil constitutionnel fait de cette vocation puisque, aux considérants 39 et 40 de sa décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, il a précisé que **l'article 4 bis de l'ordonnance précitée était de nature organique en ce qu'il trouvait son fondement dans l'habilitation conférée à la loi organique** par le vingtième alinéa de l'article 34 de la Constitution en vertu duquel « *les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier... dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique* ».

Étant ainsi directement relié à l'équilibre financier de la sécurité sociale, **l'amortissement de la « dette sociale »** au sens que lui donne le Conseil constitutionnel **ne peut être « pollué » ni par la transmission de dettes d'établissements autres que les ROBSS et le FSV ni, a fortiori, par le financement d'investissements de tels établissements.** La circonstance que l'essentiel des ressources de ces établissements proviennent de l'assurance maladie (de la même façon que celles des entreprises proviennent de leurs clients ou de leurs banquiers) ne modifie en rien leur **nature distincte de la sécurité sociale** ; il s'agit généralement d'établissements publics propriété de l'État, voire d'établissements privés assurant des missions de service public. **Le Conseil d'État l'a d'ailleurs souligné de façon particulièrement claire** dans son avis sur la proposition de loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale² en cours d'examen par le Parlement, dans les termes suivants : « *le Conseil d'État considère que les établissements de santé et les établissements médico-sociaux, qui sont dotés de la personnalité juridique et soumis à des régimes juridiques variés, sont financés par l'assurance maladie, mais restent néanmoins des entités distinctes et autonomes des systèmes de protection sociale. Il en déduit que les mesures relatives à la dette de ces établissements sont étrangères aux matières confiées aux LFSS par la Constitution et que le législateur organique ne peut, dès lors, prévoir que de telles dispositions puissent relever du domaine facultatif partagé* ».

L'interdiction de mêler à la dette sociale des charges de natures diverses au sein de la Cades ne peut qu'être **renforcée par le fait que cette caisse ne sera très probablement pas en mesure d'amortir les déficits cumulés des ROBSS et du FSV avant l'échéance de valeur organique du 31 décembre 2033** (cf. observations de la présente saisine sur l'article 23).

Il revient donc au Conseil constitutionnel de **censurer à ce titre l'article 5 de la loi déferée, de même que l'article 50 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2021 ainsi que le C du II septies de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 précitée**, en application de sa **jurisprudence dite « néo-calédonienne »** à ces dispositions que l'article 5 modifie ou dont il affecte le domaine, qui n'avaient pas été soumises à son examen avant leur

² Conseil d'État, assemblée générale, avis n° 402932 sur la proposition de loi organique de l'Assemblée nationale n° 4111 (XV^e législature), 1^{er} juillet 2021 (cf. point 22).

promulgation et avec lesquelles l'article 5 forme un **bloc inséparable** à l'origine du problème constitutionnel ici décrit³.

À titre subsidiaire, s'agissant du périmètre des lois de financement de la sécurité sociale, cet article 5, relatif aux caractéristiques que doivent présenter des projets afin de bénéficier de financements de la Cades et au calendrier pour présenter lesdits projets, n'a aucun impact sur les comptes de la sécurité sociale.

Plus généralement, l'ensemble du système de financement des hôpitaux par cette caisse est étranger au domaine des lois de financement.

En effet, comme cela a été exposé *supra*, le fait que la **Caisse nationale d'assurance maladie serve de courroie de transmission entre la Cades et les établissements de santé**, sans doute pour essayer de créer un lien artificiel avec le domaine des LFSS, **ne change ni l'identité des structures qui doivent financer des charges (les établissements de santé) ni celle du financeur (la Cades)**.

En l'espèce, **pour illustrer l'impact nul pour la branche maladie des dispositions de l'article 5**, il est particulièrement significatif **que l'annexe au projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2022 produite en application des 4° et 9° du III de l'article L.O. 111-4 du code de la sécurité sociale⁴ ne mentionne ces flux ni en recettes ni en dépenses pour la branche maladie, et qu'il n'en soit fait nulle mention dans le tableau d'équilibre financier pour l'année 2022 (cf. page 33 de l'annexe 4 du PLFSS pour 2022)⁵.**

Il est tout aussi significatif **que la proposition de loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale précitée propose une extension du domaine facultatif de ces lois à la dette des établissements de santé et des établissements médico-sociaux**, ce qui souligne clairement en creux que tel n'est pas le cas dans le cadre organique actuel. De plus, comme rappelé ci-dessus, dans son avis sur cette proposition de loi, **le Conseil d'État a considéré qu'il ne serait même pas loisible au législateur organique de prévoir une telle extension du périmètre des lois de financement**, étant donné que « *les mesures relatives à la dette de ces établissements sont étrangères aux matières confiées aux LFSS par la Constitution* ».

³ Par coordination, il conviendra également, au D du même II septies, de remplacer la référence « , B et C » par les mots « et B » et de supprimer les mots « les dotations mentionnées au C, dans la limite de 5 milliards d'euros par an, et enfin ».

⁴ Cette annexe doit pourtant détailler, « par catégorie et par branche, **la liste et l'évaluation des recettes de l'ensemble des régimes obligatoires de base** et, de manière spécifique, du régime général, du régime des salariés agricoles, du régime des non-salariés agricoles et des régimes des non-salariés non agricoles, ainsi que de chaque organisme concourant au financement de ces régimes, à l'amortissement de leur dette, à la mise en réserve de recettes à leur profit ou gérant des dépenses relevant de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie de l'ensemble de ces régimes ». Elle doit également « (...) **détailler l'effet des mesures du projet de loi de financement ainsi que des mesures réglementaires ou conventionnelles prises en compte par ce projet sur les comptes des régimes de base** et de manière spécifique sur ceux du régime général, ainsi que sur l'objectif national de dépenses d'assurance maladie, au titre de l'année à venir et, le cas échéant, des années ultérieures ».

⁵ L'annexe 4 du PLFSS pour 2021 était tout aussi muette, cf. notamment le tableau d'équilibre en page 35.

Le Conseil constitutionnel constatera donc que **l'inclusion de cet article 5 dans la deuxième partie de la loi déferée méconnaît les dispositions du A du V de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale.**

Loin d'être concurrent, **ce second moyen ne fait que renforcer le premier puisqu'il amènera le Conseil constitutionnel à considérer qu'une partie de la dette portée par la Cades ne peut être traitée qu'en dehors d'une loi de financement de la sécurité sociale** alors même que le troisième alinéa de l'article 4 *bis* de l'ordonnance n° 96-50 précitée **réserve à ces lois la charge d'assurer, chaque année, le respect de la règle définie au premier alinéa de ce même article**⁶. Ce paradoxe illustre bien le dévoiement de la vocation de la Cades que constitue à la base le financement de charges diverses des établissements de santé par cette caisse et la nécessité de faire droit au moyen principal pour l'ensemble du système formé par l'article 5 de la loi déferée, l'article 50 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2021 ainsi que le C du II *septies* de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996.

Article 23

L'article 23 méconnaît l'article 4 *bis* de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 relative au remboursement de la dette sociale.

En effet, aux termes du troisième alinéa de cet article 4 *bis*, « *la loi de financement de la sécurité sociale assure, chaque année, le respect de la règle définie au (...) premier alinéa* », c'est-à-dire de la règle selon laquelle « *tout nouveau transfert de dette à la Caisse d'amortissement de la dette sociale est accompagné d'une augmentation de ses recettes permettant de ne pas accroître la durée d'amortissement de la dette sociale au-delà du 31 décembre 2033* ». Le Conseil constitutionnel a affirmé à plusieurs reprises sa compétence pour vérifier que ce terme ne soit pas dépassé⁷.

Or la trajectoire financière quadriennale décrite par l'annexe B de la loi déferée, que son article 23 approuve en application du 1° du C du I de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale, est manifestement incompatible avec un amortissement de la dette sociale d'ici au 31 décembre 2033⁸.

Ainsi, ce document prévoit, pour les années 2020 à 2025, **des déficits cumulés des régimes obligatoires de base de sécurité sociale et du Fonds de solidarité vieillesse s'élevant à 135,6 milliards d'euros, soit 43,6 milliards d'euros de plus que le plafond des autorisations de transfert à la Cades** au titre des exercices 2020 et suivants accordé par la loi du 7 août 2020 relative à la dette sociale et à l'autonomie.

⁶ Selon cette règle, « Tout nouveau transfert de dette à la Caisse d'amortissement de la dette sociale est accompagné d'une augmentation de ses recettes permettant de ne pas accroître la durée d'amortissement de la dette sociale au-delà du 31 décembre 2033. »

⁷ En dernier lieu, décision n° 2020-804 DC du 7 août 2020 (paragraphe 3).

⁸ Cette annexe, conformément au I de l'article L.O. 111-4 du même code, décrit « les prévisions de recettes et les objectifs de dépenses par branche des régimes obligatoires de base et du régime général, les prévisions de recettes et de dépenses des organismes concourant au financement de ces régimes ainsi que l'objectif national de dépenses d'assurance maladie pour les quatre années à venir. »

Au demeurant, en l'absence de toute stratégie de retour à l'équilibre des comptes sociaux dans la partie « descriptive » de l'annexe B pour les quatre années à venir, **la trajectoire financière présentée ne va pas retrouver le chemin de l'équilibre de façon spontanée à compter de 2026**. De nouveaux déficits, d'un niveau à peine inférieur à celui des amortissements réalisés par la Cades à partir des recettes qui lui sont affectées (et dont l'annexe B ne prévoit aucune modification), continueront donc de s'accumuler pendant des années.

Il est donc clair qu'un tel niveau de déficits ne permettra pas de respecter l'échéance du 31 décembre 2033 fixée par le législateur organique pour le remboursement de la dette sociale.

En premier lieu, parce qu'**on ne saurait prétendre que les déficits excédant le plafond de transferts défini en 2020 ne devraient pas être transférés à la Cades et que seule la dette transférée devrait être amortie d'ici à fin 2033**. Outre le caractère déraisonnable, voire intenable, d'un procédé consistant à gérer de manière durable des dizaines de milliards d'euros de dette sociale au moyen d'emprunts à court terme localisés à l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale (Acoss), **le Conseil constitutionnel a constamment interprété l'article 4 bis de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996 comme fixant le terme d'amortissement de la « dette sociale »**⁹ dans son ensemble, montrant ainsi qu'il n'entend pas prêter le flanc à de tels artifices. De fait, valider un tel raisonnement permettrait de prétendre respecter le terme d'amortissement de la dette sociale tout en conservant un niveau de dette sociale potentiellement considérable, dont on aurait simplement changé le porteur.

En second lieu, parce qu'il ne peut pas davantage être soutenu que l'annexe B se contente de présenter des chiffres établis sur une base conventionnelle puisqu'elle doit **prendre en compte « les perspectives d'évolution des dépenses et les mesures nouvelles envisagées »**¹⁰. La trajectoire présentée par cette annexe doit donc bien **traduire les conséquences financières pour les quatre années à venir des choix du Gouvernement et du législateur social**, ce qui est d'ailleurs l'essence même et le principal intérêt d'un tel document à vision quadriennale.

En troisième lieu, parce qu'il ne saurait être admis que la trajectoire financière quadriennale présentée au Parlement dans l'annexe B ne serait soumise aux règles organiques en raison de son caractère non normatif. D'une part, le caractère obligatoire de l'approbation de ce document par le Parlement en fait une partie substantielle des lois de financement de la sécurité sociale. D'autre part, la création de ce rapport et de l'article d'approbation par la loi organique de 2005 visait à donner au Parlement une vision pluriannuelle sincère et réaliste de l'équilibre financier de la sécurité sociale¹¹ (cet article figure d'ailleurs toujours dans la troisième partie au sein du titre « Conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale »). Dans ces conditions, l'annexe B doit bien être soumise aux dispositions organiques

⁹ *Décision n° 2010-616 DC du 10 novembre 2010 (considérant 4) et décision n° 2020-804 DC du 7 août 2020 (paragraphe 2).*

¹⁰ *Cf. I de l'article L.O. 111-4 du code de la sécurité sociale.*

¹¹ *Cf. exposé des motifs du projet de loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale (texte Sénat n° 208 (2004-2005)). Cet exposé des motifs précisait même que « les prévisions de recettes et les objectifs de dépenses fixés chaque année [devraient] être conformes à ce cadastre quadriennal ».*

qui encadrent la détermination de l'équilibre financier de la sécurité sociale, notamment à l'article 4 bis de l'ordonnance n° 96-50 précitée, sauf à vider l'exercice de tout sens – d'autant que cette absence de normativité concerne l'ensemble des articles relatifs à l'équilibre financier.

En constatant que l'article 23 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2022 méconnaît l'article 4 *bis* de l'ordonnance n° 96-50 du 24 janvier 1996, **le Conseil constitutionnel devra déterminer les conséquences qu'il en tire pour l'ensemble de la loi déferée, dont l'article 23 constitue un élément obligatoire** aux termes du 1° du C du I de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale.

2. Sur les cavaliers sociaux :

Le texte transmis au Sénat comportait un grand nombre d'articles dépourvus de lien avec les dépenses des régimes obligatoires de base, ce qui nuit à la fois à la lisibilité du débat parlementaire compte-tenu des délais constitutionnels qui enserrent l'examen du projet de loi de financement de la sécurité sociale et des contraintes qui s'appliquent au droit d'amendement des sénateurs auxquels sont appliquées les irrecevabilités de l'article LO 111-3 du code de la sécurité sociale.

Les II et III de l'article 16 ter visent à modifier les conditions de l'évaluation éthique des recherches impliquant la personne humaine et instituent un cadre juridique spécifique pour les comités d'éthique locaux de la recherche afin de leur confier l'examen des recherches non-interventionnelles.

L'article 28 est relatif au contrôle de l'autorité judiciaire sur des mesures privatives de liberté. Il vise à rendre automatique le contrôle par le juge des libertés et de la détention sur le maintien des mesures prises par un psychiatre d'isolement et de contention au-delà d'une certaine durée.

L'article 30 bis vise à autoriser la mise en place par l'État, à titre expérimental, d'une carte professionnelle pour les intervenants de l'aide à domicile.

L'article 41 bis vise à renforcer l'encadrement des activités des centres de santé ayant une activité dentaire ou ophtalmologique par l'institution de chirurgien-dentiste référent « qualité et sécurité », la création d'un circuit de contrôle des qualifications, l'établissement d'une procédure d'agrément par les agences régionales de santé et l'attribution à ces agences du pouvoir de refuser l'ouverture d'un nouveau centre lorsque le gestionnaire a déjà fait l'objet d'une sanction administrative.

L'article 41 septies vise à expérimenter la mise à disposition de l'accès gratuit au guide du bon usage des examens d'imagerie médicale, actuellement disponible gratuitement sur le site de la société française de radiologie, au sein de l'espace numérique des médecins généralistes. Ces dispositions se bornent à prévoir certains moyens d'information des professionnels de santé. (*cf* décision n° 2019-795 DC du 20 décembre 2019, LFSS pour 2020)

L'article 44 bis vise à instaurer un entretien postnatal précoce obligatoire afin de repérer les premiers signes de la dépression du postpartum, l'article L. 2122-1 du code de la santé publique prévoyant d'ores et déjà la surveillance médicale de la grossesse et des suites de l'accouchement.

L'article 44 ter vise à prévoir que la caisse nationale d'assurance maladie met en œuvre des campagnes d'information afin de promouvoir, de communiquer et d'informer sur les compétences des sages-femmes.

L'article 45 bis vise à prévoir que les organismes d'assurance maladie mettent à la disposition des professionnels de santé, des établissements de santé et des centres de santé des services numériques pour l'application du tiers payant intégral.

L'article 46 bis vise à conférer à l'agence nationale de santé publique la possibilité de céder des biens à titre gratuit. (cf Décision n° 2008-571 du 11 décembre 2008, LFSS 2009)

L'article 46 ter vise à compléter les missions de la caisse nationale d'assurance maladie afin de lui permettre de partager les données dont elle dispose avec les professionnels de santé et les patients. (cf Décision n° 2006-544 du 14 décembre 2006, LFSS 2007)

Les I à III de l'article 50 *bis* visent à prévoir que les plateformes des secteurs mentionnés à l'article L. 7342-8 du code du travail peuvent proposer à leurs travailleurs des prestations de protection sociale complémentaire. (cf Décision n° 2015-723 du 17 décembre 2015, LFSS 2016)

Ont trait à la répartition des compétences entre les professionnels de santé (cf Décision n° 2016-742 du 22 décembre 2016, LFSS 2017) :

l'article 40 est relatif à l'amélioration de la filière visuelle ;

l'article 41 quinquies prévoit une expérimentation de l'accès direct aux masseurs-kinésithérapeutes ;

l'article 41 sexies prévoit une expérimentation de l'accès direct aux orthophonistes ;

l'article 41 octies prévoit une expérimentation de la primo-prescription par les infirmiers de pratiques avancée pour des prescriptions médicales obligatoires.

Ces dispositions n'ont pas d'effet ou ont un effet trop indirect sur les dépenses des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement. Elles ne relèvent pas non plus des autres catégories mentionnées au paragraphe V de l'article L.O. 111-3 du code de la sécurité sociale. Dès lors, elles ne trouvent pas leur place dans une loi de financement de la sécurité sociale et il y a lieu de constater que, adoptées selon une procédure contraire à la Constitution, elles lui sont donc contraires.

3. Sur les dispositions introduites en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale :

À l'article 25, le Gouvernement a introduit un article L. 161-36 au code de la sécurité sociale prévoyant un principe de dématérialisation des transmissions pour l'ensemble des soins, produits et prestations facturés par les établissements de santé.

À l'article 46, il a sollicité l'extension de l'habilitation demandée au code du travail.

Les amendements dont sont issues les dispositions précitées ont été introduits en nouvelle lecture à l'Assemblée nationale. Ces adjonctions n'étaient pas, à ce stade de la procédure, en relation directe avec une disposition restant en discussion. Elles n'étaient pas non plus destinées à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle. Adoptées selon une procédure contraire à la Constitution, elles lui sont donc contraires.

Pour l'ensemble de ces motifs, les Sénateurs requérants estiment que les articles visés doivent être déclarés contraires à la Constitution.

Les Sénateurs soussignés complèteront, le cas échéant, cette demande dans des délais raisonnables.