



Commentaire

Décision n° 2023-860 DC du 21 décembre 2023

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2024

La loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2024 avait été définitivement adoptée le 4 décembre 2023.

Le Conseil constitutionnel en avait été saisi par deux recours. Le premier, enregistré le 4 décembre 2023, émanait de plus de soixante députés des groupes « *La France insoumise – NUPES* », « *Écologiste – NUPES* », « *Gauche démocrate et républicaine – NUPES* » et « *Socialistes et apparentés* », qui contestaient, outre la sincérité des articles 2 et 105 de la loi déférée, la conformité à la Constitution de ses articles 2 et 105 ainsi que de certaines dispositions de ses articles 16, 63, 65, 69 et 72.

Le second recours, enregistré le 5 décembre 2023, émanait de plus de soixante députés du groupe « *Les Républicains* », qui contestaient, outre la sincérité de l'ensemble de la loi déférée et de ses articles 2 et 105, la procédure d'adoption de la loi ainsi que la conformité à la Constitution de ses articles 2, 105 et de certaines dispositions de son article 34.

Dans sa décision n° 2023-860 DC du 21 décembre 2023, le Conseil constitutionnel a déclaré conformes à la Constitution l'article 2 de la loi déférée, les mots « *dans la limite d'un montant fixé par arrêté des ministres chargés du travail, de la sécurité sociale et du budget* » figurant au 7° bis de l'article L. 225-1-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction résultant de l'article 16 de la loi déférée, le paragraphe I de son article 34, le troisième alinéa de l'article L. 6316-1 du code de la santé publique, dans sa rédaction résultant de l'article 65 de la loi déférée, ainsi que son article 105. Il a également jugé conforme à la Constitution, sous une réserve, le deuxième alinéa de l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction résultant de l'article 69 de la loi déférée.

Il a en revanche déclaré contraires à la Constitution les articles 11, 12, 14, 22 et 62 de la loi déférée, le a du 3° du paragraphe I de son article 63, son article 68, le quatrième alinéa du 2° de son article 72 ainsi que ses articles 75, 84 et 102.

Parmi ces articles censurés, huit l'ont été au motif que les dispositions qu'ils prévoient étaient étrangères au domaine des lois de financement de la sécurité

sociale et qu'ils avaient, de ce fait, été adoptés selon une procédure contraire à la Constitution.

Le présent commentaire porte uniquement sur l'examen des dispositions des articles 63, 69 et 72 de la loi déferée.

I. – Le renforcement du contrôle des arrêts de travail (article 63)

A. – Présentation des dispositions contestées

* L'article L. 321-1 du code de la sécurité sociale (CSS) prévoit que l'assurance maladie assure le versement d'indemnités journalières à l'assuré qui se trouve dans l'incapacité physique, constatée par un médecin¹, de continuer ou de reprendre le travail. Conformément à l'article L. 1226-1 du code du travail, tout salarié ayant une année d'ancienneté dans l'entreprise bénéficie en outre du versement d'une indemnité complémentaire due par l'employeur, qui peut, s'il y a lieu, faire pratiquer une contre-visite par un médecin de son choix.

Ce dispositif de contre-visite médicale constitue l'un des leviers d'action pour lutter contre le recours aux arrêts de travail injustifiés².

En effet, en application des trois derniers alinéas du paragraphe II de l'article L. 315-1 du CSS, le médecin diligenté par l'employeur qui conclut à l'absence de justification d'un arrêt de travail ou fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré doit transmettre son rapport au service du contrôle médical de la caisse concernée, dans un délai maximal de quarante-huit heures. Le rapport précise s'il a ou non été procédé à un examen médical de l'assuré.

Au vu de ce rapport, le service du contrôle médical :

– soit demande à la caisse d'assurance maladie de suspendre le versement des indemnités journalières. Dans un délai de dix jours à compter de la réception de l'information de suspension des indemnités journalières, l'assuré peut demander à son organisme de prise en charge de saisir le service du contrôle médical pour examiner sa situation. Celui-ci doit alors se prononcer dans un délai de quatre jours ;

– soit procède à un nouvel examen de la situation de l'assuré. Ce nouvel examen est de droit si le rapport a fait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré.

¹ Ou constatée par la sage-femme, dans la limite de sa compétence professionnelle.

² Ce levier d'action vise les assurés sociaux. L'autre levier d'action repose sur le contrôle des prescripteurs.

* L'article 63 de la loi déferée prévoyait notamment de simplifier la procédure de contre-visite en vue de « *renforcer les capacités de contrôle des caisses primaires d'assurance maladie et des employeurs, et d'accentuer les sanctions en cas d'arrêt de travail indu* »³.

À cette fin, le a du 3^o de son paragraphe I remplaçait les trois derniers alinéas du paragraphe II de l'article L. 315-1 du CSS par cinq nouveaux alinéas.

Le troisième alinéa du paragraphe II de l'article L. 315-1, dans cette nouvelle rédaction, prévoyait que le médecin mandaté par l'employeur devait désormais remettre son rapport au service du contrôle médical de la caisse d'assurance maladie dans un délai de soixante-douze heures, contre quarante-huit heures auparavant.

Selon le quatrième alinéa du même paragraphe, si ce rapport concluait à l'absence de justification de l'arrêt de travail ou de sa durée, le médecin devait également en informer, dans le même délai, l'organisme local d'assurance maladie « *qui suspend le versement des indemnités journalières* ». Ainsi, la décision de suspendre le versement des indemnités journalières était automatiquement prise par l'organisme compétent au vu du rapport du médecin diligenté par l'employeur, et non plus après avis du service du contrôle médical.

Ce même alinéa précisait que la suspension des indemnités journalières prenait effet à compter de la date à laquelle l'assuré avait été informé de la décision. Toutefois, dans le cas où le médecin diligenté par l'employeur aurait estimé que l'arrêt de travail était justifié pour une durée inférieure à celle fixée par le médecin prescripteur, la suspension prenait effet à l'échéance de la durée retenue par le médecin diligenté par l'employeur.

Deux modifications substantielles étaient ainsi apportées au dispositif de contre-visite existant : d'une part, le nouveau délai de soixante-douze heures devait permettre au médecin diligenté par l'employeur de rendre son rapport en temps utile⁴ ; d'autre part, la suspension automatique des indemnités journalières dès réception de son rapport, sans l'intervention préalable du service du contrôle médical, était destinée à simplifier cette procédure de contrôle.

³ Exposé des motifs du projet de loi de loi de financement de la sécurité sociale pour 2024.

⁴ Les rapporteurs du texte à l'Assemblée nationale avaient en effet souligné qu'« *un grand nombre de procédures ne parviennent pas à aboutir lorsque ces conditions, et en particulier les différents délais, ne sont pas respectées. Selon l'étude d'impact du projet de loi précitée, en 2019, sur 2 300 dossiers reçus par le service médical, 1 500 n'avaient pas fait l'objet d'un examen du patient et environ 370 n'avaient pas été transmis dans le délai de 48 heures* (rapport n° 1785 de Mme Stéphanie Rist et autres, fait au nom de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, tome II, déposé le 20 octobre 2023).

Le service du contrôle médical conservait néanmoins certaines prérogatives.

En particulier, en vertu du cinquième alinéa du paragraphe II de l'article L. 315-1 du CSS, ce service avait la faculté, au vu du rapport, de s'autosaisir d'un dossier et de procéder à un nouvel examen de la situation de l'assuré. Dans ce cas, il n'était pas fait application de la suspension du versement des indemnités journalières jusqu'à ce que le service du contrôle médical ait statué.

Sur proposition du Gouvernement⁵, ce même alinéa prévoyait que le service du contrôle médical devait systématiquement effectuer un nouvel examen de la situation de l'assuré si l'arrêt de travail prescrit était en lien avec une affection de longue durée⁶.

Par ailleurs, le sixième alinéa du même paragraphe prévoyait que l'assuré pouvait demander à son organisme de prise en charge de saisir le service du contrôle médical de la caisse concernée pour qu'il procède à un nouvel examen de sa situation. Le délai dans lequel la demande devait être formulée ainsi que celui dans lequel le nouvel examen de la situation de l'assuré devait intervenir était fixé par décret en Conseil d'État.

Enfin, selon le dernier alinéa du paragraphe II de l'article L. 315-1 du CSS, lorsque le rapport du médecin diligenté par l'employeur faisait état de l'impossibilité de procéder à l'examen de l'assuré, le service du contrôle médical ne pouvait demander la suspension du versement des indemnités journalières « *qu'après un nouvel examen de la situation de l'assuré* ».

B. – Analyse de constitutionnalité

Les députés auteurs de la première saisine soutenaient que ces dispositions, qui supprimaient l'intervention systématique du service du contrôle médical de la caisse d'assurance maladie à la suite du contrôle effectué par un médecin à la demande de l'employeur, permettaient à ce médecin de remettre en cause la justification d'un arrêt de travail prescrit par le médecin de l'assuré, sans avoir à procéder à l'examen médical de ce dernier, et de le priver ainsi du versement d'indemnités journalières. Il en résultait, selon eux, une méconnaissance des exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ainsi que du « *droit à ouverture aux prestations sociales* ».

⁵ Amendement n° 1384 du Gouvernement, déposé en séance publique au Sénat le 15 novembre 2023.

⁶ Ces dispositions renvoient aux affections mentionnées aux 3° et 4° de l'article L. 160-14 et à l'article L. 324-1 du CSS.

1. – La jurisprudence constitutionnelle

* Aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Sur ce fondement, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur de principe constitutionnel à la protection de la santé publique dès la décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, rendue sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme⁷.

Depuis lors, il a mobilisé à de nombreuses reprises cette exigence constitutionnelle sous la forme d'un objectif de valeur constitutionnelle permettant de justifier certaines atteintes portées à d'autres principes constitutionnels, par exemple en matière d'accouchement sous X⁸, de lutte contre l'alcoolisme⁹ ou pour le contrôle des mesures restrictives prises dans le contexte de l'état d'urgence sanitaire ou des régimes de gestion de la crise liée à la covid-19¹⁰.

Lorsque l'exigence de protection de la santé publique ne vise pas à justifier l'atteinte portée à une autre exigence constitutionnelle, mais que les requérants dénoncent directement sa méconnaissance, le Conseil constitutionnel accepte d'en connaître, en qualifiant alors cette exigence de droit à la protection de la santé et non d'objectif de valeur constitutionnelle¹¹.

* Dans ce cadre, le Conseil constitutionnel a plus particulièrement été amené à se prononcer sur des questions relatives à l'assurance maladie ou à l'assurance des accidents du travail.

- Ainsi, dans sa décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, le Conseil a été saisi de dispositions du code de la sécurité sociale prévoyant, d'une part, une majoration de la participation de l'assuré aux tarifs de certaines prestations en cas de non-désignation d'un médecin traitant ou de consultation d'un autre médecin

⁷ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 8 et 11.

⁸ Décision n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012, *M. Mathieu E. (Accès aux origines personnelles)*, cons. 6.

⁹ Décision n° 2015-493 QPC du 16 octobre 2015, *M. Abdullah N. (Peine complémentaire obligatoire de fermeture de débit de boissons)*, cons. 12.

¹⁰ Voir en dernier lieu la décision n° 2022-835 DC du 21 janvier 2022, *Loi renforçant les outils de gestion de la crise sanitaire et modifiant le code de la santé publique*, paragr. 7.

¹¹ Décision n° 2018-768 QPC du 21 mars 2019, *M. Adama S. (Examens radiologiques osseux aux fins de détermination de l'âge)*, paragr. 14 à 16.

sans prescription du médecin traitant et, d'autre part, des dépassements d'honoraires lorsqu'un assuré a fait le choix de consulter directement un spécialiste. Il a jugé que « *le montant de la majoration de la participation de l'assuré devra être fixé à un niveau tel que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; qu'en outre, l'éventuel dépassement d'honoraires prévu au 18° de l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue de l'article 8 de la loi déferée devra respecter les prescriptions de l'article L. 162-2-1 du même code qui imposent aux médecins d'observer, dans leurs actes et prescriptions, "la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins" »*¹². C'est sous ces deux réserves qu'il a décidé que les dispositions contestées ne méconnaissent pas le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946.

- Dans sa décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, le Conseil a jugé que, « *en instaurant un régime d'assurance sociale des accidents du travail et des maladies professionnelles, la loi du 30 octobre 1946 susvisée a mis en œuvre les exigences énoncées par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 »*¹³. Saisi de dispositions conférant un droit à indemnisation du dommage résultant d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle à la victime ou à ses ayants droit et, en cas de litige, un droit de recours devant les juridictions de la sécurité sociale sans supprimer leur droit d'action contre l'employeur en cas de faute inexcusable ou intentionnelle, il a relevé que, « *pour concilier le droit des victimes d'actes fautifs d'obtenir la réparation de leur préjudice avec la mise en œuvre des exigences résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946, il était loisible au législateur d'instaurer par les articles L. 451-1 et suivants du code de la sécurité sociale un régime spécifique de réparation se substituant partiellement à la responsabilité de l'employeur »*¹⁴.

- Dans sa décision n° 2015-460 QPC du 26 mars 2015, le Conseil constitutionnel a notamment été saisi de dispositions relatives à la cotisation due par les personnes affiliées au régime général d'assurance maladie du fait de leur résidence en France et qui ne sont affiliées à aucun autre titre à un régime obligatoire de base d'assurance maladie. Pour écarter le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi et les charges publiques, il a jugé que « *la différence de traitement entre les personnes affiliées à la branche maladie du régime général de sécurité sociale selon qu'elles le sont au titre de leur activité professionnelle ou au titre de leur résidence en France est inhérente aux modalités selon lesquelles s'est progressivement développée l'assurance maladie en France ainsi qu'à la diversité corrélative des régimes que les dispositions contestées ne*

¹² Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 13.

¹³ Décision n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, *Époux L. (Faute inexcusable de l'employeur)*, cons. 11.

¹⁴ Décision n° 2010-8 QPC précitée, cons. 14.

remettent pas en cause ». Il a toutefois formulé une réserve en énonçant qu'« *il appartient au pouvoir réglementaire de fixer le montant du plafond de ressources prévu par le premier alinéa de l'article L. 380-2 [en dessous duquel les affiliés sont exonérés du paiement de la cotisation] ainsi que les modalités de sa révision annuelle de façon à respecter les exigences des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946* »¹⁵.

- Dans sa décision n° 2018-776 DC du 21 décembre 2018, le Conseil a contrôlé la conformité aux dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 de dispositions permettant d'opérer des retenues sur certaines prestations sociales dont les intéressés bénéficient, aux fins de récupération des sommes indûment versées au titre d'autres prestations. À cette occasion, il a jugé que : « *Ces dispositions ont pour objet de permettre la récupération de sommes indûment versées. Celle-ci ne peut être opérée que si l'assuré ne conteste pas le caractère indu des sommes et n'opte pas pour le remboursement en un ou plusieurs versements dans un délai fixé par décret, qui ne peut excéder douze mois. Par ailleurs, d'une part, en application de l'article L. 133-4-1 du code de la sécurité sociale, s'agissant des prestations d'assurance maladie, d'accidents du travail et de maladies professionnelles, la récupération de l'indu se fait en fonction de la situation sociale du ménage. D'autre part, s'agissant des pensions de retraite, en application de l'article L. 355-3 du même code, "aucun remboursement de trop-perçu des prestations de retraite ou d'invalidité n'est réclamé à un assujetti de bonne foi lorsque les ressources du bénéficiaire sont inférieures au chiffre limite fixé pour l'attribution, selon le cas, à une personne seule ou à un ménage, de l'allocation aux vieux travailleurs salariés". Il en résulte que les dispositions contestées ne méconnaissent pas les dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946* »¹⁶.

- Enfin, dans sa décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2023, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions prévoyant que, lorsqu'un arrêt de travail avait été prescrit dans le cadre d'une téléconsultation, l'assuré ne bénéficiait pas du versement d'indemnités journalières si son incapacité physique n'avait pas été constatée par son médecin traitant ou un médecin l'ayant déjà reçu en consultation depuis moins d'un an. Après avoir retenu que le législateur avait ainsi entendu poursuivre l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude en matière de protection sociale, le Conseil a toutefois constaté que « *les dispositions contestées peuvent avoir pour effet de priver l'assuré social ayant eu recours à la*

¹⁵ Décision n° 2015-460 QPC du 26 mars 2015, *Comité de défense des travailleurs frontaliers du Haut-Rhin et autre (Affiliation des résidents français travaillant en Suisse au régime général d'assurance maladie - assiette des cotisations)*, cons. 14 et 15.

¹⁶ Décision n° 2018-776 DC du 21 décembre 2018, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2019*, paragr. 53 à 59.

téléconsultation du versement des indemnités journalières alors même qu'un médecin a constaté son incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail ». Or, le Conseil a relevé, d'une part, que « la seule circonstance que cette incapacité a été constatée à l'occasion d'une téléconsultation par un médecin autre que le médecin traitant de l'assuré ou qu'un médecin l'ayant reçu en consultation depuis moins d'un an ne permet pas d'établir que l'arrêt de travail aurait été indûment prescrit ». D'autre part, il a constaté que « la règle du non-versement de ces indemnités s'applique quand bien même l'assuré, tenu de transmettre à la caisse primaire d'assurance maladie un avis d'arrêt de travail dans un délai déterminé, se trouverait dans l'impossibilité d'obtenir dans ce délai une téléconsultation avec son médecin traitant ou un médecin l'ayant déjà reçu en consultation depuis moins d'un an ». Le Conseil en a déduit que les dispositions contestées méconnaissent les exigences constitutionnelles résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946¹⁷.

** Si le Conseil constitutionnel a rappelé, à plusieurs reprises, que les exigences constitutionnelles résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées », il juge néanmoins qu'il est à tout moment loisible au législateur « d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles ». Toutefois, « l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »¹⁸.*

Le Conseil a déjà été amené à prendre en compte des objectifs tels que l'équilibre financier de la sécurité sociale ou la lutte contre la fraude en matière sociale dans le cadre de la conciliation que le législateur peut être conduit à opérer avec le droit à la protection sociale ou avec d'autres exigences, telles que le droit au respect de la vie privée.

- Ainsi, dans sa décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, le Conseil constitutionnel était saisi d'un grief tiré de la méconnaissance du droit au respect de la vie privée dirigé contre les dispositions à l'origine de l'article L. 162-4-1 du code de la sécurité sociale, auxquelles il était reproché de porter une atteinte excessive au secret médical en imposant notamment aux médecins prescripteurs d'un arrêt de travail donnant lieu à l'octroi d'indemnités journalières par

¹⁷ Décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2023*, paragr. 71 à 75.

¹⁸ Décisions n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 101, et n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, *M. Zeljko S. (Attribution du revenu de solidarité active aux étrangers)*, cons. 4.

l'assurance maladie de mentionner, sur les documents produits à cet effet, « *les éléments d'ordre médical justifiant l'interruption de travail* ».

Après avoir affirmé que le droit au respect de la vie privée « *requiert que soit observée une particulière vigilance dans la transmission des informations nominatives à caractère médical entre les médecins prescripteurs et les organismes de sécurité sociale* », le Conseil a commencé par préciser « *qu'il appartient toutefois au législateur de concilier le droit au respect de la vie privée et l'exigence de valeur constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la sécurité sociale* ». Puis, il a relevé « *qu'il ressort des termes mêmes de la disposition critiquée que les informations d'ordre médical en cause sont destinées au seul "service du contrôle médical" ; que les médecins-conseils composant ce service sont, en vertu de l'article 104 du code de déontologie médicale, astreints au secret sur les renseignements médicaux directement ou indirectement nominatifs qui leur sont transmis, y compris envers l'organisme qui fait appel à leurs services ; que devront toutefois être mises en place des modalités d'acheminement de ces documents aux médecins-conseils de nature à assurer la stricte confidentialité de la transmission des informations qu'ils contiennent ; qu'eu égard à sa finalité, qui est de remédier à l'augmentation excessive des dépenses en cause et à leur caractère éventuellement injustifié, la disposition critiquée ne porte pas au respect de la vie privée, sous la réserve ci-dessus énoncée, une atteinte de nature à méconnaître l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* »¹⁹.

- Le Conseil constitutionnel a par ailleurs conféré à la lutte contre la fraude en matière de protection sociale la valeur d'objectif de valeur constitutionnelle. Il incombe dès lors au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, cet objectif de valeur constitutionnelle et, d'autre part, l'exercice des droits et libertés constitutionnellement garantis.

Ainsi, dans sa décision n° 2019-789 QPC du 14 juin 2019, le Conseil était saisi de dispositions reconnaissant aux agents des organismes de sécurité sociale un droit de communication des données de connexion des assurés sociaux. Il a jugé que, « *compte tenu de leur nature et des traitements dont elles peuvent faire l'objet, les données de connexion fournissent sur les personnes en cause des informations nombreuses et précises, particulièrement attentatoires à leur vie privée. Par ailleurs, elles ne présentent pas de lien direct avec l'évaluation de la situation de l'intéressé au regard du droit à prestation ou de l'obligation de cotisation. Dans ces conditions, [en instaurant un tel droit de communication de données de connexion] le législateur n'a pas entouré la procédure prévue par les dispositions contestées de garanties propres à assurer une conciliation équilibrée*

¹⁹ Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, cons. 52 et 53.

entre le droit au respect de la vie privée et la lutte contre la fraude en matière de protection sociale »²⁰.

À l'inverse, dans sa décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019, le Conseil, saisi de dispositions soumettant la prise en charge des soins d'un étranger majeur en situation irrégulière à un délai d'ancienneté de bénéfice de l'aide médicale d'État, a relevé, en premier lieu, que « *ces dispositions visent à lutter contre les usages abusifs de l'aide médicale de l'État par des étrangers dont le séjour aurait pour seul objet le bénéfice de cette aide, en limitant la prise en charge de soins dont le coût peut être élevé et qui n'apparaissent pas immédiatement nécessaires pour les intéressés. En adoptant ces dispositions, le législateur a poursuivi les objectifs de valeur constitutionnelle de bon usage des deniers publics et de lutte contre la fraude en matière de protection sociale* ». Il a constaté, en second lieu, que « *le délai d'ancienneté du bénéfice de l'aide médicale de l'État prévu par ces dispositions ne peut excéder neuf mois et n'est susceptible de s'appliquer qu'à des frais relatifs à des prestations programmées et non urgentes dispensées aux personnes majeures. Par dérogation, la prise en charge peut être accordée après un accord du service du contrôle médical si le respect de ce délai peut avoir des conséquences vitales ou graves et durables sur l'état de santé de la personne. Cette faculté permet de tenir compte des situations particulières dans lesquelles une pathologie dont la prise en charge ne revêt pas, en principe, un caractère urgent justifie néanmoins une intervention médicale rapide. Il ne résulte pas des dispositions contestées des contraintes administratives excessives pour les bénéficiaires de l'aide médicale de l'État* ». Il en a déduit que « *le législateur, qui n'a pas méconnu sa compétence, a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas manifestement disproportionnée entre, d'une part, les exigences constitutionnelles de bon emploi des deniers publics et de lutte contre la fraude en matière de protection sociale et, d'autre part, le droit à la protection de la santé* »²¹.

2. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel a contrôlé les dispositions contestées sur le fondement du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, tout en rappelant qu'« *Il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, dès lors que, ce faisant, il ne prive pas de garantie légale des exigences constitutionnelles* » (paragr. 41).

²⁰ Décision n° 2019-789 QPC du 14 juin 2019, *Mme Hanen S. (Droit de communication des organismes de sécurité sociale)*, paragr. 15.

²¹ Décision n° 2019-796 DC du 27 décembre 2019, *Loi de finances pour 2020*, paragr. 126 à 128.

Après avoir décrit l'objet de ces dispositions (paragr. 42 à 44), il a relevé que, en les adoptant, le législateur avait souhaité prévenir les risques d'abus liés à la prescription d'arrêts de travail injustifiés et qu'il avait ainsi entendu poursuivre l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude en matière de protection sociale (paragr. 45).

Toutefois, il a constaté que « *les dispositions contestées ont pour effet de priver du versement des indemnités journalières l'assuré social alors même que son incapacité physique de continuer ou de reprendre le travail a été constatée par un médecin qui lui a prescrit un arrêt de travail pour une certaine durée* » (paragr. 46). En effet, avec ces dispositions, l'assuré dont l'état de santé avait pourtant justifié la prescription d'un arrêt de travail faisait l'objet d'une décision de suspension du versement des indemnités journalières dès lors que le médecin diligenté par l'employeur concluait, dans son rapport transmis à la caisse d'assurance maladie, à l'absence de justification de cet arrêt de travail ou de sa durée (alors que l'intervention systématique du service du contrôle médical était jusque-là prévue dans un tel cas).

Or, en premier lieu, le Conseil a relevé, d'une part, que « *si le service du contrôle médical est tenu de procéder à un nouvel examen de la situation de l'assuré lorsque l'arrêt de travail est en lien avec une affection de longue durée, dans tous les autres cas, en revanche, la réalisation d'un nouvel examen est laissée à l'appréciation de ce service au seul vu du rapport établi par le médecin diligenté par l'employeur. En l'absence d'un tel examen, la suspension du versement des indemnités journalières s'applique automatiquement* » (paragr. 47). D'autre part, il a constaté que « *si l'assuré a la possibilité de demander à son organisme de prise en charge de saisir le service du contrôle médical, qui est alors tenu de procéder à un nouvel examen de sa situation, cette saisine ne met pas fin à la suspension du versement des indemnités journalières* » (paragr. 48).

En second lieu, le Conseil a observé que « *l'examen de la situation de l'assuré auquel procède le service du contrôle médical, saisi d'office ou à la demande de l'assuré, peut se limiter à un examen administratif et n'implique pas nécessairement la réalisation d'un nouvel examen médical* ». Ainsi, la suspension du versement des indemnités journalières pouvait être maintenue sur le fondement du seul examen médical de l'assuré réalisé par le médecin diligenté par l'employeur ayant conclu à l'absence de justification de l'arrêt de travail prescrit par le médecin de l'assuré (paragr. 49).

Le Conseil constitutionnel en a déduit que le a du 3^o du paragraphe I de l'article 63 de la loi déferée méconnaissait les exigences constitutionnelles découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (paragr. 50). Il a donc déclaré ces dispositions contraires à la Constitution (paragr. 51).

Une telle censure s'inscrit dans le prolongement de celle prononcée dans la décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022 précitée.

II. – L'incitation au recours aux transports sanitaires partagés (article 69)

A. – Présentation des dispositions contestées

* En l'état du droit, en application de l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale, les frais de transport des patients, lorsqu'ils sont prescrits par un médecin, sont pris en charge par l'assurance maladie.

Afin de contenir la dépense que représente la prise en charge de ces frais, il est notamment prévu par le premier alinéa de cet article que la prescription médicale doit préciser *« le mode de transport le plus adapté à l'état du patient et si cet état est incompatible avec un transport partagé, compris comme véhiculant ensemble au moins deux patients »*.

Ainsi, en vertu des mêmes dispositions, *« les frais de transport sont pris en charge sur la base du trajet le moins onéreux, compte tenu des conditions de transport et du nombre de patients transportés »*.

L'article L. 322-5-1 du même code prévoit pour sa part notamment que l'assuré est dispensé de l'avance de ses frais pour la part garantie par les régimes obligatoires d'assurance maladie dès lors que le transport est réalisé par une entreprise de transports sanitaires conventionnée.

* Le Gouvernement ayant fait le constat qu'un frein important au développement des transports sanitaires partagés était lié au refus des patients d'y recourir, l'article 69 de la loi déferée a prévu une incitation financière en faveur de ce mode de transport.

À ce titre, le a du 2° de l'article 69 a inséré notamment un nouvel alinéa au sein de l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale prévoyant que *« Lorsqu'un patient refuse le transport partagé que lui propose une entreprise de transport sanitaire ou une entreprise de taxi conventionnée, alors que son état de santé n'est pas incompatible avec une telle solution de transport et que la proposition répond à des conditions de mise en œuvre du transport tenant en particulier aux caractéristiques du trajet et à l'organisation de la prise en charge sur le lieu de soins, ses frais de transport sont pris en charge après application au prix facturé d'un coefficient de minoration »*.

Son 3° a également prévu que la dispense d'avance des frais de transport ne s'applique pas lorsque le patient refuse un transport partagé²².

B. – Analyse de constitutionnalité

Les députés auteurs de la première saisine, qui contestaient seulement la constitutionnalité des dispositions modifiant l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale, faisaient valoir que ces dispositions dégradait la prise en charge des frais de transport sanitaire pour les patients dont l'état de santé n'est pas compatible avec un transport partagé. Ils reprochaient également à ces dispositions de ne pas désigner la personne compétente pour apprécier l'état de santé du patient et de ne pas prévoir une procédure contradictoire ou une information suffisante du patient lorsqu'un transport partagé lui est proposé. Il en résultait, selon eux une méconnaissance des exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et du « *droit à ouverture aux prestations sociales* », ainsi qu'une méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence.

1. – Jurisprudence constitutionnelle

* Dans le cadre du contrôle qu'il opère au regard des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a déjà été amené à se prononcer sur des questions relatives à l'assurance maladie.

Dans sa décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, il s'est notamment prononcé sur des dispositions du code de la sécurité sociale prévoyant une majoration de la participation de l'assuré, lorsque celui-ci ou ses ayants droits n'ont pas choisi de médecin traitant ou ont consulté un autre médecin, sans prescription de leur médecin traitant.

Le Conseil a tout d'abord écarté comme manquant en fait le grief tendant à reconnaître un droit au libre choix du médecin, après avoir relevé que ces dispositions ne faisaient pas obstacle au libre choix par l'assuré social de son médecin traitant, ni à la possibilité dont il dispose, sous réserve d'une majoration de sa participation, de consulter directement un autre médecin que son médecin traitant et notamment un médecin spécialiste²³.

Puis, il a jugé qu'une telle majoration ne méconnaissait pas les exigences résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, sous la double réserve toutefois, d'une part, que « *le montant de la majoration de la participation de l'assuré [soit] fixé à un niveau tel que ne soient pas remises en cause [c]es*

²² Y compris pour ceux atteints d'une affection longue durée bénéficiant en principe du tiers payant.

²³ Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, cons. 11

exigences » et, d'autre part, que « *l'éventuel dépassement d'honoraires [...] respecte[r] les prescriptions de l'article L. 162-2-1 du même code qui imposent aux médecins d'observer, dans leurs actes et prescriptions, "la plus stricte économie compatible avec la qualité, la sécurité et l'efficacité des soins" »*²⁴.

Par ces réserves, le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que la majoration du ticket modérateur ne devait pas être fixée à un niveau qui serait de nature à remettre en cause le droit à la protection de la santé. Le commentaire de cette décision rappelle qu'une réserve semblable avait déjà été émise à propos de la soumission des allocations familiales à une condition de ressources²⁵.

En outre, si le Conseil juge avec constance que les exigences constitutionnelles résultant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 « *impliquent la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées* », il considère néanmoins qu'il est à tout moment loisible au législateur « *d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles* ». Toutefois, « *l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »²⁶.

À ce titre, et comme l'illustre la décision n° 2022-845 DC précitée, le Conseil a déjà été amené à prendre en compte des objectifs tels que l'équilibre financier de la sécurité sociale ou la lutte contre la fraude en matière sociale dans le cadre d'une conciliation avec le droit à la protection sociale²⁷.

* Apparu dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel dès la décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967²⁸, le contrôle de l'incompétence négative sanctionne le fait, pour le législateur, de ne pas avoir pleinement exercé sa compétence. Il se fonde sur la définition par la Constitution, notamment à son article 34, d'un domaine dans lequel le législateur doit fixer les règles et principes applicables. Le Conseil veille dès lors à ce que la loi ne reporte pas sur d'autres

²⁴ *Ibid.*, cons. 13.

²⁵ Décision n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 1998*, cons. 34 : « *si les dispositions précitées des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 ne font pas, par elles-mêmes, obstacle à ce que le bénéfice des allocations familiales soit subordonné à une condition de ressources, les dispositions réglementaires prévues par la loi ne sauraient fixer les plafonds de ressources, compte tenu des autres formes d'aides aux familles, de telle sorte que seraient remises en cause les exigences du Préambule de 1946* ».

²⁶ Décisions n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 101, et n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011, *M. Zeljko S. (Attribution du revenu de solidarité active aux étrangers)*, cons. 4.

²⁷ Décision n° 2022-845 DC du 20 décembre 2022, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2023*, paragr. 61 et 72.

²⁸ Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, *Loi organique modifiant et complétant l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature*, cons. 4.

autorités, réglementaires ou juridictionnelles, l'exercice d'une compétence que la Constitution a réservée au législateur.

Ainsi, une disposition législative peut être entachée d'incompétence négative parce que le législateur est intervenu sans avoir épuisé sa compétence dans un domaine qui, en lui-même, lui est réservé par la Constitution. L'incompétence négative peut alors notamment résulter du renvoi explicite à un acte réglementaire sur une question relevant du domaine législatif²⁹ ou de dispositions excessivement imprécises ou ambiguës³⁰.

L'incompétence négative est également caractérisée lorsque le législateur a omis de prévoir les garanties légales dont le dispositif institué devait être entouré pour assurer le respect d'exigences constitutionnelles³¹. Il est alors regardé comme n'ayant pas pleinement exercé la compétence que lui attribue par exemple l'article 34 de la Constitution pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques.

Dans le champ social, le Conseil constitutionnel a écarté, par sa décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014, une critique d'incompétence négative dirigée contre des dispositions insérées dans le code du travail posant le principe selon lequel « *le recours au travail de nuit est exceptionnel* » et précisant, d'une part, que le recours au travail de nuit prend « *en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs* » et, d'autre part, qu'il doit être « *justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale* ». Il s'est notamment fondé à cet égard sur le fait que le législateur avait ainsi défini les critères en fonction desquels le recours au travail de nuit peut être justifié. En particulier, il a jugé que, s'il appartient aux autorités compétentes, sous le contrôle de la juridiction compétente, d'apprécier les situations de fait répondant aux critères de « *continuité de l'activité économique* » ou de « *service d'utilité sociale* », ces critères ne revêtaient pas un caractère équivoque³².

À l'inverse, par sa décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019, le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions prévoyant que la procédure de fusion du champ d'application des conventions collectives d'une branche

²⁹ Voir par exemple les décisions n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, cons. 57 ; n° 2011-639 DC du 29 juillet 2011, *Loi tendant à améliorer le fonctionnement des maisons départementales des personnes handicapées et portant diverses dispositions relatives à la politique du handicap*, cons. 10.

³⁰ Voir par exemple les décisions n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, *Loi d'orientation pour l'outre-mer*, cons. 53 ; n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, cons. 25 à 29 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, cons. 14 ; n° 2004-503 DC du 12 août 2004, *Loi relative aux libertés et responsabilités locales*, cons. 36.

³¹ Voir par exemple la décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, cons. 35 à 37.

³² Décision n° 2014-373 QPC du 4 avril 2014 *Société Sephora (Conditions de recours au travail de nuit)*, cons. 13.

professionnelle pouvait être engagée « *pour fusionner plusieurs branches afin de renforcer la cohérence du champ d'application des conventions collectives* », en jugeant que le législateur n'avait pas déterminé au regard de quels critères cette cohérence pourrait être appréciée et avait ainsi laissé à l'autorité ministérielle une latitude excessive dans l'appréciation des motifs susceptibles de justifier la fusion. Il a sanctionné cette incompétence négative affectant la liberté contractuelle³³.

2. – L'application à l'espèce

Le Conseil constitutionnel a contrôlé les dispositions contestées au regard des exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, garantissant le droit à la protection de la santé, ainsi qu'au regard de l'article 34 de la Constitution, qui réserve au législateur la compétence pour déterminer les principes fondamentaux de la sécurité sociale (paragr. 62 et 63).

Après avoir décrit l'objet de ces dispositions, dont il résultait que, dans certains cas, lorsqu'un patient refuse une proposition de transport partagé, ses frais de transport ne sont pris en charge qu'après application au prix facturé d'un coefficient de minoration, le Conseil a relevé qu'en les adoptant, « *le législateur [avait] entendu satisfaire à l'exigence de valeur constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la sécurité sociale* » (paragr. 66).

Le Conseil constitutionnel a ensuite examiné les conditions dans lesquelles un transport sanitaire partagé pouvait être proposé à un patient. Il a ainsi constaté, que cette proposition ne pouvait lui être faite « *que si son état de santé n'est pas incompatible avec une telle solution* » et si elle répondait « *à des conditions de mise en œuvre du transport tenant en particulier aux caractéristiques du trajet et à l'organisation de la prise en charge sur le lieu de soins* » (paragr. 67).

Il a en outre rappelé qu'« *en application des articles L. 162-4-1 et L. 322-5 du code de la sécurité sociale, il revient au médecin qui prescrit un transport sanitaire de mentionner les éléments d'ordre médical précisant le motif du déplacement et le mode de transport le plus adapté à l'état du patient, ainsi que d'indiquer si cet état est incompatible avec un transport partagé* ». Il en a déduit que « *ces dispositions assurent ainsi une information suffisante du patient sur la solution de transport envisagée* » (paragr. 68).

Puis, dans la ligne de sa précédente décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004 précitée, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation selon laquelle « *il appartiendra au pouvoir réglementaire de fixer le coefficient de minoration appliqué au prix facturé en cas de refus d'un transport partagé à un*

³³ Décision n° 2019-816 QPC du 29 novembre 2019 *Fédération nationale des syndicats du spectacle, du cinéma, de l'audiovisuel et de l'action culturelle CGT et autre (Restructuration des branches professionnelles)*, paragr. 24.

niveau tel que ne soient pas remises en cause les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 » (paragr. 69). Ce faisant, il a considéré qu'en dépit de la latitude dont dispose le pouvoir réglementaire pour déterminer le coefficient de minoration applicable en cas de refus d'un transport partagé, le niveau de ce coefficient ne devait pas aboutir à priver le patient d'une prise en charge suffisante, sauf à remettre en cause le droit à la protection de la santé.

Sous cette réserve, le Conseil constitutionnel a écarté les griefs tirés de la méconnaissance du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et de l'incompétence négative du législateur (paragr. 70). Le deuxième alinéa de l'article L. 322-5 du code de la sécurité sociale ne méconnaissant aucune autre exigence constitutionnelle, il l'a déclaré, sous cette même réserve, conforme à la Constitution (paragr. 71).

III. – La limitation ou l’interdiction de prescrire certains médicaments par téléconsultation en cas de rupture d’approvisionnement (article 72)

A. – Présentation des dispositions contestées

* Selon l’exposé des motifs du projet de loi, l’article 72 visait notamment, en permettant la limitation ou l’interdiction de la prescription de certains médicaments par téléconsultation, à renforcer la lutte contre les ruptures d’approvisionnement.

Selon le Gouvernement, « *cette meilleure maîtrise des prescriptions devrait contribuer à limiter les phénomènes de demandes de prescription de médicaments pour constituer des stocks de précaution à domicile, de nature à amplifier et maintenir sur une durée longue ces épisodes de pénuries* »³⁴.

Comme le relevait la rapporteure de l’Assemblée nationale, « *L’exposé des motifs du présent article ainsi que l’étude d’impact annexée au projet de loi font exclusivement référence aux médicaments antibiotiques, qui font l’objet de tensions d’approvisionnement majeures et persistantes depuis l’hiver 2022-2023. L’intention du Gouvernement est de rendre obligatoires en cas de pénurie : la délivrance à l’unité pour les antibiotiques en comprimés ; le recours à une ordonnance conditionnelle associée à un "Trodatrine" afin d’éviter la délivrance d’antibiotiques prescrits à tort pour des patients atteints d’angine virale ; et de restreindre la prescription d’antibiotiques lors des téléconsultations à quelques exceptions comme l’antibioprophylaxie avant chirurgie, considérant que prescription d’antibiotiques nécessite un examen clinique. / L’intention du Gouvernement est ainsi de garantir une maîtrise des prescriptions, une juste dispensation d’antibiotiques pour les patients qui le nécessitent, et ainsi de limiter les phénomènes de constitution de stocks de précaution à domicile, de nature à amplifier et entretenir dans la durée les phénomènes de pénurie* »³⁵.

* La lutte contre les ruptures d’approvisionnement fait l’objet d’un chapitre dédié au sein du code de la santé publique³⁶.

Les exploitants de médicaments sont soumis à une obligation générale d’approvisionnement appropriée et continue³⁷, prévue à l’article L. 5121-29 du code de la santé publique, de manière à couvrir les besoins des patients.

Ce même article dispose que les exploitants de médicaments doivent constituer

³⁴ Exposé des motifs du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2024.

³⁵ Rapport n° 1785 précité de Mme Stéphanie Rist et autres, p. 293.

³⁶ Le chapitre I^{er} quater du titre II du livre I^{er} de la cinquième partie du code de la santé publique comprend les articles L. 5121-29 à L. 5121-34.

³⁷ Instituée en application de la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001.

un stock de sécurité destiné au marché national³⁸. Ils doivent également approvisionner de manière appropriée et continue tous les établissements autorisés au titre d'une activité de grossiste-répartiteur afin de leur permettre de remplir leurs obligations de service public, et prendre toute mesure utile pour prévenir et pallier toute difficulté d'approvisionnement³⁹.

Des dispositions spécifiques aux médicaments d'intérêt thérapeutique majeur sont prévues aux articles L. 5121-30 à L. 5121-32-1 du code de la santé publique.

En application de l'article L. 5121-33, le directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé peut, en cas de rupture de stock d'un médicament d'intérêt thérapeutique majeur pour lequel une rupture ou un risque de rupture de stock présente pour les patients un risque grave et immédiat, ou de certains vaccins⁴⁰, faire procéder par l'entreprise pharmaceutique défaillante à l'importation de toute alternative médicamenteuse à proportion de sa part dans la couverture des besoins au cours des six mois précédant la rupture de stock.

Par ailleurs, l'article L. 5121-12-1-1 du code de la santé publique⁴¹ permet au prescripteur de délivrer des ordonnances de dispensation conditionnelle, qui subordonnent la délivrance de certains médicaments en officine à la réalisation d'examen biologiques ou de tests rapides d'orientation diagnostique (Trod)⁴².

L'article L. 5123-8 du même code⁴³ institue également la possibilité d'une délivrance à l'unité de certains médicaments en officine, afin d'éviter le gaspillage des médicaments.

* L'article 72 de la loi déferée avait pour objet de renforcer ces dispositifs de lutte contre les pénuries de médicaments.

³⁸ Ce stock ne peut excéder quatre mois de couverture des besoins en médicament, calculés sur la base du volume des ventes de la spécialité au cours des douze derniers mois glissants.

³⁹ Les exploitants de médicaments doivent par ailleurs permettre, en cas de rupture de stock, la mise à disposition des informations dont ils disposent aux pharmaciens d'officine, aux pharmaciens de pharmacie à usage intérieur définie à l'article L. 5126-1 et aux pharmaciens responsables ou délégués des grossistes-répartiteurs.

⁴⁰ Mentionnés à l'article L. 5121-31 du code de la santé publique.

⁴¹ Créé par l'article 65 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020.

⁴² Le décret n° 2021-1631 du 13 décembre 2021 relatif aux modalités d'utilisation d'une ordonnance de dispensation conditionnelle de médicaments mentionnée à l'article L. 5121-12-1-1 du code de la santé publique précise les conditions dans lesquelles un prescripteur peut recourir à une ordonnance de dispensation conditionnelle et les mentions obligatoires qui doivent y figurer, et renvoie à un arrêté conjoint du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale le soin d'établir la liste des médicaments pouvant donner lieu à l'établissement d'une ordonnance de dispensation conditionnelle. Le dispositif a été complété plus récemment par l'article 17 de la loi n° 2023-379 du 19 mai 2023 portant amélioration de l'accès aux soins par la confiance aux professionnels de santé, qui prévoit la publication chaque année par arrêté d'une liste des Trod innovants dont l'utilisation par les professionnels de santé est autorisée.

⁴³ Créé par l'article 40 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

Il modifiait à cet effet l'article L. 5121-29 du code de la santé publique afin de définir la notion de rupture d'approvisionnement⁴⁴ et d'étendre les obligations des exploitants de médicaments aux situations de rupture ou de risque de rupture d'approvisionnement.

Il insérait également trois nouveaux articles dans le code de la santé publique – soit les articles L. 5121-33-1 à L. 5121-33-3 – afin de renforcer les pouvoirs du ministre chargé de la santé en cas de rupture d'approvisionnement⁴⁵, et ceux du directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) en cas de rupture ou de risque de rupture d'approvisionnement d'un médicament d'intérêt thérapeutique majeur ou de certains vaccins⁴⁶.

Le nouvel article L. 5121-33-2 du code de la santé publique avait en particulier pour objet de permettre au ministre de la santé, par arrêté, de limiter ou interdire la prescription de certains médicaments à la suite d'une téléconsultation en cas de rupture d'approvisionnement. Il prévoyait également qu'il était mis fin à ces mesures lorsqu'elles n'étaient plus nécessaires.

B. – Analyse de constitutionnalité

* Les députés auteurs de la première saisine faisaient valoir que ces dispositions encadrant la prescription de certains médicaments pouvaient avoir pour effet de priver de nombreux patients, lorsqu'ils ne sont pas en mesure de consulter physiquement un médecin, de la possibilité de se voir prescrire un médicament essentiel au regard de leur état de santé. Il en résultait, selon eux, une méconnaissance des exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et du principe d'égalité devant la loi.

⁴⁴ Le rapport n° 1785 du 20 octobre 2023 de Mme Stéphanie RIST précité relève que « *La définition de la rupture d'approvisionnement figure pourtant déjà à l'article R. 5124-49-1 du code de la santé publique, qui précise que la rupture d'approvisionnement est constituée dès lors que la demande d'approvisionnement par le pharmacien, auprès de deux entreprises de distribution de médicaments, reste infructueuse pendant 72 heures. L'adoption de l'article entraînera donc la caducité de la définition réglementaire de la rupture d'approvisionnement, qui sera précisée par décret en Conseil d'État* ».

⁴⁵ Le nouvel article L. 5121-33-1 du code de la santé publique permet au ministre, par arrêté, de rendre obligatoire le recours à l'ordonnance de dispensation conditionnelle ou la délivrance de médicaments à l'unité en cas de rupture d'approvisionnement. Ces dispositifs existaient déjà dans le code de la santé publique, et peuvent devenir obligatoires en cas de pénurie en application de cet article.

⁴⁶ Le nouvel article L. 5121-33-3 du code de la santé publique, issu d'un amendement parlementaire, permet au directeur général de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, après mise en œuvre d'une procédure contradictoire, de prendre les mesures de police sanitaire nécessaires pour garantir un approvisionnement approprié et continu par les titulaires et les exploitants d'autorisations de mise sur le marché. Le non-respect de ces mesures est passible de sanction en application de l'article L. 5423-9 du même code.

* Le Conseil constitutionnel a fondé son contrôle sur les exigences du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, qui garantit notamment le droit à la protection de la santé.

Il s'est d'abord attaché à présenter l'objectif poursuivi par le législateur en relevant qu'« *En adoptant ces dispositions, le législateur a souhaité restreindre les prescriptions par acte de télémedecine de certains médicaments en rupture d'approvisionnement, en vue de réserver la possibilité de prescrire de tels médicaments aux patients ayant fait l'objet d'un examen clinique et d'éviter la constitution de stocks de médicaments à domicile. Ce faisant, il a entendu poursuivre l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé* » (paragr. 74).

Puis, il a examiné si l'atteinte portée au droit à la protection de la santé par les dispositions contestées n'était pas disproportionnée au regard de cet objectif.

À cet égard, il a tout d'abord souligné que « *les dispositions contestées peuvent avoir pour effet de priver un patient de la possibilité de se voir prescrire un médicament nécessaire au regard de son état de santé au seul motif qu'il a consulté un médecin à distance* » (paragr. 75).

Or, il a constaté que « *la mesure d'interdiction ou de limitation prise par arrêté peut porter sur tout médicament et concerner toute personne, quel que soit son état de santé, et alors même que l'acte de télémedecine serait réalisé par son médecin traitant ou que la personne concernée se trouverait dans l'impossibilité d'obtenir une consultation physique avec un médecin dans un délai compatible avec son état de santé* » (paragr. 76).

En effet, contrairement à ce qui avait pu être avancé lors des débats devant le Parlement, ces dispositions ne portaient pas spécifiquement sur les médicaments antibiotiques mais bien sur tout médicament en rupture d'approvisionnement, quelle que soit la maladie concernée. Or, les ruptures d'approvisionnement peuvent concerner de très nombreux médicaments d'usage courant et parfois essentiels pour la santé des patients concernés.

Par ailleurs, aucune mesure particulière n'était prévue pour prendre en compte la situation médicale du patient ou l'impossibilité pour ce dernier de se rendre à une consultation physique. Il n'était pas non plus prévu d'exception pour les téléconsultations réalisées par le médecin traitant.

Dès lors, le Conseil a jugé que les dispositions contestées méconnaissaient les exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (paragr. 77). Par conséquent, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le grief

tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi, il les a déclarées contraires à la Constitution (paragr. 78).