

1.1.1 CONSEIL
2
75001 PARIS

rue

de

CONSTITUTIONNEL
Montpensier

Envoi par email :
greffe@conseil-constitutionnel.fr

et par LRAR

Lyon, le 15 décembre 2016

FSDL / Loi de finance de la sécurité sociale
ACO/LMA/LMA/20616002/Document2/

Saisine n°2015-727DC

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers,

Dans le cadre de l'article 61 alinéa 2 de la Constitution, vous avez été saisis le 9 décembre 2016 par les députés et sénateurs signataires de la demande, de plusieurs moyens visant à faire déclarer contraires à la Constitution différents articles de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017.

Cette affaire est inscrite sous le n°2016-742 DC.

La Fédération des Syndicats Dentaires Libéraux, premier syndicat représentatif de la profession de chirurgien-dentiste, m'a demandé de vous soumettre les moyens ci-après faisant apparaître la contrariété à la constitution de l'**article 75** de la loi instaurant une procédure de **règlement arbitral à défaut de signature d'un avenant à la convention nationale des chirurgiens-dentistes avant le 1^{er} février 2017**.

2. La disposition critiquée

Aux termes de l'article L. 162-9 du code de la sécurité sociale, « Les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les **chirurgiens-dentistes**, les sages-femmes et les auxiliaires médicaux sont définis par des **conventions nationales conclues entre l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et une ou plusieurs des organisations syndicales nationales les plus représentatives** de chacune de ces professions. ».

La convention nationale des chirurgiens-dentistes a été signée en Mai 2006. Elle a été modifiée depuis, par trois avenants et reconduite par tacite reconduction le 18 Juin 2016.

Elle est donc actuellement en vigueur.

L'article 75 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017 prévoit :

*« I. – **À défaut de signature avant le 1^{er} février 2017 d'un avenant** à la convention nationale des chirurgiens-dentistes en vigueur mentionnée à l'article L. 162-9 du code de la sécurité sociale, un arbitre arrête un projet de convention dans le respect du cadre financier pluriannuel des dépenses d'assurance maladie.*

Ce projet de convention reconduit la convention nationale des chirurgiens-dentistes en vigueur, en modifiant ses articles 4.2.1 et 4.3.3 et ses annexes I et V, pour déterminer les tarifs mentionnés au 1^o du I de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale et la limite applicable aux dépassements autorisés sur tout ou partie de ces tarifs. Les dispositions de la convention antérieure continuent de produire leurs effets jusqu'à la date d'entrée en vigueur du règlement arbitral qui la remplace.

*L'arbitre est désigné avant le 1^{er} février 2017 par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et au moins une organisation syndicale représentative des chirurgiens-dentistes. À défaut, l'arbitre est désigné par le président du Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, **sur proposition du directeur général de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie**, dans un délai de huit jours. Le nom de l'arbitre est notifié aux partenaires conventionnels ainsi qu'aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale.*

L'arbitre dispose d'un délai d'un mois à compter de sa désignation pour transmettre un projet de règlement arbitral aux ministres chargés de la santé et de la sécurité sociale. Il auditionne les représentants de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, des organisations syndicales représentatives des professionnels de santé et de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire.

Le I de l'article L. 162-14-2 du code de la sécurité sociale s'applique aux conditions de transmission, d'approbation et de mise en œuvre du règlement arbitral.

La procédure d'approbation de l'avenant mentionné au premier alinéa du présent article est mise en œuvre sans appliquer le délai prévu à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 162-14-3 du même code. »

La ministre de la santé a d'ores et déjà indiqué quel devait être le résultat de ce simulacre de négociation.

Dans l'exposé des motifs de l'amendement n°934 présenté par le gouvernement qui est à l'origine du texte, elle affirmait déjà que « le règlement arbitral reconduirait la convention de 2006 en modifiant les dispositions relatives au plafonnement des dépassements tarifaires et aux tarifs conventionnels ».

Ce résultat n'était nullement présenté comme le fruit d'une négociation conventionnelle à intervenir, mais comme une réforme gouvernementale imposée d'autorité par le truchement d'un « règlement arbitral ».

Dans l'exposé des motifs, la ministre soulignait que le délai fixé au 1^{er} février 2017 est destiné à « *garantir la mise en œuvre effective de **cette réforme*** ».

Ce détournement avoué de la procédure arbitrale met en évidence les défauts de conformité à la constitution qui ressortent de l'article 75.

3. Une disposition étrangère au domaine des loi de financement de la sécurité sociale (« cavalier social »)

Depuis une décision du 10 juillet 1985, le Conseil vérifie que les amendements ne sont pas dépourvus de tout lien avec les dispositions figurant dans le projet de loi initial. Dans le cas contraire il s'agit de « cavaliers législatifs ».

Déc. n° 85-191 DC du 10 juillet 1985, cons. 2, Rec. p. 46

Aux termes de l'article 34 de la Constitution : « Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs et ses dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique ».

A ce titre, il est bien évident que toute disposition étant susceptible d'avoir *in fine* des conséquences financières pour la sécurité sociale n'entrent pas dans le champ des lois de financement dès lors que le lien est seulement indirect.

C'est ainsi que votre Conseil a jugé que de nombreuses dispositions n'ont pas leur place dans une loi de financement de la sécurité sociale. En particulier, il a par exemple été considéré que le **réexamen des conventions** conclues entre les organismes d'assurance maladie et les représentants des centres de santé, en vue d'examiner les conditions de l'intégration dans ces accords des forfaits de rémunération constitue un cavalier social.

Déc. n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013

De la même façon, l'article 75 de la loi critiquée prévoit **un mécanisme de révision de convention qui n'a, en lui-même, aucun caractère financier**.

Il n'a pas davantage de place dans une loi de financement et sera déclaré contraire à la constitution.

4. L'atteinte à la liberté contractuelle

Votre Conseil a déjà retenu que *« le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration »*.

Cons. const., 10 juin 1998, n° 98-401 DC

Un auteur a souligné à propos de cette décision que *« le Conseil protège le déroulement du contrat, son exécution, et non sa formation. Cela dit, cette protection de la « pérennité contractuelle » doit se lire comme un prolongement indispensable de la liberté de création des conventions : dès l'instant où les individus nouent des relations sur la base d'un contrat, ils produisent une norme gouvernant leur rapport juridique pendant un certain temps. »*

Pierre-Yves GAHDOUN - Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier : le droit des biens et des obligations) - mars 2011

Votre Conseil exerce un contrôle sur les motifs d'une atteinte à la force obligatoire des conventions en exigeant que l'intérêt général soit suffisant : *« le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration »*.

Cons. Const., 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC

Dans ces conditions, lorsque la loi a attribué aux parties à un contrat d'en déterminer le contenu, le législateur ne peut porter atteinte à la liberté des contractants que dans les conditions définies par cette jurisprudence, c'est-à-dire par des motifs d'intérêt général suffisant.

En l'occurrence, si l'article L. 162-14-2 du code de la sécurité sociale prévoyait déjà un mécanisme de règlement arbitral pour les conventions des professions médicales, c'était seulement *« en cas de rupture des négociations préalables à l'élaboration d'une convention »*.

Dans cette hypothèse, l'échec des négociations conduirait à l'absence de référentiel normatif alors qu'il en va différemment en matière de négociation d'avenant puisque la convention continue à s'appliquer.

L'immixtion dans la sphère contractuelle constitue donc une atteinte qui ne peut s'expliquer que comme une remise en cause du pouvoir des contractants de déterminer le contenu de la convention des chirurgiens dentistes.

Or, rien ne peut laisser comprendre ou supposer en quoi la convention actuellement en vigueur serait contraire à l'intérêt général, ni quel motif d'intérêt général suffisant justifie qu'il soit substitué à la volonté des parties un règlement arbitral.

L'atteinte à la liberté contractuelle est donc patente.

5. Le défaut d'impartialité résultant du mécanisme de désignation de l'arbitre

4.1. Le pouvoir unilatéral de l'une des parties

En prévoyant que le désaccord des parties serait réglé par un arbitre, le législateur a défini un cadre juridictionnel qui doit répondre aux exigences constitutionnelles.

A ce titre, votre Conseil retient que les principes d'indépendance et d'impartialité qui résultent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 sont indissociables de l'exercice de fonctions juridictionnelles.

2010-110 QPC, 25 mars 2011, cons. 3, Journal officiel du 26 mars 2011, page 5406, texte n° 66, Rec. p. 160 ; 2011-147 QPC, 8 juillet 2011, cons. 8, Journal officiel du 9 juillet 2011, page 11979, texte n° 103, Rec. p. 343 ; 2012-250 112 / 3520 QPC, 8 juin 2012, cons. 3, Journal officiel du 9 juin 2012, page 9794, texte n° 39, Rec. p. 281 ; 2014-457 QPC, 20 mars 2015, cons. 4, JORF n°0069 du 22 mars 2015 page 5345, texte n° 46 ; 2015-506 QPC, 4 décembre 2015, cons. 13, JORF n°0283 du 6 décembre 2015 page 22502, texte n° 35

A défaut d'une solution au désaccord par une instance impartiale, cela signifierait que les parties se trouveraient dans une situation d'inégalité juridique qui serait contraire à la liberté contractuelle.

En l'occurrence, l'article 75 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017 organise un règlement arbitral dépourvu de garantie d'impartialité.

En effet, s'il est prévu que les parties doivent désigner l'arbitre d'un commun accord, c'est l'une des parties qui, seule, a le pouvoir de proposer le nom de l'arbitre en cas de désaccord, à savoir le **directeur général de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie**.

Il est notable de constater que ce droit unilatéral n'est pas prévu par l'article L. 162-14-2 II du code de la sécurité sociale en matière de rupture des négociations préalables à l'élaboration d'une convention. Dans ce cas, l'union nationale des caisses d'assurance maladie n'a en effet aucun pouvoir de proposition.

L'asymétrie de la désignation résultant de la disposition litigieuse prive le règlement arbitral de son impartialité.

Elle rend la disposition contraire à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

4.2. L'absence de pouvoir et de garantie d'impartialité du Haut Conseil pour l'Avenir de l'Assurance Maladie (HCAAM)

L'article 75 de la loi attribue la désignation de l'arbitre au Président du HCAAM.

Le décret n° 2003-959 du 7 octobre 2003 repris par l'article 72 de la loi du 19 décembre 2005 a donné pour missions au HCAAM de :

- 1) évaluer le système d'assurance maladie et ses évolutions ;
- 2) décrire la situation financière et les perspectives des régimes d'assurance maladie et apprécier les conditions requises pour assurer leur pérennité à terme ;
- 3) veiller à la cohésion du système d'assurance maladie au regard de l'égal accès à des soins de haute qualité et d'un financement juste et équitable ;
- 4) formuler, le cas échéant, des recommandations ou propositions de réforme de nature à répondre aux objectifs de cohésion sociale et de pérennité financière des régimes d'assurance maladie.

Aucune de ces missions ne se rattache à un pouvoir juridictionnel.

Dès lors, une institution ne présentant par ses missions, son mode de fonctionnement et de désignation aucune garantie d'impartialité ne saurait se voir attribuer le pouvoir de désigner un arbitre destiné à suppléer à la volonté des parties.

La contrariété à la constitution est patente.

6. L'incompétence négative relative aux pouvoirs de l'arbitre et à la procédure arbitrale

Il résulte avec constance de la jurisprudence de votre Conseil qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. Le plein exercice de cette compétence, ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques.

En l'occurrence, en renvoyant la détermination du contenu d'un avenant à une convention au pouvoir d'un tiers arbitre, la loi aurait dû déterminer les pouvoirs de l'arbitre, ceux des parties, l'ensemble des modalités de déroulement de la procédure arbitrale ainsi que les recours ouverts contre le règlement.

En particulier, la loi ne précise pas comme elle le devrait si l'arbitre peut prendre des mesures plus contraignantes pour l'une des parties que celles-ci l'ont envisagé.

Elle ne dit pas non plus à quel examen doit procéder l'arbitre avant de substituer une décision ayant des conséquences immédiates sur l'économie de toute une profession et sur la qualité des soins. Il serait en effet difficilement imaginable qu'une décision ne procédant d'aucune étude d'impact soit prise en lieu et place des partenaires sociaux.

Elle ne détermine pas davantage quels critères devraient être pris en compte par l'arbitre pour rendre son règlement. Un arbitre ne pourrait rendre une décision qui ne soit pas dépourvue d'arbitraire sans devoir se conformer à des conditions précises tenant notamment, outre l'équilibre financier des comptes, à la qualité des soins et à la sécurité des patients, à l'égalité de traitement entre les professions de santé procédant aux mêmes soins, etc.

Un règlement arbitral qui ne reposerait que sur la diminution de la rémunération des chirurgiens-dentistes présenterait certes l'avantage d'une réduction des dépenses à court terme, mais elle ferait peser un risque inévitable sur la santé des patients au regard de la dégradation des conditions de soin, de la qualité des produits et matériels utilisés ainsi que de l'ensemble des moyens mis en œuvre. Elle découragerait en outre l'innovation et découragerait de nouveaux entrants potentiels sur le marché, en particulier pour les étudiants les plus compétents.

De même, un règlement de cette nature pourrait créer des distorsion de concurrence importantes entre chirurgiens-dentistes et médecins stomatologues qui procèdent aux mêmes actes et qui, pour autant, ne seraient pas soumis aux mêmes règles.

En s'abstenant de définir les critères de décision, la loi crée les conditions d'une décision arbitraire et créant une inégalité devant la loi, c'est-à-dire qu'elle contient en germe des violations surabondantes des principes à valeur constitutionnelle.

Enfin, en ne déterminant aucune règle procédurale, la loi manque à l'exigence d'un déroulement régulier et respectueux des droits des parties.

La disposition sera inévitablement annulée.

*

Pour ces différentes raisons, la Fédération des Syndicats Dentaires Libéraux vous invite à bien vouloir déclarer l'article 75 de la loi contraire à la constitution.

Je vous prie de croire, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Conseillers, en l'expression de ma haute considération.

Luc-Marie Augagneur
Avocat Associé