N° 339082

Clinique Ambroise Paré

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 18 juin 2010

Lecture du 25 juin 2010

CONCLUSIONS

M. Luc DEREPA, rapporteur public

La loi n° 2003-1199 du 18 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004 a instauré la tarification à l'activité (T2A) des prestations réalisées par les établissements de santé publics et privés (art. L. 162-22-26 du code de la sécurité sociale). Ce mode de tarification conduit à définir, pour chaque prestation, un tarif forfaitaire de prise en charge englobant l'ensemble des coûts exposés par l'établissement au titre de la prestation, ce qui inclut notamment le coût des médicaments prescrits aux patients. Mais la même loi a prévu que certains médicaments et dispositifs médicaux rares ou coûteux resteraient pris en charge de façon séparée par l'assurance maladie et ne seraient pas englobés dans les tarifs de la T2A. L'article L. 162-22-7 du CSS, qui crée ce mécanisme de la liste dite « en sus », prévoit également un dispositif visant à amener les établissements à respecter un ensemble de bonnes pratiques en matière d'usage de médicaments. L'art. L. 162-22-7 prévoit ainsi que les établissements peuvent signer un « contrat de bon usage des médicaments et des produits et prestations » (CBUM), qui porte à la fois sur les médicaments et produits dont le prix est inclus dans les forfaits T2A et sur ceux de la liste « en sus » ; si l'établissement signe un tel contrat, il obtient le remboursement des produits de la liste « en sus » à hauteur de 100% des tarifs de prise en charge ; s'il ne signe pas un tel contrat, les produits de la liste « en sus » ne lui sont remboursés qu'à hauteur de 30% ; et si, ayant signé un contrat, il ne respecte pas ses engagements, il peut, après une procédure contradictoire, subir une décote pouvant aller jusqu'à 30% du taux de remboursement des mêmes produits¹.

La clinique Ambroise Paré, établissement de santé privé situé à Nancy, a conclu le 31 mars 2006 un contrat de bon usage des médicaments couvrant la période 2006-2008. Le 29 novembre 2007, le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation de Lorraine, après avoir suivi une procédure contradictoire, a indiqué à la clinique qu'en raison du non-respect par celle-ci de certains engagements figurant dans son contrat, il portait à 99% le taux de prise en charge des produits de la liste « en sus » qu'elle utiliserait au cours de l'année civile 2008.

¹ Postérieurement à la loi du 18 décembre 2003, le législateur a ajouté à ce mécanisme un dispositif de régulation prix-volume qui permet de moduler le tarif de remboursement des produits de la liste « en sus » en fonction du montant des dépenses prises en charge par l'assurance maladie (art. L. 162-22-7-1, inséré par la loi n° 2005-1579 du 19 décembre 2005, LFSS pour 2006), et un mécanisme de baisse du taux de remboursement lorsque la consommation de produits de la liste « en sus » par établissement connaît un taux d'évolution qui excède le taux prévisionnel fixé au niveau national (art. L. 162-22-7-2 inséré par la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008, LFSS pour 2009).

La clinique a contesté cette décision devant le tribunal administratif de Nancy, qui a rejeté sa demande, et elle a fait appel de ce jugement devant la CAA de Nancy. Dans le cadre de cette instance d'appel, elle a présenté le 16 avril 2010 une question prioritaire de constitutionnalité, tendant à remettre en cause la conformité à la Constitution du mécanisme de baisse du taux de prise en charge en cas de non-respect du CBUM prévu par l'art. L. 162-22-7.

Le président de la cour, estimant que les trois conditions posées à l'art. 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 étaient remplies, vous a transmis la question prioritaire. Il vous appartient maintenant, dans le délai de trois mois prévu à l'art. 23-4 de l'ordonnance, qui expire en l'espèce le 30 juillet 2010, de vous prononcer sur le renvoi de cette question au Conseil constitutionnel.

Les deux premières conditions posées par l'art. 23-4 pour un tel renvoi sont remplies : d'une part, l'art. L. 162-22-7 est applicable au litige, car il constitue le fondement de la décision de l'ARH contestée au contentieux ; d'autre part, cette disposition n'a pas été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel : en effet la décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, qui statue sur la LFSS pour 2004, ne dit mot de l'art. 25 de la loi qui a donné à l'art. L. 162-22-7 son contenu actuel.

Reste donc à déterminer si la question de constitutionnalité soulevée par le requérant est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

Le moyen soulevé par la clinique est tiré de ce que l'art. L. 162-22-7 permettrait de sanctionner les cliniques, via la baisse du taux de remboursement, pour des faits relatifs à la prescription de médicaments et au suivi de leur utilisation, dont celles-ci ne sont pas responsables et qui sont le fait des seuls médecins ; par suite, cet article serait contraire au principe constitutionnel de personnalité des peines, qui veut que nul ne peut être punissable que de son propre fait.

Cette question ne peut avoir un caractère « nouveau » au sens de l'art. 23-4 de l'ordonnance que si la portée de la norme constitutionnelle invoquée n'a encore jamais examinée par le Conseil constitutionnel (voir en ce sens le commentaire de la loi organique du 10 décembre 2009 aux Cahiers du Conseil constitutionnel). Nous ne sommes pas ici dans ce cas de figure. Le principe de responsabilité personnelle en matière répressive, selon lequel nul ne peut être puni que de son propre fait, a déjà été mis en œuvre à plusieurs reprises par le Conseil constitutionnel, qui le rattache aux art. 8 et 9 de la Déclaration des droits de 1789 (voir not. les décisions 99-411 DC du 16 juin 1999, 2003-467 DC du 13 mars 2003 et 2010-604 DC du 25 février 2010). Certes, ces décisions ont été rendues à propos de lois pénales, et non en matière de répression administrative comme ici. Mais comme vous le savez, depuis la décision de principe n° 88-248 DC du 17 juin 1989, le Conseil constitutionnel considère que les principes constitutionnels qui gouvernent la matière pénale doivent être également respectés par les dispositifs législatifs qui instaurent des sanctions administratives, sous réserve d'adaptations nécessaires pour tenir compte des spécificités de l'action administrative.

Il n'y a toutefois aucune raison de penser que le principe du caractère personnel de la responsabilité, qui est un principe fondamental du droit répressif, devrait connaître une atténuation en matière administrative. La jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel sur ce point en matière pénale nous semble donc applicable *de plano* aux sanctions administratives. Vous avez d'ailleurs fait vous-mêmes application de ce principe aux sanctions administratives, en lui donnant le même contenu que celui qu'il connaît l'égard des sanctions pénales : S., 22 novembre 2000, Sté Crédit agricole Indosuez Chevreux, n° 207967, au Recueil ; 29 octobre 2007, société sportive professionnelle « LOSC Lille Métropole », n° 307736, au Recueil. Ceci conduit à écarter l'idée que la question posée aurait un caractère nouveau.

Reste à examiner si la question de constitutionnalité a un caractère sérieux, autrement dit, pour reprendre des termes vénérables, si elle « de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé »².

La portée de la règle constitutionnelle invoquée est on ne peut plus claire : le principe de responsabilité personnelle implique que serait inconstitutionnelle une disposition législative qui permettrait qu'une personne soit punie pour des faits commis par autrui et dans lesquels elle n'aurait aucune part de responsabilité.

Il importe tout d'abord de déterminer si le moyen est opérant, autrement dit si la diminution du taux de remboursement consécutive au non-respect du CBUM a bien la nature d'une sanction administrative.

Le ministre soutient en défense que tel n'est pas le cas, et il invoque à ce titre trois arguments : le fait que l'adhésion au CBUM est facultative, que la diminution du taux ne peut conduire à un taux de remboursement inférieur à celui valant pour les établissements non signataires, et que cette diminution n'est que la conséquence du non-respect des obligations que le signataire connaissait et avait accepté à l'avance.

Ces arguments ne nous convainquent pas. D'une part, à supposer que les établissements aient le choix d'adhérer ou pas à un CBUM, cela ne fait pas obstacle à ce que les mesures défavorables prises à leur encontre en cas de non-respect de leurs engagements aient un caractère de sanction ; simplement, on se rapprocherait davantage de la catégorie des sanctions *contractuelles*. Le régime de ces sanctions diffère sur plusieurs points de celui des sanctions administratives classiques, mais qui elles n'en sont pas moins soumises à des principes communs, par exemple aux droits de la défense (20 janvier 1905, Cie départementale des eaux, p. 55 avec concl. Romieu) ; et les sanctions contractuelles sont à l'évidence soumises au principe de responsabilité personnelle, puisqu'elles punissent la méconnaissance par une partie au contrat des engagements qu'elle a individuellement souscrits.

Au demeurant, il nous semble que le caractère facultatif et volontaire de l'adhésion au CBUM est largement fictif : compte tenu des contraintes financières que connaît le secteur des établissements de santé, notamment ceux participant au service public hospitalier, ces établissements ne peuvent vraisemblablement se permettre de renoncer à 30% du tarif des produits de la liste en sus. Ils sont donc quasiment contraints d'adhérer à ces contrats. Sous

² Expression utilisée par E. Laferrière à propos des questions préjudicielles entre ordres de juridiction (Traité, 2^e éd., T. 1, p. 449).

leur apparence contractuelle, les obligations figurant dans les CBUM nous paraissent résulter en réalité directement de la loi et du décret.

Si l'on se situe dans cette logique non contractuelle, on voit mal quelle autre qualification que celle de sanctions on pourrait donner mesures prises par l'ARH en cas de non-respect des engagements figurant au CBUM. Il ne s'agit pas de mesures visant à réparer un préjudice subi par l'assurance maladie, car les manquements constatés peuvent porter sur tous les produits de santé consommés par l'établissement, alors que la baisse du taux concerne les seuls produits de la liste « en sus » ; il y a donc un découplage complet entre le champ des manquements constatés et celui des mesures prises, ce qui ôte à ces dernières tout caractère réparateur. Ce ne peuvent être non plus des mesures de police, car elles ne visent nullement à prévenir un trouble à l'ordre public.

Finalement, la seule autre qualification envisageable serait celle de « mesure symétrique » : l'établissement percevrait un avantage en cas de respect de certaines prescriptions, et il serait privé de cet avantage s'il ne respecte pas ces prescriptions (selon le raisonnement tenu p. ex. en matière d'autorisation d'exercice d'une activité : ex. S., 22 mars 1996, Sté NRJ SA, p. 91 ; ou encore, en matière fiscale, en cas de reprise d'impôt pour cause de non-respect des conditions d'exonération : CC, déc. N° 84-184 DC du 29 décembre 1984). Il nous semble que deux éléments permettent de différencier un régime de « mesure symétrique » d'un régime de sanctions : l'intentionnalité de la mesure – dans un cas on se borne à tirer objectivement les conséquences du non-respect des conditions légales, dans l'autre on cherche à punir et de modifier un comportement répréhensible ; et la marge de manœuvre laissée à l'administration – compétence liée pour prendre la mesure d'un côté, et opportunité des poursuites et individualisation de la sanction de l'autre. A cette aune, le dispositif défini par l'art. L. 162-22-7 nous semble relever clairement de la catégorie des sanctions : il n'y a aucun lien juridique ou mathématique entre les clauses du CBUM et le taux de remboursement, de sorte que l'on ne peut dire que la baisse de ce taux tire les conséquences objectives du non-respect de certaines clauses ; l'intention ne peut donc être que punitive et incitative ; par ailleurs, le texte permet à l'ARH de moduler la baisse en fonction des manquements, ce qui nous paraît définitivement sceller le caractère de sanction de la mesure.

Le moyen nous semble donc opérant.

Est-il susceptible d'être fondé ? Il nous semble assez évident que non, ce qui devrait vous permettre de jouer le rôle de « juge constitutionnel négatif » que vous assigne l'ordonnance du 7 novembre 1958.

On constate en effet que l'art. L. 162-22-7 n'a ni pour objet ni pour effet de permettre que les établissements soient sanctionnés pour des manquements commis par d'autres. Cet article est au contraire rédigé comme ne visant que les manquements commis par les établissements eux-mêmes : l'art. L. 162-22-7 prévoit le remboursement intégral des produits de la liste « en sus » aux établissements « qui ont adhéré au contrat de bon usage des médicaments » et elle indique que le mécanisme de sanction est applicable « lorsque l'établissement ne respecte pas les stipulations de ce contrat ». En vertu de la loi, c'est donc l'établissement qui s'engage, et ce sont seulement ses propres manquements au regard du contrat qui peuvent donner lieu à sanction. La loi est donc en elle-même irréprochable au regard du principe de responsabilité personnelle.

On note certes que la loi ne définit pas elle-même le contenu du CBUM, mais renvoie à un décret le soin de « définir les conditions » dans lesquelles celui-ci est établi. C'est donc seulement au vu du contenu des CBUM défini par voie réglementaire, ou de l'application qui sera faite de la loi et du décret à l'égard de chaque établissement, que l'on pourra vérifier si les engagements qui sont prévus au contrat, et dont le non-respect peut entraîner la sanction de la baisse du taux de remboursement, sont bien propres à l'établissement, et ne conduisent pas à faire peser sur lui des obligations imputables en réalité à d'autres personnes. Faudrait-il alors considérer que la loi pourrait être inconstitutionnelle au motif qu'elle ne comporte pas les précisions assurant que les actes réglementaires ou individuels pris pour son application respecteront bien le principe de responsabilité personnelle ? La réponse à cette question est négative, pour deux raisons : d'une part, la requête ne soulève pas un tel moyen d'incompétence négative ; d'autre part, ce moyen serait en tout état de cause infondé. La définition du contenu des contrats de bon usage des médicaments ne touche en effet ni à la liberté d'entreprendre, ni aux principes fondamentaux de la sécurité sociale au sens de l'art. 34 de la Constitution. C'est donc une matière qui relève pas nature du pouvoir réglementaire. La loi pouvait se borner sur ce point à poser le principe de l'existence du contrat et de la sanction, et laisser le pouvoir réglementaire définir le contenu du contrat.

Nous vous proposons donc de considérer que le grief d'inconstitutionnalité peut être écarté sans hésitation, au motif que la loi n'a ni pour objet ni pour effet de sanctionner les établissements pour des manquements commis par d'autres. Vous avez déjà refusé de transmettre une question prioritaire sur ce terrain, lorsque vous avez estimé que l'art. 728-1 du code de procédure pénale, qui définit l'affectation et l'usage de l'épargne accumulée par les détenus, n'avait en lui-même ni pour objet, ni pour effet d'imposer à ces personnes un prélèvement forcé sur ladite épargne : 19 mai 2010, T..., n° 331025, au Recueil.

Il est vrai que vous avez, par une décision du 2 juillet 2007, Fédération de l'hospitalisation privée, n° 286442, aux tables, rejeté le recours en annulation dirigé contre le décret n° 2005-1023 du 24 août 2005 qui a défini le contenu des CBUM. Dans cette décision, vous avez notamment écarté le moyen tiré de ce que le régime de sanction précisé par le décret méconnaissait le principe de responsabilité personnelle, au motif que le principe même de la sanction de la baisse du taux de remboursement résultait de la loi. Il ne faudrait pas que les requérants se retrouvent dans la situation kafkaïenne où vous écarterez l'inconstitutionnalité de la loi au motif que ce vice ne pourrait se trouver que dans le décret, et où vous écarterez le même grief à propos du décret au motif que le principe de la sanction est prévu par la loi... Mais ce que vous avez jugé en 2007, répondant strictement au moyen du requérant, c'est que le principe même d'une sanction, qu'ils contestaient, ne pouvait être utilement contesté dès lors qu'il résultait de la loi. Vous n'avez pas pris position sur la constitutionnalité de l'ensemble obligations + sanctions, qui n'était pas contesté dans le détail. Et ceci n'empêche en tout état de cause nullement qu'une sanction individuelle puisse être contestée au motif qu'elle pénaliserait des manquements dont l'établissement concerné ne saurait être tenu pour responsable. La non-transmission de la présente question prioritaire ne nous paraît donc pas susceptible de créer un risque de déni de justice.

Par l'ensemble de ces motifs, nous concluons à ce que la question prioritaire de constitutionnalité ne soit pas renvoyée au Conseil constitutionnel.