

N° 409412

**Conseil départemental de l'ordre
des masseurs-kinésithérapeutes
des Hauts-de-Seine et autres**

Nos 409869, 409874

**Conseil régional de Midi-Pyrénées
de l'ordre des médecins et autre**

Nos 409871, 409875

**Conseil régional d'Auvergne de
l'ordre des pharmaciens et autre**

Séance du 2 mai 2018

Lecture du 25 mai 2018

Décision inédite au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Les cinq instances ordinales professionnelles qui vous saisissent d'un recours pour excès de pouvoir et la sixième qui intervient à l'appui des deux requêtes relatives à l'ordre des médecins doivent bien se voir reconnaître un intérêt à contester les dispositions qu'elles critiquent, insérées au code de la santé publique par l'ordonnance n°2017-192 du 16 février 2017, non ratifiée, qui instituent une limite d'âge pour l'éligibilité aux élections ordinales et obligent la chambre de discipline de première instance à siéger dans le même département que le conseil régional ou interrégional, c'est-à-dire dans le département où l'Agence régionale de santé a elle-même son siège.

Vous jugez en effet que même des instances ordinales régionales ou départementales sont recevables à contester des dispositions réglementaires applicables sur l'ensemble du territoire national ou métropolitain, dès lors que ces dispositions mettent en cause les intérêts qu'elles sont chargées de défendre (10 juillet 1992, *Confédération des syndicats médicaux français*, n° 116876, p. 294, pour un recours d'un conseil départemental de l'ordre des médecins contre l'arrêté interministériel approuvant la convention nationale des médecins). Et l'intérêt d'un ordre professionnel à agir contre les dispositions susceptibles de porter atteinte aux intérêts de la profession qu'il représente et organise doit *a fortiori* être reconnu en ce qui concerne les dispositions relatives à sa propre organisation, comme à toute autre catégorie de personnes morales et même sans texte.

Chacune des personnes morales qui vous présente des conclusions n'a pour autant intérêt à contester ces dispositions qu'en tant qu'elles s'appliquent à la profession qu'il représente. En

particulier, si le Conseil régional d'Auvergne de l'ordre des pharmaciens et le Conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Midi-Pyrénées vous demandent l'annulation de l'ordonnance, dans son ensemble, en n'ayant critiqué dans leur requête initiale que la rédaction des articles L. 4124-7 et L. 4125-8, qui ne s'appliquent pas aux pharmaciens, leur requête doit être comprise, ainsi que cela a été clarifié par leur réponse à un moyen d'ordre public notifié par la chambre chargée de l'instruction, comme dirigé contre les dispositions du dernier alinéa de l'article L.4232-6, relatives au siège du conseil régional de l'ordre, d'une part, et contre l'article L. 4233-9, qui fixe la limite d'âge pour l'éligibilité aux conseils de l'ordre, d'autre part.

La principale interrogation que soulèvent ces requêtes porte sur le rattachement des dispositions de cette ordonnance à l'habilitation conférée par le législateur.

L'ordonnance, a été prise sur le fondement de l'article 212 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé*.

Selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel, l'article 38 de la Constitution doit être entendu comme faisant obligation au Gouvernement d'indiquer avec précision au Parlement, afin de justifier la demande qu'il présente, la finalité des mesures qu'il se propose de prendre par voie d'ordonnance dans le domaine de la loi, ainsi que leur domaine d'intervention (décisions n° 76-72 DC du 12 janvier 1977 ; n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 ; n° 2016-739 DC du 17 novembre 2016).

La censure d'une loi d'habilitation pour imprécision est exceptionnelle : une seule à ce jour (décision n°2016-745 DC du 26 janvier 2017, cons. 13 et 14). Le conseil constitutionnel estime en effet que les travaux parlementaires peuvent permettre d'éclairer ou de préciser la portée de l'habilitation accordée au Gouvernement, par des précisions qu'il reprend alors à son compte par une réserve d'interprétation (décisions n° 86-207 DC du 26 juin 1986, cons. 22 ; n° 95-370 DC du 30 décembre 1995, cons. 16 ; n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 8 et 15 ; n° 99-421 DC déjà mentionnée).

Le Gouvernement est bien au fait de ces exigences, reprises et explicitées par le Guide de légistique édité par le secrétariat général du Gouvernement avec le Conseil d'Etat.

Et vous annulez vous-même, lorsqu'elles n'ont pas été ratifiées et sont contestées devant vous, les dispositions d'une ordonnance qui excèdent l'habilitation telle que la bornent les précisions contenues dans la loi, dans une réserve d'interprétation ou tirées des travaux parlementaires. Ainsi, votre décision du 26 novembre 2001, *Association Liberté Information Santé et autres*, n°222741, p. 578, censure les dispositions d'une ordonnance procédant à une extension du champ d'application de règles de procédure pénale par rapport à l'état antérieur du droit au motif qu'elles excèdent le champ de l'habilitation à harmoniser l'état du droit donnée par la loi du 16 décembre 1999 « dans l'interprétation qui lui a été donnée par le Conseil constitutionnel avant d'en reconnaître la conformité à la Constitution », c'est-à-dire par la réserve énoncée dans sa décision n°99-421 DC.

Au vu de cette jurisprudence, l'institution d'une limite d'âge, à 71 ans, pour l'éligibilité aux élections des ordres régis par le nouvel article L. 4125-8 du code de la santé publique, notamment les médecins, et, en ce qui concerne les pharmaciens, le nouvel article L. 4233-9, est malaisée à justifier. Elle ne peut pour ces professions se rattacher qu'au 2° du I de l'article 212 de la loi d'habilitation, qui permet au Gouvernement :

« 2° De modifier la composition des conseils, la répartition des sièges au sein des différents échelons et les modes d'élection et de désignation de manière à **simplifier les règles en ces matières et à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions de membres dans l'ensemble des conseils**».

La loi d'habilitation assigne donc deux finalités aux nouvelles règles de composition des conseils : la simplification des règles et l'égal accès des femmes et des hommes aux fonctions ordinales.

Les travaux parlementaires ne donnent pas d'indication plus riche sur l'intention du législateur.

Le ministre et le Premier ministre affirment péremptoirement que l'instauration d'une limite d'âge se rattache aux deux objectifs énoncés par la loi. S'agissant de la finalité de simplification ils n'avancent aucun argument. Certes, le juge des référés du Conseil d'Etat (27 avril 2017, *conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine et autres*, n°409985) n'a pas retenu de doute sérieux sur la légalité de la disposition, en admettant expressément que les dispositions prises se rattachent à l'habilitation figurant au 2° du I de l'article 212 dès lors qu'elles « répondent à l'objectif de clarté et de simplicité assigné par le législateur ». Cependant, on peut penser qu'un objectif de simplification est plus ambitieux qu'un objectif de simplicité. Or l'instauration d'une limite d'âge qui n'existait pas est une mesure simple, mais qui ne simplifie pas, et, au contraire, complexifie l'état du droit en ajoutant une règle nouvelle dont la vérification s'imposera désormais.

S'agissant du second objectif, le ministre argumente plus : l'instauration d'une limite d'âge favoriserait la candidature et l'élection de nouveaux professionnels dans les assemblées des ordres majoritairement composées d'hommes plutôt âgés. Cependant, les requérants font valoir en défense, sans être contredits, la très faible proportion d'élus, dans la composition actuelle des conseils, que la limite d'âge empêcherait de se représenter. En réalité, le lien entre la limite d'âge pour être candidat et la parité des instances paraît trop indirect et incertain pour justifier la mesure. D'autres mesures prévues par l'ordonnance attaquée semblent à elles seules de nature à garantir cette égalité. Ainsi, l'article L4132-12 du CSP, dans sa rédaction issue de l'ordonnance attaquée, dispose : « *Les membres des conseils de l'ordre des médecins sont **élus au scrutin binominal majoritaire à un tour. Chaque binôme est composé de candidats de sexe différent.** / Par dérogation à l'alinéa précédent, lorsque le nombre de médecins d'un même sexe inscrits au tableau de l'ordre et remplissant les conditions d'éligibilité est inférieur ou égal à 30, le conseil de l'ordre est élu au scrutin uninominal majoritaire à un tour. / Les suppléants élus sont du même sexe que le membre à suppléer* ».

Or, par ailleurs, s'agissant d'une règle applicable aux élections des organes d'une personne morale de droit privée, elle ne paraît pas relever dans son principe du pouvoir réglementaire, contrairement à ce qui a été jugé pour des établissements publics tels que les chambres de métiers ou les chambres d'agriculture (14 février 1973, *Assemblée permanente des chambres de métiers*, n°85190, p. 130 ; 25 février 1981, *S...*, n°22016, p. 105). Cette disposition qui excède la compétence pouvoir réglementaire et ne répond pas à l'habilitation conférée par le législateur ne paraît donc pas figurer légalement dans l'ordonnance, pour la plupart des professions concernées.

Toutefois, s'agissant seulement des masseurs-kinésithérapeutes, le I de l'article 212 de la loi comporte au 8° une habilitation spéciale permettant « de clarifier les conditions d'exercice effectif de la profession pour **permettre aux élus retraités de siéger** au sein des organes de l'ordre ».

Cette disposition a principalement servi, au a du 2° de l'article 15 de l'ordonnance, à modifier la rédaction de l'article L. 4321-15 du code de la santé publique, pour remplacer la notion de masseurs-kinésithérapeutes « exerçant » à titre libéral ou à titre salarié par celle de masseurs-kinésithérapeutes « inscrits » à titre libéral ou à titre salarié. La clarification des conditions d'exercice de la profession prévue par la loi d'habilitation paraît donc réalisée par l'ordonnance d'une manière radicale en ce qui concerne les conditions d'éligibilité aux organes de l'ordre : la condition d'exercice effectif est tout simplement supprimée, ce qui a bien l'effet recherché par la loi, consistant à permettre expressément aux retraités demeuré inscrits à l'ordre comme ils en ont la faculté de continuer à y rechercher un mandat électif.

Cependant, alors même que l'exercice de la profession n'est pas lui-même soumis à une condition légale d'âge, l'institution, par ailleurs, d'une limite d'âge paraît bien encadrer en pratique la faculté des retraités de se présenter aux élections : lorsque seule la condition d'exercice pouvait faire obstacle à une candidature, aucune limite d'âge précise ne rendait inéligible, mais les masseurs-kinésithérapeutes devaient devenir inéligibles à mesure qu'ils cessaient d'exercer la profession, par une sorte de sortie progressive naturelle du corps électoral ; l'instauration d'une limite d'âge limite les effets, sur le corps électoral dans son ensemble, mais tout particulièrement en ce qui concerne les retraités, de la suppression de la condition d'exercice.

Vous pourrez donc admettre que, pour les seuls masseurs-kinésithérapeutes, l'auteur de l'ordonnance était bien habilité par cette disposition spéciale de la loi à instituer une limite d'âge.

Or par ailleurs le seul autre moyen invoqué à l'encontre de la disposition instituant la limite d'âge, par la requête présentée pour les masseurs-kinésithérapeutes comme par les autres requêtes présentées pour les médecins et les pharmaciens, n'est pas fondé. En effet, l'instauration d'une limite d'âge pour être candidat aux élections ordinaires, si elle peut difficilement, comme on l'a vu, être regardée sérieusement comme contribuant directement à une représentation équilibrée des deux sexes au sein des organes de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes, répond directement, en revanche, à l'objectif de concilier la possibilité pour les professionnels retraités d'être élus au sein des organes de l'ordre, d'une part, et, d'autre part, le maintien d'un lien, au moins dans le temps, entre l'exercice de la profession et celui des responsabilités ordinaires. Cet objectif d'intérêt général suffit à justifier la différence de traitement faite entre masseurs-kinésithérapeutes selon leur âge.

S'agissant maintenant de la nouvelle règle imposant à la chambre de discipline de première instance de siéger dans le département où siège le conseil régional ou interrégional et donc l'agence régionale de santé, le rattachement à l'une des dispositions d'habilitation contenue dans l'ordonnance est également raisonnablement possible. En effet, le 3° de l'article 15 permet au Gouvernement « de tirer les conséquences de la loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral sur l'organisation des échelons des ordres ».

La nouvelle carte des régions n'imposait pas mécaniquement d'ajouter aux dispositions destinées à harmoniser le ressort des ordres professionnels avec celui des nouvelles régions une règle limitant de manière nouvelle le choix du siège du conseil régional de l'ordre ou de la chambre de discipline de première instance. Liberté aurait pu être laissée aux ordres sur ce point ; une exception a d'ailleurs été prévue pour les chirurgiens-dentistes et les sages-femmes, subordonnant à une décision de leur conseil national l'extension de la nouvelle règle d'implantation du siège.

Cependant, on sait que dans le débat préalable à la nouvelle carte régionale, la discussion sur le siège des principaux organes régionaux d'administration, dans les régions fusionnées en de nouvelles régions plus vastes, s'est avérée difficile et passionnée. Cela montre bien que la redéfinition du ressort de ces instances administratives soulevait bien une question relative à l'implantation de leur siège. L'ordonnance pouvait donc se prononcer, en tout état de cause, sur cette question au titre des conséquences à tirer de la nouvelle délimitation des régions - si tant est que cette disposition ne relevait pas quant à elle de la compétence du pouvoir réglementaire.

Or, par ailleurs, les moyens contestant la légalité de la nouvelle règle ne devraient pas emporter l'annulation des dispositions en cause.

Tout d'abord, en effet, le moyen tiré d'une atteinte au principe d'égalité, au détriment des médecins et des pharmaciens, par rapport aux autres professions qui n'ont pas une telle contrainte, ou par rapport à ceux pour qui des dérogations quant au siège des audiences sont prévues, paraît inopérant, s'agissant de professions affiliées à des ordres distincts, qui peuvent être régies par des règles d'organisation différentes.

Est ensuite invoquée une atteinte excessive au droit d'accès au juge garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, la taille des nouvelles régions aggravant l'éloignement des professionnels du lieu des audiences de la juridiction disciplinaire dont ils relèvent. La critique paraît plus pertinente envers le principe d'un lieu unique pour siéger que contre la localisation précise du siège des audiences. A l'appui de ce moyen est invoquée la décision du 19 février 2010, *M... et autres*, p. 20, par laquelle vous avez annulé le décret du 6 mars 2008 en tant qu'il supprimait le tribunal de grande instance de Moulins pour unir son ressort à celui de Cusset, compte tenu notamment de la distance importante séparant ces deux villes et de la présence à proximité immédiate de Moulins d'établissements pénitentiaires à effectifs élevés.

Mais les inconvénients de l'éloignement de professionnels de leur juge disciplinaire paraissent sans commune mesure avec ceux de l'éloignement de détenus par rapport au juge de la liberté et de la détention. On peut espérer que, dans le pire des cas, un professionnel n'aura à se déplacer qu'une fois devant une instance disciplinaire, en étant prévenu de la date dans un délai raisonnable. Pour les membres de ces instances, les difficultés pratiques peuvent certes s'avérer un peu plus fortes, mais elles ne paraissent pas de nature à interdire ou à mettre trop d'obstacles à leur participation aux séances, même en Occitanie, où la chambre devra siéger dans l'Hérault, ou en Auvergne-Rhône-Alpes, où elle devra siéger dans le Rhône. Pour les pharmaciens, l'argumentation sur ce point est d'autant moins convaincante que si les dispositions issues de l'ordonnance fixent bien pour eux le siège du conseil régional de l'ordre, elles ne déterminent pas expressément celui de la juridiction disciplinaire de première instance.

Il est ensuite soutenu que la nouvelle règle méconnaîtrait l'article 1^{er} de la loi 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire. Mais il peut difficilement être tiré de cet article, qui définit « la politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire », une norme précise que méconnaîtrait la disposition contestée. Celle-ci paraît d'ailleurs dépourvue d'effet significatif en termes d'aménagement du territoire.

Enfin, sont invoqués les objectifs de la loi n°2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement et les dispositions, très générales, des articles L. 220-1 et L. 229-1 du code de l'environnement, relatives à la réduction des émissions de gaz à effet de serre : l'éloignement géographique du siège des instances ordinales serait de nature à augmenter le nombre de trajets et leur distance, ce qui aurait pour conséquence d'accroître l'émission de substances polluantes dans l'air. Cependant, aucune démonstration n'est produite d'un effet globalement négatif de la mesure sur les émissions de gaz à effet de serre.

L'ensemble de ces motifs devrait vous conduire :

- à admettre les interventions du conseil départemental de l'ordre des médecins des Hautes-Pyrénées dans les instances 409869 et 409874 ;
- sous ces deux mêmes numéros, à annuler l'ordonnance en tant qu'elle insère au code de la santé publique un article L. 4125-8, en tant que cet article s'applique aux médecins ;
- sous les numéros 409871 et 409875, à annuler l'ordonnance en tant qu'elle crée un article L. 4233-9 au code de la santé publique ;
- à mettre à la charge de l'Etat le versement au Conseil régional de Midi-Pyrénées de l'ordre des médecins et au Conseil départemental de la Haute-Garonne de l'ordre des médecins d'une somme de 3 000 euros, globalement, et d'une autre somme globale de 3000 euros pour le conseil régional d'Auvergne de l'ordre des pharmaciens et le Conseil régional de l'ordre des pharmaciens de Midi-Pyrénées ;
- sous tous ces numéros, à rejeter le surplus des conclusions des demandeurs ;
- à rejeter la requête n°409412 du conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes des Hauts-de-Seine.