

CONCLUSIONS

M. Florian ROUSSEL, Rapporteur public

Aux termes de l'accord du « Ségur de la santé », conclu en juillet 2020 avec les partenaires sociaux, le Gouvernement s'est engagé à revaloriser les carrières et les rémunérations de la fonction publique hospitalière. Afin de mettre en œuvre cet engagement, le décret n° 2020-1152 du 19 septembre 2020¹ a prévu le versement d'un complément de traitement indiciaire (CTI), d'un montant mensuel alors fixé à 183 euros.

Cette mesure, érigée au niveau législatif quelques mois plus tard, par l'article 48 de la loi n° 2020-1576 du 14 décembre 2020 de financement de la sécurité sociale pour 2021, a suscité de vives critiques. En effet, si elle s'appliquait à environ un million d'agents publics², de nombreux autres, en particulier ceux n'étant pas en poste dans les établissements de santé ou les EHPAD, étaient exclus de son bénéfice.

Ces agents, qui ont été dénommés par les commentateurs les « oubliés du Ségur », ont en partie su faire entendre leur voix et convaincre le Gvt d'élargir, pour une part d'entre eux, le champ du dispositif au cours des deux années suivantes.

Estimant que ces avancées successives demeuraient insuffisantes et généraient des distorsions entre les établissements éligibles à cet avantage et les autres, la Fédération hospitalière de France (FHF) vous a saisis d'un recours contre le refus opposé par le Gouvernement à sa demande de modification du décret du 19 septembre 2020, dans sa version actuelle, issue d'un décret n° 2022-1497 du 30 novembre 2022. C'est dans ce cadre qu'elle soulève la présente QPC, dirigée contre les dispositions aujourd'hui en vigueur de l'article 48 de la LFSS 2021.

¹ Décret du 19 septembre 2020 relatif au versement d'un complément de traitement indiciaire à certains agents publics

² Soit un coût en année pleine évalué à 3,7 milliards d'euros

Le cadre juridique applicable

■ Il nous faut d'abord revenir sur ce dispositif inédit dans la fonction publique que constitue le CTI. Il consiste à attribuer une indemnité exprimée sous forme de points d'indice, et ce dans le but de favoriser l'attractivité de certains emplois au sein de la fonction publique hospitalière. Contrairement, par exemple, à la NBI, il n'a pas pour objet de compenser les sujétions particulières auxquelles sont soumis certains agents, et est ainsi attribué sans prise en compte des responsabilités ou de la technicité en lien avec les fonctions concernées.

Il bénéficie, par ailleurs, également aux contractuels, sous la forme d'un complément de salaire d'un montant équivalent à l'indemnité versée aux agents titulaires.

■ A l'origine, le décret du 19 septembre 2020, puis l'article 48 de la LFSS 2021, prévoyaient son attribution aux seuls personnels exerçant au sein des établissements publics de santé, des groupements de coopération sanitaire et des EHPAD³, à l'exception des professionnels médicaux⁴, comme les médecins, qui bénéficiaient d'autres mesures salariales⁵.

■ Puis, deuxième étape, à la suite d'une mission conduite par Michel Laforcade pour renforcer l'attractivité du secteur social et médico-social, l'article 42 de la loi n° 2021-1754 du 23 décembre 2021 de financement de la sécurité sociale pour 2022 a refondu l'article 48 de la précédente loi.

Il étend d'abord la liste des établissements dont l'ensemble des personnels, même non médicaux, bénéficient de la mesure, en y incluant l'ensemble des personnels non médicaux des établissements sociaux et médico-sociaux rattachés à un établissement public de santé ou à un EHPAD (6° et 7° du A du I du nouvel article).

Et il attribue également le CTI à certains agents des établissements sociaux et médico-sociaux autonomes financés par l'assurance maladie⁶, en particulier les personnels soignants et

³ ainsi que des hôpitaux des armées ou de l'Institution nationale des invalides

⁴ ainsi que les personnels médicaux en formation (dont les internes des hôpitaux des armées et élèves des écoles du service de santé des armées

⁵ comme la revalorisation de l'indemnité d'engagement de service public exclusif (IESPE) portée à 1 010 euros brut mensuels, ou des modifications des grilles de rémunération des praticiens hospitaliers

⁶ agents publics, titulaires ou contractuels, exerçant les fonctions d'aides-soignants, d'infirmiers, de cadres de santé de la filière infirmière et de la filière de rééducation, de masseurs-kinésithérapeutes, de pédicures-

auxiliaires de vie (B du I de l'article 48)⁷. L'article 43 de la loi en élargit le périmètre à certains établissements de cette liste qui sont financés par les départements, le coût de la mesure devant alors être compensé par la CNSA.

- La troisième étape porte sur les agents du secteur privé non-lucratif, pour lesquels un complément de rémunération équivalent au CTI a été défini par un accord des partenaires sociaux de la branche concernée, le 2 mai 2022, avant d'être étendu par arrêté ministériel le 17 juin suivant.

- Enfin, dernière étape à ce jour, à l'issue de la Conférence des métiers de l'accompagnement social et médico-social du 18 février 2022 et de l'accord conclu entre le Premier ministre et le président de l'Assemblée des départements de France, la loi de finances rectificatives 2022 a étendu le bénéfice du CTI à certains des agents exerçant dans des établissements autonomes qui en étaient jusqu'alors exclus.

Outre les puéricultrices, ajoutées aux professionnels mentionnés aux B du I, la loi intègre également, dans un nouveau C, les personnels exerçant, à titre principal, des fonctions d'accompagnement socio-éducatif (le décret d'application précise qu'il s'agit des seuls personnels de la fonction publique hospitalière) et, dans un D, les personnels exerçant des missions d'aide à domicile auprès des personnes âgées ou des personnes handicapées⁸. Elle énumère, pour chacun, les seules catégories d'établissements concernés⁹.

Comme le résume le rapport de la commission des finances du Sénat¹⁰, « *il était inéquitable que des personnels paramédicaux rattachés à la fonction publique qui exercent exactement les mêmes fonctions soient ou ne soient pas éligibles à la revalorisation du Ségur selon la structure dans laquelle ils travaillent* ».

podologues, d'orthophonistes, d'orthoptistes, d'ergothérapeutes, d'audioprothésistes, de psychomotriciens, d'auxiliaires de puériculture, de diététiciens, d'aides médico-psychologiques, d'auxiliaires de vie sociale ou d'accompagnants éducatifs et sociaux

⁷ Le CTI a, en outre, été étendu, à compter du 1er septembre 2021, aux agents de la fonction publique hospitalière lorsqu'ils suivent des études favorisant la promotion professionnelle et préparant aux diplômes ou certificats du secteur sanitaire et social

⁸ Trois décrets du 28 avril 2022 avaient anticipé la mesure, mais pour la fonction publique territoriale, le versement était subordonné à une délibération de la collectivité.

⁹ Le coût supplémentaire était estimé à 455 millions d'euros en année pleine.

¹⁰ Rapport n° 846 (2021-2022) de M. Jean-François Husson, rapporteur général, fait au nom de la commission des finances, déposé le 28 juillet 2022

▪ Toutefois, certains agents en poste dans les établissements sociaux et médico-sociaux restent exclus du dispositif. Outre certains personnels de la fonction publique territoriale, dont la situation n'est pas ici en débat, la FHF souligne que tel est le cas d'une partie des agents des filières administrative, technique et ouvrière et ceux des services hospitaliers qualifiés (ASHQ), qui sont principalement chargés de l'entretien et de l'hygiène des locaux de soins.

Ceux-ci ne peuvent, en effet, prétendre au CTI que si leur établissement est mentionné au A du I de l'article 48, liste qui exclut en particulier comme on l'a vu les établissements sociaux et médico-sociaux autonomes, à l'exception des EHPAD. Tout l'objet du présent recours est de déterminer si cette différence de traitement est ou non légalement justifiée.

Conditions de recevabilité de la QPC

Si le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé sur la conformité à la Constitution de l'article 48 de la LFSS 2021 dans ses trois versions successives, la condition d'applicabilité au litige soulève, en revanche, deux difficultés.

1° La première est paradoxalement évoquée par la requérante elle-même, dans son recours au fond. Elle y défend, en effet, l'idée que la loi ne ferait pas obstacle à ce que le pouvoir réglementaire étende son champ d'application au-delà du périmètre qu'elle définit. La QPC n'a ainsi été soulevée que dans l'hypothèse où vous ne partageriez pas cette interprétation, en considérant que la loi fait bien écran.

Pour répondre à cette première question, il nous semble inutile de prendre parti sur le point de savoir si la mesure relevait du domaine de la loi au sens de l'article 34 de la Constitution, ce qui était à tout le moins le cas en ce qui concerne sa portée rétroactive, et, peut-être également, en ce qui concerne l'incidence du CTI sur les droits à pension des agents.

Il nous suffit d'observer qu'au vu de la formulation de l'article 48, qui détermine les catégories d'agents auxquels cet avantage « est versé », le législateur a bien réservé son bénéfice aux seuls agents qu'il énumère, en excluant donc son extension aux autres, ce que les travaux préparatoires confirment, si besoin était. Il ne vous appartient pas de déterminer s'il a empiété sur la compétence du pouvoir réglementaire.

C'est d'ailleurs en ce sens que vous vous êtes prononcés, à nos conclusions, le 31 mai 2022, sur un précédent recours dirigé contre le décret dans sa version initiale (Fédération Sud Santé sociaux, n° 446655). Vous avez alors retenu que la loi intervenue ultérieurement faisait écran¹¹.

2° La seconde question d'applicabilité au litige est soulevée par le ministre, qui soutient que le sort de la QPC est insusceptible d'avoir une incidence sur l'appréciation de la légalité de la décision attaquée, dès lors que, compte tenu de l'écran législatif, il se trouvait en situation de compétence liée pour rejeter la demande d'abrogation dont il était saisi...

- Le raisonnement nous semble cependant difficile à suivre en l'état de votre jurisprudence.

Vous admettez, en effet, *d'une part*, qu'une QPC puisse être soulevée à l'occasion d'un recours contre un acte qui ne fait que reprendre les termes des dispositions législatives contestées, comme, par exemple, une circulaire prescrivant aux services déconcentrés de les appliquer (CE, 9 juillet 2010, M..., n° 339081, A).

La circonstance que le recours en annulation ne constitue qu'un prétexte permettant de contester la loi est, à cet égard, sans incidence (V. par ex. CE, 13 avril 2016, Cimade, n° 394114, C, s'agissant du refus d'abroger un texte réglementaire). Importe ainsi uniquement le fait que l'abrogation par le Conseil constitutionnel des dispositions contestées priverait de base légale l'acte administratif attaqué et justifierait ainsi son annulation ou, tout au moins, comme le soulignait Aurélie Bretonneau dans ses conclusions sur cette décision, la perte d'objet du recours.

Vous reconnaissez, *d'autre part*, aux requérants la possibilité de contester une loi au regard du principe d'égalité en tant qu'elle ne s'applique pas à la situation à l'origine du litige (CE, 14 avril 2010, L..., n° 336753, A).

- L'application de ces deux jurisprudences doit ainsi normalement vous conduire à juger que l'article 48 de la LFSS 2021 est bien applicable au litige tendant à l'abrogation du décret du 19 septembre 2020 modifié.

¹¹ V. pour un raisonnement en tous points analogue, 17 février 1960 Susini, n° 18737 ; 17 novembre 2000, Fédération française des magasins de bricolage, n° 214439

Si la configuration peut sembler assez originale en ce que ce décret préexiste à la loi, il ne saurait être considéré que la loi s'est substituée au décret, qu'elle l'a implicitement abrogée. En effet, le décret ne se borne pas à définir le champ d'application du dispositif, il précise également ses modalités d'application. Et, dans tous les cas, le pouvoir réglementaire a régulièrement actualisé la liste des agents bénéficiaires du CTI, tout en la précisant sur certains points, à la suite de l'élargissement progressif de son périmètre par le législateur.

Si le Conseil constitutionnel venait à juger la loi non conforme à la Constitution en tant qu'elle exclut de façon injustifiée de son champ d'application certains agents ou certains établissements, il renverrait vraisemblablement au législateur le soin de prévoir de nouvelles dispositions applicables aux litiges en cours, comme il l'a fait dans sa décision n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010 relative à la cristallisation des pensions. Et il vous appartiendrait alors d'en faire application au présent litige, ce qui pourrait vous conduire à annuler la décision de refus de modifier le décret ou à constater que la demande de la FHF a été satisfaite (Ass., 13 mai 2011, R..., n° 316734, A).

- Les précédents que cite le ministre ne nous semblent nullement contradictoires avec ce qui précède.

Ainsi, dans votre décision section française de l'OIP du 11 avril 2018 (n° 417471, B), vous vous êtes fondés sur la circonstance que la question de la constitutionnalité des dispositions législatives critiquées, qui prévoyaient des incriminations pénales, était sans incidence sur la légalité du décret attaqué, celui-ci n'ayant pas pour objet de préciser la définition de ces infractions.

Et dans vos décisions Lefebvre du 30 septembre 2020 (n° 439789, C) et Société World Actu Magazines du 28 septembre 2020 (n° 441171, B), vous avez jugé que le Premier ministre était tenu de rejeter la demande de délégalisation dont il avait été saisi, les dispositions critiquées relevant bien du domaine de la loi.

Caractère sérieux du grief soulevé

La question soulevée, qui invoque le seul principe constitutionnel d'égalité, ne présentant, c'est un euphémisme, aucun caractère de nouveauté, il vous reste à vous prononcer sur son caractère sérieux.

Cadre d'examen

On sait que ce principe conduit le juge à apprécier si la différence de traitement invoquée est justifiée par une différence de situation ou par des raisons d'intérêt général. Vous avez récemment précisé, dans une décision Fédération Sud Education du 12 avril 2022 (4/1, n° 452547, A), que ces modalités de mise en œuvre du principe sont applicables à l'édiction de normes régissant la situation d'agents publics qui, en raison de leur contenu, ne sont pas limitées à un même corps ou à un même cadre d'emplois de fonctionnaires. Il nous semble pertinent de transposer ce raisonnement dans le cadre de l'examen des QPC.

En l'espèce, l'existence d'une différence de traitement n'est pas contestable, certains agents de la fonction publique hospitalière étant exclus du bénéfice du CTI, sans bénéficier, par ailleurs, d'un avantage de rémunération analogue.

L'objet des dispositions critiquées est, nous l'avons dit, de renforcer l'attractivité des carrières au sein de la fonction publique hospitalière, dans un contexte où nombre d'établissements publics et privés, sanitaires, sociaux ou médico-sociaux, sont confrontés à de graves difficultés de recrutement, rendues plus marquantes encore depuis la crise sanitaire, ce qui met en péril la continuité du service.

Un tel objet est, à l'évidence, de nature à justifier une différence de traitement, ainsi que le Conseil constitutionnel l'a déjà admis, dans une décision n° 2019-792 QPC du 21 juin 2019, où étaient en cause des dispositions réservant aux seuls praticiens exerçant dans le secteur public des dérogations à l'interdiction de facturation de dépassements d'honoraires (V. dans le même sens, CE, 28 septembre 2022, association Hôpital Foch, n° 462637, C).

Analyse

▪ Au vu de l'objet des dispositions critiquées, le législateur dispose, nous semble-t-il, d'une très grande latitude dans la détermination des emplois de la fonction publique hospitalière éligibles au CTI, au vu des enjeux qui s'attachent à favoriser leur attractivité et de faire face à d'éventuelles difficultés de recrutement. Plus forte encore, sans doute, que lorsqu'il s'agit de comparer la pénibilité des fonctions, comme c'est le cas en matière de NBI.

Ainsi, par exemple, il pouvait très bien, en 2020, choisir d'exclure de son bénéfice les agents des établissements sociaux et médico-sociaux hors EHPAD, en estimant que c'est le

recrutement dans les établissements de santé et les maisons de retraite qui devait être privilégié. Il s'agit d'un choix essentiellement politique, dans lequel le juge peut difficilement interférer, sauf incohérence absolument manifeste. Et, pour la même raison, l'absence d'attribution du CTI aux personnels administratifs et techniques ne peut constituer par elle-même un motif d'inconstitutionnalité.

Par ailleurs, rien ne s'opposait non plus à ce que le législateur attribue le CTI à tous les agents d'une même catégorie d'établissements, tant pour des raisons d'attractivité que pour des considérations d'ordre social au sein de ces structures.

■ Mais comme nous l'avons vu, l'option retenue dans la version de l'article aujourd'hui en vigueur est bien plus complexe et moins lisible, comme cela ressort d'ailleurs du volume et de la complexité des dispositions critiquées. Le législateur ne distingue pas uniquement en fonction des emplois exercés mais également selon la nature des établissements, voire parfois également selon les corps et cadres d'emplois.

Un même emploi administratif ou technique, exercé dans des conditions analogues, pourra ou non ouvrir droit au bénéfice de cet avantage, selon que l'établissement social ou médico-social employeur est ou non rattaché à un établissement public de santé ou un EHPAD.

La question est de savoir si ce critère de rattachement constitue ou non un critère pertinent.

Or, en réponse à l'argumentation très développée de la QPC sur ce point précis, le ministre n'allègue pas que cette différence de traitement serait justifiée par une plus faible attractivité de ces mêmes fonctions au sein des organismes rattachés à un établissement de santé ou un EHPAD. La FHF souligne, sans être contredite, que les enjeux de continuité des soins sont les mêmes pour tous les organismes et qu'il n'existe pas de différence de médicalisation entre ces catégories d'établissements.

Le ministre ne fait pas non plus valoir que ce rattachement induirait une pénibilité supplémentaire. Et celle-ci peut difficilement être présumée, en particulier pour les fonctions support. Comme le fait valoir la FHF, « *on ne voit pas en quoi le travail d'un adjoint administratif affecté au service des ressources humaines d'un EHPAD différerait du travail d'un même agent exerçant au sein d'un ESMS autonome* ».

- Au-delà de la marge d'appréciation générale laissée au législateur sur ces questions, le seul point qui pourrait faire hésiter porte sur l'argument, brièvement évoqué par le ministre, selon lequel certains agents en poste dans les organismes rattachés exerceraient parfois une partie de leurs fonctions dans les services sanitaires de l'établissement de rattachement.

Cependant, le ministre ne fait état d'aucun élément sur la proportion d'agents concernés (on imagine qu'il ne s'agit que de certains agents des services hospitaliers qualifiés et pas des personnels techniques et administratifs) ou sur les conséquences en termes d'attractivité pour ces personnels non médicaux. Il se borne en fait à évoquer une difficulté d'ordre administratif relative à la nécessité qui en résulterait de quantifier le temps passé dans l'un ou l'autre établissement.

Cependant, si les fonctions s'exercent vraiment dans les mêmes conditions dans les deux cas, cet obstacle n'a rien de dirimant. Il suffisait, par exemple, de s'en tenir à l'identité de l'employeur ou encore de privilégier le critère de l'activité principale, comme cela a, par ailleurs, été prévu en ce qui concerne l'exercice de fonctions d'accompagnement socio-éducatif.

Et, à l'inverse, la FHF insiste sur les distorsions entre établissements qu'implique le choix d'un tel périmètre du CTI. Les établissements autonomes se trouvent confrontés pour ce motif à une pénurie de certains personnels.

- Enfin, le ministre n'évoque pas de motif d'intérêt général de nature à justifier la différence de traitement. Il souligne certes le coût financier que représenterait l'extension du dispositif, mais celui-ci est, en tout état de cause, à relativiser puisqu'il l'évalue à 40 millions d'euros par an pour les agents de la fonction publique hospitalière qui font seuls l'objet du présent recours (soit 3 000 personnes en poste dans les établissements autonomes relevant du champ du handicap et 1 000 dans ceux relevant de la protection de l'enfance¹²).

¹² Le ministre évalue le coût à un montant total de 770 millions d'euros en année pleine en cas d'extension aux agents des autres fonctions publiques travaillant dans ces structures et aux personnels du secteur privé (soit 160 000 personnes au total). Ainsi que l'explique la FHF dans ses écritures, une partie de la protection de l'enfance est, en effet, assurée par des établissements qui sont gérés en régie directe par les conseils départementaux relevant de la fonction publique territoriale. La restriction à la fonction publique hospitalière n'est pas posée expressément dans la loi mais nous supposons qu'elle ressort du décret précisant les corps, de cadres d'emplois ou de spécialités auquel renvoie le C du I.

Dans tous les cas, ces considérations ne peuvent justifier à elles seules le choix des critères retenus. Il appartient au législateur de fixer les critères d'attribution d'un avantage financier sur des bases rationnelles ; il ne peut se retrancher derrière des considérations financières pour justifier des critères qui seraient dépourvus de tout caractère objectif¹³.

Dans ces conditions, et même si l'hésitation est permise au regard de la marge d'appréciation quant au choix des critères, le grief tiré de la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité nous paraît, en l'état du débat contentieux, suffisamment sérieux pour justifier la transmission au Conseil constitutionnel des dispositions de l'article 48 de la LFSS 2021, en ce qu'elles excluent du bénéfice du CTI les agents titulaires et contractuels, relevant de la fonction publique hospitalière, des filières administrative, technique, ouvrière, ainsi que les agents des services hospitaliers qualifiés de la filière soignante en poste dans les établissements publics sociaux et médico-sociaux autonomes, à l'exception de ceux employés dans les EHPAD.

Tel est le sens de nos conclusions.

¹³ Peut-être, comme le suggère la lecture des débats parlementaires, la question des incidences budgétaires pour les départements a-t-elle été prise en compte, la compensation par la CNSA n'étant désormais plus totale. Mais un tel compromis politique ne saurait, en tout état de cause, être invoqué pour justifier la différence de traitement.