

CONSEIL D'ETAT

SECTION DU CONTENTIEUX

NOUVELLES OBSERVATIONS



POUR :

La Fédération Nationale des Syndicats des Services de Santé et
Services Sociaux CFDT

SCP H. MASSE-DESSEN, G. THOUVENIN

Au soutien du recours n° 243385

Le nouveau mémoire présenté par l'UNIFED appelle de la part du
syndicat requérant quelques brèves observations.

V.

En se fondant sur la jurisprudence *Association AC !* (CE Ass. 11 mai 2004, p. 197, concl. C. Devys), l'UNIFED demande à la Haute Assemblée qu'il soit dérogé, au cas présent, à titre exceptionnel, au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et « *de prévoir soit que les effets du décret attaqué antérieurs à son annulation seront regardés comme définitifs soit que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure à déterminer* », et ce, en raison des « *conséquences manifestement excessives* » en termes financiers qu'emporterait une annulation rétroactive.

L'organisation exposante ne peut que constater que l'UNIFED avance, sans les justifier, des chiffres dont elle reconnaît elle même le caractère approximatif. On les prendra donc comme tels, et comme une approximation résultant d'hypothèses maximalistes. Ils démontrent en tout cas l'importance du préjudice subi par les salariés du secteur.

Mais même si on prend en compte cette hypothèse, elle ne justifie pas la conclusion qu'en tire l'organisation patronale.

Par l'arrêt susvisé, explicité par les conclusions de son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat a en effet précisé que la limitation dans le temps des effets de l'annulation ne devait être utilisée par le juge qu'à titre exceptionnel - l'annulation rétroactive demeurant la voie normale - ce qui limite cette faculté aux cas où les effets d'une annulation rétroactive apparaîtraient véritablement déstabilisateurs au regard de l'importance quantitative des situations juridiques concernées et de la complexité de leur régularisation, de telle sorte ceux-ci rendraient nécessaire le recours à une loi de validation pour un motif impérieux d'intérêt général.

Il appartient alors au juge administratif de mettre en balance deux éléments fondamentaux :

- d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les intérêts publics ou privés en présence ; ce sont ici ceux que l'UNIFED met avant.

- d'autre part, les inconvénients que présenterait au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, la modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse.

Or, on relève tout d'abord que l'UNIFED est totalement taisante sur ce second élément ; elle ne considère en effet ni les principes fondamentaux que sont le principe de légalité et le droit à un recours effectif et n'envisage même aucune réserve liée aux actions contentieuses déjà engagées par les salariés concernés à l'encontre des décisions prises sur le fondement du décret litigieux.

Elle est surtout totalement taisante sur le fait que ne pas donner d'effet à l'annulation pour toute la durée de la procédure reviendrait à offrir aux employeurs la possibilité de se prévaloir d'une situation qu'ils ont contribué à créer, en ne prenant pas les mesures nécessaires pour faire face au rétablissement de la légalité., notamment par la négociation.

A et égard, l'organisation exposante rappelle qu'elle n'a cessé depuis 2001 de demander la négociation sur le travail de nuit, et ce en vain.

En toute hypothèse, il ne sera pas inutile d'observer que les organisations d'employeurs étaient averties des risques d'annulation dès le dépôt des recours, encore plus dès l'arrêt du 3 décembre 2003 posant la question préjudicielle.

En quelque sorte, l'UNIFED revendique une prime à la durée de la procédure au détriment des seuls salariés, les employeurs entendant bénéficier d'une forme d'effet d'aubaine, alors qu'il leur appartenait de se prémunir des suites d'une annulation, et non d'en faire peser les risques sur les salariés.

L'UNIFED est encore taise sur les obligations résultant de la directive en cause, et notamment sur le fait que, dans la présente espèce, la Cour de Justice a insisté sur le fait que la directive énonce des règles de droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé » (point 49).

Or, le délai de transcription de la directive étant dépassé, et celle-ci étant applicable, différer son application en n'annulant pas le décret attaqué ab initio serait purement et simplement constituer la France en infraction avec la directive, ce qui ne peut légalement être l'effet d'une décision de la Haute Assemblée.

Quant au premier élément, qui concerne les conséquences de la rétroactivité de l'annulation, il appelle trois observations.

En premier lieu, le risque financier ici en cause est lié à l'éventualité de demandes de rappel de salaires par les salariés du secteur exigeant le paiement des heures d'équivalence aux mêmes conditions que les heures de travail.

Or, un tel risque ne peut *a priori* être forfaitisé.

En deuxième lieu, ce risque semble d'autant plus aléatoire qu'il reste à débattre de l'effet de l'annulation à intervenir sur les obligations financières des employeurs, question qui, à ce jour, est loin d'être réglée.

En troisième lieu en tout cas, on ne peut tenir compte de calculs qui remontent avant même l'entrée en vigueur du décret attaqué et dont l'exagération est évidente.

En quatrième lieu, enfin, les effets rétroactifs de l'éventuelle annulation à intervenir du décret litigieux apparaissent en réalité dénués de conséquences effectives en termes financiers, dès lors qu'une éventuelle annulation ne déboucherait pas a posteriori sur un vide juridique.

En faisant disparaître rétroactivement l'acte annulé, qui serait réputé n'être jamais intervenu, (CE 26 décembre 1925, Rodière, p 1065, RDP 1926.32, concl. Cahen-Salvador ; S. 1925. 3.49, note Hauriou), une telle annulation aboutirait à replacer les établissements sociaux et médico-sociaux dans la situation antérieure à celle dans laquelle ils se trouvaient avant l'entrée en vigueur du décret contesté, c'est-à-dire sous l'empire de l'article 29 de loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 portant validation.

Il n'y aurait donc aucun vide juridique jusqu'à l'entrée en vigueur d'un nouveau décret, ou la conclusion d'une nouvelle négociation prenant en compte les intérêts des parties, et notamment l'obligation de non régression, résultant de l'article 23 de la directive..

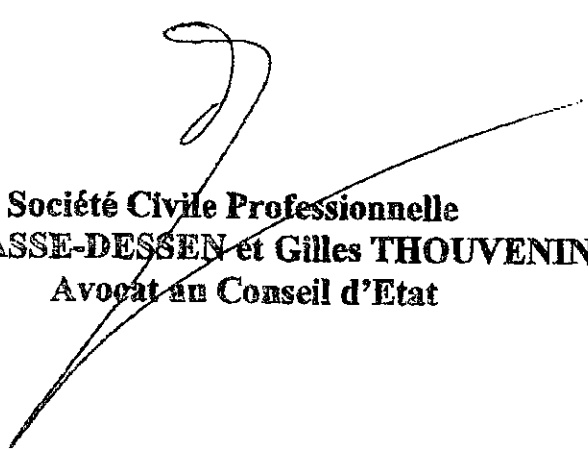
Au regard des intérêts mis en avant par l'UNIFED, il apparaît par conséquent que les conséquences possibles d'une annulation rétroactive seraient, somme toute, très limitées.

Il apparaît au contraire qu'une telle limitation mettrait en péril des principes essentiels de légalité interne et européenne.

Il n'en demeure pas moins que le nouveau décret à intervenir devra assurément respecter les prescriptions communautaires minimales en matière de santé et de sécurité au travail, ce qui condamne par avance un régime fixant une durée d'équivalence supérieure à la limite de 48 heures hebdomadaires, en sorte que le juge pourrait alors opportunément enjoindre à l'administration d'édicter, dans un délai raisonnable qu'il lui plaira de fixer, les dispositions appelées à se substituer aux dispositions annulées.

PAR CES MOTIFS, et tous autres à produire, déduire ou suppléer au besoin d'office, le syndicat exposant persiste dans les conclusions de son recours, y ajoutant, conclut qu'il plaise au Conseil d'Etat :

- **ENJOINDRE** à l'administration, à défaut d'accord des partenaires sociaux, d'édicter les dispositions appelées à se substituer aux dispositions annulées, dans le respect des seuils communautaires applicables, et du principe de non régression, et ce dans un délai qu'il appartiendra à la Haute Assemblée de fixer.



Société Civile Professionnelle
Hélène MASSE-DESSEN et Gilles THOUVENIN
Avocat au Conseil d'Etat