



HAL
open science

Les institutions sociales et médico-sociales, l'article 29 de la "loi Aubry II" et les exigences de la jurisprudence européenne en matière de lois de validation

Olivier Poinso

► To cite this version:

Olivier Poinso. Les institutions sociales et médico-sociales, l'article 29 de la "loi Aubry II" et les exigences de la jurisprudence européenne en matière de lois de validation. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2002, 2002/1, pp.98-116. hal-00761697

HAL Id: hal-00761697

<https://hal.science/hal-00761697>

Submitted on 6 Dec 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

- Les statuts le prévoient expressément, et que la rémunération soit décidée par l'organe délibérant à la majorité des deux tiers ;
- la rémunération, liée à l'exercice de la fonction de dirigeant, corresponde aux sujétions imposées à celui-ci ;
- l'association assure la transparence de son financement, et le contrôle de celui-ci ;
- elle procède à l'élection régulière et périodique de ses dirigeants.

On rappellera que la loi n° 2001-1275 du 28 décembre 2001 (JO 29 déc. 2001) oblige les dirigeants rémunérés à s'affilier au régime général de sécurité sociale.

- *Loi de finances pour 2002* (JO 29 déc. 2001).

Cette loi a porté à 60 000 euros le plafond des recettes accessoires hors taxes permettant à l'association de conserver le caractère désintéressé de sa gestion (soit 393 574 F au lieu de 250 000 F auparavant).

E. A.

C. Les établissements spécialisés

Chronique

Les institutions sociales et médico-sociales, l'article 29 de la « loi Aubry II » et les exigences de la jurisprudence européenne en matière de lois de validation

Olivier POINSOT

*Adjoint au chef de cabinet du directeur général de l'ASEI chargé du contentieux**

La loi n° 2001-37 du 19 janvier 2001 relative à la réduction négociée du temps de travail (dite « loi Aubry II ») a suscité, au Parlement comme dans la société civile, des débats importants et quelquefois houleux sur des aspects essentiels de la politique de l'emploi tels que la responsabilité des entreprises dans la résorption du chômage, le rôle et la représentativité des organisations syndicales dans la définition et la mise en œuvre du droit du travail – avec les prolongements que

(*) Association pour la sauvegarde des enfants invalides (ASEI), association reconnue d'utilité publique gestionnaire de 45 établissements comprenant 91 services sanitaires, sociaux et médico-sociaux pour enfants et adultes handicapés en Midi-Pyrénées et Languedoc-Rousillon. Nous tenons à remercier M. Gérard Modolo, directeur général de l'ASEI, d'avoir bien voulu favoriser la rédaction et la publication de cette chronique.

l'on connaît à présent s'agissant de la gestion paritaire des organismes de sécurité sociale –, la réduction du temps de travail comme facteur de progrès social ou, au contraire, comme entrave au développement de la compétitivité des entreprises françaises dans le contexte économique libéral de la mondialisation. La presse s'est largement fait l'écho, non seulement des revendications des syndicats et des préoccupations des organisations patronales, mais également du point de vue de l'Etat – à l'origine du projet – dont l'une des tâches les plus ardues a consisté dans la définition des ressources du financement des aides incitatives accompagnant le nouveau dispositif. La discussion demeure ouverte et se poursuivra dans les mois à venir, les entreprises de moins de vingt salariés – les très petites entreprises ou TPE – devant se soumettre à la législation nouvelle à compter du 1^{er} janvier 2002.

Dans cette discussion, les intérêts du secteur social et médico-social ont pu être exprimés. Ont ainsi été évoquées les modalités d'agrément, par le ministère de l'Emploi et de la Solidarité, des accords collectifs d'application en vertu de l'article 16 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales (1). A également été abordée la question de la sécurisation des accords collectifs d'ores et déjà conclus en application de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 dite « loi Aubry I », sécurisation au nom de laquelle a d'ailleurs été adopté l'article 28 de la loi nouvelle (2). Enfin, le Parlement a envisagé de manière spécifique la question de la validité des mécanismes conventionnels de rémunération par équivalence.

Il faut préciser à ce sujet que compte tenu de leur activité, les établissements sociaux et médico-sociaux peuvent être appelés à héberger leurs usagers en internat. Une telle situation requiert la présence nocturne *in situ* de salariés aux compétences diverses (paramédicale, éducative ou médico-psychologique) en fonction des publics accueillis. Les agents qui assurent cette permanence demeurent couchés dans une chambre dite « de veille » et ne se réveillent qu'en cas d'appel d'un usager. S'agissant de leur rétribution, les conventions collectives applicables au secteur (conventions collectives nationales des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966 et des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 oct. 1951) ont toujours explicitement prévu cette situation particulière, en instituant un mode de rémunération dissocié entre les temps d'intervention auprès des usagers, rétribués comme temps de travail effectif, et les heures de présence couchée, payées par équivalent à un travail effectif de moindre durée (ex. : 20 minutes payées pour 1 heure de veille assurée).

(1) V. notamment rap. n° 1921 AN et 70 S. déposés devant la Commission mixte paritaire le 16 nov. 1999, p. 3. En pratique, le nombre très important des accords soumis à l'avis de la Commission nationale d'agrément a suscité des délais de traitement qui, en dépit d'un allongement du délai réglementaire d'examen de deux à quatre mois, sont demeurés suffisamment longs pour mettre les organismes gestionnaires – y compris les plus diligents – en difficulté face à des organisations syndicales loin d'être unanimes et donc particulièrement exigeantes. De fait, dans l'attente des agréments ministériels, s'est posée la question de la rémunération des heures supplémentaires de la 36^e à la 39^e heure, cette difficulté n'étant qu'une illustration des dysfonctionnements qui ont pu contribuer à la dégradation du climat social à l'occasion de la négociation de la réduction du temps de travail.

(2) V. pour plus de détails : Liaisons soc. quot. n° 8043 du 24 déc. 1999, Cah. légis. soc. « Loi des 35 heures », p. 24.

Or, au vu de la nouvelle définition du temps de travail effectif introduite par la « loi Aubry I » (3), les heures de permanence nocturne en chambre de veille auraient dû être considérées comme temps de travail effectif. Confrontés à cette difficulté, les employeurs du secteur avaient alors invoqué à leur bénéfice le fait que les conventions collectives dont les mécanismes d'équivalence étaient issus avaient été agréées conformément à l'article 16 de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales. Mais dans le dernier état de sa jurisprudence (4), la Cour de cassation avait refusé de voir dans les arrêtés d'agrément une autorisation administrative comparable aux décrets prévus par le code du travail. Partant, les organismes gestionnaires étaient exposés à subir de nombreuses actions judiciaires en rappel de salaire.

Le Parlement est donc intervenu pour résoudre cette difficulté en opérant la distinction suivante :

- pour l'avenir, les heures de permanence nocturne passées en chambre de veille devraient être rémunérées comme temps de travail effectif, le droit du travail subrogeant la validité des régimes de rémunération par équivalence, soit à l'adoption préalable d'un décret pris en Conseil d'Etat (art. L. 212-4 c. trav.), soit à la signature d'un accord collectif entériné par décret (art. L. 212-2) ;
- pour le passé et jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les paiements effectués en application d'un mécanisme conventionnel d'équivalence seraient validés rétroactivement, sous réserve des litiges ayant déjà fait l'objet d'une décision judiciaire définitive.

Cette validation rétroactive a été introduite par un amendement sénatorial en première lecture du projet de loi (5). Le projet définitif l'a conservée en son article 29 (6). Par la suite, le contrôle de constitutionnalité opéré à l'initiative des parlementaires de l'opposition ne l'a pas remise en cause (7).

Une fois le texte entré en vigueur (8), certains organismes gestionnaires, en litige avec leurs agents à propos de la validité du mode de rémunération par équivalence, ont invoqué devant le juge l'application de l'article 29. Mais au terme de

(3) Art. L. 212-4, al. 1^{er} c. trav. (L. n° 98-461 du 13 juin 1998) : « la durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

(4) Soc. 29 juin 1999, *PEP de l'Indre c/ Auffrere et autres*, Bull. civ. V, n° 307.

(5) Projet de loi modifié par le Sénat et délibéré en séance publique le 4 nov. 1999, art. 14 bis introduit par amendement des sénateurs Jean Cherioux et Alain Gournac.

(6) « Art. 29 - Sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, sont validés les versements effectués au titre de la rémunération des périodes de permanence nocturne, comportant des temps d'inaction, effectuées sur le lieu de travail en chambre de veille par le personnel en application des clauses des conventions collectives nationales et accords collectifs nationaux de travail agréés en vertu de l'article 16 de la loi n° 75-535 relative aux institutions sociales et médico-sociales, en tant que leur montant serait contesté par le moyen tiré de l'absence de validité desdites clauses » (JO 20 janv. 2001, p. 988).

(7) Cons. const. 13 janv. 2000, n° 99-423 DC (JO 20 janv. 2000, p. 992 et s.). M. Lhernould précise à cet égard (La loi validant le paiement des heures en chambre de veille dans le secteur social et médico-social et l'article 6 § 1 de la Convention EDH, Dr. soc. 2001.723) que s'agissant des dispositions de « sécurisation juridique », seul l'article 28 a été déféré au contrôle de la Haute autorité.

(8) Le 1^{er} février 2001, conformément aux termes de l'article 37 de la « loi Aubry II » (JO 20 janv. 2000, p. 991), et non le 22 janvier 2001, date de sa promulgation.

divergences entre les juges du fond (9), la Cour de cassation a, par un arrêt du 24 avril 2001 (10), refusé d'en faire application et a condamné l'employeur à servir des rappels de salaire au salarié (11).

Cette position du juge suprême, qui a fait délibérément abstraction de la volonté du législateur, peut être discutée à divers points de vue. D'une part, fondée sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, elle n'a pourtant pas pris en considération avec suffisamment de précision les critères d'analyse dégagés dans ce domaine par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (I). D'autre part, elle n'a pas tenu compte de l'impératif de préservation de l'équilibre financier du système de santé publique et de protection sociale pourtant consacré par la jurisprudence européenne (II).

I. — LA SOLUTION ADOPTÉE PAR LA COUR DE CASSATION EST DISCUTABLE AU REGARD DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (Cour EDH)

L'analyse de la solution dégagée par la Cour de cassation impose que les termes de sa décision soient rapprochés de ceux de l'arrêt *Zielinski et autres c/ France* (12), comme il importe par ailleurs d'examiner plus amplement la jurisprudence de la Cour EDH concernant la conformité des lois de validation à la Convention européenne des droits de l'homme, afin d'en tirer les enseignements utiles s'agissant de la validité de l'article 29 de la « loi Aubry II ».

(9) Pour l'application de l'article 29 : Toulouse, 4^e ch. 25 févr. 2000, *Aragon et autres c/ ADAPEAI 31* ; Bourges, 28 avr. 2000, *PEP du Cher c/ Laurence Jacques* ; Orléans, 14 déc. 2000 ; Paris, 21 déc. 2000. Contre l'application de l'article 29 : Versailles, 5^e ch. B, 11 mai 2000, *Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki*, JCP 2000.éd.E, n° 27 ; Paris, 18^e ch. D, 27 juin 2000, *Communal et autres c/ Association « Les amis de l'enfance »* ; Bourges, 4 juill. 2000, *Plan-chaud c/ Association « Orphelinat de Déols »*, Dr. soc. n° 11, nov. 2000, obs. J.-Ph. Lhernould ; Paris, 18^e ch. C, 26 oct. 2000, *Association « Les familles thérapeutiques » c/ Cauche*, Juris-Data n° 129271.

(10) Soc. 24 avr. 2001, *Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki*, suppl. TSA Hebdo n° 831, p. 17 ; concl. av. gén. Kehrig, Dr. soc. 2001.583 ; J.-Ph. Lhernould, article préc. Dr. soc. n° 7/8-2001.

(11) Dans un arrêt antérieur (CE 28 juill. 2000, *Dellas*, n° 204740, citée dans ASH n° 2181 du 22 sept. 2000.11), le Conseil d'Etat avait adopté une position analogue à propos de l'annulation d'une note technique de la direction de l'action sociale du ministère de l'Emploi et de la Solidarité du 11 août 1998. La Haute juridiction administrative s'était ainsi prononcée sur la nature même des heures de permanence nocturne en chambre de veille, considérant que « les heures de surveillance de nuit assurées par les éducateurs, au cours desquelles ils doivent être, de façon permanente, en mesure de répondre à toute sollicitation des pensionnaires de l'établissement afin d'assurer, le cas échéant, leur mission éducative, constituent [...] un temps de travail effectif qui doit être rémunéré comme des heures normales de travail ». Cependant, à notre connaissance, l'argument tiré d'une absence de conformité à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme n'avait pas été soumis à son appréciation.

(12) La nécessité de relier les deux décisions apparaît avec d'autant plus d'évidence à la lecture du rapport de l'avocat général Kehrig : « Le présent pourvoi pose essentiellement la question de la conventionalité de l'article 29 (...). Cette question est dominée par le récent arrêt *Zielinski, Pradal et Gonzalez* du 28 octobre 1999, condamnant la France pour violation des règles du procès équitable, sur lequel nous reviendrons » (article préc.).

A. — Les affaires Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki et Zielinski et autres c/ France

L'analyse comparative des deux décisions suppose que soient préalablement rappelés les faits des deux espèces ainsi que la qualification juridique qui leur a été accordée.

1. L'affaire Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki

M. Terki, moniteur d'éducation physique, était employé par l'association « Etre enfant au Chesnay » comme éducateur d'internat sous le régime de la convention collective nationale des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966. Etant par la suite devenu éducateur en formation par avenant à son contrat de travail, il avait demandé à l'employeur de lui rémunérer des heures supplémentaires au titre des gardes qu'il effectuait la nuit. Celui-ci avait refusé de rétribuer ces heures, au motif qu'il avait déjà fait une juste application du régime conventionnel de rémunération par équivalence. Le salarié avait alors saisi le juge prud'homal.

Devant la Cour de Versailles, alors que l'article 29 de la « loi Aubry II » était déjà entré en vigueur et que l'employeur avait excipé de cette disposition, le salarié avait invoqué une violation de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en s'appuyant pour les besoins de la cause sur l'arrêt *Zielinski et autres c/ France* rendu par la Cour EDH le 28 octobre 1999 (13). Le juge du fond ayant donné satisfaction au salarié sur ce fondement, l'organisme gestionnaire employeur s'était alors pourvu en cassation.

Devant la Haute juridiction, la position du salarié était demeurée identique, consistant dans le fait de demander au juge de ne pas appliquer l'article 29 de la « loi Aubry II » dans la mesure où cette disposition, en opérant une validation rétroactive des salaires versés par l'employeur selon un mécanisme d'équivalence, conduisait à priver le justiciable d'un recours auquel il pouvait pourtant légitimement prétendre pour faire valoir ses droits, en l'occurrence un droit à rappel de salaire. Ainsi la Cour de cassation était-elle invitée à considérer l'article 29 comme portant atteinte au droit à un procès équitable défini et protégé par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La chambre sociale de la Cour de cassation a effectivement répondu favorablement à cette invitation, en estimant que l'adoption de l'article 29 de la « loi Aubry II » par le Parlement constituait une immixtion illégitime du pouvoir législatif dans le domaine de l'autorité judiciaire pour modifier ce qui aurait dû être l'issue normale d'un litige (14). A cet égard, elle a rempli son office de juridiction

(13) D. 2000.Somm.184, obs. N. Fricero ; arrêt cité par J.-Ph. Lhernould, Dr. soc. n° 11-2000, préc. Tous les arrêts de la Cour EDH cités dans le présent article peuvent être consultés sur le site Internet officiel de la Cour EDH (www.echr.coe.int).

(14) « Mais attendu que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable, résultant de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige (...) ».

régulatrice du droit, étant ici rappelé que la Convention européenne des droits de l'homme a une valeur juridique supérieure à celle de la loi nationale (15).

2. L'affaire Zielinski et autres c/ France

Dans l'affaire *Zielinski et autres c/ France*, la Cour EDH avait à connaître du recours exercé par 11 agents de diverses caisses de sécurité sociale d'Alsace-Moselle qui revendiquaient le bénéfice d'une « indemnité de difficulté particulière ». Cette indemnité, instituée par accord collectif en 1953, s'élevait initialement à 12 fois la valeur du point conventionnel. Puis elle n'avait progressivement plus été servie par les caisses aux intéressés qu'au taux de 3,95 fois la valeur du point conventionnel.

Alors que divers contentieux étaient pendants à ce sujet devant les juridictions nationales, l'article 85 de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale avait été promulgué, fixant rétroactivement le taux de cette indemnité à 3,95 fois la valeur du point conventionnel et interdisant de ce fait aux demandeurs de poursuivre leur action.

N'ayant pu obtenir satisfaction devant le juge national, les salariés ont alors saisi la Cour européenne en invoquant à l'appui de leur recours la violation des articles 6 § 1 (droit à un procès équitable) et 13 (droit à un recours effectif devant une juridiction nationale) de la convention européenne des droits de l'homme.

Au terme de la procédure, la Cour EDH :

– a d'abord rappelé que selon sa jurisprudence, l'existence d'un motif impérieux d'intérêt général peut, à titre de dérogation au principe, autoriser le pouvoir législatif à réglementer, par de nouvelles dispositions de portée rétroactive, l'exercice de droits civils découlant de lois déjà en vigueur, même si cette intervention constitue une ingérence du législateur dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le déroulement judiciaire des litiges (16) ;

– a ensuite considéré qu'en l'espèce, l'intervention législative critiquée avait pour objet essentiel de mettre un terme aux divergences de jurisprudence entre les juges du fond, dont certaines étaient favorables aux requérants (17), et qu'une telle intervention avait pour effet d'avantager la sécurité sociale et donc indirectement

(15) La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est d'application directe en droit français en vertu de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 et les règles qu'elle contient doivent à ce titre être prises en considération par le juge national par priorité sur les sources du droit interne qu'il estime ne pas y être conformes. Ces règles sont applicables dans deux domaines particuliers : d'une part, celui des « droits et obligations à caractère civil », qui touche le droit civil *stricto sensu* et les créances de nature civile dans un sens large – celles issues du droit du travail en font partie – ainsi que le droit disciplinaire dès lors qu'il peut mettre en jeu l'exercice d'une profession et, d'autre part, celui du droit pénal. Lorsqu'un justiciable d'un Etat signataire de la Convention estime, après avoir épuisé toutes les voies de recours juridictionnelles nationales, avoir néanmoins été victime d'une violation de ladite Convention, il dispose alors de la faculté de saisir la Cour EDH pour qu'elle statue sur la réalité de cette violation. La procédure ainsi initiée est dirigée contre l'Etat de résidence du justiciable et peut aboutir à la condamnation de celui-ci à verser au requérant une indemnisation (une « satisfaction équitable » prononcée en application de l'article 41 de la Convention).

(16) Arrêt préc. § 57.

(17) Arrêt préc. § 58 et 59.

tement l'Etat français sous la tutelle duquel elle remplit sa mission de service public (18) ;

- a enfin estimé que l'enjeu financier que pouvaient représenter les rappels de la prime aux salariés n'était pas déterminant au regard de l'équilibre financier de la sécurité sociale (19).

La Cour européenne a conclu de ses observations qu'il n'existait pas en l'espèce un motif impérieux d'intérêt général de nature à rendre possible une validation législative rétroactive empêchant les requérants de faire valoir leurs droits en justice.

La comparaison des deux affaires amène à constater que la solution retenue par la Cour de cassation dans l'affaire *Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki*, en dépit d'une motivation très proche de celle adoptée par la Cour européenne dans l'affaire *Zielinski et autres c/ France*, n'est pas parfaitement conforme à la jurisprudence habituelle de cette dernière en matière de conformité des lois de validation à la Convention européenne.

B. — L'analyse critique de la solution retenue par la Cour de cassation au regard de la jurisprudence de la Cour EDH en matière de lois de validation

Il est constant que la Cour de cassation a procédé à une transposition intégrale de la solution dégagée par la Cour EDH, dans une espèce qui se trouvait pourtant notablement différente de la première à divers points de vue, qu'il s'agisse de la finalité de l'intervention législative, de la prise en compte des intérêts financiers en jeu ou encore de l'identification de la partie avantagée par la validation rétroactive critiquée.

1. Au regard de la vocation de l'intervention législative à unifier une jurisprudence fluctuante

Dans l'affaire *Zielinski et autres c/ France*, la Cour EDH a vu, dans la validation rétroactive opérée par l'article 85 de la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, la manifestation d'une intention du législateur français de mettre un terme aux variations de la jurisprudence des juges du fond (20). Le gouvernement français avait d'ailleurs conclu devant elle à ce sujet (21). Le juge Bacquet, magistrat rapporteur de la Cour EDH dans cette affaire, confirme très nettement une telle analyse dans son avis reproduit en suite de l'arrêt (22).

(18) Arrêt préc. § 60.

(19) Arrêt préc. § 59.

(20) Arrêt préc. § 58 et 59.

(21) Arrêt préc. § 53.

(22) « 2. Dans la présente affaire, le motif de l'intervention du législateur (art. 85 L. du 18 janv. 1994) était au premier chef, sinon exclusivement, l'existence d'une divergence de jurisprudence, sur une question de fait, entre deux juges du fond, en l'espèce les cours d'appel de Colmar et de Besançon, cette dernière statuant sur renvoi après cassation d'un arrêt de la Cour de Metz ». Il est vrai qu'avant d'être jugée par arrêts de la Cour de cassation des 15 février et 2 mars 1995, qui ont fait jouer le mécanisme de validation rétroactive prévu par la loi nouvelle et sur lesquels la Cour EDH a été saisie, l'affaire avait fait l'objet de divergences entre

Au contraire, dans le domaine des heures d'équivalence, l'intervention législative concrétisée par l'article 29 de la « loi Aubry II » n'est pas venue mettre un terme à une divergence de jurisprudence des juges du fond, puisque la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises et de remplir ainsi sa fonction de juridiction régulatrice. En dernier lieu, la position définitive du juge suprême résultait en effet d'un arrêt de la chambre sociale du 29 juin 1999 concernant l'affaire *PEP de l'Indre c/ Auffre et autres*, commenté par la doctrine comme ayant définitivement fixé la jurisprudence de la Cour (23). Or, il n'est pas neutre de constater :

- d'une part, que cet arrêt est antérieur aux travaux parlementaires qui ont abouti à l'introduction du texte de l'article 29 de la « loi Aubry II » ;

- d'autre part, à la lecture de ces travaux parlementaires, que l'objectif poursuivi était d'empêcher que des contentieux en rappels de salaire n'induisent un coût trop important à la charge de la collectivité (cf. *infra*).

2. Au regard des incidences financières d'une condamnation sur l'équilibre financier du système de protection sociale

Pour fonder sa décision, la Cour EDH n'a pas pris en considération les conséquences financières de la solution qu'elle a adoptée et, par conséquent, n'a pu voir dans ces incidences sur le financement de la sécurité sociale un motif impérieux d'intérêt général de nature à valider la mesure législative rétroactive considérée. A cet égard, la lecture de l'opinion du juge Bacquet paraît tout à fait éclairante (24). Certes, le litige porté à la connaissance de la Cour concernait la seule situation des agents des caisses de sécurité sociale des départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, dont 136 étaient déjà demandeurs aux instances initiées devant les Conseils des prud'hommes de Sarrebourg, Forbach et Sarreguemines. Les demandeurs avaient évoqué l'argument du coût pour la collectivité dans leurs conclusions devant la Cour (25), en soulignant que l'enjeu du litige était d'un montant très faible au regard du budget de la sécurité sociale. Le gouvernement français avait répondu à ce moyen (26), précisant qu'au total 9 000 agents pourraient être concernés.

S'agissant de la validation rétroactive du mécanisme conventionnel de rémunération par équivalence instaurée par l'article 29 de la « loi Aubry II », il est au contraire certain que c'est d'abord la prise en compte des conséquences financières des condamnations encourues par les institutions sociales et médico-sociales

les juges du fond des Conseils de prud'hommes de Sarreguemines, Sarrebourg et Forbach, puis entre les cours d'appel de Metz et Colmar, et qu'elle avait donné lieu à un premier arrêt de cassation avec renvoi à la cour d'appel de Besançon.

(23) V. par ex. Semaine sociale Lamy, 12 juill. 1999.17, obs. C. G. ; TSA 2 juill. 1999.8 ; J.-Ph. Lhernould, article préc. point 3, 3^e) et note 21.

(24) « Les considérations d'ordre financier tenant au coût élevé, pour les organismes de sécurité sociale, de la solution donnée au litige par telle ou telle juridiction ne doivent pas, selon moi, être regardées comme ayant été ici déterminantes dans l'intervention du pouvoir législatif ».

(25) Arrêt préc. § 51.

(26) Arrêt préc. § 53.

qui a conduit le législateur à opérer cette validation rétroactive. Il n'est que de parcourir ses travaux pour s'en convaincre (27).

3. Au regard de la partie avantagée par la validation rétroactive

Il semble admis qu'une loi de validation rétroactive ne puisse pas être reçue par le juge dès lors qu'elle a pour effet d'avantager les intérêts de l'Etat au détriment de ceux des individus dans les litiges en cours. Cette analyse s'appuie en particulier sur la jurisprudence de la Cour EDH assimilée par le Conseil constitutionnel (28).

En réalité, l'on ne saurait être aussi affirmatif dès lors que la Cour européenne a pu admettre dans certaines espèces, à l'unanimité de ses juges, qu'une intervention de l'Etat dans les procès en cours pouvait ne pas porter atteinte au droit au procès équitable institué par l'article 6 § 1 de la Convention européenne (29).

(27) Rap. du sénateur Louis Souvet à la commission mixte paritaire (n° 1921 AN ou 70 S. p. 4) : « Il [le rapporteur] a évoqué également l'article 14 *bis* adopté par le Sénat à l'initiative de MM Jean Cherioux et Alain Gournac, ayant pour objet de procéder à la validation législative des rémunérations versées au titre des permanences nocturnes en chambre de veille dans le secteur social et médico-social. Il a rappelé que les conventions collectives du secteur sanitaire, social et médico-social privé sans but lucratif avaient prévu des régimes d'équivalence qui se trouvaient aujourd'hui confrontés à un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. Il a évoqué un arrêt du 29 juin 1999 qui excluait de telles clauses au motif que cette faculté dérogatoire était limitée aux conventions ou accord collectifs étendus ou aux accords d'entreprise ou d'établissement. Il a observé que la situation semblait réglée pour l'avenir par l'article 1^{er} *quater* du projet de loi, mais que le coût des contentieux à venir concernant le passé pourrait avoisiner les 4 milliards de francs. Afin de conjurer ce risque d'insécurité juridique, il a rappelé qu'il était nécessaire de procéder à une validation législative des décisions, notamment salariales, prises sur la base des clauses des conventions collectives aujourd'hui contestées. Il a observé que le Conseil constitutionnel avait admis la procédure de validation pour « éviter que ne se développent des contestations dont l'aboutissement pourrait entraîner soit pour l'Etat, soit pour les collectivités territoriales, des conséquences dommageables ». Il a observé que Mme Martine Aubry avait considéré, lors du débat au Sénat, qu'une telle validation lui semblait nécessaire et conforme aux critères posés par le juge constitutionnel car elle reposait sur un motif d'intérêt général et ne portait pas atteinte aux décisions de justice devenues définitives et qu'elle avait donné un avis favorable à cet amendement. M. Louis Souvet, rapporteur pour le Sénat, a souhaité que cet article, adopté à l'unanimité par le Sénat, soit voté de la même manière par l'Assemblée nationale » ; rap. fait à la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, lors de la deuxième lecture du projet de loi, par le député Gaëtan Gorce (n° 1937 du 24 nov. 1999, p. 45) : « Cet article introduit au Sénat par un amendement de MM Jean Cherioux et Alain Gournac avec l'avis favorable du gouvernement vise à régler un problème d'importance, celui des conséquences d'un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation en date du 29 juin 1999. Elle a en effet jugé que les conventions collectives nationales agréées ne pouvaient mettre en place des régimes d'équivalence. Cette décision est de nature à entraîner une multiplication des contentieux (certaines associations ont d'ores et déjà été condamnées à verser des sommes pouvant aller jusqu'à un tiers de leur budget annuel) dont le montant total est estimé à près de 7 milliards de francs ».

(28) Cour EDH *Raffineries Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, § 50 ; Cour EDH *Papageorgiou c/ Grèce*, § 39 ; Cour EDH *Zielinski et autres c/ France*, § 56 ; Cons. const. 13 janv. 1994. Cette description doit néanmoins être nuancée à la lecture du rapport présenté par l'avocat général Kehrig à la Cour de cassation le 24 avril 2001 (cf. rap. préc. Dr. soc. 2001.586).

(29) Arrêt *National and Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni*, § 105 : « la Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention consacre le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect. Ce droit n'est toutefois pas absolu ; il se

Procédant de manière casuistique, la Cour européenne invite en de pareils cas à mesurer la légitimité de l'objectif poursuivi et la proportionnalité des mesures prises au regard des droits individuels menacés.

Or, sur ce point, force est de constater que la motivation de l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation ne donne aucune indication sur l'appréciation de cette légitimité ni de cette proportionnalité. La chose, il est vrai, a été laissée à la discrétion souveraine des juges du fond. Mais dans le cas présent, compte tenu précisément de l'approche casuistique à laquelle oblige la jurisprudence de la Cour EDH, il eût été souhaitable que la Cour de cassation exigeât de la cour d'appel de la mettre en situation d'exercer son contrôle *a minima*. Une telle idée n'est sans doute pas saugrenue si l'on considère d'autres domaines de la jurisprudence dans lesquels un tel contrôle est déjà exigé par le juge suprême (30). En toutes hypothèses, le fait que l'Etat soit avantagé par la loi rétroactive ne peut en aucun cas être regardé *a priori* comme un critère absolument déterminant de l'invalidité de cette loi.

Par conséquent, il est permis de douter que la solution dégagée par la Cour EDH dans l'arrêt *Zielinski et autres* puisse être considérée comme parfaitement transposable à l'espèce soumise à l'appréciation de la Cour de cassation dans l'affaire *Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki*.

Pour faire foi, cette première conclusion appelle une confirmation qu'il est possible de rechercher à travers l'examen de la notion de motif impérieux d'intérêt général telle qu'elle est issue, de manière générale, de la jurisprudence européenne.

II. — LE RECOURS AU CONCEPT EUROPÉEN DE MOTIF IMPÉRIEUX D'INTÉRÊT GÉNÉRAL JUSTIFIERAIT QUE L'ARTICLE 29 DE LA « LOI AUBRY II » SOIT APPLIQUÉ PAR LE JUGE JUDICIAIRE

Pour rejeter l'application de l'article 29 de la « loi Aubry II » dans l'affaire *Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki*, la Cour de cassation s'est appropriée l'appréciation formulée précédemment par la cour d'appel de Versailles selon laquelle il n'existait aucun motif impérieux d'intérêt général de nature à légitimer une atteinte aux droits des salariés.

prête à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation de l'Etat. Les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à un individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (arrêt *Stubbings et autres*, préc. p. 1502, § 50).

(30) Par exemple, en droit du travail, dans le domaine du contentieux des sanctions disciplinaires, les juges du fond ont l'obligation de rédiger leurs décisions de manière à permettre à la Cour de cassation de s'assurer que la justification de la sanction, la proportionnalité de la sanction à la faute commise et la régularité de la procédure ont été dûment appréciées en faits. Cette exigence de contrôle *a minima* par la Cour de cassation résulte des décisions rendues par sa chambre sociale au visa de l'article L. 122-43 du code du travail.

Aussi, avant de se prononcer de manière plus définitive sur la portée de cette décision, convient-il de prêter attention aux contours de cette notion de motif impérieux d'intérêt général, pour en discerner ensuite l'application aux faits de l'espèce.

A. — Le concept de motif impérieux d'intérêt général dans la jurisprudence européenne

La notion de motif impérieux d'intérêt général trouve sa source, aussi bien dans la jurisprudence de la Cour EDH que dans les décisions rendues par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

1. La jurisprudence de la Cour EDH

Chargée de veiller à l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les Etats membres du Conseil de l'Europe, la Cour EDH a élaboré un régime de protection particulier s'agissant du « droit au droit » autrement appelé « droit au tribunal ». Ces expressions visent la garantie que le juge de Strasbourg donne aux citoyens des pays signataires de la Convention européenne de toujours pouvoir saisir leurs juridictions nationales en cas d'atteinte à ceux de leurs droits qui entrent dans les domaines protégés par cette même convention (droits et obligations à caractère civil et droit pénal). Les sources textuelles de cette garantie sont le principe de la prééminence du droit, exprimé par l'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe, le droit au procès équitable, défini à l'article 6 de la Convention européenne, et le droit de saisir une juridiction nationale énoncé à l'article 13 de la même convention. A partir de ces références, la jurisprudence de la Cour EDH s'est développée à la faveur des arrêts suivants.

En premier lieu, dans un arrêt *Raffineries Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce* rendu le 9 décembre 1994, la Cour a énoncé la règle selon laquelle (§ 49) « le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige » (31). Puis elle a immédiatement prévu un aménagement à cette règle (§ 69) : « la Cour doit dès lors rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la Communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (arrêt *Sporrong et Lönnroth c/ Suède* du 23 sept. 1982, série A n° 52, p. 26, § 69) ».

En second lieu, l'arrêt *National et Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society et Yorkshire Building Society c/ Royaume-Uni* du 23 octobre 1997 présente un intérêt particulier dans la présente discussion. A l'origine de cette affaire, plusieurs *building societies* contestaient la validation législative rétroactive d'une modification de leur régime fiscal, l'enjeu étant pour l'Etat défendeur de devoir renoncer à quelques 15 milliards de livres *sterling* de recettes fiscales. La Cour s'est ici prononcée en faveur de la validation rétroactive, la volonté exprimée par le Parlement britannique de conserver ces recettes fiscales étant consi-

(31) Ce principe a été clairement réaffirmé par la Cour à l'occasion de son arrêt *Papageorgiou c/ Grèce* du 22 oct. 1997 (§ 37).

dérée comme un motif impérieux d'intérêt général (32). La Cour a même accepté d'admettre le recours au procédé de la validation législative rétroactive alors que l'adversaire des requérantes à la procédure n'était autre que l'Etat lui-même.

Dans l'espèce qui retient notre attention à propos de l'application de l'article 29 de la « loi Aubry II », les critères énoncés par la Cour EDH pour admettre, par dérogation, le droit de porter atteinte au « droit au tribunal » semblent donc réunis dès lors que l'on prend en considération la volonté clairement exprimée par le Parlement de préserver les ressources du système de santé publique et de protection sociale — cette préservation constituant un objectif légitime et raisonnable — et le caractère limité et proportionné de la mesure, laquelle ne concerne que les litiges en cours portant sur des rappels de salaire (33) pour la période antérieure au 1^{er} février 2001.

Une telle analyse se trouve confortée pour peu qu'on la rapproche de la jurisprudence rendue par la CJCE s'agissant du motif impérieux d'intérêt général légitimant, au nom de la préservation des ressources des dispositifs nationaux de santé publique et de protection sociale, l'atteinte à la liberté des prestations dans l'espace communautaire.

(32) La Cour s'est déterminée ainsi : « eu égard à la marge d'appréciation d'un Etat contractant en matière fiscale et aux considérations d'intérêt général en jeu, on ne saurait dire que les décisions du Parlement d'adopter ces mesures avec effet rétroactif étaient manifestement dépourvues de base raisonnable ou ne ménageaient pas un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la Communauté et la protection des droits des requérantes. Ces dernières recherchaient en fait, par le biais de procédures judiciaires opportunistes, à exploiter les vices d'ordre technique du règlement de 1986 et à pervertir l'intention initiale du Parlement. Elles comprenaient fort bien quelle était cette intention et ne pouvaient légitimement espérer, après la procédure *Woolwich I*, que le Parlement se satisferait de laisser la loi en l'état et de leur permettre de conserver cette manne » (§ 76). « De fait, un intérêt général évident et impérieux commande de veiller à ce que les organismes privés ne bénéficient pas d'une manne en cas de changement de régime de collecte de l'impôt et ne privent pas le fisc de recettes pour de simples failles dues à l'inadvertance dans la législation fiscale d'habilitation, surtout lorsque ces organismes ont suivi les débats du Parlement sur la proposition initiale et, tout en la désapprouvant, ont manifestement compris que le législateur avait la ferme intention de l'intégrer à la législation » (§ 81). « Le risque que les circulaires ne soient contestées en justice compromettrait les recettes considérables levées à partir de 1986 auprès d'établissements autres que les *building societies*. L'intérêt général qu'il y avait à dissiper toute incertitude quant à la légalité des recettes collectées doit être tenu pour impérieux et comme primant les intérêts que les requérantes défendaient en contestant la légalité du taux fixé par les circulaires, ce dans l'initiative, une fois encore, de pervertir l'intention initiale du législateur » (§ 82). « La Cour rappelle que l'article 6 § 1 de la Convention consacre le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect. Ce droit n'est toutefois pas absolu ; il se prête à des limitations implicitement admises car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat. Les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations appliquées ne restreignent pas l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (arrêt *Stubbings et autres* préc. p. 1502, § 50) » (§ 105).

(33) Ces rappels sont limités par la prescription quinquennale issue de l'article 2277 du code civil relatif aux dettes alimentaires et ce, par application de l'article L. 143-14 du code du travail.

2. La jurisprudence de la CJCE

Comme la Cour EDH, la CJCE a été progressivement amenée à définir un concept de motif impérieux d'intérêt général de nature à légitimer, au nom de la préservation de l'équilibre financier du système de santé publique, l'atteinte à l'une des libertés fondamentales du droit communautaire que constitue la liberté de circulation des personnes et des biens dans l'espace communautaire (art. 49 et 50, *ex* 59 et 60 du traité CE). Deux arrêts significatifs peuvent ici être mis en exergue.

Le premier arrêt concerne une affaire *Raymond Kohll c/ Union des caisses de maladie* jugée par la CJCE le 28 avril 1998.

En l'espèce, la fille de M. Kohll, de nationalité luxembourgeoise, avait reçu d'un médecin du Luxembourg une ordonnance qui lui prescrivait de suivre un traitement d'orthodontie pratiqué par un spécialiste établi à Trèves (Allemagne). L'Union des caisses de maladie (UCM), organisme d'assurance maladie luxembourgeois, saisie d'une demande d'autorisation préalable, avait refusé de prendre en charge ce traitement au double motif qu'il n'était pas urgent et qu'il pouvait être prodigué au Luxembourg. Ayant néanmoins fait soigner sa fille en Allemagne, M. Kohll avait ensuite demandé à l'UCM de lui octroyer les droits prévus par le barème luxembourgeois pour ce type de soins. La caisse ayant refusé de verser une indemnisation, M. Kohll avait saisi les juridictions luxembourgeoises du contentieux général de la sécurité sociale qui avaient alors adressé une question préjudicielle à la CJCE. M. Kohll prétendait en effet que le procédé de l'entente préalable à la réalisation de soins dans un autre pays membre de l'Union européenne constituait une atteinte illégitime au principe de la libre circulation des personnes et des biens dans l'espace communautaire.

La CJCE a répondu par la négative à cette prétention : « il y a lieu de relever que des objectifs de nature purement économique ne peuvent justifier une entrave au principe fondamental de libre prestation des services (V. en ce sens, arrêt du 5 juin 1997, *SETTG*, aff. C-398/95, Rec. p. I-3091, point 23). Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille atteinte (34). (...) l'article 56 du traité permet aux Etats membres de restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers, dans la mesure où le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentiel pour la santé publique, voire même pour la survie, de sa population (V. en ce qui concerne la notion de sécurité publique au sens de l'article 36 du traité, arrêt du 10 juill. 1984, *Campus Oil et autres*, aff. 72/83, Rec. p. 2727, points 33 à 36) (35) ». Néanmoins, dans la mesure où ni l'Etat luxembourgeois, ni les caisses n'avaient, en cours de procédure, justifié de la nécessité d'une telle restriction au regard de la nécessité de conserver un système médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, la Cour de justice a finalement fait droit à la position soutenue par M. Kohll (36).

(34) Arrêt préc. § 41. Les décisions de la CJCE citées dans le présent article peuvent être consultées via le portail « droit communautaire » du site Internet : www.legifrance.gouv.fr

(35) Arrêt préc. § 51.

(36) Arrêt préc. § 52 à 54.

Le deuxième arrêt concernait deux affaires *B.S.M. Smits épouse Geraets & H.T.M. Peerbooms c/ Stichting Ziekenfonds VGZ et Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen* examinées ensemble par la CJCE le 12 juillet 2001.

Mme Smits, atteinte de la maladie de Parkinson, avait suivi un traitement particulier (« catégoriel et multidisciplinaire ») à l'Elena-Klinik de Cassel (Allemagne). M. Peerbooms était quant à lui tombé dans le coma après un accident de la circulation et avait été transféré dans un état végétatif à la clinique universitaire d'Innsbruck (Autriche) pour y subir un traitement intensif expérimental de neurostimulation. Ces deux assurés sociaux avaient ensuite demandé la prise en charge de leurs frais de soins par les caisses de sécurité sociale hollandaises. Cette prise en charge leur avait été refusée, pour Mme Smits, parce que les caisses estimaient que le traitement suivi par elle en Allemagne ne présentait pas d'avantages par rapport à ceux dispensés aux Pays-Bas et, pour M. Peerbooms, parce que le caractère expérimental des soins qu'il avait subis ne donnait aucune garantie scientifique d'efficacité. Les deux assurés sociaux avaient donc saisi les juridictions hollandaises du contentieux général de la sécurité sociale, lesquelles avaient posé à la CJCE la question préjudicielle de savoir si l'ouverture de droits auprès des caisses à la suite de soins reçus dans un autre pays membre pouvait être subordonnée à une entente préalable.

Là encore, la CJCE a répondu par l'affirmative : « il convient de rappeler, comme l'ont fait notamment l'ensemble des gouvernements ayant déposé des observations devant la Cour, que celle-ci a précédemment jugé qu'il ne saurait être exclu qu'un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale puisse constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de la libre prestation des services (arrêt *Kohll*, préc. point 41). La Cour a de même reconnu, s'agissant de l'objectif de maintenir un service médical et hospitalier équilibré et accessible à tous, que, même si un tel objectif est intrinsèquement lié au mode de financement du système de sécurité sociale, il peut également relever des dérogations pour des raisons de santé publique au sens de l'article 56 du traité CE (devenu, après modification, art. 46 CE), dans la mesure où il contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection de la santé (arrêt *Kohll*, préc. point 50). La Cour a encore précisé que l'article 56 du traité permet aux Etats membres de restreindre la libre prestation des services médicaux et hospitaliers, dans la mesure où le maintien d'une capacité de soins ou d'une compétence médicale sur le territoire national est essentiel pour la santé publique, voire même pour la survie, de sa population (arrêt *Kohll*, préc. point 51). Il convient dès lors de vérifier si la réglementation nationale en cause au principal peut effectivement être justifiée au regard de telles raisons impérieuses et de s'assurer, en pareil cas, conformément à une jurisprudence constante, qu'elle n'excède pas ce qui est objectivement nécessaire à cette fin et que ce résultat ne peut être obtenu par des règles moins contraignantes (V. arrêts du 4 déc. 1986, *Commission c/ Allemagne*, aff. 205/84, Rec. p. 3755, points 27 et 29 ; du 26 févr. 1991, *Commission c/ Italie*, aff. C-180/89, Rec. p. I-709, points 17 et 18, et du 20 mai 1992, *Ramrath*, aff. C-106/91, Rec. p. I-3351, points 30 et 31) » (37).

Cette fois-ci, les défendeurs ont obtenu gain de cause. Ils avaient fait valoir qu'en l'absence d'entente préalable aux soins, serait nécessairement remise en cause l'efficacité de la planification des installations médicales fondée sur le

(37) Arrêt préc. § 72 à 75.

principe du conventionnement (38). Or, visant à la fois à « garantir sur le territoire de l'Etat concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins hospitaliers de qualité » (39) et à « assurer une maîtrise des coûts pour éviter, dans la mesure du possible, tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines » (40), cette planification devait être préservée au nom d'un motif impérieux d'intérêt général (41).

B. — La jurisprudence européenne et la situation des établissements sociaux et médico-sociaux privés de l'application de l'article 29 de la « loi Aubry II »

La jurisprudence européenne du motif impérieux d'intérêt général, qu'elle procède de la Cour EDH ou de la CJCE, permet de bien appréhender la situation des établissements sociaux et médico-sociaux au regard des objectifs de la collectivité concrétisés à l'article 29 de la « loi Aubry II ». Par conséquent, elle devrait pouvoir être invoquée pour obtenir un revirement de la position adoptée par la Cour de cassation le 24 avril 2001 dans l'affaire *Association « Etre enfant au Chesnay » c/ Terki*, à condition toutefois que soient prises en considération les observations suivantes.

1. Les jurisprudences de la Cour EDH et de la CJCE devraient être mises en relation

Il nous semble que la jurisprudence de la CJCE relative au motif impérieux d'intérêt général devrait être mise en relation avec celle de la Cour EDH.

En effet, les deux juridictions ont visiblement recherché les conditions dans lesquelles pouvaient être restreints les droits fondamentaux au respect desquels elles sont attachées. Elles ont pour ce faire dégagé un concept qui leur est finalement commun, au moins dans son appellation (42).

Surtout, les droits ainsi restreints, qu'il s'agisse du « droit au tribunal » ou de la liberté des prestations, présentent réellement un caractère véritablement fondamental et peuvent même être considérés comme d'égale importance. En effet, le concept communautaire de liberté des prestations est issu de celui de liberté de circulation des personnes et des biens énoncé aux nouveaux articles 49 et 50 du traité CE. Or, cette liberté de circulation défendue par la CJCE est également proclamée à l'article 2-2° du 4^e Protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme régulièrement sanctionné par la Cour EDH (43).

Une telle mise en relation devrait aboutir à la prise en compte combinée des critères de reconnaissance du motif impérieux d'intérêt général dégagés par les deux juridictions européennes qui, si elles correspondent à des compétences et à

(38) Arrêt préc. § 76 et 77.

(39) Arrêt préc. § 78.

(40) Arrêt préc. § 79.

(41) Arrêt préc. § 80.

(42) Même si la CJCE recourt parfois au terme de « raison » plutôt qu'à ce lui de « motif ». Mais ce *distingo* sémantique a-t-il de réelles conséquences juridiques ?

(43) P. Estoup, La Convention européenne des droits de l'homme et le juge français, Gaz. Pal. 1990.doctr.110 et s. spéc. p. 114.

des droits matériels distincts, ne s'inscrivent pas moins dans un espace juridique en grande partie commun et s'attachent, l'une comme l'autre, à définir et préserver les libertés fondamentales de l'individu.

Mais il conviendrait alors de dissiper une importante différence de conceptions entre la Cour EDH à la CJCE sur l'appréciation des enjeux financiers :

- la première, ayant procédé dans l'affaire *Zielinski et autres c/ France* à une appréciation *in concreto* des ces enjeux, a pu considérer que l'équilibre financier de la sécurité sociale n'était pas en jeu, les rappels de prime ne concernant que 9 000 agents pour trois départements français. Elle n'a donc pas voulu prendre en compte les risques financiers potentiels que sa jurisprudence pourrait faire courir ultérieurement aux organismes de sécurité sociale des pays contractants ;

- au contraire, la CJCE a apprécié les enjeux financiers *in abstracto* en considérant, dans des espèces à propos desquelles le montant des soins en jeu ne pouvait qu'être modique rapporté au budget de la sécurité sociale, que le droit qui aurait été ouvert aux assurés sociaux aurait pu potentiellement causer un déséquilibre grave au détriment de la collectivité.

L'application des principes de précaution et de sécurité juridique (44) inciterait à retenir ici la deuxième approche plutôt que la première.

2. L'application du concept européen de motif impérieux d'intérêt général aux établissements sociaux et médico-sociaux

Nous venons de voir que la jurisprudence de la CJCE en matière de motif impérieux d'intérêt général admet qu'il soit porté atteinte à une liberté fondamentale - la liberté des prestations - dès lors qu'est en jeu le financement d'un système de santé publique faisant l'objet d'une planification et d'un recours à la contractualisation.

Or, les institutions sociales et médico-sociales sont soumises au jeu de ces deux instruments essentiels de toute politique publique de santé.

S'agissant d'abord de la planification, les institutions sociales et médico-sociales sont invitées depuis fort longtemps à prendre en compte la nature et la localisation géographique de la demande sociale, dans le cadre du schéma départemental (45) comme dans celui de la carte sanitaire (46). Cette planification demeurera - si elle n'est pas accrue - avec la réforme de la loi n° 75-535 du 30 juin 1975 et ses schémas d'organisation sociale et médico-sociale (47).

S'agissant ensuite de la contractualisation, elle caractérise l'articulation des offres de soins. Elle est effective dans les relations des organismes de sécurité sociale avec les praticiens. A l'occasion des « ordonnances Juppé » du 24 avril 1996, elle est également apparue dans le secteur des institutions sanitaires, les établis-

(44) V. l'intéressante présentation faite de ce principe par l'avocat général Kehrigh dans son rapport préc. : le Conseil constitutionnel lui a implicitement accordé une valeur constitutionnelle et la chambre sociale de la Cour de cassation l'incorpore progressivement dans sa jurisprudence.

(45) Art. L. 311-3 CASF issu de l'art. 2-2 L. n° 75-535 du 30 juin 1975.

(46) Art. L. 6121-1 et s. c. santé publ. ; art. L. 312-1 CASF issu de l'art. 3 L. n° 75-535 du 30 juin 1975.

(47) Section 3 du chapitre II du projet de loi rénovant l'action sociale et médico-sociale, V. note suivante.

sements de santé publics et privés ayant dorénavant obligation de contractualiser leurs objectifs et leurs moyens avec les agences régionales de l'hospitalisation. L'application d'un tel dispositif est maintenant envisagé s'agissant du secteur social et médico-social dont l'un des deux textes fondateurs, celui de la « loi sociale » du 30 juin 1975, est en cours de réforme (48). L'évolution du secteur indique clairement que la logique institutionnelle sera bientôt abandonnée au profit d'une logique contractuelle plus dynamique (49).

Sur la base de cette planification et de cette contractualisation, les institutions sociales et médico-sociales sont financées par la collectivité :

- la sécurité sociale (assurance-maladie) pour le secteur « enfants », les maisons d'accueil spécialisées (MAS), les sections médicalisées des foyers pour adultes et des maisons de retraite ;

- les conseils généraux pour l'aide sociale à l'enfance, les secteurs « adultes » et « personnes âgées dépendantes » (sauf les centres d'aide par le travail et les ateliers protégés, financés par l'Etat).

Aussi, si l'article 29 de la « Aubry II » devait demeurer invalide à l'aune du juge judiciaire, alors ce seraient les ressources consacrées par la collectivité à son système de soins et de protection sociale qui seraient grevées par les rappels de salaire. L'amputation des budgets de la branche maladie de la sécurité sociale de près de 20 % (50) – sans compter les fonds consacrés à l'aide sociale par les conseils généraux – serait bien évidemment de nature à remettre en cause l'équilibre financier du système de santé publique (51), alors même que la préservation de

(48) Le projet de loi rénovant l'action sociale et médico-sociale adopté par l'Assemblée nationale en première lecture au début de l'année 2001 prévoit ainsi la signature de conventions concernant aussi bien l'organisation (cf. la section 4 du chapitre II de la loi, consacrée à la « coordination », art. 14) que le fonctionnement des établissements (cf. la section 3 du chapitre III de la loi, relative aux « contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens », art. 25). Ces conventions affecteront directement l'attribution des ressources par les financeurs, selon un processus comparable à celui du secteur sanitaire.

(49) La route est déjà toute tracée si l'on considère le domaine des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD), dont la récente réforme de la tarification et du financement (Décr. n° 99-316 et 99-317 du 26 avr. 1999 modifiés par Décr. n° 2001-388 du 4 mai 2001) s'accompagnera au plus tard le 31 déc. 2003 de la signature des conventions pluriannuelles tripartites (art. L. 312-8 CASF) qui auront pour objet la qualité des prestations délivrées aux résidents et l'évaluation du dispositif d'accueil (cf. ASH n° 2216, 25 mai 2001, p. 13). Pour l'instant, ces conventions ne doivent pas exercer une influence directe sur le financement des établissements, contrairement à ce qui est mis en œuvre dans le secteur sanitaire.

(50) Il convient de constater qu'en vertu d'un arrêté du 28 mai 2001 (JO n° 147, 27 juin 2001, p. 10167), la part des ressources de l'assurance-maladie consacrée au financement des dotations globales, prix de journée et autres tarifs des établissements et services sociaux et médico-sociaux publics et privés est fixée, pour l'année 2001, à la somme de 53 714 millions de francs, soit un peu plus de 53 milliards de francs. Par conséquent, le coût lié au refus d'appliquer l'article 29 de la « loi Aubry II » s'élèverait donc à près de 20 % du budget annuel du secteur (cf. note 52).

(51) Les rappels de salaire considérés porteraient préjudice non seulement au système national de prise en charge du handicap, dont les lois du 30 juin 1975 avaient pourtant fait une obligation nationale, mais aussi au système hospitalier public, d'une part dans la mesure où il est financé par l'assurance-maladie, d'autre part dans la mesure où il gère lui-même des infrastructures et équipements médico-sociaux.

celui-ci constitue un motif impérieux d'intérêt général au sens de la jurisprudence européenne (52).

Les associations gestionnaires des équipements médico-sociaux concernés seraient quant à elles menacées de disparaître à cause des déséquilibres financiers importants générés par ces mêmes rappels de salaire, alors que leur activité présente un caractère d'intérêt public évident. Certaines juridictions du fond ont d'ores et déjà pu faire leurs ces considérations pour rejeter, postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 avril 2001, les demandes des salariés, estimant que la préservation des organismes gestionnaires constitue un motif impérieux d'intérêt général au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme (53). Le gouvernement, lui aussi conscient de la nécessité de préserver les gestionnaires privés à but non lucratif du secteur médico-social, relais presque exclusifs de la politique publique en matière de handicap, ne s'y est pas trompé puisqu'il vient de faire paraître un décret légalisant le retour à la pratique des heures d'équivalence en application de l'article L. 212-4 du code du travail (54). Enfin, confirmant les termes du projet législatif déjà évoqué rénovant l'action sociale et médico-sociale, la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 (55) vient de consacrer les dispositifs de planification et conventionnement qui étaient attendus.

Compte tenu des enjeux qui sous-tendent l'application de l'article 29 de la « loi Aubry II » pour les organismes gestionnaires des institutions sociales et médico-sociales et, à travers eux, pour la collectivité toute entière, émettons pour conclure le vœu que le juge judiciaire français, après avoir procédé à une appréciation approfondie des circonstances, pourra intégrer dans sa jurisprudence une conception européenne du motif impérieux d'intérêt général à la fois plus actuelle et plus globale, dont la conséquence sera l'application de la validation rétroactive de la rémunération des heures de veille nocturne par équivalence. Une telle option serait conforme à la tradition juridique française qui, du droit romain – *Tu patere*

(52) L'évaluation des sommes en jeu à 7 milliards de francs prise en considération par les parlementaires résulte d'une étude du SNAPEI (7, rue de la Boétie 75008 PARIS, tél. : 01.43.12.19.19, fax : 01.43.12.52.95) qui concernait les 330 associations qui lui sont affiliées – employant 80 000 personnes – ainsi que celles qui adhèrent au SOP et au SNASEA. Pour avoir une idée plus complète des enjeux financiers de la branche sociale et médico-sociale, il convient également de prendre en compte la situation des associations adhérentes de la FEHAP (179, rue de Lourmel 75015 PARIS, tél. : 01.53.98.95.00, fax : 01.53.98.95.02, site Internet : www.fehap.fr) qui emploient 154 000 personnes dont 60 % environ dans le secteur social et médico-social (enfants, adultes et personnes âgées). Une estimation peut être formulée à leur égard à hauteur de 2,7 milliards de francs. Par conséquent, de notre point de vue, l'évaluation globale devrait s'établir à 10 milliards de francs au moins, sans compter les établissements qui – n'adhérant à aucune organisation patronale – appliquent néanmoins volontairement l'une des conventions collectives concernées. Une telle somme représente quasiment le double de l'excédent de 5,2 milliards de francs constaté par la Commission des comptes de la sécurité sociale pour l'exercice 2000 (Liaisons soc. n° 13486 du 24 sept. 2001, p. 2).

(53) Bordeaux, ch. soc. sect. B, 13 juin 2001, *Adapei c/ Artynowicz*, Juris-Data n° 149708 ; JCP 17 déc. 2001.éd.G. p. 2373.

(54) Décr. n° 2001-1384 du 31 déc. 2001 pris pour l'application de l'article L. 212-4 du code du travail et instituant une durée d'équivalence de la durée légale du travail dans les établissements sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes privées à but non lucratif, JO 3 janv. 2002, p. 149.

(55) JO 3 janv. 2002, p. 124 et s.

legem quam fecisti (56) – au droit républicain – « la Loi est l'expression de la volonté générale » – a toujours confié au législateur la responsabilité de l'intérêt collectif. Elle présenterait également l'avantage de désarmer les polémistes de certaines de leurs interrogations sur le point de savoir si, s'agissant de la très controversée « loi des 35 heures », la vérité de Strasbourg a été reçue pour elle-même ou si elle n'arrive pas plutôt à point nommé pour frapper l'auteur de cette loi au défaut de la cuirasse ... sur l'article 29.

O. POINSOT

D. Les professions sociales

(56) « Subis la loi que tu as faite ».

III. LES ACTIONS ET PRESTATIONS SOCIALES

A. La famille et l'enfance

Françoise MONÉGER

Professeur à l'Université d'Orléans

Actualité juridique

I. – PRESTATIONS FAMILIALES

1. *Suppression de la condition d'enfant à charge pour l'allocation de veuvage.*
(Décr. n° 2001-1077 du 16 nov. 2001, JO 20 nov. 2001)

Cette suppression a pris effet au 1^{er} janvier 2001 et résulte de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2001. L'allocation est donc versée depuis cette date, aux veufs et aux veuves dont les conditions de ressources sont inférieures à un plafond et si leur conjoint était affilié au régime d'assurance-vieillesse du régime général depuis au moins trois mois.

2. *Adoption définitive du congé de paternité le 4 décembre à l'Assemblée nationale.*
(Création au chapitre II du livre I du code du travail, d'un article L. 122-25-4)

Cet article dispose qu'après « la naissance de son enfant et dans un délai fixé par décret, le père salarié bénéficie d'un congé de paternité de onze jours consécutifs ou de dix-huit jours consécutifs en cas de naissance multiple entraînant la suspension de son contrat de travail... ». Le père qui souhaite prendre ce congé doit avertir son employeur un mois à l'avance. Ce congé se cumulera avec les trois jours d'absence exceptionnelle déjà accordés aux pères pour raisons familiales. Seuls les enfants nés après le 1^{er} janvier 2002 pourront faire bénéficier leur