

N° 405239

Syndicat départemental CFDT des services
de santé et des services sociaux des Hauts-de-Seine
et Mme R...

5^{ème} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 2 octobre 2017

Lecture du 25 octobre 2017

Décision inédite au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas Polge, rapporteur public

Cette requête n'appelle pas de développements particulièrement complexes.

A propos des textes législatifs ou réglementaires dont l'entrée en vigueur est retardée par rapport à une entrée en vigueur provoquée du fait même de leur publication, le Président Odent (Contentieux administratif, fasc. I, p. 420) mentionnait « le cas des textes législatifs ou réglementaires dont l'entrée en vigueur est soit subordonnée, en vertu de leurs dispositions mêmes, à l'intervention de textes précisant leurs modalités d'application, soit impossible tant que leurs conditions d'application n'ont pas été précisées par des mesures réglementaires appropriées ou même tant que certaines circonstances de fait ne se sont pas produites ».

Mais en réalité, cette distinction entre deux cas de figure, le cas où le texte renvoie à des textes d'application, et le cas où l'application du texte est impossible sans ces textes, ne se retrouve pas dans les développements qu'il fait suivre, qui présentent le tableau d'une jurisprudence en vertu de laquelle, quels que soient les termes de la loi, qu'elle renvoie expressément ou non à des dispositions réglementaires d'application, son entrée en vigueur n'est suspendue à cette entrée en vigueur que dans le seul cas où il est impossible d'appliquer la loi sans les précisions apportées par ces textes d'application (30 avril 1931, *Philip*, p. 455 ; 15 juillet 1931, *Etienne*, p. 766 ; Sect. 24 novembre 1943, *Ratié*, p. 304 ; Sect. 17 avril 1953, *Sté des papèteries Boucher*, p. 171 ; Sect. 28 juin 1968, *Cassignol*, p. 405 ; Sect. 21 décembre 1973, *P...*, n° 86730, p. 745 ; Sect. 13 décembre 1974, *ministre de l'aménagement du territoire c/ Dame G...*, n° 93427, p. 632 ; 12 mars 1975, *S...*, n° 93465, p. 185 ; TC 29 mai 1967, *Moreau c/ Ville de La Bourboule*, p. 652). Le président Odent rappelle ainsi plus loin lui-même que « le principe demeure qu'une loi ou un règlement doit s'appliquer dès sa publication si ses dispositions sont suffisamment précises pour que les autorités compétentes puissent prendre immédiatement les mesures individuelles d'application : dans cette hypothèse, l'administration commet une illégalité en n'appliquant pas le texte considéré (1^{er} mars 1957, *de France*, p. 133 ; Sect. 23 mai 1958, *ministre de l'éducation nationale c/ Mgr Weber*, p. 293 ; Ass. 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, p. 172 ; 26 février 1964, *ministre des Finances et des Affaires économiques c/ sté des établissements Millo-Frohlich*, p. 139). Le retard à l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un règlement résultant de ce que les règlements d'application ne sont pas encore intervenus ne se justifie donc que si ces règlements sont nécessaires (Sect. 10 janvier 1958, *Bourgin*, p. 25 ; 26 octobre 1960, *ministre des anciens combattants c/ Dame Mériot*, p. 556), c'est-à-dire si l'application de la loi ou du règlement est manifestement impossible avant la

publication des textes d'application (Ass. 10 mars 1961, *Union départementale des associations familiales de la Haute-Savoie*, p. 172 ; Ass. 16 juin 1967, *Monod*, p. 256 ; Sect. 28 février 1969, *ministre des Armées c/ Furno*, p. 126 ; 17 février 1971, *ministre de la Santé publique c/ Union pharmaceutique des sociétés mutualistes de la Haute-Garonne*, p. 133 ; 12 mars 1975, *S...*, p. 185 ; 7 mai 1975, *département du Puy-de-Dôme*, p. 281).

Le choix d'un critère unique, la possibilité ou l'impossibilité d'appliquer la loi sans texte d'application, sans égard à la mention d'un renvoi par le texte supérieur au texte inférieur, peut, dans les rapports entre la loi et le règlement, se réclamer de considérations d'ordre constitutionnel, tout particulièrement dans le cadre de la Vème République : lorsque la loi comporte, à propos d'un sujet déterminé, toutes les dispositions relevant du domaine de la loi en vertu de l'article 34 de la Constitution, permettre à la loi de subordonner sa propre entrée en vigueur à l'intervention d'un acte du Premier ministre en réalité inutile reviendrait à permettre au législateur de déléguer sa propre compétence. Ce ne serait pas admissible constitutionnellement. Par conséquent, chaque fois que la loi est complète et suffisamment précise, et ne nécessite pas que le pouvoir réglementaire édicte des dispositions d'application relevant de sa propre compétence, elle doit être regardée comme en vigueur.

Symétriquement, le Premier ministre n'est tenu de prendre les mesures réglementaires d'application d'une loi que lorsque l'absence de ces mesures rendrait impossible l'application de la loi (Sect. 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, p. 403 ; 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis*, p. 475 ; Ass. 27 novembre 1964, *Vve Renard*, p. 590 ; 30 décembre 1998, *P...*, n° 183827, p. 51 ; 28 mai 2003, *C... et autres*, n°247492, T. 646 ; 7 mars 2008, *Fédération nationale des mines et de l'énergie CGT (FNME – CGT)*, n°298138, T. 594, 758, 941), et, comme le souligne le Professeur Chapus (DAG I, 14^{ème} éd. N°884), il est à cet égard « indifférent que le texte de base ait ou non prévu que des règlements d'application seraient pris » (Ass. 26 février 1954, *Départ. de la Guadeloupe*, p. 129).

Il est seulement possible d'obtenir l'annulation du refus de prendre le décret en conseil d'Etat auquel renvoie un texte, alors même que l'intervention de tels décrets en conseil d'Etat ne conditionnait pas l'entrée en vigueur d'une disposition législative, dont l'application n'était pas manifestement impossible en l'absence de ces textes, si le Premier ministre a refusé d'édicter les mesures d'application de la loi pour un motif autre que la nécessité de telles mesures au regard des critères posés par la loi pour leur édicton (28 mars 2012, *B... et association nationale des sociétés d'exercice libéral*, n°343962, 349300, p. 134¹).

Dans ce cadre, le pouvoir réglementaire dispose d'un délai raisonnable pour prendre les mesures d'application nécessaires (Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances c/Renard*, p. 590)

En l'espèce, le syndicat requérant et Mme R... ont demandé au Premier ministre de prendre le décret en conseil d'Etat prévu par les articles 93 et 95 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière

Le décret en conseil d'Etat prévu par l'article 95 est en réalité destiné à fixer les conditions d'application de l'ensemble de la section qu'il termine, intitulée « Perte d'emplois », et qui comporte les articles 92 à 94.

¹ Pour refuser de prendre les décrets en conseil d'Etat annoncés par la dispositions législative en cause, le Premier ministre n'avait pas examiné s'ils étaient nécessaires à l'application de la loi, mais avait refusé de les prendre au seul motif qu'il n'avait pas été saisi de demandes en ce sens des représentants des professions concernées.

L'article 92 subordonne la possibilité de supprimer des emplois dans les établissements régis par la loi du 9 janvier 1986 à une procédure consultative préalable. Lorsque la suppression d'emplois ne concerne qu'un seul établissement, est seulement requis l'avis du comité technique paritaire. L'existence du comité technique étant organisée par ailleurs (comité technique d'établissement, dans chaque établissement public de santé, aux articles L. 6144-3 à L. 6144-5 et R. 6144-40 à R. 6144-81 du code de la santé publique, et dans chaque établissement public social ou médico-social aux articles L. 315-3 et du code de l'action sociale et des familles), cette disposition n'appelle pas de disposition d'application propre. L'article impose également, dans le cas où des suppressions d'emplois sont envisagées dans plusieurs établissements d'une même région, la consultation par le représentant de l'Etat dans la région des assemblées délibérantes et des directeurs des établissements concernés ainsi que des organisations syndicales représentatives.

Bien que la définition du caractère représentatif des organisations syndicales, au sens de cet article, soit peut-être utile, on peut admettre que son absence ne rende pas manifestement impossible la mise en œuvre de cette obligation de consultation, sous le contrôle du juge administratif pour ce qui est de l'appréciation portée par l'administration sur le caractère représentatif des organisations consultées.

De même, l'article 94, qui donne droit au fonctionnaire licencié, lorsqu'il ne peut prétendre à une pension de retraite à jouissance immédiate et à taux plein, à une indemnité en capital égale à un mois de traitement par année de service validée pour la retraite peut-il être appliqué sans précision complémentaire au niveau réglementaire.

L'article 93, quant à lui, prévoit au bénéfice du fonctionnaire dont l'emploi est supprimé un droit au reclassement, qui prend la forme d'une priorité de recrutement sur tout emploi correspondant à son grade et vacant dans l'un des établissements couverts par le statut de la fonction publique hospitalière. Pour la mise en œuvre de ce droit de priorité, l'autorité administrative compétente de l'Etat doit lui proposer « dans un délai et selon un ordre de priorité géographique fixés par décret en Conseil d'Etat », trois emplois vacants correspondants à son grade. S'il accepte l'un de ces trois postes, l'autorité investie du pouvoir de nomination dans l'établissement concerné est tenue de procéder à son recrutement à la demande de l'autorité administrative compétente de l'Etat. Le dernier alinéa de l'article prévoit que le décret en conseil d'Etat visé au deuxième alinéa fixe notamment le délai de réflexion laissé au fonctionnaire dont l'emploi a été supprimé pour accepter ou refuser un poste ou pour demander sa mise en disponibilité. La définition du délai dans lequel des propositions de poste, doivent être faites au fonctionnaire et du délai de réflexion dont il dispose est d'autant plus déterminante que pendant ces délais, mais dans la limite d'un délai maximum de six mois après la suppression d'emploi, le fonctionnaire continue de recevoir de son établissement d'origine sa rémunération principale. On pourrait cependant imaginer que la jurisprudence supplée le silence du décret en validant des délais raisonnables de proposition et de réflexion auxquels l'administration se serait en pratique tenue, compatibles avec l'échéance légale des six mois.

En revanche, il paraît ne pouvoir vraiment revenir qu'au pouvoir réglementaire de préciser l'autorité compétente de l'Etat et l'ordre de priorité géographique à respecter dans la formulation des propositions de poste. Aussi l'application de l'article 93 paraît-elle impossible sans le décret d'application prévu.

C'est en ce sens que notre collègue, votre commissaire du Gouvernement, Serge Lasvignes, s'était exprimé, par des conclusions très précises, que vous avez suivies en jugeant par la décision, inédite au recueil Lebon, du 27 janvier 1993, *M. L...*, n°104205, que l'entrée en vigueur de cet article est subordonnée au décret d'application qu'il prévoit. A défaut de ce décret, ce sont les dispositions antérieures, celles de l'article L. 886 de l'ancien code de la santé publique, qui continuent de s'appliquer, selon ce que vous avez alors jugé. Ces dispositions, beaucoup plus sommaires, prévoient simplement que l'agent licencié à la suite d'une suppression d'emploi décidée par mesure d'économie, autrement dit l'agent licencié pour motif économique, s'il n'a pas encore droit à pension, peut prétendre à un reclassement par priorité dans l'un des emplois vacants similaires des établissements publics d'hospitalisation de soins ou de cure, sous réserve qu'il remplisse les conditions d'aptitude nécessaires.

Par la suite, cette ligne a été maintenue par deux décisions de sous-section jugeant seule, également inédites : 13 février 2004, *M. P...*, n°243594 ; 15 octobre 2014, *Centre hospitalier d'Alès*, n° 362605. Par cette dernière décision, vous avez relevé que l'article 35 du décret n° 88-976 du 13 octobre 1988 *relatif au régime particulier de certaines positions des fonctionnaires hospitaliers, à l'intégration et à certaines modalités de mise à disposition* mentionne bien l'article 93 de la loi du 9 janvier 1986, mais n'en définit pas les conditions d'applications et n'en permet pas l'entrée en vigueur ; il se borne à préciser le délai dans lequel l'agent qui n'a pas été reclassé peut demander sa mise en disponibilité, en laissant entière la question des conditions pratiques de mise en œuvre du droit de priorité sur les emplois susceptibles de permettre le reclassement de l'agent.

Il n'y a donc pas de doute que le Premier ministre doit prendre le décret nécessaire à l'application de l'article 93 de la loi du 9 janvier 1986.

Les trois décennies écoulées laissent encore moins de doute sur l'expiration maintenant ancienne du délai raisonnable dont il disposait pour ce faire.

Cette situation préjudicie aux intérêts collectifs des fonctionnaires hospitaliers. Le syndicat requérant présente donc un intérêt à vous demander l'annulation du refus implicite du Premier ministre de prendre ce décret (Section, 13 décembre 1991, *Syndicat CGT des employés communaux de la mairie de Nîmes*, n° 74153, p.443 ; 27 avril 2011, *Syndicat national CGT des agents de la concurrence*, n° 312.368, T. p. 992).

Mme R..., quant à elle, n'appartient plus à la fonction publique hospitalière : éducatrice de jeunes enfants titulaires, elle a été licenciée le 5 janvier 2015 à la suite de la fermeture de la crèche où elle exerçait ses fonctions. Cependant, la possibilité d'une indemnisation du préjudice résultant de l'absence de mise en œuvre de la procédure de reclassement prévue par l'article 93 de la loi du 9 janvier 1986 paraît lui donner un intérêt à faire reconnaître l'illégalité de l'absence de dispositions d'applications de cette disposition législative.

Aussi devrez-vous faire droit aux conclusions d'annulation des deux parties requérantes en ce qui concerne le refus de prendre le décret comportant les modalités d'application de cet article 93. Les motifs de votre décision d'annulation justifieront également d'enjoindre au Premier ministre, ainsi qu'elles vous le demandent, de prendre le décret manquant, dans un délai que vous pourrez raisonnablement fixer à six mois à compter de votre décision.

Vous pourrez mettre à la charge de l'Etat le versement à chacune des requérantes de la somme de 1 500 euros qu'elles demandent au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.