

REQUETE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

présentée devant le

CONSEIL D'ETAT STATUANT AU CONTENTIEUX

POUR :

L'Union syndicale des magistrats administratifs (ci-après désignée USMA),

Représentée par son président en exercice, M. Axel BARLERIN,

A ce dûment habilité par etc....

REQUÉRANTE,

CONTRE :

**L'arrêté interministériel en date du 3 novembre 2008 pris pour l'application
du décret n°2008-1136 (NOR : BCFF0825378A),**

Publié au Journal Officiel de la République française le 5 novembre 2008 ;

EN PRESENCE DE :

Mme le garde des sceaux, ministre de la justice ;

M. le ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique ;

SIGNATAIRES DE L'ARRÊTÉ ATTAQUÉ.

PLAISE AU CONSEIL D'ETAT

I – FAITS ET PROCEDURE :

Afin de mettre en œuvre un axiome électoral désormais devenu célèbre, le Gouvernement a décidé, en 2007, de proposer aux agents de la fonction publique de l'Etat et de la fonction publique territoriale l'indemnisation des jours accumulés sur leur compte épargne-temps (ci après CET). Ce dispositif, institué par le décret n°2007-1597 du 12 novembre 2007, prévoyait notamment un nombre de jours indemnisables limité à 4 par agent, ainsi que des montants forfaitaires d'indemnisation fixés par catégorie statutaire (125 euros pour la catégorie A ; 80 euros pour la catégorie B ; 65 euros pour la catégorie C). Le dispositif était néanmoins limité à l'année 2007.

En 2008, un dispositif similaire mais non identique a été institué par le décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008, et notamment par son article 4. Brièvement résumé, le système est restreint aux agents de l'Etat et permet l'indemnisation de la moitié des jours disponibles au 31 décembre 2007 sur le CET. Le versement s'effectue alors au rythme de quatre jours par an jusqu'à épuisement du nombre de jours dont l'agent a voulu l'indemnisation. Le montant de l'indemnité forfaitaire due par jour et par « *catégorie statutaire* » est renvoyé à un arrêté interministériel.

Cet arrêté est intervenu le même jour que le décret dont il entend faire application et fut également publié au JORF le 5 novembre 2008 : il reprend d'ailleurs les catégories et montants fixés un an plus tôt par le décret du 12 novembre 2007, soit 125 euros pour la catégorie A, 80 euros pour la catégorie B et 65 euros pour la catégorie C.

Cet arrêté constitue la décision attaquée.

II – DISCUSSION

1. SUR L'ABSENCE DE CONSULTATION DES COMITES TECHNIQUES PARITAIRES COMPETENTS

1.1. – Aux termes de l'article 12 du décret n°82-452 du 28 mai 1982 : « *Les comités techniques paritaires connaissent dans les conditions et les limites précisées pour chaque catégorie de comité par les articles 13 et 14 du présent décret des questions et des projets de textes relatifs : 1° Aux conditions générales de fonctionnement des administrations et services (...) 4° Aux règles statutaires (...)* ».

1.2. – Or les mesures prises par l'arrêté attaqué, qui définissent les taux d'indemnisation des jours accumulés sur leur CET par catégorie de fonctionnaires, font incontestablement partie des règles statutaires sur lesquels les comités techniques paritaires compétents devaient être consultés. Ces montants d'indemnisation sont en effet indissociables du régime institué par l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008, lequel institue une nouvelle disposition statutaire commune à tous les corps de la fonction publique d'Etat.

Ainsi, le régime des congés administratifs, lequel doit être contenu dans les statuts particuliers, est au nombre des dispositions statutaires devant être soumises à l'examen des CTP (CE, 20 mars 1957, *Syndicat national des administrateurs de la France d'Outre-Mer*, p. 180). Il est dès lors particulièrement aisé d'assimiler à ce dernier cas celui des règles applicables au compte épargne-temps et au taux d'indemnisation des jours non pris qui y sont crédités, qui ont également une portée statutaire et qui devaient être, par suite, précédées de la consultation des CTP.

1.3. – Au demeurant ces mêmes règles peuvent être également rattachées « *aux conditions générales de fonctionnement des administratives et services* » visées au 1° des dispositions précitées, alors qu'est, par exemple, comprise dans cette catégorie la modification de la durée hebdomadaire du travail (CE, 16 janvier 1998, *Ville d'Amiens*, n°154111, *aux Tables*). Or les règles édictées par l'arrêté attaqué sont indissociablement liées aux règles relatives à la durée du temps de travail, puisqu'elles arrêtent le montant auquel doit être indemnisé ce temps lorsqu'il a été épargné sur le CET.

1.4. – Bien évidemment, le Gouvernement pouvait substituer à la consultation des CTP celle du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, dès lors que l'article 2 du décret n°82-450 du 28 mai 1982 prévoit que cet organe « *est saisi : (...) 4° Des projets de décret relatifs à la situation*

de l'ensemble des agents publics de l'Etat ; / 5° Des projets de décret comportant des dispositions statutaires communes à plusieurs corps de fonctionnaires de l'Etat sauf lorsque, par application de l'article 14 du décret n° 82-452 du 28 mai 1982, ces projets relèvent de la compétence d'un seul comité technique paritaire ministériel ou d'un seul comité technique paritaire central d'établissement public ; (...) La consultation du Conseil supérieur de la fonction publique de l'Etat, lorsqu'elle est obligatoire en application des dispositions du présent décret ou de toute autre disposition législative ou réglementaire, remplace celle du ou des comités techniques paritaires compétents, sauf si la consultation successive de l'un et l'autre de ces deux types d'organismes consultatifs est expressément prévue dans le même texte (...) ».

Mais alors que la compétence du CSPFE ne s'étend textuellement qu'aux « *projets de décret* », la consultation de cet organisme n'était pas obligatoire : le Premier Ministre a délibérément choisi d'extraire le taux d'indemnisation du dispositif général issu de l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008, en renvoyant à un arrêté interministériel le soin de définir ce taux.

Cette manœuvre – en elle-même critiquable – a eu précisément pour effet d'éviter la consultation du CSPFE sur le montant d'indemnisation ainsi proposé : les auteurs du décret étaient dès lors dans l'obligation de consulter les comités techniques paritaires respectivement compétents pour se prononcer sur la situation de tous les corps de la fonction publique d'Etat concernés par le dispositif d'indemnisation des jours inscrits au CET.

2. SUR L'EXCEPTION D'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 4 DU DECRET N°2008-1136 DU 3 NOVEMBRE 2008, EN CE QU'IL RETIENT UNE INDEMNISATION FORFAITAIRE DES JOURS ACCUMULES SUR LE CET

2.1. – Selon l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 : « (...) *Le titulaire d'un compte épargne-temps peut opter pour l'indemnisation des jours inscrits sur son compte au 31 décembre 2007, dans la limite de la moitié de ces jours. Ces jours sont retranchés du compte épargne-temps à la date de cette option, qui doit intervenir avant le 31 décembre 2008. / Le montant de l'indemnité due est calculé en valorisant chaque jour à un **taux forfaitaire par catégorie statutaire** fixé par arrêté des ministres chargés de la justice, du budget et de la fonction publique. Cette indemnité n'est pas soumise aux majorations et indexations pouvant être versées aux agents en poste dans les départements et collectivités d'outre-mer (...) ».*

L'exception d'illégalité de ce texte, dont l'arrêté attaqué constitue une mesure d'application, est bien évidemment tout à fait recevable et opérante.

2.2. – Selon l'article 1^{er} du décret n°2002-634 du 29 avril 2002, le compte épargne-temps « permet à son titulaire d'accumuler des droits à congés rémunérés ». Aux termes de l'article 3 de ce même décret : « Le compte épargne-temps est alimenté par le report de jours de réduction du temps de travail et par le report de congés annuels, tels que prévus par le décret du 26 octobre 1984 susvisé, sans que le nombre de jours de congés pris dans l'année puisse être inférieur à 20 (...) ».

Et selon l'article 9 du même décret, pendant un congé pris au titre de jours crédités sur le compte épargne-temps, « (...) l'agent conserve (...) la rémunération qui était la sienne avant l'octroi de ce congé », dès lors que « Les congés pris au titre du compte épargne-temps sont assimilés à une période d'activité ».

2.3. – L'article 4 précité du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 institue finalement une *indemnité compensatrice* des droits à congés ou à récupération du temps de travail (dits jours RTT) inscrits sur le CET lorsque l'agent a choisi de ne pas exercer ces derniers. Ce dispositif est d'ailleurs similaire à celui prévu à l'article L. 31351-1 du code du travail : « Le compte épargne-temps permet au salarié d'accumuler des droits à congé rémunéré ou de bénéficier d'une rémunération, immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non prises ou des sommes qu'il y a affectées ».

Toutefois, et comme le rappelle l'article 3 du décret n°2002-634 du 29 avril 2002, le temps de travail épargné sur le compte épargne-temps est constitué de droits tous deux acquis au titre de services antérieurs, en l'occurrence :

1/ de **services faits** ouvrant droit à récupération du temps de travail correspondant lorsque sont inscrits des JRTT. Ce temps doit alors être rémunéré conformément aux dispositions de l'article 64 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984, aux termes duquel « les fonctionnaires régis par le présent titre ont droit, après service fait, à une rémunération fixée conformément aux dispositions de l'article 20 du titre premier du statut général », alors que ce dernier article dispose que cette rémunération comprend « le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement, ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire ». A ce titre, les JRTT, qui constituent lorsqu'ils sont pris sous forme de congés à une « période d'activité » aux termes de l'article 9 précité du décret n°2002-634 du 29 avril 2002, viennent donc compenser un temps de travail effectif, au sens de l'article 2 du décret du 25 août 2000, qui le définit comme « (...) le temps pendant lequel les agents sont à la disposition de leur employeur et doivent se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles ».

2/ de **droits à congés** annuels durant lesquels, selon le 1° de l'article 34 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984, l'agent conserve son « traitement ».

L'article 9 du décret n°2002-634 du 29 avril 2002 s'est donc borné à rappeler les dispositions des articles 34 et 64 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984, lorsqu'il précise qu'au cours d'un congé pris au titre de jours inscrits sur le CET l'agent, qui est réputé être en activité, conserve sa rémunération.

En revanche, le 2^{ème} alinéa de l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008, a quant à lui méconnu ces mêmes dispositions, alors qu'il prétend fixer, pour les services et congés qu'elles définissent, une indemnité forfaitaire qui ne correspond pas au montant de la rémunération due en application de ces mêmes dispositions.

2.4. – A cet égard, la nature reconnue à l'indemnité compensatrice de congés payés vient conforter cette analyse. Cette indemnité est prévue par l'article L. 3141-26 du code du travail, (anciennement dénommé article L. 223-14), lequel dispose que « *Lorsque le contrat de travail est rompu avant que le salarié ait pu bénéficier de la totalité du congé auquel il avait droit, il reçoit, pour la fraction de congé dont il n'a pas bénéficié, une indemnité compensatrice de congé déterminée d'après les dispositions des articles L. 3141-22 à L. 3141-25 (...)* » (c'est-à-dire qu'elle ne peut être inférieure au montant de la rémunération qui aurait été perçue pendant la période de congé si le salarié avait continué à travailler).

L'indemnité compensatrice de congés-payés est cependant d'une nature similaire à l'indemnité prévue par l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008. En réalité, lorsque cette dernière disposition est mise en œuvre pour indemniser des jours de congés annuels inscrits sur le CET, l'indemnité ainsi versée constitue *en elle-même* une indemnité compensatrice de congés-payés.

Or s'il n'existe pas, en droit de la fonction publique, d'indemnité compensatrice de congés-payés – de sorte que le Conseil d'Etat n'a pu se prononcer sur la nature juridique d'une telle indemnité –, la Cour de Cassation s'est quant à elle prononcée en ces termes : « (...) *attendu qu'après avoir rappelé que selon l'article L 223-14 du Code du travail, l'indemnité de congé payé est due aux ayants droits du salarié dont le décès survient avant qu'il ait pris son congé annuel et qui auraient qualité pour obtenir le paiement des salaires arriérés, les juges du fond ont relevé que l'indemnité compensatrice versée correspondait au nombre de jours de congés payés acquis par le travailleur, en vertu des services antérieurement accomplis ; qu'elle était due personnellement à celui-ci et constituait, même s'il n'en jouissait pas, un élément de salaire à paiement différé ; que la circonstance qu'elle soit versée aux ayants droit n'en modifiait pas le caractère ; qu'elle constituait ainsi une rémunération au sens de l'article L 120 du Code de la sécurité sociale ; qu'en en déduisant que la Caisse des congés payés devait verser à l'URSSAF les cotisations de sécurité sociale correspondant*

aux indemnités versées par elle, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision » (Soc., 28 mars 1979, n°77.13647, Bull. n°285).

La nature salariale de l'indemnité compensatrice de congés-payés se déduit en effet du fait qu'elle est due à raison de services antérieurement accomplis : elle constitue en réalité une rémunération correspondant à ces services, alors que l'agent n'a pas pu prendre effectivement ses congés. Comme le relève la Cour de cassation, c'est un élément du salaire à paiement différé (on relèvera que c'est également l'analyse du Conseil d'Etat s'agissant de la nature juridique de la pension de retraite : selon les termes employés par l'Assemblée, celle-ci est en effet due à raison « des services accomplis par les agents publics » et constitue par suite « une rémunération différée », CE Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ Diop*, n°212179, p. 605).

C'est donc de manière fort logique que l'indemnité compensatrice de congés-payés est imposable dans la catégorie des traitements et salaires (*Rép. Kuehn : AN 9 juin 1950 p. 4545 ; D. adm. 5 F-1144 n°3 et 13, 10 février 1999 ; Inst. 31 mai 2000, 5 F-8-00 n°5*).

Et c'est également de manière logique qu'elle entre également dans le champ d'application de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, qui les assimile à une rémunération.

Mais c'est également de manière tout aussi logique que, constituant un élément du salaire, elle doit en tout état de cause être égale à celui-ci, et en aucun cas calculée de manière forfaitaire, de manière indifférenciée pour l'ensemble des salariés.

2.5. – Dans ces conditions comment pourrait-il en être jugé autrement s'agissant des fonctionnaires, dès lors que la nature de l'indemnité est indépendante de la qualité, salarié ou agent public, de celui qui la perçoit ?

Car, comme il a été indiqué ci-dessus, l'indemnité versée au titre de l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 est en tout point comparable à l'indemnité compensatrice de congés payés.

Elle est également versée au titre de services antérieurement accomplis. De même, elle sera imposable au titre des traitements et salaires et sera soumise dans les mêmes conditions aux cotisations et contributions sociales (Cf. article L. 242-1 du code de la sécurité social, alinéa 1^{er}, ce que confirme d'ailleurs expressément l'arrêté attaqué en se référant à un montant forfaitaire « brut »).

Elle constitue, elle aussi, un élément de la rémunération du fonctionnaire à paiement différé. Dans ces conditions, on cherchera en vain les motifs justifiant que cette indemnité puisse être inférieure aux sommes qui auraient été perçues pendant la période de congé si l'agent avait continué à travailler, ou puisse être forfaitaire selon les catégories de fonctionnaire. Constituant

donc une « *rémunération différée* », pour reprendre l'expression employée par le Conseil à propos des pensions de retraite, cette indemnité ne peut donc qu'être égale aux montants prévus par les dispositions précitées des articles 34 et 64 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984.

2.6. – Au surplus, le caractère forfaitaire de l'indemnité prévue par l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 méconnaît l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Aux termes de cet article : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ».

A cet égard, une créance est un bien au sens de cette stipulation, dès lors que le créancier peut se prévaloir d'une *espérance légitime* à son obtention, telle qu'une prestation sociale (CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, Dalloz 1998 p. 438). Dès lors, la rémunération des agents publics entre dans le champ des biens protégés par cette stipulation (CE Assemblée, 11 juillet 2001, *Ministre de la défense c/ Préaud*, n°219312, p. 345).

Or les dispositions de l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 ont pour effet de réduire d'autorité, pour la plupart des agents publics concernés, le montant de la créance ainsi due. On peut certes très bien envisager que la rémunération des agents publics soit diminuée sans méconnaître ces dispositions pour les services futurs, mais tel n'est pas le cas du système retenu par le décret puisqu'il consiste à limiter le montant de la créance due aux agents à raison de services effectués avant son entrée en vigueur. Il porte ainsi atteinte, de manière rétroactive et sans aucune justification, à une créance acquise antérieurement et, par suite, au droit des agents publics de l'Etat au respect de leurs biens.

Dans ces conditions, la décision *Préaud* précitée est parfaitement transposable : « (...) *Considérant que les primes de qualification et de service que perçoivent les militaires constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que les dispositions de l'article 47-I de la loi du 29 décembre 1994 précitées ont été adoptées après que le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, par une décision du 15 janvier 1992, jugé que les personnels militaires servant à l'étranger y conservaient le bénéfice de l'ensemble des accessoires permanents de la solde et après que le décret du 2 décembre 1994 avait modifié celui du 23 décembre 1976 en faisant obstacle à ce que les sous-officiers en service à l'étranger puissent désormais prétendre au versement des dites primes ; que ces dispositions, qui sont entrées en vigueur après*

que M. Préaud avait saisi le tribunal administratif de Nantes du litige l'opposant à l'Etat, ont eu pour effet de le priver rétroactivement du droit à l'attribution desdites primes ; que ni la volonté d'éviter que les personnels militaires affectés à l'étranger conservent le bénéfice des avantages en cause pendant la période transitoire précédant la publication du décret du 2 décembre 1994, ni l'objectif d'éviter que des discriminations puissent naître de ce fait entre fonctionnaires civils et militaires de l'Etat ou entre les militaires ayant introduit un recours et ceux ne l'ayant pas fait, ni le souci de prévenir les conséquences financières de la décision précitée du Conseil d'Etat, ne constituent des motifs d'intérêt général de nature à justifier l'atteinte que la privation rétroactive des primes de qualification et de service que M. Préaud devait légalement percevoir pendant ses séjours à l'étranger porte aux biens de ce dernier (...).».

3. SUR L'EXCEPTION D'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 4 DU DECRET N°2008-1136 DU 3 NOVEMBRE 2008, EN CE QU'IL NE RETIENT PAS UNE INDEMNISATION DES JOURS DE RTT ACCUMULES SUR LE CET CALCULEE SELON LES PRINCIPES APPLICABLES AUX HEURES SUPPLEMENTAIRES

Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, une partie des jours épargnés sur le CET sont inscrits au titre des jours de RTT. Or, non seulement ces derniers jours représentent des services faits qui doivent être indemnisés en fonction de la rémunération effective de l'agent, mais, au surplus ces jours ne correspondent à des services faits ordinaires : ils sont portés au crédit de l'agent à raison de l'accomplissement **d'heures supplémentaires**, qui doivent être par suite **rémunérées de manière majorée**.

3.1. – Le CET a été créé dans le cadre de la réduction du temps de travail : selon l'article 1^{er} du décret n°2000-815 du 25 août 2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature, « *La durée du travail effectif est fixée à trente-cinq heures par semaine dans les services et établissements publics administratifs de l'Etat ainsi que dans les établissements publics locaux d'enseignement. / Le décompte du temps de travail est réalisé sur la base d'une durée annuelle de travail effectif de 1 607 heures maximum, sans préjudice des heures supplémentaires susceptibles d'être effectuées* ». L'article 10 de ce même décret précise que : « *Sans préjudice des dispositions de l'article 3, le régime de travail de personnels chargés soit de fonctions d'encadrement, soit de fonctions de conception lorsqu'ils bénéficient d'une large autonomie dans l'organisation de leur travail ou sont soumis à de fréquents déplacements de longue durée peut, le cas échéant, faire l'objet de dispositions spécifiques adaptées à la nature et à l'organisation du service ainsi qu'au contenu des missions de ces personnels. Ces dispositions sont adoptées par arrêté du ministre*

intéressé, du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé du budget, pris après avis du comité technique paritaire ministériel ».

C'est dans le cadre de ces dispositions que s'inscrit le décret n°2002-634 du 29 avril 2002 portant création du compte épargne-temps dans la fonction publique de l'Etat et dans la magistrature. S'agissant plus particulièrement des « *hauts fonctionnaires* » et des magistrats, ce mécanisme vise essentiellement à compenser, par l'octroi de jours de congés supplémentaires, dits « jours RTT », l'impossibilité dans laquelle se trouvent ses bénéficiaires de ne travailler que 35 heures par semaine, et à organiser la prise de ces jours de congés selon des modalités compatibles avec le bon fonctionnement du service.

En aucun cas ce dispositif ne peut être regardé comme dérogeant au principe selon lequel les jours de travail épargnés constituent la compensation d'heures de travail effectif et même « d'heures supplémentaires » au sens de l'article 1^{er} précité du décret n°2000-815 du 25 août 2000.

3.2. – C'est encore plus vrai s'agissant des magistrats administratifs, puisqu'à l'évidence, le nombre de 8 jours qu'ils peuvent cumuler sur une année au titre de la RTT, en application de l'article 3 de l'arrêté du 5 juillet 2004 (NOR : JUSA0400163A) est largement inférieur à la réalité du travail fourni en dépassement de la durée légale de travail.

Il suffit de se référer aux textes les plus comparables concernant les magistrats judiciaires (arrêté du 27 juin 2006, NOR: JUSB0610320A, qui prévoit 20 jours de RTT par an) ou les magistrats de la Cour des comptes et des CRC (arrêté du 14 janvier 2003, NOR: ECOP0300024A, avec un cycle annuel de travail de 1607 heures), pour se rendre compte de cette sous-estimation. Contrairement à leurs homologues judiciaires et financiers, les magistrats administratifs ne peuvent donc compenser que très partiellement les jours dits de RTT. Leur absence de rémunération à taux majoré est donc d'autant plus préjudiciable.

3.3. – Le parallèle avec le secteur privé est également révélateur. La durée légale du travail y est également de 35 heures hebdomadaires (article L.3121-10 du code du travail). Dans les cas où cette durée ne peut pas être respectée, il est possible de conserver une durée allant jusqu'à 39 heures hebdomadaires et de la compenser par des jours RTT, pour respecter le maximum de 1607 heures par an. Au-delà de cette durée hebdomadaire et / ou de ces 1607 heures annuelles, le salarié effectue des heures supplémentaires, dans la limite d'un contingent annuel (article L.3121-15). Ces heures sont compensées :

- soit par **une majoration de salaire**, dans les conditions fixées à l'article L.3121-22 (25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires et 50 % pour les suivantes) ;

- soit par des jours de « repos compensateurs », obligatoire ou de remplacement (supprimés par la loi du 20 août 2008 et remplacés par une contrepartie obligatoire en repos et un repos compensateur équivalent). Le nouvel article D.3121-9 précise d'ailleurs que « *La contrepartie obligatoire en repos (...) est assimilée à une période de travail effectif pour le calcul des droits du salarié. Elle **donne lieu à une indemnisation qui n'entraîne aucune diminution de rémunération par rapport à celle que le salarié aurait perçue s'il avait accompli son travail*** ». Et, aux termes de l'article D.3121-14 : « *Le salarié dont le contrat de travail prend fin avant qu'il ait pu bénéficier de la contrepartie obligatoire en repos à laquelle il a droit ou avant qu'il ait acquis des droits suffisants pour pouvoir prendre ce repos reçoit une indemnité en espèces dont le montant correspond à ses droits acquis (...) **Cette indemnité a le caractère de salaire*** ».

C'est dans cette même logique que la loi n°2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat, applicable aux salariés de droit privé, prévoit à son article 1^{er} des mécanismes comparables à celui de l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008, à savoir la « monétisation des jours RTT » et la « monétisation des jours CET ». Ce dispositif a notamment été précisé par la circulaire DGT/DSS/5B/2008/46 du 12 février 2008.

Il est ainsi prévu, d'une part, que l'employeur doit rémunérer les jours de RTT non pris sur la base **de la valeur d'une journée de travail normale majorée au minimum du taux de majoration de la première heure supplémentaire en vigueur à la date du paiement**. S'il n'y a pas d'accord spécifique dans l'entreprise c'est le taux légal de majoration (25 %) qui s'applique.

D'autre part, les jours de repos affectés sur un CET qui font l'objet d'une monétisation seront rémunérés au salarié sur la **base de la valeur de la journée de repos calculée au moment de cette « liquidation partielle » du CET** en tenant compte des modalités de gestion des droits prévues par l'accord collectif mettant en place le dispositif qui peut prévoir des modalités particulières de valorisation. En l'absence d'accord prévoyant les modalités de valorisation de la journée, la valeur de cette dernière est appréciée à la date du paiement.

A l'évidence, lorsque les jours inscrits sur le CET l'ont été dans le cadre de la RTT, l'indemnité devra être calculée conformément aux principes posés pour la monétisation de ces jours.

3.4. – Or, le paiement majoré des heures supplémentaires existe en droit de la fonction publique.

Tel est ainsi le système retenu de manière générale pour les agents de catégorie B et C et résultant du décret n°2002-60 du 14 janvier 2002, dont l'article 7, tel que modifié par le décret

n°2008-199 du 27 février 2008, prévoit : « *A défaut de compensation sous la forme d'un repos compensateur, les heures supplémentaires accomplies sont indemnisées dans les conditions ci-dessous. / La rémunération horaire est déterminée en prenant pour base exclusive le montant du traitement brut annuel de l'agent concerné au moment de l'exécution des travaux, augmenté, le cas échéant, de l'indemnité de résidence. Le montant ainsi obtenu est divisé par 1 820. / Cette rémunération horaire est multipliée par 1,25 pour les quatorze premières heures supplémentaires et par 1,27 pour les heures suivantes* ».

Il en va de même des fonctionnaires actifs de la police nationale. Ainsi, l'article 1^{er} du décret n°2000-194 du 3 mars 2000 fixant les conditions d'attribution d'une indemnité pour services supplémentaires aux fonctionnaires actifs de la police nationale dispose ainsi que : « *Les fonctionnaires actifs de la police nationale, à l'exclusion des fonctionnaires du corps de conception et de direction et du corps de commandement, peuvent, lorsqu'ils sont amenés à effectuer des services supplémentaires non susceptibles de donner lieu à récupération, bénéficier d'une indemnité pour services supplémentaires* ». L'article 3 du même texte précise que : « *Le taux horaire de cette indemnité est calculé à raison des mille huit cent vingtièmes du traitement annuel brut soumis à retenue pour pension afférent à l'indice brut 342. Cette **rémunération horaire est multipliée par 1,25. / Le traitement à prendre en considération est, dans tous les cas, celui correspondant à l'indice précité en vigueur au moment de l'accomplissement des services supplémentaires*** ». On ne saurait être plus explicite.

Rien ne s'oppose donc à ce que le Gouvernement prévoit un tel mécanisme d'indemnisation avec une rémunération majorée, s'agissant de la monétisation des jours épargnés sur un compte épargne-temps au titre de la RTT.

4. SUR L'EXCEPTION D'ILLEGALITE DE L'ARTICLE 4 DU DECRET N°2008-1136 DU 3 NOVEMBRE 2008, EN CE QU'IL MECONNAIT LES PRINCIPES GENERAUX DU DROIT ET L'ARTICLE 14 DE LA CESDH

4.1 – Pour des raisons de commodité, le système prévalant pour les salariés de droit privé a été exposé une seule fois et de manière complète au § 3.3., afin d'y exposer la majoration des heures complémentaires. Néanmoins, de ce système, peuvent être tirés des moyens tirés de la méconnaissance des principes généraux du droit et de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

4.2. – D'une part, le juge n'hésite pas, même s'il ne le fait que ponctuellement, à s'inspirer du code du travail, comme dans le célèbre arrêt *Dame Peynet* (CE, Assemblée 8 juin 1973 *Dame Peynet*, p.406)

A cet égard, on peut donc légitimement envisager que le dispositif institué par la loi n°2008-111 du 8 février 2008 précitée ainsi que ses textes d'application s'inspirent d'un principe général du droit selon lequel la monétisation des jours inscrits sur le CET doit faire l'objet d'une indemnisation correspondant à la valeur du service effectué et donc aux taux de rémunération normale de ces jours (ce qui condamne le caractère forfaitaire retenu par l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008), ainsi que d'une majoration correspondant aux heures supplémentaires effectuées. Principes dont s'inspirent d'ailleurs toutes les dispositions applicables en la matière, à l'exception du seul article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008.

Rappelons à ce titre les conclusions de Mme Grévisse sous l'arrêt *Dame Peynet*, qui proposait de retenir un principe selon lequel, lorsque les nécessités propres du service public n'y font pas obstacle et lorsque aucune disposition ne l'exclut expressément, les agents publics doivent bénéficier, quelle que soit la nature du lien qui les unit à leur employeur, de droits équivalents à ceux que la législation sociale reconnaît à l'ensemble des salariés (CE, Assemblée 8 juin 1973 *Dame Peynet*, p.406). Certes, elle n'a pas été suivie par le CE, qui a simplement consacré un PGD interdisant le licenciement d'une femme enceinte. Mais la pertinence de l'analyse qui consiste à dire que le l'Etat ne peut pas totalement s'affranchir, pour ses fonctionnaires, des règles qu'il impose aux employeurs privés, aux moins des règles les plus fondamentales, demeure.

A ainsi également été reconnu comme principe général du droit la règle selon laquelle le traitement d'un fonctionnaire ne peut être inférieur au SMIC (CE, 23 avril 1982, *Ville de Toulouse*, n°36851, *AJDA* 1982 p 476).

Il n'en reste donc pas moins utile de rappeler, au travers des dispositions relatives à la réduction du temps de travail puis au pouvoir d'achat, quels ont été les objectifs poursuivis par leurs auteurs.

4.3. – D'autre part, l'existence de systèmes dont les différences sont totalement disproportionnées entre les salariés de droit privé et les agents du service public est de nature à révéler l'existence d'un traitement discriminatoire, tant au regard du principe constitutionnel d'égalité que de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, aux termes duquel : « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la*

langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Cet article est en effet parfaitement invocable puisqu'ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, la présente contestation concerne l'exercice d'une liberté ou la jouissance d'un droit reconnu par la Convention (en l'espèce l'article 1^{er} du premier protocole additionnel). Sur ce point, il appartiendra au Gouvernement d'exposer les considérations qui ont justifié une telle disparité entre les agents des secteurs public et privé dans l'application du système d'indemnisation des jours accumulés sur le CET.

Dans ces conditions, et en application des principes et stipulations précitées, non seulement les agents de l'Etat bénéficiaires de l'indemnité prévue à l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 ont droit à ce que celle-ci soit calculée en fonction du montant de leur rémunération, mais également à ce qu'elle soit majorée selon les modalités applicables à l'accomplissement d'heures supplémentaire lorsqu'elle vient indemniser des jours épargnés sur le CET qui correspondent à des jours de récupération du temps de travail.

III – EXECUTION

L'annulation de l'arrêté attaqué impliquera nécessairement que les ministres signataires prennent un nouvel arrêté en se conformant aux motifs de la décision à intervenir, notamment si le caractère forfaitaire de l'indemnisation, prévue à l'article 4 du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008, est reconnu comme étant entaché d'illégalité. Dans ce cas, cette décision impliquera nécessairement que ce nouvel arrêté écarte l'application de l'alinéa 2 de l'article 4 du décret n° 2008-987 du 18 septembre 2008 et fixe des montants fondés sur la rémunération journalière de chaque agent, majorée selon les modalités applicables à l'accomplissement d'heures supplémentaire lorsque l'indemnité versée vient indemniser des jours épargnés sur le CET qui correspondent à des jours de récupération du temps de travail.

IV – CONCLUSIONS

Par ces motifs, l'USMA conclut à ce que le Conseil d'Etat :

- **ANNULE** l'arrêté du 3 novembre 2008 pris pour l'application du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 ;

- **ENJOIGNE**, sur le fondement des articles L. 911-1 et suivants du code de justice administrative, aux ministres signataires de cet arrêté de prendre un nouvel arrêté en se conformant aux motifs de la décision à intervenir dans un délai de deux mois à compter de la notification de cette dernière ;

- **CONDAMNE** l'Etat à lui verser une somme de 1 000 euros en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Sous toutes réserves,

Le président de l'USMA

Axel BARLERIN

BORDEREAU RECAPITULATIF DES PIÈCES JOINTES

N°1 – Copie de l'arrêté attaqué ;

N°2 – Copie du décret n°2008-1136 du 3 novembre 2008 ;

N°3 – Copie de...