

N^{os} 398069, 398070

SYNDICAT SUD SANTE

SOCIAUX 31

Décision à mentionner aux tables du recueil Lebon

N°409340

SYNDICAT DES CADRES DE LA

SECURITE INTERIEURE

Décision inédite au recueil Lebon

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 14 mars 2018

Lecture du 4 avril 2018

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Ces trois affaires posent des questions analogues d'interprétation des textes applicables en matière de durée maximale de travail, mais les différences de rédaction entre les dispositions nationales applicables dans les deux premières, d'une part, et dans la troisième, d'autre part, ne conduiront pas à des difficultés identiques en ce qui concerne l'interprétation du texte communautaire qui les surplombe toutes, à savoir la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 *concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail*.

On peut tout de suite rappeler les dispositions pertinentes de cette directive. L'article 6 impose, sous l'intitulé « Durée maximale hebdomadaire de travail », que « *b) la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires.* ». C'est une disposition qui est en lien avec les trois affaires.

Vous aurez également à vous intéresser, pour ce qui est de la troisième :

- à l'article 16, selon lequel « *Les États membres peuvent prévoir: / b) pour l'application de l'article 6 (durée maximale hebdomadaire de travail), une période de référence ne dépassant pas quatre mois.* » ;
- ainsi qu'au paragraphe 3 de l'article 17, qui autorise une dérogation à l'article 16 « *b) pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes, notamment lorsqu'il s'agit de gardiens ou de concierges ou d'entreprises de gardiennage; / c) pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production (...)* » ;
- et à l'article 19, sur les « *limitations aux dérogations aux périodes de référence* », qui dispose que « *la faculté de déroger à l'article 16, point b), prévue à l'article 17,*

paragraphe 3 (...) ne peut avoir pour effet l'établissement d'une période de référence dépassant six mois ». Le même article permet « que, pour des raisons objectives ou techniques ou pour des raisons ayant trait à l'organisation du travail, les conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux fixent des périodes de référence ne dépassant en aucun cas douze mois ».

1/ Mais quels que soient les termes de la directive, ce sont ceux du décret n°2002-9 du 4 janvier 2002 *relatif au temps de travail et à l'organisation du travail dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière* qui paraissent déterminants pour la résolution des deux premières affaires.

Contrairement au tribunal administratif de Toulouse, la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé légaux les tableaux de service établis pour le service des grands brûlés par le directeur du centre hospitalier universitaire de Toulouse pour les infirmiers dans la première affaire et les aides soignants dans l'autre et contestés par le requérant, en jugeant tout d'abord qu'aucune disposition ne fait obstacle à que le centre hospitalier universitaire apprécie le respect de la durée maximale hebdomadaire de travail de 48 h heures dans le cadre d'une semaine allant du lundi au dimanche et non comme le demande le syndicat par périodes glissantes de sept jours.

Le décret, bien que pris en conseil d'Etat, n'est pas parfaitement clair. Il dispose à l'article 1^{er} que *« la durée hebdomadaire de travail effectif, heures supplémentaires comprises, ne peut excéder 48 heures au cours d'une période de 7 jours »*.

A l'article 9, il prévoit l'organisation du travail « selon des périodes de référence dénommées cycles de travail définis par service ou par fonctions et arrêtés par le chef d'établissement après avis du comité technique d'établissement ou du comité technique ». L'article précise, aux alinéas suivants : *« Le cycle de travail est une période de référence dont la durée se répète à l'identique d'un cycle à l'autre et ne peut être inférieure à la semaine ni supérieure à douze semaines ; le nombre d'heures de travail effectué au cours des semaines composant le cycle peut être irrégulier. / Il ne peut être accompli par un agent plus de 44 heures par semaine. / Les heures supplémentaires et repos compensateurs sont décomptés sur la durée totale du cycle. Les repos compensateurs doivent être pris dans le cadre du cycle de travail. »* Et on retrouve à l'article 11 consacré aux jours supplémentaires de repos prévus au titre de la réduction du temps de travail, bizarrement, une disposition relative à la durée de travail hebdomadaire, qui aurait mieux sa place à l'article 9, et selon laquelle : *« Il ne peut être effectué plus de 39 heures hebdomadaires en moyenne sur le cycle, hors heures supplémentaires, ni plus de 44 heures par semaine, hors heures supplémentaires, en cas de cycle irrégulier »*.

Le moyen tiré de l'article 6 de la directive ne commande pas l'interprétation à donner de l'article 1^{er} du décret. En effet, puisque l'article 6 de la directive fixe une durée hebdomadaire maximale de travail en moyenne par période de sept jours, il ne peut s'agir que d'une période de sept jours prédéterminée, et non pas glissante, car cette seconde branche de l'alternative priverait de contenu la notion de moyenne. La directive est donc compatible aussi bien avec une règle nationale fixant un maximum de 48 h, heures supplémentaires comprises, sur sept jours glissants qu'avec une règle fixant le même plafond par semaine calendaire prédéterminée.

Les articles 9 et 11 du décret ne paraissent pas non plus engager l'interprétation de l'article 1^{er} dans un sens ou dans l'autre.

Si l'on s'en tient donc à la rédaction de l'article 1^{er} pris en lui-même, la notion de « période quelconque » de sept jours aurait été parfaitement claire dans le sens d'une période glissante. L'adjectif « quelconque » n'y figure pas. Cependant, bien que la notion de période de sept jours paraisse, pour la raison qui a été dite, avoir été employée par la directive dans le sens de période prédéterminée, l'utilisation de la notion de jours paraît plutôt correspondre ordinairement à celle d'une succession quelconque de jours, une période glissante, tandis que le terme de semaine impliquerait plutôt une semaine définie de manière fixe. En effet, historiquement, la semaine est apparue comme une suite de sept jours allant du premier au septième, ultérieurement dénommés du dimanche, premier jour de la création, au samedi, jour du repos. L'évolution des mœurs a conduit les normes calendaires internationales ISO à retenir une semaine allant du lundi au dimanche. En tout cas, on peut en principe différencier la semaine d'une simple suite de sept jours en y reconnaissant une succession ordonnée de jours et non pas une suite indifférenciée de jours quelconques. La nuance n'est pas d'une portée absolue, car pour quantifier un délai, un délai exprimé en semaines sans précision peut prendre n'importe quel jour de la semaine comme point de départ. Il reste que pour désigner non un délai mais une période, la notion de semaine correspond plus naturellement à une semaine calendaire prédéfinie. C'est bien ainsi que le code du travail paraît manier la notion dans ses dispositions relatives à la durée hebdomadaire de travail (art. L. 3122-1 avant sa réécriture par la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* ; art. L. 3121-32 et L. 3121-35 issus de cette loi)

Or, cette interprétation induite par le vocabulaire, si elle est plus contraignante pour l'organisation du travail, apporte des garanties supplémentaires à deux égards. D'une part, pour le repos des agents concernés, qu'elle protège mieux. D'autre part, dans le secteur d'activité particulier de l'hôpital, pour la sécurité des patients, que l'on évite de confier à des agents qui pourraient travailler jusqu'à 96 heures de suite seulement entrecoupées des repos quotidiens obligatoires minimums. Sur ces questions, les attentes des agents et des employeurs ne sont pas toujours dans la configuration des présentes affaires où la direction recherche de la souplesse et les syndicats plus de garanties ; la configuration inverse peut souvent se présenter en pratique, les agents pouvant chercher à se ménager de longues périodes libres entre deux périodes de travail intense et leur employeur chercher des appuis réglementaires pour résister à leurs demandes en ce sens. Mais pour votre part, vous pourrez retenir l'interprétation exigeante, qui vous conduira à la cassation sollicitée pour erreur de droit.

Vous rencontrerez alors comme juges du fond une autre question intéressante, que vous devriez aussi résoudre comme juges de cassation si vous ne reteniez pas le précédent moyen. Elle exige de décider si le centre hospitalier universitaire pouvait faire usage de la possibilité de dérogation que prévoit le 1^o de l'article 7 du décret à la durée quotidienne de travail. Cette durée est plafonnée à 9 h pour les équipes de jour et 10 h pour les équipes de nuit en cas de travail continu. L'alinéa permet toutefois d'y déroger, jusqu'à 12 h d'amplitude de la journée de travail, « lorsque les contraintes de continuité du service public l'exigent en permanence ».

Le syndicat promeut une interprétation restrictive de cette disposition, restreinte aux seuls cas de risques d'interruption du service par insuffisance des effectifs disponibles pour se relayer. Une interprétation ainsi fondée sur les difficultés de recrutement ne convainc pas. En effet, la

mise en place de la journée de 12 h au lieu de 9 ou 10 ne permet de pallier une insuffisance d'effectifs que très temporairement, pas à titre permanent comme le prévoit la disposition. En effet, l'allongement de la journée de travail réduira le nombre de jours de travail par agent, et compte tenu des droits à récupération, peut en réalité accroître plus que proportionnellement les besoins d'effectifs. Cette interprétation restrictive vide ainsi en réalité de contenu la faculté de dérogation.

En fait, comme l'administration l'expose, l'intérêt de l'allongement de la journée de travail dans un service qui doit fonctionner continûment comme le service des grands brûlés tient à la réduction de la fréquence de rotation des équipes : en particulier, la réduction des rotations réduit les risques de déperdition des consignes de prise en charge des patient et réduit les risques d'infection nosocomiale en réduisant les sources d'introduction de germes étrangers, malgré toutes les précautions prises. Ce second effet est déterminant dans un service de grands brûlés, dont les patients sont particulièrement exposés au risque d'infection.

Vous pourrez donc retenir sur ce deuxième point, au contraire du premier, une approche souple, fondé sur une interprétation large « des contraintes de continuité du service public » hospitalier. Il ne s'agit pas seulement d'assurer l'ouverture continue du service, mais d'assurer continûment une qualité adéquate des soins.

Vous en déduirez alors que le tribunal administratif s'est à tort fondé sur ce motif pour annuler les tableaux de service. Cependant, vous retiendrez comme juge d'appel l'autre motif d'illégalité invoqué, conforme à l'interprétation du décret retenue en cassation, ce qui vous conduira, après avoir annulé le articles 2, 3 et 4 des arrêts attaqués à rejeter les appels du centre hospitalier universitaire de Toulouse contre les jugements attaqués en tant qu'ils statuent sur les tableaux de service du 13 juillet 2012. Vous pourrez mettre à la charge de l'établissement, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative le versement au syndicat d'une somme de 6 000 euros au titre de l'instance de cassation, sans qu'il y ait lieu de le faire au titre de l'instance d'appel où l'appel du centre hospitalier universitaire, certes rejeté, n'était pas dénué de pertinence, et en rejetant les conclusions présentées par le centre hospitalier universitaire sur le même fondement.

2/ Le troisième recours, n° 409340, régularisé à la demande de la chambre chargée de l'instruction par décision du bureau national qui, aux termes des statuts, a la responsabilité du contentieux, vous ramènera à une question plus pure de temps de travail hebdomadaire, cette fois relative à celle des fonctionnaires actifs de la police nationale.

Comme le permet le 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*, l'article 1^{er} du décret n° 2002-1279 du 23 octobre 2002 *portant dérogations aux garanties minimales de durée du travail et de repos applicables aux personnels de la police nationale* prévoit une possibilité de dérogation aux garanties fixées par le décret du 25 août 2000 « lorsque les tâches de sécurité et de paix publiques, de police judiciaire et de renseignement et d'information qui leur sont confiées l'exige ». Le décret contesté est venu préciser que la dérogation apportée ne doit pas conduire à porter la durée hebdomadaire de travail mesurée, pour chaque période de sept jours, heures supplémentaires comprises, au-delà de « quarante-huit heures en moyenne sur une période d'un semestre de l'année civile ».

Le moyen tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité n'est pas fondé, les mêmes règles étant prévues pour l'ensemble des fonctionnaires actifs de la police nationale dont les missions le justifient.

Le moyen tiré de la méconnaissance, par les nouvelles dispositions, de celles de l'article 6 de la directive selon lesquelles les congés annuels et congés de maladie ne sont pas pris en compte pour le calcul de la durée hebdomadaire moyenne de travail peut être neutralisé en retenant une interprétation conforme du silence du décret sur ce point.

Demeure le dernier moyen, tiré de ce que si la directive permet, comme nous l'avons vu, d'apprécier le respect de la durée moyenne hebdomadaire de travail par période de référence pouvant aller pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou la protection des biens et des personnes jusqu'à une durée de six mois, elle imposerait que cette période de référence soit une période glissante.

Dans une première approche, la notion de référence, donc d'un cadre stable, implique plutôt la liberté pour les Etats membres de déterminer des périodes calendaires fixes.

Toutefois, comme les motifs qui précèdent ont déjà permis d'apprécier les chausse-trappes de l'exégèse des textes applicables en matière de durée du travail, que celle-ci pose une difficulté qui n'est pas sans sérieux, que l'absence d'observations en défense du Premier ministre et du ministre n'aide pas à élucider cette difficulté et que la question n'a jamais été éclairée par la cour de justice de l'Union européenne, vous pourriez la renvoyer à titre préjudiciel à cette cour.

C'est une question d'interprétation à double détente en quelque sorte. Il s'agit d'abord de savoir si la période de référence prévue à l'article 16 doit être une période glissante. Et si elle le doit, de savoir si la faculté de déroger à l'article 16, prévue à l'article 17, permet de déroger tant à sa durée normale, ce qui est clair, qu'à son caractère glissant, ce qui ne l'est pas.

Si cette recommandation de renvoi préjudiciel vous convainc, vous surseoierez à statuer sur la requête.