

**N° 303588**  
**M. B... et autres**

**N° 303623**  
**M. A... et autres**

**Section du Contentieux**  
**Séance du 3 juillet 2009**  
**Lecture du 17 juillet 2009**

## **CONCLUSIONS**

### **M. Luc DEREPA, rapporteur public**

Les deux affaires qui viennent d'être appelées présentent l'intérêt de vous conduire à préciser le régime de retenues pour faits de grève applicable aux agents de la fonction publique territoriale, en particulier à ceux dont, comme les sapeurs-pompiers, les obligations de service sont définies sous la forme de périodes de garde.

Les litiges sont intervenus à l'occasion de périodes de grève survenues dans deux Services Départementaux d'Incendie et de Secours (SDIS) : celui de la Drôme, au cours de la période du 5 au 11 novembre 2001, et celui de l'Ille-et-Vilaine, au cours de la période du 3 décembre 2001 au 24 janvier 2002. Dans les deux cas, les départements employeurs ont opéré sur les traitements des sapeurs-pompiers grévistes des retenues que ces derniers ont contestées devant la juridiction administrative en demandant le remboursement des sommes qu'ils estimaient indûment prélevées. Dans le dossier concernant le SDIS de La Drôme, la valeur totale des remboursements demandés au TA de Grenoble n'excédait pas 8 000 euros, ce qui a amené ce tribunal à statuer en dernier ressort en application des articles R. 222-13 à R. 222-15 et R. 811-1 du CJA. En revanche, dans le dossier concernant l'Ille-et-Vilaine, le total des sommes demandées excédait 8 000 euros, ce qui, à la date à laquelle le TA de Grenoble a statué, a rendu son jugement justiciable d'un appel devant la CAA de Nantes<sup>1</sup>.

Aucune des demandes présentées n'a prospéré devant les différents juges du fond et vous êtes donc saisis maintenant de deux pourvois en cassation, l'un dirigé contre le jugement du TA de Grenoble et l'autre contre l'arrêt de la CAA de Nantes.

Dans les deux requêtes, les sapeurs-pompiers concernés contestent la motivation des décisions juridictionnelles rendues, mais ces décisions sont suffisamment motivées et le moyen doit être écarté dans les deux cas.

---

<sup>1</sup> Le seuil de 8 000 euros a été porté à 10 000 euros à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007 : décret n° 2006-1708 du 23 décembre 2006.

Les deux pourvois contestent surtout la règle retenue en droit par les deux juridictions pour calculer les montants de retenue sur traitement consécutifs à la grève. La spécificité de l'affaire tient au fait que le temps de travail des sapeurs-pompiers consiste pour une large part non pas en la participation effective à des actions de secours, mais en des périodes de garde, d'une durée différente selon les départements, auxquelles font suite des périodes de repos compensateur. Dans les deux départements, les périodes de garde durent 24 heures, et les sapeurs-pompiers avaient fait grève durant une ou plusieurs périodes de 24 heures ; ils demandaient que chaque journée de grève de 24 heures fasse l'objet d'une retenue selon la règle dite du « trentième indivisible », à savoir d'un trentième du traitement mensuel. Et dans les deux cas, les juridictions ont validé les modes de calcul retenus par les exécutifs départementaux, qui reposaient sur deux méthodes différentes : le SDIS d'Ille-et-Vilaine a pris en compte le fait que chaque période de garde était accompagnée d'un repos de 1,22 ou 2 jours, selon les cas, et il a imputé à chaque jour de grève la rémunération correspondant à 2,22 ou 3 jours de traitement mensuel ; le SDIS de la Drôme a quant à lui divisé la rémunération mensuelle des mois concernés par le nombre de jours de garde que comportait ce mois, soit 9,25, et estimé qu'une journée de grève devait faire l'objet d'une retenue de 1/9,25<sup>ème</sup> du traitement mensuel.

Les deux SDIS, et les juridictions à leur suite, ont donc estimé, aux différences de méthode de calcul près, que la retenue devait être calculée sur la base du rapport entre les périodes de garde chômées pour cause de grève et l'ensemble des périodes de garde du mois considéré. Il est soutenu par les requérants que ce raisonnement serait entaché d'erreur de droit, et que les juges du fond auraient dû calculer les retenues sur la base du « trentième indivisible »

La différence n'est pas neutre : si l'on applique la règle du trentième, chaque période de garde de 24 h sera valorisée à hauteur de 1/30<sup>ème</sup> du traitement, alors que le raisonnement retenu par les juges du fond amène à retenir un montant de retenue qui est entre 1,22 et trois fois plus important. La règle du trentième indivisible, initialement conçue pour dissuader les grèves de courte durée, se révèle ici plus favorable aux agents grévistes.

Pour déterminer qui a raison, il faut expliciter le droit applicable à ces agents en matière de retenues, ce qui est un peu fastidieux compte tenu des allers-retours qu'a opérés la loi en cette matière.

Le point de départ de toute réflexion sur ce sujet est la règle de la rémunération après service fait, principe traditionnel de la fonction publique aujourd'hui rappelé à l'art. 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983. Avant que le législateur soit intervenu dans ces matières, vous tiriez de ce principe la règle simple selon laquelle toute période de grève devait donner lieu à une retenue proportionnelle à la durée pendant laquelle l'agent avait refusé de remplir son service : ex. S., 13 mars 1959, Syndicat national FO du ministère de la Reconstruction et de l'Urbanisme, p. 178, RDP 1959, p. 766, note Waline ; Ass., 22 avril 1960, ministre des PTT c/C..., n°48894 p. 264.

La loi est intervenue une première fois en 1961 pour instaurer à l'égard des agents de l'Etat et de ses établissements publics administratifs la règle du « trentième indivisible ». L'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (loi n° 61-825 du 29 juillet 1961) prévoyait que l'absence de service fait pendant une fraction de la journée donnait lieu à une retenue égale au montant frappé d'indivisibilité en application de la réglementation de la comptabilité publique. En application du décret n° 62-765 du 6 juillet 1962, cette fraction est égale à un trentième de la rémunération mensuelle.

Ce dispositif a été étendu par la loi n° 63-777 du 31 juillet 1963, qui visait à encadrer le droit de grève dans l'ensemble des services publics, et incluait dans son champ d'application les agents de l'Etat, des départements, des villes de plus de 10 000 habitants, ainsi que ceux des entreprises publiques et privées chargées d'un service public. Cette loi prévoyait que pour les agents non concernés par la loi du 29 juillet 1961, les retenues pour fait de grève étaient proportionnelles à l'absence de service fait, sans pouvoir être inférieure à la rémunération d'une journée de travail.

Ces dispositions ont été abrogées par la loi n° 82-889 du 19 octobre 1982 qui a réintroduit une certaine proportionnalité dans le calcul des retenues pour les grèves inférieures à une journée. Cette loi indique expressément, en son art. 1<sup>er</sup>, être applicable aux agents des collectivités territoriales, et son article 2 instaure en cas de grève un mécanisme de retenue progressive : un cent-soixantième du traitement mensuel jusqu'à une heure de grève, un cinquantième entre une heure et une demi-journée, un trentième entre une demi-journée et une journée ; l'art. 3 étend ce mécanisme, sous la forme d'un article L. 521-6 du code du travail, aux entreprises privées et publiques chargées d'un service public. Enfin l'art. 6 de la loi de 1982 abroge l'art. 4 de la loi du 29 juillet 1961. La loi du 19 octobre 1982 n'a en revanche pas abrogé expressément les dispositions de la loi du 31 juillet 1963 qui transposaient la règle du trentième aux collectivités locales et aux entreprises chargées d'une mission de service public, mais on doit considérer que ces dispositions ont été implicitement abrogées, car les modalités définies par la loi de 1982 et rendues applicables aux personnels de ces entités sont devenues incompatibles avec celles de la loi de 1963 (sur le raisonnement conduisant au constat d'une abrogation implicite : S., 7 juillet 1967, élections de Guagno, p. 303 ; Ass., 13 juillet 1968, F..., n°70262 ,p. 445).

Le système de 1982 a perduré jusqu'en 1987. La loi n° 87-588 du 30 juillet 1987 a abrogé les articles 1, 2 et 6 de la loi de 1982 et « rétabli » la loi de 1961. Mais cette dernière ne valait que pour l'Etat, et son rétablissement ne pouvait être regardé comme revenant également sur l'abrogation implicite de la loi de 1963, qui étendait le mécanisme du trentième indivisible aux agents des collectivités locales et des entreprises chargées d'une mission de service public. Le législateur de 1987, qui voulait soumettre au même régime l'ensemble des services publics, a donc adopté des dispositions procédant à cette extension. Mais le Conseil constitutionnel, par la décision n° 87-230 DC du 28 juillet 1987 (commentaire du Pdt Genevois à la RFDA 3(5) sept.-cot. 1987, p. 807) a censuré la remise en vigueur de la règle du trentième dans les collectivités locales et les entreprises chargées d'une mission de service public, en estimant pour résumer qu'une règle aussi uniforme ne pouvait être imposée dans des entités chargées de missions aussi diversifiées.

Toutefois la décision du Conseil Constitutionnel n'a pas eu les mêmes conséquences pour les personnels des collectivités locales et pour ceux des entreprises chargées d'une mission de service public. Pour ces derniers, le Conseil Constitutionnel a expressément indiqué que sa décision avait pour effet de maintenir en vigueur l'article L. 521-6 du code du travail résultant de la loi de 1982, qui étendait à ces personnels le régime de retenue progressive issu de la même loi ; c'est ce régime qui est aujourd'hui applicable dans ce champ professionnel ; mais cet article du code du travail n'est pas applicable aux collectivités locales, et aucun autre article « suiveur » n'a subsisté qui permettrait de considérer que la loi de 1982 est implicitement restée en vigueur également à leur égard : vous avez ainsi très expressément jugé par une décision du 27 avril 1994, SDIS de la Haute-Garonne, n° 146119, au Recueil, que le mécanisme de retenue progressive issu de la loi de 1982 n'était plus applicable dans les collectivités locales après la loi de 1987.

Il résulte donc de l'abrogation de la loi de 1982, en tant qu'elle s'appliquait aux agents des collectivités locales, et de la non-extension de la règle du trentième indivisible à ces personnels, que depuis 1987, comme l'indiquait H. Toutée dans ses conclusions sur la décision de 1994 précitée, il n'existe plus de dispositions législatives définissant le mode de calcul de la retenue applicable aux agents locaux.

Ces agents se retrouvent donc dans la situation qui prévalait pour tous les fonctionnaires avant l'intervention des lois de 1961 et 1963 : en application de la règle du service fait, la retenue doit être strictement proportionnelle à la durée de la grève. La présente affaire vous donnera l'occasion de l'affirmer expressément.

Vous pourriez en rester là et vous borner à écarter le moyen des requérants tiré de ce que la règle du trentième indivisible devait leur être appliquée. Mais ces affaires ont été portées devant votre formation de jugement pour que vous alliez plus loin, et indiquiez comment la règle de proportionnalité doit être appliquée dans le cas d'agents dont, comme les sapeurs-pompiers, le temps de travail n'est pas organisé en semaines comprenant des jours ouvrés et des week-ends, mais en une succession de périodes de garde de 12 h ou 24 h.

Pour définir le régime applicable, il faut partir de la méthode générale qui permet d'assurer que la retenue sur traitement est proportionnelle à la durée de la grève : cette méthode consiste en l'application d'une règle de trois, dans laquelle la période de grève est rapportée à la période de service, puis multipliée par la rémunération due au titre de cette dernière.

Il faut tout d'abord déterminer quelle est l'unité à prendre en compte pour calculer la durée de la grève. Il nous semble que tout dépend ici de ce qu'a été le comportement des agents. Lorsque les agents ont fait grève durant une ou plusieurs périodes de garde dans leur intégralité, l'unité de temps à prendre en compte sera la période de garde. Ainsi si un agent a, sur la période considérée, un service de dix gardes, et qu'il fait la grève pendant une garde, la retenue devra être égale à 10% de la rémunération de la période considérée.

Plus complexe est la situation dans laquelle l'agent soumis à un régime de garde fait seulement grève quelques heures à l'intérieur d'une période de garde. On doit dans ce cas changer de paramètre et passer à un raisonnement dans lequel l'unité de temps sera le nombre d'heures. Dans un tel cas, il faut prendre en compte le fait que les heures de travail des personnels soumis à des périodes de garde correspondent pour partie à des périodes qui donnent lieu à application d'une règle d'équivalence. Une heure de garde, pendant laquelle l'agent n'exécute aucune tâche particulière mais reste à disposition de l'administration, correspond dans un tel système à moins d'une heure de travail effectif. Ainsi le décret n° 2001-1382 du 31 décembre 2001 relatif au temps de travail des sapeurs-pompiers professionnels prévoit que lorsqu'un SDIS organise le travail des sapeurs-pompiers par périodes de garde de 24h, la durée annuelle du travail, fixée à 1607 heures dans les trois fonctions publiques, peut être relevée par application d'un principe d'équivalence à un niveau supérieur, plafonné à 2 400 heures annuelles. Lorsqu'un agent soumis à un temps d'équivalence, parce que son temps de travail comporte des périodes de garde, fait grève durant quelques heures, il ne faudra pas distinguer entre les heures de travail effectif et les heures de garde, mais rapporter le nombre d'heures chômées, quelle que soit leur nature, au nombre d'heures supérieur résultant de la règle d'équivalence. Ainsi si l'on raisonne en base annuelle, un sapeur pompier devant effectuer 2400 heures par an et qui fait grève 10 heures devra subir une retenue égale à 10/2400èmes de sa rémunération annuelle.

Nous pouvons, pour l'examen des présentes affaires, laisser de côté le raisonnement en heures et en rester à un raisonnement en périodes de gardes chômées, puisque c'est ainsi que les litiges se sont présentés.

L'étape suivante consiste à déterminer la période de service à prendre en compte pour déterminer à la fois les obligations de service auxquelles l'agent était tenu et la rémunération à partir de laquelle la retenue sera calculée.

Deux modalités sont ici envisageables : raisonner en base annuelle ou en base mensuelle. Le raisonnement en base mensuelle consiste à diviser la rémunération mensuelle par le nombre de gardes devant être effectuées le mois considéré, ce qui donne la rémunération correspondant à une période de garde pour ce mois-là. Le raisonnement en base annuelle revient à diviser la rémunération annuelle par le nombre de gardes devant être effectuées dans l'année, ce qui donne la rémunération correspondant à une période de garde en moyenne annuelle.

Les deux raisonnements conduiraient à un résultat identique si les agents étaient exclusivement payés selon un salaire horaire ou si les deux paramètres ici en cause, la rémunération et les obligations de service, évoluaient de façon strictement parallèle. Mais ils conduisent à des résultats différents si au fil des mois l'un reste stable alors que l'autre connaît des variations.

Or tel est précisément le cas pour les fonctionnaires, y compris les fonctionnaires territoriaux. Ce découplage entre rémunération et obligations de service résulte de deux éléments.

Côté rémunération, c'est la stabilité qui prévaut. Cela résulte des dispositions qui organisent d'une part le mode de calcul des rémunérations, d'autre part les modalités de leur liquidation.

S'agissant du mode de calcul, le décret n° 85-730 du 17 juillet 1985 prévoit qu'il est défini, pour les éléments déterminants de la rémunération, par des décrets en conseil des ministres, et que les règles ainsi fixées doivent être les mêmes pour les fonctionnaires de l'Etat et ceux des collectivités territoriales. Sur ce fondement est intervenu le décret n° 85-1148 du 24 octobre 1985 dont les articles 2 et 3 prévoient que le traitement des fonctionnaires est fixé selon une base annuelle ; il est obtenu en prenant le centième de la rémunération annuelle afférente à l'indice 100, et en multipliant ce chiffre par l'indice de l'agent. Ce mode de calcul ne garantit toutefois pas en lui-même la stabilité de la rémunération mensuelle : une rémunération fixée annuellement pourrait varier chaque mois en fonction des obligations de service effective.

Ce sont les modalités de liquidation de la rémunération qui peuvent garantir une certaine stabilité. Pour l'Etat, celle-ci est assurée par les dispositions du décret du 6 juillet 1962 pris pour l'application de la loi de 1961 que nous avons déjà rencontrée. L'art. 1<sup>er</sup> de ce décret ne se contente pas de poser la règle du « trentième indivisible », il dispose aussi que les traitements et émoluments assimilables aux traitements « se liquident par mois » sous la forme de « douzièmes de l'allocation annuelle ». Ce décret affirmait ainsi pour la fonction publique de l'Etat le principe de la mensualisation forfaitaire des rémunérations, c'est-à-dire de la fixation d'un montant uniforme de rémunération mensuelle quelles que soient les variations des obligations de service, principe qui allait devenir la norme également dans le secteur privé avec la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978.

Pour la fonction publique territoriale, la division du traitement annuel en douzièmes identiques est également la règle, mais il semble que cela résulte d'une pratique, d'un phénomène de mimétisme en quelque sorte avec la fonction publique de l'Etat, sans que des dispositions textuelles y obligent. Le décret du 6 juillet 1962, en effet, n'est applicable qu'aux agents de l'Etat et de ses établissements publics administratifs. On trouve en doctrine l'idée selon laquelle le décret du 17 juillet 1985 déjà cité, qui prévoit que les modalités de calcul de la rémunération doivent être identiques pour la fonction publique de l'Etat et pour la fonction publique territoriale, aurait eu pour effet d'étendre aux fonctionnaires territoriaux la règle de la liquidation par douzième qui figure dans le décret de 1962 (voir en ce sens la réponse du ministre du budget à la question écrite n° 13300 posée par le député Sicre, JO AN Q, 4 juillet 1994, p. 3417 ; dans le même sens : Encyclopédie Lamy sur la FPT, vol. II, fascicule 300, p. 11, n° 33). Mais cette interprétation n'est pas exacte car d'une part, le décret du 17 juillet 1985 ne vise qu'à unifier les modalités de calcul des traitements ; l'objet de ce décret était d'assurer au moment de la décentralisation que les fonctionnaires territoriaux resteraient soumis à un régime de rémunération similaire à celui des agents de l'Etat ; or le mode de liquidation infra-annuel est relatif à la répartition du traitement annuel sur l'ensemble de l'année mais pas à son mode de calcul, lequel est complètement défini par le décret du 24 octobre 1985 dont nous avons déjà parlé (multiplication de l'indice par le centième du traitement de l'indice 100) ; d'autre part, et surtout, une règle de procédure et subséquemment de compétence posée par le décret du 17 juillet 1985 fait obstacle à cette analyse : ce décret prévoit que les modalités de calcul des rémunérations uniformes pour l'Etat et les collectivités sont fixées par décret pris en Conseil des ministres et donc, en vertu de l'art. 13 de la

Constitution, signés par le Président de la République. Or le décret du 6 juillet 1962 est un décret simple pris après avis du conseil d'Etat. Et il ne nous paraît pas juridiquement possible de considérer qu'un décret qui renvoie pour l'avenir à des décrets obéissant à une certaine règle de procédure et de compétence ait eu pour effet d'étendre le champ d'application de décrets antérieurs qui n'étaient pas soumis à cette même règle.

Il reste que pour les agents des collectivités territoriales, la pratique uniforme est également la mensualisation du traitement par douzièmes forfaitaires. Mais la rémunération des agents publics, vous le savez, ne se limite pas à leur traitement, et il est de jurisprudence constante que les retenues pour fait de grève doivent porter sur l'ensemble de la rémunération des agents, y compris donc les suppléments et primes : 11 juillet 1973, Sieur D..., n° 88921, au Recueil ; 22 mars 1989, ministre du Budget c/Giraud, n° 71710, aux Tables. Or si le traitement des agents territoriaux est stable, les autres éléments de leur rémunération font que leur rémunération mensuelle totale peut connaître des variations. D'une part, ces agents, comme ceux de la fonction publique de l'Etat, peuvent effectuer des heures supplémentaires qui s'ajouteront au traitement du mois considéré (voir en ce sens l'art. 1<sup>er</sup> 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, auquel renvoie l'art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2001-623 du 12 juillet 2001 relatif au même sujet dans la fonction publique territoriale). D'autre part, les agents territoriaux peuvent bénéficier de primes dont aucune règle ne prévoit a priori qu'elles seront toutes versées par douzièmes forfaitaires.

Au bout du compte, s'agissant des rémunérations, le constat est que dans la fonction publique territoriale, la stabilité des rémunérations mensuelles reste le principe, mais que celui-ci peut connaître quelques dérogations.

La situation est très différente pour ce qui concerne les obligations de service, compte tenu des évolutions qu'a connues la question du temps de travail depuis 2000. Dans le secteur privé, à travers les lois de 1998 et 2000 sur l'aménagement et la réduction du temps de travail, la réduction de la durée légale du travail à 35 heures hebdomadaires s'est accompagnée de la fixation par la loi d'une durée du travail annuelle. Cette logique a été étendue à la fonction publique de l'Etat par le décret n° 200-815 du 25 août 2000 et à la fonction publique territoriale par celui du 12 juillet 2001 (n° 2001-623). Ces derniers textes sont notamment fondés sur les principes suivants :

- la fixation d'une durée annuelle du travail à 1607 heures, hors heures supplémentaires,
- la fixation d'une durée hebdomadaire du travail de principe à 35 heures par semaine,
- la possibilité de faire varier cette durée hebdomadaire, dans la limite de certaines bornes, en organisant des cycles de travail (articles 4 des décrets de 2000 et 2001) répartis sur l'année et de sorte que la durée annuelle respecte la limite de 1607 heures.

Le décret spécifique aux sapeurs-pompiers professionnels du 31 décembre 2001 (n° 2001-1382) se situe dans cette logique d'annualisation en l'amplifiant, puisqu'il en vient à supprimer toute référence à une durée hebdomadaire et raisonne uniquement en durée annuelle et en répartition de cette durée en périodes de garde.

Les possibilités de modulation de la durée du travail hebdomadaire et mensuelle ainsi désormais permises n'ont toutefois pas remis en cause la liquidation du traitement par douzièmes forfaitaires. Celle-ci reste la règle pour la fonction publique de l'Etat en vertu du décret du 6 juillet 1962 que nous avons mentionné, et elle reste la pratique constante des collectivités territoriales. Il en résulte que le phénomène de décalage entre rémunération mensuelle et durée mensuelle du travail s'est sans doute amplifié ces dernières années dans la fonction publique.

Si la rémunération mensuelle des agents reste stable, et si leurs obligations de service sont au contraire susceptibles de connaître des variations importantes, on voit que le choix d'une base annuelle ou d'une base mensuelle pour le calcul des retenues sur traitements n'a pas les mêmes conséquences. Si l'on choisit une base mensuelle, plus le nombre de gardes à effectuer pour le mois considéré est faible, plus le montant de rémunération afférent à une garde est important, et donc plus le montant de la retenue par période de garde chômée sera élevé. Et inversement. En revanche, si l'on choisit une base annuelle, cela aura pour effet de lisser les conséquences de la variation des obligations de service : le montant unitaire de rémunération par période de garde, calculé dans ce cas en divisant la rémunération annuelle par le nombre de gardes annuel, sera le même pour toutes les gardes de l'année, quelles que soient les obligations de service du mois au cours duquel la garde est effectuée.

Précisons à ce stade qu'aucune disposition ni aucun principe n'oblige à retenir l'une ou l'autre méthode. La seule contrainte juridique, issue de la règle du service fait, est que la retenue doit être strictement proportionnelle à la durée de la grève. Mais la détermination de la rémunération unitaire par laquelle cette période doit être multipliée pour calculer le montant de la retenue est une question distincte, pour laquelle aucune norme n'impose le choix de l'une ou de l'autre formule.

Il est important d'examiner comment la Cour de Cassation raisonne dans un tel cas de figure. Compte tenu des modalités de fixation des salaires qui ont prévalu dans le secteur privé jusqu'à une période récente, la retenue pour fait de grève y est calculée en multipliant le saire horaire des salariés grévistes par le nombre d'heures de grève. Or pour déterminer le salaire horaire applicable, la Cour de cassation se fonde traditionnellement sur une base mensuelle : ce salaire horaire est obtenu en divisant le salaire mensuel par le nombre d'heures travaillées dans le mois considéré (voir not. Cass. Soc., 11 février 1982, Bull. civ. V, p. 65 n° 90 ; Cass. soc. 14 mai 1997, Bull. civ. V p. 201 n° 316 ; Cass. Soc. 20 janvier 1999, RJS 3/99, n° 369 p. 220).

Mais cette jurisprudence semble en voie d'évolution pour tenir compte des modalités plus contemporaines de fixation du temps de travail. La cour de cassation semble ainsi avoir assoupli l'exigence de calcul du salaire horaire sur une base mensuelle dans un arrêt récent du 13 novembre 2008, Bull. 2008, V, n° 211, qui concernait le cas de cadres grévistes dont les obligations de travail n'étaient pas définies en nombre d'heures mais en forfaits jours. Dans cet arrêt, après avoir rappelé que le décompte de la retenue de salaire devait être proportionnel à la durée de la grève, la Cour a jugé que dans le cas de personnes rémunérés en forfaits jours, cette règle impliquait de reconstituer un salaire horaire fictif qui serait appliquée à ladite durée. Et elle a précisé que ce salaire horaire devait être déterminé « à partir du salaire mensuel ou annuel », ouvrant ainsi la voie à un calcul en base annuelle.

Ces éléments de comparaison étant posés, il nous semble que le choix entre la base mensuelle et la base annuelle pour la détermination du salaire unitaire à prendre en compte peut être inspiré par les considérations suivantes.

Le raisonnement en base mensuelle est le plus adapté lorsque la semaine ou le mois sont les unités retenues pour calculer tant la durée du travail que la rémunération. Tel a été longtemps le cas pour les fonctionnaires de l'Etat. Jusqu'aux années 1980, leurs obligations de service étaient définies selon une durée du travail hebdomadaire (voir le décret n° 81-1105 du 16 décembre 1981) et leur rémunération sur une base mensuelle (voir le décret du 6 juillet 1962 déjà cité).

Compte tenu toutefois des évolutions textuelles que nous avons décrites plus haut dans le sens de l'annualisation de la durée du travail, la base annuelle nous paraît aujourd'hui la plus adaptée pour le calcul de la rémunération unitaire qui doit être multipliée par la durée de grève.

En premier lieu, la base annuelle est désormais la plus conforme à la philosophie des textes : aujourd'hui, tant la rémunération, en vertu du décret du 24 octobre 1985, que le temps de travail, en vertu des décrets de 2000 et 2001, sont fixés par principe sur une base annuelle ; la mensualisation n'est qu'une règle comptable pour la liquidation de la rémunération, et elle ne correspond à aucune règle textuelle pour le calcul du temps de travail – la seule unité infra-annuelle prise en compte sur ce dernier point par les textes est la semaine.

Ensuite, le choix de cette méthode opère nous l'avons dit un lissage dans le calcul de la retenue, la rémunération unitaire (rémunération horaire ou par période de garde) ayant avec cette méthode le même montant quelles que soient les obligations de service de l'agent dans le mois où il a fait grève. Cette conséquence nous paraît présenter plusieurs avantages. Elle est plus simple pour l'employeur. Elle est aussi plus neutre pour le fonctionnaire : avec cette méthode, deux fonctionnaires ayant des obligations de service différentes durant le mois où ils font grève subiront la même retenue. Cette neutralité nous paraît à la fois rendre le dispositif plus conforme à la protection constitutionnelle du droit de grève et dissuader les détournements de ce droit. En effet, dans le cas où la durée du travail du fonctionnaire connaît des variations chaque mois, le calcul de la retenue sur une base mensuelle aurait pour effet que l'agent serait dissuadé de faire usage du droit de grève les mois où son service est peu important, et plutôt encouragé les mois où ses obligations de service sont plus nombreuses. Or l'exercice individuel du droit de grève doit être seulement dicté par la volonté du travailleur

de défendre ses droits et ses intérêts, et ne pas être pollué par d'autres considérations. Le raisonnement en base annuelle évite ainsi que le fonctionnaire soit plus ou moins incité à se joindre à une grève selon la période où cette grève est déclenchée.

Notons pour finir que cette méthode, qui nous paraît la plus adaptée, peut être mise en œuvre de façon plus ou moins « pure ». Si on la pousse jusqu'à sa logique extrême, on choisira une base annuelle pour la détermination aussi bien des obligations de service que de la rémunération. Dans ce cas la rémunération annuelle, tous émoluments confondus, sera divisée par les obligations de service annuelles définies en nombre d'heures ou de périodes de garde, et le résultat sera rapporté à la durée de la grève. Mais on peut aussi imaginer un système moins pur, mais peut-être plus en ligne avec la pratique et la perception qu'ont les parties intéressées, qui consiste à raisonner en base annuelle pour les obligations de service, mais en revanche, pour ce qui concerne la rémunération, à se fonder sur les sommes versées à l'agent au titre du mois considéré. Dans cette optique, le lissage ne concerne que les obligations de service, le quantum annuel étant divisé par douze pour donner une moyenne mensuelle ; mais la rémunération est au contraire appréhendée sur une base mensuelle réelle, prenant par exemple en compte les heures supplémentaires ou les primes spécifiques versées durant un mois particulier. Cette méthode paraît peut-être plus adaptée en ce qu'elle prend en compte le fait que la rémunération peut comporter des éléments tels que les heures supplémentaires, qu'il est difficile d'intégrer dans un raisonnement en base annuelle.

Mais nous vous avons beaucoup éloignés de la question initiale, qui est de savoir si la règle du trentième indivisible doit trouver ici application, et la réponse négative à cette question conduit à écarter le seul moyen de légalité soulevés par les requérants.

Et par l'ensemble de ces motifs, nous concluons au rejet des pourvois et à ce que dans chaque affaire, la somme de 3 000 euros soit mise à la charge des requérants au titre des frais irrépétibles.