

Un nouvel exemple du pouvoir d'appréciation considérable du juge dans le référé-provision

CE, 9 déc. 2009, req. N° 327495.

Un sapeur-pompier professionnel de la Réunion demande à son SDIS de lui payer un certain nombre d'heures supplémentaires. Devant sa réponse négative, il demande au tribunal administratif de Saint-Denis d'annuler ce refus et de condamner le SDIS au paiement de ses heures supplémentaires. Parallèlement, il demande, par le biais d'un recours en référé, le versement d'une provision au titre du préjudice qu'il aurait subi en raison du non-paiement de ses heures supplémentaires. En première instance, le juge des référés condamne alors le SDIS à lui verser une provision de 3 200 € au titre d'heures et de gardes supplémentaires.

Le SDIS fait appel de ce jugement, mais le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux¹ confirme l'ordonnance du juge de Saint-Denis.

Le SDIS n'obtient satisfaction qu'en cassation : le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 9 décembre 2009, constate en effet que l'appréciation faite par les juges des référés de l'obligation de payer dont se prévaut le sapeur-pompier est erronée. Pour faire valablement bénéficier le demandeur d'une provision, le premier juge aurait du relever le caractère non sérieusement contestable de l'obligation de paiement du SDIS. Or au vu de l'instruction, les décomptes d'heures de travail de l'intéressé étaient soit incomplets, soit très modestement supérieurs au temps de travail annuel adopté par le SDIS. Un doute subsistait donc quant à la réalité de l'obligation du SDIS de payer des heures supplémentaires.

L'annulation des ordonnances-provision par la Cour suprême ne présume pas du jugement de l'affaire au principal. Il faudra donc attendre plusieurs mois - voire plusieurs années - pour connaître la position du juge sur le calcul du temps de travail de l'intéressé opéré par le SDIS.

¹ L'ordonnance du juge des référés est susceptible d'appel devant la CAA (art.R.541-3 CJA) et ce alors même que cette voie de recours ne serait pas ouverte contre le jugement statuant sur la demande présentée, le cas échéant, au fond (CE 25 février 2004, *Mme L.*, n° 262739).

1. L'illégalité de l'ordonnance-provision entachée de dénaturation

La cour d'appel de Bordeaux avait rejeté la requête du SDIS contre l'ordonnance-provision de première instance. Son rejet était motivé par le fait que le SDIS n'avait pas contesté le nombre d'heures supplémentaires effectuées par le sapeur-pompier demandeur.

La motivation de l'ordonnance litigieuse repose sur une appréciation, certes souveraine, mais en l'espèce dénaturée des pièces du dossier qui ont été soumises au juge des référés. Le juge du fond en a tiré une appréciation fautive².

Le Conseil d'Etat constate en effet, que dans son mémoire d'appel, le SDIS faisait valoir que le nombre de 95 gardes par an, au-delà duquel se décomptent des heures supplémentaires n'avait pas été accompli. Il contestait bien par cette affirmation la réalité des heures supplémentaires dont le paiement est réclamé par sapeur-pompier. La cour a donc manifestement déformé - dénaturé - le mémoire d'appel par omission³. Son ordonnance devait être ainsi annulée.

Le contrôle de dénaturation n'est pas ici un contrôle déguisé de l'interprétation souveraine des juges du fond par le Conseil d'Etat⁴ et se limite donc aux pièces du dossier.

Au lieu de renvoyer l'affaire devant le juge du fond et pour meilleure administration de la justice⁵, le Conseil d'Etat « évoque » le litige par application de l'article 821-2 du code de justice administrative⁶. Il devient donc juge d'appel des référés pour examiner le fond de la requête du SDIS.

2. Une motivation de l'absence d'obligation non sérieusement contestable favorable au SDIS

S'agissant de la procédure, le Conseil d'Etat lève immédiatement le doute sur la recevabilité de la requête en notant que par délibération, même tardive, du Conseil d'administration, le SDIS avait autorisé sa présidente à faire appel de l'ordonnance du tribunal administratif de la Réunion. La requête ainsi régularisée est donc recevable.

² R. Odent, Cours de contentieux administratif, fasc. 6, p. 2092.

³ Cf. CE, 20 nov. 1974, *Grassini*, RDP 1975 - I p.453: le juge du fond avait manifestement dénaturé par omission la requête introductive d'instance, en déclarant que les requérants ne faisaient pas état de convictions philosophiques, propres à leur faire reconnaître la qualité d'objecteurs de conscience, alors qu'ils faisaient effectivement état de telles convictions.

⁴ F. KERNALEGUEN, *L'extension du rôle des juges de cassation*, Thèse, Rennes, 1979, p. 472. Pour une vision globale de la dénaturation : C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, Presses universitaires de Grenoble, 1974.

⁵ L'application de l'article 821-2 CJA est devenu quasi systématique afin de ne pas rallonger les procédures : v. le commentaire cet article de Daniel CHABANOL in *Code de justice administrative*, 3^{ème} éd., Le Moniteur, p.874.

⁶ Art. 821-2 CJA : « S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant, sauf impossibilité tenant à la nature de la juridiction, dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie. Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire ».

Il examine ensuite la conformité de l'ordonnance de première instance à l'article R 541-1 du code de justice administrative : « Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi **lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable**. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie ». En effet, en matière de référé-provision, il n'y a qu'une condition de fond : l'existence d'une obligation non sérieusement contestable. Les critères d'urgence ou de recours ne sont pas requis.

Pour motiver sa décision, le Conseil d'Etat cite dans un premier temps l'article 3 du décret 31 décembre 2001 relatif au temps de travail des sapeurs-pompiers professionnels (SPP) à la lumière de l'article 7-1 de la loi du 26 janvier 1984⁷. Le dernier alinéa de cet article prévoit que les régimes de travail mis en place antérieurement à 2001 peuvent être maintenus par décision expresse de l'établissement. Le sapeur-pompier demandeur ne pouvait entrer dans le champ d'application de cet alinéa puisqu'il n'a été recruté qu'à compter du 1^{er} février 2005.

Conformément à l'article 4 du même décret, le SDIS a adopté une délibération fixant pour les SPP opérationnels effectuant des gardes de 24 heures, un temps d'équivalence au décompte annuel du temps de travail à 2280 heures, soit légèrement au-dessus de la limite inférieure imposée par le décret (2160 heures), à compter du 1^{er} janvier 2005. En application de cette délibération, des heures supplémentaires ne pouvaient être comptées qu'à partir de 95 gardes de 24 heures dans l'année.

Le requérant doit justifier de sa créance et de son caractère : la question est donc de savoir si l'intéressé a réellement travaillé au-delà du temps de travail annuel prévu par la délibération du SDIS. A la lecture de l'arrêt, et sans présumer du jugement du litige principal à fin d'indemnité, le juge apprécie le caractère contestable ou non de l'obligation du SDIS en comparant le nombre de gardes de 24 heures effectuées par le sapeur-pompier au décompte annuel du temps de travail prévu par la délibération du SDIS.

⁷ Art. 7-1 de la loi du 26 janvier 1984 tel que modifié par la loi du 3 janvier 2001 : « Les règles relatives à la définition, à la durée et à l'aménagement du temps de travail des agents des collectivités territoriales et des établissements publics mentionnés au premier alinéa de l'article 2 sont fixées par la collectivité ou l'établissement, dans les limites applicables aux agents de l'Etat, en tenant compte de la spécificité des missions exercées par ces collectivités ou établissements.

Les régimes de travail mis en place antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-2 du 3 janvier 2001 relative à la résorption de l'emploi précaire et à la modernisation du recrutement dans la fonction publique ainsi qu'au temps de travail dans la fonction publique territoriale peuvent être maintenus en application par décision expresse de l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement prise après avis du comité technique paritaire, sauf s'ils comportent des dispositions contraires aux garanties minimales applicables en matière de durée et d'aménagement du temps de travail. ». L'article 37 de la loi n°2009-972 du 3 août 2009 a ajouté un alinéa relatif au compte épargne temps à l'article 7-1 de la loi sur le statut de la fonction publique territoriale : « Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du premier alinéa. Ce décret prévoit les conditions dans lesquelles la collectivité ou l'établissement peut, par délibération, proposer une compensation financière à ses agents, d'un montant identique à celle dont peuvent bénéficier les agents de l'Etat, en contrepartie des jours inscrits à leur compte épargne-temps ».

Alors que l'intéressé réclame le paiement de 1118 heures supplémentaires entre août 2005 et décembre 2007, le juge relève que l'instruction⁸ fait état d'un décompte incomplet pour 2005, de 95,5 gardes pour 2006 et de 95 gardes pour 2007. Autrement dit, en se fondant sur le mode de calcul du temps de travail du SDIS, ces décomptes suggèrent un nombre d'heures supplémentaires bien inférieur à 1118 heures. L'obligation du SDIS de payer 1118 heures supplémentaires à l'intéressé s'avère donc plutôt certaine. C'est ainsi que le juge en conclut qu'elle ne présente par le caractère d'une obligation non sérieusement contestable. La condition requise pour l'attribution d'une provision au sens de l'article R 541-1 du code de justice administrative n'est ainsi pas remplie⁹.

En application du principe d'exécution des décisions de justice, le SDIS avait du¹⁰ verser la provision ordonnée par la première instance, confirmée par la deuxième, soit 3200€. L'annulation de la provision conduit dans ce cas le sapeur-pompier à rembourser le SDIS de cette somme, mais aussi à s'acquitter des dépens et des frais de justice du SDIS.

Cette espèce montre l'aspect considérable du pouvoir d'appréciation du juge pour constater l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, la charge de la preuve reposant sur le demandeur qui doit faire valoir un moyen sérieux et évaluer la somme correspondant aux dommages. En outre, le prononcé de la provision est une simple faculté pour le juge, même lorsque toutes les conditions d'octroi en sont réunies. Dans cette affaire, le Conseil d'Etat a été plus strict que les deux premiers juges, sans doute dans un souci d'équilibre des finances publiques.

S'agissant de l'intéressé, il devra désormais attendre que sa demande soit examinée au principal, devant le tribunal administratif de la Réunion. Affaire à suivre...

⁸ D'autant que le juge du référé provision dispose de larges pouvoirs d'instruction. Il peut, par exemple, ordonner une expertise ou la communication des documents nécessaires à l'examen de la demande de provision (CE 3 mars 2008, *ministre de la défense c/ commune d'Aigüines*, n°308275).

⁹ Ne constitue pas une obligation non sérieusement contestable, une obligation qui ne peut pas être constatée par le juge administratif de droit commun parce que le litige ne ressortit pas à sa compétence (CAA. Lyon, 7 déc. 1989, *Saligari*, n°89LY01518) ; une obligation dont l'appréciation relève d'une question de droit qui soulève une difficulté sérieuse (CE 29 janv. 2003, *ministre de l'économie c/ SA Générale Electric Capital Fleet Services*, n°250345 ; CE 22 octobre 2008, *commune de Plestin les Grèves*, n°309956) ; la créance du co-contractant qui, bien que certaine dans son principe et sa quotité ne pourrait être utilement mandatée faute pour le créancier d'avoir accompli toutes les formalités et d'avoir produit toutes les pièces et justifications requises par les règles de la comptabilité publique (CAA Nantes, 11 avril 2003, *Société Alstom Power Turbomachines*, n° 01NT02096) ; une créance dont le débiteur n'est pas déterminé avec certitude (CE 3 décembre 2003, *société Bernard Travaux Polynésie*, n°253748).

Une créance peut n'être que partiellement non sérieusement contestable (CAA Marseille, 5 janvier 2004, *SARL HYPCOM*, n°03MA02105).

Tant qu'une décision n'a été ni rapportée, ni annulée, ni déclarée illégale le juge commet une erreur de droit en se fondant sur la circonstance que sa légalité serait douteuse pour dénier à la créance sa qualification d'obligation non sérieusement contestable (CE 16 décembre 2005, *M. L...*, n° 274545).

¹⁰ Si le SDIS n'avait pas demandé le sursis à exécution de l'ordonnance du premier juge (art.R.451-6 CJA ou l'art R.134 de l'ancien code des TACAA ; CAA Nancy, 9 mars 1995, *commune de Plombière les Bains*, n°94NC01059 ; CE 21 juin 1996, *ville de Marseille*, n°171969).

Audrey SENATORE, Expert juridique, ENSOSP