

N° 386649

Ministre du travail, de l'emploi,
de la formation professionnelle et
du dialogue social
c/ Syndicat départemental CGT
des agents DIRECCTE 76 et autres

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies
Séance du 7 octobre 2015
Lecture du 23 octobre 2015

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

La mise en place de l'unité de contrôle Rouen Sud, dans le cadre de la réorganisation des services de l'inspection du travail, **s'est accompagnée de tensions** liées au réagencement des locaux, à la redistribution des tâches et au remodelage des modalités de travail.

Face à ces difficultés, plusieurs représentants du personnel au CHSCT de la DIRECCTE de Haute-Normandie ont émis auprès du directeur régional **un avis de danger grave et imminent**, et lui ont demandé de faire **procéder à l'enquête prévue par l'article 5-7 du décret du 28 mai 1982**. Ce texte prévoit, en cas d'alerte, **un dispositif en deux temps** : la réalisation **d'une enquête**, au terme de laquelle le chef de service **prend « les dispositions nécessaires »**. **En cas de divergence** sur l'appréciation du danger ou du remède, le CHSCT doit être réuni.

Mais en l'espèce, **le processus s'est bloqué dès la première étape**. Le directeur, estimant que les risques psycho-sociaux n'étaient pas couverts par l'article 5-7 a refusé à deux reprises de réaliser l'enquête. Le syndicat départemental CGT des agents DIRECCTE et d'autres requérants ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Rouen de **suspendre ce refus et de lui enjoindre** de réaliser cette enquête ou, à titre subsidiaire, de procéder à un nouvel examen. **Par une ordonnance du 4 décembre 2014, le juge des référés a** suspendu le refus et enjoint au directeur de lancer l'enquête dans les huit jours. Le ministre se pourvoit en cassation.

1. La première question est celle de savoir si ce pourvoi conserve un objet. L'enquête a en effet été réalisée en janvier et février 2015 en exécution de l'ordonnance attaquée.

Cette question nous a paru délicate. Vous jugez certes qu'il y a **toujours lieu de statuer** sur un pourvoi dirigé contre une ordonnance suspendant une décision négative et enjoignant à l'administration de prendre la mesure positive, y compris lorsque l'administration a entre-temps exécuté l'ordonnance. Mais la plupart de vos décisions ne se bornent pas à relever que la mesure positive a exclusivement été prise en exécution de la

première ordonnance. Elles relèvent presque toutes, en outre, que cette mesure revêt « par sa nature même un caractère provisoire » (voyez not. CE, 26 nov. 2003, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ T...*, n° 259120, aux Tables p. 925 ; 11 août 2005, *Mme B.*, n° 281486, aux Tables p. 1030 ; 26 sept. 2005, *A...*, n°s 255656, aux Tables pp. 1030-1047 ; 13 juil. 2007, *Commune de Sanary-sur-Mer*, n° 294721, aux Tables) Or toute la particularité de l'affaire est que l'on peut nourrir des **doutes sur le caractère authentiquement « provisoire »** de l'enquête diligentée, qui a été faite et ne pourra pas être défaite¹.

Pourtant, nous pensons que le pourvoi conserve son objet. Il nous semble souhaitable **d'ouvrir à la partie perdante la possibilité de contester l'ordonnance qui lui a été défavorable**, alors même qu'elle s'est **bornée à l'exécuter**. Il serait paradoxal qu'une partie soit pénalisée pour s'être conformée rapidement à la première décision. Surtout, il nous semble que **cette logique finaliste n'était pas absente des précédents cités**. S'ils juxtaposent le constat du caractère provisoire et celui de la finalité d'exécution, c'est parce que ces deux constats se superposaient. L'absence de non-lieu est en outre **conforme à votre jurisprudence**, certes hors référé, admettant que l'appel dirigé contre un jugement annulant le refus de communiquer un document conserve un objet, alors même que l'administration a communiqué ce document en exécution du jugement (CE, Ass. 8 avr. 1987, *Ministre de la santé c/ E...*, n° 45172, au Recueil).

2. Le premier moyen est tiré de ce que l'ordonnance serait irrégulière, faute de mentionner de la date de l'audience qu'a tenue le juge des référés. De manière assez étrange, le juge des référés a en effet poussé la précision jusqu'à indiquer dans les visas de son ordonnance **l'heure** de fin de l'audience – 16h30 – sans indiquer le **jour** de cette audience.

Mais aucune disposition du code de justice administrative n'exige une telle mention pour les ordonnances. L'article R. 522-11 renvoie au chapitre 2 du titre IV du livre VII, chapitre spécifique aux ordonnances, dans lequel on trouve un article R. 742-2 énumérant un certain nombre de mentions, notamment celle du jour de **signature** de l'ordonnance, mais pas celle du jour de **l'audience** organisée, le cas échéant, par le juge des référés.

Il est vrai que vous avez pu voir dans la mention de la date de l'audience **une règle générale de procédure** (CE, 14 nov. 1962, *Wettel*, aux Tables, au Recueil p. 1072 ; CE, 28 mai 1971, *F...*, au Recueil p. 417, aux concl. Morisot explicites sur ce point). Mais, à la supposer transposable aux ordonnances de référé, **cette règle générale, dégagee pour les décisions collégiales, serait neutralisée par l'énumération de l'article R. 742-2, qui est exhaustive et limitative.**

Et aucun principe ou texte de rang plus élevé ne nous semble exiger que cette mention soit imposée de manière prétorienne, comme vous avez pu le faire (v., pour la date de lecture, déduite de l'obligation de « rendre publiques » les décisions de la section disciplinaire du CNOM, en vertu des textes internes et de l'article 6§1 de la convention EDH,

¹ Ajoutons que le non-lieu s'inscrirait dans la droite ligne de votre jurisprudence dominante sur le non-lieu en référé-suspension. Vous procédez, pour apprécier si le litige conserve un objet, à une analyse objective des seuls effets résiduels de l'acte (v. les conclusions d'Anne Courrèges sur CE, 19 févr. 2010, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales*, n° 333983, au Recueil). Or vous pourriez considérer que toutes les potentialités du refus d'organiser l'enquête ont objectivement été épuisées par l'organisation de cette enquête.

CE, 2 févr. 2005, *D...*, n° 255309, aux Tables, revenant sur CE, 7 févr. 1995, *I...*, aux Tables ; v. sur les notes en délibéré, CE, Sect., 27 févr. 2004, *Préfet des Pyrénées-orientales c/ C...*, n° 252988, au Recueil)

3. Les moyens dirigés contre l'ordonnance en tant qu'elle prononce la suspension du refus ne vous retiendrons pas. L'ordonnance est suffisamment motivée, tant sur l'urgence que sur la désignation du moyen de nature à créer un doute sérieux. Le juge n'a pas commis d'erreur de droit en retenant l'urgence alors qu'il estimait que la réalité et l'intensité de la dégradation des conditions de travail n'était pas établie de façon certaine. Et son appréciation est souveraine.

4. Nous pouvons ainsi en venir à la principale question : l'injonction prononcée est-elle au nombre de celles qu'il appartient au juge du référé-suspension de prononcer ?

La difficulté tient au **miroitement** entre le caractère en principe « provisoire » des mesures prononcées par le juge des référés, résultant de l'article L. 511-1 du code de justice administrative, et le **caractère en apparence très peu provisoire** de l'injonction de réaliser l'enquête prononcée en l'espèce. Le cas d'espèce soulève plus largement la **question de toutes les mesures à effet instantané, ou quasi-instantané, dont l'effet est consommé immédiatement** (telles que la communication d'un document, la mise à disposition d'un local pour une réunion, la convocation d'un organisme, l'organisation d'un contrôle, etc.), à la **différence des mesures à effet continu**, qui s'inscrivent dans une durée, même limitée (autorisation administrative, par exemple).

Or, l'injonction de prendre une mesure à effet instantané se heurte à une jurisprudence, remontant aux origines de la mise en œuvre de la loi du 30 juin 2000, qui interdit au juge des référés d'ordonner une mesure qui aurait « **des effets en tous points identiques** à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'administration de la décision par laquelle le juge de l'excès de pouvoir viendrait, le cas échéant, à prononcer » (voyez, s'agissant d'un refus de communication de documents administratifs, votre décision JRCE, 1er mars 2001, *P...*, n° 230794, aux Tables p. 1134). Comme l'expliquait Didier Chauvaux dans ses conclusions sur la décision de Section *Z... et X...* (CE, Sect., 28 févr. 2001, n° 230112, au Recueil p. 111), il s'agit « **d'éviter qu'un succès éventuel du recours pour excès de pouvoir s'avère sans utilité pour le requérant (...). Mais il faut également éviter que la mesure ordonnée ne crée au profit du requérant une situation irréversible et fasse ainsi perdre aux défendeurs le bénéfice d'un succès éventuel au fond** ». Ce critère de l'effet équivalent a été manié à plusieurs reprises : CE, 9 juil. 2001, *Ministre de l'intérieur c/ L...*, n° 232818, aux Tables p. 1121 (sur l'impossibilité de publier la vacance d'un poste) ; CE, 13 févr. 2006, *Commune de Fontenay-le-Comte*, n° 285184, aux Tables p. 1015 (impossibilité d'enjoindre à l'administration de titulariser un agent). **Vous pourriez donc estimer être ici en présence d'un cas d'école** : la réalisation de l'enquête est une mesure d'effet strictement équivalent à l'annulation de la décision de refus pour excès de pouvoir.

Précisons que ce critère n'a pas pour seul mérite de préserver l'**effet utile** de l'intervention du juge de l'excès de pouvoir : il vise d'une certaine manière à préserver le **principe même de son intervention**. En effet, dès lors que la condition d'urgence est remplie, le référé-suspension devient la voie de la facilité, voire une martingale dès lors qu'elle permet d'obtenir rapidement et définitivement satisfaction au bénéfice d'un simple

« doute sérieux », alors que le juge du fond ne donnerait satisfaction que plus tard, et seulement en cas de certitude quant à l'illégalité du refus.

Enfin, la fermeture du référé-suspension sur ce type de mesures **ne condamnerait pas l'accès à un juge de l'urgence**. Vous avez assoupli votre approche du caractère « provisoire » pour le référé mesures utiles, en admettant que le juge prononce, sur le fondement de l'article L. 521-3, des mesures « provisoires ou conservatoires » - deux notions qui ne sont pas synonymes (v. CE, 29 avr. 2002, *M. G...*, n° 240322, aux Tables), la deuxième pouvant nous sembler-t-il le cas échéant s'appliquer à l'enquête prévue à l'art. 5-7 du décret du 28 mai 1982. Quant au référé-liberté, l'assouplissement est de mise aussi. Vous avez précisé, dans une importante décision CE, 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*, n° 298293, aux conclusions de Luc Derepas, que le caractère provisoire doit s'apprécier « au regard de l'objet et des effets des mesures en cause et, en particulier, de leur caractère réversible ». Cette décision va même plus loin en admettant l'effacement pur et simple de l'exigence du caractère provisoire lorsqu'aucune mesure de cette nature n'est de nature à assurer la sauvegarde de la liberté fondamentale en cause.

Pourtant, nous souhaitons vous proposer d'admettre ce type d'injonction.

La première raison est que **le critère de l'effet équivalent**, forgé dans les premières années des référés issus de la loi du 30 juin 2000, **nous semble avoir été remise en cause** par votre décision du 31 mai 2007, *Syndicat CFDT Interco 28*. Certes la décision concernait un référé-liberté. **Mais la redéfinition de ce qu'il faut entendre par « provisoire » au sens de l'article L. 511-1, article-chapeau valable pour tous les référés, vaut à nos yeux également pour le référé-suspension**. Ce n'est que l'autre apport de cette décision, à savoir la possibilité d'écarter radicalement dans certain cas la condition tenant au caractère provisoire des mesures, qui ne vaut que pour le référé-liberté. **C'est ainsi, en tout cas, que l'a compris la doctrine** (voyez la chronique des responsables du Centre de documentation, F. Lenica et J. Boucher, AJDA 2007 p. 1237 ; ou le chapitre de l'*Encyclopédie des collectivités territoriales Dalloz* de J. Gourdou et A. Bourrel consacré aux procédures d'urgence, folio 4632, n°s 53 et s.) Et si l'on rencontre de nouveau ce critère dans au moins une décision de sous-sections réunies postérieure à 2007 (CE, 20 mai 2009, *Ministre de la défense*, n° 317098, aux Tables), nous n'y voyons là pas de contradiction : une partie de ce qui était interdit, au titre du critère de l'effet équivalent, avant 2007, reste interdit après.

Or dès lors que l'on évalue le caractère provisoire à l'aune de la réversibilité de la mesure, on peut hésiter pour une enquête qui est certes en tant que telle matériellement irréversible, mais ne constitue **qu'une étape** dans un processus que conclura la décision du chef de service, qu'elle vise à préparer et éclairer. On est loin de l'irréversibilité intrinsèque d'une titularisation.

La deuxième raison, tenant à **l'architecture des différentes procédures de référé**, est qu'il nous semblerait paradoxal que vous acceptiez qu'une telle enquête puisse être ordonnée au titre de l'article L. 521-3, sans nécessairement qu'une demande préalable ait été présentée à l'administration, tout en refusant qu'elle soit ordonnée au titre de l'article L. 521-1, nécessairement après qu'une demande préalable se fut heurtée à un refus de l'administration.

Autrement dit, **admettre le circuit-court**, qui met le juge du référé mesures utiles en première ligne, **en refusant le circuit long**, qui a laissé sa chance au dialogue avec l'administration, **nous paraîtrait peu compatible avec l'articulation que vous avez entendu donner à ces deux procédures**, en particulier avec la **subsidiarité** du référé

mesures utiles (voyez votre récente décision de section *SFOIP* et l'autre affaire inscrite au rôle de ce jour, *SARL Debray et autre*).

La troisième raison est que l'ouverture que nous vous proposons aujourd'hui serait **d'une portée limitée et respectueuse de l'équilibre entre juge des référés et juge de l'excès de pouvoir.**

D'une part, **elle ne concernerait qu'un cercle étroit de « décisions » négatives**, celles qui constituent qu'une étape dans un processus décisionnel qu'elles visent à préparer. Décisions qui, au passage, ne se laissent saisir au contentieux que parce qu'elles sont bloquantes pour la suite du processus : la décision positive serait certainement insusceptible de recours, car préparatoire. Accepter une telle injonction ne constituerait d'ailleurs par une innovation radicale. Vous vous êtes en effet déjà engagés sur cette voie dans votre décision CE, 5 mars 2001, *S...*, n° 230045, au Recueil, en admettant, après avoir suspendu le refus d'un maire de convoquer son conseil municipal, qu'il soit enjoint au maire de procéder à cette convocation. Or, à l'évidence, l'exécution de cette injonction épuise l'intérêt du recours au fond. Le caractère quelque peu hétérodoxe de la décision *S...* avait d'ailleurs été noté par la doctrine. Vous pourriez choisir de restituer rétrospectivement à cette décision pionnière toute son orthodoxie.

D'autre part, pour ce cercle étroit de décisions, **vous n'accepteriez d'entrer en voie d'injonction que sous réserve de la condition du doute sérieux et, surtout, de l'urgence.** Le rappel de ces évidences s'impose pour dissiper toute crainte d'un déplacement massif du centre de gravité contentieux du juge de l'excès de pouvoir vers le juge des référés, dans un cas où il faut assumer que le référé-suspension, de fait, consommera le fond – même s'il s'agit là en grande partie d'une illusion d'optique : suspendre un refus d'enquête **ne préjuge en rien du fin mot de l'histoire**, c'est-à-dire des mesures que le chef de service sera appelé à prendre.

Mais pour ce cercle étroit de décisions, et dans les cas limités où la condition d'urgence sera remplie, le prononcé d'une telle injonction nous semble donc devoir être admis. Se résigner à n'admettre, dans le meilleur des cas, que la seule injonction de réexaminer la demande d'enquête, nous semblerait constituer une autocensure du juge des référés peu compatible avec l'efficacité que vous avez voulu donner au juge de l'urgence.

Pour ces raisons, nous vous proposons de juger que le juge des référés, en ordonnant l'enquête relative aux conditions de travail n'a, en l'espèce, pas excédé son office.

Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi.