N° 344706
M. TARPIN

4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies
Séance du 9 janvier 2013
Lecture du 23 janvier 2013

CONCLUSIONS

Mme Gaëlle DUMORTIER, rapporteur public

1- Par arrêté du 27 décembre 2007, le préfet du Rhône a réquisitionné le Docteur T..., médecin généraliste exerçant à Brignais (Rhône), aux fins d'assurer la permanence des soins auprès des patients le mardi 1^{er} janvier 2008 sur les sept communes de son secteur, situé au sud de l'agglomération de Lyon. L'article R. 6315-4 du code de la santé publique permet une telle réquisition lorsque, à l'issue des consultations et démarches préalables prévues, le tableau des permanences reste incomplet.

Le Dr T... a indiqué le même jour à la gendarmerie nationale qu'il refusait de déférer à cette réquisition, comme aux précédentes depuis 2004.

Le mardi 1^{er} janvier 2008, le service d'aide médicale urgente du Rhône, à qui incombe la régulation préalable de l'accès des patients au médecin de permanence selon l'article R. 6315-3 du code de la santé publique, a tenté vainement par quatre fois de joindre le Docteur T... par téléphone à son cabinet, à 9h10, 9h55, 13h01 et 17h37.

Le préfet du Rhône a alors saisi, d'une part, le Procureur de la République, d'autre part le Conseil départemental de l'ordre des médecins du Rhône.

Les poursuites exercées par le Procureur de la République n'ont pas prospéré au pénal, le tribunal correctionnel comme la cour d'appel ayant relaxé M. T... en jugeant la réquisition illégale, tout comme celle du 1^{er} janvier de l'année suivante au titre de laquelle M. T... était poursuivi pour le même motif, faute que soit suffisamment justifié le choix par l'autorité préfectorale de la personne de l'intéressé.

Les poursuites disciplinaires engagées à l'initiative du conseil départemental de l'ordre vous occuperont quant à elles aujourd'hui. Une sanction d'interdiction d'exercer pendant trois mois dont deux avec sursis a été prononcée en première instance à l'encontre de M. T... et confirmée en appel. L'intéressé se pourvoit régulièrement en cassation.

2- La première question délicate est celle de la recevabilité de la saisine de la chambre disciplinaire de première instance par le conseil départemental de l'ordre, que M. T... discute depuis le début et qui a été admise tant en première instance qu'en appel.

2.1- En effet, avant la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 – c'est-à-dire à l'époque des faits, de la saisine, de la décision de première instance et de l'appel -, le conseil départemental de l'ordre n'était pas encore, comme il l'est depuis devenu, au nombre des personnes pouvant

traduire un médecin à l'occasion des actes de sa fonction publique devant la chambre disciplinaire de première instance.

En vertu des dispositions alors en vigueur de l'article L. 4124-2 du code de la santé publique, anciennement L. 418, les médecins chargés d'un service public ne pouvaient, du moins à l'occasion des actes de leur fonction publique, être traduits devant la chambre disciplinaire de première instance que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département, le procureur de la République ainsi que, depuis l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, lorsque les actes avaient été réalisés dans un établissement public de santé, le directeur de l'agence régionale de l'hospitalisation

Même si vous n'avez jamais eu l'occasion de le juger, il ne fait aucun doute que la permanence des soins constitue une « *fonction publique* » au sens de cet article. L'article L. 6314-1 du code de la santé publique qui régit la permanence des soins dispose qu'il s'agit d'une « *mission de service public* ». Le juge disciplinaire n'a d'ailleurs pas prétendu le contraire. Il s'est attaché au refus de M. T... d'exercer cette mission pour en déduire qu'il n'était pas poursuivi « *à l'occasion d'un acte de sa fonction publique* ».

2.2- Il vous faut donc vous demander dans quelle mesure une abstention d'accomplir un acte d'une fonction publique peut ou ne peut pas être assimilé à un acte d'une fonction publique.

En première instance, le juge disciplinaire a eu un raisonnement un peu entortillé mais intéressant, en jugeant que, si les dispositions de l'article L. 4124-2 « *visent les actes que les médecins ont omis de faire alors qu'elles étaient chargés d'une fonction publique, elles ne concernent pas un refus délibéré de prendre en charge cette fonction* ».

Le juge d'appel a été plus frontal. Il a jugé que « *le médecin, qui, alors qu'il est réquisitionné par le préfet sur le fondement de l'article R. 6315-4, refuse de déférer à cette réquisition, refuse par là-même d'accomplir les « actes de fonction publique » entrant dans le champ* » du filtrage de l'article L. 4124-2 et que ce refus relève donc du droit commun de la saisine du juge disciplinaire.

Nous n'adhérons pas pour notre part à ce raisonnement.

Sans doute avez-vous toujours été prudents quand il s'agit de déterminer le champ d'application du filtre de l'article L. 4124-2, puisque, même lorsque vous admettez qu'un médecin est chargé d'une fonction publique, vous vous appuyez sur la rédaction de cet article, qui circonscrit le filtre aux actes de cette fonction publique, pour admettre que certains actes sont détachables de cette fonction publique et ne justifient pas le bénéfice du filtre (voyez 20 mai 1981 *W...* n° 24539 aux tables p. 887 pour des actes accomplis par un praticien hospitalier à l'égard de sa clientèle en secteur privé ; 23 avril 2001 *B...* n° 211566 inédite au recueil pour un dissentiment professionnel entre deux chirurgiens-dentistes par ailleurs professeurs des universités – praticiens hospitaliers ; 18 février 2005 *M. J...* n° 259732 inédite au recueil).

Mais jusqu'à présent, le caractère détachable de la fonction publique, tel que vous l'avez reconnu, ne tenait pas à ce que le praticien n'avait pas accompli sa fonction publique. Il tenait à ce que le comportement en cause était étranger à sa fonction publique. Or, le pas à franchir pour affirmer que refuser d'exercer sa fonction serait détachable de cette fonction est d'une autre dimension.

Il y a trois degrés possibles dans un tel raisonnement.

Le premier degré, très finement vu par la chambre disciplinaire de première instance, inclut l'hypothèse où le médecin refuserait d'accomplir un acte dans le cadre de sa fonction publique. Imaginons que M. T... ait décroché son téléphone, qu'il se soit même déplacé, mais qu'il ait refusé d'effectuer un acte médical particulier sur le patient examiné – une césarienne, par exemple -. Il serait dans une telle hypothèse difficile de justifier un départ entre l'action et l'omission. Agir ou refuser d'agir, n'est-ce pas toujours agir ? La chambre disciplinaire de première instance a réservé explicitement cette hypothèse, et nous croyons qu'elle l'a fait sagement.

Le deuxième degré, à l'autre extrémité, est celui d'un refus de l'intéressé faisant obstacle à l'exercice par lui de sa fonction publique. Imaginons que l'on ait proposé au Dr T... de prendre la garde du 1^{er} janvier 2008 et qu'il ait refusé cette proposition. Sur cette hypothèse, plusieurs raisonnements sont possibles et peuvent se défendre.

On peut, d'une part, vouloir raisonner par assimilation avec l'hypothèse précédente, et aussi avec d'autres domaines bien différents : le refus de prendre un acte administratif est un acte administratif ; le refus de prendre un acte réglementaire est un acte réglementaire. Un tel raisonnement a à la fois le mérite de la simplicité et d'assurer une sorte de « bloc » de procédure.

Mais il est vrai qu'on peut hésiter, au vu de la rédaction de L. 4124-2, qui institue une procédure dérogatoire et invite plutôt à une lecture restrictive, à affirmer que refuser une fonction publique serait un acte accompli dans le cadre d'une fonction publique puisque, précisément, cette fonction n'a jamais été qu'éventuelle. Dans le même sens, nous relevons que, pour faire application du régime de responsabilité de la puissance publique à l'égard de ses collaborateurs occasionnels, vous avez toujours exigé que la collaboration ait été réelle et effective, faute de quoi le collaborateur occasionnel du service public n'en était pas un.

Toutefois, l'hypothèse qui vous est soumise aujourd'hui ne relève pas à notre avis de ce deuxième degré extrême, que vous n'êtes donc pas obligés de trancher, mais d'une troisième hypothèse intermédiaire.

M. T..., en effet, avait été réquisitionné dans le cadre d'une procédure légale par un arrêté préfectoral. Cet arrêté préfectoral était, comme tout acte administratif, exécutoire, dès lors qu'il n'avait été ni retiré ni annulé et que sa suspension n'avait pas été prononcée et, d'ailleurs, n'avait pas été demandée. La simple circonstance que le destinataire de cet arrêté ait déclaré ne pas vouloir l'appliquer était de nul effet sur son caractère exécutoire. M. T... était qu'il le veuille ou non de permanence le 1^{er} janvier et la meilleure preuve en est que le SAMU a cherché à le joindre quatre fois ce jour-là. Dans sa rubrique du répertoire Dalloz sur la responsabilité de la puissance publique à l'égard des collaborateurs occasionnels du service public (n° 39), Terry Olson relève d'ailleurs que dans le cas de la réquisition, l'existence du lien de collaboration est établie de manière quasiment automatique (section 5 mars 1943 *Chavat* n° 68467 p. 62). Les médecins réquisitionnés ont la qualité de collaborateurs occasionnels du service public et bénéficient de ce régime de responsabilité sans faute de l'administration (section 11 octobre 1957 *commune de Grigny* p. 524).

Dans cette hypothèse particulière, il devient difficile d'affirmer qu'il existerait un « curseur », une exigence supplémentaire, pour entrer dans le champ d'un acte d'une fonction publique.

Faudrait-il que M. T... ait décroché le téléphone une fois, même sans le faire les trois fois suivantes ? Ou qu'il ait décroché et qu'il se soit déplacé ? A partir de quel moment l'omission deviendrait-elle valablement un acte de la fonction publique ? Nous ne sommes pas d'avis d'entrer dans ces subtilités. Vous ne le feriez pas pour un praticien hospitalier qui serait d'astreinte à son domicile et qui ne décrocherait pas le téléphone. C'est bien à notre sens dans le cadre de fonctions publiques que ces omissions prennent place et si vous admettez qu'un acte peut être un refus d'acte, il vous faut pousser le raisonnement à son terme.

Ce raisonnement doit conduire ici à regarder la plainte du conseil départemental de l'ordre comme irrecevable, ce qui peut apparaître peu satisfaisant, d'autant qu'il ressort des pièces du dossier que M. T... est coutumier de ces refus depuis qu'il a été mis fin à sa dispense et que, de surcroît, il est le seul médecin généraliste non dispensé de son secteur à ne pas prendre sa part à la permanence des soins, ce qui n'est sans doute pas étranger à la circonstance qu'il se trouve régulièrement réquisitionné le 1^{er} janvier qui se trouve tout aussi régulièrement dépourvu de volontaire de permanence.

Mais il ne s'agit là que de considérations d'espèces. Depuis 2009 le conseil départemental de l'ordre est au nombre des personnes pouvant poursuivre un médecin à l'occasion des actes de sa fonction publique. Il serait donc aujourd'hui recevable à poursuivre M. T... pour les mêmes faits. Et auparavant, le Procureur de la République et le préfet pouvaient déjà saisir le juge disciplinaire. Il leur aurait suffi de le faire en l'espèce – et le conseil départemental aurait pu le leur faire observer -. Ces considérations d'espèces ne sauraient donc vous faire hésiter. Ce qu'il faut en revanche garder à l'esprit, c'est la portée centrale du filtrage aujourd'hui : l'impossibilité pour un patient ou un confrère de d'engager seul une action disciplinaire contre le médecin pour ces actes-là.

3- Si vous ne nous suiviez pas, les moyens suivants vous poseraient une deuxième question intéressante.

3.1- Passons sur les moyens d'insuffisance de motivation, qui ne sont pas fondés. La décision attaquée ne souffre d'aucun défaut de réponse à moyen.

3.2- Par ailleurs, la circonstance que le juge pénal ait jugé la réquisition illégale n'a pas eu pour effet, contrairement à ce qui est soutenu, de la faire disparaître *ab initio* et aucune autorité de chose jugée ne s'impose au juge disciplinaire sur ce point.

3.3- Le moyen intéressant est tiré de ce que la chambre disciplinaire nationale aurait commis une erreur de droit en jugeant que le refus de M. T..., constitutif d'une méconnaissance de son devoir de participer à la permanence des soins, serait fautif à supposer même que l'arrêté préfectoral aurait été entaché de vices de légalité externe et interne. Il est d'autant plus intéressant que c'est le motif de la relaxe de M. T... par le juge pénal. Qu'en est-il en matière disciplinaire ? L'illégalité de la réquisition prive-t-elle le refus d'y déférer de son caractère fautif ?

Si celui qui agit sur réquisition est un collaborateur occasionnel du service public, les collaborateurs du service public ne sont pas des agents publics. Ils restent extérieurs au service public, au sein duquel ils ne sont pas employés, alors même qu'ils sont appelés à apporter leur concours au service public. Le Pr Chapus insiste sur ce point dans son *Droit administratif général* (t. 2 12^{ème} éd. n° 12). Ne s'applique donc pas le cadre posé par votre décision de section *Langneur* n° 71856 du 10 novembre 1944 p. 288 et réitéré depuis (2 novembre 1966

D... n° 64308 p. 580 ; 10 avril 1970, *N...* n° 75436 aux Tables p. 1087 ; 15 décembre 1976, *dame F...* n° 98604 aux Tables p. 549 ; 28 février 1979 *S...* n° 8067 p. 86) selon lequel le fonctionnaire doit obéir aux ordres reçus de son supérieur hiérarchique sauf s'ils sont à la fois manifestement illégaux et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

Peut-être le caractère manifestement illégal d'une réquisition pourrait-il constituer une circonstance d'espèce atténuante de la gravité du caractère fautif d'un refus. Mais ce ne saurait être par soi-même un élément justifiant le refus.

Les médecins sont tenus de déférer aux réquisitions de l'autorité publique et sont passibles au pénal de 3 750 euros d'amendes s'ils ne le font pas (article L. 4163-7 du code de la santé publique). Le régime des réquisitions au titre de la permanence des soins est encadré par les dispositions législatives et réglementaires que nous avons mentionnées. Or, le code de déontologie médicale dispose expressément (article R. 4127-77) qu'il est du devoir du médecin de participer à la permanence des soins « *dans le cadre des lois et règlements qui l'organisent* » - c'est-à-dire y compris le cas échéant au titre d'une réquisition -. Seuls pourraient être admis comme de nature à justifier sans faute disciplinaire un refus, soit, cela va sans dire, un cas de force majeure (le médecin qui serait lui-même réellement malade ce jour-là), soit un intérêt déontologique supérieur (par exemple le médecin à qui il serait demandé des actes contraires à la déontologie médicale, ou qui serait retenu auprès d'autres patients sans pouvoir se faire remplacer), étant précisé que tout médecin est en principe réputé avoir reçu les connaissances nécessaires et les entretenir pour participer au service de garde et ne saurait donc se prévaloir de l'orientation particulière de sa pratique (15 juin 2001 *L...* n° 190124 p. 270).

En jugeant que l'illégalité supposée de l'arrêté de réquisition n'était pas de nature à priver le comportement poursuivi de son caractère fautif, la chambre disciplinaire nationale n'a donc commis aucune erreur de droit.

3.4- Quant à la sanction infligée, elle ne présente aucun caractère manifestement disproportionné. *M. Tarpin* joue avec les mots en prétendant qu'elle serait contradictoire en lui interdisant de soigner pour sanctionner son refus de soigner. Et sa prise d'effet trois mois après la décision, proche de celle qui était en cause dans votre décision *M. H...* du 4 octobre 2010 n° 326231 p. 362 ne peut davantage que dans ce précédent le priver de son droit à un recours effectif.

Mais, par les motifs que nous vous avons dits, nous vous invitons à juger que la saisine du juge disciplinaire était irrecevable et dès lors à annuler sans renvoi la décision attaquée, sans toutefois faire droit aux conclusions de *M. T...* présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions.