

n° 423996

M. L...

5^{ème} et 6^{ème} chambres réunies

Séance du 3 juin 2020

Lecture du 29 juin 2020

Décision à publier au recueil Lebon

CONCLUSIONS

M. Nicolas POLGE, rapporteur public

Cette affaire dans laquelle M. L..., praticien hospitalier, s'est vu refuser à deux reprises par le directeur de son hôpital le bénéfice de la protection fonctionnelle qu'il sollicitait, à la suite et en raison d'une altercation avec ce même directeur, conduit à aborder quatre questions.

1/ La première est de savoir si un agent public, notamment un praticien hospitalier, peut bénéficier de la protection fonctionnelle pour se défendre d'un supérieur hiérarchique.

En l'état actuel des textes et de la jurisprudence, la réponse paraît évidemment positive. Précisons d'abord que si l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires* n' a été rendu applicable aux praticiens hospitaliers que par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 *relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires*, vous jugez que les dispositions de cet article se bornent à réaffirmer un principe général du droit qui devait donc bénéficier aux praticiens hospitaliers même avant la loi de 2016 (30 juin 2017, *R...*, n° 396908, T. 442, 644).

Or vous jugez aujourd'hui que des faits de harcèlement moral, souvent imputés à la hiérarchie, peuvent justifier l'engagement de la protection fonctionnelle (12 mars 2010, *commune de Hoenheim*, n° 308974, T. 821). C'est bien dire que la protection fonctionnelle peut protéger d'un supérieur hiérarchique. La loi du 20 avril 2016 a codifié à l'article 11 du statut la mention de la protection contre le harcèlement.

Mais ce qui suscite néanmoins l'interrogation, c'est votre décision, loyalement signalée par l'auteur du pourvoi lui-même, du 26 novembre 1975, *Riter*, 94124, A, selon laquelle les dispositions (de l'article 489 du code de l'administration communale) relatives à la protection fonctionnelle ne sont pas applicables lorsqu'un différend survient entre un agent public communal et le maire, pris en sa qualité de supérieur hiérarchique de cet agent.

Cette décision n'a jamais été reniée, mais son articulation avec la jurisprudence plus récente n'a jamais été explicitée non plus. On la trouve cependant analysée de manière convaincante dans les conclusions de J.-M. Delarue sur la décision du 23 juin 1995, *A...*, n° 120355, inéd.. Votre commissaire du gouvernement avait déjà identifié dans une décision du 23 novembre 1977, *Lecoq*, n° 02557, peu après *Riter*, et aussi, peu avant ses conclusions, dans une décision du 9 novembre 1994, *M K...*, n° 73322, le témoignage de ce que la protection fonctionnelle pouvait éventuellement être accordée en raison des agissements d'un supérieur hiérarchique. Et il trouvait la cohérence entre la décision *Riter* et ces autres décisions dans les conditions d'engagement de la protection fonctionnelle elles-mêmes. L'article 11 du statut général en effet, dans sa rédaction d'origine, oblige la collectivité publique à protéger son agent « contre les menaces, violences, voies de fait, injures, diffamations ou outrages ». J.-M. Delarue en déduisait ceci : pour mettre en jeu la protection fonctionnelle, « il faut mais il suffit qu'il y ait attaques, mais naturellement comme l'exercice du pouvoir hiérarchique ne suppose ni menaces, ni violences, ni voies de fait, ni injures, ni diffamations ou outrages, la notion de pouvoir hiérarchique et le déclenchement de la protection sont deux notions qui ont quelques rapports : là où est l'un, l'autre n'est pas, et réciproquement ». Et il en déduisait qu'il n'y a pas de protection fonctionnelle contre le pouvoir hiérarchique qui ne saurait être mis en cause dans le cadre de son exercice habituel, c'est-à-dire selon un usage normal des prérogatives dont il dispose et en vue de la réalisation des missions confiées au service, tandis qu'il doit y avoir protection contre les agissements des supérieures hiérarchiques s'ils se laissent aller à des attaques.

Autrement dit, ce qu'on peut retenir de la jurisprudence *Riter*, c'est que le droit à la protection n'a pas vocation à intervenir dans les litiges qui opposent un agent à son supérieur hiérarchique, lorsque ce dernier a fait un usage normal de son pouvoir hiérarchique ; elle laisse en revanche entier le droit à une protection fonctionnelle contre les attaques d'un supérieur hiérarchique, lesquelles ne peuvent pas se rattacher à l'exercice normal du pouvoir hiérarchique.

2/ La deuxième question naît de l'arrêt attaqué : le principe d'impartialité s'applique-t-il à l'exercice du pouvoir hiérarchique ?

L'arrêt juge en effet qu'un agent public ne peut utilement se prévaloir d'un tel principe à l'encontre d'une décision prise à son endroit par une autorité administrative dans l'exercice de son pouvoir hiérarchique. Au point que la cour censure pour ce motif le jugement du tribunal administratif qui avait lui-même annulé la décision de refus de protection fonctionnelle pour méconnaissance du principe général d'impartialité.

On peut difficilement admettre pareille exception. Le principe d'impartialité résulte de principes généraux du droit que vous avez dégagés d'abord à propos des commissions d'épuration mises en place à la Libération (Section 19 avril 1949, *Sieur Bourdeaux*, n° 82790, p. 188) et qui s'appliquent à « tout organe administratif (...) pour l'examen des affaires qui relèvent de sa compétence », ainsi que l'a confirmé le conseil constitutionnel (décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989, cons. 10). Des décisions rappellent que le principe d'impartialité s'impose à toute autorité administrative - « le

principe d'impartialité s'impose au conseil supérieur de l'audiovisuel comme à toute autorité administrative » (Sect. 30 décembre 2010, *Société Métropole Télévision* (M6), n° 338273, p. 544). Ce principe général du droit a été inscrit à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 (« *Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité* »).

On peut noter avec les présidents Genevois et Guyomar dans le fascicule Dalloz relatif aux principes généraux du droit que le principe général d'impartialité des agents publics a un champ d'application très large : « *l'exigence d'impartialité n'est pas limitée aux concours de recrutement et au droit disciplinaire. Elle revêt une portée générale comme le confirment les décisions rendues à propos d'un organisme chargé de présenter des candidats à un emploi public (CE 5 oct. 1955, Bernard, Lebon 463), de l'examen de la notation d'un fonctionnaire membre d'une commission administrative paritaire (CE 1^{er} avr. 1998, Iguacel et Comets, req. n° 136021, Lebon T. 98) (...)* »

Evidemment, le principe d'impartialité doit faire l'objet d'une application différenciée, selon qu'il s'applique à une juridiction ou à une autorité administrative, en particulier, mais aussi en fonction de la nature des actes. A cet égard, Rémi Decout-Paolini précisait dans ses conclusions sur votre décision de section du 22 juillet 2015, *Société Zambon France*, n° 361962, p. 245:

*« Il nous paraît important de souligner ici,, sans revenir sur la nature du contrôle exercé par la CEDH sous les deux angles de l'impartialité subjective et de l'impartialité objective, qu'en dehors des procédures administratives répressives, vous n'avez pas transposé aux organes administratifs – autorités ou commissions – cette double dimension du principe d'impartialité **En dehors du domaine répressif, vous n'avez pas la même exigence s'agissant de la dimension objective du principe d'impartialité à l'égard des organes administratifs et à l'égard des juridictions.** (...) Pour dire les choses clairement, vous ne contrôlez en ce domaine que la seule impartialité personnelle et refusez d'entrer dans le débat sur l'incidence, en tant que telle, des fonctions exercées – ce que l'on pourrait qualifier d'impartialité fonctionnelle. (...) En matière administrative, le principe d'impartialité a en réalité pour seul objet de garantir que les autorités et les commissions ne soient pas détournées de leur mission d'intérêt général. »*

Ceci peut conduire à une appréciation globale de l'impartialité personnelle de la personne dont la capacité à prendre une décision en toute neutralité est contestée.

Mais écarter radicalement l'application de ce principe dans les relations hiérarchiques comme l'a fait la cour ne paraît pas possible.

C'est pourquoi vous devriez retenir le moyen d'erreur de droit invoqué par le pourvoi sur ce point.

Au demeurant, l'assimilation d'une décision relative à la PF à l'exercice du pouvoir hiérarchique, dans l'arrêt, paraît quelque peu rapide. Elle ne s'impose pas avec évidence.

L'article 489 du code de l'administration communale désignait, pour protéger les agents, l'autorité investie du pouvoir de nomination. L'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 est plus vague, en mentionnant seulement « la collectivité publique ». Aucun texte n'est plus précis sur la question de savoir quelle autorité statue sur cette demande. Aucun texte n'en fait un attribut du pouvoir hiérarchique. Il s'agit de statuer au nom de la « collectivité publique » sur le droit d'un agent à bénéficier d'une garantie prévue par le statut de la fonction publique : il ne s'agit pas de donner un ordre ou de confier une mission. Il semble plutôt que l'autorité compétente soit celle qui est chargée d'administrer la collectivité, autorité qui, certes, se confond le plus souvent avec l'autorité hiérarchique la plus élevée. C'est le raisonnement qui paraît guider la réponse du ministre de l'intérieur à une question écrite au sénat, (n°00462, 13 juillet 2017, M. Masson, p. 2249), dans le contexte où la juridiction administrative avait jugé qu'était exclusivement compétent tantôt le conseil municipal, tantôt le maire. Dans sa réponse (JO Sénat du 9 novembre 2017, p. 3499), le ministre de l'intérieur a indiqué que le maire est compétent s'agissant des fonctionnaires territoriaux en application de l'article L. 2122-18 du code général des collectivités territoriales (« *le maire est seul chargé de l'administration (...)* »), alors que le conseil municipal est compétent s'agissant des élus.

Dans les affaires impliquant des agents de la fonction publique hospitalière, l'autorité sollicitée est le directeur du centre hospitalier (v. not. 20 mai 2016, Hôpitaux civils de Colmar, n° 387571, T. 804, 935, ce qui se justifie, par analogie avec la solution adoptée pour les communes, au regard des dispositions de l'article L 6143-7 du CSP (« *le directeur est compétent pour régler les affaires de l'établissement (...) / Le directeur dispose d'un pouvoir de nomination dans l'établissement. Il propose au directeur général du Centre national de gestion la nomination des directeurs adjoints et des directeurs des soins (...) / Le directeur exerce son autorité sur l'ensemble du personnel dans le respect des règles déontologiques ou professionnelles qui s'imposent aux professions de santé, des responsabilités qui sont les leurs dans l'administration des soins et de l'indépendance professionnelle du praticien dans l'exercice de son art.* »)

3/ Après annulation de l'arrêt, c'est le règlement de l'affaire au fond qui vous permettra d'en venir à deux autres questions plus concrètes, assez importantes en pratique.

D'abord, pour tenter de préciser les conditions dans lesquelles l'autorité normalement compétente pour accorder la protection fonctionnelle doit se déporter, pour assurer le respect du principe d'impartialité.

Une solution radicale consisterait à obliger le directeur de l'hôpital à le faire dès qu'il est mis en cause à titre personnel par une demande de protection fonctionnelle – ce serait peut-être un tribut excessif à la théorie des apparences, car cela obligerait à

renvoyer à d'autres autorités même les demandes arguant des circonstances les moins consistantes.

A l'inverse, il serait peut-être également excessif de restreindre l'obligation de déport aux cas d'animosité personnelle manifeste – le directeur d'hôpital serait dans ce cas empêché de statuer sur la demande de protection fonctionnelle ... seulement dans les cas où la demande serait justifiée.

L'équilibre peut être délicat à trouver, mais il pourrait s'arrêter à l'exigence de circonstances mettant sérieusement en cause un intérêt personnel du directeur de nature à influencer sur sa position.

Dans la présente affaire, il ne fait pas de doute que ce point était atteint. Le dossier signale la vivacité de l'altercation. Les coups ne sont pas prouvés à ce stade, mais le praticien a porté plainte contre le directeur pour ce motif, ce qui a provoqué en retour une plainte pour dénonciation calomnieuse de sa part.

Vous serez donc conduits à confirmer l'annulation prononcée par le tribunal administratif.

Pour la suite de l'affaire, il faut se poser la quatrième question, qui est celle de l'autorité compétente pour statuer à la place du directeur, empêché au nom du principe d'impartialité.

L'article D. 6143-33 du code de la santé publique permet au directeur de déléguer sa signature. Il n'y a guère de doute sur le fait que le bénéficiaire d'une délégation de signature incluant les décisions relatives à la protection fonctionnelle pourrait statuer à la place du directeur sans que la seule circonstance que ce délégataire est un collaborateur du directeur suffise à elle seule à le disqualifier également au titre du principe d'impartialité – il faudrait des circonstances particulières supplémentaires, par exemple la mise en cause sérieuse de l'équipe de direction dans son ensemble. Dans une commune, lorsqu'un maire est personnellement intéressé à la passation d'un contrat ou à la délivrance d'une autorisation d'urbanisme, c'est un adjoint au maire qui peut statuer en vertu de sa délégation.

Si l'on recherche un autre organe, apte à statuer quand on ne peut trouver de garanties d'impartialité suffisantes chez le directeur normalement compétent et ses délégataires, on pourrait penser au conseil de surveillance de l'hôpital. Cependant, la mission stratégique et de contrôle qui lui est confiée dans des termes généraux qui ne l'appellent pas normalement à s'immiscer dans les décisions du quotidien ne montre pas que cette solution serait appropriée (« *Le conseil de surveillance se prononce sur la stratégie et exerce le contrôle permanent de la gestion de l'établissement.* », selon l'article L. 6143-1 du code de la santé publique).

A l'extérieur de l'établissement, on peut penser à se tourner vers la tutelle. Celle-ci revient, au nom de l'Etat, aux agences régionales de santé, qui exercent, essentiellement

en la personne du directeur général de l'agence, un contrôle non seulement de la gestion mais de manière plus générale du « fonctionnement » des établissements de santé et sont chargés de leur bonne gouvernance (Art. L. 1431-2 : « 2° (...) b) *Elles autorisent la création et les activités des établissements de santé et des installations mentionnées aux articles L. 6322-1 à L. 6322-3 ainsi que des établissements et services médico-sociaux au b de l'article L. 313-3 du code de l'action sociale et des familles ; elles contrôlent leur fonctionnement et leur allouent les ressources qui relèvent de leur compétence* » / Art. L. 1432-2 : « *Le directeur général de l'agence régionale de santé exerce, au nom de l'Etat, les compétences mentionnées à l'article L. 1431-2 qui ne sont pas attribuées à une autre autorité* ».)

D'ailleurs, une disposition particulière, à l'art. L. 6143-7-1, désigne le directeur général e l'ARS comme l'organe compétent pour statuer sur les demandes de protection fonctionnelle émanant des personnels de direction d'un établissement public de santé (« *La protection prévue à l'article 11 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est mise en œuvre au bénéfice des personnels de direction des établissements mentionnés au 1° de l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, par le directeur général de l'agence régionale de santé.* »)

On pourrait donc concevoir aisément une extension de cette compétence aux cas de déport du directeur de l'hôpital pour l'attribution de la protection fonctionnelle à d'autres agents.

Cependant, « pas de tutelle sans texte », dit-on. Or les textes ne donnent pas pour le moment à la tutelle du directeur général de l'agence régionale de santé sur l'hôpital l'attribut nécessaire. Comme il n'est pas indispensable de traiter la question dans le cadre de la présente affaire, plutôt qu'ajouter ce pouvoir par acte d'autorité prétorienne, vous pourriez la laisser à l'intervention normale à venir du pouvoir réglementaire ou, si nécessaire, législatif, et en rester plus modestement à l'indication qu'un délégué du directeur pourrait statuer à sa place.

Je conclus par ces motifs à l'annulation de l'arrêt attaqué et au rejet de la requête d'appel du centre hospitalier, en mettant à sa charge le versement à M. L... d'une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.