

N^{os} 437985, 437989, 437992, 437993, 438006, 438008
Assistance Publique – Hôpitaux de Marseille

N^{os} 437986, 437998
Centre hospitalier du pays d'Aix

8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies
Séance du 13 janvier 2021
Lecture du 26 janvier 2021

CONCLUSIONS

M. Romain VICTOR, rapporteur public

1.- Le 6 décembre 2018 était jour d'élection dans les trois fonctions publiques, notamment dans la fonction publique hospitalière.

L'Assistance Publique – Hôpitaux de Marseille (AP-HM), troisième centre hospitalier universitaire de France, a organisé en son sein des opérations en vue de l'élection, pour un mandat de 4 ans, des représentants du personnel appelés à siéger :

- aux dix commissions administratives paritaires locales (CAP-L) de l'AP-HM, qui sont compétentes pour connaître des questions individuelles intéressant les personnels fonctionnaires, selon leur grade et leur groupe hiérarchique ;
- à son comité technique d'établissement (CTE), dont la création est prévue par l'article L. 6144-3 du code de la santé publique, qui connaît de tous les problèmes généraux concernant l'hôpital, son organisation et son fonctionnement et auquel participent tous les agents, qu'ils soient fonctionnaires ou contractuels ;
- aux dix commissions administratives paritaires départementales (CAP-D) instituées par le directeur général de l'ARS¹ et qui sont compétentes à l'égard des fonctionnaires pour lesquels une CAP locale ne peut être créée ;
- enfin à la commission consultative paritaire (CCP) départementale, compétente à l'égard des personnels contractuels, instituée par le directeur général de l'ARS en application du décret n° 91-155 du 6 février 1991².

¹ En application de l'article 18 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière.

² Décret relatif aux dispositions générales applicables aux agents contractuels des établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 modifiée portant dispositions statutaires relatives à la fonction

De son côté, le centre hospitalier intercommunal Aix-Pertuis (CHIAP), également nommé centre hospitalier du pays d'Aix, a organisé en son sein des opérations en vue de l'élection des représentants du personnel appelés à siéger à son CTE et aux différentes CAP-L de l'établissement.

Pour toutes ces élections, des accords avaient été trouvés entre les deux établissements de santé et plusieurs organisations syndicales pour prévoir pour la première fois, en complément d'un classique vote à l'urne au cours de la journée du 6 décembre 2018, un vote électronique par internet, dont l'organisation a été confiée à un prestataire privé, la société Neovote, et qui a eu lieu au cours de la période du 30 novembre au 5 décembre 2018.

Les électeurs ont placé assez largement en tête le syndicat FO qui a obtenu 24 des 37 sièges aux CAP-L de l'AP-HM, 9 des 14 sièges à son CTE, 15 des 23 sièges aux CAP-L du CHIAP et 8 des 15 sièges à son CTE.

Après rejet de leurs recours préalables, l'union des syndicats CGT des agents de l'AP-HM et le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône ont contesté la régularité des opérations électorales organisées par l'AP-HM devant le tribunal administratif de Marseille, le syndicat Sud Santé Sociaux s'étant joint à la protestation dirigée contre les élections au CTE de l'AP-HM et à ses CAP-L. La CFDT a par ailleurs introduit une protestation contre le résultat des élections au CTE et aux CAP-L du centre hospitalier du pays d'Aix.

Toutes ces protestations ont été rejetées pour tardiveté par deux ordonnances (n° 1901042 et 1901044) du 28 février 2019 du président de la première chambre du tribunal. Des appels ont été formés et la cour de Marseille s'est prononcée par quatre arrêts du 16 décembre 2019, les trois premiers concernant l'AP-HM, le quatrième, coté C+, le CHIAP.

Dans tous ces arrêts, la cour a jugé que les protestations n'étaient pas tardives, ce qui l'a conduite à annuler les ordonnances attaquées et à statuer par la voie de l'évocation.

En ce qui concerne les élections à la CCP, la cour a jugé, sur un moyen relevé d'office, que le décret en Conseil d'Etat du 6 février 1991 relatif à ces commissions avait illégalement renvoyé à un arrêté le soin de fixer les règles applicables aux agents contractuels de la fonction publique hospitalière, ce qui entachait d'incompétence l'arrêté du 8 janvier 2018 du ministre chargé de la santé relatif à ces commissions, sur le fondement duquel les opérations électorales avaient été organisées (arrêt 19MA03799-19MA03800). Elle a donc annulé ces élections.

La cour a aussi annulé les autres scrutins. En ce qui concerne en effet les élections au CTE et aux CAP-L de l'AP-HM (arrêt 19MA03756-19MA03757-19MA03758), aux CAP-D (arrêt n° 19MA01301-19MA01374-19MA01375) et au CTE et aux CAP-L du CHIAP (arrêt

publique hospitalière.

19MA03754), la cour a jugé insatisfaisantes les modalités d'organisation du vote électronique.

Pour les élections organisées à l'AP-HM, elle s'est fondée sur deux motifs :

- le premier tiré de ce que le système de « réassort » mis en place pour permettre aux électeurs de récupérer leurs identifiants et mots de passe oubliés ou perdus n'offrait pas une protection du caractère personnel du vote d'un niveau suffisant ;
- le second tiré de ce que le dépouillement avait été irrégulièrement réalisé par des agents de la DRH de l'AP-HM, au demeurant « dans des conditions confuses ».

En ce qui concerne les élections au CTE et aux CAP-L du CHIAP, la cour n'a retenu que le premier motif.

C'est contre ces arrêts, en tant qu'ils leur font grief, que l'AP-HM d'une part, et le CHIAP d'autre part, se sont régulièrement pourvus en cassation, des interventions volontaires en défense recevables ayant été présentées par les fédérations CFDT Santé Sociaux et Sud Santé Sociaux et des demandes de sursis à exécution ayant été présentées dans chaque affaire.

2.- La cassation des trois arrêts attaqués par l'AP-HM est inéluctable, l'établissement soutenant à juste titre qu'ils sont intervenus à la suite d'une procédure irrégulière, en raison du manque d'impartialité du rapporteur public ayant conclu dans ces trois affaires.

Ce motif est suffisamment rare, et grave, pour qu'on s'y arrête quelques instants, d'autant que la toile de fond du moyen est particulièrement triste.

L'AP-HM fait valoir dans ses écritures de cassation, sans que ces éléments de fait soient contredits, que le rapporteur public qui a conclu en appel est en conflit avec l'établissement de santé depuis le décès de son épouse, survenu en décembre 2015 à l'hôpital de la Timone des suites d'une méningo-encéphalite, dont il a imputé la responsabilité à l'AP-HM, d'une part, en se constituant partie civile devant le juge pénal, d'autre part, en introduisant un contentieux indemnitaire devant le juge administratif, en son nom ainsi qu'au nom de l'enfant mineur qu'il a eu avec sa défunte épouse, contre l'AP-HM et son assureur.

Nous signalons, car c'est un fait notable dans l'appréciation qu'il vous appartient de porter sur le moyen, que le jugement du recours a été dépaycé puisqu'il a été attribué par le président de la section du contentieux au tribunal administratif de Lyon, lequel s'est prononcé par une décision du 10 septembre 2019 qui semble ne pas avoir été frappée d'appel et qui a retenu l'existence d'une erreur de diagnostic et d'un retard de traitement présentant un caractère fautif et condamné l'AP-HM à lui verser diverses sommes.

Selon l'AP-HM, ces circonstances douloureuses, mais conflictuelles, auraient dû entraîner le déport de l'intéressé dans les trois affaires, compte tenu de son manque

d'impartialité subjective, c'est-à-dire du risque que le rapporteur public soit animé d'un préjugé défavorable à ses intérêts.

Nous ne pouvons que souscrire à cette analyse.

Il suffit presque de rappeler les termes de votre arrêt de Section *Communauté d'agglomération du pays de Martigues* (21 juin 2013, n° 352427, rec. p. 167) qui énonce, en reprenant des termes que l'on trouve déjà sous votre plume dans l'arrêt *Gervaise* (10 juil. 1957, n° 26517, rec. p. 466), que le rapporteur public « *a pour mission d'exposer les questions que présente à juger le recours sur lequel il conclut et de faire connaître, en toute indépendance, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient* ». On se souvient d'ailleurs que ce sont ces garanties, qu'avaient notamment mises en avant le Gouvernement français ainsi que le Conseil national des barreaux de France, qui ont pesé dans la décision *Marc-Antoine c. France* de la CEDH (4 juin 2013, n° 54984/09).

Si les cas d'impartialité objective, pour reprendre la distinction que manie la Cour de Strasbourg, sont de loin les plus fréquents, compte tenu des fonctions fréquemment occupées par des magistrats administratifs dans l'administration active ou dans des commissions administratives, qu'il s'agisse par exemple de la commission statuant sur le projet d'expulsion d'un étranger (6^{ème} et 2^{ème} ssr, 24 oct. 1997, *El Alj*, n° 165516, T. p. 1012) ou de la commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires (8^{ème} et 3^{ème} ssr, 22 mai 2002, *SARL Berre Station*, n° 231105, T. p. 882), on trouve néanmoins, dans votre jurisprudence, quelques décisions par lesquelles vous constatez l'irrégularité de décisions rendues au motif que le commissaire du gouvernement ne remplissait pas les conditions d'impartialité subjective requises eu égard aux parties à l'instance. Voyez par exemple un arrêt *Vogt* du 10 mars 1995 (2^{ème} et 6^{ème} ssr, n° 112859, rec. p. 128) qui annule un jugement du tribunal administratif de Strasbourg rendu après conclusions d'un commissaire du gouvernement sur une requête introduite par le centre hospitalier régional dont le maire de Strasbourg préside le conseil d'administration, alors que ledit commissaire faisait partie du cabinet du maire de Strasbourg à la date de la lecture du jugement.

Le risque que le rapporteur public devant la cour administrative d'appel de Marseille ait eu une disposition d'esprit défavorable à l'AP-HM ne pouvant être écarté, cet établissement est donc fondé à soutenir que les arrêts sont intervenus au terme d'une procédure irrégulière.

3.- Toutefois, dans le pourvoi n° **437992**, relatif aux élections à la CCP du département des Bouches-du-Rhône, il est sans doute préférable de retenir le second moyen de cassation, également fondé, dirigé contre les motifs par lesquels la cour a jugé que l'arrêté du ministre chargé de la santé du 8 janvier 2018, sur le fondement duquel les opérations électorales contestées ont eu lieu, était entaché d'illégalité en raison de l'imprécision de la délégation donnée au pouvoir réglementaire par le décret du 6 février 1991.

L'article 10 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, dans sa version applicable, renvoie à un décret en Conseil d'Etat pris après avis du Conseil supérieur de la fonction publique hospitalière la détermination des dispositions générales applicables aux agents contractuels.

C'est sur le fondement de cette délégation qu'a été pris le décret n° 91-155 du 6 février 1991 dont l'article 2-1 prévoit la création d'une commission consultative paritaire, la CCP, compétente à l'égard des agents contractuels, instituée dans chaque département par le directeur général de l'ARS et dont la gestion est confiée à l'un des établissements publics de santé dont le siège se trouve dans le département. Au troisième alinéa de son I, cet article dispose que « *Les commissions consultatives paritaires comprennent, en nombre égal, des représentants de l'administration et des représentants des personnels (...). Leur composition et leur fonctionnement sont fixés par arrêté du ministre chargé de la santé* ».

La cour a estimé qu'il revenait au décret au Conseil d'Etat, et à lui seul, de fixer les règles applicables à ces CCP et que le décret ne pouvait se contenter de renvoyer purement et simplement à un arrêté, sans encadrement de la délégation, en reprenant à son compte les termes de votre arrêt *Fédération CGT des personnels actifs et retraités des services publics* (4^{ème} et 1^{ère} srr, 27 juin 1994, nos 86293 et 86342, T. p. 743).

Cette décision rappelle que les règles générales intéressant la participation des fonctionnaires constituent des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat, relevant, en vertu de l'article 34 de la Constitution, du domaine de la loi, le pouvoir réglementaire étant compétent pour assurer la mise en œuvre des règles législatives intervenues en cette matière par la création des organismes consultatifs au titre des dispositions statutaires propres à chaque corps de fonctionnaire ou catégorie de fonctionnaires exerçant les mêmes fonctions. Et elle juge aussi que la composition des commissions consultatives paritaires départementales des maîtres directeurs, le mode de désignation de leurs membres et les conditions de leur fonctionnement ont le caractère de règles statutaires et relèvent du décret en Conseil d'Etat, de sorte que ce décret ne peut se borner à renvoyer à un arrêté interministériel le soin de déterminer ces règles mais doit définir avec une précision suffisante les conditions auxquelles le renvoi à l'arrêté est subordonné.

Toutefois, d'une part, le raisonnement par analogie a ses limites, car sont en cause, ici, des règles applicables à des agents contractuels et non à des fonctionnaires, ce qui oblitère la référence à l'arrêt *Fédération CGT des personnels actifs et retraités des services publics*. D'autre part, il nous paraît inexact de dire que le décret de 1991 ne comporterait aucun encadrement. Il prévoit en effet que les CCP comprennent, en nombre égal, des représentants de l'administration et des représentants des personnels, que leur gestion est confiée à un établissement public de santé désigné par l'ARS et que pour la désignation des représentants du personnel au sein de la CCP, la parité femme-homme doit être respectée. Le décret précise encore les domaines dans lesquels la CCP est compétente et définit des règles de composition spécifique lorsque la commission siège en matière disciplinaire. Enfin, il va de soi que le ministre chargé de la santé était en tout état de cause tenu, en adoptant son arrêté, notamment celles de ses dispositions relatives aux élections qui préoccupent les protestataires, de

respecter les principes généraux du droit électoral (information claire et complète des électeurs, liberté du vote, égalité entre les candidats, secret du vote, sincérité du scrutin, droit de recours), toutes exigences auxquelles il nous paraît au demeurant s'être soumis.

4.- Il nous reste à vous entretenir, au stade de la cassation toujours, du pourvoi du CHIAP qui soulève une question originale relative au vote électronique.

La faculté de recourir au vote électronique par internet pour l'élection des représentants du personnel au sein des instances de représentation du personnel de la fonction publique hospitalière et les modalités d'un tel vote ont été prévues par le décret n° 2017-1560 du 14 novembre 2017. L'article 2 de ce décret prévoit que le vote électronique est « *organisé dans le respect des principes fondamentaux qui commandent les opérations électorales, notamment la sincérité des opérations électorales, l'accès au vote de tous les électeurs, le secret du scrutin, le caractère personnel, libre et anonyme du vote, l'intégrité des suffrages exprimés, la surveillance effective du scrutin et le contrôle a posteriori par le juge de l'élection* ».

Son article 3 prescrit que les systèmes de vote électronique par internet comportent les mesures physiques et logiques permettant d'assurer, notamment, « *la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes* ».

L'article 13 de ce même décret comporte des précisions relatives à la communication à l'électeur de ses identifiant et mot de passe, nécessaires pour voter par internet. Ainsi, « *Chaque électeur reçoit, par courrier, au moins quinze jours avant le premier jour du scrutin (...) un moyen d'authentification lui permettant de participer au scrutin. Ce moyen d'authentification lui est transmis selon des modalités garantissant sa confidentialité. L'identifiant et le mot de passe sont transmis au moyen de deux modes de communication distincts* ».

L'identifiant et le mot de passe sont des codes aléatoires générés par le système de vote et ne contiennent aucune information permettant d'identifier l'électeur. La transmission initiale de ces codes se fait en pratique par voie postale, le courrier contenant des indications de vote et l'identifiant personnel. Une fois connecté au site internet, l'électeur renseigne son identifiant et sa date de naissance, avant d'être invité à générer son mot de passe qui sert à valider ses votes. Le mot de passe est envoyé, selon le choix effectué par l'électeur, par sms, par un serveur vocal ou par courriel.

Une procédure dite de « réassort », non prévue par le décret, a été organisée pour permettre à l'électeur, en urgence, d'obtenir la réédition de son identifiant et de son mot de passe par l'intermédiaire d'une cellule d'assistance téléphonique ou grâce à un formulaire de support en ligne. Dans le premier cas, l'opérateur doit vérifier par téléphone l'identité du demandeur en lui demandant de confirmer ses nom, prénom, date et ville de naissance puis déclenche l'envoi, sur le support indiqué par le demandeur, de l'identifiant, qui est identique à celui obtenu initialement ainsi que d'un nouveau mot de passe annulant le précédent. Dans le

second cas, le demandeur accède au formulaire en ligne et saisit ses données d'identification (prénom, nom, date et lieu de naissance) ainsi qu'un numéro de téléphone mobile. Un code d'identification est alors envoyé à titre de vérification, code qui doit être saisi dans le formulaire en ligne puis, à l'issue des opérations de vérifications, l'identifiant, identique à celui transmis initialement, et le nouveau mot de passe, sont envoyés dans un même message électronique. Enfin, chaque réassort est tracé au sein du système de vote et fait l'objet d'une mention dans le journal des événements. Une seule adresse mail et un seul numéro de téléphone portable peuvent être utilisés par un électeur.

La cour a estimé que ce dispositif n'offrait pas une protection du caractère personnel du vote d'un niveau équivalent à celui des autres modalités de vote car l'identifiant et le mot de passe transitaient par un seul mode de communication, en méconnaissance des dispositions de l'article 13 du décret du 14 novembre 2017, lesquelles prescrivent l'envoi initial de ces éléments par deux canaux distincts. La cour a également estimé que le protocole d'identification reposait sur une question « défi » qui ne pouvait pas être regardée, dans la mesure où elle portait sur le lieu de naissance de l'électeur, comme portant sur une information n'étant en possession que du seul votant.

Le raisonnement tenu par la cour est toutefois critiquable en ce qu'elle s'en est tenue à une application étroite des dispositions de l'article 13 du décret du 14 novembre 2017, lequel est muet sur une telle procédure de réassort, alors qu'elle aurait dû rechercher, dans le silence du décret sur ce point, si cette procédure était entourée de mesures de sécurité suffisantes pour garantir le respect des principes du droit électoral, notamment le caractère personnel du vote.

Vous pourrez donc annuler les articles 3 et 4 de l'arrêt attaqué.

5.- Dans le cadre du règlement au fond, auquel vous pourrez procéder dans la mesure des cassations prononcées, il y aura lieu d'admettre, dans toutes les affaires, les interventions volontaires en appel de la Fédération CFDT Santé Sociaux.

5.1.- Dans la protestation relative aux élections professionnelles au sein du CHIAP, l'annulation par la cour de l'ordonnance du TA est définitive de sorte que vous statuez comme juges de première instance.

Après avoir écarté comme irrecevables les griefs qui n'ont pas été formulés dans la réclamation préalable, vous aurez à répondre à deux questions :

1°) la procédure de réassort était-elle entourée de garanties suffisantes ? nous sommes enclin à répondre par l'affirmative ; cette procédure qui impliquait que l'électeur réponde à une question non évidente et confirme son identité par SMS, permettait de s'assurer effectivement de l'identité de l'intéressé, même si la fraude ne peut jamais être exclue, comme pour les autres modalités de vote d'ailleurs ;

2°) y a-t-il eu des manœuvres affectant la sincérité des opérations électorales ? les protestataires mettent en cause les pratiques du syndicat FO dont des permanents auraient notamment voté à la place de certains électeurs au moyen de la procédure de réassort ; mais l'existence de ces pratiques n'est pas suffisamment établie par les pièces du dossier et la communication, reçue hier, d'une dépêche d'agence de presse du 7 janvier 2021 faisant état de la condamnation pénale prononcée par le tribunal correctionnel de Marseille à l'encontre d'un délégué syndical FO de la préfecture des Bouches-du-Rhône ayant voté électroniquement à la place de huit agents ne peut bien évidemment nous faire changer d'avis sur ce point.

La protestation devra donc être rejetée.

5.2.- Dans les protestations relatives aux élections au CTE et aux CAP-L de l'AP-HM, au CCP et aux CAP-D, vous devrez annuler, en tant qu'elle statue sur la protestation des syndicats requérants, l'ordonnance du 28 février 2019 du président de la première chambre du tribunal administratif de Marseille qui s'est mépris sur les règles de recevabilité, en confondant le délai de cinq jours francs applicable au recours administratif préalable obligatoire en vertu de l'article 42 du décret n° 2003-655 du 18 juillet 2003 susvisé relatif aux commissions administratives paritaires locales et départementales de la fonction publique hospitalière avec le délai de recours de droit commun de deux mois prévu à l'article R. 421-1 du CJA. Il vous appartiendra alors de statuer dans la mesure des annulations prononcées par la voie de l'évocation.

Vous pourrez écarter, pour les raisons qui ont été exposées, le grief dirigé contre la procédure de réassort. Les griefs relatifs au déroulement des opérations de vote ne sont pas davantage fondés. Enfin, si les opérations de dépouillement du vote par internet sont également critiquées par les protestataires, au motif que la saisie finale des résultats du vote a été réalisée par des agents de la DRH de l'AP-HM, il résulte de l'instruction que le dépouillement des bulletins électroniques n'a été possible que grâce à des clés informatiques de déchiffrement remises aux membres du bureau de vote électronique centralisateur, au sein duquel siégeaient des représentants des syndicats protestataires, aucun incident n'ayant été consigné dans les procès-verbaux des opérations de vote électronique.

Enfin, vous pourrez rejeter les conclusions des parties au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du CJA dans toutes les affaires et dire n'y avoir lieu à statuer sur les quatre requêtes à fin de sursis à exécution.

PCMNC :

1°) Dans les affaires 437989, 437986, 437992 et 437993 : admission de l'intervention volontaire en cassation de la Fédération CFDT Santé sociaux et, le cas échéant, de la Fédération Sud Santé sociaux, ainsi qu'à l'admission en appel de l'intervention de la Fédération CFDT ;

2°) Dans l'affaire 437989 :

- annulation des articles 1er à 4 de l'arrêt
- annulation de l'ordonnance du TA en tant qu'elle émane des syndicats CGT et CFD
- rejet de la protestation

3°) Dans l'affaire 437986 :

- annulation des articles 3 et 4 de l'arrêt
- rejet de la protestation

4°) Dans les affaires 437992 et 437993

- annulation des arrêts
- annulation de l'ordonnance du TA en tant qu'elle émane des syndicats CGT et CFD
- rejet des protestations

5°) Dans ces quatre affaires : rejet des conclusions présentées par les parties au titre de l'article L. 761-1 du CJA

7°) Dans les affaires 437985, 437998, 438006, 438008 : non-lieu à statuer sur les demandes de sursis.