

statuant
au contentieux

N^{os} 437989, 437985

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ASSISTANCE PUBLIQUE - HÔPITAUX
DE MARSEILLE

M. Alexandre Koutchouk
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux
(Section du contentieux, 8^{ème} et 3^{ème} chambres réunies)

M. Romain Victor
Rapporteur public

Sur le rapport de la 8^{ème} chambre
de la section du contentieux

Séance du 13 janvier 2021

Décision du 26 janvier 2021

1° Vu, sous le n° 437989, la procédure suivante :

L'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône et le syndicat Sud santé sociaux des Bouches-du-Rhône ont demandé au tribunal administratif de Marseille d'annuler les opérations électorales du 6 décembre 2018 en vue de la désignation des représentants du personnel aux commissions administratives paritaires et à la commission consultative paritaire des agents de la fonction publique hospitalière du département des Bouches-du-Rhône, au comité technique d'établissement et aux commissions administratives paritaires de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille. Par une ordonnance n° 1901042 du 28 février 2019, le président de la première chambre du tribunal administratif de Marseille a rejeté leur protestation.

Par un arrêt n^{os} 19MA01301, 19MA01374, 19MA01375 du 16 décembre 2019, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur appel du syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône, du syndicat Sud santé sociaux des Bouches-du-Rhône et de l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, annulé cette ordonnance en tant qu'elle a rejeté la protestation des syndicats requérants dirigée contre les élections aux commissions administratives paritaires des agents de la fonction publique hospitalière du département des Bouches-du-Rhône, annulé les élections à ces commissions et rejeté le surplus des conclusions présentées par les syndicats appelants.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 27 janvier et 21 avril 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'Assistance publique - Hôpitaux de Marseille (AP-HM) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les articles 1^{er} à 4 de cet arrêt ;

2°) réglant l'affaire au fond dans cette mesure, de rejeter l'appel des syndicats requérants ;

3°) de mettre à la charge de l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille, du syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du Rhône et du syndicat Sud santé sociaux des Bouches-du Rhône la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Vu, sous le n° 437985, la procédure suivante :

Par une requête enregistrée le 27 janvier 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, l'AP-HM demande au Conseil d'Etat de prononcer le sursis à exécution des articles 1^{er} à 4 de cet arrêt.

L'AP-HM soutient que l'exécution de cette décision risque d'entraîner des conséquences difficilement réparables et que les moyens qu'elle soulève sont, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation de la décision attaquée, l'infirmité de la solution retenue par les juges du fond.

.....

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code de la santé publique ;
- la loi n° 86-33 du 8 janvier 1986 ;
- le décret n° 2003-655 du 18 juillet 2003 ;
- le décret n° 2017-1560 du 14 novembre 2017 ;
- le code de justice administrative et le décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alexandre Koutchouk, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Romain Victor, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, après les conclusions, à la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, à la SCP Thouvenin, Coudray, Grevy, avocat de l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, du syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux et du syndicat sud santé-sociaux des Bouches-du-Rhône ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 20 janvier 2021, présentée par le syndicat Sud santé sociaux des Bouches-du-Rhône, le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône et l'union des syndicats CGT des agents de l'AP-HM ;

Considérant ce qui suit :

1. Le pourvoi et la requête visés ci-dessus présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. L'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille (AP-HM), le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône et le syndicat Sud Santé Sociaux des Bouches-du-Rhône ont formé devant le tribunal administratif de Marseille une protestation dirigée contre les opérations électorales qui se sont déroulées le 6 décembre 2018 en vue de la désignation des représentants du personnel aux commissions administratives paritaires et à la commission consultative paritaire des agents de la fonction publique hospitalière du département des Bouches-du-Rhône, au comité technique d'établissement et aux commissions administratives paritaires de l'AP-HM.

3. Par une ordonnance du 28 février 2019, le président de la première chambre de ce tribunal a rejeté leur protestation comme tardive.

4. L'AP-HM se pourvoit en cassation contre les articles 1^{er} à 4 de l'arrêt du 16 décembre 2019 de la cour administrative d'appel de Marseille par lesquels la cour, après avoir annulé l'ordonnance mentionnée ci-dessus en tant qu'elle statuait sur la protestation formée par le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône et l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille contre les élections aux commissions administratives paritaires des agents de la fonction publique hospitalière du département des Bouches-du-Rhône, a annulé ces élections.

5. La fédération CFDT santé sociaux et la fédération Sud santé sociaux ont intérêt au maintien de l'arrêt attaqué. Leur intervention en cassation est recevable.

6. Aux termes de l'article L. 7 du code de justice administrative : « *Un membre de la juridiction, chargé des fonctions de rapporteur public, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent* ».

7. Le magistrat qui a exercé les fonctions de rapporteur public dans le litige soumis à la cour administrative d'appel de Marseille, auquel l'AP-HM est partie, avait engagé contre les hôpitaux de Marseille un contentieux administratif et un contentieux pénal d'ordre personnel depuis 2016. Cette circonstance entache d'irrégularité l'arrêt de la cour. L'AP-HM est par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, fondée à demander l'annulation des articles 1^{er} à 4 de cet arrêt.

8. Il n'y a pas lieu, par suite, de statuer sur la requête présentée par l'AP-HM tendant à ce qu'il soit sursis à l'exécution des articles 1^{er} à 4 de l'arrêt attaqué de la cour administrative d'appel de Marseille sur le fondement de l'article R. 821-5 du code de justice administrative.

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond, dans la mesure de la cassation prononcée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

10. La fédération CFDT santé sociaux a intérêt à l'annulation de l'ordonnance du président du tribunal administratif et à l'annulation des opérations électorales contestées. Son intervention en appel est recevable.

11. L'article 42 du décret du 18 juillet 2003 relatif aux commissions administratives paritaires locales et départementales de la fonction publique hospitalière dispose que : « *Sans préjudice des dispositions du dernier alinéa du 2° du I de l'article 9 bis de la loi du 13 juillet 1983 susvisée, les contestations sur la validité des opérations électorales sont portées, dans un délai de cinq jours à compter de la proclamation des résultats, devant le directeur de l'établissement qui assure la gestion de la commission administrative paritaire. Celui-ci statue dans les quarante-huit heures par une décision motivée. Les contestations sont ensuite portées, le cas échéant, devant la juridiction administrative.* » Il résulte de ces dispositions que le délai de cinq jours francs qu'elles prévoient ne s'applique qu'au recours préalable présenté devant le directeur de l'établissement. En cas de rejet de ce recours préalable, l'auteur de la protestation peut ensuite saisir la juridiction administrative dans le délai de droit commun de deux mois prévu à l'article R. 421-1 du code de justice administrative.

12. L'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille et le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-

du-Rhône ont l'un et l'autre introduit le 11 décembre 2018 un recours préalable devant le directeur général de l'AP-HM dirigé, notamment, contre les élections aux commissions administratives paritaires départementales. Ces recours ont été rejetés par deux décisions du 13 décembre 2018. Leur protestation a été enregistrée le 8 février 2019 par le greffe du tribunal administratif de Marseille, soit avant l'expiration du délai de deux mois prévu à l'article R. 421-1 du code de justice administrative. Les syndicats protestataires sont donc fondés à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Marseille a rejeté leur protestation comme tardive.

13. Il y a lieu, par suite, d'annuler l'ordonnance du 28 février 2019 du président de la première chambre du tribunal administratif de Marseille en tant qu'elle statue sur la protestation de l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille et du syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône dirigée contre les élections aux commissions administratives paritaires des agents de la fonction publique hospitalière du département des Bouches-du-Rhône et de statuer immédiatement, dans cette mesure, sur le litige par la voie de l'évocation.

14. Il résulte de l'instruction que, pour les élections en vue du renouvellement général des organismes consultatifs au sein desquels s'exerce la participation des fonctionnaires et agents relevant de la fonction publique territoriale qui se sont déroulées le 6 décembre 2018, l'AP-HM a décidé de recourir, pour la désignation des représentants du personnel aux dix commissions administratives paritaires départementales, à un vote électronique par internet, tout en permettant un vote à l'urne dans des bureaux de vote ouverts au sein de ses locaux.

15. Aux termes de l'article 1^{er} du décret du 14 novembre 2017 relatif aux conditions et modalités de mise en œuvre du vote électronique par internet pour l'élection des représentants du personnel au sein des instances de représentation du personnel de la fonction publique hospitalière : « I. Il peut être recouru 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. / II. - Le recours au vote électronique par internet est régi par les règles du présent décret et, pour autant qu'elles n'y sont pas contraires, par les dispositions relatives à l'organisation des élections aux comités techniques d'établissement, au comité consultatif national, aux commissions administratives paritaires et aux commissions consultatives paritaires ». Aux termes de l'article 2 de ce même décret : « Le recours au vote électronique par internet 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 ». Aux termes de l'article 3 de ce même décret : « I. - Les systèmes de vote électronique par internet comportent les mesures physiques et logiques permettant d'assurer la confidentialité des données transmises, notamment la confidentialité des fichiers constitués pour établir les listes électorales, ainsi que la sécurité de l'adressage des moyens d'authentification, de l'émargement, de l'enregistrement et du dépouillement des votes. Ces obligations de confidentialité et de sécurité s'imposent à l'ensemble des personnes intervenant sur le système de vote électronique par internet (...) ». Enfin, l'article 13 du décret précise, s'agissant de la communication à l'électeur de ses identifiants et

mot de passe, que : « *Chaque électeur reçoit, par courrier, au moins quinze jours avant le premier jour du scrutin une notice d'information détaillée sur le déroulement des opérations électorales et 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. Lorsque l'électeur n'est pas le seul en mesure de connaître son mot de passe, ils sont complétés par un protocole d'authentification reposant sur une question dont la réponse n'est en possession que du votant et du système de vote électronique par internet* ».

16. Si le vote électronique par internet est susceptible de constituer une modalité de vote au même titre que le vote à l'urne et le vote par correspondance, il implique, en raison de ses spécificités et des conditions de son utilisation, que des garanties adaptées soient prévues pour que le respect des principes généraux du droit électoral de complète information de l'électeur, de libre choix de celui-ci, d'égalité entre les candidats, de secret du vote, de sincérité du scrutin et de contrôle du juge soit assuré à un niveau équivalent à celui des autres modalités de vote.

17. Aucune disposition du décret 14 novembre 2017 relatif aux conditions et modalités de mise en œuvre du vote électronique par internet pour l'élection des représentants du personnel au sein des instances de représentation du personnel de la fonction publique hospitalière, notamment pas son article 13, ne prévoit la possibilité, pour les électeurs ayant reçu communication de leur identifiant et de leur mot de passe selon les modalités prévues à cet article, de demander, en cas de perte de ceux-ci, que leur soient à nouveau communiqués les éléments d'authentification nécessaires pour participer au scrutin. S'il est loisible à l'autorité en charge de l'organisation du scrutin, dans le but de favoriser la participation des agents au scrutin, de prévoir une procédure de « réassort », celle-ci doit être de nature à garantir le respect des principes rappelés au point précédent, notamment le secret du vote et la sincérité du scrutin. Une telle procédure doit ainsi permettre de s'assurer de l'identité de l'électeur qui sollicite une nouvelle communication de son identifiant et de son mot de passe ainsi que du caractère personnel du ou des modes de communication par lesquels ils lui sont transmis.

18. Il résulte de l'instruction que le dispositif de vote électronique mis en place pour les élections aux commissions administratives paritaires départementales, approuvé par le protocole d'accord pré-électoral signé le 10 septembre 2018 entre l'AP-HM et les organisations syndicales représentatives du personnel, prévoyait que les électeurs se verraient adresser leur identifiant et leur mot de passe par deux courriers postaux séparés et qu'une procédure de « réassort éventuel » permettrait à tout électeur d'obtenir, en cas de perte, la réédition de son identifiant et de son mot de passe par l'intermédiaire d'une assistance téléphonique ou d'un formulaire en ligne. Dans le premier cas, l'opérateur devait vérifier l'identité du demandeur en lui demandant de communiquer ses nom, prénom, date et ville de naissance puis déclenchait l'envoi, sur le support indiqué par le demandeur, de son identifiant, identique à celui qui avait été obtenu initialement, ainsi que d'un nouveau mot de passe se substituant au précédent. Dans le second cas, le demandeur accédait au formulaire en ligne et saisissait ses données d'identification ainsi qu'un numéro de téléphone mobile. Un code d'identification, envoyé sur ce numéro, devait être saisi par le demandeur dans le formulaire en ligne avant que

l'identifiant, identique à l'identifiant initial, et le nouveau mot de passe de l'électeur lui soient envoyés dans un même message électronique.

19. Dès lors, d'une part, que l'identification du demandeur qui sollicitait la mise en œuvre de la procédure de « réassort » s'effectuait par la seule vérification de ses nom, prénom, date et lieu de naissance, informations qui peuvent aisément être connues de tiers, et, d'autre part, que le moyen de communication par lequel étaient envoyés l'identifiant et le nouveau mot de passe était celui qu'indiquait le demandeur qui sollicitait ce « réassort », sans qu'il soit garanti qu'il ne serait accessible qu'à l'électeur, et alors même qu'un même numéro de téléphone ou une même adresse électronique ne pouvait être utilisé que pour une seule demande de réassort, les syndicats requérants sont fondés à soutenir que les modalités retenues pour le vote électronique par internet n'offraient pas une protection du caractère personnel du vote d'un niveau équivalent à celui des autres modalités de vote.

20. Il résulte de ce qui précède, compte tenu de l'importance du recours au vote électronique dans les scrutins en cause et de l'impossibilité, au vu des documents électoraux produits par l'AP-HM, de déterminer le nombre de cas dans lesquels a été mise en œuvre, pour chacune des commissions concernée, la procédure dite de « réassort », les syndicats requérants sont fondés, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres griefs qu'ils soulèvent, à demander l'annulation de l'ensemble des opérations électorales en vue de la désignation des représentants du personnel aux commissions administratives paritaires départementales de la fonction publique hospitalière des Bouches-du-Rhône.

21. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille et du syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône, qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'AP-HM la somme que demandent l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille et le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône au même titre.

DECIDE :

Article 1^{er} : Les interventions en cassation de la fédération CFDT santé sociaux et de la fédération sud santé sociaux sont admises.

Article 2 : Les articles 1^{er} à 4 de l'arrêt du 16 décembre 2019 de la cour administrative d'appel de Marseille sont annulés.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête n° 437985 de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille tendant à ce que soit prononcé le sursis à exécution des articles 1^{er} à 4 de l'arrêt du 16 décembre 2019 de la cour administrative d'appel de Marseille.

Article 4 : L'intervention en appel de de la Fédération CFDT santé sociaux est admise.

Article 5 : L'ordonnance du 28 février 2019 du président de la première chambre du tribunal administratif de Marseille est annulée en tant qu'elle statue sur la protestation de l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique-Hôpitaux de Marseille et du syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône dirigée contre les élections aux commissions administratives paritaires des agents de la fonction publique hospitalière du département des Bouches-du-Rhône.

Article 6 : Les élections aux commissions administratives paritaires des agents de la fonction publique hospitalière du département des Bouches-du-Rhône sont annulées.

Article 7 : Les conclusions présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative par l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille, l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique – Hôpitaux de Marseille et le syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux des Bouches-du-Rhône sont rejetées.

Article 8 : La présente décision sera notifiée à l'Assistance publique - Hôpitaux de Marseille, à l'union des syndicats CGT des agents de l'Assistance publique - Hôpitaux de Marseille, au syndicat départemental CFDT des services de santé et des services sociaux, au syndicat Sud santé-sociaux des Bouches-du-Rhône, à la fédération CFDT santé sociaux, à la fédération sud santé sociaux et au préfet des Bouches-du-Rhône.