

**Sous la direction de :**

**G. ROUSSET**, maître de conférences en Droit, HDR, université Jean-Moulin, Lyon 3, IFROSS, CRDMS

**C. COLLET**, docteure en Droit, université de Lorraine, IFG, EA 7301

## ORGANISATION DES PROFESSIONS ET DÉONTOLOGIE

### ① Nouvelle bonification indiciaire et infirmiers intervenant en bloc opératoire (conclusions sur TA Paris, 13 mars 2023 : n° 2105211/2-2, n° 2103314/2-2 et n° 2103313/2-2, *M<sup>mes</sup> A, B, C*)

Annual bonus and nurses working in the operating room (conclusions on Paris Administrative Court, March 13, 2023: n° 2105211/2-2, n° 2103314/2-2 and n° 2103313/2-2, *M<sup>rs</sup> A, B, C*)

Tancredède LAHARY, rapporteur public

Mots-clés : fonction publique hospitalière – rémunération – indemnités et avantages divers – principe d'égalité

Keywords: hospital civil service – pay – bonus and compensations – principle of equality

« Par les trois affaires qui viennent d'être appelées, vous êtes saisis, comme d'autres tribunaux avant vous, de la légalité de l'exclusion des infirmiers de bloc opératoire diplômés d'État (IBODE) du bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire (NBI) entre les années 2002 et 2022. Les requérantes, exerçant les fonctions d'IBODE, ont sollicité en vain le versement de cette bonification auprès de l'AP-HP. Elles vous demandent l'annulation des décisions implicites de rejet de l'AP-HP et le versement de la somme

correspondant à la NBI, qui aurait dû leur être versée depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016.

« Présentons avant toute chose le cadre juridique qui comporte un enchevêtrement important de multiples textes. C'est l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 2010-1139 du 29 septembre 2010 portant statut particulier du corps des infirmiers en soins généraux et spécialisés de la fonction publique hospitalière qui a créé le corps des infirmiers en soins généraux et spécialisés, lequel regroupe les infirmiers en soins généraux (ISG) et les infirmiers de bloc opératoire (IBODE). Les ISG, qui font carrière

dans les premier et deuxième grades, assumant un ensemble de missions variées, détaillées par les articles R. 4311-1 et suivants du Code de la santé publique (CSP). Toutefois, certains d'entre eux peuvent être amenés à exercer leurs fonctions à titre exclusif au sein d'un bloc opératoire. Les IBODE, de leur côté, font carrière dans les deuxième et troisième grades et exercent leurs missions exclusivement au sein du bloc opératoire. Leurs fonctions sont régies et détaillées par les dispositions des articles R. 4311-11, R. 4311-11-1 et R. 4311-11-2 du CSP.

« Initialement, les IBODE s'étaient vu, au début des années 1990, attribuer le bénéfice de la nouvelle bonification indiciaire (NBI) aux termes du décret n° 90-989 du 6 novembre 1990 portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels de la fonction publique hospitalière. Deux ans plus tard, les ISG exerçant leurs fonctions, à titre exclusif, dans les blocs opératoires se sont également vu accorder le bénéfice de cette NBI, aux termes du décret n° 92-112 du 3 février 1992 relatif à la nouvelle bonification indiciaire attachée à des emplois occupés par certains personnels de la fonction publique hospitalière.

« Toutefois, en 2002, le bénéfice de la NBI pour les IBODE a été supprimé par intervention d'un décret n° 2002-777 du 2 mai 2002 portant modification de certaines dispositions relatives à la nouvelle bonification indiciaire et portant attribution de la nouvelle bonification indiciaire à certains personnels de la fonction publique hospitalière. Pour votre parfaite information, les IBODE en ont retrouvé le bénéfice récemment, via le décret n° 2022-313 du 3 mars 2022 modifiant le décret n° 92-112 du 3 février 1992 relatif à la nouvelle bonification indiciaire attachée à des emplois occupés par certains personnels de la fonction publique hospitalière.

« Les requérantes contestent l'exclusion des IBODE du bénéfice de la NBI durant une période qui s'étend, pour des raisons de prescription, de 2016 à 2022. Elles invoquent toutes les trois la méconnaissance du principe d'égalité, dès lors que les ISG exerçant leurs fonctions, à titre exclusif, dans les blocs opératoires bénéficient de la NBI, contrairement aux IBODE, sans que cette différence soit justifiée, à leurs yeux, par une différence de situation objective. Ce faisant, elles invoquent une exception d'illégalité en soutenant que le décret n° 90-989 du 6 novembre 1990, modifié par le décret n° 2002-777 du 2 mai 2002, et le décret n° 92-112 du 3 février 1992, décrets sur lesquels les décisions attaquées sont fondées, méconnaissent le principe général du Droit qu'est le principe d'égalité en ne prévoyant pas de NBI pour les IBODE et en en prévoyant une pour les ISG exerçant leurs fonctions exclusivement au sein du bloc opératoire.

« Rappelons à présent le cadre juridique applicable à la nouvelle bonification indiciaire. L'article 27 de la loi n° 91-73 du 18 janvier 1991 dispose que "la nouvelle bonification indiciaire des fonctionnaires instituée à compter du 1<sup>er</sup> août 1990 est attribuée pour certains emplois comportant une responsabilité ou une technicité particulières dans des conditions fixées par décret". Il est de jurisprudence constante que la NBI est liée aux caractéristiques intrinsèques à une fonction, sans lien avec le corps d'appartenance ou le grade des fonctionnaires : elle est ainsi versée compte tenu de la nature des fonctions attachées à ces emplois (CE, 3 octobre 2003, n° 243483, Association nationale des directeurs généraux et des directeurs généraux adjoints des conseils régionaux et des conseils généraux, Lib., "Tables") et dépend uniquement de l'exercice effectif des fonctions qui y ouvrent droit (CE, 26 juillet 2007 : n° 293410, Vigoureux, Lib., "Tables" ;

CE, 26 mai 2008 : n° 281913, commune de Porto-Vecchio, Leb., “Tables”).

« Parce qu'elle est attachée à une fonction, il n'est pas possible de ne pas attribuer la NBI à l'ensemble des agents assumant les mêmes missions. Le Conseil d'État juge ainsi que le principe d'égalité exige que l'ensemble des agents exerçant effectivement leurs fonctions dans les mêmes conditions, avec la même responsabilité ou la même technicité, bénéficient de la même bonification (CE, 30 janvier 2012 : n° 341378, M<sup>me</sup> Orsatelli, Leb., “Tables”). Par conséquent, toujours selon le Conseil d'État, l'administration doit, conformément au principe d'égalité, traiter de la même manière tous les agents occupant les emplois correspondant aux fonctions ouvrant droit à la bonification ou n'y ouvrant plus droit et qui comportent la même responsabilité ou la même technicité particulières (CE, 28 décembre 2012 : n° 347674, ministre de la Défense c/ Delheure, Leb., “Tables”).

« En l'espèce, comme nous l'avons dit, la NBI n'a été accordée, au cours des années litigieuses, qu'aux ISG exerçant leur fonction à titre exclusif au sein d'un bloc opératoire. La question qui se pose est donc de savoir si les IBODE, qui eux aussi interviennent au sein d'un bloc opératoire, exercent leurs fonctions dans les mêmes conditions, soit avec la même responsabilité ou technicité, que les ISG intervenant exclusivement au sein du bloc opératoire.

« Or, d'une part, aucune différence entre les conditions d'exercice des fonctions des ISG et des IBODE au sein du bloc opératoire ne ressort de la lecture des textes. Les articles R. 4311-1 du CSP ne prévoient pas explicitement les modalités dans lesquelles les ISG interviennent au sein du bloc opératoire : l'article R. 4311-1 du CSP se borne à faire mention de “la réalisation de soins infirmiers”. Du côté des IBODE, ces fonctions sont au contraire détaillées et rangées en deux

catégories : il y a les actes que les IBODE exercent “en priorité” au sein du bloc (l'article R. 4311-11 du CSP) et les actes que seuls les IBODE peuvent effectuer (l'article R. 4311-11-1 du CSP). Précisons qu'une partie des dispositions de l'article R. 4311-11-1 du CSP, soit le b) du 1°, n'est entrée en vigueur qu'à compter 1<sup>er</sup> janvier 2020, à la suite d'une annulation partielle par le Conseil d'État, faute pour le pouvoir réglementaire d'avoir prévu les mesures transitoires adéquates (CE, 7 décembre 2016 : n° 389036, n° 389589, n° 390121, Union des chirurgiens de France, Leb., “Tables”).

« Or, si les ISG intervenant dans un bloc ne peuvent assurément pas pratiquer les actes de l'article R. 4311-11-1 du CSP réservés aux IBODE, ils peuvent pratiquer ceux de l'article R. 4311-11 du CSP. Le Conseil d'État l'a ainsi reconnu, lorsqu'il a estimé que la “priorité” accordée aux IBODE ne faisait pas obstacle, à ce que, en cas de besoin, les mêmes activités soient exercées par des infirmiers (CE, 7 décembre 2016 : n° 389036, n° 389589, n° 390121, Union des chirurgiens de France, Leb., “Tables”). Le Conseil d'État a eu l'occasion de l'affirmer à nouveau, ayant considéré que “les activités mentionnées à l'article R. 4311-11 du Code [de la santé publique] [...] étant seulement confiées en priorité [aux IBODE] peuvent être partagé[e]s avec, en particulier, les autres infirmiers et infirmières diplômés d'État (IDE) exerçant en bloc opératoire” (JRCE, 31 mars 2021 : n° 450351, Union des chirurgiens de France, Association Le Bloc). Dans cette décision, par ailleurs, le Conseil d'État relevait que le déficit important d'IBODE en matière d'effectifs, au regard des besoins nés du nombre très élevé d'interventions en blocs opératoires, peinait à être comblé. Vous pourrez ainsi comprendre pourquoi des ISG sont mobilisés au sein du bloc opératoire.

« Ainsi, il n'apparaît pas, aux termes des textes applicables, que pour ceux des actes qu'ils ont en commun, les IBODE et

les ISG les pratiqueraient dans des conditions différentes impliquant un degré de responsabilité ou de technique différent. L'inverse serait d'ailleurs relativement étonnant, puisque ce sont les mêmes actes qui sont là pratiqués.

« D'autre part, aucune différence entre les conditions d'exercice des fonctions des ISG et des IBODE ne ressort d'avantage des écritures. La défense ne soutient d'ailleurs même pas qu'il y aurait une distinction en matière de responsabilité ou de technicité. L'AP-HP verse aux débats une note administrative produite par la Direction générale de l'offre de soins (DGOS) qui est éclairante sur l'esprit du dispositif. Il en ressort que l'octroi de la NBI aux ISG exerçant exclusivement leurs fonctions au sein du bloc opératoire est destiné à récompenser les infirmiers qui acceptent d'exercer leurs fonctions dans de telles conditions, alors que leur statut, en principe, ne l'impose pas. Cette logique d'attractivité se comprend d'autant plus dans le contexte de pénurie des IBODE. Eu égard à ces éléments, vous comprendrez que l'attribution de la NBI aux seuls ISG n'était ainsi pas justifiée par une différence de responsabilité, mais par une logique managériale.

« Vous pourrez donc tenir pour établi qu'il n'y a pas de différence de responsabilité ou de technicité entre l'accomplissement des actes qu'effectuent les ISG exerçant à titre exclusif au sein d'un bloc et les IBODE. Or, en Droit, la NBI n'est pas conçue pour récompenser une modalité de l'exercice d'un emploi. D'autres dispositifs indemnitaires existent pour récompenser ce type de sujétion. La NBI, comme nous l'avons dit, doit être attachée aux caractéristiques intrinsèques d'un emploi. Dans ces conditions, nous estimons que l'exclusion du dispositif de la NBI des IBODE constitue une rupture d'égalité. Tant le TA de Marseille (12 juillet 2021 : n° 2009701) que le TA de Lille (25 novembre 2021 : n° 2101327), estimant qu'il n'y avait pas de différence

de responsabilité ou de technicité entre IBODE et ISG, ont jugé en ce sens.

« Il serait possible d'objecter que les IBODE exercent, par ailleurs, des actes qui leur sont exclusivement réservés, ceux de l'article R. 4311-11-1 du CSP et qui peuvent impliquer un niveau supérieur de technicité ou de responsabilité. C'est sur ce fondement que la CAA de Marseille a annulé le jugement du TA de Marseille (CAA Marseille, 30 juin 2022 : n° 21MA03798). La cour a en effet considéré que les IBODE exercent des fonctions spécifiques qui ne requièrent pas la même technicité et n'impliquent pas le même niveau de responsabilité que celles dévolues aux infirmiers en soins généraux affectés en bloc opératoire.

« Certes, les ISG n'accomplissent pas, en théorie du moins, les actes qui sont réservés aux IBODE, mais, comme nous l'avons dit, les IBODE n'assument pas que des actes qui leur sont réservés : ce sont tous les autres actes, ceux de l'article R. 4311-11 du CSP et qui sont effectués tant par les ISG que par les IBODE, et ce, dans les mêmes conditions, qui justifient l'octroi de la NBI tant aux ISG qu'aux IBODE. Rien ne permet d'affirmer qu'en accomplissant des actes pourtant identiques, les IBODE et les ISG déploieraient un niveau de responsabilité et de technicité différent : autrement dit, les IBODE et les ISG ont par définition et par construction le même niveau de technique ou de responsabilité lorsqu'ils accomplissent les mêmes actes (R. 4311-11 du CSP). L'existence, par ailleurs, d'un domaine exclusif aux IBODE pourrait en réalité plaider pour l'octroi de la NBI aux seuls IBODE, mais certainement pas pour leur exclusion du dispositif.

« Par conséquent, nous estimons que les décisions attaquées sont fondées sur des décrets méconnaissant le principe d'égalité et qu'elles doivent être annulées. De ce fait, vous condamnerez l'AP-HP à verser aux trois requérantes, à compter

de la date à laquelle elles sont devenues des IBODE, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016, et jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2022, date à laquelle, en vertu du décret n° 2022-313, les IBODE en bénéficient à nouveau, la nouvelle bonification indiciaire qu'elles auraient dû percevoir lorsqu'elles exerçaient les fonctions d'IBODE sur cette période. Vous renverrez les requérantes devant leur administration pour le calcul de cette indemnité.

« Par ces motifs, nous concluons à :

- « l'annulation des décisions du 6 janvier 2021, du 8 janvier 2021, du 2 février 2021 ;

- « la condamnation de l'AP-HP à verser aux requérantes, à compter de la date à laquelle elles sont devenues des IBODE, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016, et jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2022, date à laquelle, en vertu du décret n° 2022-313, les IBODE en bénéficient à nouveau, la nouvelle bonification indiciaire à laquelle elles ont droit ;

- « la mise à la charge de l'AP-HP d'une somme de 1 500 euros, dans chaque requête, au titre de l'article L. 761-1 du CJA. »

## 2 Procédure d'autorisation dérogatoire d'exercice temporaire : violation du principe d'égalité de traitement

Derogatory authorization procedure for temporary exercise: violation of the principle of equal treatment

Conseil d'État, 5<sup>e</sup> et 6<sup>e</sup> chambres réunies, 31 mars 2023 : n° 461396

Saskia CONTET, doctorante en droit privé et sciences criminelles, université de Lorraine

Mots-clés : professions de santé – professions réglementées – reconnaissance des qualifications professionnelles – diplôme extracommunautaire – autorisation d'exercice

Keywords: health professions – regulated professions – recognition of professional qualifications – non-European Union diploma – authorization to practice

Les praticiens à diplômes hors Union européenne (PADHUE) constituent une manne importante du personnel soignant aujourd'hui en exercice et s'avèrent indispensables pour le fonctionnement des établissements. Les nombreuses réformes visant à régulariser leur situation témoignent sans aucun doute des difficultés à appréhender leur situation, donnant ainsi lieu à une multiplication des statuts et des procédures, au risque de l'illisibilité.

À cet effet, le législateur a instauré une procédure d'autorisation dérogatoire d'exercice temporaire, fondée sur « la qualité de leur dossier et de leur ancienneté d'exercice au sein d'hôpitaux français » (GONALONS [Robin], BLOCH [Cléa], « Exercice des médecins étrangers en France : Vers la fin de l'insécurité ? », *RDS*, n° 101, 2021, p. 437-442), afin de régulariser la situation de praticiens recrutés en dehors de la procédure classique, régularisation qui suppose la