



Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

Troisième concours

1^{ère} épreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie

Note : 14,5/20

Ministère de la fonction publique
Direction générale de l'administration
et de la fonction publique
Chargé de mission

Paris, le 21 août 2017

Note à l'attention de Monsieur
le directeur général

Objet : Articulation de l'« alerte éthique » régie par la loi Sapin II et le droit de la fonction publique.

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin II, apporte une définition globale et formelle du statut de lanceur d'alerte. Celui-ci auparavant énoncé par l'article 40 du Code de procédure pénale (CPP) s'agissant des alertes relevant des crimes et des délits, et par plusieurs dispositions éparses, dont la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, s'agissant de « l'alerte éthique ». Cette dernière concerne des situations comme celles de conflit d'intérêts dont un fonctionnaire est susceptible de prendre connaissance.

Malgré la définition d'un régime protecteur, les organisations syndicales continuent à manifester leur inquiétude s'agissant de l'articulation de l'alerte éthique avec leurs obligations statutaires : respect de la hiérarchie, devoir de réserve, secret professionnel, impartialité et neutralité. Cette crainte est alimentée en partie par les décisions de justice concernant les lanceurs d'alerte, dont la plus récente concerne l'affaire dite "luxleaks" (2015) qui a mis en avant la nécessité de renforcer le statut de lanceur d'alerte en France.

Dans le cadre d'une éventuelle rencontre avec les organisations syndicales de fonctionnaires, cette note a pour objet :

- de préciser le cadre législatif du lanceur d'alerte éthique et le contrôle par le juge de son application ;
- de présenter les difficultés que peuvent mettre en avant les organisations syndicales et des propositions susceptibles de répondre à leurs préoccupations.

* *
*

I] Si le statut de lanceur d'alerte "éthique" a été unifié et renforcé par la loi Sapin II, la procédure de signalement doit respecter certaines conditions pour conférer une entière protection

I.A] La loi Sapin II unifie les droits et obligations statutaires du lanceur d'alerte fonctionnaire tout en garantissant l'exercice normal de l'activité administrative et la protection des parties défendresses.

a] La loi Sapin II unifie le régime juridique couvrant le lanceur d'alerte et introduit un cadre protecteur du lanceur d'alerte, de l'exercice normal de l'administration.

L'article 6 de la loi définit le lanceur d'alerte comme une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi :

- Un crime ou délit.
- Une violation grave et manifeste d'un engagement international, d'une loi ou d'un règlement.
- Une menace grave pour l'intérêt général.

La loi introduit également une procédure formelle de signalement par le lanceur d'alerte. Celle-ci doit respecter la graduation suivante des canaux saisis (article 8).

- D'abord le canal interne : cela concerne le supérieur hiérarchique direct ou indirect, ou un référént déontologue désigné par les autorités compétentes de l'administration.
- Ensuite, et en absence de traitement de l'alerte par le canal interne dans un délai raisonnable, un canal externe : l'autorité judiciaire, l'autorité administrative (par exemple le Défenseur des droits) ou les ordres professionnels.
- Enfin, et à défaut de traitement du signalement dans un délai de 3 mois, le signalement peut être rendu public.

Cette procédure permet d'une part de protéger le lanceur d'alerte en lui permettant de s'adresser à des destinataires clairement identifiés et qui lui présenteront ses droits et obligations (s'agissant du référént déontologue, et d'autre part de garantir le fonctionnement normal de l'administration en introduisant des mécanismes de filtrage de l'alerte.

Par ailleurs, l'article 7 de la loi exclut la responsabilité pénale du lanceur d'alerte en matière d'atteinte au secret protégé par la loi. Toutefois, cette irresponsabilité ne peut être mise en avant que dans les cas où la divulgation est "nécessaire" et "proportionnée" au regard de l'objectif de préservation des intérêts qui sont menacés. Par ailleurs, le signalement doit respecter la procédure décrite ci-dessus.

b] Les dispositions de la loi Sapin II ont été intégrées aux droits et obligations statutaires des fonctionnaires.

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires intègre désormais, en plus des dispositions protégeant les fonctionnaires divulguant des crimes et délits, des mesures de nature à protéger ceux-ci en cas de signalements relevant de conflits d'intérêts (relevant de l'alerte "éthique") :

- Aucune mesure disciplinaire ne peut ainsi être prise à l'encontre du fonctionnaire. Il en va de même pour les mesures discriminatoires ou entravant le déroulement normal de sa carrière.
- C'est à la partie défendresse de prouver que les faits signalés par le lanceur d'alerte sont justifiées, le cas échéant par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage du lanceur d'alerte.

c] La loi Sapin II, tout comme les obligations statutaires du fonctionnaires, subordonne la légalité de l'alerte à certaines conditions qui permettent également de protéger les personnes visées par le signalement.

Tout d'abord, le fonctionnaire doit avoir alerté "en vain" ses supérieurs hiérarchiques (art 6 ter A, alinéa 4). Ensuite, le signalement ne doit pas être guidé par une volonté de nuire ou malgré la connaissance de faits de nature à rendre inexacts les faits révélés (art 6 ter A, alinéa 5).

Enfin, le lanceur d'alerte doit effectuer son signalement de manière inintéressée, notamment à l'égard de considérations pécuniaires sous peine de sanctions relevant de l'article 226-10 du code pénal.

I.B] Les juges administratif et européen peuvent restreindre les droits du lanceur d'alerte en cas de non respect de la procédure de signalement ou l'absence d'intérêt général légitime.

a] Le juge européen autorise une atteinte au "droit d'alerte" en cas d'existence d'un but légitime et d'une nécessité pour l'autorité administrative.

Si la Cour européenne des droits de l'homme (Guja c/Molavie, n° 14277/04, 12 février 2008) interdit l'ingérence de l'autorité administrative dans la liberté d'expression (tel que prévoit l'article 10 de la CEDH), celle-ci demeure possible si le but poursuivi par l'autorité administrative est légitime. Ainsi, la Cour admet la possibilité pour l'autorité administrative d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles pour garantir l'autorité du pouvoir judiciaire, prévenir le crime et protéger la réputation d'autrui.

Par ailleurs, l'autorité administrative peut refuser de prendre en compte un signalement de la part d'un lanceur d'alerte si cela s'avère "nécessaire" dans une société démocratique.

Enfin, si la CEDH admet qu'un signalement puisse être rendu public, elle assortit cette possibilité à plusieurs conditions :

D'une part, le lanceur d'alerte (fonctionnaire) doit d'abord procéder à un signalement auprès de son supérieur hiérarchique.

D'autre part, elle évalue l'intérêt de l'opinion publique vis-à-vis des faits signalés. Pour cela, elle effectue un bilan coûts (pour l'autorité publique) / avantages (pour l'opinion publique) de la divulgation des éléments en question.

B] Le juge administratif restreint également l'évocation de l'article 10 de la CEDH à plusieurs conditions.

Dans son arrêt n° 392316 du 31 mars 2017, le Conseil d'Etat indique que la consultation (ainsi que sa fréquence) et la communication par un fonctionnaire de la police nationale d'informations confidentielles doivent être proportionnées à l'objectif visé, c'est-à-dire la protection de l'intérêt général, et ce dans la lignée de sa jurisprudence encadrant le droit de refus (CE, Langneur, 1944) des instructions en provenance de sa hiérarchie.

Par ailleurs, et pour bénéficier du statut de lanceur d'alerte, les faits signalés ne doivent pas déjà faire l'objet d'un contrôle en cours (par exemple de la part d'une autorité administrative indépendante comme la CNIL), ni avoir déjà été portés à la connaissance du responsable hiérarchique, d'autant plus si ce dernier a pris des dispositions à ce titre.

* *
*

II – Si les derniers decrets ont permis d'éclaircir certains points

II. A] Dans le cadre d'une prochaine réunion avec les organisations syndicales, les apports du décret du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements peuvent être mis en avant.

Avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin II, 63% des fonctionnaires interrogés lors d'un sondage (de la Gazette des communes) jugeaient que le statut du lanceur d'alerte était insuffisamment protecteur. Dans le cadre d'une éventuelle rencontre avec les organisations syndicales, les apports de la loi Sapin II peuvent être mis en avant, particulièrement sur deux points :

- En premier lieu, la loi a permis de remédier à l'éparpillement des sources et des voies de signalement en fonction de l'activité professionnelle et du rang hiérarchique du fonctionnaire. La mise en place d'un référent déontologue unique, dont les modalités de mise en œuvre ont été précisées par le décret du 19 avril 2017. Celles-ci prévoient :

* Une obligation d'établissement de procédures de signalements prévues à l'article 8 de la loi Sapin II pour un périmètre large de personnes morales de droit public : communes de plus de 10000 habitants, départements, régions, EPCI à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10000 habitants.

* Que le référent désigné puisse disposer de moyens suffisants pour exercer ses missions en toute impartialité.

* Une procédure claire et détaillée de recueil du signalement et des faits.

* La possibilité pour le lanceur d'alerte d'obtenir un accusé réception de son signalement, ainsi que son information du délai raisonnable (article 8 de la loi Sapin II) et nécessaire au traitement de son signalement.

* Le rôle de la CNIL pour encadrer le traitement automatisé des signalements.

- En second lieu, la loi a permis de filtrer les signalements en amont du signalement en limitant le droit d'alerte aux agents de la fonction publique (sans possibilité pour une personne extérieure d'y prendre part) ainsi que les collaborateurs "habituels" de l'autorité administrative.

Proposition ① : Définir par circulaire le périmètre des collaborateurs habituels.

II.B] Une précision de certaines notions juridiques est nécessaire à court terme.

Tout d'abord, et à court terme, certaines notions énoncées par la loi Sapin II mériteraient d'être détaillées et explicitées via des circulaires ministérielles à l'adresse de toutes les administrations.

Cela concerne en premier lieu la notion d' "alerte vaine" (article 6 ter A). Des exemples peuvent être donnés pour illustrer l'absence de réaction du pouvoir hiérarchique face à des signalements : absence de réponses à des e-mails et relances d'e-mails ou reports répétés (en précisant leur nombre) de demandes de rendez-vous par exemple.

Cela concerne en second lieu la notion de "gravité du préjudice" justifiant l'alerte : sommes en jeu, libertés fondamentales éventuellement atteintes.

Ensuite, il conviendrait de préciser, par voie législative, les modalités de dispense par l'autorité administrative du secret professionnel au bénéfice du lanceur d'alerte. La décision du Conseil d'Etat (refus de renvoi d'une QPC) rappelle la nécessité de la voie législative.

Enfin, il convient de rassurer les organisations syndicales que le signalement et les procédures d'alerte ne se substitueront pas, à long terme, au contrôle interne mis en place dans les administrations)