

CONCOURS D'ENTREE A L'ECOLE DE 2017

TROISIEME CONCOURS

1ère épreuve d'admissibilité

DROIT PUBLIC

(durée : cinq heures – coefficient 4)

Une épreuve de droit public consistant en la rédaction d'une note d'analyse et de propositions à partir d'un dossier

Cette épreuve vise à apprécier les connaissances des candidats dans le domaine du droit public général (droit constitutionnel, droit administratif, droit de l'Union européenne, droit de la Convention européenne des droits de l'homme) ainsi que leur capacité de raisonnement critique et d'analyse juridique.

Il est attendu des candidats qu'ils rédigent une note sur une ou plusieurs questions de droit en examinant les différentes solutions possibles, avec leurs avantages et inconvénients respectifs, et qu'ils fassent des préconisations opérationnelles.

Les candidats répondent à la commande à partir de leurs connaissances juridiques et, éventuellement, à l'aide d'un dossier composé d'un ensemble de documents (textes normatifs, jurisprudence, extraits de rapports publics, articles de doctrine, etc.) destinés à nourrir leur réflexion.

SUJET

Après l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, certaines organisations syndicales de fonctionnaires s'interrogent sur l'articulation de l'« alerte éthique » avec le droit de la fonction publique. Elles demandent à rencontrer le directeur général de l'administration et de la fonction publique sur ce thème.

En votre qualité de chargé(e) de mission auprès du directeur général de l'administration et de la fonction publique, vous rédigerez une note opérationnelle rappelant le cadre juridique de l'alerte professionnelle ainsi que les modalités et difficultés éventuelles de sa mise en œuvre.

	Documents joints	Pages
1.	Article 40 du Code de procédure pénale	1
2.	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 (extraits)	2 et 3
3.	Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (extraits)	4 et 5
4.	Article 226-10 du Code pénal	6
5.	Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat (extraits)	7 et 8
6.	CE, 5 février 2014, M. B... A..., req. n° 371396	9 et 10
7.	CE, 31 mars 2017, M. B... A..., req. n° 392316	11
8.	Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, Guja c/ Moldavie, n° 14277/04, 12 février 2008 (extraits)	12 à 14
9.	Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Assemblée plénière, 26 mai 2016, avis sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extraits)	15 à 17
10.	Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France, Assemblée nationale, février 2015 (extraits)	18 à 20
11.	Intervention de Samuel Dyens, avocat, président de l'Association nationale des juristes territoriaux (ANJT), « Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales », table ronde (extraits), La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 14, 10 avril 2017	21 et 22

Article 40 du Code de procédure pénale

Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1.

Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.

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 (extraits)

Chapitre II : De la protection des lanceurs d'alerte

Article 6

Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre.

Article 7

Le chapitre II du titre II du livre Ier du code pénal est complété par un article 122-9 ainsi rédigé :

« Art. 122-9.-N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de 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. »

Article 8

I. - Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.

En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

II. - En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public.

III. - Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

IV. - Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte.

Article 9

I. - Les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements, dans les conditions mentionnées à l'article 8, garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement.

Les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci.

Les éléments de nature à identifier la personne mise en cause par un signalement ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte.

II. - Le fait de divulguer les éléments confidentiels définis au I est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

[...]

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (extraits)

Chapitre II : Garanties

[...]

Article 6 ter A

[modifié par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016]

Aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts (...) dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de 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.

Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

Dans le cas d'un conflit d'intérêts, le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Il peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 bis.

En cas de litige relatif à l'application des quatre premiers alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit, d'un crime, d'une situation de conflit d'intérêts ou d'un signalement constitutif d'une alerte au sens de l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Le fonctionnaire qui relate ou témoigne de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts de mauvaise foi ou de tout fait susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires, avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal.

[...]

Chapitre IV : Des obligations et de la déontologie

Article 25

[modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016]

Le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité.

Dans l'exercice de ses fonctions, il est tenu à l'obligation de neutralité.

Le fonctionnaire exerce ses fonctions dans le respect du principe de laïcité. A ce titre, il s'abstient notamment de manifester, dans l'exercice de ses fonctions, ses opinions religieuses.

Le fonctionnaire traite de façon égale toutes les personnes et respecte leur liberté de conscience et leur dignité.

Il appartient à tout chef de service de veiller au respect de ces principes dans les services placés sous son autorité. Tout chef de service peut préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service.

[...]

Article 26

Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal.

Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.

Article 27

Les fonctionnaires ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public dans le respect des règles mentionnées à l'article 26 de la présente loi.

Article 28

Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.

Il n'est dégagé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés.

Article 28 bis

[créé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016]

Tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue, chargé de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28. Cette fonction de conseil s'exerce sans préjudice de la responsabilité et des prérogatives du chef de service.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités et critères de désignation des référents déontologues.

Article 29

Toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale.

[...]

Article 226-10 du Code pénal

La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquittement, de relaxe ou de non-lieu, déclarant que le fait n'a pas été commis ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée.

En tout autre cas, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence des accusations portées par celui-ci.

Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat (extraits)

Article 1^{er}

I. - Les personnes morales de droit public autres que l'Etat ou les personnes morales de droit privé d'au moins cinquante agents ou salariés, les communes de plus de 10 000 habitants, les départements et les régions ainsi que les établissements publics en relevant et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10 000 habitants établissent les procédures de recueil des signalements prévues au III de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 susvisée, conformément aux règles qui régissent l'instrument juridique qu'ils adoptent.

II. - Dans les administrations centrales, les services à compétence nationale et les services déconcentrés relevant des administrations de l'Etat, la procédure de recueil des signalements est créée par arrêté du ou des ministres compétents.

III. - Les autorités publiques indépendantes d'au moins cinquante agents et les autorités administratives indépendantes établissent leurs procédures de recueil de signalement dans des conditions et selon des modalités précisées par ces autorités et conformément aux règles qui les régissent.

Article 2

Les organismes mentionnés à l'article 1^{er} peuvent prévoir que les procédures de recueil des signalements sont communes à plusieurs d'entre eux.

Dans les organismes autres que ceux mentionnés au II de l'article 1^{er}, une procédure commune à plusieurs organismes est établie après décision concordante des organes compétents.

Un arrêté du ou des ministres compétents peut également créer une procédure commune à des services placés sous leur autorité et à des établissements publics placés sous leur tutelle, après décision en ce sens des organes compétents de ces établissements.

[...]

Article 4

I. - Le référent mentionné au premier alinéa du I de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 (...) est désigné par les autorités compétentes de l'organisme mentionné à l'article 1^{er} du présent décret. Il peut être extérieur à cet organisme.

Le référent dispose, par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions.

Le référent peut être une personne physique ou, quelle que soit sa dénomination, toute entité de droit public ou de droit privé, dotée ou non de la personnalité morale.

Le référent et l'ensemble des personnes appelées à connaître du signalement sont soumis aux obligations prévues à l'article 9 de la loi du 9 décembre 2016 (...).

II. - La procédure de recueil des signalements précise l'identité du référent susceptible de recevoir les alertes.

[...]

Article 5

I. - La procédure de recueil des signalements précise les modalités selon lesquelles l'auteur du signalement :

1° Adresse son signalement au supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à l'employeur ou au référent mentionné à l'article 4 du présent décret ;

2° Fournit les faits, informations ou documents quel que soit leur forme ou leur support de nature à étayer son signalement lorsqu'il dispose de tels éléments ;

3° Fournit les éléments permettant le cas échéant un échange avec le destinataire du signalement.

II. - La procédure précise les dispositions prises par l'organisme :

1° Pour informer sans délai l'auteur du signalement de la réception de son signalement, ainsi que du délai raisonnable et prévisible nécessaire à l'examen de sa recevabilité et des modalités suivant lesquelles il est informé des suites données à son signalement ;

2° Pour garantir la stricte confidentialité de l'auteur du signalement, des faits objets du signalement et des personnes visées, y compris en cas de communication à des tiers dès lors que celle-ci est nécessaire pour les seuls besoins de la vérification ou du traitement du signalement ;

3° Pour détruire les éléments du dossier de signalement de nature à permettre l'identification de l'auteur du signalement et celle des personnes visées par celui-ci lorsqu'aucune suite n'y a été donnée, ainsi que le délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la clôture de l'ensemble des opérations de recevabilité ou de vérification. L'auteur du signalement et les personnes visées par celui-ci sont informés de cette clôture.

III. - La procédure mentionne l'existence d'un traitement automatisé des signalements mis en œuvre après autorisation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Article 6

L'organisme procède à la diffusion de la procédure de recueil des signalements qu'il a établie par tout moyen, notamment par voie de notification, affichage ou publication, le cas échéant sur son site internet, dans des conditions propres à permettre à la rendre accessible aux membres de son personnel ou à ses agents, ainsi qu'à ses collaborateurs extérieurs ou occasionnels. Cette information peut être réalisée par voie électronique.

[...]

Article 8

Le présent décret entre en vigueur le 1^{er} janvier 2018.

Conseil d'État

N° 371396

Inédit au recueil Lebon

Séance du 27 janvier 2014

Lecture du 5 février 2014

Vu le mémoire, enregistré le 19 novembre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour M. B...A..., demeurant..., en application de l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 ; M. A...demande au Conseil d'Etat, à l'appui de son pourvoi tendant à l'annulation de l'arrêt du 18 juin 2013 de la cour administrative d'appel de Paris rejetant son appel contre le jugement du 8 décembre 2011 du tribunal administratif de Paris rejetant sa demande tendant à l'annulation de l'arrêté du 24 mars 2009 du ministre de l'intérieur lui infligeant la sanction de la mise à la retraite d'office, de renvoyer au Conseil constitutionnel la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution du second alinéa de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 ;

[...]

1. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article 23-5 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel : " Le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution peut être soulevé (...) à l'occasion d'une instance devant le Conseil d'Etat (...) " ; qu'il résulte des dispositions de ce même article que le Conseil constitutionnel est saisi de la question prioritaire de constitutionnalité à la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances, et que la question soit nouvelle ou présente un caractère sérieux ;

2. Considérant qu'aux termes du second alinéa de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : " Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent " ;

3. Considérant, en premier lieu, que contrairement à ce que soutient M.A..., ces dispositions ne renvoient pas à un règlement la détermination de leurs modalités d'application ; qu'en permettant à l'autorité hiérarchique dont dépend un fonctionnaire de délier celui-ci de son obligation de discrétion professionnelle par une décision expresse, le législateur n'a pas davantage habilité le pouvoir réglementaire à fixer les modalités d'application de la règle qu'il a édictée ;

4. Considérant, en deuxième lieu, que la disposition contestée prévoit, ainsi qu'il vient d'être dit, la possibilité pour un fonctionnaire d'être délié de son obligation de discrétion professionnelle par décision de l'autorité hiérarchique dont il dépend ; qu'en vertu du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, si un fonctionnaire acquiert dans l'exercice de ses fonctions la connaissance d'un

crime ou d'un délit, il est tenu d'en aviser sans délai le procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ; que, dans le cas où une autorité hiérarchique sanctionne un fonctionnaire au titre d'un manquement à l'obligation de discrétion professionnelle s'appliquant à celui-ci par l'effet de la disposition législative critiquée, une telle sanction est soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir ; que l'ensemble de ces éléments est de nature à garantir, pour les besoins de l'application de la disposition législative précitée, la nécessaire conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et les exigences du service public et, d'autre part, le respect de la liberté d'expression et de communication ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que le second alinéa de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 porte une atteinte disproportionnée à cette liberté en ne prévoyant pas les garanties permettant aux fonctionnaires, sans encourir une sanction disciplinaire, de dénoncer publiquement des dysfonctionnements graves d'un service public dans un but d'intérêt général ne peut être regardé comme soulevant une question sérieuse ;

5. Considérant, enfin, que la disposition contestée, qui n'a pas pour objet de conférer un fondement juridique à une sanction ayant le caractère d'une punition, est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis ; que, par suite, M. A... ne saurait utilement soutenir qu'elle méconnaît le principe de légalité des délits et des peines ni, en tout état de cause, les principes de prévisibilité et de sécurité juridiques, ainsi que de clarté et de précision de la loi dont il se prévaut ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, ne présente pas un caractère sérieux ; qu'ainsi et sans qu'il soit besoin de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité invoquée, le moyen tiré de ce que le second alinéa de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution doit être regardé comme non sérieux ;

DECIDE :

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par M. A....

Conseil d'État**N° 392316**

Mentionné dans les tables du recueil Lebon

Séance du 10 mars 2017

Lecture du 31 mars 2017

[...]

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. B... A..., commandant au sein de la police nationale, s'est vu infliger la sanction de mise à la retraite d'office par arrêté du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales du 24 mars 2009 pour avoir fait usage du fichier de police dénommé « Système de traitement des infractions constatées » (STIC) pour des raisons étrangères au service ; que, par un jugement du 8 décembre 2011, le tribunal administratif de Melun a rejeté les demandes de M. A... tendant à l'annulation de cet arrêté et à la condamnation de l'Etat à lui verser une indemnité de 30 000 euros ; que M. A...se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 1^{er} juin 2015 par lequel la cour administrative d'appel de Paris a rejeté son appel contre ce jugement ;

2. Considérant, en premier lieu, que la cour a estimé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, que si la communication des deux fiches extraites du STIC à un journaliste avait été motivée pour partie par son souhait de dénoncer les dysfonctionnements de ce fichier, ces faits, connus d'un grand nombre de personnes, avaient déjà été portés à la connaissance de sa hiérarchie et du procureur de la République et étaient l'objet d'un contrôle de la commission nationale informatique et libertés et, d'autre part, que la volonté de M. A...de dénoncer publiquement les dysfonctionnements du fichier STIC ne pouvait expliquer les nombreuses consultations de ce fichier, dont il avait déclaré lui-même qu'elles avaient été effectuées à titre personnel « par curiosité » ; qu'elle a également relevé, sans dénaturer les pièces du dossier, d'une part, que M. A... a consulté ce fichier à de très nombreuses reprises pour des raisons étrangères au service et, d'autre part, a communiqué une partie des informations nominatives confidentielles ainsi recueillies et certaines des fiches imprimées à des tiers non habilités ; qu'en égard à ces constatations, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que M. A... ne pouvait se prévaloir des stipulations de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales au motif qu'elles protègent la dénonciation par les agents publics de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail ;

3. Considérant, en second lieu, que la cour a jugé, sans commettre d'erreur de droit, que les agissements décrits ci-dessus constituaient une violation des règles gouvernant le fonctionnement du fichier STIC ainsi qu'un manquement aux obligations de réserve et de discrétion professionnelle des fonctionnaires de police et présentaient le caractère d'une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire ; qu'en jugeant que le ministre avait pu légalement prendre une mesure de mise à la retraite d'office compte tenu de la gravité des agissements en cause au regard de l'importance qui s'attache à ce que les informations enregistrées dans le STIC ne soient pas divulguées à des tiers ni utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles ce fichier a été créé, de leur caractère réitéré, du grade et des fonctions de M. A..., qui, pendant une partie de la période où ces faits ont été commis, était chargé de recevoir les doléances de personnes relatives aux dysfonctionnements du fichier, la cour a retenu dans son appréciation du caractère adapté de la sanction une solution qui n'est pas hors de proportion avec les fautes commises par l'intéressé ;

4. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de M. A... doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi de M. A... est rejeté.

Cour européenne des droits de l'homme, Grande Chambre, Guja c/ Moldavie, n° 14277/04, 12 février 2008 (extraits)

[...]

EN DROIT

48. Le requérant allègue que sa révocation consécutive à la divulgation par lui des lettres litigieuses au *Jurnal de Chişinău* emporte violation de son droit à la liberté d'expression et, en particulier, de son droit de communiquer des informations et des idées à des tiers. L'article 10 de la Convention se lit ainsi : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations. / 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. ».

[...]

II. SUR LE FOND DE LA REQUETE

A. Existence d'une ingérence

55. La Cour a conclu au paragraphe 53 ci-dessus que l'article 10 trouve à s'appliquer en l'espèce. Elle estime en outre que la mesure de révocation prononcée à l'encontre du requérant au motif qu'il avait rendu publiques les lettres litigieuses s'analyse en une « ingérence d'une autorité publique » dans l'exercice par l'intéressé de son droit à la liberté d'expression garanti par le premier paragraphe de cette disposition.

56. Pareille ingérence enfreint l'article 10, sauf si, « prévue par la loi », elle poursuivait un ou plusieurs buts légitimes au regard du paragraphe 2 et était « nécessaire, dans une société démocratique », pour le ou les atteindre.

[...]

C. But légitime

59. Le requérant considère que l'ingérence n'avait aucun but légitime. Le Gouvernement, de son côté, estime que la mesure litigieuse en poursuivait plusieurs, à savoir garantir l'autorité du pouvoir judiciaire, prévenir le crime et protéger la réputation d'autrui. La Cour quant à elle est disposée à admettre qu'il était légitime pour les autorités moldaves de chercher à empêcher la divulgation d'informations confidentielles. A cet égard, elle estime important de relever que, au moment de sa révocation, le requérant refusa de divulguer sa source d'information, ce qui laisse supposer que les renseignements en question n'étaient pas facilement ou publiquement accessibles (*Haseldine c. Royaume-Uni*, no 18957/91, décision de la Commission du 13 mai 1992, Décisions et rapports (DR) 73). Elle doit donc examiner si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique, en particulier si elle était proportionnée au but légitime poursuivi.

D. « Nécessaire dans une société démocratique »

[...]

2. L'appréciation de la Cour

a) Les principes généraux applicables en l'espèce

[...]

70. La Cour rappelle (...) que l'article 10 s'applique également à la sphère professionnelle et que les fonctionnaires, tels que le requérant, jouissent du droit à la liberté d'expression (...). Cela étant, elle n'oublie pas que les salariés ont un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers leur employeur. Cela vaut en particulier pour les fonctionnaires, dès lors que la nature même de la fonction publique exige de ses membres une obligation de loyauté et de réserve (...).

71. La mission des fonctionnaires dans une société démocratique étant d'aider le gouvernement à s'acquitter de ses fonctions et le public étant en droit d'attendre que les fonctionnaires apportent cette aide et n'opposent pas d'obstacles au gouvernement démocratiquement élu, l'obligation de loyauté et de réserve revêt une importance particulière les concernant (...). De plus, eu égard à la nature même de leur position, les fonctionnaires ont souvent accès à des renseignements dont le gouvernement, pour diverses raisons légitimes, peut avoir un intérêt à protéger la confidentialité ou le caractère secret. Dès lors, ils sont généralement tenus à une obligation de discrétion très stricte.

72. Jusqu'ici, toutefois, la Cour n'a encore eu à connaître d'aucune affaire dans laquelle un fonctionnaire aurait divulgué des informations internes. Dans cette mesure, le cas d'espèce soulève une question nouvelle, distincte de celle examinée dans l'affaire *Stoll c. Suisse* ([GC], no 69698/01, 10 décembre 2007), où la divulgation avait eu lieu sans l'intervention d'un fonctionnaire. En ce qui concerne les agents de la fonction publique, qu'ils soient contractuels ou statutaires, la Cour observe qu'ils peuvent être amenés, dans l'exercice de leur mission, à prendre connaissance d'informations internes, éventuellement de nature secrète, que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer ou publier. Elle estime dans ces conditions que la dénonciation par de tels agents de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances. Pareille protection peut s'imposer lorsque l'agent concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail et est donc le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique. A cet égard, la Cour se réfère au passage suivant du rapport explicatif de la Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption (...) : « *En effet, les affaires de corruption sont difficiles à détecter et à instruire et les employés ou les collègues (du secteur public ou privé) des personnes impliquées sont souvent les premiers à découvrir ou à suspecter quelque chose d'anormal* ».

73. Eu égard à l'obligation de discrétion susmentionnée, il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement (voir, mutatis mutandis, *Haseldine*, décision précitée). Dès lors, pour juger du caractère proportionné ou non de la restriction imposée à la liberté d'expression du requérant en l'espèce, la Cour doit examiner si l'intéressé disposait d'autres moyens effectifs de faire porter remède à la situation qu'il jugeait critiquable.

74. Pour apprécier la proportionnalité d'une atteinte portée à la liberté d'expression d'un fonctionnaire en pareil cas, la Cour doit également tenir compte d'un certain nombre d'autres facteurs. Premièrement, il lui faut accorder une attention particulière à l'intérêt public que présentait l'information divulguée. La Cour rappelle que l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine des questions d'intérêt général (...). Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique. L'intérêt de l'opinion publique pour une certaine information peut parfois être si grand qu'il peut l'emporter même sur une obligation de confidentialité imposée par la loi (*Fressoz et Roire c. France* ([GC], no 29183/95, CEDH 1999-I ; *Radio Twist, A.S. c. Slovaquie* (no 62202/00, CEDH 2006-...)).

75. Le deuxième facteur à prendre en compte dans cet exercice de mise en balance est l'authenticité de l'information divulguée. Il est loisible aux autorités compétentes de l'Etat d'adopter des mesures destinées à réagir de manière adéquate et non excessive à des imputations diffamatoires dénuées de fondement ou formulées de mauvaise foi (...). En outre, l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et responsabilités, et quiconque choisit de divulguer des informations doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'elles sont exactes et dignes de crédit (...).

76. La Cour doit par ailleurs apprécier le poids respectif du dommage que la divulgation litigieuse risquait de causer à l'autorité publique et de l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette divulgation (...). A cet égard, elle peut prendre en compte l'objet de la divulgation et la nature de l'autorité administrative concernée (Haseldine, décision précitée).

77. La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection. Par exemple, un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé (Haseldine, décision précitée). Il importe donc d'établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question.

78. Enfin, l'évaluation de la proportionnalité de l'ingérence par rapport au but légitime poursuivi passe par une analyse attentive de la peine infligée et de ses conséquences (...).

[...]

Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Assemblée plénière, 26 mai 2016, avis sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extraits)

II. - Renforcer la protection des lanceurs d'alerte

[...]

22. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) estime, à l'instar du comité des ministres du Conseil de l'Europe, que « la liberté d'expression et le droit de rechercher et de recevoir des informations sont indispensables au fonctionnement d'une véritable démocratie » ; qu'en conséquence une protection effective des lanceurs d'alerte ne peut que « contribuer à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique ». A cet égard, la commission regrette que les nouvelles dispositions n'apportent pas de garanties suffisantes.

[...]

24. (...) les nouvelles dispositions créent un nouveau mécanisme de signalement qui s'ajoute à une série de dispositifs déjà existants dans les secteurs public et privé. La commission de réflexion et de propositions sur le droit et les libertés à l'âge du numérique a relevé que l'éparpillement de la matière brouille la visibilité et la lisibilité de la règle, les différences entre les dispositions sectorielles étant source d'une grande insécurité juridique. Pour sa part, le Conseil d'Etat a récemment constaté la faible utilisation de ces divers mécanismes, faute pour eux de former un ensemble cohérent, d'être suffisamment précis quant aux procédures à mettre en œuvre et de garantir aux lanceurs d'alerte une protection efficace. En bref, le morcellement des régimes juridiques génère leur ineffectivité, partant leur inefficacité. Une fois de plus, la CNCDH déplore l'absence de régime véritablement protecteur du lanceur d'alerte en droit français.

25. Au regard de ce qui précède, il est absolument nécessaire de mettre en œuvre une « approche globale et cohérente de la protection des lanceurs d'alerte » comme l'a recommandé en 2014 le Comité des ministres du Conseil de l'Europe :

« Une approche globale permet de couvrir un éventail aussi large que possible de personnes et de situations (...) Une approche cohérente garantit que les lanceurs d'alerte potentiels ne sont pas découragés ou sanctionnés par des dispositions juridiques contradictoires ou restrictives et qu'il sera effectivement donné suite à leur signalement ou révélation d'informations. Là encore (...) l'expression "globale et cohérente" n'implique pas nécessairement un acte législatif unique. Les Etats membres peuvent préférer maintenir ou compléter un système intégrant différentes dispositions et mesures, même si, dans ce cas, il sera plus important encore de veiller à ce que ce système, dans son ensemble, soit complet et cohérent. ».

26. Dans ces conditions, la CNCDH recommande d'entamer une réflexion qui devra notamment porter sur :

- l'adoption d'un régime juridique unique pour les lanceurs d'alerte prévoyant un dispositif rigoureux et équitable de filtre entre les lanceurs d'alerte sérieux et légitimes et ceux qui ne le sont pas ;
- le droit d'asile des lanceurs d'alerte ;
- la détermination du champ d'application *ratione materiae* du droit d'alerte qui pourrait soit demeurer cantonné aux faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, soit être étendu aux faits manifestement contraires à l'intérêt général ou qui font peser sur sa préservation une menace grave et réelle justifiant qu'ils soient portés à la connaissance du public ;
- la détermination du champ d'application *ratione personae* du droit d'alerte dont l'exercice ne devrait pas être cantonné au « contexte d'une relation de travail ». En effet, dès lors que des personnes

peuvent être destinataires d'informations sensibles par d'autres voies que professionnelles, il conviendrait de les faire bénéficier d'une protection ;

- le principe d'une gradation des canaux saisis par le lanceur d'alerte, conformément aux exigences posées par la Cour européenne sur le fondement de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. A cet égard, le Conseil d'Etat propose la gradation suivante avant toute divulgation au grand public : canal interne hiérarchique, canal interne spécifique (déontologue, dispositif d'alerte professionnelle, inspection générale), canaux externes (autorité administrative compétente, ordre professionnel ou juge). Pour la CNCDH, si une telle gradation peut s'avérer légitime et opérationnelle (notamment au sein d'une administration), il faudrait néanmoins éviter que l'exigence stricte d'une succession trop importante de canaux ne rende, de par sa lourdeur, la mise en œuvre du droit d'alerte ineffective. L'appréciation de cette gradation nécessite donc de la souplesse et doit, pour cette raison, être effectuée au cas par cas ;

- l'obligation de désigner des personnes, présentant toutes les garanties déontologiques d'objectivité et d'indépendance, chargées de recueillir et de traiter l'alerte interne. Il pourrait notamment s'agir - en fonction des bonnes pratiques et de la taille de l'administration ou de l'entreprise -, soit d'un déontologue, soit d'une direction de la conformité, soit d'un service d'inspection, soit d'un responsable des ressources humaines, soit d'un représentant du personnel. Pour la CNCDH, ce référent doit être facilement identifiable et accessible ;

- l'instauration d'un canal externe spécifique destiné aux alertes dont le traitement, par les canaux internes, est voué à l'échec (par exemple une alerte mettant en cause la stratégie de l'entreprise risque d'être étouffée par le déontologue ou par la hiérarchie). Dans un tel cas de figure, la CNCDH estime que le traitement de l'alerte devrait être réalisé par une autorité administrative indépendante, telle que le Défenseur des droits, dont les attributions devraient être complétées par le vecteur d'une loi organique. A cette fin, elle doit disposer de pouvoirs d'investigation efficaces ;

- la sécurisation des procédures d'alerte (internes et devant le Défenseur des droits), notamment par la garantie de l'accessibilité des dispositifs d'alerte, par la garantie de la confidentialité dans le traitement des signalements ou encore par l'instauration d'une enquête indépendante ;

- l'opérationnalité de toutes les procédures de signalement, qui doivent donner lieu au moins à un accusé de réception, ainsi qu'à la justification de l'issue du traitement de l'alerte ;

- l'instauration d'un dispositif spécifique sécurisé permettant aux lanceurs d'alerte faisant l'objet de menaces ou de représailles de saisir une AAI chargée de les protéger, une telle mission devant relever, comme précédemment, des attributions du Défenseur des droits, complétées par une loi organique. A cet égard, le degré de protection du lanceur d'alerte ne doit aucunement dépendre du respect par ce dernier de la gradation des canaux d'alerte (internes puis externes) ;

- la nécessaire articulation entre les dispositifs d'alerte et les dispositions pénales protégeant les secrets (secret médical, secret professionnel, secret défense, etc.) ;

- la nécessaire articulation entre les dispositifs d'alerte et les obligations déontologiques des fonctionnaires (devoir de réserve, etc.) procédant à un signalement ainsi que, dans le secteur privé, la nécessaire articulation entre les dispositifs d'alerte et le secret des affaires ;

- la nécessaire articulation entre les dispositifs d'alerte et le rôle de l'avocat, dont la mission de défense, de conseil et de protection de son client le place en première ligne pour défendre le lanceur d'alerte ainsi que la nécessaire articulation entre les dispositifs d'alerte et le secret professionnel de l'avocat ;

- les modalités d'une protection efficace des lanceurs d'alerte de bonne foi contre les représailles, notamment la nullité de toutes les mesures de rétorsion (sanction disciplinaire, licenciement, etc.) ;

- la protection des lanceurs d'alerte de bonne foi contre les procédures abusives (notamment les actions en diffamation), dont ils pourraient faire l'objet ;

- l'indemnisation des préjudices subis par le lanceur d'alerte, au besoin par le biais d'un fonds d'indemnisation spécifique.

27. Enfin, le Conseil d'Etat relève dans sa récente étude que l'obligation de signalement prévue par l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale demeure peu pratiquée dans le secteur public (76). La CNCDH, qui ne peut que déplorer ce constat, recommande, à l'instar de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, la mise en œuvre d'une politique interministérielle ambitieuse destinée à faciliter la réalisation des signalements sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale.

[...]

Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat, colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France, Assemblée nationale, février 2015 (extraits)

Mesdames, Messieurs,

Dans le vestibule de l'Enfer que dépeint Dante, les lâches et les indolents, ceux qui ont vécu « sans infamie, ni louange », se lamentent, « cruellement piqués par les taons et les guêpes ». Ce destin peut-il être celui de agents qui, n'ayant pas osé lancer l'alerte, ont fermé les yeux sur des dysfonctionnements graves et manifestes au sein de leur organisation, voire qui ont, par leur silence, couvert la commission d'un délit ou d'un crime ? Pour conjurer un avenir aussi infernal, les démocraties modernes ont inventé un droit de l'alerte professionnelle, afin de sécuriser, sans les entraver, les initiatives courageuses de signalement. La France a contribué tardivement mais rapidement à l'avènement d'un tel droit. Il faut remercier les organisateurs de ce colloque – la fondation Sciences citoyennes et Transparency International France – de réunir aujourd'hui des responsables publics et des représentants de la société civile pour établir un premier bilan de notre législation en la matière.

Le lanceur d'alerte n'est ni un dissident, « qui se poserait en opposant radical à la collectivité dont il fait partie », ni un partisan de la désobéissance civile, qui refuserait « de se plier à une règle ou un commandement légal dont il contesterait la légitimité ». A la différence du premier, le lanceur d'alerte revendique sa loyauté à l'égard des institutions et, à la différence du second, il entend agir dans le cadre de la loi. Il importe ainsi, au premier chef, de saisir par le droit l'éthique du lanceur d'alerte. Une telle entreprise pourrait sembler paradoxale, tant l'éthique est justement ce qui déborde la stricte obéissance à la règle, pallie ses insuffisances pratiques et fait appel, dans certains cas, à une capacité de désobéissance raisonnée. Pour autant, parce que l'alerte professionnelle ne peut rester l'apanage d'actes héroïques et doit, au contraire, devenir un canal accessible de régulation et de contrôle, elle doit être juridiquement sécurisée.

[...]

II. Clarifier, compléter et rendre plus effectif le statut français du lanceur d'alerte.

L'alerte éthique a fait irruption dans le droit français avec une rapidité et une ampleur qui, si elles ont permis un *aggiornamento* nécessaire de nos outils, n'ont pas permis de mettre en place un cadre pleinement clair et opérationnel, ni de favoriser l'éclosion d'une véritable culture de l'alerte, la réduisant trop souvent à ses formes les plus paroxystiques et les plus médiatiques. Après la poussée de croissance de ce nouveau droit, une phase de stabilisation et de consolidation apparaît nécessaire.

A. La première tâche, me semble-t-il, est d'œuvrer à une simplification des multiples dispositifs sectoriels en vigueur. Comme nous y invite le Conseil de l'Europe dans sa recommandation d'avril 2014, le cadre normatif en la matière « devrait refléter une approche globale et cohérente pour faciliter les signalements et les révélations d'informations d'intérêt général ».

Le champ matériel de l'alerte professionnelle devrait, à cet égard, permettre de couvrir un large spectre d'atteintes avérées ou potentielles à l'intérêt général, tout en veillant à ne pas s'émietter dans une multitude de dispositifs non coordonnés. Un même agent est, en effet, susceptible de relever de plusieurs régimes d'alerte, selon la nature de son activité professionnelle et selon son rang hiérarchique. Il doit ainsi pouvoir disposer d'un panorama clair des différents outils mis à sa disposition et, pour chaque dispositif, identifier aisément si la protection juridique dont il peut bénéficier s'étend au signalement de tout dysfonctionnement et de tout risque, simple ou grave, d'atteinte à l'intérêt général, et non pas seulement au constat d'une infraction déjà commise.

S'il existe désormais un cadre général sécurisant le signalement de faits constitutifs d'un crime ou d'un délit, chaque protection sectorielle doit encore s'articuler clairement dans la pratique avec celui-ci. Il serait, en effet, paralysant et même dissuasif d'ajouter à la difficulté qu'éprouve l'agent, le plus souvent pris entre des obligations en apparence contraires, à se déterminer pour effectuer un signalement, un doute sur les droits et devoirs qui lui sont applicables s'il franchit le Rubicon. C'est pourquoi, dans le domaine des alertes professionnelles comme en d'autres, la promotion de garanties nouvelles doit s'accompagner d'un effort de clarification et d'une lisibilité renforcées des dispositifs en vigueur. Ces questions devront être traitées à l'occasion de la nécessaire évaluation des très nombreux dispositifs adoptés ces dernières années.

B. La deuxième tâche consiste à clarifier, par des instruments de droit souple, les limitations, mais aussi les obligations positives qu'impose, à une volonté d'alerter, le respect des règles déontologiques.

Selon la formule du président Vigouroux, là où « la dénonciation veut nuire, le signalement veut sauver ». Il ne saurait, dès lors, porter atteinte aux secrets protégés par la loi et pénalement sanctionnés, comme le secret professionnel, celui des correspondances ou celui de la défense nationale. En dehors des cas où la loi autorise la levée du secret, l'alerte doit en premier lieu emprunter la voie du secret « partagé » avec les membres habilités à en connaître, et non celle désordonnée et porteuse d'incertitudes de la « fuite » d'informations. En outre, s'agissant, en particulier, des agents publics, doivent être observées les règles de discrétion qui s'appliquent, de manière large, à « tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions ». En dehors des cas prévus par la réglementation, les agents publics ne peuvent être déliés de cette obligation que par une « décision expresse » de l'autorité dont ils dépendent, ce qui renforce la priorité à donner, en cas de signalement, aux canaux internes de diffusion. Enfin, l'alerte professionnelle ne saurait être utilisée au service de convictions personnelles, pour dénoncer, non des dysfonctionnements, mais des choix d'opportunité, servant alors d'alibi à un contournement des règles de réserve qui encadrent, dans l'intérêt du service public, l'usage par ses agents de leur liberté d'expression.

Les règles déontologiques des agents publics n'imposent pas seulement des restrictions à l'action des lanceurs d'alerte, elles leur créent aussi des devoirs d'alerte. C'est, notamment, le cas de la procédure instituée à l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale, faisant obligation aux agents publics de porter à la connaissance du procureur de la République, même sans l'aval de leur hiérarchie, des faits constitutifs de crime ou de délit. Cette procédure permet aux fonctionnaires, « sans encourir une sanction disciplinaire, de dénoncer publiquement des dysfonctionnements graves d'un service public dans un but d'intérêt général », conciliant ainsi « d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et les exigences du service public, et, d'autre part, le respect de la liberté d'expression et de communication ». Cependant, une telle procédure peut s'avérer délicate, voire peu efficiente. La proposition de pénaliser le non respect de cette obligation d'alerter a été proposée, car une obligation dépourvue de sanction présente un caractère virtuel. Mais elle a aussi été critiquée, en ce qu'elle pourrait « créer un climat de défiance au sein des administrations et un risque d'engorgement des parquets ». D'autres voies de réforme ont été suggérées. Comme l'a proposé le Président de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique, une circulaire du Premier ministre serait un vecteur approprié pour clarifier la notion de signalement, l'illustrer à partir d'exemples concrets et identifier ses canaux d'exercice d'une manière claire et hiérarchisée.

C. La troisième tâche est de permettre aux lanceurs d'alerte d'identifier de manière rapide et fiable leurs interlocuteurs. Pour ce faire, l'effort doit porter sur un renforcement des canaux de l'alerte, tant internes qu'externes et, corrélativement, sur leur hiérarchisation explicite.

Au sein des services, dans la presque totalité des ministères, est devenue préoccupante, comme l'a relevé le Service central de prévention de la corruption, « la quasi-absence (...) de dispositifs d'alerte professionnelle répondant aux préconisations des principales organisations nationales et internationales de lutte contre la corruption ». Alors que les canaux internes de signalement devraient

être actionnés les premiers, ils se singularisent par leur absence ou leur manque de structuration et de visibilité. Il apparaît ainsi indispensable de créer, au sein de chaque organisation, une entité, détachée des structures opérationnelles, en charge de traiter les signalements de la manière la plus indépendante et de leur donner des suites rapides et adéquates. Une telle entité pourrait entendre les lanceurs d'alerte de manière confidentielle – et non pas anonyme –, apprécier la nature et la gravité des risques ou des faits relevés, procéder à d'éventuelles investigations et, au besoin, transmettre les informations recueillies aux autorités judiciaires ou administratives compétentes. Cette adaptation de notre droit est attendue, en particulier, dans le domaine de la prévention des conflits d'intérêts, la loi du 11 octobre 2013 désignant, à cet égard, parmi les destinataires internes des alertes, « l'autorité chargée de la déontologie au sein de l'organisme ».

S'agissant des destinataires extérieurs, les canaux institutionnels publics sont actuellement privilégiés, sauf exception : la loi du 11 octobre 2013 prévoit, à cet égard, la saisine des autorités judiciaires et administratives, mais aussi celle des associations agréées de lutte contre la corruption. La divulgation d'informations au public par la voie médiatique n'est pas explicitement envisagée, alors que cette situation n'a rien d'anecdotique et revêt, le cas échéant, un caractère paroxystique. Pour combler cette lacune, le droit français pourrait s'inspirer des législations étrangères, notamment du législateur britannique et, en tout cas, se référer aux jalons posés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, que ni les employeurs privés, ni les administrations, ni les juges ne sauraient ignorer en raison de l'autorité interprétative qui s'attache en France aux arrêts de cette Cour. Celle-ci a, en effet, jugé que s'« il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité (...) compétente », « la divulgation au public » peut être envisagée en dernier ressort, « en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement ». Une adaptation de notre droit serait sur ce point souhaitable sous certaines conditions, tenant, en particulier, à la priorité à donner aux canaux internes de diffusion, à l'intérêt public de l'information divulguée, à la pesée des risques que cette divulgation ferait encourir aux autorités publiques et aux intérêts qu'elles servent. La voie médiatique doit, en effet, rester l'*ultima ratio* : elle n'a vocation à être actionnée que de manière subsidiaire.

(...) Je crois, en conclusion, qu'il nous faut prendre acte des avancées considérables de notre droit en matière d'alerte éthique ces dernières années. Les enjeux sont aujourd'hui triples. Il convient 1/ de rendre effective cette législation en veillant concrètement à la prise en charge et au traitement internes des alertes éthiques dans les services publics et les entreprises ; 2/ de mettre en cohérence notre droit qui a été proliférant ces dernières années et qui doit être ordonné ; 3/ enfin d'apporter, ici ou là, des compléments et des améliorations à la législation, notamment dans le cadre du projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. L'ensemble de ces dispositions ne doit avoir d'autre objet que de prévenir les dérives éthiques, comme les griefs imaginaires, sans entraver l'exercice légitime de l'action publique, ni la liberté d'entreprendre. L'alerte éthique doit, en dernière instance, contribuer, sans le bloquer, au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et des entreprises et donc au bon déroulement de la vie publique, économique et sociale de notre pays.

Intervention de Samuel Dyens, avocat, président de l'Association nationale des juristes territoriaux (ANJT), « Les lanceurs d'alerte dans les collectivités territoriales », table ronde (extraits), La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 14, 10 avril 2017

[...]

Samuel Dyens, vous aviez exposé certaines critiques à l'égard de la loi Déontologie [loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires]. J'ai relevé dans La Gazette des communes un sondage qui faisait apparaître que 63% des fonctionnaires interrogés jugeaient le statut de lanceur d'alerte insuffisamment protecteur. Vous n'étiez donc pas le seul. Mais la loi Sapin 2 [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] est intervenue depuis. Avec les dispositions de la loi Sapin 2, vos craintes sont-elles totalement apaisées ?

Par principe, jamais. Le diable se niche toujours dans les détails. La loi Sapin 2 me semble être une grande avancée dans le sens où elle donne une définition de ce qu'est une alerte éthique. La loi du 16 avril 2013 [loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte] avait la volonté de protéger celui qui lance l'alerte, dans des secteurs comme la sécurité, le sanitaire, l'environnement, le médicament ; elle donnait une première définition, et elle donnait la possibilité d'avoir un référentiel.

La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 me semble constituer une avancée considérable, même si on a sur la notion de gravité du préjudice un renvoi extrêmement fort à l'interprétation de chacun. Cette interprétation pourra être en contradiction avec l'interprétation qu'en fera l'employeur et qu'en fera le juge. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est assez révélatrice de cette recherche d'équilibre entre les intérêts des uns et des autres. Mais ne boudons pas notre plaisir : nous avons une définition formelle, globale de ce qu'est le lanceur d'alerte.

La loi Lebranchu du 20 avril 2016 suscitait quelques questions. Elle avait introduit une situation nouvelle du lanceur d'alerte autour du signalement des conflits d'intérêts. Le signalement d'un crime ou d'un délit, pour moi, ne s'inscrit pas dans le cadre d'une alerte éthique, qui est une disposition préventive, mais de l'article 40 du Code de procédure pénale. On se situe en amont. Le fait de concevoir l'alerte éthique comme un moyen d'assurer le contrôle interne, de réparer des irrégularités déjà commises risquerait de faire glisser l'alerte éthique vers une forme de substitut à ce que doit être le fonctionnement normal et régulier d'une institution administrative.

Au-delà, l'ajout apporté par la loi du 20 avril 2016 a ceci d'intéressant qu'il conditionne un ordre de saisine différent. Nous observerons comment cela aboutira dans les procédures de la loi Sapin 2, car j'y vois pour ma part un problème d'articulation. La loi du 6 décembre 2013 [loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière] prévoit que le crime ou le délit peut être signalé directement devant une autorité administrative ou judiciaire. L'autorité judiciaire, c'est le procureur. L'autorité administrative, c'est pour moi un élément d'incertitude. Pour signaler des faits constitutifs d'un conflit d'intérêts, vous devez d'abord prioritairement saisir votre supérieur hiérarchique et/ou votre référent déontologue désigné par votre collectivité ou de votre collectivité. Ce n'est que dans l'hypothèse où le signalement lancé en interne est vain que vous pouvez ensuite aller saisir soit une autorité judiciaire soit sur une autorité administrative. Ce qui pose problème aux élus et aux fonctionnaires, et que je reprends volontiers à mon compte, c'est ce que l'on met derrière la mention d'« alerte vaine ». À quel moment va-t-on considérer, en tant que lanceur d'alerte, que l'alerte est vaine ? Mettons-nous dans la situation.

Je suis dans la collectivité, je prends la responsabilité de signaler des faits à ma hiérarchie en disant que la situation est constitutive d'un conflit d'intérêts et on me donne la responsabilité de déterminer à quel moment cette alerte interne aura été vaine pour ensuite passer à un cap supérieur. Qu'est-ce qu'une alerte vaine ? Je n'ai pas de retour ? On me bat froid ? Ou au contraire je vois qu'autour de moi on commence à demander des éléments d'information, on commence à s'exciter pour essayer de trouver des éléments qui permettraient de justifier, dans un sens ou dans un autre, ce que j'ai pu signaler ? Va-t-on me faire un accusé de réception ? D'ailleurs, la loi du 16 avril 2013 sur l'alerte en matière environnementale avait prévu l'obligation d'un accusé de réception pour celui qui avait lancé l'alerte pour savoir quelle suite serait à donner. Donc, nous avons de la difficulté à déterminer cela. C'est l'individu qui a la charge de déterminer ce qu'est une alerte vaine ou pas. Beaucoup de fonctionnaires que j'ai pu rencontrer se demandaient à quel moment on détermine qu'une alerte est vaine.

La loi Sapin 2 a introduit des améliorations, mais j'insiste sur cette dimension d'articulation qu'il va falloir trouver entre la procédure issue de la loi du 20 avril 2016 modifiant ainsi le statut général du 13 juillet 1983 et la procédure plus générale prévue par la loi Sapin 2, de manière à savoir si on se trouve dans un dispositif qui s'avère complémentaire ou qui s'avère concurrent.

[...]

