

■ Statut commenté

STATUT AU QUOTIDIEN

- 2 Alerte éthique : les modalités de signalement et de recueil
- 8 Les garanties accordées aux agents publics exerçant une activité syndicale

MÉMO STATUT

- 16 Les cas de recrutement des agents contractuels de droit public

VEILLE JURISPRUDENTIELLE

- 21 Mutation d'office : modalités de communication du dossier
- 27 Rechute d'un accident de service : étendue de l'action récursoire

■ Actualité documentaire

RÉFÉRENCES

- 33 Textes
- 36 Documents parlementaires
- 37 Jurisprudence
- 38 Chronique de jurisprudence
- 40 Presse et livres

Alerte éthique : les modalités de signalement et de recueil

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 donne une définition générale du lanceur d'alerte et renforce la protection de ce dernier. Elle prévoit en outre l'obligation pour certains employeurs d'établir des procédures « *appropriées* » de recueil des signalements.

La loi du 9 décembre 2016 s'inscrit plus largement dans un processus normatif initié par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013⁽¹⁾ visant la création d'un statut pour le lanceur d'alerte dans les secteurs public et privé.

Elle fait également suite à l'étude⁽²⁾ sur cette question réalisée par le Conseil d'État, à la demande du Premier ministre, qui préconisait notamment l'adoption d'un socle commun de dispositions applicables à l'alerte éthique, se traduisant par la mise en place de canaux gradués et sécurisés à la disposition du lanceur d'alerte, un traitement effectif des alertes et une protection efficace pour les lanceurs d'alerte et les personnes visées. Le Conseil d'État proposait aussi la création d'un portail unique chargé de rediriger les alertes fondées vers les autorités compétentes.

La loi du 9 décembre 2016 reprend un certain nombre de ces préconisations. Elle définit ainsi la notion de lanceur d'alerte et instaure l'obligation pour certains employeurs d'établir des procédures de recueil des signalements réalisés par les lanceurs d'alerte.

Le décret n°2017-564 du 19 avril 2017⁽³⁾ précise les modalités selon lesquelles ces procédures doivent être mises en place par certaines personnes publiques et privées à compter du 1^{er} janvier 2018.

Une liberté est toutefois laissée à ces employeurs par le pouvoir réglementaire pour définir leur procédure interne de recueil de signalements ; le décret du 19 avril 2017 leur impose néanmoins de garantir la confidentialité de l'identité de l'auteur de l'alerte, des faits signalés ainsi que des personnes visées par celle-ci.

(1) Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

(2) Étude du Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, février 2016, réalisée dans la continuité de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

(3) 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'État.

Des circulaires devraient intervenir pour clarifier les conditions d'application de la procédure de l'alerte éthique. L'articulation entre le mécanisme de l'alerte éthique et le dispositif prévu à l'article 40 du code de procédure pénale imposant à tout agent public, qui dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit d'en aviser le procureur de la République reste en effet à éclaircir. L'articulation avec le rôle du référent déontologue créé par la loi n°2016-483 du 20 avril 2016 (4) en matière de signalement de conflit d'intérêts demeure également à préciser.

Le présent article a pour objet de présenter le dispositif d'alerte éthique issu de la loi du 9 décembre 2016 ainsi que les caractéristiques des procédures particulières de recueil de signalements prévues par le décret du 19 avril 2017. Il traitera des signalements formulés par les agents ou par les collaborateurs extérieurs et occasionnels de l'organisme concerné ; il n'abordera pas le cas des alertes lancées par les personnes se trouvant dans une relation non professionnelle (usagers, citoyen...) avec la structure mise en cause.

■ La définition du lanceur d'alerte

La loi du 9 décembre 2016 donne une définition générale du lanceur d'alerte et abroge les dispositions sectorielles en la matière.

Le champ de l'alerte est ainsi défini très largement par l'article 6 du 9 décembre 2016 et permet au lanceur d'alerte de signaler :

- 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,
 - d'une violation grave et manifeste de la loi ou du règlement ;
- une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général.

S'agissant plus particulièrement du signalement d'un crime ou d'un délit, on peut s'interroger sur l'articulation de l'alerte éthique avec le dispositif préexistant de l'article 40 du code de procédure pénale. Ces deux dispositifs paraissent en effet difficilement compatibles : le mécanisme instauré par la loi du 9 décembre 2016 impose la saisine préalable du supérieur hiérarchique, de l'employeur ou du référent désigné par celui-ci (5) (voir la procédure page 5) tandis que

(4) Loi n°2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

(5) Sauf en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles.

DÉFINITION DU LANCEUR D'ALERTE

(art. 6, loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016)

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.

l'article 40 du code de procédure pénale oblige le fonctionnaire à aviser « sans délai » le procureur de la République du crime ou du délit dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

On relèvera par ailleurs que l'hypothèse du signalement d'une violation de la loi ou du règlement recouvre une multitude de situations même si cette violation doit être « grave et manifeste ».

Le cas d'une menace ou d'un préjudice graves pour l'intérêt général est une notion nouvelle qui renvoie également à un nombre important de situations potentielles et mériterait par suite d'être clarifié. On peut supposer que des alertes en matière de santé publique ou d'environnement pourraient relever de cette catégorie suite à l'abrogation des dispositions sectorielles en la matière.

L'alerte éthique lancée par une personne morale est exclue par la loi du 9 décembre 2016. Elle peut être lancée par une personne physique, soit un agent de la structure soit un collaborateur extérieur et occasionnel (6).

Le lanceur d'alerte doit en outre agir de manière désintéressée et de bonne foi (voir la partie sur la protection statutaire).

Les faits à l'origine de l'alerte doivent revêtir une certaine gravité : ils doivent être constitutifs de crimes, de délits, de violations graves et manifestes de la norme, ou de menaces ou de préjudices graves pour l'intérêt général.

Cet article prévoit enfin que les faits, informations ou documents couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client ne peuvent donner lieu à la mise en œuvre d'une alerte éthique.

(6) Article 8 de la loi du 8 décembre 2016 précitée.

■ La protection du lanceur d'alerte

L'irresponsabilité pénale

La loi du 9 décembre 2016 a créé l'article 122-9 du code pénal qui exonère de toute responsabilité pénale la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi sous certaines conditions. La divulgation doit ainsi être nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause et intervenir dans le respect des procédures de signalement définies par la loi. La personne à l'origine de cette divulgation doit enfin entrer dans le champ de la définition du lanceur d'alerte de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016. On rappellera que toutefois, le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations entre un avocat et son client n'entrent pas dans le champ d'application de ce nouvel article.

La protection statutaire

L'article 9 de la loi du 9 décembre 2016 renforce le dispositif de protection du lanceur d'alerte initié par la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 (7) dans le secteur privé (8) et dans le secteur public.

L'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 créé par la loi du 6 décembre 2013 exclut toute sanction ou mesure discriminatoire, directe ou indirecte à l'égard de l'auteur d'une alerte lorsque celle-ci a été effectuée dans les conditions prévues par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016.

Pour rappel, l'article 6 *ter* A instaure une présomption de bonne foi au bénéfice de l'auteur de l'alerte « *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* ». La charge de la preuve est par suite inversée et incombe à l'employeur qui doit prouver que sa décision à l'égard de l'agent public à l'origine du signalement est justifiée par des éléments objectifs étrangers à cette alerte (9).

On indiquera que le fait de relater des faits susceptibles d'entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires avec l'intention de nuire ou avec une connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (10).

PROTECTION STATUTAIRE

(art. 6 *ter* A, loi n°83-634 du 13 juillet 1983)

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 au sens de l'article 25 *bis* 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.

(7) Loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 précitée.

(8) Article L. 1132-3-3 du code du travail.

(9) Pour plus de précisions, voir l'article relatif à la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires dans le numéro des *IAJ* du mois de juin 2016.

(10) Article 226-10 du code pénal.