



PIERRE VILLENEUVE,
déontologue au conseil régional de Bretagne,
vice-président de l'Association nationale des juristes territoriaux

Une nouvelle figure

Le lanceur d'alerte, nouvelle figure de la fonction publique territoriale, est intimement lié à la prévention des conflits d'intérêts.

Exemplarité

Faire de tout agent public un possible lanceur d'alerte, au-delà des craintes légitimes que cela suscite, est sans aucun doute marqué par le sceau de l'exemplarité.

Conciliation

Le lanceur d'alerte doit concilier des impératifs a priori contradictoires (respect de l'autorité hiérarchique et obligation d'obéissance) avec le nécessaire devoir de prévenir les conflits d'intérêts.

Loi « déontologie » (3)

Mise en place de la procédure du lanceur d'alerte

Parmi les nombreuses dispositions contribuant au renouveau des obligations déontologiques des fonctionnaires et agents publics posées par la loi du 20 avril 2016, celle relative au régime du lanceur d'alerte mérite attention. L'instauration d'un régime protecteur du lanceur d'alerte participe (avec l'obligation de déclaration d'intérêts) à la détection et prévention des conflits d'intérêts dans la sphère publique.

DÉFINITION

Comme autant de tentatives spécifiques, nombre de lois sectorielles ont créé un statut protecteur pour les lanceurs d'alerte en matière d'atteinte à la santé publique et à l'environnement (code du travail, art. L.5312-4-2, code de la santé publique, art. L.4133-1), de lutte contre la fraude fiscale (code du travail, art. L.1132-3-3) ou de renseignement (code de la sécurité intérieure, art. L.861-3). Ce statut devrait être également consacré en matière de prévention de la corruption et d'atteinte à la probité (1). Le Conseil d'Etat (2) définit le lanceur d'alerte

comme « toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquement grave à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer une alerte dans l'intérêt général ». Le Conseil de l'Europe définit, lui, le lanceur d'alerte comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé » (3). Plus qu'une définition, l'article 4 de la loi du 20 avril 2016 modifie l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

PROFIL DU LANCEUR D'ALERTE

Tout fonctionnaire ou agent public bénéficie, a priori, d'un régime de protection en cas de dénonciation de conflits d'intérêts (loi du 13 juillet 1983, nouvel art. 6 ter A). Il convient de dis-

tinguer l'alerte éthique ou déontologique de l'article 6 ter A de l'obligation légale de l'article 40 du code de procédure pénale (CPP).

En premier lieu, l'alerte éthique ou déontologique (4) est une alerte de prévention en ce qu'elle porte sur un conflit d'intérêts et non sur une infraction en cours de réalisation. L'alerte éthique est un devoir professionnel et déontologique, l'alerte légale (CPP, art. 40) est une obligation légale pour l'agent public (5). En second lieu, l'alerte éthique est intrinsèquement liée aux obligations déontologiques de tout agent.

Selon l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983, le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver.

Plus encore et, reprenant en tout point la définition de la loi du 11 octobre 2013, le conflit d'intérêts représente une situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics et privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de ses fonctions (loi du 20 avril 2016, art. 2). La loi du 20 avril 2016 impose une obligation de vigilance et de prévention des conflits d'intérêts (6).

UTILISER UN DROIT D'ALERTE

La prévention des conflits d'intérêts s'analyse comme l'un des premiers impératifs déontologiques pour le fonctionnaire. Au-delà de l'obligation d'abstention, de départ et de déclaration préalable d'intérêts tout agent est susceptible d'agir en qualité de lanceur d'alerte face à un conflit d'intérêts. La mise en place du dispositif d'alerte éthique doit se concilier avec les obligations

de réserve, de secret professionnel et d'obéissance hiérarchique inhérentes à l'exercice du fonctionnaire (loi du 13 juillet 1983, art. 26). L'alerte éthique repose sur un état de nécessité (la prévention des conflits d'intérêts et la défense de l'intérêt général) justifiant exceptionnellement de s'affranchir des obligations de réserve et d'obéissance hiérarchique.



La mise en place du dispositif d'alerte éthique doit se concilier avec les obligations de réserve, de secret professionnel et d'obéissance hiérarchique inhérentes à l'exercice du fonctionnaire.

Pour que tout agent puisse bénéficier du régime de protection du lanceur d'alerte, il est impératif que l'alerte éthique présente trois caractéristiques. Tout d'abord, l'agent doit agir de bonne foi (7). Agissant dans l'intérêt général, l'alerte ne doit pas être motivée par l'intention de nuire à l'autorité administrative ou à un autre agent. L'agent ne doit être motivé que par la prévention d'un conflit d'intérêts ou d'une fraude. Ensuite, l'agent doit agir de manière désintéressée et ne peut, par son alerte, chercher à en tirer un quelconque avantage matériel ou professionnel (avancement, promotion, titularisation...). Enfin, l'alerte doit porter sur des faits tangibles et mesurables et/ou réels de conflits d'intérêts. Sans exiger la preuve du conflit d'intérêts, l'agent doit être en mesure de prévenir ou de détecter un conflit d'intérêts. Sous réserve de ces trois conditions cumulatives, l'agent bénéficie du régime de protection du lanceur d'alerte (8).

PROCÉDURE DE LANCEMENT D'UNE ALERTE ÉTHIQUE

Afin de garantir indépendance et impartialité, le lancement d'une alerte n'est pas subordonné à l'accord express et préalable du supérieur hiérarchique. Pour autant, les conditions encadrant le lancement d'une alerte doivent concilier des impératifs déontologiques a priori contradictoires (respect de l'autorité hiérarchique et obligation d'obéissance notamment) avec le nécessaire devoir de prévenir les conflits d'intérêts.

RECOURS À L'AUTORITÉ HIÉRARCHIQUE

Selon l'article 1^{er} de la loi du 20 avril 2016, il appartient à tout chef de service de veiller au respect des principes d'impartialité, d'intégrité et de probité des agents placés sous son autorité. Dans l'hypothèse d'un conflit d'intérêts, l'agent doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève. Toutefois, le recours au supérieur hiérarchique peut être délicat ou difficile si le conflit d'intérêts est susceptible de le concerner.

CONCOURS DU RÉFÉRENT DÉONTOLOGUE

Sans préjudice des prérogatives du chef de service, au sens de la jurisprudence «Jamart» (9), tout agent peut saisir le

RÉFÉRENCES

- Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.
- Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
- Code de procédure pénale, art. 40.

référént déontologue afin de lui apporter tout conseil utile au respect des obligations et principes déontologiques (loi du 20 avril 2016, art. 4 et 11). Sans attendre la publication du décret en Conseil d'Etat, les collectivités territoriales sont invitées à réfléchir à la mise en place préventive du déontologue directement ou indirectement (avec le concours possible des centres de gestion). Afin d'assurer indépendance et impartialité dans le traitement des alertes, le déontologue ne devra ni solliciter ni recevoir d'injonctions de l'autorité territoriale et devra, autant que possible, être assujéti à une déclaration préalable d'intérêts comme à un secret professionnel renforcé.

SAISINE DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE

Dans les cas d'un conflit d'intérêts, et sous réserve des conditions susmentionnées, l'agent ne peut être sanctionné pour avoir dénoncé de bonne foi aux autorités administratives et judiciaires des faits constitutifs de conflit d'intérêts. Le juge communautaire a ainsi pu admettre que les obligations de loyauté et de réserve cèdent devant l'intérêt général (10).

PROTECTION DU LANCEUR D'ALERTE

Après la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ayant posé le principe, la loi du 20 avril 2016 dessine les contours du régime de protection du lanceur d'alerte. Désormais consacré à l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983, la protection de l'agent public lanceur d'alerte s'étend à l'ensemble du parcours professionnel de l'agent (recrutement, titularisation, rémunération, formation, évaluation, notation, discipline, etc.).

Cette protection s'étend aux militaires. Dorénavant, aucune sanction ne peut être prise à l'encontre d'un militaire qui, de

bonne foi, témoigne d'un conflit d'intérêts (art. L.4122-4, code de la défense). De manière symétrique, les militaires bénéficieront du concours d'un référent déontologue afin de les assister dans leur questionnement déontologique (code de la défense, art. L.4122-10).

L'examen de la proportionnalité entre l'atteinte aux principes déontologiques et la défense de l'intérêt général motivée par le lancement d'une alerte fait l'objet d'un contrôle du juge administratif l'ayant conduit à rejeter la protection de lanceur d'alerte en raison d'une violation délibérée des obligations de loyauté et de réserve (11).

La protection du lanceur d'alerte n'est pas absolue et sans limites. L'agent ayant agi de mauvaise foi, avec l'intention de nuire ou avec une connaissance partielle de l'inexactitude des faits, est susceptible de voir sa responsabilité déontologique et pénale respectivement recherchée devant le conseil de discipline et devant le tribunal correctionnel selon l'article L.226-10 du code pénal. Par ailleurs, la collectivité territoriale devra octroyer le bénéfice de la protection fonctionnelle (loi du 13 juillet 1983, art. 11 bis A) à l'agent ayant été diffamé ou injustement accusé d'un conflit d'intérêts.●

(1) Assemblée nationale, projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, n° 3623, 30 mars 2016.

(2) Etude «Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger», 12 avril 2016, p. 55 et s.

(3) Reco. conseil des ministres aux Etats membres, 30 avril 2014.

(4) Rapport du service central de prévention de la corruption, sur la protection des lanceurs d'alerte, 2014, p. 220.

(5) CE, 15 mars 1996, req. n° 146326.

(6) «La prévention des conflits d'intérêts, un nouvel impératif», par Samuel Dyens, «La Gazette» du 4 juillet, p. 56-57.

(7) CEDH, 21 juillet 2011, n° 28274/08 «Heinisch c/Allemagne».

(8) TA de Cergy-Pontoise, 15 juillet 2014, n° 1110539.

(9) CE, 7 février 1936.

(10) CEDH, 21 février 2008, «Guja c/Moldavie».

(11) CAA de Paris, 31 décembre 2014, «Soud».

DÉJÀ PARU

«Une redéfinition légale des obligations des agents», «La Gazette» du 20 juin, p. 56-58; «La prévention des conflits d'intérêts», «La Gazette» du 4 juillet 2016, p. 56-57.

À PARAÎTRE

«Les cumuls d'activité», «Le renforcement des droits statutaires», «Les modifications statutaires issues de la loi "Lebranchu"», «Les droits des agents contractuels».

Une meilleure protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte

La loi « déontologie » a élargi la protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique. Si cette protection demeure insuffisante pour certains, d'autres craignent qu'elle n'aboutisse au développement des dénonciations.

Il a fait la une des journaux ces dernières semaines. Le lanceur d'alerte est-il en passe de devenir le nouveau héros de nos démocraties ? Dans la fonction publique, les agents sont, eux aussi, invités à « faire la transparence » autour d'eux. La loi « déontologie » vise, en effet, à introduire dans le statut un dispositif de protection des agents lanceurs d'alerte pour leur permettre de signaler l'existence d'un conflit d'intérêts. Une bonne nouvelle pour le président de Transparency International France, Daniel Lebègue, qui définit le lanceur d'alerte « comme un remède pour notre démocratie en détresse respiratoire ». En réalité, la mesure laisse sceptique nombre de spécialistes et d'acteurs.

Tout d'abord, parce que la définition du lanceur d'alerte demeure trop étroite. Selon Daniel Lebègue, « elle ne concerne que les délits et les crimes. Or, par exemple, les risques sérieux pour la santé publique ne sont ni l'un ni l'autre. Il faut donc l'élargir à tout manque-

ment à la probité ». Un vœu entendu par le député (PS) Yann Galut qui a déposé le 29 mars une proposition de loi relative à la protection globale des lanceurs d'alerte, dans laquelle ces derniers sont définis comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général ».

MILLEFEUILLE

Une définition plus large permettrait également de mettre fin au millefeuille actuel de lois sectorielles aux injonctions parfois contradictoires (obéissance et respect de la hiérarchie, devoir de réserve et secret professionnel). En effet, selon Samuel Dyens, avocat spécialiste de ces questions et ancien territorial, « le cadre juridique en vigueur n'offre pas de sécurité juridique et ne répond qu'imparfaitement à la nécessité d'une protection effective du lanceur l'alerte ». Mais une protection efficace semble impossible, estime Claire Le Calonnec, repré-

TÉMOIGNAGE

« Une démarche solitaire »

FABIENNE,
territoriale lanceuse
d'alerte ayant
souhaité garder
l'anonymat

« La démarche du lanceur d'alerte est solitaire. Sommé de répondre à des convocations multiples chez les juges d'instruction, stigmatisé dans son travail et traité de traître ou d'affabulateur, il est contraint de solliciter une demande de protection à ceux qu'il met ouvertement en cause... J'ai rencontré d'immenses difficultés pour trouver un avocat. Il faut être d'une grande intégrité et faire preuve d'une grande indépendance pour accepter de défendre un lanceur d'alerte englué dans une affaire avec de fortes interactions politiques. Par ailleurs, de nombreux lanceurs d'alerte ne retrouvent pas d'emploi. Les employeurs sont mal à l'aise avec ce citoyen "trop" attentif. Ils n'arrivent pas à sortir de la dichotomie "traître ou héros". »

sentante d'Interco-CFDT : « Même si un agent ne peut être licencié, il peut être "mis au placard". En tant que fonctionnaires, nous sommes protégés du "pire" mais la véritable protection n'existe pas. »

Plaidoyer pour un cadre juridique global

Le Conseil d'Etat a rendu public, le 13 avril, une étude sur le droit d'alerte comportant quinze propositions (*). Les auteurs préconisent de regrouper toutes les règles qui concernent le droit d'alerte, afin de renforcer leur efficacité. Car pas moins de six lois traitent de la protection des lanceurs d'alerte. Et elles ont été toutes prises après des scandales médiatiques (Mediator, Cahuzac, Luxleaks, etc.). « Il en résulte un manque de cohérence et des lacunes en matière de procédure. Au final, il y a une protection peu effective des

lanceurs d'alerte », note Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'Etat.

Pour pallier cette situation, il est proposé dans l'étude la mise en place d'un socle commun, où toutes les dispositions relatives au droit d'alerte seraient regroupées et reposeraient sur des procédures graduées et sécurisées, sur un traitement effectif de toutes les alertes et sur une protection efficace tant pour les lanceurs d'alerte que pour ceux qui en sont la cible.

(*) www.lagazette.fr/437521

EFFETS PERVERS

De plus, le risque d'un essor des dénonciations du fait d'une éventuelle meilleure protection du lanceur d'alerte est réel. « Il faut être très vigilant, appliquer déjà l'article 40 du code de procédure pénale [*] et prendre garde aux délations systématiques », souligne Jean-Yves Gouttebel (PRG), président du conseil départemental du Puy-de-Dôme et membre de la commission de déontologie. « On l'oublie souvent, mais le fait pour un agent de ne pas signaler un cas de malversation dont il aurait eu