

N° anonymat :

0836

SESSION : 2018

ÉPREUVE : Note administrative

Nombre total d'intercalaires : 2
(Ne pas compter cette copie)

Note sur 20 :

Commune de D

D, le 5 septembre 2017

Coefficient :

Service juridique

Note définitive :

Note à l'attention de Monsieur le Maire

Objet : les lanceurs d'alerte, état des droit suite aux évolutions récentes, rôle de l'employeur et l'impact sur une éventuelle procédure disciplinaire.

Un agent de la commune ayant le statut de contractuel a divulgué à l'extérieur des informations internes. Afin de couvrir ses agissements, il se prévaut du statut de lanceur d'alerte.

La loi du 9 décembre 2016 et le décret du 19 avril 2017 consacrent le statut du lanceur d'alerte dans notre droit interne. Cependant, avant cette consécration, il n'était pas pour autant ignoré par certains textes et par la jurisprudence interne et européenne.

Si cette loi crée un statut au lanceur d'alerte en lui reconnaissant des droits, elle ne lui octroie pas pour autant un blanc-seing (I). La loi place le lanceur d'alerte sous la protection du défenseur des droits et impose à l'employeur la mise en œuvre d'un dispositif permettant au lanceur d'alerte de s'exprimer (II). Afin de sécuriser juridiquement une procédure disciplinaire, il convient de tenir

Ne rien inscrire dans cet emplacement

Ne rien inscrire dans cet emplacement

compte aussi bien des éléments divulgués que des conditions de la divulgation et des motivations (III).

I) La loi crée un statut protecteur pour le lanceur d'alerte mais ne lui octroie pas un blanc-seing

Si le lanceur d'alerte sera désormais mieux protégé (A), une procédure et des obligations s'imposent à lui (B).

A) Un statut protégé qui peut empêcher une procédure disciplinaire

Le droit existait en vigueur avant la loi du 9/12/16 ne prenait que partiellement en compte le lanceur d'alerte. L'art L1351-1 du Code de la Santé empêche toute sanction directe ou indirecte envers une personne ayant fait état en sa qualité d'employé ou une autorité administrative ou judiciaire de faits entraînant un risque. Ces risques sont cependant limités à deux domaines: Santé publique et environnement (TA de la Réunion, 2016, Mme C). La notion de lanceur d'alerte est cependant connue du droit européen, la Cour de Strasbourg faisait déjà état dans un arrêt de 2008 *Gujar v. Nordavia* de la possibilité, sous certaines conditions strictes, de dénoncer des "conduites ou actes illicites constatés" par des agents sur leur lieu de travail. Ces conditions s'imposent à tout employé public et donc également à notre commune, la juge pouvant

sonchéma une décision de rupture de contrat non conforme en la confrontant directement à la CEDH, en l'occurrence à son article 10. La loi du 9/12/16 ne saurait ainsi poser des conditions de protection plus sévères sous peine d'inconventionnalité (CE, 1989, Nicolo). De plus, le protocole additionnel adopté en 1981 permettrait à un agent évincé à tort de saisir directement la Cour après épuisement des voies de recours internes.

La loi du 9 décembre 2016 vient créer un véritable statut protecteur du fonctionnaire d'alerte. D'abord, elle lui apporte une définition légale : il s'agit d'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 score de la légalité ou une manœuvre ou un préjudice graves pour l'intérêt général dont elle a personnellement connaissance. Certains domaines sont exclus tels le secret médical en titre duquel votre agent ne peut se prévaloir du statut de lanceur d'alerte. Les dispositions de cette loi ont été précisées par le décret du 19 avril 2017, par lequel le Premier Ministre met en œuvre son pouvoir réglementaire d'application des lois (art 21 cons). Certaines dispositions entreront en vigueur à compter du 1^{er} janvier 2018 (dispositif d'attente). Cette loi vient consacrer la défense des droits jusque dans la célèbre loi de 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. L'article 6 ter A modifié empêche toute sanction, déguisée ou non à l'égard d'un lanceur d'alerte ayant respecté ses obligations. La loi du 9 décembre 2016 vient en outre cumuler une exception à la responsabilité pénale pour atteinte aux secrets protégés par la loi lorsque cette dérogation intervient dans les conditions prévues par la loi du 9 décembre.

B) Une procédure étroitement réglementée s'impose au lanceur d'alerte qui ne dispose jamais d'un blanc-seing

Si la loi protège le lanceur d'alerte, elle lui impose également d'agir dans un cadre et selon des modalités déterminées.

Trois conditions cumulatives s'imposent ainsi au lanceur d'alerte : la divulgation du secret doit être nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, le lanceur d'alerte doit correspondre à la définition de l'art 6 de la loi (mentionnée précédemment), il doit avoir respecté les procédures de signalement prévues par la loi. Ainsi, avant de rendre des informations publiques, le lanceur d'alerte doit avoir alerté son supérieur hiérarchique, qu'il soit direct ou indirect, ou un référent désigné par l'employeur. Si le supérieur ne réagit pas, le lanceur d'alerte peut se tourner vers une autorité administrative ou judiciaire ou vers un ordre professionnel et enfin, après au moins 3 mois de silence de cette autorité, il peut rendre publique l'information. Le lanceur d'alerte peut seulement se dispenser de l'échelon hiérarchique en cas de danger grave et imminent ou en présence de risque irréversible. La charge de la preuve du respect de la procédure appartient au lanceur d'alerte qui doit présenter des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi des faits faisant l'objet de l'alerte. La procédure et les critères mis en œuvre par la loi semblent moins stricts que ceux mis en œuvre par la CEDH pour accorder le statut de lanceur d'alerte. La CEDH constitue une protection minimale en dessous de laquelle la loi ne doit pas aller.

(II) Le devoir d'alerte s'appuie sur le défenseur des droits et doit être mis en œuvre par l'employeur

Le défenseur des droits a un double rôle dans le processus d'aide au lanceur d'alerte (A). La

fonction de conseiller au défenseur des droits n'exonère pas l'employeur de mettre en oeuvre une procédure de signalement offrant des garanties au lanceur d'alerte (B)

(A) Le double rôle du défenseur des droits

Le défenseur des droits a été créé en 2008 par la fusion de plusieurs autorités administratives indépendantes, notamment de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations (HALDE), du défenseur des enfants et du médiateur de la République. Son rôle particulièrement important qui a valu une consécration constitutionnelle à l'article 71-1, ce qui ne fait pas pour autant de lui un pouvoir public constitutionnel.

La loi du 9 décembre 2016 envisageait de confier au défenseur des droits un triple rôle de protection des lanceurs d'alerte. Mais, le conseil constitutionnel, saisi sur le fondement de l'article 61 de la Constitution par 60 députés ou sénateurs (tel que issu de la révision constitutionnelle de 1974), a censuré la loi d'assistance financière au lanceur d'alerte que la loi entendait lui confier comme méconnaissant le rôle dévolu au défenseur des droits par l'art 71-1. Le défenseur des droits a ainsi pour rôle :

- d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte, mais seulement dans le cadre des situations prévues par la loi.

Il est donc possible à un lanceur d'alerte de communiquer les informations qu'elle détient. En effet, cela n'est pas considéré comme une atteinte au secret professionnel, si ces informations entrent dans le champ de compétence du défenseur des droits (art 20 et 21)

- à cette mission d'orientation s'ajoute une mission de protection : le défenseur des droits doit veiller aux droits et libertés du lanceur d'alerte

(art. 4 loi 29/03/2011 modifiée), Cet article concerne le rôle du défenseur des droits pour aider toute personne s'estimant victime d'une discrimination du fait de l'acte que'elle a mis en œuvre. Un agent contractuel discriminé en raison de son acte pourrait ainsi dénoncer les faits au défenseur des droits. Cela nous incitera à veiller encore plus, à ce qu'une éventuelle sanction soit décidée dans le cadre d'une procédure disciplinaire véritable. Toute sanction déguisée se doit d'être prohibée au risque d'engager la responsabilité de la Commune.

(B) La mise en œuvre par l'employeur d'une procédure de signalements appropriée.

Il appartient à l'employeur de permettre au Conseil d'alerte de faire remonter ses signalements de façon efficace. Le III de l'art 8 de la loi du 9/12/16 impose, notamment aux communes de plus de 10 000 habitants dont nous faisons partie, de mettre en place une "procédure adaptée".

Cette procédure qui nous incombe de mettre en œuvre pour le 1^{er} janvier 2018 doit notamment garantir une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes qui'il use et des informations qui'il contient.

Les dispositions ont été précisées par le décret du 19 avril 2017. Il nous est ainsi possible de prévoir une procédure commune avec d'autres organismes. Une telle procédure pourrait ainsi relever de notre établissement public de coopération intercommunale d'appartenance. Le référent signalement que nous devons désigner peut en effet être extérieur à la Commune (art. 4 décret 19/04/17). Il doit disposer de compétences et de moyens réels à l'exercice de ces missions. Il peut être une personne publique ou privée. A nos informations sensibles que ce

néanmoins peut être censuré à appréhender, certaines communes seront sans doute réticentes à "externaliser" cette fonction. Une procédure précise de recueil des signalements est prévue à l'article 5 du décret que nous devons veiller à respecter. Enfin, l'article 6 prévoit une diffusion de cette procédure auprès de tous nos agents. Il pourrait être opportun de envoyer un mail général une fois la procédure en place et de créer un espace dédié sur notre site internet. Le respect de ces dispositions est important car on peut imaginer qu'un fonctionnaire d'alerte pourrait, à compter de 2018, se pénaliser de l'absence ou de l'un dysfonctionnement par s'exonérer du non respect de ses obligations de signalement interne préalablement à une diffusion externe.

III) L'articulation entre procédure disciplinaire et droit des fonctionnaires d'alerte

Pour que la procédure disciplinaire soit efficace et juridiquement saine, nous devons respecter des précautions élémentaires et tenir compte de la jurisprudence sur les fonctionnaires d'alerte (A). Dans le cas contraire, cette procédure pourrait être sanctionnée par le juge administratif (B).

(A) Conditions de succès de la procédure disciplinaire

Notre agent contractuel, employé par une commune, service public administratif est un agent de droit public quelle que soit son activité (TC, 1996, Boukani v/ préfet RH). Un contentieux relatif doit être porté devant le tribunal administratif et se voir appliquer les règles du droit administratif.

Il est utile de préciser que le contentieux des sanctions administratives relève encore du recours pour excès de pouvoir concernant la discipline

des fonctionnaires, à la différence des autres sanctions administratives qui relèvent en général du plein contentieux (CE, 2009, *Soci'Atom*). Cela signifie que le juge apprécie la légalité de la sanction et l'état du droit à la date de son édition. Il peut l'annuler ou refuser de l'annuler mais pas la réformer. Cependant, si jusqu'en 2013 le juge se limitait au contrôle de l'événement manifeste d'appréciation (CE, 1981, *La Grange*), il effectue désormais un contrôle normal sur ces dernières (CE, 2013, *Dahan*). Il est donc nécessaire de veiller à ce qu'une éventuelle sanction disciplinaire soit adaptée à la gravité du manquement et proportionnée.

Ensuite, une sanction ne doit être envisagée que dans le cadre d'une procédure disciplinaire. Toute sanction déguisée (mutation, changement de tâches...) serait contre productive et risquerait une annulation certaine en cas de contentieux (voir par exemple TA la Réunion, 2016, *Mme C*).

Il convient de résoudre une question importante : l'agent peut-il se prévaloir du statut de sapeur d'alerte ?

Le peu d'éléments figurant au dossier permet d'en douter fortement. Tout d'abord, la divulgation d'informations médicales personnelles n'est jamais admise. Ensuite, il faudrait que cet agent fasse état de signalements auprès de ses services, puis auprès d'une autorité administrative et judiciaire. En effet, même si la loi ne s'applique pas aux faits passés, la jurisprudence, qu'elle soit interne ou européenne, impose déjà un "exercice partiel du devoir d'alerte" (TA la Réunion, 2016, *Mme C*).

Un principe général du droit, dégagé par le juge et applicable sans être interdit de sanctionner un fonctionnaire pour un fait relatif au témoignage de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un

Ne rien inscrire dans cet emplacement

crime (TA Cayy, 2017, Mme G). Mais là encore, ce principe ne semble pouvoir être strictement invoqué par l'intéressé lui-même, même en présence de crimes et délits, ce principe de l'exonérer pas d'une dévotion à l'autorité judiciaire et administrative (même anet). Bien que non magistrat, votre agent a des obligations déontologiques, même s'il n'est pas soumis au statut général de la fonction publique.

En effet, un contractuel ne saurait se prévaloir de son statut de non fonctionnaire pour s'exonérer des obligations de discrétion et de réserve qui s'imposent à lui. Une procédure disciplinaire peut ainsi être envisagée après avoir vérifié que l'agent n'a pas au préalable tenté d'informer les autorités compétentes des dysfonctionnements.

B) Risques d'une sanction infligée à tort

La loi sur les lanceurs d'alerte prévoit des sanctions en cas de non respect des droits du lanceur d'alerte. Le juge d'instruction peut être saisi d'une plainte en diffamation.

Mais en l'espèce, s'agissant de contentieux public, le risque est essentiellement l'annulation de la sanction infligée à tort pouvant s'accompagner d'une injonction de réintégrer l'agent si demandé par l'agent sur le fondement de l'art L911-1 CSA. Une telle suspension (L521-107A) est envisageable si la sanction prise est un licenciement, car l'urgence serait alors sans doute admise.