



GUIDE

à l'intention des collectivités
et établissements
de la petite couronne

LA PROCÉDURE D'ALERTE ÉTHIQUE



CIG petite couronne



Ce guide s'adresse aux employeurs publics territoriaux de la petite couronne de la région Île-de-France. Il présente, sous forme de chapitres correspondant chacun à une question, le cadre juridique et les obligations qui s'imposent à eux en matière de procédure d'alerte éthique, à la suite de la parution 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, dite « Sapin 2 », et de son décret d'application du 19 avril 2017.

Sommaire

 1	Rappel du contexte	P. 3
 2	Quels sont les faits susceptibles d'être signalés dans le cadre de l'alerte de la loi du 9 décembre 2016 ?	P. 5
 3	Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte au sens de la loi du 9 décembre 2016 ?	P. 11
 4	Quelle protection du lanceur d'alerte ?	P. 14
 5	À qui l'alerte doit-elle être adressée ?	P. 17
 6	À qui s'applique l'obligation de mise en place d'une procédure de recueil des signalements et que doit-elle prévoir ?	P. 22
 7	Qu'est-ce que le référent alerte éthique ?	P. 26
	Annexes : Ressources utiles	P. 29

NB : Le symbole  désigne les commentaires du CIG petite couronne.

1 Rappel du contexte

I/ LES LANCEURS D'ALERTE DANS LA LOI SAPIN 2 : L'ABOUTISSEMENT D'UN LONG PROCESSUS

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 a créé un cadre juridique général applicable aux lanceurs d'alerte.

Ce cadre juridique prévoit une définition du lanceur d'alerte, des règles de procédure ainsi qu'un régime de protection.

L'objectif du législateur a été de pallier les insuffisances des dispositifs d'alerte existants, sectoriels et incomplets, en créant un socle commun applicable aux lanceurs d'alerte, ayant vocation à renforcer l'efficacité et donc l'effectivité du droit d'alerte.

Selon une définition du Conseil d'État antérieure à la loi Sapin 2, le lanceur d'alerte est « *une personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquements graves à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer une alerte dans l'intérêt général* »¹. C'est cette référence à l'intérêt général qui permet de qualifier l'alerte d'« éthique ».

Les mécanismes de l'alerte ont connu un développement accéléré ces dernières années dans la plupart des pays démocratiques, notamment sous l'influence des pays anglo-saxons. En France, on peut rapprocher de cette notion certains dispositifs spécifiques relativement anciens comme celui du droit d'alerte en matière d'hygiène et de sécurité au travail (1982), ou encore celui qui impose aux fonctionnaires, en application de l'article 40 du code de procédure pénale, de signaler au procureur de la République les crimes et délits dont ils acquièrent la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (1957).

La loi du 9 décembre 2016 est la dernière étape d'un processus législatif entamé quelques années auparavant et visant à améliorer le statut des lanceurs d'alerte ▶▶▶



¹ Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, Étude du Conseil d'État, avril 2016

dans divers domaines (corruption, fraude fiscale, environnement, santé publique).

Pour la fonction publique, on rappellera aussi le renforcement, par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, de la protection des fonctionnaires relatant ou témoignant de faits constitutifs d'un crime ou d'un délit (article 6 *ter* A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983), complété par la suite en matière de conflits d'intérêts par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

Cette loi s'inscrit aussi dans le droit fil des principes issus, notamment, de l'étude précitée du Conseil d'État, d'une recommandation du Conseil de l'Europe d'octobre 2014 relative à la protection des lanceurs d'alerte², ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH).



L'alerte selon le Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe reconnaît l'utilité des alertes pour dissuader et prévenir les actes répréhensibles, et renforcer la responsabilité et la transparence démocratiques. L'alerte est un aspect fondamental de la liberté d'expression et de la liberté de conscience, et joue un rôle important dans la lutte contre la corruption et les graves erreurs de gestion, tant dans le secteur public que dans le secteur privé. L'alerte est l'action d'une personne qui fait état de préoccupations ou révèle des informations relatives à des actions

L'alerte est un aspect fondamental de la liberté d'expression.

ou des omissions constituant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, dont elle a été le témoin au cours de son travail ; par exemple un préjudice pour les usagers d'un service, le grand public ou l'organisation elle-même, ou encore une violation de la loi. L'alerte couvre

les signalements faits aux employeurs (managers, directeurs ou autres personnes responsables), aux organes réglementaires ou de contrôle et aux autorités de répression ainsi que les révélations publiques d'informations, le plus souvent par le biais des médias et de l'internet, de groupes de défense de l'intérêt général ou d'un parlementaire.

L'alerte peut constituer une mise en garde précoce afin de prévenir les dommages et de détecter des actes répréhensibles qui, sinon, pourraient passer inaperçus. Elle peut contribuer à assurer l'application effective des dispositifs locaux et nationaux de responsabilité en permettant aux personnes légalement responsables de la supposée inconduite de s'attaquer au problème et d'en rendre compte, et en identifiant plus rapidement les potentiels responsables du dommage causé.



Les textes nationaux relatifs à l'alerte éthique

- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Sapin 2, articles 6 à 16
- Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de 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
- Circulaire du 31 janvier 2018 du ministère de la Justice relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique

EXTRAITS DE LA LOI DU 9 DÉCEMBRE 2016

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 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'État, 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'État.
- 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 euros d'amende. (...) »

Article 13

- I. Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés aux deux premiers alinéas du I de l'article 8 est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. (...) »

II/ QUELLES INCIDENCES POUR LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE ?

La loi Sapin 2 précise tout d'abord les conditions dans lesquelles les personnels et les collaborateurs des collectivités locales et des établissements publics locaux peuvent exercer leur droit d'alerte.

Elle impose ensuite des obligations aux employeurs de la fonction publique territoriale afin de permettre l'exercice de ce droit.

La date d'entrée en vigueur de ce dispositif a été fixée au 1^{er} janvier 2018 par l'article 8 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017, pris pour l'application de la loi du 9 décembre 2016.

III/ QUELLES COLLECTIVITÉS ET QUELS ÉTABLISSEMENTS PUBLICS LOCAUX SONT CONCERNÉS ?

La loi Sapin 2 fixe :

Des principes généraux communs à tous les employeurs, publics ou privés



L'ensemble des collectivités et établissements publics locaux, quelle que soit leur importance, sont donc concernés par ces principes généraux.

Des obligations spécifiques pour les employeurs les plus importants, publics ou privés



Les employeurs de la fonction publique territoriale concernés par ces dispositions spécifiques sont les suivants :

- les régions et départements ainsi que les établissements publics en relevant,
- les communes de plus de 10 000 habitants,
- les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10 000 habitants,
- les autres personnes morales de droit public d'au moins 50 agents.

2

Quels sont les faits susceptibles d'être signalés dans le cadre de l'alerte de la loi du 9 décembre 2016 ?

→ Ce chapitre concerne tous les employeurs publics locaux.



I/ LES FAITS INCLUS DANS LE CHAMP DE L'ALERTE

1 Un crime ou un délit

Exemples de crimes : meurtre, vol avec violences ayant entraîné une infirmité permanente, viol, faux en écritures publiques...

Exemples de délits : corruption, prise illégale d'intérêts, discrimination, harcèlement moral ou sexuel, violation du secret des correspondances, atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics...

Comme cela sera évoqué à la fin de ce chapitre, une protection des agents publics relatant ou témoignant de tels faits existait déjà avant la loi Sapin 2.

2 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**.



L'alerte ne se limite donc pas au champ des infractions pénales et inclut aussi la violation des normes de droit en vigueur, et notamment de la loi et du règlement (décrets, arrêtés...); cette violation doit cependant présenter un caractère de gravité et être manifeste.

Exemples d'engagement international : traités européens, Convention européenne des droits de l'Homme, conventions de l'Organisation internationale du Travail (OIT)...

Exemples d'acte unilatéral pris sur le fondement d'un tel engagement : directives et règlements européens.



3 Une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général



Cette catégorie illustre le champ d'application très large du dispositif de l'alerte éthique institué par la loi du 9 décembre 2016. L'alerte n'est ainsi pas limitée aux crimes et délits ni à la violation de la loi ou de toute autre norme juridique applicable. Elle peut aussi être fondée sur des situations très diverses, à apprécier au cas par cas, dans lesquelles il est possible de considérer que l'intérêt général est menacé ou mis en cause, sans pour autant que soit en jeu une infraction pénale ou une violation du droit. Il peut donc s'agir de décisions ou de pratiques conformes aux normes de droit en vigueur mais qui constituent un risque pour l'intérêt général. La menace ou le préjudice invoqué doit cependant revêtir un certain degré de gravité.

Les travaux parlementaires précédant l'adoption de la loi Sapin 2 précisaient notamment que l'objectif était de protéger les lanceurs d'alerte qui « *révèlent des pratiques scandaleuses mais qui ne violent aucune loi* ».

Toutefois, selon Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, l'alerte « *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 les agents de leur liberté d'expression* »¹.

Selon l'organisation non gouvernementale Transparency International France, cette catégorie peut par exemple correspondre à de graves erreurs de gestion, à des pratiques « agressives » d'optimisation fiscale, à des atteintes à la santé publique, à la sécurité publique ou à l'environnement².

II/ CE QUI EST EXCLU DU CHAMP DE L'ALERTE DE LA LOI SAPIN 2

Les faits, informations ou documents, quels que soient 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**.



Cette exclusion ne signifie pas que les faits couverts par ces différentes catégories de secret ne peuvent jamais faire l'objet d'un signalement ou d'une révélation mais que l'alerte en ces domaines ne saurait s'inscrire dans le cadre général défini par la loi Sapin 2. Elle obéit ainsi à d'autres régimes prévus par des textes spécifiques dont la loi Sapin 2 préserve l'existence et qui prévoient des mécanismes de signalement plus restrictifs et encadrés afin de garantir une confidentialité renforcée des informations correspondantes.



¹ Intervention lors du colloque « *Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures* » organisé à l'Assemblée Nationale par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France, le 4 février 2015.

² *Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte*, Transparency International France.

III/ LE MAINTIEN DE CERTAINS RÉGIMES PARTICULIERS D'ALERTE APPLICABLES AUX AGENTS PUBLICS

En matière de crimes et délits

La loi Sapin 2 prévoit que l'alerte peut porter sur des crimes et délits. Toutefois, elle maintient en vigueur des dispositions antérieures qui prévoyaient déjà ce qui peut s'apparenter à un régime d'alerte applicable aux agents publics pour ces deux catégories d'infractions pénales :

- **l'article 40 alinéa 2** du code de procédure pénale, aux termes duquel « *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* ». On indiquera que l'alerte prend dans ce cas la forme d'une obligation, alors que l'alerte éthique au sens de la loi Sapin 2 demeure une faculté³.
- **le premier alinéa de l'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983** portant droits et obligations des fonctionnaires qui proscrie toute mesure négative prise à l'encontre d'un agent public « *pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime (...) dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* »⁴.

Comme cela sera exposé dans les chapitres 4 et 5, la coexistence, en matière de délits et de crimes, entre ces dispositions et la procédure de l'alerte éthique issue de la loi Sapin 2 soulève un certain nombre de questions sur leur articulation.

En matière de conflits d'intérêts



Le conflit d'intérêts au sein de la fonction publique est défini comme suit par l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 précitée : « *Toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif [des] fonctions* » (définition introduite par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, dite « déontologie »). Un conflit d'intérêts est avant tout une situation à risque et n'est pas en tant que tel un délit. Il peut cependant aussi correspondre à une situation constitutive d'un délit de prise illégale d'intérêts au sens du code pénal (articles 432-12 et 432-13).

Depuis la « loi déontologie », le signalement « *aux autorités judiciaires ou administratives* » de « *faits (...) susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts* » par un agent public est protégé par l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 de la même façon que le signalement d'un délit ou d'un crime [voir ci-dessus]. Le même article précise que dans le cas d'un conflit d'intérêts, « *le fonctionnaire doit avoir préalablement alerté en vain l'une des autorités hiérarchiques dont il relève* » et peut également témoigner de tels faits auprès du référent déontologue institué par la loi déontologie et prévu à l'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983.



³ On rappellera aussi qu'au-delà des seuls fonctionnaires, s'agissant des crimes, « *le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* » (article 434-1 du code pénal).

⁴ Ce dispositif est applicable aux agents publics contractuels en application de l'article 32 de la loi du 13 juillet 1983 et du décret n° 2016-1156 du 24 août 2016. Une protection équivalente est accordée aux agents de droit privé des collectivités locales par l'article L.1132-3-3 du code du travail.

Comme pour les délits et crimes, des interrogations demeurent sur la combinaison entre ces dispositions et celles relatives à la procédure d'alerte éthique de la loi Sapin 2 [voir chapitre 5]. En effet, les conflits d'intérêts peuvent dans certains cas s'inscrire aussi dans le champ d'application de cette dernière loi.

IV/ LE MAINTIEN DES DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES RELATIVES À CERTAINS AGISSEMENTS

La loi du 9 décembre 2016 maintient aussi les dispositions antérieures prévoyant une protection contre toute mesure négative prise par l'administration à l'encontre d'agents publics qui relatent ou témoignent de faits relevant des agissements suivants :

- agissements contraires au principe de non-discrimination entre agents publics (article 6 de la loi du 13 juillet 1983),
- agissements sexistes (article 6 *bis* de la loi du 13 juillet 1983),
- agissements relevant d'un harcèlement sexuel (article 6 *ter* de la loi du 13 juillet 1983),
- agissements relevant d'un harcèlement moral (article 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983).

La portée de ces dispositions ne se limite pas à la seule hypothèse du lancement d'une alerte. En effet, elles peuvent par exemple concerner un agent témoignant de tels agissements à l'occasion d'une enquête administrative diligentée par son employeur dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

Toutefois, les faits concernés par ces dispositions peuvent tous désormais s'inscrire également dans le champ de l'alerte éthique de la loi Sapin 2. Les agents qui en témoignent en qualité de lanceur d'alerte peuvent donc bénéficier de la protection renforcée prévue par cette même loi et présentée dans le chapitre 4.

3

Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte au sens de la loi du 9 décembre 2016 ?

[Article 6 de la loi du 9 décembre 2016]

➔ Ce chapitre concerne tous les employeurs publics locaux.

I/ LE LANCEUR D'ALERTE EST OBLIGATOIREMENT UNE PERSONNE PHYSIQUE

✚ L'alerte ne peut donc être lancée par une personne morale : association, syndicat, entreprise...

✚ La formule très générale de l'article 6 de la loi Sapin 2 relatif à la définition du lanceur d'alerte doit conduire à considérer que le lanceur d'alerte ainsi entendu peut être toute personne, y compris lorsqu'elle agit dans un cadre non professionnel, c'est-à-dire indépendamment de tout lien professionnel avec un employeur. Si les autres dispositions de la loi du 9 décembre 2016 décrites dans le présent guide portent sur l'alerte dite « professionnelle », c'est-à-dire celle lancée par des salariés ou des agents publics, notamment en matière de procédure et de canaux de signalement, la définition du lanceur d'alerte a quant à elle vocation à s'appliquer à toute personne physique sans restriction, comme l'a confirmé une décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2016¹ : « Cette définition a vocation à s'appliquer non seulement aux cas prévus par l'article 8 [alerte professionnelle], mais aussi, le cas échéant, à d'autres procédures d'alerte instaurées par le législateur, en dehors du cadre professionnel. »

II/ LE LANCEUR D'ALERTE DOIT RÉVÉLER OU SIGNALER DES FAITS RELEVANT DE CERTAINES CATÉGORIES

- 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**,
- Une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général. [Cf. chapitre 2]



¹ Décision n° 2016-741 rendue sur la conformité à la Constitution de la loi du 9 décembre 2016.

III/ LE LANCEUR D'ALERTE DOIT RÉVÉLER OU SIGNALER CES FAITS DE MANIÈRE DÉSINTÉRESSÉE

 Sont ainsi notamment exclues les personnes pouvant tirer un profit personnel, financier ou autre, du lancement de l'alerte.

 Le lanceur d'alerte ne doit pas davantage être animé par un grief ou une animosité personnels ou par une intention de nuire.

IV/ LE LANCEUR D'ALERTE DOIT RÉVÉLER OU SIGNALER CES FAITS DE BONNE FOI

 Le lanceur d'alerte doit avoir des motifs raisonnables permettant de croire à la véracité des faits signalés².

 « Il vérifie que la nature et la gravité de l'atteinte, ou du risque d'atteinte, à l'intérêt général justifient son intervention (...). Quel que soit le motif de l'alerte envisagée, l'agent opère une pesée attentive de l'exactitude et de la gravité de l'information qu'il détient, d'une part, et de la nécessité de sa divulgation, d'autre part. S'il doit agir de bonne foi, c'est qu'il se détermine au regard de motifs raisonnables, avec la conviction que l'information est authentique et sans l'intention de nuire, ni de diffamer. Le principe de bonne foi, retenu par le droit français comme par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, permet ainsi d'évaluer le sérieux d'une démarche au service de l'intérêt général, plus que l'exactitude de l'information révélée. Il est un principe protecteur pour le lanceur d'alerte prudent et il lui garantit, en quelque sorte, un droit à l'erreur raisonnable, l'information révélée pouvant s'avérer par la suite inexacte, malgré des apparences solides de véracité.»³

 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 d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (article 226-10 du code pénal).



² Orientation et protection des lanceurs d'alerte, Guide du Défenseur des droits, juillet 2017

³ Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors du colloque «Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures» organisé à l'Assemblée Nationale par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France, le 4 février 2015.

V/ LE LANCEUR D'ALERTE DOIT AVOIR EU PERSONNELLEMENT CONNAISSANCE DES FAITS EN CAUSE



Le lanceur d'alerte doit être à la source de l'information et ne pas la détenir d'une autre personne. Le signalement doit ainsi porter sur des éléments dont le lanceur d'alerte est en mesure d'apprécier lui-même la réalité.



Le lanceur d'alerte en milieu professionnel

Au-delà des conditions générales exposées ci-dessus qui s'appliquent à l'ensemble des lanceurs d'alerte, la loi Sapin 2 comporte des dispositions spécifiques à l'alerte lancée dans un milieu professionnel, que l'employeur soit privé ou public (article 8 de la loi).

Des règles précises encadrent tout d'abord les canaux et la procédure de signalement. Ces règles sont présentées dans les chapitres 5 et 6.

La qualité des personnes susceptibles de lancer une alerte dans un cadre professionnel est aussi précisée.

IMPORTANT : Le législateur a retenu un champ d'application large qui ne se limite pas au seul personnel *stricto sensu* employé par la structure privée ou publique.

Le lanceur d'alerte peut ainsi être :

- un **membre du personnel**
- ou un **collaborateur extérieur et occasionnel**.

Pour les collectivités locales et les établissements publics locaux, une alerte éthique peut donc être lancée par :

- un fonctionnaire employé par la collectivité ou l'établissement,
- un agent contractuel de droit public employé par la collectivité ou l'établissement,
- un agent de droit privé employé par la collectivité ou l'établissement,
- un stagiaire employé par la collectivité ou l'établissement,
- un collaborateur extérieur et occasionnel : cette notion est susceptible de correspondre à de nombreuses situations dans lesquelles des personnes extérieures sont dans une relation de collaboration avec la collectivité ou l'établissement (expert, prestataire de service, consultant, salarié d'une entreprise sous-traitante...).

4

Quelle protection du lanceur d'alerte ?

→ Ce chapitre concerne tous les employeurs publics locaux.

Une protection des lanceurs d'alerte remplissant les conditions présentées dans le chapitre 3 et respectant les règles de signalement exposées dans le chapitre 5 est mise en place par la loi du 9 décembre 2016.



I/ UNE IRRESPONSABILITÉ PÉNALE EN MATIÈRE DE VIOLATION D'UN SECRET PROTÉGÉ PAR LA LOI (ARTICLE 122-9 DU CODE PÉNAL)

Le lanceur d'alerte ne peut être condamné pénalement pour avoir communiqué une information couverte par un secret protégé par la loi, à condition :

- que la divulgation soit nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause,
- que la divulgation intervienne dans le respect des procédures de signalement définies par la loi [voir chapitre 5],
- que la personne à l'origine du signalement réponde aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 [voir chapitre 3].

II/ UNE STRICTE CONFIDENTIALITÉ DE SON IDENTITÉ (ARTICLE 9 DE LA LOI DU 9 DÉCEMBRE 2016)

Les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec son consentement. Le seul cas où ce consentement n'est pas requis concerne la divulgation de son identité à l'autorité judiciaire.

La divulgation de l'identité du lanceur d'alerte en violation des règles ci-dessus est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

III/ L'INTERDICTION DE TOUTE SANCTION ET DE TOUTE MESURE DISCRIMINATOIRE

Cette interdiction porte sur toute mesure directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte dans le respect des règles posées par la loi du 9 décembre 2016 (article 6 *ter* A – deuxième alinéa – de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 complété par la loi du 9 décembre 2016)¹.



En cas de litige, 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 signalement relevant d'une alerte au sens de la loi du 9 décembre 2016, **la charge de la preuve incombe à l'administration employeur**, qui doit établir que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'auteur du signalement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.



En cas d'annulation par le juge administratif d'une révocation, d'un licenciement ou d'un non-renouvellement de contrat prononcés en violation des règles ci-dessus, **la juridiction peut prescrire de réintégrer l'intéressé**, y compris lorsque cette personne était liée par un contrat à durée déterminée à son employeur public. Dans ce dernier cas, la réintégration peut donc intervenir postérieurement au terme initial du contrat (articles L.911-1 et L.911-1-1 du code de justice administrative)².

IV/ LA SANCTION DES PERSONNES EMPÊCHANT L'ALERTE (DÉLIT D'ENTRAVE)

Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (article 13-I de la loi du 9 décembre 2016).

V/ LA SANCTION DE L'ACTION ABUSIVE EN DIFFAMATION INTENTÉE CONTRE UN LANCEUR D'ALERTE

Lorsque le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction sont saisis d'une plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte, et que la constitution de partie civile est considérée comme abusive, l'amende civile susceptible d'être prononcée contre la partie civile est portée de 15 000 à 30 000 euros (article 13-II de la loi du 9 décembre 2016).



¹ Une protection équivalente est accordée aux agents de droit privé employés par les collectivités locales en application de l'article L.1132-3-3 du code du travail.

² En cas de rupture du contrat de travail d'un agent de droit privé lanceur d'alerte au sens de la loi Sapin 2, celui-ci peut saisir le conseil des prud'hommes dans le cadre d'un référé (article 12 de la loi du 9 décembre 2016).



Crimes, délits, conflits d'intérêts : le maintien d'une protection spécifique

Une protection spécifique était déjà prévue avant la loi du 9 décembre 2016, par l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983, en faveur des agents publics lanceurs d'alerte en matière de faits constitutifs de crimes, délits ou susceptibles d'être qualifiés de conflits d'intérêts : « *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 du 1 de l'article 25 bis dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.* » Le même article prévoyait aussi dans la même hypothèse l'aménagement du régime de la preuve tel qu'exposé plus haut en cas de contestation devant le juge d'une décision négative prise par l'employeur à l'encontre du lanceur d'alerte.

Cette voie d'alerte préexistante à la loi Sapin 2 et non modifiée par celle-ci coexiste donc avec la nouvelle procédure générale d'alerte et en diffère sur certains points essentiels comme indiqué dans le chapitre 5. Une clarification s'imposerait donc sur l'articulation des deux dispositifs dans la mesure où chacun s'accompagne d'un régime de protection du lanceur d'alerte différent. Certaines des protections présentées ci-dessus ne concernent en effet littéralement que le lanceur d'alerte inscrivant son action dans le cadre de la loi Sapin 2 (droit à réintégration).



5 À qui l'alerte doit-elle être adressée ?

→ Ce chapitre concerne tous les employeurs publics locaux.



I/ LA LOI DU 9 DÉCEMBRE 2016 PRÉVOIT UNE PROCÉDURE GÉNÉRALE GRADUÉE EN TROIS ÉTAPES (ARTICLE 8-I)

Cette procédure est **applicable aux lanceurs d'alerte de l'ensemble des employeurs, privés ou publics, et quel que soit leur effectif.**

1^{re} étape

Le signalement d'une alerte doit d'abord être porté à la connaissance des personnes suivantes :

- le supérieur hiérarchique, direct ou indirect,
- l'employeur,
- un référent désigné par l'employeur ; ce référent est obligatoire dans certains cas [voir chapitres 6 et 7].



Il appartient donc au lanceur d'alerte de choisir le destinataire de son signalement parmi ces personnes. Rien n'exclut que plusieurs de ces personnes soient saisies du même signalement.

2^e étape

En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte en application de la première étape, à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci peut être adressé :

- à l'autorité judiciaire (procureur, juge),
- à l'autorité administrative (services préfectoraux, inspections, Agence française anti-corruption, Haute autorité pour la transparence de la vie publique, Commission de déontologie de la fonction publique...),
- ou aux ordres professionnels compétents (ordre des médecins, des avocats, des experts-comptables, des architectes...).



+ Il appartient donc au lanceur d'alerte d'apprécier l'« absence de diligences » du premier destinataire de son signalement à vérifier la recevabilité de celui-ci, ainsi que la durée du délai « raisonnable » lui permettant de saisir les autorités visées à la deuxième étape de la procédure. S'agissant du délai, comme cela sera évoqué au chapitre 6, les employeurs tenus de mettre en place une procédure de recueil des signalements doivent prévoir les dispositions prises pour informer le lanceur d'alerte « du délai raisonnable et prévisible nécessaire à l'examen de sa recevabilité ». Sous réserve de l'appréciation des tribunaux, lorsqu'un tel délai est indiqué, il peut servir de repère utile pour le lanceur d'alerte. L'absence d'information à l'expiration du délai ainsi indiqué pourrait alors suffire à permettre au lanceur d'alerte de saisir les autorités visées à l'étape 2.

3^e étape

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés à l'étape 2 dans un délai de trois mois :

- le signalement peut être rendu public (médias, élus, associations, ONG, syndicats...).

La procédure d'urgence

En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles le signalement :

- peut être porté directement par le lanceur d'alerte à la connaissance des organismes mentionnés à la 2^e étape,
- peut être rendu public.

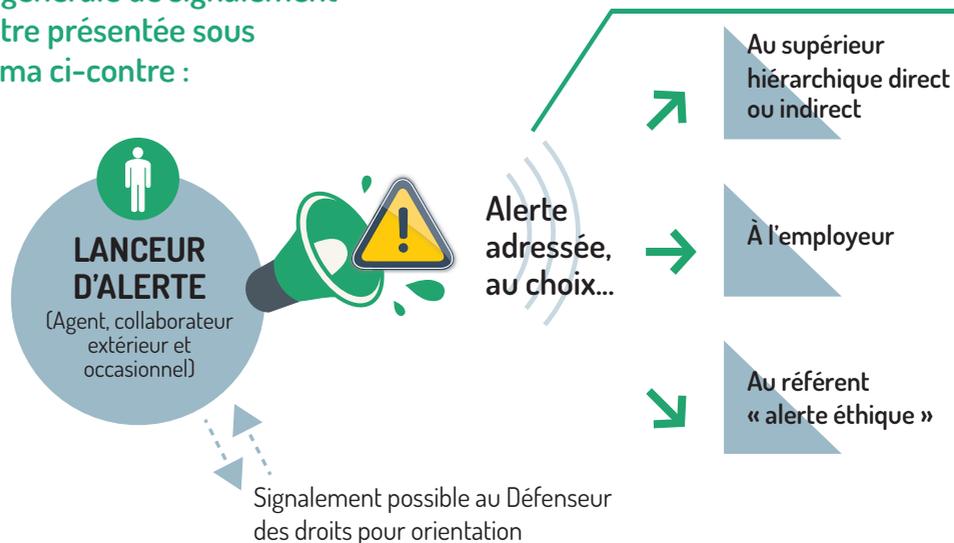


La gravité et l'imminence du danger ainsi que la nature irréversible des risques de dommages relèvent d'une appréciation du lanceur d'alerte.

L'intervention possible du Défenseur des droits

À tout moment, le lanceur d'alerte peut adresser son signalement au **Défenseur des droits** afin d'être orienté vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte. Cette autorité administrative indépendante est en effet chargée d'une mission d'orientation et de protection des lanceurs d'alerte. Elle n'est toutefois pas compétente pour effectuer les vérifications nécessaires pour constater la réalité des dysfonctionnements à l'origine de l'alerte et les faire cesser¹.

Cette procédure générale de signalement de l'alerte peut être présentée sous la forme du schéma ci-contre :



II/ LA PROCÉDURE DOIT GARANTIR UNE STRICTE CONFIDENTIALITÉ (ARTICLE 9 DE LA LOI DU 9 DÉCEMBRE 2016).

- De l'identité des auteurs du signalement. Les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec le consentement de celui-ci. Le seul cas où son consentement n'est pas requis concerne la divulgation de son identité à l'autorité judiciaire.
- Des personnes visées par le signalement. 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.
- Des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement.
- Le fait de divulguer ces éléments confidentiels est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

III/ REMARQUES COMPLÉMENTAIRES SUR LA PROCÉDURE GRADUÉE

Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement aux personnes et organismes mentionnés par cette procédure générale encourt une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (article 13 de la loi du 9 décembre 2016).

 Cette procédure générale est **applicable à tous les employeurs publics locaux**, quelle que soit leur importance, qu'ils entrent ou non dans le champ de l'obligation de mise en place de la procédure de recueil des signalements décrite dans le chapitre 6.



En cas de danger grave ou imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles...



En l'absence de diligence dans un délai raisonnable, l'alerte est adressée...



à l'autorité judiciaire, administrative ou aux ordres professionnels



En l'absence de traitement dans un délai de 3 mois....



l'alerte peut être rendue publique par le lanceur d'alerte

² On citera notamment l'arrêt de référence *Guja c/ Moldova* du 2 février 2008, n° 14277/04 qui a fixé le cadre d'appréciation de la CEDH en matière d'alerte au regard de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.



Cette procédure graduée s'inspire directement des préconisations formulées par le Conseil d'État dans son étude de 2014 «*Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*», cette étude s'inscrivant elle-même dans le prolongement des positions et recommandations de la Cour européenne des droits de l'Homme² et du Conseil de l'Europe. Elle repose sur les principes suivants, ainsi synthétisés par le vice-président du Conseil d'État : «*Lorsque l'alerte apparaît nécessaire, l'agent détermine le canal de diffusion le plus adapté en suivant un ordre de priorité et en respectant une échelle de proportionnalité. Parce qu'il ne cherche pas à déstabiliser l'organisation à laquelle il appartient, mais à corriger les défaillances qui l'affaiblissent, la priorité doit, en effet, être donnée à une alerte endogène, auprès des supérieurs hiérarchiques, des corps d'inspection ou encore de l'entité spécialement dédiée au traitement des signalements. Ce n'est qu'après l'épuisement des voies internes d'alerte et le constat définitif de leur inefficacité, que l'agent peut*

Ce n'est qu'après l'épuisement des voies internes d'alerte que l'agent peut se tourner vers des canaux externes.

se tourner vers des canaux externes de diffusion, en prenant soin d'alerter la personne la mieux à même de faire cesser l'infraction constatée ou de prévenir le risque redouté. Dans la plupart

des cas, le premier canal externe à privilégier est la communication des faits à l'institution judiciaire. Cette communication est même une obligation pour toute personne lorsqu'elle permet de prévenir ou de limiter les effets d'un crime (articles 434-1 et 434-2 du code pénal) et, s'agissant des agents publics, lorsqu'est commise une infraction, crime ou délit (article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale). Le deuxième canal externe consiste à saisir les autorités administratives compétentes pour mener d'une manière indépendante des investigations, ou encore les organismes spécialement chargés d'assister les lanceurs d'alerte (...). En dernier lieu, le troisième canal, celui le plus large, consiste à informer des élus ou des membres de la société civile et, notamment, à révéler des éléments aux médias.»



À titre indicatif, on rappellera que la définition du lanceur d'alerte par la loi du 9 décembre 2016 est conçue de manière très générale et inclut non seulement le lanceur d'alerte dans un cadre professionnel mais aussi le citoyen procédant à une telle alerte en dehors de tout contexte professionnel [voir chapitre 3]. Il peut s'agir par exemple d'un citoyen ou d'un usager d'un service public qui souhaiterait alerter sur des pratiques d'une administration qu'il jugerait contraires à l'intérêt général. Dans cette hypothèse, la procédure générale décrite ci-dessus et les canaux de signalement qu'elle prévoit ne s'imposent pas à lui. Des guides à l'usage des lanceurs d'alerte recommandent néanmoins dans ce cas aux intéressés de se conformer aux principes qui servent de fondement à cette procédure et donc, notamment, de s'adresser en premier lieu à l'organisme mis en cause, après s'être assuré de pouvoir établir la véracité des faits invoqués³.



Cas particuliers

LA DÉNONCIATION DES DÉLITS ET DES CRIMES PAR LES AGENTS PUBLICS

Comme indiqué dans les chapitres 2 et 4, une procédure de signalement à certains égards concurrente de celle issue de la loi Sapin 2 continue de s'appliquer aux agents publics en matière de délits et de crimes. Il s'agit de celle qui leur permet de saisir directement les autorités judiciaires ou administratives lorsqu'ils ont connaissance de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, telle qu'elle est prévue par le premier alinéa de l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

De même, l'article 40 du code de procédure pénale impose à ces mêmes agents d'informer « sans délai » le procureur de la République lorsqu'ils ont connaissance de tels faits dans l'exercice de leurs fonctions.

Dans ces deux hypothèses, le lanceur d'alerte a donc l'autorisation (voire l'obligation dans le second cas), de saisir directement les autorités judiciaires ou administratives, sans être contraint de porter dans un premier temps le signalement à la connaissance de sa hiérarchie, directe ou indirecte, de son employeur ou du référent alerte comme le prévoit la procédure de droit commun de la loi Sapin 2 décrite ci-dessus. Or, il est rappelé que les crimes et délits font également partie du champ de l'alerte de la loi Sapin 2.

Des précisions seraient donc utiles afin de mieux comprendre l'articulation entre ces différentes procédures de signalement ouvertes à l'agent ainsi que sur l'incidence pour celui-ci qu'il y aurait à choisir l'une plus que l'autre, si ce choix est possible.

LES CONFLITS D'INTÉRÊTS

Une remarque similaire peut être faite à propos des lanceurs d'alerte confrontés à des faits susceptibles de constituer des conflits d'intérêts. Certains conflits d'intérêts, notamment lorsqu'ils révèlent un délit de prise illégale d'intérêt, sont en effet susceptibles d'entrer dans le champ de la loi Sapin 2 et donc de la procédure générale décrite dans le présent chapitre.

Cependant, l'article 6 *ter* A prévoit une procédure concurrente de signalement en matière de conflits d'intérêts, également graduée.

Ainsi, en application des premier et quatrième alinéas de cet article, les agents publics choisissant de signaler de tels faits doivent en premier lieu alerter « l'une des autorités hiérarchiques dont ils relèvent ». Lorsque ce signalement est demeuré « vain », le signalement peut alors être porté devant les autorités judiciaires et administratives. L'article 6 *ter* A dispose aussi qu'outre sa hiérarchie, au premier niveau de cette procédure d'alerte, l'agent peut aussi témoigner de tels faits auprès du référent déontologue prévu à l'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983. Dans ce cas, « le référent déontologue apporte, le cas échéant, aux personnes concernées tous conseils de nature à faire cesser le conflit d'intérêts » (article 8 du décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique).

La Commission de déontologie de la fonction publique, susceptible d'être saisie dans ce cadre par un agent lanceur d'alerte lui relatant de tels faits, peut aussi « émettre une recommandation concernant la situation en cause » (article 26 du décret n° 2017-105 du 27 janvier 2017⁴).

Une clarification de l'articulation entre ces différentes procédures d'alerte graduées applicables en matière de conflit d'intérêts serait donc aussi utile.

⁴ Décret relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique.

6

À qui s'applique l'obligation de mise en place d'une procédure de recueil des signalements et que doit-elle prévoir ?



Ce chapitre concerne les employeurs publics locaux les plus importants.



La loi impose aux employeurs d'une certaine importance la mise en place d'une procédure appropriée de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels (article 8-III de la loi du 9 décembre 2016 et article 1^{er}- I du décret du 19 avril 2017).

I/ LES EMPLOYEURS DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE CONCERNÉS

- Les régions et départements ainsi que les établissements publics en relevant,
- Les communes de plus de 10 000 habitants,
- Les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10 000 habitants,
- Les autres personnes morales de droit public d'au moins 50 agents¹.



Des procédures de recueil des signalements communes à plusieurs employeurs peuvent être mises en place, après décisions concordantes des organes compétents.

¹ Le seuil de 50 agents est calculé selon les modalités prévues pour le calcul des effectifs applicables aux comités techniques. L'effectif à prendre en compte est donc celui des agents remplissant les conditions pour être électeur à cette même instance, en application des articles 1er et 8 du décret n° 85-565 du 30 mai 1985 relatif aux comités techniques des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Lorsque la personne morale de droit public emploie des personnels dans les conditions du droit privé et du droit public, ce seuil est déterminé par le cumul des effectifs calculés respectivement selon les modalités prévues par les articles L.1111-2, L.1111-3 et L.2322-2 (premier alinéa) du code du travail et par les dispositions précitées du décret du 30 mai 1985.

II/ LA PROCÉDURE DE RECUEIL DE SIGNALEMENTS DOIT RÉPONDRE À DES CONDITIONS PRÉCISES FIXÉES PAR LE DÉCRET DU 19 AVRIL 2017

La procédure précise **l'identité du référent** susceptible de recevoir les alertes.



La désignation d'un tel référent est donc obligatoire pour les collectivités et établissements concernés [voir chapitre 7].

La procédure précise les modalités selon lesquelles l'auteur du signalement :

- adresse son signalement au supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à l'employeur ou au référent alerte,



Par exemple : voie postale (recommandé avec accusé de réception), messagerie sécurisée...

- fournit les faits, informations ou documents, quels que soient leur forme ou leur support, de nature à étayer son signalement lorsqu'il dispose de tels éléments,



L'alerte doit en effet reposer sur des éléments factuels et le lanceur d'alerte doit réunir et transmettre les preuves de ce qu'il signale, ainsi que d'éventuels témoignages.

- fournit les éléments permettant le cas échéant un échange avec le destinataire du signalement.



Selon le guide de Transparency International France², cette formule permettrait au lanceur d'alerte qui le souhaiterait de conserver, à ce stade, l'anonymat. Est également citée à l'appui de cette affirmation la délibération de la CNIL n° 2017-191 du 22 juin 2017³ dont l'article 2 indique que « *par exception, l'alerte d'une personne qui souhaite rester anonyme peut être traitée sous les conditions suivantes :*

1. *La gravité des faits mentionnés est établie et les éléments factuels sont suffisamment détaillés ;*
2. *Le traitement de cette alerte doit s'entourer de précautions particulières, telles qu'un examen préalable, par son premier destinataire, de l'opportunité de sa diffusion dans le cadre du dispositif».*

Le caractère anonyme de l'alerte doit donc cependant rester exceptionnel. De plus, s'agissant de l'alerte éthique dans un cadre professionnel, un des éléments de recevabilité du signalement est celui ayant trait à la qualité du lanceur d'alerte, qui doit appartenir au personnel de l'organisme concerné ou en être un collaborateur extérieur et occasionnel. Dans la mesure où l'anonymat ne permet pas cette vérification, des précisions seraient utiles pour déterminer si une telle alerte anonyme est susceptible d'être traitée dans le cadre de l'alerte professionnelle instituée par la loi du 9 décembre 2016.



² Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte, Transparency International France.

³ Délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017 portant modification de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004), Journal officiel du 25 juillet 2017.

La procédure précise les dispositions prises par l'administration :

- 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,
 - des modalités suivant lesquelles il est informé des suites données à son signalement.



Ces éléments étaient justifiés comme suit par le Conseil d'État dans le cadre de ses préconisations : *« Afin de favoriser un traitement effectif des alertes par ceux qui en sont destinataires, le Conseil d'État propose d'obliger (...) à informer le lanceur d'alerte des suites données à son alerte. En l'absence d'une telle information de la part des autorités saisies, le droit d'alerte se vide en effet de sa substance. »*⁴



Cette dernière exigence, à savoir l'information sur les suites données au signalement, signifie bien que chacune des personnes susceptibles d'être contactées au premier niveau de l'alerte, et donc notamment le référent désigné par l'employeur, doit apprécier, au-delà de la stricte recevabilité du signalement, si des suites doivent lui être apportées et si oui, lesquelles. Un signalement considéré comme mettant en évidence une atteinte grave pour l'intérêt général appelle donc une action de la part de la personne saisie au premier niveau de l'alerte, qu'il s'agisse de la hiérarchie, de l'employeur ou du référent.



S'agissant du délai *« raisonnable et prévisible nécessaire »* à l'examen de la recevabilité du signalement, il dépendra notamment de la nature des faits rapportés et du caractère probant des éléments fournis par le lanceur d'alerte. Il est important de rappeler que l'absence d'information apportée au lanceur d'alerte à l'expiration du délai ainsi fixé pourrait permettre à celui-ci de porter son signalement à la connaissance d'autorités extérieures à l'administration (autorités judiciaires, administratives ou ordres professionnels) comme indiqué au chapitre 5.

- 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.
- 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.

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



Cette procédure d'autorisation s'effectue conformément à la délibération précitée de la CNIL n° 2017-191 du 22 juin 2017 qui porte autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle. Le responsable de traitement mettant en œuvre un dispositif d'alerte professionnelle dans le respect des dispositions de cette décision unique adresse à la commission un engagement de conformité à cette autorisation. Cet envoi l'autorise ensuite à mettre en œuvre le traitement.

La collectivité ou l'établissement procède à la diffusion de la procédure de recueil des signalements qu'il/elle a établie 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 de la rendre accessible aux membres de son personnel ou à ses agents, ainsi qu'à ses collaborateurs extérieurs et occasionnels.

Cette information peut être réalisée par voie électronique.



La marge d'appréciation locale

Chaque collectivité ou établissement reste donc libre de définir l'organisation à même de répondre aux exigences du cadre ainsi défini. Il est important toutefois de souligner que cette marge d'appréciation locale doit respecter non seulement le caractère obligatoire des éléments ainsi imposés, mais aussi les principes définis par la loi en matière de canaux de signalement tels qu'ils ont été présentés dans le chapitre 5.

Un employeur ne pourrait par exemple pas imposer au lanceur d'alerte de s'adresser en premier lieu à son supérieur hiérarchique direct, alors que la loi lui offre le choix de s'adresser en outre au supérieur hiérarchique indirect, à l'employeur ou au référent désigné par celui-ci. Il ne pourrait pas davantage par exemple déterminer des hypothèses dans lesquelles seul le référent devrait être destinataire d'une alerte. La liberté de choix offerte au lanceur d'alerte à la première étape de la procédure graduée doit donc intégralement être préservée.



7

Qu'est-ce que le référent alerte éthique ?



Ce chapitre concerne les employeurs publics locaux les plus importants.

I/ LE RÉFÉRENT ALERTE ÉTHIQUE EST-IL OBLIGATOIRE ?

Un référent alerte éthique doit obligatoirement être désigné par les collectivités et établissements soumis à l'obligation de mise en œuvre d'une procédure de recueil des signalements [voir chapitre 6]. Sont donc concernés :

- les régions et départements ainsi que les établissements publics en relevant,
- les communes de plus de 10 000 habitants,
- les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10 000 habitants,
- les autres personnes morales de droit public d'au moins 50 agents.

Dans les autres collectivités et établissements, la désignation d'un référent alerte éthique est possible mais facultative.

II/ QUI PEUT ÊTRE LE RÉFÉRENT ALERTE ÉTHIQUE ?

Le référent alerte éthique peut être :

- une personne physique,
- extérieur ou interne à la collectivité ou l'établissement,
- toute entité de droit public ou de droit privé, quelle que soit sa dénomination, dotée ou non de la personnalité morale.

Le référent déontologue mentionné à l'article 28 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires peut exercer les fonctions de référent alerte éthique.



Pour les employeurs de la petite couronne

Pour les collectivités et établissements affiliés de la petite couronne de la région Île-de-France, il est rappelé que le référent déontologue compétent est obligatoirement celui mis en place par le centre de gestion depuis le 1^{er} juillet 2017. Son rôle, fixé par l'article 28 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique est d'apporter un conseil aux agents qui le sollicitent sur le respect de leurs obligations et des principes déontologiques mentionnés aux articles 25 à 28 de cette même loi.

La possibilité ouverte par le décret du 19 avril 2017 relatif à la procédure de recueil des signalements éthiques de confier également le rôle de référent alerte au référent déontologue n'a pas été retenue. Le choix a ainsi été fait de permettre au référent déontologue de se consacrer exclusivement à sa mission de conseil auprès des agents en matière de déontologie¹.

Il appartient donc aux collectivités et établissements de la petite couronne de mettre en place elles-mêmes ce référent alerte éthique, lorsqu'ils en ont l'obligation compte tenu de leur effectif, et dans les conditions qui leur paraissent les plus appropriées.

III/ QUEL EST LE RÔLE DU RÉFÉRENT ALERTE ÉTHIQUE ?



Le rôle du référent alerte éthique n'est développé ni par la loi du 9 décembre 2016, ni par le décret d'application du 19 avril 2017. Ces textes le désignent simplement comme **l'une des personnes susceptibles de recevoir le signalement du lanceur d'alerte**, aux côtés du supérieur hiérarchique direct ou indirect et de l'employeur. Son intervention éventuelle se situe donc **au premier stade de la procédure graduée** imposée par l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 et présentée dans le chapitre 5.

La définition par la loi des canaux obligatoires de signalement [chapitre 5] ainsi que le contenu de la procédure de recueil des signalements prévu par le décret [chapitre 6] permettent toutefois d'identifier quelques aspects de sa mission, qui ne lui incombent toutefois pas spécifiquement mais sont communs à l'ensemble des destinataires potentiels de l'alerte au premier niveau de la procédure (hiérarchie, employeur ou référent) :

- faire diligence pour vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement et notamment :
 - si la personne à l'origine du signalement répond à la définition du lanceur d'alerte,
 - si les faits invoqués relèvent du champ d'application de l'alerte éthique au sens de la loi.
- informer l'auteur du signalement :
 - de la réception de son signalement,
 - du délai raisonnable et prévisible nécessaire à l'examen de sa recevabilité,
 - des suites données à son signalement.



¹ Comme indiqué au chapitre 5, les agents peuvent en revanche témoigner auprès du référent déontologue de faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts.

Cette dernière exigence, à savoir l'information sur les suites données au signalement, signifie bien que chacune des personnes susceptibles d'être contactées au premier niveau de l'alerte, et donc notamment le référent désigné par l'employeur, doit apprécier, au-delà de la stricte recevabilité du signalement, si des suites doivent lui être apportées et si oui, lesquelles. Un signalement considéré comme mettant en évidence une atteinte grave pour l'intérêt général appelle donc clairement une action de la part de la personne saisie au premier niveau de l'alerte, qu'il s'agisse de la hiérarchie, de l'employeur ou du référent.

Si dans certaines hypothèses le référent n'a par sa position pas les mêmes possibilités d'action directe que la hiérarchie ou l'employeur afin de faire cesser le dysfonctionnement signalé, il dispose cependant du pouvoir d'intervenir auprès de l'employeur ou de la hiérarchie afin que ces autorités agissent elles-mêmes. Il peut aussi le cas échéant saisir lui-même d'autres autorités à même de traiter le problème.

Lorsque le vice-président du Conseil d'État préconisait la mise en place d'un tel référent, il apportait les précisions suivantes : « *Il apparaît ainsi indispensable de créer, au sein de chaque organisation, une entité, détachée des structures*

Le référent alerte éthique peut intervenir auprès de l'employeur pour faire cesser le dysfonctionnement ou alerter les autorités judiciaires ou administratives.

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 (...) apprécier la nature et la gravité des risques ou des faits révélés, procéder à d'éventuelles

investigations et, au besoin, transmettre les informations recueillies aux autorités judiciaires ou administratives compétentes. »

IV/ COMMENT LE RÉFÉRENT ALERTE ÉTHIQUE EXERCE-T-IL SES MISSIONS ?

Le référent alerte éthique est **désigné par** l'autorité compétente de la collectivité ou de l'établissement, à savoir **l'autorité territoriale**.

Il doit disposer, par son positionnement, de la **compétence**, de l'**autorité** et des **moyens suffisants** à l'exercice de ses missions.

Son identité est portée à la connaissance des personnes susceptibles d'opérer un signalement, à savoir les agents de la collectivité ou de l'établissement et les collaborateurs extérieurs et occasionnels.

Annexes

RESSOURCES DOCUMENTAIRES UTILES EN RELATION AVEC LE THÈME DE L'ALERTE ÉTHIQUE

Outils proposés par le CIG de la petite couronne¹

- Dossiers de la revue mensuelle *Les informations administratives et juridiques*
 - *Alerte éthique / les modalités de signalement et de recueil* : numéro du mois de février 2018
 - Sur le thème de la déontologie :
 - *La loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires* : numéros des mois de juin (1^{re} partie) et juillet (2^{de} partie)
 - *Le référent déontologue dans la fonction publique territoriale : conseiller sans contrôler* par Didier Jean-Pierre : numéro de juin 2017
- Banque d'information sur le personnel (BIP)
 - *L'alerte éthique et la protection des agents publics lanceurs d'alerte* (nom de fiche : ALETH)
 - Sur le thème de la déontologie :
 - *Déontologie et obligations* (nom de fiche : DEOBLD)
 - *Le référent déontologue* (nom de fiche : REFDEO)

Autres ressources

- *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger* / Étude du Conseil d'État (avril 2016), www.conseil-etat.fr
- *Guide pratique du lanceur d'alerte* / Transparency International France, www.transparency-france.org
- *Orientation et protection des lanceurs d'alerte* / Défenseur des droits (juillet 2017), www.defenseurdesdroits.fr
- *La protection des lanceurs d'alerte* / Recommandation du Conseil de l'Europe CM/Rec(2017)7
- *Les lanceurs d'alerte* / sous la direction de Mathieu Disant et Delphine Pollet-Panoussis, LGDJ Lextenso, 2017

¹ Ces outils sont accessibles à partir du site internet du CIG et de l'espace réservé aux collectivités et établissements de la petite couronne : www.cig929394.fr

CIG petite couronne
Centre Interdépartemental
de Gestion de la Petite Couronne
de la région d'Île-de-France

1 rue Lucienne Gérard
93698 Pantin cedex
Tél. : + 33 (0)1 56 96 80 80
Fax : + 33 (0)1 56 96 80 81
www.cig929394.fr

CIG petite couronne

