

AJDA 2019 p.2168

La procédure interne de recueil des alertes dans les administrations

Delphine Pollet-Panoussis, Docteur en droit public, maître de conférences HDR, directrice du master professions juridiques administratives, membre du C3RD-responsable du groupe de recherche « Alerte », faculté de droit, université catholique de Lille

L'essentiel

Les agents publics et les collaborateurs de l'administration bénéficient de la nouvelle protection globale accordée aux lanceurs d'alerte par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016. La mise en oeuvre de cette loi implique la consécration de procédures internes de recueil des signalements au sein des administrations. Le décret du 19 avril 2017 *relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat* fixe le cadre général de cette procédure en préservant une large marge de manoeuvre aux autorités publiques concernées, ce qui aboutit à des mises en oeuvre hétérogènes en pratique. Il apparaît essentiel de mesurer l'impact de ces choix procéduraux sur l'intensité de la protection accordée aux lanceurs d'alerte.

La loi Sapin 2 a substitué à la protection sectorielle des lanceurs d'alerte une protection globale leur offrant des garanties uniformes quel que soit le secteur de l'alerte (Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique). En considérant le lanceur d'alerte comme « 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 », la loi pose une définition large de ce dernier, non limitée dans son champ personnel (le lanceur d'alerte peut agir hors du contexte de sa relation professionnelle) ou matériel (grâce à la référence générale à une menace ou un préjudice pour l'intérêt général). Dans le cadre professionnel, l'alerte peut aussi bien émaner du secteur privé que du secteur public. Les agents publics (aussi bien les fonctionnaires que les agents contractuels) bénéficient donc de la nouvelle protection globale accordée aux lanceurs d'alerte, comme l'atteste la modification de l'article 6 *ter* A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (v. D. Pollet-Panoussis, L'agent public, lanceur d'alerte, in D. Pollet-Panoussis et M. Disant [dir.], *Les lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique, quelles limites ?*, LGDJ, 2017, p. 139). La protection s'étend également aux collaborateurs extérieurs ou occasionnels de l'administration (loi Sapin 2, art. 8).

Ainsi, lorsqu'une de ces personnes révèle, de bonne foi et de façon désintéressée, des informations concernant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, elle bénéficie d'une protection contre toutes formes de représailles (directes ou indirectes) de son employeur et d'une irresponsabilité pénale en cas de divulgation d'un secret protégé par la loi (v. C. pén., art. 122-9). Sont néanmoins exclus de la protection : le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations avocat/client (loi Sapin 2, art. 6). Dans ce cadre, le lanceur d'alerte bénéficie d'une inversion de la charge de la preuve, d'un référé conservatoire d'emploi et il a le droit à la réparation intégrale des dommages subis. La pénalisation des « étouffeurs d'alerte » (loi Sapin 2, art. 13) contribue également à sa protection.

Outre à sa bonne foi (qui implique de révéler des informations qu'il pense raisonnablement vraies) et à son désintéressement (qui suppose que la finalité de la divulgation ne soit pas la recherche d'un quelconque avantage, notamment financier, en échange), la protection du lanceur d'alerte est conditionnée au respect de la procédure hiérarchisée de recueil et de traitement des signalements ⁽¹⁾, conçue comme un moyen de concilier la liberté d'expression des agents avec leurs obligations déontologiques, notamment l'obligation de réserve ⁽²⁾. Cette procédure, décrite à l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016, comporte, sur le modèle du *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) britannique, trois paliers : le signalement interne (au supérieur hiérarchique direct ou indirect, à l'employeur ou au référent alerte) ; le signalement externe (aux autorités extérieures compétentes qui doivent, comme leur nom l'indique, être extérieures à la structure qui emploie le lanceur d'alerte et disposer d'un pouvoir de décision permettant de mettre fin au comportement illicite dénoncé, par exemple : autorités judiciaires, autorités administratives, telles que les autorités administratives indépendantes, les inspections...) et, en dernier recours, la divulgation publique. Ces trois paliers fonctionnent de façon chronologique : c'est en l'absence de diligences des personnes destinataires de l'alerte en interne dans un délai raisonnable que le lanceur d'alerte peut s'adresser aux autorités extérieures compétentes ; si ces dernières ne donnent aucune suite au signalement dans un délai de trois mois, celui-ci peut être rendu public. Néanmoins, en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, il est possible de passer outre le canal interne et de s'adresser directement aux autorités extérieures, voire au public.

La mise en oeuvre de la loi Sapin 2 implique donc l'existence de procédures internes de recueil des signalements (palier n° 1) au sein des administrations ⁽³⁾. La loi renvoie à un décret en Conseil d'Etat pour en déterminer les modalités : c'est l'objet du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat. Si ce texte fixe le cadre général de la procédure interne de recueil des signalements, il préserve une large marge de manoeuvre aux autorités publiques concernées, aboutissant à une mise en oeuvre différenciée en pratique. Cette mise en oeuvre hétérogène est néanmoins susceptible de générer des différences de protection qui ne sont pas souhaitables. Sera ainsi mis en exergue l'impact des choix procéduraux sur l'intensité de la protection accordée aux lanceurs d'alerte.

I - Une mise en oeuvre différenciée de la procédure interne de recueil des alertes

Le décret du 19 avril 2017 consacre une large liberté aux collectivités publiques dans la mise en oeuvre de leur procédure interne de recueil des signalements, ce qui aboutit à des pratiques hétérogènes.

A. Une large marge de manoeuvre pour les collectivités publiques

L'article 1^{er} du décret du 19 avril 2017 dresse la liste des structures concernées par l'obligation de mise en oeuvre d'une procédure interne de recueil des alertes (les structures non concernées ont la possibilité de prévoir cette procédure). Ainsi, la procédure s'impose aux administrations d'Etat (centrales, déconcentrées et services à compétence nationale), aux communes de plus de 10 000 habitants, aux départements, aux régions, aux collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution ainsi qu'aux établissements publics en relevant, aux établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10 000 habitants, aux autorités publiques indépendantes d'au moins 50 agents et aux autorités administratives indépendantes, ainsi qu'à toute autre personne morale de droit public (établissement public, groupement d'intérêt public...) d'au moins 50 agents.

En vertu du décret, chaque organisme concerné doit établir sa propre procédure. S'agissant des administrations d'Etat, la procédure est créée par arrêté du ou des ministres compétents ; s'agissant des autres organismes publics, elle est déterminée par l'instrument juridique qu'elles estiment adapté (charte de déontologie, code de bonne conduite, circulaire, instruction de service...). Des procédures communes à plusieurs organismes sont possibles (Décr. du 19 avr. 2017, art. 2) : entre les directions d'un même ministère, entre plusieurs ministères, entre un ministère et des établissements publics placés sous sa tutelle, ou entre plusieurs collectivités locales, notamment dans le cadre des



centres de gestion de la fonction publique territoriale (CDG).

Le décret préserve une large liberté aux collectivités publiques dans la détermination de leur propre procédure. Cette (trop ?) grande liberté a fait de ce décret un texte « peu explicite et imprécis » difficilement applicable directement par l'administration (v. P. Villeneuve, Régime du lanceur d'alerte dans la fonction publique : d'utiles précisions !, JCP Adm. 2018, n° 40). Il fixe néanmoins un cadre général et précise les modalités que toute procédure interne de recueil des signalements devra impérativement satisfaire (Décr. du 19 avr. 2017, art. 5). Ainsi, elle devra obligatoirement préciser qui est le destinataire de l'alerte : le supérieur hiérarchique ? l'employeur ? le référent ? S'il s'agit du référent (personne physique ou entité de droit public ou privé dotée ou non de la personnalité morale désignée par les autorités compétentes de l'organisme), ce dernier peut être intérieur ou extérieur à l'organisme et doit disposer de moyens suffisants au traitement de l'alerte. La procédure doit également déterminer comment le destinataire de l'alerte est saisi (courrier papier ? mail ? ligne téléphonique sécurisée ?), comment les documents et informations de nature à étayer le signalement lui seront transmis et comment s'effectueront les échanges entre lui et le lanceur d'alerte sachant que, dans ce cadre, une stricte confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte et de la personne mise en cause doit être préservée. Les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec son consentement. De même, l'identité de la personne mise en cause ne peut être divulguée qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte (sauf à l'autorité judiciaire). Le fait de violer ces obligations de confidentialité est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. La procédure doit, en outre, permettre une information sans délai de l'agent de la réception de son signalement, du délai prévisible et raisonnable d'examen de sa recevabilité et des modalités de communication des suites qui y seront données. Enfin, la procédure établie doit prévoir, lorsque aucune suite n'est donnée au signalement, la destruction de l'ensemble des éléments du dossier permettant l'identification du lanceur d'alerte ou de la personne mise en cause dans un délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la clôture de l'ensemble des opérations de recevabilité ou de vérification.

Quel que soit le dispositif arrêté par l'organisme public, celui-ci doit être clair, accessible et sécurisé. Il doit faire l'objet d'une large diffusion aux agents mais également aux collaborateurs extérieurs ou occasionnels par tout moyen adapté (notification, affichage, publication, envoi électronique...) et il doit être opérationnel au 1^{er} janvier 2018. Il est également essentiel que le Défenseur des droits soit informé des dispositifs d'alerte interne mis en place pour qu'il puisse exercer la mission d'orientation des lanceurs d'alerte dont il a été investi par la loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.


Ainsi, malgré un certain retard en dépit de l'entrée en vigueur du décret, les organismes publics concernés par l'obligation se sont dotés progressivement de procédures internes de recueil des signalements. Il est donc aujourd'hui possible d'analyser un certain nombre de dispositifs mis en place. En ressort le constat de pratiques très hétérogènes.


B. L'hétérogénéité des procédures internes mises en place

Depuis l'entrée en vigueur du décret du 19 avril 2017, de nombreux organismes publics se sont dotés d'une procédure interne de recueil des signalements (procédure graduée, palier n° 1)  (4). Conformément au texte, s'agissant des administrations de l'Etat, les dispositifs ont été créés par arrêtés ministériels  (5), ce qui leur confère une certaine visibilité via leur publicité (sur Légifrance). S'agissant des autres organismes publics, leurs procédures ont été déterminées via un instrument de droit souple, tel qu'une note ou une instruction de service (par ex., notes de service du service départemental d'incendie et de secours [SDIS] du Nord 2018, et de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières [ARAFER] de 2018).



Il faut noter que la faculté de création de procédures communes a été largement utilisée au niveau central, entre ministères (v., not., ministères de l'intérieur et de l'outre-mer, Arr. du 16 nov. 2018, art. 1^{er}, préc.) et au sein d'un même

ministère, la procédure s'appliquant à toutes les directions, services centraux et déconcentrés ainsi qu'aux établissements publics placés sous la tutelle du ministère (v., not., ministère de l'agriculture, Arr. du 3 mai 2019, art. 1^{er}, préc. ; ou ministère de l'éducation nationale, Arr. du 10 déc. 2018, art. 1^{er}, préc.). C'est également le cas au niveau local à travers les CDG. Ainsi, un référent déontologue/alerte éthique a par exemple été désigné au sein du CDG de Haute-Savoie. Bien plus, il existe parfois un référent déontologue/alerte éthique commun à plusieurs CDG (v., par ex., ceux de la Dordogne, du Lot-et-Garonne et de la Gironde à travers un collège commun de trois membres). L'objectif étant toujours de rationaliser et de mutualiser les compétences et les moyens pour un meilleur traitement de l'alerte.

S'agissant du destinataire du signalement, l'article 8 de la loi Sapin 2 indique, nous l'avons dit, qu'il s'agit du supérieur hiérarchique direct ou indirect, de l'employeur  (6) ou du référent désigné par celui-ci. Si, en application de cette disposition, les collectivités publiques sont tenues de désigner un référent alerte, la nature de ce dernier est très variable d'une procédure à une autre. Certaines administrations optent pour un référent interne à la structure, tel que, notamment, le directeur des risques et du contrôle interne (c'est le cas à la Caisse des dépôts et consignations par ex.) ou le directeur des affaires juridiques (au CDG de Haute-Savoie, le référent alerte appartient au service juridique). D'autres, au contraire, choisissent un référent extérieur à la structure, c'est-à-dire n'appartenant pas à sa hiérarchie, par la désignation d'une ou plusieurs personnalités présentant des gages d'impartialité et possédant de solides compétences juridiques (indispensables au traitement de l'alerte). Ainsi, le référent alerte des CDG de la Dordogne, du Lot-et-Garonne et de la Gironde est un collège comprenant deux professeurs de droit public et un directeur territorial, directeur général des services honoraire. D'autres administrations choisissent un magistrat détaché ou à la retraite (le référent alerte de la commune de Bordeaux est un magistrat financier détaché ; celui du SDIS du Nord est un magistrat judiciaire détaché). Le ministère des affaires étrangères et de l'Europe a fait appel à un ancien ambassadeur. Le collège de déontologie du ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche (qui exerce également la mission de référent alerte, v. *infra*) est composé du président honoraire de la section du contentieux du Conseil d'Etat, d'une directrice de recherche au CNRS, du président du haut conseil de l'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur, d'une présidente d'université, de trois professeurs d'université et du chef du service de l'inspection générale de l'administration de l'éducation nationale et de la recherche. Le collège de déontologie du ministère de l'éducation nationale (qui exerce aussi la fonction de référent alerte) est, quant à lui, composé d'un membre du Conseil d'Etat et de deux inspecteurs généraux. Cette deuxième option offre évidemment davantage de garanties au lanceur d'alerte en termes d'indépendance de traitement de son signalement et permet de « libérer » plus facilement la parole, notamment lorsqu'il s'agit de mettre en cause sa propre hiérarchie.

Conformément à l'article 4 du décret du 19 avril 2017, le référent peut être une personne physique (v. *supra*) ou une entité telle qu'un collège ou un comité de déontologie (v. *supra*). Ce dernier point est intéressant car il témoigne d'une pratique très répandue au sein des administrations. Bien souvent, elles font le choix de confondre le référent alerte et le référent déontologue, ce dernier ayant été créé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires et le décret n° 2017-519 du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique pris pour son application. Chargé de connaître de toutes les questions relatives aux règles déontologiques propres à leurs services, il est assez naturel de lui confier la fonction de référent alerte puisque la déontologie recouvre la question des alertes éthiques (au risque, cependant, comme le souligne Geneviève Koubi, de limiter les alertes aux conflits d'intérêts...v. Procédure de signalement : référent alerte en même temps référent déontologue ?, blog Droit cri-tic, 19 déc. 2018). Ainsi, une majorité d'organismes publics font ce choix, l'objectif étant de simplifier les procédures autour d'un interlocuteur unique  (7). On peut notamment citer les ministères de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, de la culture, de l'intérieur, des affaires étrangères, de l'agriculture... mais également la ville de Bordeaux, les CDG de la Dordogne, du Lot-et-Garonne et de la Gironde ou encore le SDIS du Nord. Dans ce cas, le processus de désignation du référent déontologue est utilisé pour celle du référent alerte. Si la fonction de référent déontologue est une mission obligatoire des CDG, telle n'est pas le cas de la fonction de référent alerte qui peut être proposée aux collectivités territoriales affiliées au titre des missions facultatives. Il faut noter que certains CDG (v., par ex., ceux de l'Aude, du Finistère, du Rhône et de la métropole de

Lyon) refusent de prendre en charge la fonction de référent alerte, à raison de la surcharge d'activités et du rôle traditionnel des CDG, appui statutaire des collectivités territoriales et des élus et moins des agents.

Quel que soit le choix de l'organisme public (réfèrent interne/externe ; personne physique/entité collégiale), il est indispensable que le référent dispose, par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions. Il doit ainsi notamment disposer de solides compétences juridiques pour être en mesure de traiter l'alerte, d'où la prépondérance des profils juridiques parmi les référents. Il doit bénéficier d'une certaine autorité naturelle (par son parcours professionnel, son positionnement neutre par rapport à l'organisme public...) afin de légitimer ses prises de position. Enfin, doivent lui être alloués des moyens suffisants pour l'exercice de ses fonctions : moyens humains (il doit être épaulé par plusieurs agents - formés - si le volume des signalements le justifie, notamment à raison de la taille de l'organisme public ; le choix d'un référent collégial permettant de répartir les cas à traiter peut également être fait (8) ; moyens financiers (rémunération...) et matériels (locaux, matériel et outils informatiques - v., par ex., création d'une plate-forme dématérialisée de recueil des alertes, droit d'accès à certaines applications des ressources humaines et aux messageries professionnelles (9)...). Sur ce point, des différences entre administrations existent. Or, lorsque l'on sait que la principale cause de renoncement à une alerte est, non pas la peur des représailles, mais celle de l'immobilisme des personnes averties, on réalise l'importance d'une convergence sur ce point, d'autant plus indispensable que, dans l'esprit de la loi Sapin 2, une grande majorité des alertes doivent être traitées à ce niveau.

Une autre différence procédurale à fort impact sur les garanties offertes au lanceur d'alerte est à relever. Elle résulte d'une interprétation divergente de l'article 8, I, alinéa 1^{er} de la loi Sapin 2. Si une majorité des organismes publics ont interprété la saisine du supérieur hiérarchique (direct ou indirect), de l'employeur ou du référent comme une alternative s'offrant au lanceur d'alerte (v., not., la procédure d'alerte applicable au ministère des affaires étrangères ou celle de la ville de Bordeaux), d'autres ont mis en place un système hiérarchisé ne permettant la saisine du référent qu'après « épuisement des voies de recours internes », c'est-à-dire après la saisine préalable du supérieur hiérarchique et/ou de l'employeur : ce n'est que si l'alerte ne peut être traitée par ces derniers, notamment à raison de la complexité du dossier, que le référent alerte est saisi. Cette interprétation était assez répandue au sein des CDG : ainsi, dans un CDG de la Manche, le référent déontologue/alerte éthique ne pouvait intervenir qu'après la saisine du supérieur hiérarchique ou de l'employeur lorsque l'alerte n'avait pas pu être traitée par ces derniers ; le CDG du Pas-de-Calais recommandait, lui, à ses collectivités affiliées de mettre en place leur propre procédure en ne faisant intervenir le référent alerte qu'après la saisine du supérieur hiérarchique (point de vue également partagé par le CDG du Finistère). Le lanceur d'alerte allait jusqu'à perdre la maîtrise de la procédure, la faculté de saisir le référent ne lui appartenant plus (ce dernier étant saisi sur renvoi du supérieur hiérarchique ou de l'employeur). La mise en place de cette procédure interne hiérarchisée, qui a pour effet de filtrer les alertes et donc de réduire les hypothèses de saisine du référent, semble peu compatible avec l'esprit de la loi Sapin 2. Comment libérer la parole des agents/collaborateurs s'ils doivent obligatoirement saisir leur supérieur hiérarchique quand c'est justement lui qu'ils mettent en cause ? Si on peut comprendre la nécessité de rendre compte à sa hiérarchie, conformément au principe hiérarchique appliqué dans la fonction publique, il est des situations où la saisine du supérieur est inopportune et constitue clairement un obstacle au lancement de l'alerte. L'alternative laissée au lanceur d'alerte quant au choix du destinataire de son signalement paraît bien mieux garantir sa protection. Il apparaît nécessaire d'aboutir à une convergence des administrations sur ce point à l'avenir.

S'agissant des modalités de saisine du référent alerte, l'écrit est favorisé. Les organismes publics optent pour différentes solutions, les plus répandues étant l'adresse mail et/ou l'envoi postal (par ex., saisine via un formulaire électronique pour les CDG de la Dordogne, du Lot-et-Garonne et de la Gironde, le ministère des affaires étrangères, la ville de Bordeaux...). Dans la majorité des cas, le référent peut être saisi soit par mail soit par courrier papier (au choix). Il arrive cependant qu'une modalité de saisine soit exclusive : par exemple, au ministère de la culture, le référent ne peut être saisi que par voie postale (les signalements par courriels ne sont pas recevables, v., Arr. du 12 mars 2019, art. 3,

préc.). Quelle que soit la modalité retenue, elle doit garantir la confidentialité des échanges en pratique, notamment grâce à une messagerie cryptée - il est évidemment déconseillé d'utiliser son adresse mail professionnelle pour réaliser son signalement - ou au système de la double enveloppe s'agissant des envois papier.

Enfin, s'agissant du délai d'examen du signalement par son destinataire, la loi Sapin 2 se contente d'exiger une appréciation de la recevabilité du signalement dans un délai raisonnable (et le décret du 19 avr. 2017 ne le précise pas davantage) sous peine de transmission de l'alerte aux autorités externes. Certaines administrations ont repris dans leur procédure interne ce « délai raisonnable » sans plus de précisions, étant entendu que le référent devra informer le lanceur d'alerte (dans l'accusé de réception qui lui est adressé) du délai prévisible nécessaire à l'examen de la recevabilité. C'est le cas par exemple dans les procédures de recueil des signalements des ministères des affaires étrangères et de l'Europe, de l'intérieur et de l'outre-mer, de l'enseignement supérieur et de la recherche ou de l'éducation nationale. D'autres administrations ont souhaité « encadrer » le délai raisonnable par la fixation d'un délai maximal d'examen. C'est le cas par exemple de la procédure mise en place par l'ARAFER où l'examen de la recevabilité du signalement ne doit pas dépasser un mois en règle générale, quinze jours en cas d'urgence (le traitement interne du signalement devant lui-même s'effectuer dans un délai de deux mois à compter de la date de déclaration de recevabilité). C'est également le cas de la procédure mise en place par la ville de Bordeaux où l'examen de la recevabilité ne peut excéder trois mois. Cette différence de position peut évidemment avoir un impact sur les garanties offertes au lanceur d'alerte, d'autant qu'il est tenu par une application chronologique de la procédure.

Il ressort de l'analyse des procédures internes mises en place par les organismes publics des pratiques hétérogènes. Ceci est parfaitement logique en raison de la grande marge de manoeuvre qui leur est conférée par le décret du 19 avril 2017. Ces différences procédurales ne doivent cependant pas avoir d'incidence sur les garanties offertes au lanceur d'alerte. Dès lors, il apparaît indispensable d'harmoniser certains points clés de la procédure interne de recueil des signalements.

II - La nécessaire homogénéisation des procédures

La grande marge de manoeuvre préservée aux organismes publics pour la mise en oeuvre de la procédure de recueil des signalements ne doit pas aboutir à une différence de protection pour les lanceurs d'alerte en fonction de leur administration d'origine. De fait, certains aspects procéduraux méritent d'être harmonisés. C'est ce à quoi s'est employée la circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics (BO du ministère de l'action et des comptes publics) qui livre l'interprétation à retenir de la loi Sapin 2. Par ailleurs, la récente adoption de la directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte (Dir. 2018/0106/UE du 16 avr. 2019 sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union) devrait elle aussi avoir des conséquences sur les procédures internes de recueil des signalements une fois transposée (v. D. Pollet-Panoussis, La protection renforcée des lanceurs d'alerte dans le cadre de l'Union européenne, LPA 2019, à paraître).

A. Les précieuses précisions apportées par la circulaire du 19 juillet 2018

Pour Pierre Villeneuve (Régime du lanceur d'alerte dans la fonction publique : d'utiles précisions ! A propos de la circulaire du 19 juill. 2018, préc.), cette circulaire permet de « déceler les contours d'un véritable statut du lanceur d'alerte au sein de la fonction publique ».

Il ressort de l'analyse des procédures internes de recueil des signalements un certain nombre de différences entre les administrations, lesquelles peuvent, nous l'avons vu, avoir une incidence sur l'étendue de la protection accordée aux lanceurs d'alerte. Ainsi, la possible saisine directe ou non du référent, sa nature (interne ou externe à la structure), les moyens (matériels, humains...) qui lui sont alloués mais également le délai (fixe ou non) qui lui est imparti pour apprécier la recevabilité du signalement ont des conséquences directes sur les garanties offertes au lanceur d'alerte.

S'agissant du destinataire de l'alerte, la circulaire rappelle que le lanceur peut adresser son signalement au destinataire de son choix : le supérieur hiérarchique direct ou indirect, l'employeur ou le référent alerte. Dès lors, hormis l'exception du conflit d'intérêts (pour lequel l'agent doit préalablement alerter l'autorité hiérarchique dont il relève avant de saisir le référent déontologue - Loi du 13 juill. 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires, art. 6 *ter* A), la saisine du supérieur hiérarchique ou de l'employeur ne peut être un préalable obligatoire. Le supérieur n'est qu'un destinataire possible du signalement parmi d'autres. La consécration de cette alternative implique nécessairement la désignation d'un référent alerte dans toutes les administrations, référent dont l'existence doit être connue de tous les agents et collaborateurs (d'où l'impérative publicité du dispositif). Cette précision est la bienvenue car elle permet de protéger au mieux le lanceur d'alerte, la saisine du supérieur hiérarchique pouvant dans certains cas, nous l'avons dit, se révéler inopportune en raison de la possible implication de la hiérarchie dans les faits signalés. Elle devrait donc faciliter la dénonciation des faits/actes illicites. Il faut également noter que, dans l'hypothèse où l'auteur d'un signalement acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit dans l'exercice de ses fonctions, il est en outre tenu, en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale, d'en informer sans délai le procureur de la République. La saisine du référent alerte ne le soustrait pas à son obligation dès lors qu'il a la certitude qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit ; néanmoins, elle permet de mettre en oeuvre les mesures de protection adéquates.

Bien plus, le référent alerte semble devoir être le destinataire privilégié de l'alerte car la circulaire recommande que le signalement soit porté à sa connaissance *en priorité*. Ainsi, si le lanceur d'alerte choisit de saisir son supérieur hiérarchique direct ou indirect (ou son employeur), la circulaire encourage le transfert du signalement au référent alerte, sous réserve de l'accord de son auteur et dans des conditions garantissant la confidentialité (de son identité et des informations divulguées). Dans ce cas, le référent devient le destinataire de l'alerte au sens de la loi Sapin 2 et le seul interlocuteur de l'auteur du signalement. Si cette interprétation est évidemment plus protectrice pour le lanceur d'alerte, elle permet également la mise hors de cause du supérieur hiérarchique qui prouve, par ce biais, sa volonté de collaborer pour faire toute la lumière sur un éventuel dysfonctionnement ou illégalité. Elle permet également d'afficher sans ambiguïté la volonté de transparence de l'administration concernée. Les décisions du référent alerte (not. celle d'irrecevabilité) pourront en effet plus difficilement être taxées de partialité que celles du supérieur hiérarchique (qui peut apparaître complice de l'organisation aux yeux du lanceur d'alerte), et cela d'autant plus si le référent désigné est externe à l'organisme, ce qu'il faut naturellement encourager. Pour davantage de cohérence dans le dispositif, il est par ailleurs souhaitable que cette fonction soit confiée au référent déontologue (ce qui est souligné dans la circulaire), à condition que ce dernier dispose bien de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants pour l'exercice des missions du référent alerte.

S'agissant de l'examen du signalement par son destinataire, il est indispensable que l'agent soit informé des suites données à son alerte pour éviter toute forme de découragement et/ou de tentation de divulgation publique de l'information. La circulaire préconise un certain nombre de mesures en ce sens. Ainsi, à la réception du signalement, son destinataire doit envoyer « dans les meilleurs délais »/« sans délai » (c'est-à-dire immédiatement) un accusé de réception (A/R) au lanceur d'alerte l'informant de la bonne réception de son alerte, des garanties de confidentialité dont il bénéficie, du délai prévisible d'examen de la recevabilité et des modalités suivant lesquelles il sera informé des suites données à son signalement. Ni la loi Sapin 2 ni le décret du 19 avril 2017 ne précisent la durée du « délai raisonnable » nécessaire à l'examen de la recevabilité, délai pourtant crucial car conditionnant la potentielle saisine des autorités extérieures (palier n° 2) en cas d'absence de diligences du destinataire de l'alerte dans ce laps de temps. La circulaire du 19 juillet 2018 justifie l'absence de durée fixe par la possible différence de nature du signalement qui induit un temps d'examen plus ou moins long en fonction de la complexité des opérations de vérification. Il revient donc au destinataire de l'alerte de fixer lui-même le délai raisonnable, au cas par cas, au regard de l'objet du signalement.

Pour déterminer ce caractère raisonnable, il est nécessaire de distinguer l'examen de la recevabilité de l'alerte de son traitement. L'examen de la recevabilité doit permettre de s'assurer de la vraisemblance de l'alerte et de contrôler que

l'auteur du signalement satisfait aux exigences fixées par la loi Sapin 2, s'agissant tant de sa personne que des faits dénoncés. A ce stade, la vérification n'est pas très approfondie et peut donc être rapide. Avant la fin du délai raisonnable fixé dans l'A/R, le destinataire doit informer l'auteur de l'alerte de sa recevabilité. Si l'alerte est jugée irrecevable, le destinataire doit en indiquer les motifs. Les éléments du dossier permettant l'identification de l'auteur du signalement ou de la personne mise en cause devront alors être détruits dans un délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la décision d'irrecevabilité. Si elle est recevable, l'auteur est également averti des suites qui y seront données et des délais prévisibles de traitement. Selon les cas, le traitement pourra alors être effectué par l'administration mise en cause lorsque l'action ou l'acte pour mettre fin au comportement illicite relève d'elle ou par une autorité extérieure lorsque l'administration concernée estime ne pas pouvoir agir directement ou indirectement. Dans cette hypothèse, l'autorité extérieure est directement saisie par le destinataire interne de l'alerte. Aucun délai (même seulement qualifié de « raisonnable »), aucune durée ne sont prévus pour le traitement interne de l'alerte (le délai maximal de trois mois prévu par l'article 8 de la loi Sapin 2 ne concerne que le traitement par une autorité extérieure). Dans l'esprit des textes, le délai de traitement peut être plus ou moins long en fonction de la nature de l'alerte et de la complexité des opérations de contrôle qu'elle implique, l'important étant l'information du lanceur d'alerte sur ce point. L'absence de diligences dans le délai imparti fixé pourrait lui permettre de saisir les autorités externes compétentes (palier n° 2), à moins qu'elles ne l'aient déjà été par le destinataire interne de l'alerte lui-même.

Explicitée ainsi, l'absence de précision du « délai raisonnable » ne peut être considérée comme un manque de garantie pour le lanceur d'alerte. Plutôt que de fixer arbitrairement une durée maximale à ne pas dépasser, le dispositif français consacre un pouvoir d'appréciation du destinataire de l'alerte, compensé par une information précise et régulière du lanceur. Cette information transparente de l'auteur du signalement et, de manière générale, ses échanges avec le destinataire de l'alerte constituent la clé de voûte de la procédure interne de recueil des signalements.

La circulaire du 19 juillet 2018 a apporté de précieuses précisions quant à la mise en place de la procédure interne de recueil des signalements prévue par la loi Sapin 2 et son décret d'application. Elle propose une interprétation des textes la plus respectueuse possible des garanties offertes aux lanceurs d'alerte. Son édicton (et sa diffusion au sein de l'administration) a nécessairement des conséquences sur les dispositifs mis en place. Les personnes publiques qui n'avaient pas encore créé leur procédure interne de recueil des signalements (malgré la date butoir du 1^{er} janv. 2018) le font désormais conformément aux préconisations de la circulaire. Ainsi, toutes les procédures internes de recueil des signalements élaborées après la circulaire du 19 juillet 2018 (elles sont très nombreuses, ce qui prouve, comme souvent, que les administrations ont préféré attendre la circulaire d'application avant de mettre en oeuvre la loi Sapin 2 et son décret d'application) respectent scrupuleusement les préconisations de la circulaire. C'est le cas des arrêtés précités concernant les ministères de l'intérieur et de l'outre-mer, de l'enseignement supérieur et de la recherche, de l'éducation nationale, de la culture ou de l'agriculture. Celles qui avaient déjà adopté leur dispositif doivent, si nécessaire, procéder à des amendements afin de respecter l'esprit des textes tels qu'explicités par la circulaire, notamment les administrations qui n'autorisaient pas la saisine directe du référent, sachant que si la procédure déjà établie est plus protectrice que ce qu'exige la circulaire, il nous semble qu'elle peut subsister en tant que telle. Par exemple, la procédure interne de recueil des signalements établie par l'ARAFER précise le délai raisonnable d'examen de la recevabilité et de traitement avec la fixation d'une durée maximale (1 mois maximum, 15 jours en cas d'urgence). Gage de sécurité et de transparence supplémentaires pour le lanceur d'alerte, cette disposition n'a nullement à être amendée.

Qu'elles aient été établies avant ou après la circulaire du 19 juillet 2018 ou qu'elles soient en cours d'établissement, les procédures internes de recueil des signalements vont être impactées par la future transposition de la directive européenne du 16 avril 2019 sur la protection des lanceurs d'alerte.

B. L'impact de la directive européenne du 16 avril 2019

Jusqu'à présent, l'Union européenne s'intéressait peu à l'alerte éthique (v. J.-P. Foegle, *Le lanceur d'alerte dans l'Union européenne : démocratie, management et vulnérabilité[s]*, in *Les lanceurs d'alerte*, préc., LGDJ, 2017, p. 107 ; K. Blay-Grabarczyk, *Le statut incertain des lanceurs d'alerte en droit européen*, préc., p. 121). Aucun texte particulier relatif à la protection des lanceurs d'alerte n'avait été adopté, la thématique étant surtout traitée de manière indirecte dans certains domaines particuliers, tels que la lutte contre le blanchiment d'argent (Règl. 596/2014/UE du 16 avr. 2014 sur les abus de marché, art. 32). Sous la pression de l'opinion publique (sensibilisée à la question par de nombreux scandales, tels ceux du Médiateur, des écoutes généralisées de la NSA...) et de nombreuses ONG (dont Transparency international ou Sciences citoyennes), l'idée de l'adoption d'une directive autonome sur la protection des lanceurs d'alerte s'est fait jour, comme une compensation à la consécration du secret des affaires (Dir. 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués), ce texte étant perçu comme une menace pour les lanceurs d'alerte malgré l'affirmation qu'il ne doit pas entraver leur activité. Ainsi, un projet de directive a été élaboré par la Commission européenne en avril 2018, validé par le Parlement en novembre 2018, puis discuté en trilogue (Commission/Parlement/Conseil) en février 2019. Au terme d'après négociations, un texte de compromis entre les trois institutions a été adopté le 12 mars 2019, ouvrant la voie au vote définitif de la directive lors de la dernière séance plénière du Parlement le 16 avril 2019. Ce texte, qui garantit une protection accrue des lanceurs d'alerte, doit permettre, par le biais des transpositions nationales, de substituer une protection uniforme à la protection fragmentée existant jusqu'alors dans l'Union européenne.

La confrontation du texte avec le dispositif français issu de la loi Sapin 2 est indispensable afin de mesurer l'impact que la transposition de la directive aura sur la législation interne. La France s'étant fortement impliquée dans le processus d'élaboration de la directive, elle-même largement inspirée de la loi Sapin 2, les ajustements seront marginaux mais pas nécessairement mineurs. Il convient en particulier de se concentrer sur les principes posés par la directive quant à la procédure graduée de recueil des signalements pour anticiper les ajustements nécessaires de la procédure interne de recueil des signalements, étant précisé que deux principes directeurs doivent guider la transposition : la non-remise en cause des législations nationales plus favorables et l'impossible régression de la protection des droits des citoyens européens (Dir. du 8 juin 2016, art. 25).

La loi Sapin 2 consacre, nous l'avons vu, une procédure de signalement à trois niveaux sur le même modèle que le PIDA britannique de 1998 : le signalement interne, le signalement externe et, en dernier ressort, la divulgation publique. Sauf exception (en cas de danger grave et imminent ou de risque de dommages irréversibles), les paliers fonctionnent de façon chronologique, ce qui n'est pas toujours opportun selon la nature de l'alerte et reste un point critiqué par les ONG et la société civile. Les ONG spécialisées dans la défense des lanceurs d'alerte (telles Transparency international, Sciences citoyennes, Anticor...) espéraient un fonctionnement souple des paliers en pratique (en s'appuyant notamment sur les débats parlementaires relatifs à l'adoption de la loi Sapin 2) et la possibilité de « cascader » en cas de besoin. La directive a pallié ce défaut en optant pour une procédure à deux niveaux : le signalement interne ou externe (palier n° 1) et la divulgation publique (palier n° 2). Aucune hiérarchie n'est établie au sein du palier n° 1 : en fonction du type d'alerte et de son intensité, le lanceur d'alerte a le choix entre la voie interne (référé) ou la voie externe (autorités compétentes) (Dir., art. 10). Ensuite, si l'alerte interne ou externe demeure vaine aux termes des délais mentionnés, la révélation publique est autorisée. Cette dernière est d'ailleurs possible dans un nombre d'hypothèses plus important que dans la loi Sapin 2 : outre le danger imminent et manifeste, l'urgence ou le risque de dommages irréversibles, elle est permise en cas de risques de représailles, de dissimulation ou de destruction de preuves ou encore de compromission des autorités avec l'auteur du délit (Dir., art. 15). Ces changements, offrant davantage de garanties au lanceur d'alerte, impliqueront nécessairement une modification de la législation française lors de la transposition.


Quelles conséquences faut-il en déduire pour les procédures internes de recueil des alertes mises en place par les administrations ? Il faut d'abord relever que la directive (art. 8) retient les mêmes seuils en imposant l'instauration de



dispositifs d'alerte interne sécurisés dans les entreprises ou entités d'au moins 50 agents/salariés (pour les communes : celles d'au moins 10 000 habitants). Sur le fond, les procédures internes devront explicitement affirmer le choix qui appartient désormais au lanceur d'alerte entre le signalement interne ou le signalement externe directement. En outre, le référent alerte semble devenir le seul destinataire possible du signalement interne ; il faudra donc le préciser et indiquer qu'en cas de saisine du supérieur hiérarchique, ce dernier doit *impérativement* transmettre le signalement au référent. Enfin, des délais fixes sont définis par la directive. Parfaitement compatibles avec l'esprit de la loi Sapin 2 mais gage supplémentaire de clarté, de simplicité et de sécurité juridique, ils devront en principe être repris par les procédures internes : sept jours pour l'envoi de l'A/R au lanceur d'alerte par le référent ; trois mois à compter de l'A/R pour le traitement interne de l'alerte (aucune distinction n'est faite entre l'examen de la recevabilité et le traitement en lui-même, le délai fixé couvrant, semble-t-il, les deux) ; trois à six mois (en fonction de la nature de l'alerte) pour son traitement externe (pour les autres impacts de la directive européenne sur le dispositif français émanant de la loi Sapin 2, v. D. Pollet-Panoussis, *La protection renforcée des lanceurs d'alerte dans le cadre de l'Union européenne*, préc.). Les modifications sont minimales mais nécessaires ; elles devraient permettre une protection accrue des lanceurs d'alerte.

Il est prévu que la directive européenne soit transposée d'ici le 15 mai 2021, ce qui implique un ajustement des procédures internes de recueil des signalements au sein des administrations à cette date. A peine élaborées, celles-ci doivent déjà être retravaillées ! « Vingt fois sur le métier, remettez votre ouvrage », écrivait le poète Nicolas Boileau (1636-1711). Cette citation n'a jamais été aussi vraie s'agissant de la mise en oeuvre des procédures internes de recueil des alertes au sein des administrations.

Mots clés :

FONCTION PUBLIQUE * Déontologie des agents publics * Lanceur d'alerte * Procédure de signalement

(1) Cette procédure n'est applicable qu'aux alertes professionnelles, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 8 décembre 2016, n° 2016-741 DC, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (AJDA 2016. 2404 )

(2) v. CEDH 12 févr. 2008, n° 14277/04 , AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss  : la Cour reconnaît que les agents de la fonction publique peuvent être amenés, dans l'exercice de leur mission, « à prendre connaissance d'informations internes, éventuellement de nature secrète, que les citoyens ont grand intérêt à voir divulguer ou publier » ; néanmoins, elle considère que la diffusion de l'information doit s'opérer « d'abord auprès [du] supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente », avant d'envisager la divulgation au public « en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement ».

(3) Les personnes morales de droit privé employant plus de 50 salariés sont également concernées par cette obligation.

(4) Parmi les sources qui ont servi à la rédaction de cette contribution, ont été utilisées des enquêtes réalisées par des étudiants de master dans le cadre de travaux de recherche : L. Boughagha, *La protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique* (Master 2 Professions juridiques et administratives, mémoire de fin d'année, prix du meilleur mémoire 2017-2018 par le C3RD) ; P. Suiveng et H. Duriez, *La mise en oeuvre de la procédure de recueil de signalement des alertes éthiques* (Master 1 Droit public, séminaire de recherche fondamentale). Je tiens à souligner la qualité de leur travail.

(5) v., par ex., Arr. du 29 juin 2018 relatif à la procédure de recueil des signalements d'alerte au ministère des affaires étrangères ; Arr. du 16 nov. 2018 relatif à la procédure de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au

sein du ministère de l'intérieur et du ministère chargé de l'outre-mer ; Arr. du 3 déc. 2018 relatif à la procédure de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein du ministère chargé de l'enseignement supérieur et de la recherche ; Arr. du 10 déc. 2018 relatif à la procédure de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein du ministère chargé de l'éducation nationale ; Arr. du 12 mars 2019 relatif à la procédure de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein du ministère de la culture ; Arr. du 3 mai 2019 relatif à la procédure de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des services placés sous l'autorité ou la tutelle du ministre chargé de l'agriculture.

(6) Hormis le cas de la fonction publique territoriale où l'employeur peut être l'autorité territoriale (v., not., le maire, le président du conseil départemental...), dans les autres hypothèses, l'employeur et le supérieur hiérarchique se confondent.

(7) Cette volonté de limiter le nombre d'interlocuteurs des agents et collaborateurs de l'administration est très nette puisque les référents déontologues exercent également fréquemment la fonction de référent laïcité (possibilité ouverte par la circulaire du 15 mars 2017 relative au respect de la laïcité dans la fonction publique). C'est par exemple le cas au sein des CDG de la Dordogne, du Lot-et-Garonne et de la Gironde, mais également du Doubs, du Jura, du Haut-Rhin, du Bas-Rhin, du Territoire de Belfort...

(8) Néanmoins, à raison du caractère sensible des signalements et de l'impératif respect de la confidentialité, la CNIL a précisé, dans sa délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017, que « dans tous les cas, les personnes chargées du recueil et du traitement des alertes professionnelles sont en nombre limité, spécialement formées et astreintes à une obligation renforcée de confidentialité contractuellement définie ».

(9) C'est notamment possible pour le référent alerte de la ville de Bordeaux, sur réquisition interne.

Copyright 2024 - Dalloz – Tous droits réservés