

Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte

Lanceurs d'alerte (Liberté d'expression et désobéissance civile)

Jean-Philippe Foegle et Serge Slama



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/628>

DOI : 10.4000/revdh.628

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Jean-Philippe Foegle et Serge Slama, « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 mars 2014, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/628> ; DOI : 10.4000/revdh.628

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte

Lanceurs d'alerte (Liberté d'expression et désobéissance civile)

Jean-Philippe Foegle et Serge Slama

- 1 Les lanceurs d'alerte ou, en langue anglaise, whistle-blowers (en référence à l'agent qui souffle dans son sifflet) sont définis par l'assemblée parlementaire du conseil de l'Europe (Résolution 1729 §1 (2010) Protection des « donneurs d'alerte ») comme « *toute personne soucieuse [sic] qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui* » (« *concerned individuals who sound an alarm in order to stop wrongdoings that place fellow human beings at risk* » - Resolution 1729 (2010), Protection of “whistle-blowers”). Qu'ils soient définis comme « sycophantes », « parrésiasites » ou en faisant appel à la figure millénaire d'Antigone contre Créon, les qualificatifs utilisés par les philosophes, les scientifiques ou sociologiques pour évoquer les lanceurs d'alerte convoquent de manière récurrente les figures tragiques de l'antiquité grecque. Il est vrai que l'action de ceux-ci, mettant en scène une **tension presque irréductible entre conscience personnelle de l'injustice et nécessité d'obéir aux lois et pouvoirs de la cité**, semble bien souvent ressusciter les schémas ancestraux de la tragédie grecque. Alors même qu'il existe depuis longtemps une protection des whistle-blowers dans certaines démocraties, en particulier aux Etats-Unis (le premier statut, le US False Claims Act a été adopté en 1863 pour combattre les fraudes commises par les fournisseurs de l'administration pendant la guerre de Sécession), **la notion est récente en droit français et même dans la langue française.**
- 2 L'expression « lanceur d'alerte » a été forgée dans les travaux sociologiques de Francis Chateauraynaud et Didier Torny (*Les Sombres précurseurs: Une Sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Éditions de l'EHESS, 1999) et elle été popularisée par le chercheur André Cicoella, lui-même lanceur d'alerte (André Cicoella et Dorothée Benoit-Browaëys, *Alertes Santé*, Fayard, 2005). **La création de cette notion visait expressément à la**

séparer de celles, connotées péjorativement, de « dénonciateur » ou de « délateur ». Si le terme de lanceur d'alerte a intégré le *Grand dictionnaire terminologique* de l'Office québécois de la langue française, il n'a pas encore intégré les dictionnaires français comme *Le Robert* (Jean-François Sablayrolles, « Alain Rey, vocabuliste français » in François Gaudin (éd.), Éditions Lambert-Lucas (collection « La Lexicothèque »), 2011, p. 87). C'est avec l'affaire Chelsea (anciennement Bradley) Manning et surtout avec l'affaire Snowden que l'expression a franchi l'Atlantique (et la Manche) en faisant la une des médias (Corine Lesnes, « Ed Snowden, le "lanceur d'alerte" qui défie Barack Obama », *Le Monde*, 10 juin 2013 ; Philippe Bernard, « Les "whistleblowers", une tradition américaine de dénonciation civique », *Le Monde*, 10 juin 2013).

- 3 Très peu de travaux juridiques en langue française sont consacrés à cette notion (Francis Chateauraynaud, « Les lanceurs d'alerte et la loi », *Experts*, n° 83, 2009, pp. 44 -47 ; Christine Noiville, Marie-Angèle Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Natures Sciences Sociétés*, 2006/3 vol. 14, pp. 269 -277). On trouve néanmoins quelques travaux **en droit du travail** (Olivier Leclerc, « La protection du salarié lanceur d'alerte », in Emmanuel Dockès (Ed.), *Au coeur des combats juridiques*, LGDJ, 2007 ; Paul-Henri Antonmattei, Paul Vivien « Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », *Rapport remis au Ministre du travail Gérard Larcher*, La Documentation française, mars 2007) **ou plus largement en droit privé** (Marie Dupisson-Guihéneuf, *Le droit d'alerter. Étude sur la protection de l'intégrité physique des personnes*, Thèse de droit privé, soutenue le 20 novembre 2013 à l'Université de Nantes, sous la direction du Pr Rafael Encinas de Munagorri. V. le résumé : RDLF 2014, thèse n° 08).
- 4 **Les travaux sur les lanceurs d'alerte dans la fonction publique sont encore plus rares en France** (v. toutefois, issu d'un mémoire de M2 contentieux publics à Paris 1 : Stephen Pringault, « L'obligation de réserve des agents publics face au devoir de dénonciation d'infractions pénales. Une inadaptation du droit français à la problématique du *whistleblowing* », *DA* 2012, étude 8) alors qu'ils sont légions outre-atlantique (v. notamment Robert J. McCarthy, « Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers », *William and Mary policy review*, 184 (2012); Terry Morehead Dworkin, « SOX and Whistleblowing », *Michigan Law Review*, 2007, p. 1757-1780; Richard Moberly, « Sarbanes-Oxley's Whistleblower Provisions—Ten Years Later », *SCL Rev.*, 2012, vol. 64, p. 1, 39).
- 5 Le *whistleblowing* – que certains membres du Conseil d'Etat préfèrent appeler « **signalement** » (Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2006) – n'a, jusqu'ici, pratiquement pas droit de cité dans la fonction publique française. Pourtant **la tension entre nécessaire obéissance et conscience éthique apparaît particulièrement topique dans la fonction publique**. Si les lois « Le Pors » de 1983-1984 portant statut général de la fonction publique avaient voulu instituer un « *fonctionnaire-citoyen* » (Geneviève Koubi, « Réflexions sur la qualité de fonctionnaire citoyen », in *Les Petites Affiches*, 29 juillet 1988, p. 2.), la fonction publique contemporaine n'en reste pas moins **largement structurée par le principe hiérarchique hérité notamment de l'époque napoléonienne**. Parallèlement, on assiste aussi à une multiplication des hypothèses légales dans lesquelles **la dénonciation devient une obligation** (Danièle Lochak, « La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ? », in *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, 1996, p. 451-470) qui place souvent les fonctionnaires face à un dilemme lorsqu'ils ont connaissance de faits délictuels ou criminels dans le

cadre de leur service. Faut-il, en toutes circonstances, « *faire preuve de discrétion professionnelle* » (article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) ou, au contraire, donner systématiquement « *avis sans délai au procureur de la République* » de faits délictueux (article 40 du Code de Procédure Pénale) ?

- 6 Ces injonctions prévues par deux textes de même niveau hiérarchique apparaissent **irréductiblement contradictoires**. Entre obéissance au supérieur au mépris de la conscience et signalement au risque de soi, le choix apparaît cornélien. Pour seule réponse, le Conseil d'Etat rappelle dans sa décision de non-lieu qu'en vertu de l'article 26 de la loi de 1983 **le fonctionnaire peut demander à être « délié de son obligation de discrétion professionnelle par décision de l'autorité hiérarchique dont il dépend »** (décision commentée, cons. 3). Mais **dans bien des cas l'alerte éthique est faite contre la hiérarchie administrative** ou en tout cas en réaction à sa passivité (v. pour une illustration parmi beaucoup d'autres à propos d'une fonctionnaire du Conseil général des Hauts-de-Seine dénonçant des marchés truqués : « La colère d'une ancienne fonctionnaire des Hauts-de-Seine », *France inter*, 12 novembre 2012). Or pour être délié du principe d'obéissance hiérarchique il est nécessaire de démontrer non seulement que l'ordre est manifestement illégal mais aussi **qu'il est de nature à porter gravement atteinte à un intérêt public ou à un service public** (CE, 10 nov. 1944 *Langneur*, Rec. CE 1944, p. 288 ; D. 1945, p. 89, concl. Chénot).
- 7 Dans l'affaire commentée, dont l'un des derniers actes de cette tragi-comédie policière s'est joué le 5 février 2014 sur les planches du Palais-Royal. Le héros, Philippe Pichon, est un commandant de police, au profil atypique. Entré dans la police en 1991 comme officier de paix, il intégra en 2000 l'Institut des hautes études de la sécurité intérieure (IHESI), comme chargé de recherches, et dirigea notamment une étude de sciences sociales sur les Tsiganes et gens du voyage. De la même manière que Jean-Hugues Matelly, chef d'escadron de la gendarmerie nationale (CE, 12 janvier 2011, M. Matelly, n° 338461 – ADL du 13 janvier 2011 par S. Slama ; Cour EDH, 5^e Sect. Déc. 15 septembre 2009, Matelly c. France, Req. n° 30330/04 – ADL du 2 octobre 2009), il a participé à une étude sociologique sur la performance des services de sécurité publique qui a pu agacer la Place Beauvau. Il est également l'auteur de plusieurs romans et autres livres, notamment le *Journal d'un flic* paru en mars 2007 chez Flammarion. C'est à cette époque qu'il **alerta sa hiérarchie sur les dysfonctionnement du STIC**, considéré comme une véritable « *casier judiciaire bis* » recensant plus de 5 millions de suspects et 28 millions de victimes, soit plus de la moitié de la population française, alors qu'il est truffé d'erreurs et de données obsolètes (Rapport CNIL, 2011, p. 15 ; Jean-Marc Manach, « En 2008, la CNIL a constaté 83 % d'erreurs dans les fichiers policiers », *Bugbrother*, 21 janvier 2009). Au moment du scandale autour du fichier EDVIGE, il communique à un journaliste les fiches STIC de deux personnalités, Djamel Debbouze et Johnny Hallyday - publiées avec l'accord des agents des intéressés (Xavier Monnier, « Tous fichés, même les potes de Nicolas Sarkozy », *Bakchich*, 06 octobre 2008). Même si 610 fonctionnaires de police avaient interrogé le STIC au sujet de l'humoriste et 543 au sujet du chanteur, l'inspection générale de la police nationale ne tarda pas à remonter au commandant de police qui avait dénoncé les dysfonctionnements du STIC (Jean-Marc Manach et Guillaume Dasquié, « Un flic pourfend le système », *OWNI*, 18 octobre 2011 ; J-M. Manach, « Le mauvais procès du gardien de la paix », *OWNI*, 22 mai 2012).

- 8 **Parlant d'un « geste citoyen » et « désintéressé », il revendiqua dès lors le statut de lanceur d'alerte.** Comme l'écrivent plusieurs personnalités, membres de son comité de soutien, « le commandant Pichon a voulu alerter l'opinion publique des dangers qu'encouraient les citoyens et justiciables dont les faits et gestes consignés dans ce fichier les rendent toujours suspects, même ceux qui estiment n'avoir rien à se reprocher » (Christian Bourdet, Hélène Franco, Virginie Gautron, Suzanne Hermance, Xavier Lameyre, Frédéric Ocqueteau, « Le commandant Philippe PICHON doit être réintégré dans la Police nationale ! », *Libération* du 30 novembre 2012. V. aussi de nos collègues Frédéric Ocqueteau et Virginie Gautron, « Le commandant Pichon, victime du STIC « Il faut soutenir le policier Pichon, courageux lanceur d'alerte » », *Libertés surveillées*, 25 novembre 2011). Cette argumentation laissa néanmoins insensible la hiérarchie policière. Par note de service du 30 mai 2008, son commissaire l'a, en dehors de toute procédure, changé de poste en lui confiant les fonctions de chef de l'unité d'assistance administrative et judiciaire la circonscription de Meaux (c'est-à-dire l'a placardisé). Mis en examen des chefs de violation du secret professionnel, d'accès frauduleux à un système automatisé de données et de détournement d'information à caractère personnel de leur finalité, il a été placé sous contrôle judiciaire par une ordonnance du 17 septembre 2008 du juge d'instruction du tribunal de grande instance de Paris, avec interdiction d'exercer toute activité de police, modifiée par une ordonnance du 29 mai 2009 du même juge l'autorisant à exercer des fonctions de police administrative et judiciaire avec toutefois l'interdiction de consulter le STIC. A titre conservatoire, il a été suspendu de ses fonctions par décision du 16 décembre 2008 du ministre de l'intérieur. A l'issue de la procédure disciplinaire, le même ministre lui a infligé le 24 mars 2009 la **sanction de la mise à la retraite d'office**.
- 9 Les trois décisions administratives ont été contestées par la voie d'une requête en annulation. Si par décision du 8 décembre 2011, le tribunal administratif de Melun a partiellement fait droit à ses conclusions en annulant la mutation-sanction de Coulommiers à Meaux du 30 mai 2008 car elle a été prise à l'issue d'une procédure irrégulière (sanction déguisée), il a en revanche confirmé la suspension provisoire et surtout la mise à la retraite d'office à 42 ans (TA de Melun, 08 décembre 2011, Philippe Pichon, n° 0807648). Cette décision a été confirmée par la Cour administrative d'appel de Paris le 16 juin 2013. C'est donc à l'occasion du pourvoi en cassation qu'a été déposée la QPC sur laquelle a été rendue la décision commentée.
- 10 Poursuivi parallèlement devant le tribunal correctionnel pour violation de secret professionnel, l'intéressé a été condamné le 22 octobre 2013 à **une peine de 1 500 euros avec sursis**, le tribunal constatant que les faits qui lui sont reprochés sont partiellement motivés par les convictions d'intérêt public et ne prononçant aucune peine complémentaire d'interdiction professionnelle. Devant cette juridiction son avocat, Me Bourdon, avait également déposé une QPC contre l'article 226-13 du code pénal qui protège le secret professionnel en estimant que la disposition ne définit pas de manière suffisamment claire et précise la notion d'information à caractère secret. La Cour de cassation a néanmoins prononcé un non-lieu au renvoi en l'estimant non suffisamment sérieuse (Cass, crim., arrêt n° 4881 du 5 septembre 2012, n° 12-90.045).
- 11 Refusant lui-aussi le renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat juge la question posée « *non sérieuse* », estimant que le législateur, en ne prévoyant la possibilité pour un fonctionnaire d'être délié de son obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de leur autorité hiérarchique n'a ni renvoyé au pouvoir réglementaire la détermination des modalités d'exercice de la liberté de communication par ceux-ci

(cons. 3) , ni privé de garanties – notamment procédurales – l'exercice de ladite liberté (cons. 4). Or, et le rapporteur public l'avait en partie reconnu, **il y a là une véritable question de droit, liée aux garanties de nature législative entourant la pratique de l'« alerte éthique », ce qui nous fera douter de la pertinence de cette décision de non renvoi.**

- 12 La décision révèle non seulement les lacunes et le caractère balbutiant de la protection législative des lanceurs d'alerte de la fonction publique (1°) – surtout au regard des standards internationaux en la matière (2°) – mais aussi les difficultés auxquelles sont confrontés les juges s'agissant de la délicate conciliation entre devoir de réserve et obligation de dénonciation (3°)

1°/- La protection législative lacunaire et balbutiante des lanceurs d'alerte de la fonction publique

- 13 Jusqu'à l'intervention de la loi 2013-1117 du 6 décembre relative à la fraude fiscale et la grande délinquance économique, les dispositifs législatifs de protection de l'alerte restaient très embryonnaires et éclatés (A). Et si dans une période récente a été adoptée une législation plus générale érigeant un statut du lanceur d'alerte dans la fonction publique il reste essentiellement circonscrit à la dénonciation des crimes et délits et à la prévention des conflits d'intérêt (B).

A – Le caractère embryonnaire et éclaté des dispositifs de protection de l'alerte

- 14 En prévoyant que le fonctionnaire ne peut être délié de son obligation de discrétion que « dans les cas expressément prévus par la réglementation en vigueur » ou « par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent », l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires a semblé, aux yeux du requérant, renvoyer au règlement les garanties essentielles d'exercice d'une liberté garantie par la Constitution. **La question générale posée aux juges du Palais-Royal était donc liée à l'incompétence négative du législateur, qui, rappelons peut être invoquée à l'appui d'une QPC dès lors qu'est en jeu droit ou une liberté que la Constitution garantit** (Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-5 QPC, SNC Kimberly Clark [Incompétence négative en matière fiscale]).
- 15 On aurait pu imaginer une incompétence négative **dans le champ de la résistance à l'oppression**, qui est un des quatre droits « naturels et sacrés » de l'homme en vertu de l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Mais on sait que si ce droit a une valeur constitutionnelle (Cons. constit., décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, cons. 13) il n'existe aucune jurisprudence venant l'appliquer positivement (v. pour une vaine tentative de faire consacrer la portée de cette disposition : Saisine par 60 sénateurs - Décision n° 2012-652 DC du 22 mars 2012 *Loi relative à la protection de l'identité* et ADL du 20 avril 2012 d'Hubert Lesaffre).
- 16 Mais, le requérant a pris le parti de se placer **sur le terrain, plus assuré, de la liberté de communication découlant de l'article 11 de la DDHC et dont le législateur se doit de fixer « les garanties fondamentales »** (Cons. const., DC 86-217 du 18 septembre 1986, Loi relative à la liberté de communication, cons. 4). Le législateur, en prévoyant la possibilité pour un fonctionnaire d'être délié de son obligation de discrétion professionnelle

uniquement sur décision de l'autorité hiérarchique dont il dépend, a-t-il entouré de garanties suffisantes l'exercice par les fonctionnaires de la liberté de communication ? Le Conseil d'Etat **écarter ici cette argumentation**, jugeant que ces dispositions, contrairement à ce que soutenait le requérant, « ne renvoient pas à un règlement la détermination de leurs modalités d'application », pas plus qu'elles n'autorisent le pouvoir réglementaire à « fixer les modalités d'application de la règle qu'il a édictée » (cons. 3).

- 17 La présente décision ne met pas moins en évidence le **caractère lacunaire de la protection de l'alerte dans la fonction publique**, ce que l'ONG Transparency International a qualifié de « **malentendu français** » (Transparency International France, « Alerte éthique et service public : un malentendu français ? », octobre 2010). Schématiquement, **on peut recenser trois formes de protection de l'alerte dans la législation actuelle**¹ :
- 18 En premier lieu, il existe depuis 1995 (article 5-6 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982) un **droit de retrait** consacré au bénéfice des agents de l'Etat qui se trouvent dans une situation professionnelle présentant un danger grave et imminent pour leur santé physique (v. la définition dans la circulaire DGCL-FPT3/2000 n° 576/DEP du 9 octobre 2001). La jurisprudence a néanmoins une appréhension assez restrictive de ce droit. Ainsi, par exemple, ne justifient pas son exercice ni les agissements éventuellement constitutifs de harcèlement moral (CE, 16 déc. 2009, Touati c/ min. Défense, n° 320840 ; AJDA 2010, p. 506, concl. N. Boulouis) ni l'agression d'un chauffeur sur une ligne de bus dès lors que l'employeur a pris immédiatement des mesures pour assurer la sécurité sur la ligne (CAA Paris, 26 avr. 2001, V., n° 99PA35411). Le droit de retrait pour être précédé de la mise en oeuvre d'un droit d'alerte, seconde forme d'alerte.
- 19 En effet, en second lieu, s'il existe un motif raisonnable de penser qu'une situation de travail présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ou qu'il existe une défectuosité dans les systèmes de protection, l'agent public est **en droit d'alerter** immédiatement l'autorité administrative compétente et se retirer face à cette situation. Lorsqu'un agent met en oeuvre ce droit, une réunion du comité d'hygiène et de sécurité doit être organisée. Dans le cas où le droit de retrait est exercé sans que l'autorité administrative soit préalablement et immédiatement avisée, la mise en oeuvre est illégale (article 12 du décret n° 2011-774 du 28 juin 2011 modifiant l'article 5-6 du décret de 1982). L'autorité administrative est alors en droit de procéder à une retenue sur le traitement pour absence de service fait (TA Melun, 13 juill. 2012, n° 1004142/11 ; AJFP sept.-oct. 2012, p. 236). Le droit doit s'exercer de telle manière qu'il ne puisse pas créer pour autrui une nouvelle situation dangereuse, grave et imminente.
- 20 Droits individuels, ces droits d'alerte et de retrait peuvent également s'exercer de concert avec d'autres agents. Toutefois est illégale une grève déclenchée dans ce contexte pour faire pression sur l'autorité publique (v. pour une illustration de reconnaissance du droit de retrait sur une période de 3 jours : CE, 2 juin 2010, min. Educ. nat. c/ Fuentes, n° 320935, AJFP 2010. 309, obs. J. M. ; AJDA 2010. 2157, note N. Guillet).
- 21 En troisième lieu, sous l'influence du droit de l'Union européenne (directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail), le statut général prévoit qu'« aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire » qui **a témoigné ou relaté d'agissements constitutifs** soit de distinction, directe ou indirecte,

en raison de **certains motifs de discrimination prohibés** (article 6 loi de 1983 modifié par l'article 4 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012), soit de **distinctions entre hommes et femmes** (article 6bis de la loi du 13 juillet 1983), soit de **faits de harcèlement sexuel** (article 6 ter de la loi de 1983 modifié par l'article 8 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012), soit de **faits de harcèlement moral** (article 6 quinquies de la loi de 1983 modifié par l'article 6 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005)². La multiplication et l'éclatement de ces régimes d'alerte ne sont d'ailleurs pas la panacée pour lutter efficacement contre ces agissements discriminatoires ou ces faits de harcèlement : il serait plus judicieux de réfléchir à leur unification et cette unification pourrait se faire sous la bannière d'un statut général du lanceur d'alerte.

B – L'esquisse d'un statut du lanceur d'alerte limité aux crimes et délits et conflits d'intérêt

- 22 Influencée par *Transparency international France* (« Cumul des mandats, prévention des conflits d'intérêts : Transparency France apporte son soutien aux propositions de la Commission Jospin qui se situent à la hauteur des enjeux », Communiqué, 9 novembre 2012 ; Myriam Savy, « La loi sur la transparence va « restaurer la confiance dans les élus », *Libération*, 20 juin 2013), la Commission Jospin a proposé dans son rapport la « mise en place d'un dispositif d' "alerte éthique" » au sein de la fonction publique. Si, compte tenu de l'objet de la mission, cette proposition était circonscrite à la seule prévention des conflits d'intérêts, rétrospectivement ce rapport aura été un élément déterminant dans la prise de conscience de la nécessité d'instaurer un tel dispositif. La proposition n° 35 visait à en effet instaurer « un mécanisme de signalement » ouvert à « toute personne », agents publics ou citoyens, afin d'adresser « une alerte aux déontologues des institutions et administrations dont relèvent les acteurs publics particulièrement exposés au risque de conflits d'intérêt, dès lors qu'elle identifierait un conflit d'intérêts, potentiel ou avéré, mettant en cause l'un de ces acteurs. En cas d'absence de réponse du déontologue, l'Autorité de déontologie pourrait être directement saisie ». Le rapport précisait qu'il ne s'agirait pas d'une procédure à coloration pénale comme l'article 40 du CPP. En outre, même si elle est consciente du risque d'alertes « fantaisistes ou manifestement infondées », la mise en place d'un tel dispositif est de nature à contribuer positivement à la rénovation de la vie publique (Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, Pour un renouveau démocratique, Rapport au Président de la République, nov. 2012, proposition 35, pp. 106-107).
- 23 Adoptée dans le contexte de l'affaire Cahuzac³, la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 change en partie la donne, en créant un article 6 ter A au sein de la loi de 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires. Ainsi, de manière inédite, est instituée une protection générale des lanceurs d'alerte incluant tous les agents publics. Calqué sur le modèle des dispositifs suscités contre les agissements discriminatoires ou les faits de harcèlement, cet article 6 ter A prévoit qu' « aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation » ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire ou d'un agent non titulaire de droit public, qui aurait « relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». Comme pour les dispositifs de lutte contre les discriminations, la disposition prévoit également un partage de la charge de la preuve en cas de litige, puisque « dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits

constitutifs d'un délit ou d'un crime » il incombe désormais à l'administration de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. »⁴.

- 24 Un autre élément essentiel de cette loi réside dans la mise en place, pour la première fois dans la fonction publique, d'un canal spécifique en vue de permettre le traitement effectif de l'alerte. Est ainsi créé un article 40-6 du Code de procédure pénale prévoyant que « *La personne qui a signalé un délit ou un crime commis dans son entreprise ou dans son administration est mise en relation, à sa demande, avec le service central de prévention de la corruption [ci après « SCPC »] lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service* ».
- 25 Prolongeant les préconisations de la commission « Jospin », ainsi que celles de la Commission « Sauvé » (Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011) ainsi qu'une partie de celle du SCPC (Rapport annuel du Service Central de Prévention de la Corruption pour l'année 2011, chapitre V), un projet de loi n° 1278 relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires prévoit d'étendre ces signalement à la prévention des conflits d'intérêt. Seraient désormais, de la même manière, considérés comme nuls les mesures de rétorsion prises à l'encontre d'un lanceur d'alerte en considération du fait que celui-ci a « *relaté aux autorités judiciaires ou administratives de faits susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, ou témoigné de tels faits auprès de ces autorités, dès lors qu'il l'a fait de bonne foi et après avoir alerté en vain son supérieur hiérarchique* » (futur article 25ter I. de la loi de 1983). La charge de la preuve serait également, sur le même modèle, partagée. Est toutefois prévue explicitement que les lanceurs d'alerte ayant « *de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés* » seront passibles de poursuites et pourront subir les peines prévues au titre de la dénonciation calomnieuse du premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal (article 25 ter III.). Même si ce risque de poursuites apparaît comme une épée de Damoclès sur la tête du lanceur d'alerte il semble un mal nécessaire pour éviter les alertes abusives. Le schéma adopté n'est cependant pas totalement satisfaisant car en cas de risque de conflit d'intérêt l'agent public doit d'abord s'en remettre à son supérieur hiérarchique puis il bénéficie d'une immunité disciplinaire s'il se confie aux autorités judiciaires et administratives.
- 26 Ces évolutions constituent indéniablement un important pas en avant dans la protection du lanceur d'alerte dans la fonction publique. Toutefois en se contentant d'étendre aux conflits d'intérêt le mécanisme d'alerte de l'article 40 du CPP et en développant un régime de protection et de partage de la charge de la preuve au bénéfice des fonctionnaires dénonçant des crimes ou des délits, le législateur français reste au milieu du gué : en effet il n'instaure ni protection générale du lanceur d'alerte ni protection de l'alerte elle-même, ni surtout de mécanisme d'évaluation de celle-ci. Pourtant l'analyse des mécanismes étrangers et des standards internationaux de protection des lanceurs d'alerte montre combien il est important de protéger non seulement le lanceur d'alerte mais également l'alerte elle-même.

*

2°/- Les insuffisances du dispositif français d'alerte face aux standards internationaux

27 Même avec les avancées décrites préalablement, l'état du droit actuel du dispositif français d'alerte dans la fonction publique reste insuffisant au regard des standards internationaux. En effet, celui-ci ne prévoit qu'une protection sectorielle composée de l'adjonction de dispositions sans vision d'ensemble, ce qui le rend peu transparent et peu lisible par les éventuels lanceurs d'alerte. Or, l'existence d'une approche globale (*global approach*) du phénomène et la mise en place d'une législation complète (*comprehensive legislation*) fait partie, aux yeux de nombreux membres de la doctrine, de l'un des éléments-clés d'une législation efficiente en matière de promotion du *whistleblowing* (David Lewis. "Arbitrary legal protection will only deter whistleblowers." *Nursing Standard* 27.39 (2013) : 31-31.). Une protection complète en la matière passe en effet par une définition précise et suffisamment large des faits pouvant être dénoncés sans crainte de sanctions (A), ainsi que des procédures à suivre pour bénéficier d'une protection (B).

A – Une couverture incomplète du champ des faits susceptibles de permettre un déclenchement d'alerte.

28 Le champ des faits couvert par la législation actuelle reste principalement lié aux hypothèses de corruption au sens large, soit une **approche bien en deçà de ce que prévoient les standards internationaux**. La Cour européenne des droits de l'homme considère notamment que les sanctions prises à l'encontre de magistrats ou de salariés d'organismes publics ou privés qui ont divulgué des informations « *que les citoyens ont un grand intérêt à voir publier ou divulguer* » constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme (CEDH, 12 février 2008, Guja c. Moldavie, n° 14277/04, §71 ; voir, sur cet arrêt : Valérie Junod, « La liberté d'expression du whistleblower », *RTDH*, n° 2009/77, p. 227) Dans l'affaire Heinisch contre Allemagne, la Cour a considéré que « *l'intérêt public à être informé des défaillances [dans la délivrance de soins par l'Etat] était d'une telle importance dans une société démocratique qu'il devait prévaloir sur la réputation et les intérêts commerciaux de cette dernière* » (CEDH, 21 juillet 2011, Heinisch c/Allemagne, n° 28274/08).

29 La notion de « *bonne foi* » du porteur d'alerte apparaît quant à elle problématique dès lors que la légitimité d'un déclenchement d'alerte **ne tient pas tant à un élément subjectif – l'intention du lanceur d'alerte – qu'à un élément objectif, l'intérêt pour la société de la divulgation de l'information en question**. Au Royaume-Uni, c'est d'ailleurs pour cette raison que l'article 18 de l'Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013 a **supprimé**, au sein du "Public Interest Disclosure Act" de 1998, la condition de "bonne foi" du lanceur d'alerte (Emma Game, « Blowing the whistle : what are your rights ? », in *British Journal of Neuroscience Nursing*, 2014, vol. 10, no 1, p. 46-47.)

30 A défaut, comme le propose un rapport du Conseil de l'Europe, un signalement de « *bonne foi* » devrait être défini « *comme un signalement ayant été fait « honnêtement* », et les auteurs de signalements devraient être présumés de bonne foi **jusqu'à preuve du contraire** » (Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des*

informations dans l'intérêt public, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40).

- 31 En outre **l'immunité doit être intégrale** : non seulement le lanceur d'alerte reconnu de bonne foi ne doit pas pouvoir faire l'objet de mesures de rétorsion au sein de la fonction publique mais il doit aussi être mis à l'abri des poursuites pénales et civiles (diffamation, dénonciation calomnieuses, violation du secret professionnel, atteinte au droit d'auteur, etc.). Comme on le constate dans l'affaire Pichon il est fréquent que le lanceur d'alerte dans la fonction publique subisse à la fois des poursuites disciplinaires et des poursuites pénales. Cela a aussi été le cas de Sihem Souid qui pour avoir dénoncé le sexisme et l'homophobie dans son service de la police aux frontières a été révoquée 18 mois de la fonction publique (« La policière auteur d'un livre polémique exclue 18 mois dont 12 mois avec sursis », 24 mai 2011 ; « La justice [administrative] maintient la sanction de la policière auteure d'un livre critique », *AFP*, 13 août 2011 ; TA Paris, 13 juill. 2011, Souid, n° 10211146/5-1) mais aussi poursuivie et condamnée pour diffamation (« L'auteur d'« Omerta dans la police » condamnée [pour diffamation] à une amende avec sursis », *AFP* 8 octobre 2013). Elle est désormais chargée de mission au service de l'accès au droit et de l'aide aux victimes auprès de Christiane Taubira. Et rappelons qu'il a fallu six années à Andre Cicoella, l'un des premiers promoteurs du statut de lanceur d'alerte en France, pour faire reconnaître le caractère abusif de son licenciement (Cass, soc., 11 octobre 2000, Institut national de recherche et de sécurité (INRS), n° 98-45276).

B – Une protection défaillante des processus d'alerte

- 32 La protection des lanceurs d'alerte **ne peut se passer d'une protection des processus d'alerte eux-mêmes**. Cela permet aux personnes déclenchant l'alerte **de voir la légitimité de leur signalement reconnue** par une autorité extérieure à sa hiérarchie et qui a une légitimité scientifique ou technique pour évaluer la crédibilité de l'alerte. En outre, il faudrait que le porteur d'alerte ait à sa disposition une **palette suffisamment large de moyens de signaler un fait** jugé dangereux ou répréhensible. Si la mise en relation – qui ne reste qu'une faculté – du lanceur d'alerte avec le SCPC prévue par l'article 40 alinéa 6 du code de procédure pénale va dans le bon sens, le mécanisme institué par ce nouvel article ne protège les lanceurs d'alerte qu'en cas de signalement auprès de l'autorité judiciaire ou du SCPC. C'est un mécanisme bien plus large qu'il faudrait mettre en œuvre. L'affaire Snowden a montré que l'utilisation d'**autres canaux** – notamment le signalement à la presse – peuvent être indispensables dans certains cas pour **obliger les pouvoirs publics à réagir à un déclenchement d'alerte et mettre fin à un fait dangereux ou répréhensible pour l'Etat de droit et la démocratie** (« Edward Snowden, Whistle-Blower », *Edito, New-York times*, January 1, 2014)⁵.
- 33 Dans l'état actuel du droit, en France, comme aux Etats-Unis⁶, un signalement à une autre autorité que sa hiérarchie ou l'autorité judiciaire serait contraire au devoir de réserve du fonctionnaire. Il existe seulement des exceptions au bénéfice du Défenseur des droits (article 20 de loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011) et du Contrôleur général des lieux de privation de liberté (v. l'article 8 de la loi n° 2007-1545 du 30 octobre 2007 et le renforcement envisagé de ses pouvoirs) dans l'exercice de leurs missions respectives.
- 34 **Cette approche tranche avec l'approche prévue, au Royaume-Uni, par le “Public Interest Disclosure Act”**, qui apparaît aux yeux de nombre de chercheurs comme l'un des textes protégeant le mieux les lanceurs d'alerte (Wim Vanderckove, Dave Lewis (dir.),

“Whistleblowing and democratic values.”, International Whistleblowing Research Network, 2011). Celui-ci ouvre en effet aux lanceurs d'alerte un **nombre important et non limitatif de canaux de signalement**, protégeant en outre également les individus s'exprimant dans la presse dès lors que ceux-ci n'avaient, **faute de réaction de pouvoirs publics, pas d'autre moyens pour faire aboutir leur signalement** Cette “gradation” dans l'utilisation des canaux d'alerte apparaît en outre plus **conforme à la jurisprudence européenne**, qui prévoit que la diffusion des informations s'opère « d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente » , avant d'envisager la divulgation au public « en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement » (Cour EDH, 12 février 2008, GUJA c. Moldavie, § 142).

- 35 Plus largement, comme le relève un rapport du Conseil de l'Europe, le législateur sur les lanceurs d'alerte devrait « **couvrir les avertissements ou les signalements sur toute violation d'une obligation légale, y compris une violation des droits de l'homme** » ainsi que « d'autres questions présentant un intérêt public, même si aucune violation de la législation n'est établie, parmi lesquelles les erreurs judiciaires, les risques pour l'environnement, l'atteinte à la santé ou à la sécurité publique, les graves erreurs de gestion, le gaspillage évident de fonds publics et l'abus de pouvoir » (Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », Rapport préc.). Ce rapport recommande également d'étendre l'alerte **au-delà du seul périmètre de la fonction publique et de ses agents**⁷. En ce sens la Cour suprême des Etats-Unis vient de rendre une décision **étendant aux contractants et sous-traitants d'une compagnie publique la protection accordée par le Sarbanes-Oxley Act de 2002 aux employés de l'administration** (Lawson v. FMR LLC, No. 12-3, 2014 BL 57958 (U.S. Mar. 04, 2014)). Dans l'opinion majoritaire, rendue à une majorité de 6 juges contre 3, la juge Ginsburg illustre son propos en prenant le personnage incarné par George Clooney dans *Up in the Air* (Geoffrey Rapp, Opinion analysis : Coverage of SOX whistleblower protection is no longer *Up in the Air*, SCOTUSblog, Mar. 5, 2014). Bien loin de permettre au Conseil constitutionnel d'atteindre cette hauteur de raisonnement juridique et cinématographique, le Conseil d'Etat a au contraire fait barrage à la transmission de la QPC en opérant lui-même une conciliation entre obligation de réserve (apparue avec CE, 11 janv. 1935, Bouzanquet) et devoir de dénoncer.

*

3°/- Une délicate conciliation jurisprudentielle entre obligation de réserve et devoir de dénoncer

- 36 En l'absence de garanties législatives suffisantes, l'état actuel du droit renvoie au juge le soin d'opérer une délicate articulation d'injonctions contradictoires. En effet, les textes épars énonçant un devoir – mais également un droit – de désobéissance apparaissent **peu compatibles avec les obligations déontologiques d'une fonction publique** essentiellement structurée par le principe hiérarchique (A) **La faible justiciabilité du « droit à la désobéissance » du fonctionnaire** rend illusoire l'exercice de ce droit, qui semble devoir dès lors, trop souvent, devoir céder le pas lorsqu'il se trouve confronté aux nécessités du sens hiérarchique (B).

A – Droit à la désobéissance et discipline du fonctionnaire : des exigences contradictoires

- 37 En l'état actuel, le droit de la fonction publique apparaît structurellement incompatible avec le déclenchement d'alerte en raison d'au moins trois obligations déontologiques contradictoires, en apparence, avec la pratique du déclenchement d'alerte. La première est l'obligation d'obéissance hiérarchique, qui impose à l'agent de respecter et d'appliquer les ordres de ses supérieurs, semble fondamentalement contraire à la « *logique d'insoumission* » qui structure la notion de déclenchement d'alerte, dans laquelle les ordres des supérieurs doivent en permanence se trouver questionné (Olivier Leclerc. "La protection du salarié lanceur d'alerte.", *article préc.*).
- 38 Or comme l'explique Danièle Lochak, le « *sens hiérarchique est le résultat d'une inculcation silencieuse, d'un conditionnement diffus mais efficace ; il s'exprime dans le réflexe hiérarchique qui commande la conduite des agents à tous les niveaux de la hiérarchie administrative ; il se perpétue grâce au bien-être, au confort psychologique que procure le système qui l'a engendré* » (Danièle Lochak, « Le sens hiérarchique » in *Psychologie et Science administrative, Cahiers du CURAPP*, 1985, p.147). Ce conditionnement du fonctionnaire à l'obéissance hiérarchique et au devoir de réserve rend particulièrement difficile d'un point de vue psychologique la possibilité d'adopter la posture du briseur des chaînes hiérarchiques afin de donner l'alerte (sur la thématique de la désobéissance civile v. D. Lochak, « Désobéir à la loi » in *Etudes en l'honneur de Jacques Mourgeon, Pouvoirs et liberté*, Bruylant, 1991, p. 98 ; R. Encinas de Munagorri, « La désobéissance civile : une source de droit ? », *RTD civ.* 2005. 73 ; David Hiez, Bruno Villalba (dir.), *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Presses Universitaires du Septentrion, 2008).
- 39 La seconde est l'obligation de se conformer au secret professionnel (art. 26, al. 1er de la loi du 13 juillet 1983.), défini comme l'obligation faite à tout agent public de ne pas révéler à autrui des renseignements confidentiels recueillis dans l'exercice de ses fonctions sur des personnes ou des intérêts privés. Or, en ce que les « *agissements pouvant représenter un risque pour autrui* » sont susceptibles de se confondre avec des faits couverts par le secret professionnel, dont le non-respect est sanctionné par l'article 226-13 du code pénal, la conciliation entre respect du secret et dénonciation de faits délictueux peut apparaître difficile voire impossible.
- 40 La dernière obligation déontologique, qui pose sans doute le plus de difficultés, est celle du devoir de discrétion professionnelle. Ce sont « *les secrets de l'administration qui sont ici protégés* » (Samuel Dyens, « La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-elles compatibles ? », *AJCT*, 19 novembre 2012). Or, ce sont précisément ces « *secrets* » qui sont concernés lorsqu'un agent va « *signaler aux autorités compétentes toute preuve, allégation ou soupçon d'activité illégale ou criminelle concernant la fonction publique dont il ou elle a connaissance dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* » (Conseil de l'Europe, Recommandation du conseil des ministres n° R(2000) 10 du 11 mai 2000 relative au code de conduite pour les agents publics des États membres, § 12.5)
- 41 A l'inverse, la question du déclenchement d'alerte semblait et semble toujours pouvoir s'envisager sous l'angle, unilatéral, de l'obligation de dénoncer, et non du droit de donner l'alerte. En effet, l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale – décliné dans d'autres codes en diverses dispositions miroir, prévoit que « *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 » (sur la portée v. CE, 15 mars 1996, Guigon, n° 146326, Rec. CE 1996, tables, p. 1109)⁸. La rédaction même de l'article ne laisse planer aucun doute : le signalement de faits n'est pas un droit, mais bien une devoir auquel doivent se conformer tous les agents publics, sous peine des sanctions prévues par le Code pénal. Soulignons toutefois que, le juge pénal ayant précisé que l'application de l'article 40, alinéa 2, « suppose l'exercice d'une fonction publique » (Cass., crim, 5 juillet 1977 : Bull.Crim n° 255), en sont exclus les agents de l'administration qui sont dans une situation de droit purement privé.

- 42 Il existe néanmoins aussi un droit de désobéir inscrit à l'article 28 de la loi de 1983 qui précise que le fonctionnaire n'a pas à obéir « *dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». On sait toutefois que cette exception, qui tire son origine dans l'arrêt *Langneur* (CE, 10 nov. 1944), est interprétée restrictivement par le juge administratif qui exige la réunion des deux critères (v. CE, 27 mai 1949, *Arasse*, Rec. CE 1949, p. 249 ; CE, 11 févr. 1949, *Hubert*, Rec. CE 1949, p. 73). Toutefois, comme le note Antony Taillefait (v. étude précitée), en pratique l'analyse de la jurisprudence « *montre très nettement que le caractère manifestement illégal de l'acte s'efface au profit de l'atteinte grave qu'il porte à un intérêt public pour déterminer la légalité de l'usage de la désobéissance* » (v. TC 10 déc. 1956, *Randon*, Rec. CE 1956, p. 592, concl. Guionin ; CE, 1er janv. 1964, *Charlet et Limonier*, Rec. CE 1964, p. 1 et p. 2).
- 43 Plus spécifiquement pour les militaires, si l'obligation d'obéir au supérieur est – évidemment – encore plus forte, le statut général de 2005 a ajouté en son article 8 alinéa 2 une exception liée à l'application du droit international des droits de l'homme et à la ratification du traité de Rome sur la CPI : « *Toutefois, il ne peut leur être ordonné et ils ne peuvent accomplir des actes qui sont contraires aux lois, aux coutumes de la guerre et aux conventions internationales* » (Article L. 4122-1 du Code de la Défense). Ainsi, contrairement aux autres fonctionnaires, toute violation de la légalité internationale par un militaire est prohibée. Cette exception est bien évidemment liée à la gravité de ces crimes (crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide, etc.). Peut-être que dans le même sens un jour on admettra que tout ordre d'un chef de bureau des étrangers d'une préfecture préconisant de ne pas respecter la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit de l'Union européenne ne doit pas être respecté par les agents de guichet... Mais que diront les juridictions françaises lorsqu'il sera donné à des militaires ordre d'utiliser des drones pour éliminer à distance et sans aucune forme de procès des « terroristes » ou autre « ennemis combattants » ?

B – La justiciabilité problématique du droit à la désobéissance du fonctionnaire

- 44 Cette question du droit à la désobéissance est encore plus délicate si on prend en considération l'article 122-4 du Code pénal qui prévoit qu'un agent qui accomplit un acte commandé par l'autorité hiérarchique est exonéré de sa responsabilité pénale, « *sauf si cet acte est manifestement illégal* ». Dans le même l'article 7 de l'instruction n° 201710 /DEF/SGA/DFP/FM/1 d'application du décret relatif à la discipline générale militaire (BO Armées n° 45, déc. 2005) prescrit que « **le subordonné doit refuser d'exécuter un ordre prescrivant d'accomplir un acte manifestement illégal** » et, surtout, que « *le militaire fait*

savoir son refus, par tout moyen et dans les plus brefs délais soit au ministre de la Défense, soit à son chef d'état-major d'armée, soit à l'inspecteur général de l'Arme ».

- 45 **Ne faudrait-il pas plus largement, comme le droit allemand, admettre au bénéfice des agents publics, particulièrement des militaires, l'existence d'une clause de conscience ?** (TA Fédéral Allemagne, 21 juin 2005, cité et traduit par C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, coll. "Praxis", 2012, p. 377 : « le devoir central de tout militaire d'exécuter les ordres consciencieusement [...] n'exigent pas une obéissance sans condition mais une obéissance réfléchie notamment sur les suites de l'exécution de l'ordre, en considération des limites posées par le droit en vigueur et des repères éthiques de sa conscience »).
- 46 En droit français on est encore très loin de ce type d'approche. Ainsi **le Conseil constitutionnel a balayé la consécration d'une clause de conscience pour la célébration du mariage par les officiers de l'état civil** (Cons. constit., Décision n° 2013-353 QPC du 18 octobre 2013, M. Franck M. et autres [Célébration du mariage - Absence de « clause de conscience » de l'officier de l'état civil] – ADL du 15 novembre 2013 par Vincent Gury et Yéhudi Pelosi), par une argumentation très succincte n'expliquant pas pourquoi il n'existe pas une clause comparable à celle des médecins pour l'IVG (Frédéric Rolin, « Considérations critiques sur la décision du Conseil constitutionnel écartant l'exigence d'une « clause de conscience » des maires en matière de célébration du mariage de personnes du même sexe », *Dalloz étudiant*, Le Billet, 22 octobre 2013).
- 47 C'est donc dans ce cadre relativement limité du droit français que le Conseil d'Etat a refusé de transmettre la QPC portant sur le second alinéa de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983. Pour fonder sa décision sur le caractère non sérieux de la question, le juge administratif suprême s'est contenté de **rappeler le contenu de la disposition critiquée et du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale**. Il ajoute seulement, en guise de garantie, que « dans le cas où une autorité hiérarchique sanctionne un fonctionnaire au titre d'un manquement à l'obligation de discrétion professionnelle s'appliquant à celui-ci par l'effet de la disposition législative critiquée, **une telle sanction est soumise au contrôle du juge de l'excès de pouvoir** » (déc. comm., cons 4.)⁹.
- 48 Pour le Conseil d'Etat ces garanties, **qui nous paraissent bien insuffisantes** (v. les recommandations du rapport Paul Stephenson, Michael Levi, « La protection des donneurs d'alerte », p. 40), **sont « de nature à garantir, pour les besoins de l'application de la disposition législative précitée, la nécessaire conciliation entre, d'une part, la sauvegarde de l'ordre public et les exigences du service public et, d'autre part, le respect de la liberté d'expression et de communication »** (la référence à l'ordre public est d'ailleurs curieuse s'agissant du fonctionnement d'une administration). Par suite il estime que la question de l'atteinte disproportionnée à la liberté d'expression par cette disposition « en ne prévoyant pas les garanties permettant aux fonctionnaires, sans encourir une sanction disciplinaire, de dénoncer publiquement des dysfonctionnements graves d'un service public dans un but d'intérêt général » n'est pas sérieuse (déc. comm., cons. 4). Il ajoute, pour écarter le grief de violation de l'article 7 de la DDHC (principe de légalité des délits et des peines), que l'article 26 alinéa 2 du titre I du statut général n'a pas non plus « pour objet de conférer un fondement juridique à une sanction ayant le caractère d'une punition » et « est rédigée en des termes suffisamment clairs et précis » (décision commentée, cons. 5) ?

*

**

- 49 La présente décision de non-lieu à la transmission, intervenant dans un temps long d'émergence internationale de législations protectrices des *whistleblowers* (Eilan Kaplan, « The International emergence of legal protections for whistleblowers », *The Journal of Public Inquiry*, 2001, p. 37-42.), voire de « circulation des normes » relatives au *whistleblowing*, apparaît **comme une occasion manquée d'élever au niveau constitutionnel** le débat sur l'étendue de la protection à accorder, en démocratie, aux lanceurs d'alerte et à l'alerte éthique. En l'attente, l'état du droit renvoie à **une protection législative largement défailante des lanceurs d'alerte**, les garanties jurisprudentielles apportées au « droit à la désobéissance » des fonctionnaires apparaissant peu à même d'apporter aux fonctionnaires lanceurs d'alerte une protection effective contre les agissements de leur hiérarchie. La France continue donc de figurer parmi les **Etats n'accordant qu'une protection « partielle » aux lanceurs d'alerte**, pour suivre une classification établie par l'ONG *Transparency International* (Anja Osterhaus, Craig Fagan. « *Alternative to silence: Whistleblower protection in 10 European countries.* » Transparency International, International Secretariat, 2009.). A défaut, dans l'immédiat, d'un véritable statut constitutionnel pour les lanceurs d'alerte, **ce sont les facteurs internationaux qui apparaissent le mieux à même de faire évoluer le droit interne**. Ainsi, un projet de recommandation du Comité des Ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte devrait pouvoir être présenté en avril 2013. En outre, pour les raisons soulignées par nous dans le présent article, une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme n'apparaît pas totalement à exclure, au vu de la conception du *whistleblowing* développée par la Cour dans son arrêt *Guja* (CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, n° 14277/04).
- 50 Au-delà, ce sont les **évolutions même de la démocratie** qui tendent à devoir **valoriser le droit d'alerter comme un droit fondamental**, ou plus exactement comme un droit conditionnant de manière ténue l'exercice d'autres droits. En effet, la complexité croissante du fonctionnement des marchés et l'émergence de technologies difficilement compréhensibles pour le non technicien place en partie le pouvoir **hors du champ du contrôle démocratique, et donc hors de la portée des droits de l'homme**. En permettant de libérer des informations qui seraient restées secrètes et ne pouvaient être révélées que par des « *insiders* », notamment dans les entreprises, le lanceur d'alerte permet potentiellement de **favoriser l'effectivité des droits de l'homme**. L'on pourrait à cet égard envisager que le droit d'alerte puisse, en France, suivre le même cheminement que le « droit de retrait » du salarié prévu à l'article qui apparaît comme le pendant subjectif de l'alerte (tourné vers la protection de soi, et non la protection des autres ou de la société) et semble « *souvent lié à des droits proches (à la vie et à l'intégrité physique)* », pouvant « *être analysé comme un instrument de garantie du droit à la protection de la santé* » (Thomas Bompard, "La protection juridictionnelle des droits sociaux comparée à celle des droits civils : existe-t-il une réelle différence de mise en œuvre des droits ?. Comparaison du contentieux des droits de retrait et au respect de la vie personnelle en droit du travail." in D. Roman, *Droit des pauvres, pauvre droit. Recherche sur la justiciabilité des droits de l'homme*, Rev. DH 1 (2012) : 371-387). Une conception du lanceur d'alerte directement liée à une volonté de perfectionner les modes de protection des droits fondamentaux aurait pour mérite **d'apporter aux débats sur le statut du lanceur d'alerte une profondeur philosophique et politique et d'éviter une conception trop fonctionnelle de ceux-ci** ; conception qui conduirait à occulter l'impact potentiel – et essentiel – des systèmes d'alerte sur la démocratie. Il s'agit en effet ici de « *réappropriation par les citoyens de la*

parole démocratique et du contrôle sur les décisions de gouvernants » (Abraham Mansbach. "Whistleblowing as fearless speech: The radical democratic effects of late-modern parrhesia." *Whistleblowing and democratic values*. London, *The International Whistleblowing Research Network* (2011): 12-26).

- 51 Les expériences étrangères ont montré que la mise en place de législations protectrices des lanceurs d'alerte et la garantie de l'effectivité de celles-ci ne s'est pas faite ni de manière naturelle, ni « par le haut », mais est liée à **des luttes menées par des associations** telles que Public Concern At Work au Royaume-Uni, qui ont soutenu et défendu la cause des lanceurs d'alerte (voir, sur ce sujet : Francis Chateauraynaud et Didier Torny. "Mobiliser autour d'un risque. Des lanceurs aux porteurs d'alerte." *Risques et crises alimentaires* (2005) : 329-339.) C'est sans doute à celles-ci que reviendra la tâche de **mobiliser les pouvoirs publics et l'opinion sur la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte**. Ici comme ailleurs, sans doute faut-il se rappeler que « *l'histoire des droits de l'homme n'est ni l'histoire d'une marche triomphale, ni l'histoire d'une cause perdue d'avance : elle est l'histoire d'un combat* » (Danièle Lochak, *Les droits de l'homme*, La Découverte, 2010).
- 52 **CE, 5 février 2014, Philippe P., n° 371396**

*

Pour aller plus loin

- 53 **En lien avec l'affaire Pichon et le STIC**
- Frédéric Ocqueteau, Philippe Pichon, "Secret professionnel et devoir de réserve dans la police. Le pouvoir disciplinaire face aux lanceurs d'alerte", *Archives de police criminelle*, 2001/1, n°33
 - Frédéric Ocqueteau, Philippe Pichon, *Une mémoire policière sale : le fichier STIC*, Jean-Claude Gawsewitch Éditeur (Préface de Me William BOURDON), 2010.
- 54 **En lien avec les lanceurs d'alerte/ désobéissance civile :**
- William Bourdon, *Petit manuel de désobéissance citoyenne*, JC Lattès, 2014.
 - Florence Hartmann, *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Don Quichotte, 2014.
 - Élisabeth Weissman, *La désobéissance éthique*, Stock, (préface de Stéphane Hessel), 2010 .
 - David Hiez, Bruno Villalba (dir.), *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, Presses Universitaires du Septentrion, 2008.
 - Albert Ogien, *Pourquoi désobéir en démocratie ?*, La Découverte, 2011.
 - Howard Zinn, *Désobéissance civile et démocratie : Sur la justice et la guerre*, Agone, 2010.

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Nous utilisons comme référence Antony Taillefait, « Obligations des agents publics », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 183, 2013.
2. V. S. Pringault, « Le droit positif à la recherche du point d'équilibre entre obligation de réserve et devoir de dénonciation du harcèlement moral », *AJFP* 2012. 202. Plus largement voir Thomas Ufarte, « Le harcèlement moral au cœur de l'actualité «juridique » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 9 juillet 2012.
3. v. Cons. const., Décision n° 2013-679 DC du 4 décembre 2013, Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière – Rev. DH/ ADL 2 janvier 2014 par Marc Touillier
4. V. sur la charge de la preuve en matière de harcèlement discriminatoire : CE, sect., 11 juill. 2011, Montaut, n° 321225; *AJDA* 2011, p. 2072, concl. M. Guyomar.
5. V. en France la difficulté d'obtenir des informations sur les systèmes d'écoutes généralisées illégales de la DGSE : Jacques Follorou, Franck Johannès, « Révélations sur le Big Brother français », *Le Monde*, 4 juillet 2013.
6. V. sur les insuffisances de la législation américaine v. HRW, « États-Unis: Il faut protéger les dénonciateurs d'abus dans le domaine de la sécurité nationale. L'intérêt des révélations pour le public doit être pris en considération dans l'affaire Snowden », *Communiqué*, 18 juin 2013 ; « Lettre à Obama pour arrêter les poursuites contre Snowden », *Article 19*, août 2013 ; Richard Falk, « Snowden's Asylum: 'It's the law, stupid' » , *NYT*, 05 Aug 2013 ; Andrew Gallea, “Whistle-blowing in the intelligence community : why a new board will be a step in the right direction”, 8 *J.L. Econ. & Pol'y* 83 *Journal of Law, Economics & Policy* Fall, 2011.
7. « La loi devrait couvrir les employés des secteurs public et privé, et non seulement les salariés permanents mais aussi les stagiaires, les consultants, les personnes sous contrat, les travailleurs temporaires, les anciens employés et les bénévoles. Elle devrait aussi inclure l'armée et les services secrets, avec des ajustements si nécessaire (5.11-5.13) ».
8. V. aussi ; G. Chalond, « Le fonctionnaire et l'article 40 du Code de procédure pénale : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP* nov. 2003, p. 31.
9. Sur l'évolution récente du contrôle du juge administratif sur les sanctions infligées aux fonctionnaires : CE, Ass., 13 novembre 2013, M. D., n° 347704, Rec. CE ; *AJDA* 2013 p. 2432, chron. A. Bretonneau, J. Lessi ; *RFDA* 2013 p. 1175, concl. R. Keller ; *JCP G* 2014, 149, note Ch. Vautrot-Schwarz ; *ADL* du 18 décembre 2013 par R. Mulot – cette affaire est une illustration parfaite de l'intérêt de mettre en place un système d'alerte contre le harcèlement sexuel au sein des administrations françaises – en l'espèce la représentation permanent de la France auprès du Conseil de l'Europe à Strasbourg – qui puisse court-circuiter la hiérarchie.

RÉSUMÉS

Dans la décision commentée, le Conseil d'Etat refuse de transmettre une QPC portant sur la disposition du statut général des fonctionnaires imposant aux fonctionnaires une obligation de discrétion professionnelle sans aménager de régime spécifique au bénéfice des lanceurs d'alerte. Cette QPC intervient dans le cadre d'une affaire médiatisée qui concerne un commandant de police revendiquant expressément la qualité de « lanceur d'alerte ». Après avoir alerté sa hiérarchie sur les dysfonctionnements bien connus du Système de traitement des infractions constatées (STIC) et à défaut de réponse, il a communiqué à un journaliste les fiches de deux personnalités afin d'alerter l'opinion publique sur les inexactitudes qu'elles comportent. Même si le Conseil d'Etat rappelle à cette occasion, et de manière surabondante, les dispositifs légaux existants donnant au fonctionnaire la possibilité d'être « délié de son obligation de discrétion professionnelle par décision de l'autorité hiérarchique dont il dépend » et l'obligation découlant de l'article 40 du code de procédure pénale de dénoncer les crimes ou délits portés à sa connaissance dans le cadre de l'exercice de ses fonctions, la décision révèle les lacunes de la protection législative des lanceurs d'alerte dans la fonction publique en l'absence de garanties suffisantes s'agissant de l'exercice par les fonctionnaires de leur liberté de communication, garanties qui conditionnent pourtant l'exercice effectif de l'alerte éthique. A défaut la décision renvoie à la délicate conciliation entre obligation de dénonciation et devoir de réserve

AUTEURS

JEAN-PHILIPPE FOEGLE

Étudiant du Master 2 « Droits de l'Homme » (Université Paris Ouest Nanterre La Défense)

SERGE SLAMA

Maître de Conférence en droit public à l'Université d'Evry (CREDOF)