



Le [REDACTED],

[REDACTED]

Par une demande datée du [REDACTED], vous avez saisi le collège de déontologie de la fonction publique territoriale des départements du Doubs, du Jura, du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et du Territoire de Belfort d'une question relative à une alerte éthique. Il a été enregistré sous le n° 19046. En accord avec la procédure déterminée par les textes, vous trouverez ci-dessous l'avis du collège des référents déontologues, concernant la recevabilité de votre saisine.

Votre situation

Vous êtes directeur des services techniques, agent titulaire de catégorie A, vous avez le grade d'ingénieur territorial. Vous exercez vos fonctions au sein de la ville [REDACTED]. Vous travaillez à temps complet.

Dans votre saisine, vous attirez l'attention sur des faits entrant dans la qualification pénale de faux et d'usage de faux en écriture.

Le collège s'est d'abord prononcé sur la recevabilité de votre saisine, puis sur des questions que vous aviez soulevées, à savoir sur votre attitude à adopter, relative à la déontologie et au secret de l'enquête pénale.

Toutefois, le collège n'a pas pris position sur la légalité ou la régularité des faits que vous relevez, car cela excède son champ de compétence.

Cadre juridique

I. Sur la recevabilité de votre saisine au regard de la fonction d'alerte du collège de référents déontologues

A) Cadre général

L'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale dispose 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* ».

L'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2, est ensuite venue apporter une définition générale du lanceur d'alerte : « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ».

Ainsi, un lanceur d'alerte est toute personne, qui ayant connaissance d'un danger, un risque, un scandale, un conflit d'intérêts, adresse un signal d'alarme et enclenche un processus de régulation du fait observé. Il décide de porter les faits à la connaissance d'instances officielles capables d'intercéder ou de faire cesser le dysfonctionnement constaté.

De manière générale, la jurisprudence applicable aux droits et obligations des agents publics précise que **les faits dénoncés doivent remplir les conditions cumulatives d'être à la fois commis en violation manifeste de la loi ou du règlement, et d'entraîner un préjudice grave à l'intérêt général**. Par conséquent, les faits susceptibles d'être dénoncés doivent paraître constitutifs :

- D'un crime ;
- D'un délit ;
- D'une violation grave et manifeste de la loi ou d'un règlement ou d'un engagement international approuvé et/ou ratifié par la France ;
- D'une violation grave d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ;
- D'une menace ou d'un préjudice grave pour l'intérêt général ;
- D'un conflit d'intérêts (cas spécifique à la fonction publique avec l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983).

Concernant les faits commis, il se pose d'abord la question de savoir s'ils sont constitutifs d'une violation manifeste de la loi.

Une enquête préliminaire a été ouverte par la gendarmerie, suite à votre plainte pour des faits pouvant être qualifiés de faux et usage de faux en écriture.

L'infraction de faux est prévue à l'article 441-1 du code pénal et est définie comme « l'altération frauduleuse de la vérité de nature à causer un préjudice et accomplie par tout moyen, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée ayant pour objet ou pouvoir avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». Le faux est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende.

Quant à l'usage de faux en écriture, il s'agit d'une incrimination distincte, punie des mêmes peines.

En fonction des résultats de l'enquête préliminaire, le procureur de la République appréciera la suite qu'il conviendra de donner à ces faits. La décision du

procureur de la République est encadrée par les dispositions de l'article 40-1 du code de procédure pénale.

Si l'infraction est caractérisée, le procureur de la République peut :

- Soit engager des poursuites contre l'auteur qui sera jugé par le tribunal correctionnel ;
- Soit proposer une solution alternative aux poursuites, qui sanctionne l'auteur sans le faire comparaître à une audience publique

Si le procureur de la République estime que l'infraction n'est pas caractérisée, il classera l'affaire sans suite.

Dans tous les cas, vous serez avisé des suites réservées à cette enquête (article 40-2 du code de procédure pénale).

Si le ou les auteurs sont déclarés coupables par la formation de jugement qui peut être collégiale ou en juge unique, cette décision énoncera les infractions commises et les sanctions prononcées.

Le collège des référents déontologue n'a pas de prérogatives ni pour caractériser les infractions dénoncées ni pour s'assurer du bon déroulement de l'enquête confiée à la gendarmerie ni pour entreprendre des investigations parallèles, ni pour convoquer les personnes concernées par votre plainte.

A ce stade de l'état d'avancement de l'enquête, les infractions pénales de faux et usage de faux en écriture constituent la base légale des investigations menées par les officiers et les agents de police judiciaire chargés de cette procédure.

Ce sont des infractions prévues et incriminées par le code pénal qui de fait caractérisent une violation manifeste de la loi.

Concernant la condition relative au préjudice grave porté à l'intérêt général, il s'agit d'une notion dont les contours sont flous. Elle peut être examinée à la lumière du scandale « LuxLeaks » dénoncé par Antoine Deltour. Ce dernier a dénoncé des pratiques de rescrits fiscaux, légales. Toutefois, la qualité de lanceur d'alerte lui a été reconnue, en ce que ces pratiques constituaient une menace pour l'intérêt général.

La circulaire du 19 juillet 2018¹ vient préciser que les faits, menaces ou préjudices, susceptibles de faire l'objet d'un signalement doivent être d'une particulière intensité. Elle énonce que *« la violation doit être grave et manifeste, de même que la menace ou le préjudice doit être grave pour l'intérêt général. La violation de la loi ou du règlement, par exemple, doit être à la fois susceptible d'entraîner des conséquences graves et, par son caractère manifeste, reposer sur des éléments dont l'existence est difficilement contestable »*.

¹ Circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique

Le faux et l'usage de faux a pour conséquence et effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Ces conséquences peuvent être d'une particulière intensité.

Vous faites état d'au moins vingt factures de commandes de matériel électrique pour la ville, dans le cadre d'un marché public, signé en votre nom, par délégation du maire, pendant votre congé maladie.

La délégation de signature du maire à votre profit était limitée. Elle ne portait que sur des factures inférieures à un montant de 400 euros HT.

Or, dans les factures comptabilisées, vous rapportez qu'il y en a trois qui dépassent les deux mille euros (2000 €). En outre, le montant de l'ensemble des commandes à ce jour comptabilisé, s'élève à quatre mille cinq cent euros (4.500 €).

Vous soulignez que suite à l'information de votre hiérarchie des faits frauduleux, le maire de [REDACTED] a décidé d'abroger votre délégation de signature, en prévention de nouvelles commissions des infractions dénoncées.

Ainsi, malgré le faible montant des commandes, l'absence de justification de la nécessité ou de l'urgence des commandes passées pendant votre congé maladie, qui permettraient d'expliquer que ces commandes aient été passées, malgré également l'absence de préjudice notable pour la collectivité ou de griefs retenus à votre encontre, il y a tout de même lieu de prendre en compte les conséquences néfastes qui pourraient vous être reprochées, notamment dans la gestion du service face à la chambre régionale des comptes.

En définitive, au vu de l'ensemble de ces éléments, et compte tenu de l'abrogation par le maire de votre délégation de signature, la condition tenant au préjudice manifestement grave à l'intérêt général est caractérisée.

Enfin, le lanceur d'alerte doit respecter la condition tenant à ce que les faits ou comportements litigieux signalés soient fondés et vérifiables, et que le signalement ne repose pas sur un comportement déloyal, sur la mauvaise foi de son auteur ou sur une intention de nuire. Dans une telle hypothèse, l'intéressé pourrait alors potentiellement être poursuivi pour dénonciation calomnieuse, comme le prévoit l'article 226-10 du Code pénal, et ne bénéficiera en aucune façon de la protection du lanceur d'alerte.

En ce sens, une fonctionnaire française de police avait manqué à son obligation de réserve. Après avoir signalé en vain les comportements racistes, sexistes et homophobes de ses collègues de la police aux frontières à ses supérieurs hiérarchiques, elle les avait dénoncés publiquement dans un ouvrage intitulé « Omerta dans la police ». La sanction a été confirmée par le tribunal administratif de Paris au motif que son livre avait profondément dégradé l'image de l'administration auprès de l'opinion publique.

En l'espèce, la réalité des faits n'est pas à démontrer. Vous apportez la preuve des comportements litigieux par l'établissement des factures et commandes effectuées pendant votre congé maladie, [REDACTED]. L'abrogation de votre délégation de signature confirme également la matérialité des faits qui ont existé et qui ne doivent pas se renouveler.

En définitive, les conditions propres à l'établissement du statut de lanceur d'alerte sont remplies.

B) Sur la protection du lanceur d'alerte

Un cadre protecteur a été mis en place à l'égard des lanceurs d'alerte, en tant que ceux-ci respectent bien le processus de signalement qui a été défini.

Les lois du 13 juillet 1983 et du 9 décembre 2016 (dans ces articles 6 et suivants) apportent un certain nombre de « garanties et protections » aux lanceurs d'alertes, qui « doivent leur éviter de subir des mesures de rétorsions fondées sur une alerte dès lors que celle-ci a été faite de bonne foi et dans le respect des procédures. »

Aussi, « la stricte confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement, des personnes visées par le signalement et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement doit être garantie ».

L'agent auteur du signalement est déclaré, de surcroît, pénalement irresponsable dans le cas où il « porte atteinte à un secret professionnel protégé par la loi dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause ».

Encore, en vertu de l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 modifié par la loi du 9 décembre 2016, « aucune mesure concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'évaluation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens du I de l'article 25 bis dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

En outre, l'agent peut contester une sanction disciplinaire ou une mesure discriminatoire s'il estime qu'elle est « motivée par un signalement ». Dans ce cas, il revient à l'auteur de la mesure, la partie défenderesse, de prouver que la mesure est justifiée par des éléments objectifs étrangers au signalement².

II. Sur les conséquences liées à l'enquête pénale en cours

A) Le secret de la procédure en cours

Une enquête effectuée par la gendarmerie de [REDACTED] est en cours. Il se pose alors la question du secret de la procédure.

En vertu de l'article 11 du code de procédure pénale, la procédure au cours de

² Circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique, p. 16.

l'enquête est secrète.

En conséquence, toute personne qui y concourt est tenue au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du code pénal (concernant la violation et l'atteinte au secret professionnel).

Toutefois, l'article 11-2 du code de procédure pénale prévoit que le ministère public, autorité d'enquête, peut informer par écrit l'administration, des décisions suivantes concernant un agent :

- En cas de condamnation ;
- En cas de saisine d'une juridiction de jugement par le procureur de la République ;
- En cas de mise en examen.

Concernant les personnes qui n'y concourent pas, elles ne sont pas tenues au secret de l'enquête³. Cela concerne principalement la victime. Cette dernière n'y est pas tenue, car en réalité, elle ne dispose que de peu d'informations. En effet, son accès au dossier est limité et ne constitue pas un droit.

Dans le cadre d'une enquête, la victime peut accéder au dossier, dans les deux cas prévus par l'article 77-2 du code de procédure pénale.

- Lorsque la personne mise en cause dans l'enquête fait la demande au procureur de la République un an après l'accomplissement du premier acte de procédure de consulter le dossier, le procureur de la République doit aviser la victime qui a déposé plainte qu'elle dispose également de ce droit dans les mêmes conditions (article 77-2 § I al. 3, al.4).
- Lorsque le procureur de la République décide de communiquer tout ou partie du dossier à la victime pour recueillir ses observations (article 77-2 § II).

Les autorités judiciaires concourant à la procédure en cours sont soumises au secret de l'enquête. Elles pourront toutefois avvertir l'administration, en application de l'article 11-2 du code de procédure pénale.

Le secret professionnel concernant l'enquête en cours est imposé aux personnes qui concourent à la procédure d'enquête en raison de leur profession, de leur fonction, d'une mission temporaire.

En votre qualité de plaignant, le secret de l'enquête ne vous est pas opposable.

B) Le sort du lanceur d'alerte

En principe, ce statut est protecteur. En effet, le bénéfice du statut du lanceur d'alerte permet surtout de justifier la violation d'un secret professionnel et exonère la responsabilité de la personne qui a révélé « une information à caractère secret » dont elle est « dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

³ *Cass, crim, 9 octobre 1978, n°76-92.075* « La personne qui se prétend lésée par un crime ou un délit et qui s'est constituée partie civile devant le juge d'instruction ne peut être considérée comme concourant à la procédure d'information au sens de l'article 11 alinéa 4 [du code de procédure pénale]. Il en découle nécessairement que la partie civile n'est pas soumise aux exigences de l'article 11 alinéa 2 ».

Il faut tout de même exclure les informations protégées par le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations entre les avocats et leurs clients. La violation d'un de ces secrets est spécifiquement exclue par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (article 6 alinéa 2).

Concernant spécifiquement l'hypothèse de la violation du secret de l'enquête par le lanceur d'alerte, protégée par le code de procédure pénale, elle n'est pas expressément exclue à l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016, contrairement au secret de la défense nationale ou au secret médical. De plus, cette violation est une hypothèse très réduite, car elle concerne le cas où le lanceur d'alerte doit prendre part à la procédure (s'il fait partie des autorités de police).

Dans votre cas, c'est une hypothèse peu probable, puisque le signalement porte nécessairement sur des informations, dont l'agent lanceur d'alerte a personnellement connaissance, relatives au fonctionnement de l'organisme auquel il appartient, et non sur le déroulement d'une procédure en cours.

Toutefois si le respect du secret de l'enquête ne vous est pas opposable, vous êtes assujéti aux strictes règles de confidentialité, dans le cadre de la procédure de signalement.

III. Sur le respect de la confidentialité entourant la procédure de signalement

La procédure de signalement doit rester confidentielle. Cela permet notamment de protéger le lanceur d'alerte.

En effet, l'article 9 de la loi du 9 décembre 2016⁴ prévoit que « les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements, [...], garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement ».

De plus, les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués sans son consentement, à l'exception des divulgations effectuées auprès de l'autorité judiciaire.

De même, l'identité de l'auteur des faits, personne mise en cause par le signalement, lorsqu'elle est identifiée, doit rester secrète aussi longtemps que le fondement de l'alerte ne soit établi. Il est encore fait exception à cette règle pour les divulgations effectuées auprès de l'autorité judiciaire.

⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

En cas de divulgation des éléments jugés confidentiels, objets du signalement, l'auteur des divulgations encourt deux ans d'emprisonnement et 30.000 euros d'amende.

En définitive, la procédure de signalement nécessite une stricte confidentialité de votre part, jusqu'à ce que les éléments de la procédure soient fondés.

Solution

Au vu des pièces produites et de l'évolution de la position du maire concernant votre délégation de signature, l'enquête devrait démontrer que les faits dénoncés caractérisent une violation manifeste de la loi et entraînent un préjudice grave à l'intérêt général, vous permettant de bénéficier du statut de lanceur d'alerte.

Vous n'êtes pas soumis au secret de l'enquête, mais devez respecter la confidentialité inhérente à la procédure de signalement.

Conclusion

En résumé, les conditions relatives au lancement d'alerte sont réunies. Votre saisine est recevable. En conséquence, vous bénéficiez du statut protecteur de lanceur d'alerte, prévu aux articles 6 et suivants de la loi du 9 décembre 2016.

Nous vous informons également, qu'en tant que référent alerte, nous devons procéder au traitement interne du signalement en saisissant [REDACTED], maire [REDACTED], pour mettre fin aux faits que vous avez rapportés et prévenir une éventuelle réitération.

Compte tenu de la procédure pénale en cours, notre rôle de lanceur d'alerte se borne pour le moment à cette information, qui lui indiquera votre statut de lanceur d'alerte.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur, l'expression de notre meilleure considération et nous restons à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Les référents déontologues

Danièle Mazzega

Cécile Hartmann

Xavier Faessel