



**HAL**  
open science

## Le secret est-il une question ? Entretien avec un référent déontologue

Elise Untermaier-Kerléo

### ► To cite this version:

Elise Untermaier-Kerléo. Le secret est-il une question ? Entretien avec un référent déontologue. AJCT. Actualité juridique Collectivités territoriales, 2020. hal-03294555

**HAL Id: hal-03294555**

**<https://hal.science/hal-03294555v1>**

Submitted on 21 Jul 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Dossier AJCT décembre 2020**

Confidentialité et secret professionnel dans les collectivités.

### **Entretien avec un référent déontologue : le secret est-il une question ?**

Élise Untermaier-Kerléo, maîtresse de conférences de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3 (Équipe de droit public de Lyon – Institut d'études administratives), est référente déontologue pour la fonction publique. Conformément à l'article 28 *bis* de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, créé par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, elle est chargée d'apporter aux agents publics tout conseil utile au respect de leurs obligations professionnelles. Installée dans ses fonctions à partir de 2018 par le Centre de gestion du Rhône et de la Métropole de Lyon (CDG69), la référente déontologue répond aux sollicitations des agents des collectivités affiliées au centre de gestion, ainsi qu'à ceux des collectivités non affiliées qui ont souhaité adhérer à cette mission du centre par voie de convention, telles que la ville de Lyon, la Métropole de Lyon et, à compter de 2020, de la Région Auvergne-Rhône-Alpes (AuRA). En raison de la mutualisation de certaines missions entre les centres de gestion de la région AuRA, la compétence de la référente déontologue du centre de gestion du Rhône s'étend également aux agents de la Haute-Loire (43) et, depuis 2019, de l'Isère (38). Depuis janvier 2020, Élise Untermaier-Kerléo exerce également les fonctions de référent déontologue au sein de l'Université Jean Moulin Lyon 3.

#### **1) En tant que référente déontologue, êtes-vous saisie de questions portant sur le respect des obligations de secret et de discrétion professionnels ?**

Je suis plus souvent sollicitée pour répondre à des questions concernant le cumul d'activités, qui est encadré par un régime juridique assez complexe. Les agents publics m'interrogent pour savoir à quelles conditions ils peuvent exercer leur emploi public en cumul avec telle ou telle activité professionnelle privée. Ils souhaitent notamment savoir s'ils peuvent continuer d'exercer leurs fonctions publiques à temps plein tout en exerçant une activité privée en dehors de leurs heures de service ou bien s'ils doivent nécessairement obtenir préalablement de leur collectivité l'autorisation d'exercer leurs fonctions à temps partiel. Les agents me soumettent également régulièrement leur projet de départ vers le secteur privé, en me demandant notamment s'ils peuvent rejoindre telle ou telle entreprise privée sans prendre le risque d'une condamnation pénale pour prise illégale d'intérêts. Ainsi,

comme le précise mon [rapport d'activité pour l'année 2019](#) publié sur le site du CDG69<sup>1</sup>, sur 88 saisines, 31 d'entre elles portaient sur le régime du cumul d'activités et 10 concernaient des projets de départ vers le secteur privé. Les réponses aux questions fréquemment posées par les agents au référent déontologue sont désormais mises en ligne, après avoir été préalablement anonymisées, [sur le site du CDG69](#)<sup>2</sup>.

J'ai toutefois été saisie de quelques questions relatives au respect de l'obligation de discrétion professionnelle. Rappelons qu'aux termes de l'article 26 du statut général des fonctionnaires, *« les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent »*.

À l'approche des élections municipales, j'ai été interrogée à deux reprises par des agents qui avaient été sollicités par des personnes extérieures à la collectivité, souhaitant, afin de s'engager dans la vie publique locale, obtenir d'eux des informations sur les projets de la collectivité. J'ai indiqué à ces agents que l'obligation de discrétion professionnelle leur interdit de révéler à un tiers des informations dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Cette obligation ne concerne donc pas les informations déjà publiques (puisque dans cette hypothèse, il n'y a rien à révéler). Par ailleurs, toute personne peut demander à la collectivité la communication des *« documents administratifs »*, qui n'auraient pas été diffusés et dont elle souhaite prendre connaissance, sur le fondement des articles L. 311-1 et suivants du code des relations entre le public et l'administration. En revanche, si un agent communique à une personne étrangère à l'administration des informations non publiques relatives à l'ensemble des projets menés au sein de sa collectivité ou la façon dont elle envisage de traiter certaines problématique, l'agent prend le risque de faire l'objet de poursuites disciplinaires.

Par ailleurs, un agent m'a demandé s'il devait ou s'il pouvait signaler à l'autorité judiciaire une situation de gestion de fait concernant une association transparente créée par sa propre collectivité. Les faits constitutifs d'une gestion de fait peuvent recevoir la qualification pénale d'usurpation de fonctions publiques (délit sanctionné par l'art. 433-12 du code pénal jusqu'à

---

<sup>1</sup> <http://extranet.cdg69.fr/rapport-dactivite-2019-referente-deontologue-des-cdg-69-43-et-38>

<sup>2</sup> <http://extranet.cdg69.fr/referent-deontologue>

trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende). Ils peuvent également occasionner un délit de détournement de fonds publics, de faux en écritures ou encore un délit de concussion. Cette saisine soulevait donc la question de l'articulation entre le respect de la discrétion professionnelle et celui l'article 40 du code de procédure pénale. Selon cet article, *« 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 »*. C'est donc le procureur de la République qu'il convient de saisir. Seuls peuvent être portés à sa connaissance des faits relatifs à un crime ou à un délit et dont l'agent a eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. L'agent public ne peut faire l'objet de poursuites disciplinaires pour avoir procédé au signalement d'un crime ou délit dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions, dès lors que ce signalement respecte les conditions d'application posées par cet article (CE, 15 mars 1996, *Guigon*, n° 146326, *Lebon* T. 999 et 1109, concl. R. Descoings). À l'inverse, l'agent public qui ne respecte pas cette obligation peut se voir infliger une sanction disciplinaire (CAA Paris, 30 juin 2004, *M. Patrick X.*, n° 01PA00841).

Par ailleurs, 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, dite loi Sapin 2 a mis en place un statut protecteur pour les lanceurs d'alerte. Selon l'article 6 de cette loi, *« un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »*. L'intérêt de ce dispositif est de protéger le lanceur d'alerte contre d'éventuelles mesures de représailles de la part de son employeur. Il n'y a donc pas d'obligation pour l'agent de signaler une infraction pénale ou un préjudice grave pour l'intérêt général. Mais s'il décide de procéder à un signalement dans les conditions prévues par la loi du 9 décembre 2016, il ne pourra pas être poursuivi de ce chef pour manquement à son obligation de discrétion professionnelle. En revanche, la loi exclut expressément du champ de l'alerte *« les faits, informations ou documents (...) couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client »*.

Autrement dit, le mécanisme de l'alerte éthique ne délie pas un médecin, agent public, de son obligation de respecter le secret médical.

## **2) Vous n'avez donc été saisie d'aucune question portant sur le respect du secret professionnel ?**

Non ! Mais cela peut s'expliquer en partie par le fait que l'obligation de discrétion a un champ d'application bien plus large que le secret. Tous les agents publics ne sont pas dépositaires d'informations couvertes par le secret professionnel. D'un côté, ceux qui le sont fréquemment, ont sans doute déjà été sensibilisés dans le cadre de leur formation, initiale ou continue, ou par leur hiérarchie, au respect du secret professionnel et n'ont donc peut-être pas besoin de saisir leur référent déontologue. De l'autre côté, ceux qui sont amenés à n'être qu'exceptionnellement dépositaires d'informations couvertes par le secret, l'ignorent et ne songent pas à saisir le référent déontologue à ce sujet !

Discrétion et secret sont souvent confondus. Cependant, la discrétion protège avant tout le service, en interdisant à l'agent de révéler des informations relatives au fonctionnement de son administration, et plus largement « *tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* » (art. 26 de la loi du 13 juil. 1983 précit.). Le secret professionnel vise plus spécialement à protéger les tiers : non seulement il interdit au professionnel qui en est dépositaire de divulguer des renseignements confidentiels sur des personnes privées, physiques ou morales, recueillis dans l'exercice des fonctions mais il lui donne aussi le droit de se taire, en l'autorisant à ne pas révéler des informations couvertes par le secret professionnel, y compris à l'autorité judiciaire. Si, en vertu de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983, tous les agents sont soumis à l'obligation de discrétion professionnelle, « *les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal* ». Or, l'article 226-13 du code pénal, qui punit le fait de révéler une information à caractère secret d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, vise uniquement les personnes qui sont « *dépositaires* » du secret professionnel, « *soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». Ainsi, s'il n'est pas nécessaire qu'un texte juridique soumette expressément une catégorie d'agents au secret professionnel, « *la seule qualité de*

*fonctionnaire n'astreint pas à l'obligation de secret professionnel* »<sup>3</sup> : cette obligation ne concerne que les agents publics qui exercent un métier ou une mission dans lequel ils sont nécessairement amenés à entendre des informations qui relèvent de l'intimité d'autres personnes.

### **3) La saisine du référent déontologue est-elle confidentielle ?**

Lorsque le référent déontologue est saisi par un agent, sa saisine est confidentielle. La confidentialité de la saisine signifie que je n'informerai pas l'autorité hiérarchique de faits dont j'aurais eu connaissance dans le cadre de ma saisine par un agent. Par exemple, même si je sais qu'un agent cumule son emploi public avec une activité privée sans aucune autorisation, je ne dénoncerai pas l'agent à sa collectivité.

Cette confidentialité est essentielle : les agents saisissent le référent déontologue dans la mesure où ils savent que leurs questions, et les réponses qui y sont apportées, ne seront pas rapportées à l'autorité hiérarchique. Certains agents prennent le soin de s'assurer auprès de moi que leur saisine sera bien confidentielle. Il est arrivé qu'un agent me saisisse directement par courriel, en utilisant son adresse électronique personnelle, parce qu'il craignait (à tort) que l'utilisation du formulaire en ligne sur le site du centre de gestion soit portée à la connaissance de son autorité hiérarchique. Cette confidentialité est consubstantielle à l'exercice des fonctions de référent déontologue : les agents doivent pouvoir se confier à leur référent déontologue sans craindre que ce qu'ils lui diront pourra être rapporté à leur hiérarchie.

Ainsi, lorsque j'ai été installée dans mes fonctions au début de l'année 2018, le centre de gestion du Rhône a porté une attention particulière au respect de la confidentialité de la saisine. Aucun agent du pôle « Appui aux collectivités » au sein du centre de gestion, pas même sa directrice, n'a accès à ma messagerie « référent déontologue ». Cette confidentialité est relativement facile à respecter dans la mesure où je suis extérieure à la fois aux collectivités dont les agents peuvent me saisir, et au centre de gestion qui m'a désignée. Concrètement, je ne croise pas les supérieurs hiérarchiques des agents qui me sollicitent dans les couloirs ou devant la machine à café. En revanche, lorsque les fonctions de référent déontologue sont confiées à un agent de l'administration, le respect de l'obligation de secret professionnel demande plus de vigilance de la part du référent : celui-ci doit veiller à ce

---

<sup>3</sup> Céline Duchêne, « Agents publics territoriaux : obligations de discrétion et de secret professionnel (1 - 115) », *Encyclopédie des collectivités locales*, chapitre 5 (folio n°10240), § 38-39.

qu'aucune information concernant la situation d'un agent ne lui échappe. La faute peut vite être commise : il suffit d'évoquer un cas particulier dans le cadre d'une réunion au sein du service des ressources humaines qui a justement pour objet d'améliorer le respect de certaines obligations déontologiques... C'est pourquoi il est primordial d'assurer l'indépendance du référent déontologue, en confiant ces fonctions à une personne extérieure à la collectivité (universitaire, magistrat administratif ou judiciaire, fonctionnaire à la retraite). Il faut absolument éviter de confier les missions de référent déontologue au directeur ou à un gestionnaire des ressources humaines.

#### **4) Dans votre rapport d'activité pour 2019, vous proposez de compléter l'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires afin d'assujettir expressément le référent déontologue à l'obligation de respect du secret professionnel. Pourquoi ?**

Aucune disposition ne soumet expressément le référent déontologue au secret professionnel. Aux termes de l'article 7 du décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique, « *le référent déontologue est tenu au secret et à la discrétion professionnels dans les mêmes conditions que celles définies à l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 susvisée* ». Ces dispositions renvoient à l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983. Or, contrairement à une idée reçue, cet article ne soumet pas tous les fonctionnaires au secret professionnel. Il énonce que « *les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal* ». L'article 226-13 du code pénal punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». L'article 226-14 précise que « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ».

De renvoi en renvoi, aucune disposition ne soumet finalement précisément le référent à l'obligation de respecter le secret professionnel. Certes, on peut considérer que le référent déontologue est dépositaire du secret professionnel en raison de sa fonction, eu égard à la nature de sa mission, comme le prévoit l'article 226-13 du code pénal. Toutefois, il pourrait être inséré, à l'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983, des dispositions similaires à celles

que l'on trouve, par exemple, à l'article L. 103 du Livre des procédures fiscales<sup>4</sup> pour les agents de l'administration fiscale, qui précise quelles sont les personnes assujetties à l'obligation de secret professionnel et les informations concernées. De la même façon, l'article L. 411-3 du code de l'action sociale et des familles pour les assistants de service social<sup>5</sup> énonce expressément que « *les assistants de service social et les étudiants des écoles se préparant à l'exercice de cette profession sont tenus au secret professionnel* », en réservant toutefois le cas particulier de « *la communication par ces personnes à l'autorité judiciaire ou aux services administratifs chargés de la protection de l'enfance, en vue de ladite protection, d'indications concernant des mineurs dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises* ». Dans pareil cas, les intéressés sont déliés de leur obligation de secret et ne risquent donc pas de condamnation pénale au titre de l'article 226-13 du code pénal.

Il paraît d'autant plus important de consacrer expressément l'obligation de secret professionnel par les nouvelles compétences du référent déontologue résultant de la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique. En effet, le référent déontologue n'est plus seulement le référent des agents. Depuis le 1<sup>er</sup> février 2020, il peut aussi être saisi par l'autorité hiérarchique, notamment en cas de doute sérieux sur la compatibilité du projet d'un agent de départ vers le secteur privé ou de création d'entreprise. Or, il pourrait devenir délicat pour le référent déontologue, saisi d'un côté, par l'agent, et de l'autre, par l'autorité territoriale, de ne pas divulguer des informations que lui a confiées à titre confidentiel l'agent.

---

<sup>4</sup> « L'obligation du secret professionnel, telle qu'elle est définie aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal, s'applique à toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au code général des impôts. /Le secret s'étend à toutes les informations recueillies à l'occasion de ces opérations. Pour les informations recueillies à l'occasion d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle, l'obligation du secret professionnel nécessaire au respect de la vie privée s'impose au vérificateur à l'égard de toutes personnes autres que celles ayant, par leurs fonctions, à connaître du dossier. »

<sup>5</sup> « Les assistants de service social et les étudiants des écoles se préparant à l'exercice de cette profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal. /La communication par ces personnes à l'autorité judiciaire ou aux services administratifs chargés de la protection de l'enfance, en vue de ladite protection, d'indications concernant des mineurs dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises n'expose pas, de ce fait, les intéressés aux peines fixées par l'article 226-13 du Code pénal. »