



Les transformations de la Fonction publique : tous travailleurs ?

Regards croisés Droit du travail – Droit des fonctions publiques

Cycle de conférences

Organisé par le Centre de Droit des Affaires et l'Institut Maurice Hauriou – Université Toulouse 1 Capitole
Sous la coordination d'I. Desbarats, P. Esplugas-Labatut et M. Touzeil-Divina, professeurs à l'UT Capitole

Conférence du 21 janvier 2020

Agents publics, salariés : une même éthique ?

INTRODUCTION :

L'accélération croissante des activités humaines et des moyens de communication contribuent vraisemblablement à favoriser une dégradation, une dilution ou un oubli des valeurs individuelles et collectives morales, éthiques et déontologiques susceptibles de troubler le fonctionnement des organisations et ensembles humains, et justifient assurément l'émergence d'un besoin en puissance de déontologie qui, dans la période récente, a incité la construction d'un véritable droit des déontologies.

Ce constat est évident pour autant que les causes en soient extrêmement variées et il s'impose à l'Etat, autant qu'aux sociétés et bien entendu, aux personnes physiques, au point que les dirigeants politiques et les législateurs successifs ont manifesté le souhait d'encadrer, de façon plus ou moins normative, les valeurs et comportements individuels ou collectifs.

De façon parcellaire, l'histoire révèle l'encadrement des comportements des agents publics, comme en témoigne l'Ordonnance Royale de 1254 portant sur la réforme de l'administration et de la police du Royaume ou encore l'Ordonnance de 1303 de Philippe le Bel, évoquant les trois devoirs de probité, d'impartialité et d'efficacité des agents du Royaume.

Plus de 6 siècles plus tard, le Général De Gaulle exprimait la nécessité de développer chez les agents publics le sentiment des hauts devoirs que la fonction publique entraîne et les moyens de les accomplir, dans les motifs de l'Ordonnance du 9 octobre 1945 relative à la formation, au recrutement et au statut de certaines catégories de fonctionnaires.

Au-delà de la loi du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, ce n'est pourtant que la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016, relative à la déontologie et aux droits et obligations du fonctionnaire, renforcée par la loi du 6 août 2019, qui a introduit, pour la première fois, dans notre droit l'exigence de déontologie dans le statut général de la fonction publique, en lien étroit avec la gestion des ressources humaines dans la fonction publique, dans le but de prévenir d'éventuels manquements à des obligations de faire et de ne pas faire et d'améliorer les pratiques professionnelles des agents afin de sécuriser la gestion quotidienne de l'activité de services publics et d'anticiper l'éventuelle survenance de risques juridiques.

Dans la sphère du droit privé, les évolutions sont tout aussi récentes mais demeurent parcellaires, les règles morales, les valeurs, l'éthique et la déontologie étant garanties par la protection absolue des libertés fondamentales et par ailleurs, l'interdiction d'actes de nature à porter atteinte à l'intégrité physique ou morale ou à la carrière des salariés.

Cependant, il est notable que la montée en puissance du besoin de déontologie s'exprime dans la finalité désormais inscrite dans la loi, pour les sociétés, puisque l'article 1833 du Code Civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite « Loi Pacte », dispose :

« La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. »

Par ailleurs, la loi du 5 septembre 2018 n° 2018-771, dite « Loi Avenir Professionnel », a institué un référent harcèlement à titre obligatoire devant être désigné dans le cadre du Comité Social et Economique dans les entreprises de plus de 250 salariés.

De même, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin 2 », relative à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, a introduit dans le droit français, en son article 6, la définition et la protection du lanceur d'alerte, relayée par le Décret du 19 avril 2017 qui a institué notamment, pour les personnes morales de droit privé d'au moins 50 salariés, l'obligation d'établir des procédures de recueil des signalement, prévue à l'article 8 de la loi susvisée.

Au-delà de ces textes, la juridicité en droit du travail, encadrant le respect de l'éthique et de la déontologie, est fixée a minima par le règlement intérieur des sociétés soumises à l'obligation d'en établir un et a maxima par les chartes éthiques adoptées par un nombre croissant de sociétés, mais dont la juridicité correspond au pouvoir de direction de l'employeur selon un mode dit souple.

Néanmoins, droit de la fonction publique ou droit du travail, la déontologie correspond à un besoin identique dont la double finalité consiste, d'une part, à refléter l'existence de devoirs collectifs et d'autre part, à inciter les agents publics et les salariés à respecter et faire respecter des valeurs afin d'améliorer leurs pratiques quotidiennes.

Pour autant que ces finalités soient identiques, leur objet et leur champ sont très nettement différenciés, garantis et encadrés par des moyens et systèmes de sanction différents, tout en étant fondé sur une juridicité normative de nature différente.

I - Des finalités identiques garanties par des moyens et un système de sanctions :

A. Les finalités du droit des déontologies garant des valeurs et principes spécifiques de portée générale :

Pour autant que les normes réglementant l'éthique et la déontologie dans la fonction publique, aussi bien qu'en droit du travail, poursuivent des finalités identiques, qui, pour rappel, visent à encadrer des devoirs collectifs tout en contraignant les agents et salariés à respecter un socle de valeurs générales ou spécifiques, cette double finalité exprime la différence de nature entre les notions de déontologie et d'éthique.

La déontologie est fondée sur un référentiel plus structurant, voire collectif, de l'activité d'une profession, ce qui s'exprime notamment par la fixation de règles déontologiques à certaines activités, qui, dans un cas, ont force légale ou réglementaire lorsqu'il s'agit de la fonction publique ou des ordres professionnels et dans un autre cas, comme en droit du travail, ne disposent pas de juridicité particulière, ce que caractérise les chartes d'éthique rédigées et appliquées au sein de certaines sociétés.

L'éthique en revanche se réfère plus directement à l'action de chaque individu considéré comme acteur au sein d'un ensemble plus vaste. Il s'agit donc beaucoup plus d'une capacité et d'une recherche individuelle à agir pour le compte d'un objectif commun qui va justifier par exemple l'exercice de libertés, telles que la liberté d'expression.

Au-delà des finalités et de ses définitions, il existe une différence nécessaire de valeurs entre le droit de la fonction publique et le droit du travail, puisque l'essentiel des valeurs de la fonction publique est concentré sur les valeurs républicaines (Liberté, Egalité, dont découlent la laïcité, l'impartialité et la neutralité et la Fraternité, à laquelle est rattachée l'équité et la non discrimination), des valeurs professionnelles applicables aux fonctionnaires (légalité impliquant la loyauté, la responsabilité et l'efficacité, l'adaptabilité, la continuité, la probité et l'exemplarité) et des valeurs humaines (engagement, respect et sens de la solidarité).

Au-delà de ces valeurs générales, existe une déontologie sectorielle dans la fonction publique, pour ce qui concerne les métiers liés à la sécurité intérieure et à l'ordre public, les travailleurs sociaux, les magistrats, juges judiciaires, magistrats administratifs et membres du Conseil d'Etat et personnel des autorités administratives indépendantes.

La loi du 20 avril 2016 a enrichi le statut général et de la déontologie des fonctionnaires des devoirs de neutralité et de laïcité, des obligations de dignité et d'impartialité, de prévention des conflits d'intérêt, des devoirs de probité et d'intégrité et enfin, l'encadrement du pantouflage.

Selon des valeurs partiellement identiques mais des objets et finalités différentes, le droit du travail impose des obligations de loyauté, de fidélité, d'exclusivité, de probité, de dignité et d'exemplarité, fondées pour l'essentiel sur la bonne foi contractuelle instituée par les dispositions de l'article L 1222-1 du code du travail, lequel dispose : « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi.* »

Ces valeurs sont relayées et garanties par des principes et libertés, liberté de la vie personnelle et de la vie familiale, liberté d'expression et liberté religieuse, liberté professionnelle (syndicale, de la concurrence, de choisir son employeur, etc...), libertés publiques (de manifestation, informatique et liberté (article L 1121-1 du code du travail)), des principes de non-discrimination (article L 1132-1 du code du travail), d'égalité de traitement (articles L 1133-1 et suivants du code du travail) et d'interdiction de toute forme de harcèlement moral ou sexuel (articles L 1152-1 à L 1152-6 et L 1153-1 à L 1155-2 du code du travail) et des agissements sexistes.

Cette obligation de loyauté est également relayée par la loi dans les relations collectives de travail, où elle préside à l'engagement et à la conduite des relations collectives de travail et des négociations collectives avec les institutions représentatives du personnel et les organisations syndicales.

Par ailleurs, l'évolution des nouvelles techniques de l'information et de la communication et des réseaux sociaux a rendu nécessaire le renforcement des droits des personnes, de responsabiliser les acteurs traitants des données et de crédibiliser la régulation grâce à la coopération renforcée entre les autorités de protection des données.

Entrée en vigueur en France le 25 mai 2018, ce règlement s'inscrit dans la continuité de la loi française informatique et liberté de 1978, établissant des règles sur la collecte et l'utilisation des données sur le territoire français.

Il a engendré pour la fonction publique, aussi bien que pour les entreprises, la nécessité d'établir un registre interne des données, assorti de règles normatives liées au recueil, au traitement et à la diffusion de données nominatives personnelles, qu'il s'agisse des personnes, sujets de ces opérations ou agents ou salariés en charge du traitement de ces données personnelles. Si le respect de ces règles impératives est garanti par l'autorité de régulation nationale, en l'espèce la CNIL, il l'est aussi par un système de sanctions dévolues à l'autorité régulatrice et pour les auteurs d'infractions ou de manquements à ces règles impératives, à des sanctions disciplinaires. La déontologie qui se définit comme un ensemble de règles dont le respect est impératif, se distingue très nettement des sanctions et du droit disciplinaire qui en constituent la garantie.

B. Les moyens et systèmes de sanctions garantissant les finalités poursuivies par le droit des déontologies :

La déontologie et l'éthique et les valeurs qu'elles supportent et encadrent se distinguent des sanctions auxquelles sont exposés les auteurs de manquements aux principes et obligations fixés soit par les textes, soit pour les sociétés de droit privé par le règlement intérieur, les instructions de services qui en sont le complément ou les chartes éthiques et ce, indépendamment des qualifications et sanctions pénales fixées spécialement par les textes répressifs.

Ces sanctions n'en constituent pas moins la garantie de leur respect et relèvent, pour ce qui concerne les sociétés de droit privé, du pouvoir de direction de l'employeur, qui demeure libre du choix et de la proportionnalité de la sanction, sous le contrôle du juge judiciaire et selon les prévisions de l'échelle des sanctions et des procédures disciplinaires fixée par le règlement intérieur des entités qui y sont soumises (entreprises d'au moins 20 salariés).

Ces manquements et par conséquent, la faute qu'ils constituent, sont donc appréciés souverainement dans l'exercice de ce pouvoir de direction, selon la définition fixée par l'article L 1331-1 du code du travail, lequel dispose :

« Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération. »

Au-delà des sanctions, le respect de ces valeurs et principes est autrement garanti par les droits consentis aux salariés au titre de leur liberté d'expression individuelle, mais également au travers des institutions représentatives du personnel, soit jusqu'au 31 décembre 2019, au travers des délégués du personnel et du Comité d'Hygiène et de Sécurité des Conditions de Travail et depuis le 1^{er} janvier 2020, au travers du Comité Social et Economique.

Cette protection est consacrée par le droit d'alerte conféré par la loi aux représentants du personnel dans l'hypothèse de tout signalement opéré par un ou plusieurs salariés, sur des faits mettant en cause la violation d'un principe ou d'une valeur d'essence légale, réglementaire ou issus du pouvoir de direction de l'employeur.

D'autres garanties spécifiques ont été instituées par la loi, selon les mêmes modalités de signalement, qu'il s'agisse du Règlement Général relatif à la Protection des Données (RGPD), par l'institution d'un délégué à la protection des données, ou encore par le référent harcèlement, institué par la loi du 5 septembre 2018 dite « Loi Avenir Professionnel » et ce pour les entreprises disposant d'un effectif supérieur ou égal à 250 salariés.

Au-delà de ces finalités et de ces garanties, la juridicité normative des règles déontologiques ou d'éthique en entreprise repose sur une nature différente.

II - Une juridicité normative de nature différente :

A. La juridicité souple du droit du travail :

1) Du règlement intérieur à la charte éthique :

Le règlement intérieur, institué par les dispositions des articles L 1311-1 à L 1322-3 du code du travail, constitue un document unilatéral établi par l'employeur et institué à titre obligatoire pour les entreprises d'au moins 20 salariés, fixant notamment les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et à la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur.

Ce document est soumis au contrôle de l'administration, après consultation des institutions représentatives du personnel, en ce qu'il fixe les mesures d'application de la réglementation en matière de santé et de sécurité dans l'entreprise, mais également les règles de comportement des salariés dans l'exécution de leur contrat de travail.

Le règlement intérieur peut, au-delà du contenu légal fixé par les dispositions susvisées, comporter l'obligation de respecter un certain nombre de règles et a contrario, viser des interdictions déterminées par l'employeur, au-delà du contenu fixé par la loi.

Dans la pratique, les comportements réglementés par le règlement intérieur se bornent généralement aux règles gouvernant l'exécution loyale du contrat de travail, conditions d'opposabilité élémentaire du comportement susceptible de donner lieu à sanction en cas de manquement à l'obligation visée.

Toutefois, la déclinaison du principe de loyauté notamment, qui gouverne l'exécution du contrat de travail, peut trouver des manifestations se situant en dehors des prévisions du règlement intérieur, mais n'interdisant pas pour autant à l'employeur de sanctionner les manquements.

C'est en ce sens que des manquements à la discipline ou à des règles comportementales non nécessairement écrites peuvent donner lieu à des sanctions légitimes, voire à un licenciement disciplinaire, sans pour autant qu'il soit fait grief à l'employeur de ne pas l'avoir intégré dans les prévisions du règlement intérieur.

Plus encore, le règlement intérieur peut être complété par des instructions de service, dont la portée normative susceptible de sanction ne sera pas plus contestable.

Dans le même sens, les chartes éthiques mises en œuvre au sein des sociétés revêtent la même portée normative et acquièrent donc une juridicité dite souple, permettant à l'employeur qui les a édictées d'en sanctionner les manquements.

Il peut s'agir de violation des dispositions impératives d'une charte informatique, d'une charte relative à l'interdiction des boissons alcoolisées, des stupéfiants ou encore de certains médicaments non autorisés sur le lieu de travail et plus encore de chartes éthiques fixant des règles générales de comportements également susceptibles de donner lieu à sanction.

Ainsi, au-delà de la norme à valeur réglementaire que constitue le règlement intérieur, les règles déontologiques et d'éthique édictées par les entreprises peuvent acquérir une juridicité les rendant opposables et les soumettant à sanction.

Ces principes et valeurs sont garantis par la protection des droits et libertés fixée par le code du travail, a contrario des ordres professionnels dont les règles déontologiques fondés sur des normes légales et réglementaires, s'appliquent aux professionnels relevant de ces ordres et soumis à un contrat de travail (avocats, médecins, experts-comptables salariés).

2) La protection des droits et libertés fondamentales des salariés :

L'article L 1121-1 du code du travail dispose :

« Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. »

Il s'agit de la protection des libertés fondamentales telles que la vie personnelle et familiale, la liberté d'expression et la liberté religieuse, les libertés de manifestation, les libertés informatiques, toute mesure attentatoire à ces libertés étant nulle et de nul effet et susceptible de sanction.

La protection de ces libertés est relayée par des principes tels que le principe de non discrimination fixé par les dispositions de l'article L 1132-1 du code du travail, qu'il s'agisse de discrimination directe ou indirecte et quel que soit le fondement de la discrimination, à savoir la discrimination fondée sur le sexe, sur l'âge, la religion, la nationalité, l'origine, la situation de famille, l'état de santé ou encore l'activité syndicale ou les opinions politiques.

L'article L 1132-2 du code du travail garantit également l'exercice normal du droit de grève, insusceptible de donner lieu à sanction, ni au licenciement.

L'article L 1132-3 du même code protège le salarié qui témoigne d'agissements discriminatoires.

De même et enfin, les articles L 1133-1 et suivants du code du travail encadrent et interdisent les différences de traitement non justifiées.

Ces droits, principes et libertés constituent des valeurs déontologiques et éthiques.

La juridicité souple liée à la fixation des règles des valeurs déontologiques dont le respect est garanti tout à la fois par les entreprises et les droits et libertés fondamentales fixés par le code du travail, trouvent par exception un fondement normatif.

B. L'immixtion d'une juridicité normative d'exception :

Cette juridicité normative d'exception trouve sa source dans la protection des données nominatives et la lutte contre la corruption.

1) La protection des données :

L'entrée en vigueur, le 25 mai 2018, du règlement général sur la protection des données en France, fixe des valeurs et principes obligatoires garantissant l'intégrité des données nominatives personnelles des salariés et toute personne sujet de traitement des données, en imposant des règles strictes s'agissant du recueil du traitement et de la diffusion des données nominatives personnelles pour les salariés, lors de l'embauche, de la vie professionnelle et de la fin du contrat de travail, les manquements à ces obligations étant par ailleurs susceptibles de donner lieu à sanction, en étant au surplus contrôlées dans les entreprises par le délégué à la protection des données et sur le plan national, par l'autorité de contrôle, à savoir la CNIL.

La rédaction obligatoire du registre interne des données et des procédures de collecte, de traitement et de diffusion des données fixe donc des règles impératives, échappant au pouvoir de direction de l'employeur et trouve, par conséquent, bien une juridicité normative issue de la loi.

2) La lutte contre la corruption :

La loi dit « Sapin 2 » du 9 décembre 2016, n° 2016-1691, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, a introduit dans la législation française le lanceur d'alerte, défini comme une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifiés ou approuvés 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.

L'article 8 de la loi précise que le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.

Le Décret du 19 avril 2017, n° 2017-564, précise les modalités des procédures d'alerte en ce qu'à compter du 1^{er} janvier 2018, les personnes morales de droit privé d'au moins cinquante salariés établissent les procédures de recueil des signalements prévus à l'article 8 susvisé de la loi du 20 décembre 2016, conformément aux règles qui régissent un instrument juridique qu'ils adoptent.

Cette loi, qui consacre la pratique du « Whistleblowing », lui-même découlant de la loi Sarbanes-Oxley, institue même un référent désigné par l'employeur et disposant, par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de cette mission, ce référent pouvant être une personne physique ou toute entité de droit public ou de droit privé, dotée ou non de la personnalité morale.

Ici encore, les valeurs et principes protégés par cette loi instituant une alerte éthique sont revêtus d'une juridicité normative qui s'additionne à la juridicité souple assortissant les chartes éthiques et instructions ayant cet objet, définies par les employeurs.

CONCLUSION :

L'examen du droit positif, du droit naissant des déontologies, révèle une différence fondamentale de nature de la juridicité des normes instituant les règles éthiques et déontologiques dans la fonction publique, d'une part et dans les entreprises de droit privé, d'autre part, pour autant qu'elles obéissent à une finalité unique.

Les valeurs, cependant, de nature et d'objet différents au sein même de la fonction publique et pour les entreprises de droit privé, sont garanties par des autorités spécifiquement instituées par la loi, des prérogatives et droits dévolus dans la fonction publique comme pour les entreprises privées aux institutions représentatives du personnel et à un système de sanction qui se distingue totalement de ces règles et valeurs.

C'est en ce sens, qu'au-delà des différences observées, il est permis de discerner une convergence et une cohérence dans la construction légale, réglementaire et prétorienne du droit des déontologies.

Laurent NOUGAROLIS