

## Troisième concours 2023

### Epreuve d'admissibilité : Droit public

Meilleure copie, note : 18/20

Nous n'avons volontairement pas corrigé les imperfections de forme qui peuvent apparaître dans chaque copie.

---

Ministère de la Transformation et de la Fonctions publiques  
Direction générale de l'administration et de la fonction publique  
Le chargé de mission

Le 21 août 2023

Note à l'attention de Madame la Directrice Générale

Objet : proposition de diffusion d'une circulaire et d'un guide de bonnes pratiques relatifs à l'usage des réseaux sociaux pour les agents publics

La récente interdiction par le Ministre de téléchargement et d'installation de l'application TikTok et, plus largement, des applications récréatives sur les téléphones professionnels fournis aux agents publics et remis à l'ordre du jour la question de l'usage des réseaux sociaux par les agents publics tant dans le cadre comme en dehors de leurs fonctions. Si les menaces d'interdiction visant TikTok et les applications récréatives ont été prises pour des raisons de cybersécurité et de protection des données, l'usage des réseaux sociaux par les agents publics pose notamment la question des obligations de réserve et de discrétion professionnelle, issues du statut de la fonction publique, dans ce nouvel espace de communication par définition public. En effet, si, comme tous les citoyens, les agents publics disposent de la liberté constitutionnelle d'expression, le statut leur impose des obligations, exorbitantes du droit commun, qu'il convient de préciser dans le cadre de l'usage des réseaux sociaux tant leur capacité de déploiement instantanée des informations diffusées peut potentiellement porter atteinte à l'image ou à la réputation du service public, voire entraver son fonctionnement normal.

Dans ce contexte, la présente note vise à :

- Rappeler le cadre juridique existant encadrant l'usage des réseaux sociaux par les agents publics dans le cadre comme en dehors de leurs fonctions
- Proposer la diffusion d'une circulaire à l'usage des services centraux et déconcentrés de l'Etat, accompagnée d'un guide de bonnes pratiques pouvant être proposé aux collectivités locales en appui aux actions menées dans ce domaine.

\* \* \* \*

I Dans le cadre comme en dehors de leurs fonctions, les agents publics bénéficient de la liberté d'expression sur les réseaux sociaux mais sont tenus aux obligations, exorbitantes du droit commun, de réserve et de discrétion professionnelle.

A. Comme tous les citoyens, les agents publics bénéficient de la liberté d'expression dans l'usage, encadré, des réseaux sociaux.

1. Les réseaux sociaux ont un caractère présumé public et constituent un outil d'exercice de la liberté d'expression.

Même si la plupart des applications pouvant être considérées comme des réseaux sociaux permettant aux utilisateurs de paramétrer leur compte afin d'en contrôler l'accessibilité et, éventuellement, de restreindre le nombre des contacts pouvant avoir accès aux informations diffusées, les réseaux sociaux ont un caractère "préssumé public" (cf. article 47-4 de la Charte de déontologie de la juridiction administrative, Conseil d'Etat, 2020).

Il ressort de la jurisprudence que ce caractère présumé public des réseaux sociaux en font corrélativement, compte tenu de leurs caractéristiques et de leur capacité de diffusion instantanée, un outil d'exercice de la liberté d'expression. La Cour européenne des droits de l'Homme "rappelle avoir déjà jugé s'agissant des publications en ligne que la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression" (CEDH, 2015, AS c. Estonie). Dans le même ordre d'idée, dans une étude annuelle sur les réseaux sociaux réalisée en 2022, le Conseil d'Etat n'hésite pas à écrire que "les réseaux sociaux sont des sortes de services publics de communication".

2. La liberté d'expression des agents publics sur les réseaux sociaux est un droit constitutionnel et conventionnel, favorable à la promotion et à l'image du service public.

Comme pour tous les espaces de communication, les agents publics peuvent se prévaloir de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose que "la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi".

De même, dans des termes relativement proches, l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dispose que "toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comporte la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...)". A ce titre, la protection de l'article 10 s'étend à la sphère professionnelle en général (CEDH, 5 novembre 2019, Herbai c. Hongrie et CEDH, 26 février 2009, Koudechkina c. Russie) et s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé de droit public, mais également de droit privé.

Enfin, dans le domaine spécifique d'Internet, ces dispositions sont complétées par l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui dispose notamment : "La communication du public par voie électronique est libre (...). On entend par communication du public par voie électronique toute mise à disposition du public (...) de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée".

Cette liberté d'expression sur les réseaux sociaux est d'ailleurs bénéfique à l'image des services publics et de leurs agents ainsi qu'à leur fonctionnement (cf. La Gazette des communes, 23 septembre 2020). Outre leur utilisation à des fins institutionnelles, notamment par les directions de la communication des collectivités locales, de leurs entités rattachées ou des établissements publics, les réseaux sociaux sont un lien de promotion des métiers de la fonction publique (cf. les agents des SDIS), de partage de documents publics ou encore un outil de mobilité professionnelle.

Cette liberté d'expression des agents publics doit cependant s'inscrire dans les limites fixées par la Constitution et la CESDH et dans le respect des obligations du statut général de la fonction publique.

## B. La liberté d'expression des agents publics doit s'inscrire dans les limites fixées par la Constitution et la CESDH et dans le respect des obligations du statut.

### 1. Les agents publics, comme tous les citoyens, doivent inscrire leur liberté d'expression dans les limites fixées par la Constitution et la CESDH.

Comme déjà mentionné, l'article 11 de la DDHC, reprise dans la Constitution de 1958, limite la liberté d'expression à "l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi". On peut notamment citer ici les infractions pénales de diffamation, d'injure publique ou encore d'autres délits comme celui de diffusion de fausses nouvelles, de dénonciation calomnieuse, etc.

De même, l'article 10 de la CESDH est tempéré par le deuxième paragraphe qui dispose que "l'exercice de ces libertés (...) peut être soumis à certaines formalités, conditions restrictives ou sanctions prévues par la loi" notamment celles relatives à la sécurité nationale, à la défense de l'ordre ou à la protection de la santé et de la morale. Pour juger des atteintes portées à l'exercice de la liberté d'expression, le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité et vérifie leur caractère nécessaire, adapté et proportionné à l'objectif poursuivi.

### 2. En outre, les agents publics sont soumis aux obligations dérogatoires du statut général de la fonction publique.

Votée le 13 juillet 1983, soit bien avant l'émergence d'Internet et des réseaux sociaux, la loi portant droit et obligations des fonctionnaires (applicable également aux agents non titulaires de la fonction publique territoriale en vertu de l'article 136 de la loi du 26 janvier 1984) précise les obligations dérogatoires que doivent respecter les fonctionnaires. Celles-ci ont depuis été codifiées aux articles L.121-1 à L. 121-8 du Code général de la fonction publique :

- Article L.121-3 : "l'agent public consacre l'intégralité de son activité professionnelle aux tâches qui lui sont confiées". On peut déduire de cet article que, hormis les cas des agents utilisant spécifiquement les réseaux sociaux dans le cadre de leur fonction (ex. communication institutionnelle, promotion, marketing, recrutement, etc.), les agents publics ne peuvent utiliser les réseaux sociaux à titre personnel lors de leur temps de service. Les recherches menées dans le cadre d'une mobilité professionnelle sont en revanche légales au regard de cet article.
- Article L.121-6 : "L'agent public est tenu au secret professionnel dans le respect des articles 226-13 et 226-14 du code pénal".
- Article L.121-7 : "L'agent public doit faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont il a connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions".

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que le fait qu'un agent de police municipale diffuse sur les réseaux sociaux des photographies et informations relatives à l'organisation de la police municipale, notamment du système de vidéosurveillance de la commune, constituait un manquement à son obligation de discrétion professionnelle (CE, 20 mars 2017, n° 393320). De même, la CEDH reconnaît que l'obligation de loyauté et de réserve exigée des membres de la fonction publique est plus forte que celle attendue des salariés de droit privé (CEDH, 2011, Heinisch c. Allemagne). Pour évaluer les manquements aux obligations de réserve et de discrétion professionnelle, la CEDH a notamment eu l'occasion de préciser qu'il fallait 1. Procéder à un examen suffisamment approfondi de la teneur des contenus litigieux et du contexte dans lequel ils s'inscrivent. 2. tenir compte de la nature des débats auxquels les contenus litigieux se rapportent (cf. débats d'intérêt général) et 3. évaluer l'influence potentielle d'une publication en ligne afin de déterminer son étendue et sa portée auprès du public.

II. Face aux risques engendrés par l'utilisation attendue accrue des réseaux sociaux par les agents publics, il conviendrait de diffuser une circulaire à l'usage des services centraux et déconcentrés de l'Etat, accompagnée d'un guide de bonnes pratiques.

## A. Face aux risques des réseaux sociaux et en l'absence de dispositions législatives spécifiques applicables aux agents publics, les outils du droit mou peuvent être mobilisés.

### 1. Le cadre juridique existant s'appliquant aux agents publics n'est pas spécifique aux réseaux sociaux et laisse plusieurs problématiques non tranchées.

- 1.1. L'obligation de réserve reste une notion fonctionnelle dont la définition et les cas d'application sont largement jurisprudentiels (cf. Sur l'obligation de réserve, Jean Rivero, AJDA, décembre 1977). Dans ce contexte, il y a toujours un risque d'arbitraire du pouvoir et du juge administratif (ou de sentiment d'arbitraire) contraire au principe de transparence de la justice issu du droit anglo-saxon qui a notamment irrigué la CESDH.
- 1.2. Le cadre juridique existant ne différencie par les différents cas d'usage possibles des réseaux sociaux : un chef de service qui communiquerait à titre professionnel ou personnel sur ses actions et les politiques menées par ses services, un agent public qui communiquerait à titre personnel en faisant mention ou pas de son statut, etc.
- 1.3. Le cadre juridique actuel ne fait pas de distinction entre un usage public ou strictement privé des réseaux sociaux (avec, par exemple un paramétrage strict du compte utilisé ne permettant l'accès aux contenus qu'à des proches dûment autorisés).
- 1.4. Le cadre juridique actuel ne fait pas de distinction en fonction du positionnement hiérarchique des agents publics et ne tient pas compte des catégories d'agents extrêmement spécifiques (cf. militaires, policiers, magistrats, membres des corps de contrôle et d'inspection, etc.)
- 1.5. Ces carences sont d'autant plus gênantes que l'Etat et les collectivités locales sont engagés dans une politique de développement de la maîtrise des outils numériques par les agents publics (cf. Un quart des agents de la fonction publique ne maîtrisent pas les outils numériques, La Banque des territoires, 18 mars 2021).

## 2. Pour compléter le cadre juridique existant, le droit mou est déjà utilisé par certains organismes publics.

Le Conseil d'état a ainsi édicté une Charte de déontologie de la juridiction administrative qui s'applique donc à tous les membres des juridictions administratives. En effet, même si elle comporte de nombreuses recommandations, celle ..... puisqu'elles leur font grief. Ces recommandations sont notamment basées sur la modération, la prudence et la tempérance. Elles s'appliquent aussi bien aux agents publics utilisant les réseaux sociaux à titre privé (cf. paramètres restreints du compte) que public, y compris sans faire mention de leur statut de membre de la juridiction administrative.

## B. Il est proposé la diffusion d'une circulaire à l'usage des services centraux et déconcentrés de l'Etat, accompagnée d'un guide de bonnes pratiques pouvant être proposé aux collectivités locales en appui aux actions qu'elles mènent dans ce domaine.

1. Il n'est pas recommandé d'agir par voie législative, par exemple afin de modifier et compléter les articles L.121-1 à L.121-8 du Code général de la fonction publique compte tenu de la diversité de situations des agents publics et de l'extrême complexité à préciser par la loi les notions d'obligations de réserve et de discrétion professionnelle.
2. Pour les mêmes raisons, il n'est pas recommandé d'agir par voie réglementaire à propos de notions fonctionnelles définies par enrichissements successifs par la jurisprudence
3. La Direction générale pourrait rédiger et diffuser une circulaire réalisée en collaboration avec la Direction interministérielle du numérique (DINUM) et l'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) ainsi que certains correspondants cybersécurité des Ministères.
  - Cette circulaire pourrait proposer à chaque service d'édicter une Charte de déontologie et de bon usage des réseaux sociaux adaptée aux spécificités, permettant ainsi une rédaction associant l'ensemble des agents concernés.
  - A titre d'illustration, une annexe pourrait présenter la Charte de la juridiction administrative ainsi que l'article R.434-12 du Code de la sécurité intérieure qui s'applique aux policiers et aux gendarmes.
  - En s'appuyant sur la jurisprudence, la circulaire pourrait expliciter les notions de réserve et de discrétion professionnelle applicable aux réseaux sociaux en les rattachant notamment à la

faute définie comme un comportement susceptible d'entraver le fonctionnement normal du service public.

- La circulaire proposerait à chaque service destinataire de se positionner sur ces prescriptions avant la fin de l'année 2023, un membre du cabinet pouvant être désigné pour assurer un suivi des retours et élaborer un tableau de bord.
  - La circulaire comprendrait enfin en annexe les principales décisions rendues par la juridiction administrative dans ce domaine. \*
4. Cette circulaire serait accompagnée d'un guide de bonnes pratiques, principalement à l'attention des collectivités locales qui serait une déclinaison opérationnelle des éléments prescriptifs de la circulaire.
- \* Cette circulaire rappellerait enfin les règles essentielles en matière de RGPD et de protection des données personnelles, notamment en cas d'utilisation de matériel professionnel à titre personnel.