



CONSEIL D'ÉTAT

LES ÉTUDES DU CONSEIL D'ÉTAT

Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger

Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger



La
documentation
 Française

CONSEIL D'ÉTAT

Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger

Étude adoptée le 25 février 2016
par l'assemblée générale plénière
du Conseil d'Etat

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? – étude annuelle 2012, n° 63.
- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, n° 1, 2011.
- Les développements de la médiation, n° 2, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, n° 3, 2012.
- La démocratie environnementale, n° 4, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, n° 5, 2012.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, n° 6, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7, 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2014.
- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.
- Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, n° 12, 2014.
- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Ou va l'État? – Tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ? n° 15, 2015.

Collection « Histoire et mémoire »

- Conférences Vincent Wright - Volume 1, n° 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX^e siècle, n°2.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, n° 3.

Collection « Jurisprudences »

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015 (*à paraître*)

Sommaire

Principales orientations retenues par le groupe de travail	7
Introduction	11
Synthèse des propositions	13
Première partie – Si la France dispose de longue date de divers mécanismes de signalement, la diffusion de dispositifs d’alerte professionnelle est récente, de même que l’adoption par le législateur de dispositions ayant pour objet spécifique la protection des lanceurs d’alerte	17
1.1. Une obligation de signalement des crimes et délits s’impose de longue date aux agents publics, tandis que depuis 1982 s’est développé un droit d’alerte en matière de santé et de sécurité au travail	17
1.1.1. L’article 40 du code de procédure pénale impose de longue date aux agents publics de signaler les crimes et délits dont ils ont connaissance dans l’exercice de leurs fonctions	17
1.1.2. Un premier droit d’alerte s’est, par ailleurs, développé depuis 1982 dans les entreprises et les administrations en matière de santé et de sécurité au travail	20
1.2. La diffusion de dispositifs d’alerte professionnelle est en revanche récente : elle a surtout concerné les grandes entreprises, sans intervention du législateur français	22
1.2.1. Au cours des années 2000, de nombreuses grandes entreprises françaises ont été conduites à se doter de dispositifs d’alerte professionnelle en matière comptable et financière, sous l’influence de législations étrangères à portée extraterritoriale	22
1.2.2. Saisie de la conformité de ces dispositifs aux exigences du droit à la protection des données personnelles, la CNIL a joué un rôle de premier plan dans leur encadrement progressif	25
1.3. Des évolutions des règles européennes et internationales ainsi que quelques affaires retentissantes ont conduit le législateur français à adopter de nombreuses dispositions relatives à la protection des lanceurs d’alerte en procédant de manière sectorielle	28
1.3.1. Les dispositions adoptées en matière de lutte contre les discriminations, visant à protéger celui qui les signale, ont servi de matrice aux dispositions protégeant les lanceurs d’alerte	28
1.3.2. En 2002, dans le cadre du renforcement de la lutte contre la maltraitance et les abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables, le législateur a prévu une procédure juridique de protection des personnes qui procèdent à des signalements	31
1.3.3. En 2007, le législateur est intervenu pour adopter des dispositions protégeant les salariés signalant des faits de corruption, qui devraient être prochainement renforcées	32
1.3.4. La protection des lanceurs d’alerte en matière de risques graves pour la santé publique et l’environnement a, quant à elle, fait l’objet de deux lois, en 2011 puis en 2013	33

1.3.5. La protection des lanceurs d’alerte signalant des situations de conflit d’intérêts a fait l’objet de dispositions spécifiques avec l’adoption de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique	36
1.3.6. En adoptant la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, le législateur a considérablement étendu le champ d’application des dispositifs de protection des lanceurs d’alerte.....	38
1.3.7. La loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement a, enfin, prévu une protection spécifique pour les agents des services de renseignement signalant des faits susceptibles de constituer une violation manifeste de la loi	39

Deuxième partie – Ces dispositifs sont peu utilisés, faute de former un ensemble cohérent, d’être suffisamment précis quant aux procédures à mettre en œuvre et de garantir aux lanceurs d’alerte une protection efficace.....

2.1. Le déploiement de ces dispositifs, pour la plupart récents, est encore limité et parcellaire, ce qui explique qu’il en soit encore peu fait usage	41
2.1.1. Dans le secteur public, l’obligation de signalement prévue par le second alinéa de l’article 40 du code de procédure pénale demeure peu pratiquée et sa mise en œuvre se heurte à de sérieux obstacles	41
2.1.2. Dans le secteur privé, si la diffusion des dispositifs d’alerte professionnelle est bien avancée dans les grandes entreprises, tel n’est pas le cas dans les petites et moyennes entreprises, qui apparaissent insuffisamment outillées et pour lesquelles, dans un contexte de grandes difficultés économiques, ce n’est pas une priorité	42
2.1.3. La mise en oeuvre par les administrations des différentes dispositions sectorielles récemment adoptées par le législateur demeure encore embryonnaire.....	44
2.2. Ces dispositions couvrent un champ très large, mais forment un ensemble qui manque de cohérence et dont la conciliation avec d’autres droits n’est, en l’état, pas aboutie	46
2.2.1. Les dispositions sectorielles récemment adoptées par le législateur couvrent un spectre très large mais présentent une faible lisibilité et des différences génératrices d’insécurité juridique	46
2.2.2. L’articulation entre les dispositions relatives à la protection des lanceurs d’alerte et les obligations de secret et de discrétion professionnels n’est, en l’état, pas satisfaisante.....	48
2.3. Centrées sur la protection des lanceurs d’alerte, les dispositions récemment adoptées par le législateur ne précisent pas suffisamment les procédures à mettre en œuvre et les modalités de traitement des alertes fondées	50
2.3.1. Les procédures de signalement, internes puis externes, ne font pas l’objet d’une gradation claire, à la différence de l’approche retenue par la Cour européenne des droits de l’homme et par plusieurs législations étrangères.....	50
2.3.2. Le traitement à réserver aux alertes fondées constitue à ce jour une dimension presque ignorée par les dispositions relatives aux lanceurs d’alerte	52



2.4. La protection aujourd’hui accordée aux lanceurs d’alerte, qui repose exclusivement sur le rôle du juge et dont l’étendue varie d’une loi à l’autre, est encore insuffisamment efficace	53
2.4.1. La protection des lanceurs d’alerte, telle que prévue par les dispositions législatives existantes, repose essentiellement sur l’intervention d’un juge et son étendue varie d’une loi à l’autre	53
2.4.2. Enfin, cette protection s’inscrit exclusivement dans le cadre d’un litige, c’est-à-dire en aval d’éventuelles mesures de représailles, sans mécanismes institués en amont pour prévenir ces représailles	54

Troisième partie – L’amélioration de ces dispositifs suppose l’adoption d’un socle commun reposant sur des procédures graduées et sécurisées, un traitement effectif des alertes et une protection efficace tant pour les lanceurs d’alerte que pour ceux qui en sont la cible

55

3.1. Ce socle commun doit d’abord reposer sur des procédures graduées, sécurisées et largement accessibles et sur une conciliation claire entre le droit d’alerte et les dispositions pénales protégeant le secret	56
3.1.1. La définition de procédures graduées et sécurisées dont les entreprises et les administrations seraient incitées à se doter est un pré requis indispensable pour mettre pleinement en œuvre les dispositions d’alerte existantes	56
3.1.2. Les dispositifs d’alerte mis en place par les entreprises et les administrations ont vocation à être largement accessibles, tant aux personnes physiques qu’aux personnes morales	58
3.1.3. L’articulation entre les dispositifs d’alerte et les dispositions pénales protégeant le secret doit être clarifiée.....	64
3.2. Plutôt que la création d’une autorité centrale, un traitement effectif des alertes fondées appelle un portail unique chargé, le cas échéant, de les rediriger vers les autorités compétentes et d’inciter ces dernières à informer les lanceurs d’alerte des suites données	66
3.2.1. La création d’une autorité centrale en charge du traitement de l’alerte n’apparaît pas nécessaire, ni même souhaitable.....	66
3.2.2. Il apparaît, en revanche, souhaitable de mettre en place une instance chargée de rediriger, de manière résiduelle, les alertes émises par des personnes ne sachant pas à quelle autorité s’adresser	66
3.2.3. Il convient enfin d’inciter, et le cas échéant d’obliger, les responsables et autorités saisis à informer les lanceurs d’alerte, ainsi que les personnes visées, des suites données aux signalements dont ils sont destinataires	68
3.3. Une protection efficace des lanceurs d’alerte de bonne foi appelle une harmonisation et un renforcement des dispositions existantes et la mise en place de structures adaptées, au-delà du rôle d’ores et déjà exercé par les juges judiciaires et administratifs	70
3.3.1. Harmoniser et compléter les dispositions existantes afin de consolider la protection accordée aux lanceurs d’alerte interne	70
3.3.2. Améliorer la protection des lanceurs d’alerte externes en incitant les parquets à veiller à ce que les lanceurs d’alerte de bonne foi ne soient pas victimes de procédures abusives en diffamation	72



3.3.3. Réserver l'ensemble des dispositifs de protection aux lanceurs d'alerte de bonne foi, tout en sanctionnant les auteurs d'alertes abusives ou malveillantes	73
3.3.4. Mettre en place, en amont et en aval de l'alerte, des structures et des procédures afin que le juge ne soit plus le seul garant de l'effectivité de la protection accordée aux lanceurs d'alerte	74
3.3.5. Écarter l'idée d'incitations financières au bénéfice des lanceurs d'alerte...	76
3.4. Ces orientations ont vocation à former le socle commun de l'ensemble des dispositifs d'alerte	76
Conclusion.....	77
Annexes	79
Annexe 1 – Lettre de mission du Premier ministre.....	81
Annexe 2 – Composition du groupe de travail	83
Annexe 3 – Liste des personnes rencontrées	85
Annexe 4 – Dispositions législatives relatives à la protection des lanceurs d'alerte....	87
Annexe 5 – Droit comparé	97
Annexe 6 – Contribution du professeur Henri Oberdorff sur la notion d'alerte éthique	111
Annexe 7 – Les lanceurs d'alerte et le secret professionnel (note du ministère de la justice)	117
Annexe 8 – L'articulation des obligations statutaires avec l'obligation de signalement dans la fonction publique (note de la DGAFP)	125



Principales orientations retenues par le groupe de travail

Constats

La France dispose de longue date de mécanismes de signalement, notamment pour les agents publics ayant connaissance de crimes ou de délits dans l'exercice de leurs fonctions. Du fait d'évolutions des règles internationales et après plusieurs affaires retentissantes, le législateur français a cependant adopté depuis 2007 diverses dispositions ayant pour objet spécifique de protéger les personnes effectuant, de bonne foi, de tels signalements. Ces dispositions relatives aux lanceurs d'alerte couvrent un champ très large. Elles présentent toutefois une faible cohérence d'ensemble et sont insuffisamment précises quant à la définition du lanceur d'alerte et aux procédures qu'il revient concrètement à l'intéressé, aux entreprises et aux administrations de suivre ou de mettre en œuvre. La conciliation entre les droits que ces dispositions instituent et d'autres droits ou obligations (secrets protégés pénalement, droits des personnes visées par des alertes abusives) n'est, par ailleurs, pas satisfaisante.

La mise en œuvre de ces dispositions, pour la plupart récentes, est encore limitée et parcellaire. Si la diffusion des dispositifs d'alerte professionnelle dans les grandes entreprises semble bien avancée, en raison notamment de l'influence de législations étrangères à portée extraterritoriale, tel n'est en revanche pas le cas dans les petites et moyennes entreprises, qui apparaissent insuffisamment outillées et pour lesquelles ce n'est souvent pas une priorité dans un contexte économique très difficile ; enfin, dans les collectivités publiques, cette mise en œuvre n'en est le plus souvent qu'à ses débuts.

Orientations

L'un des premiers objectifs de l'étude est de rappeler que l'alerte est un instrument complémentaire des différents instruments de droit commun d'ores et déjà à la disposition des employés, des agents publics et des citoyens pour signaler aux autorités compétentes des faits répréhensibles ou des risques graves.

L'objectif principal est de responsabiliser les administrations et les entreprises en leur faisant prendre conscience de ce qu'une alerte peut révéler l'existence de dysfonctionnements graves qu'il leur appartient de corriger. A cet égard, l'étude recommande d'obliger les administrations et d'inciter les entreprises d'une certaine taille à se doter de procédures confidentielles et sécurisées permettant

de rediriger l'alerte, en interne, vers des organes compétents pour l'analyser et la traiter et de placer ces derniers à un niveau suffisant afin que l'alerte soit prise en charge de manière efficace.

Il est par ailleurs indispensable de prévoir une gradation des canaux susceptibles ensuite d'être saisis par les lanceurs d'alerte, lorsque cette alerte interne se heurte à une absence de réponse apportée dans un délai raisonnable ou qu'elle s'avère impossible. L'étude propose sur ce point de s'inspirer de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de législations étrangères (notamment britannique et irlandaise) pour dégager une gradation claire : canal hiérarchique, canal interne spécifique (déontologue ou comité de déontologie, dispositif d'alerte professionnelle, inspection générale...), canaux externes (autorité administrative compétente, ordres professionnels, autorité judiciaire).

Dans cette perspective, la divulgation au public ne saurait être envisagée qu'en ultime recours.

L'étude porte ensuite sur la protection à accorder aux lanceurs d'alerte de bonne foi, c'est-à-dire à ceux qui avaient des motifs suffisants de croire à l'exactitude des faits et des risques qu'ils ont entendu signaler. Sont ainsi exclues du champ de cette protection les personnes émettant des signalements dont elles savent qu'ils sont totalement ou partiellement inexacts. Non seulement ces personnes n'ont pas vocation à être protégées, mais elles encourent des poursuites pour dénonciation calomnieuse. Il en va de même des personnes émettant des signalements avec l'intention de nuire, qui sont susceptibles d'être poursuivies pour diffamation, et des personnes émettant des alertes abusives, qui peuvent, de même d'ailleurs que les précédentes, faire l'objet de sanctions disciplinaires.

S'agissant de la protection des lanceurs d'alerte de bonne foi qui feraient l'objet de mesures de représailles, l'étude propose d'harmoniser les dispositions existantes, en retenant un champ d'application personnel large (protégeant des personnes au-delà de la relation de travail stricto sensu – stagiaires, consultants...– voire des personnes externes à l'entreprise ou l'administration) et une protection contre l'ensemble des mesures de représailles envisageables. Afin de prévenir efficacement de telles mesures, l'étude suggère également de doter le Défenseur des droits d'une nouvelle compétence envers les lanceurs d'alerte de bonne foi qui seraient la cible de représailles. De la même manière, elle préconise que les pouvoirs publics soutiennent les initiatives de la société civile visant à mettre en place des structures chargées de prodiguer des conseils juridiques aux lanceurs d'alerte potentiels et de les accompagner dans leurs démarches.

Pour favoriser la conciliation de la protection du lanceur d'alerte avec les obligations qui lui incombent, l'étude suggère, d'une part, de clarifier la portée des obligations de secret professionnel qu'il revient aux employés et aux agents publics de respecter, d'autre part, d'identifier clairement les sanctions disciplinaires et pénales qu'encourent les lanceurs d'alertes abusives ou relevant de la dénonciation calomnieuse et de la diffamation. En miroir de ces sanctions, l'étude identifie les réparations civiles dont ont vocation à bénéficier les lanceurs d'alerte de bonne foi qui feraient l'objet de mesures de représailles.

Ces orientations ont vocation à former le socle commun de l'ensemble des dispositifs d'alerte. Selon les champs concernés (corruption, environnement, renseignement, santé publique...), les lanceurs d'alerte peuvent toutefois se trouver dans des situations très diverses, ce qui plaide en faveur du maintien d'une approche différenciée plutôt que d'un statut unique.

Ainsi, une loi dédiée fonderait le socle commun puis pourrait adapter aux orientations communes les différents dispositifs existants (dans le code du travail, dans le statut des fonctionnaires...).





L'alerte éthique a acquis droit de cité dans notre démocratie, dans le fonctionnement des entreprises et des administrations et, plus largement, dans la vie publique. Figure renouvelée du citoyen vigilant, le lanceur d'alerte a conquis de nouveaux droits et il apparaît aujourd'hui comme un aiguillon utile, et parfois nécessaire, à une meilleure gouvernance. En France, si l'alerte éthique suscite les enthousiasmes, elle nourrit aussi des réticences fortes, face au double risque d'une suspicion généralisée, qui déstabiliserait notre société, ou d'une délation organisée, pratique qui a constitué une tache dans des périodes troublées de notre histoire et qui a tant fait souffrir les peuples vivant sous des régimes totalitaires.

Le lanceur d'alerte n'est ni un dissident, qui s'opposerait radicalement à une collectivité, ni un partisan de la désobéissance civile, qui revendiquerait une « contre-légitimité ». Il n'est pas non plus un délateur ou un sycophante, qui agirait dans son intérêt personnel, ni un calomniateur, qui chercherait à nuire ou à jeter l'opprobre. Le lanceur d'alerte signale, de bonne foi, librement et dans l'intérêt général, de l'intérieur d'une organisation ou de l'extérieur, des manquements graves à la loi ou des risques graves menaçant des intérêts publics ou privés, dont il n'est pas l'auteur. La présente étude le distingue donc des personnes dont la profession ou l'activité habituelle est d'alerter, comme les journalistes, ainsi que des personnes qui font connaître des comportements répréhensibles dont ils sont, au moins pour partie, les auteurs.

Pratique ancienne, l'alerte éthique est aujourd'hui confrontée à des enjeux inédits. Avec les procédures de contrôle institutionnel, qu'elle ne remplace pas, mais qu'elle complète et renforce, elle vise à prévenir, d'une manière plus proche, réactive et transparente, les dysfonctionnements des organisations publiques et privées. Avec internet et le numérique, ses canaux d'expression se sont diversifiés, mondialisés et, dans une certaine mesure, dérégulés.

Parce que l'alerte éthique ne peut rester l'apanage d'acteurs héroïques, parce que les nouveaux canaux qu'elle emploie lui ont donné une puissance qui parfois devient destructrice, il faut qu'elle devienne une procédure sûre, accessible et structurée ; c'est pour cela qu'un droit spécifique a été inventé. La France connaît de longue date des obligations de signalement au sein des services publics et des entreprises, mais elle ne s'est dotée que récemment de règles ayant pour objet de protéger les lanceurs d'alerte contre tout risque de représailles. Depuis 2007, plusieurs lois sont venues remédier à ce retard, qui est aujourd'hui en grande partie comblé.

L'état de notre droit n'est pas pour autant satisfaisant, car il s'est développé comme par empilement et par à-coups, au détriment de sa clarté et de son accessibilité, comme de sa cohérence et de l'homogénéité de ses principes fondamentaux. Par ailleurs, des lacunes ou des zones d'ombre demeurent, en particulier s'agissant des procédures et des modalités pratiques de lancement et de traitement des alertes. L'alerte éthique risque par conséquent d'être réduite à ses formes les plus paroxystiques, souvent contraires à la finalité d'intérêt général qu'elle poursuit. Un double travail de mise en ordre et de mise à jour reste donc encore à accomplir.

Pour y parvenir, un bloc de règles et principes communs doit être identifié, tout en respectant la diversité des situations, selon leur gravité et leur degré d'urgence, selon que les émetteurs et les destinataires de l'alerte appartiennent ou non à l'organisation visée, selon la nature et l'importance des missions confiées à cette organisation, publique ou privée. Cette diversité, qu'un dispositif unique et transversal prendrait difficilement en compte, appelle des procédures plus ou moins graduées de signalement, des modes variés de traitement et des mesures adaptées de protection des lanceurs d'alerte. On ne saurait donc sacrifier à une vision simplificatrice de l'alerte éthique, car il faut tout à la fois prévenir et réprimer efficacement les infractions et ne pas nuire aux intérêts publics et privés que l'alerte entend sauvegarder, ni porter atteinte aux secrets protégés par la loi et qu'il ne serait pas impératif de lever pour lancer cette alerte. Il faut aussi que les alertes reçues puissent être traitées par des procédures appropriées, afin de donner rapidement des suites à celles qui sont légitimes et d'écarter celles qui sont infondées, voire abusives.

Conformément à la lettre de mission du Premier ministre, la présente étude dresse un bilan critique des dispositifs d'alerte éthique en vigueur et émet des propositions pour en améliorer l'efficacité. Elle s'organise en trois parties et montre que :

1°) si la France dispose de longue date de divers mécanismes de signalement, la diffusion de dispositifs d'alerte professionnelle est récente, de même que l'adoption par le législateur de dispositions ayant pour objet spécifique la protection des lanceurs d'alerte ;

2°) ces dispositifs sont peu utilisés, faute de former un ensemble cohérent, d'être suffisamment précis quant aux procédures à mettre en œuvre et de garantir aux lanceurs d'alerte une protection efficace ;

3°) l'amélioration de ces dispositifs suppose l'adoption d'un socle commun reposant sur des procédures graduées et sécurisées, un traitement effectif des alertes éthiques et une protection efficace tant pour ceux qui les lancent que pour ceux qui en sont la cible.

Les diagnostics et les propositions de cette étude sont le fruit des travaux d'un groupe de travail composé de membres du Conseil d'État ainsi que de représentants des administrations, du monde associatif et de l'Université. Il a été procédé, au sein de ce groupe, à de nombreuses auditions, dont la liste figure en annexe.



Synthèse des propositions

Proposition n° 1 : Définir par la loi un socle de dispositions communes applicables à toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquements graves à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer une alerte dans l'intérêt général, et sur lesquelles se fonderait l'harmonisation des dispositifs sectoriels existants relatifs aux lanceurs d'alerte.

Outre la définition du lanceur d'alerte, ce socle commun préciserait :

- les procédures graduées et sécurisées mises à la disposition des lanceurs d'alerte pour émettre un signalement ;
- les modalités de traitement qu'il reviendrait aux destinataires de l'alerte de mettre en œuvre ;
- la protection dont disposeraient les lanceurs d'alerte de bonne foi contre toute mesure de représailles.

Vecteur : loi

Proposition n° 2 : Instituer, en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des législations en vigueur au Royaume-Uni et en Irlande, une gradation des canaux susceptibles d'être saisis par les lanceurs d'alerte appartenant à l'organisation mise en cause : canal hiérarchique, canal interne spécifique (déontologue, dispositif d'alerte professionnelle, inspection générale), canaux externes (autorité administrative compétente, ordres professionnels, autorité judiciaire). La divulgation au public ne saurait être envisagée qu'en dernier recours.

Le respect de cette gradation par un lanceur d'alerte appartenant à l'organisation mise en cause serait l'un des critères pris en compte par le juge afin de déterminer le degré de protection à lui accorder.

Vecteur : loi (socle commun).

Proposition n° 3 : Rendre les dispositifs d'alerte mis en place dans les entreprises et les administrations accessibles aux collaborateurs extérieurs et occasionnels exerçant leurs fonctions au sein ou pour le compte de ces organisations.

Vecteur : actes réglementaires s'agissant des administrations de l'État et des établissements de santé, loi s'agissant des collectivités territoriales et des entreprises.

Proposition n° 4 : Rendre les dispositifs d’alerte mis en place dans les entreprises et les administrations accessibles, selon des modalités adaptées, aux personnes physiques et morales extérieures, sans que ce recours ne soit obligatoire.

Vecteur : loi et actions de communication

Proposition n° 5 : Instaurer et garantir la stricte confidentialité de l’identité des auteurs de l’alerte ainsi que, avant que le bien-fondé de l’alerte soit confirmé, des personnes qu’elle vise et des informations recueillies par l’ensemble des destinataires, internes et externes, de l’alerte.

Vecteur : loi (socle commun).

Proposition n° 6 :

I. Instituer l’obligation de désigner des personnes chargées de recueillir l’alerte interne et, le cas échéant, externe, dans l’ensemble des administrations de l’État, des établissements de santé et des grandes collectivités territoriales. Ces destinataires de l’alerte pourraient, selon les cas, être une inspection générale, un comité d’éthique ou de déontologie ou un référent déontologue. Ils devront, en tout état de cause, disposer d’une autonomie suffisante et être placés à un niveau élevé de la hiérarchie.

Vecteur : actes réglementaires s’agissant des administrations de l’État et des établissements de santé, loi s’agissant des collectivités territoriales.

II. Encourager la diffusion de dispositifs d’alerte internes spécifiques dans les entreprises en retenant une approche différenciée consistant :

- dans les grandes entreprises, à consolider, en les adossant aux structures existantes, par exemple les directions de la conformité ou les déontologues, et à faire connaître les dispositifs d’ores et déjà mis en place ;

- dans les petites et moyennes entreprises, à sensibiliser les interlocuteurs habituels de l’alerte que sont les responsables hiérarchiques et les institutions représentatives du personnel, lorsqu’elles existent.

Vecteur : droit souple (guides de bonnes pratiques).



Proposition n° 7 : Conserver à l'alerte son caractère de faculté et non d'obligation, à la différence de ce qui est d'ores et déjà prévu par la loi pour des dispositifs de signalement spécifiques (article 40 du code de procédure pénale pour le signalement des crimes et délits, droit d'alerte et de retrait en matière de santé et de sécurité au travail, article 434-1 du code pénal s'agissant de l'information des autorités judiciaires ou administratives d'un crime dont une personne a connaissance et dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets ; article 434-3 du code pénal s'agissant de la maltraitance d'enfants ou de personnes vulnérables ; articles 223-6 et 223-7 du code pénal s'agissant de l'omission de porter secours.)

Vecteur : loi (socle commun).

Proposition n° 8 : Préciser les modalités de la conciliation à opérer entre les dispositions relatives au droit d'alerte et chacun des secrets pénalement protégés, en déterminant les conditions dans lesquelles il est possible d'y déroger pour lancer une alerte.

Vecteur : lois sectorielles.

Proposition n° 9 : Mettre en place un portail chargé, le cas échéant, de transmettre aux autorités compétentes les alertes émises par des personnes ne sachant pas à quelles autorités s'adresser, en élargissant la compétence de la Commission nationale de la déontologie et des alertes instituée par la loi du 16 avril 2013 au-delà du seul champ sanitaire et environnemental, plutôt qu'en créant une autorité unique en charge du traitement de l'alerte.

Vecteur : loi (socle commun).

Proposition n° 10 :

I. Instituer, dans les administrations de l'État, les établissements de santé et les grandes collectivités territoriales, l'obligation pour le responsable saisi d'accuser réception de l'alerte, puis de tenir informé le lanceur d'alerte des suites données à sa démarche.

Vecteur : actes réglementaires s'agissant des administrations de l'État et des établissements de santé, loi s'agissant des collectivités territoriales.

II. Promouvoir, dans les entreprises, la bonne pratique consistant, pour le responsable saisi, à accuser réception de l'alerte, puis à tenir informé le lanceur d'alerte des suites données à sa démarche.

Vecteur : droit souple (guides de bonnes pratiques).



Proposition n° 11 : Prévoir des modalités appropriées pour l'information de la personne mise en cause par une alerte et définir les cas dans lesquels cette information n'est pas souhaitable, en particulier pour éviter la destruction de preuves.

Vecteur : droit souple (instructions pour les administrations, guides de bonnes pratiques pour les entreprises).

Proposition n° 12 :

I. Affirmer dans la loi le principe selon lequel toute mesure de représailles prise par l'employeur à l'encontre d'un lanceur d'alerte de bonne foi est frappée de nullité ; dresser une liste indicative la plus complète possible de ces mesures et renvoyer au juge le soin d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si les mesures litigieuses entrent dans ces prévisions.

Vecteur : loi (socle commun).

II. Harmoniser les dispositions législatives sectorielles relatives à la protection des lanceurs d'alerte en conséquence de ce principe.

Vecteur : lois sectorielles.

Proposition n° 13 : Compléter le pouvoir d'injonction du juge administratif en prévoyant explicitement, dans les dispositions législatives applicables au secteur public, qu'il pourra enjoindre à l'administration de réintégrer effectivement l'agent public dont le licenciement, le non-renouvellement de contrat ou la révocation a été regardé comme une mesure de représailles prise à raison d'une alerte.

Vecteur : loi (socle commun).

Proposition n° 14 : Inciter les parquets à faire usage de la possibilité de requérir le prononcé de sanctions civiles à l'encontre d'une personne intentant contre un lanceur d'alerte de bonne foi des procédures en diffamation déclarées abusives par le juge, tout en restant attentifs aux alertes revêtant un caractère diffamatoire.

Vecteur : instruction au parquet.

Proposition n° 15 :

Étendre les compétences du Défenseur des droits à la protection, dès le lancement de l'alerte, des lanceurs d'alerte s'estimant victimes de mesures de représailles.

Vecteur : loi organique.



Si la France dispose de longue date de divers mécanismes de signalement, la diffusion de dispositifs d'alerte professionnelle est récente, de même que l'adoption par le législateur de dispositions ayant pour objet spécifique la protection des lanceurs d'alerte

1.1. Une obligation de signalement des crimes et délits s'impose de longue date aux agents publics, tandis que depuis 1982 s'est développé un droit d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail

1.1.1. L'article 40 du code de procédure pénale impose de longue date aux agents publics de signaler les crimes et délits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions

En tant que dépositaire de l'intérêt général, l'agent public est chargé du devoir d'alerter l'autorité judiciaire sur les violations graves de notre droit. Cette obligation qui incombe à l'agent public à raison de son statut et de son rôle dans notre société et par laquelle il contribue au fonctionnement de la justice, se distingue de l'alerte éthique qu'une personne décide, en conscience, de lancer. Néanmoins, il convient, conformément à la demande faite au Conseil d'État, d'analyser avec précision cette première forme de signalement. Selon le terme inchangé de notre législation pénale depuis le code de Brumaire An IV¹, il appartient à l'agent public de « dénoncer » au procureur de la République la commission de tout crime ou délit dont il acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Le champ de cette obligation, codifiée depuis 1957² au second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale³, a été défini d'une manière extensive par le législateur et précisé par la jurisprudence.

1 Art. 83 du code des délits et des peines du 3 Brumaire An IV (25 octobre 1795).

2 Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 instituant un code de procédure pénale.

3 Aux termes de l'article 40 du code de procédure pénale : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie les suites à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1./ 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 ».

Ratione personae, cette obligation de signalement vise trois catégories de personnes. Elle s'applique tout d'abord aux officiers publics et « fonctionnaires » – cette dernière catégorie devant s'entendre au sens large, comme incluant l'ensemble des agents publics, qu'ils soient titulaires d'un emploi permanent de la fonction publique ou agents contractuels de droit public⁴. Pour autant, l'obligation de signalement ne s'impose pas à tout agent de l'administration : sont exclus de son périmètre les agents se trouvant dans une situation de droit privé et, en particulier, ceux des services publics industriels et commerciaux, sous réserve des exceptions prévues par la loi et la jurisprudence⁵. Elle s'impose en revanche aux collaborateurs bénévoles, fournisseurs, entrepreneurs de travaux et concessionnaires de l'administration⁶. Par ailleurs, le second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale vise les « *autorités constituées* », catégorie incluant les représentants locaux de l'État – préfets et sous-préfets –, les exécutifs locaux et notamment le maire⁷, les assemblées électorales ainsi que les autorités administratives indépendantes⁸. S'agissant des juridictions financières, ces dispositions s'appliquent au procureur général près la Cour des comptes et aux procureurs financiers près les chambres régionales et territoriales des comptes - ces dernières ainsi que la Cour des comptes pouvant quant à elles décider collégalement d'informer le ministère public, en application respectivement des articles R. 135-3, R. 241-25 et R. 262-80 du code des juridictions financières, de faits découverts à l'occasion de leurs contrôles de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale, aux fins d'en saisir le procureur de la République⁹. Une telle obligation ne saurait toutefois valoir pour toute juridiction, en l'absence de dispositions spéciales. C'est ainsi que ni le Conseil constitutionnel statuant comme juge électoral¹⁰, ni le juge administratif¹¹ n'y sont soumis. Ce qui ne signifie pas qu'en dehors du dispositif général institué par ces dispositions, le juge administratif soit déchargé de toute obligation de signalement en matière pénale. Il lui appartient en effet, par exemple, lorsqu'il retient dans une décision définitive des faits de fraude électorale, de communiquer le dossier au procureur de la République compétent, en application de l'article L. 117-1 du code électoral¹². Il en va de même en application des articles R. 522-14 et R. 751-10 et

4 Cass. Crim. 6 juillet 1977, *Bull. crim.* n° 255 et 14 décembre 2000, *Bull. crim.* n° 380.

5 V. en ce qui concerne le directeur du service : CE 26 janvier 1923, *Robert Lafrégeyre*, Rec. p. 67 ; en ce qui concerne le responsable de la comptabilité du service : CE, Sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Rec. p. 158.

6 G. Chalon, « L'article 40 du code de procédure pénale et le fonctionnaire : nature et portée de l'obligation de dénoncer », *AJFP*, 2003, p. 31.

7 L'art. L. 2211-2 du code général des collectivités territoriales renvoie à l'article 40 du code de procédure pénale.

8 V. par ex. en ce qui concerne la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) : CE, Sect., 27 octobre 1999, *Solana*, n° 196306.

9 V. sur ce point : Service central de prévention de la corruption, *Rapport pour l'année 2011 au Premier ministre et au Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, p. 68.

10 Le Conseil constitutionnel, statuant comme juge électoral, n'est pas tenu de communiquer au procureur de la République des faits de fraude électorale (CC n° 97-2188 AN du 10 juillet 1997, 6° circ. du Bas-Rhin ; V. aussi implic. CC n° 98-2562/2568 AN du 3 février 1999, 9° circ. des Bouches-du-Rhône).

11 CE, 25 octobre 1991, *Le Foll*, n° 83901, concl. H. Legal et CE, 28 décembre 2001, *Élections municipales de Rivery*, n° 233993, concl. C. Maugué.

12 CE, 2 septembre 1983, *Élections municipales de Sarcelles*, n° 51182, concl. B. Genevois, *AJDA*, 1983, p. 682.

suivants du code de justice administrative, lorsqu'il prononce l'annulation d'une décision accordant une autorisation d'urbanisme ou d'une mesure de police, ou qu'il en ordonne la suspension.

Ratione materiae, le dispositif défini par le second alinéa de l'article 40 couvre un vaste spectre d'infractions pénales. Il impose en effet le signalement au procureur de la République de tout crime, mais aussi de tout délit, dont l'agent public a eu, en tant que tiers, connaissance dans l'exercice de ses fonctions ou, comme l'a jugé la chambre criminelle de la Cour de cassation, à l'occasion de cet exercice¹³. Si l'obligation de signalement n'est ainsi pas limitée à une catégorie particulière de crime ou de délit, elle ne naît toutefois que si les faits connus sont susceptibles de recevoir avec suffisamment de vraisemblance et de précision une qualification de crime ou de délit. Par conséquent, la dénonciation ne devra être faite que si les faits paraissent « *suffisamment établis* », s'ils portent « *une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont [l'agent ou l'autorité concernés ont] pour mission d'assurer l'application* »¹⁴ et, enfin, s'ils sont susceptibles d'être qualifiés de crime ou de délit. Lorsque ces conditions sont remplies, le signalement effectué ne saurait engager la responsabilité administrative de celui qui a fait la dénonciation, quand bien même aucune poursuite n'est engagée ultérieurement par le procureur de la République. Lorsque ces conditions ne sont pas remplies, l'absence de signalement ne saurait constituer une abstention fautive. Il appartient ainsi à celui qui signale ou qui s'abstient de signaler d'apprécier, sous le contrôle restreint du juge administratif¹⁵, la réalité, la nature et la gravité des faits dont il a connaissance ainsi que leur évolution dans le temps, sans toutefois se prononcer lui-même sur l'opportunité des poursuites pénales, dont dispose seul le ministère public.

Ratione temporis, l'obligation de diligence prévue par ces dispositions doit s'entendre globalement. Le signalement doit être opéré « sans délai », c'est-à-dire « sur-le-champ » comme en disposait l'article 29 du code d'instruction criminelle de 1808. C'est pourquoi il n'est soumis à aucune condition de forme particulière et il peut être réalisé auprès du procureur de la République par simple lettre ou déclaration orale¹⁶. Il peut être fait directement sans autorisation du supérieur hiérarchique¹⁷. Pour autant, sans remettre en cause l'obligation d'alerte ou rendre plus difficile sa mise en œuvre, le chef de service peut déterminer, par voie de circulaire ou d'instruction, les modalités pratiques de signalement les mieux adaptées à la nature du service et, par exemple, inviter ses agents à faire usage de la forme écrite¹⁸. En outre, en l'absence de cadre procédural spécifique, l'agent peut, sans y être contraint, adresser son signalement au procureur de la République par l'entremise

13 Cass. crim., 5 octobre 1992 et Cass. crim., 11 juillet 1983.

14 CE, Sect., 27 octobre 1999, *Solana*, n° 196306.

15 CE, Sect., 27 octobre 1999, *Solana*, n° 196306, concl. J.-D. Combrexelle. À noter qu'à la différence des décisions administratives « positives » de saisine du juge judiciaire, les décisions « négatives » refusant une telle saisine constituent des décisions dont le contentieux relève de la compétence du juge administratif (CE, 12 octobre 1934, *Colombino*, Sirey 1935 III, p. 4 ; CE, 30 septembre 1955, *Union nationale des syndicats d'opticiens de France*, Rec. p. 453 ; CE, 3 octobre 1997, *Gaillard-Bans*, n° 10020, JCP 1998).

16 Cass. crim., 28 janvier 1992, *Gaz. Pal.* 1992, p. 1365.

17 CE, 15 mars 1996, *M. Guigon*, n° 146326.

18 CE, 20 mars 2000, *Consorts Hanse*, n° 200387.



de son autorité hiérarchique, à condition que celle-ci le lui transmette dans le respect des « exigences de l'article 40 du code de procédure pénale »¹⁹. Il incombe dans ce cas à l'agent à l'origine de l'alerte de veiller à sa transmission dans les meilleurs délais et, au besoin, de reprendre l'initiative en cas d'inertie ou de refus de son autorité hiérarchique. En confiant l'alerte à sa hiérarchie, l'agent transfère, sans totalement s'en décharger, une obligation de diligence, qui doit dès lors s'apprécier globalement, quel que soit le canal de transmission au procureur effectivement emprunté.

1.1.2. Un premier droit d'alerte s'est, par ailleurs, développé depuis 1982 dans les entreprises et les administrations en matière de santé et de sécurité au travail

Comme l'ont confirmé les jurisprudences tant judiciaire qu'administrative, il s'agit non d'une obligation, mais d'un droit mis à la disposition du travailleur ou de l'agent public qui, confronté à un risque grave, décide, en conscience, de lancer une alerte.

La loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) a consacré un droit d'alerte et de retrait pour les travailleurs et le représentant du personnel au sein du CHSCT, qui a ensuite été étendu aux délégués du personnel, afin de prévenir la survenance d'accidents du travail.

S'agissant des travailleurs, ce droit est désormais inscrit à l'article L. 4131-1 du code du travail. Au titre de cet article, « *Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute déféctuosité qu'il constate dans les systèmes de protection* ». Ce signalement à l'employeur n'est pas soumis à un formalisme particulier, le travailleur n'étant en particulier pas tenu de l'effectuer par écrit²⁰. Face à une situation présentant un tel danger, le travailleur dispose en outre d'un droit de retrait auquel est associée une protection. En effet, au titre de l'article L. 4131-3 du code du travail, « *Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux* ». La Cour de cassation juge ainsi, selon une jurisprudence constante, que les dispositions du code du travail n'exigent pas que la situation rencontrée par le travailleur présente effectivement un danger grave ou imminent, le seul fait que le travailleur ait eu un motif raisonnable de le penser étant suffisant pour justifier l'exercice du droit de retrait²¹. A l'inverse, lorsque les conditions du droit de retrait ne sont pas réunies, le travailleur s'expose à une retenue sur salaire²² ; un licenciement pour faute peut, dans une telle hypothèse, également être prononcé²³. Enfin, en application

19 Cass. crim., 14 décembre 2000, X, *AJFP* 2001-4, p. 54.

20 CE, 11 juillet 1990, n° 85416, inédit.

21 V. pour une application récente : Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-23.319.

22 Cass. crim., 25 novembre 2008, n° 07-87.650.

23 Cass. soc., 20 janvier 1993, n° 91-42.028.



de l'article L. 4131-4 du code du travail, la faute inexcusable de l'employeur est retenue de plein droit au bénéfice du travailleur qui a signalé un risque qui s'est matérialisé et contre lequel l'employeur se serait abstenu d'intervenir²⁴.

Le droit d'alerte du représentant du personnel au sein du CHSCT est, quant à lui, défini par les dispositions de l'article L. 4131-2 du code du travail. Au titre des dispositions de cet article, « *Le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur* ». En application de l'article L. 4132-2 du code du travail, il revient au représentant du personnel qui alerte son employeur de consigner son avis par écrit, tandis que l'employeur est tenu de procéder « *immédiatement à une enquête* » avec le représentant du CHSCT qui lui a signalé le danger. Il est à noter que l'employeur est de la sorte astreint à une obligation de moyen, mais également à une obligation de résultat, dans la mesure où l'article L. 4132-2 du code du travail précise qu'il « *prend les dispositions nécessaires pour y remédier* ».

Le droit d'alerte du délégué du personnel est, enfin, défini par les dispositions de l'article L. 2313-2 du code du travail et présente un objet différent du droit d'alerte dont bénéficient le travailleur et le représentant du personnel au CHSCT. Issu de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, cet article dispose que « *Si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur* ». A la différence des dispositions relatives au droit d'alerte du salarié et du représentant du personnel au CHSCT, il n'est pas ici exigé de situation de danger grave ou imminent mais une « simple » atteinte. Ceci permet au délégué du personnel d'exercer son droit d'alerte auprès de son employeur dans les situations de danger grave, mais qui ne présenteraient pas de caractère imminent, résultant par exemple d'une charge de travail excessive²⁵. Les faits susceptibles de donner lieu à une telle alerte de la part du délégué du personnel ont été par la suite étendus, par les dispositions de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement moral, aux faits de harcèlement moral et de discriminations. En matière de discriminations, les faits visés par les dispositions de l'article L. 2313-2 du code du travail visent désormais « *toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement* ». Comme le soulignent les travaux parlementaires, il s'agissait de doter les délégués du personnel de la faculté de signaler de tels agissements afin de contribuer à leur prévention et à leur détection au sein de l'entreprise²⁶. L'article L. 2313-2 précise, à son second alinéa, que si un tel signalement est effectué, l'employeur procède sans délai à une enquête avec

24 Cass. soc., 17 juillet 1998, n° 96-20.988.

25 « Charge de travail et représentants du personnel », E. Lafuma, revue Droit social, 2011, p. 758.

26 Rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale, n° 86, établi par Mme P. Crozon, 18 juillet 2012.

le délégué du personnel et prend « *les mesures nécessaires pour remédier* » à la situation en cause. En pratique, ce mécanisme d'alerte reste largement méconnu des délégués du personnel, même s'il semble depuis quelques années connaître un certain regain²⁷.

Ce droit d'alerte sur des situations présentant un danger grave et imminent pour la vie ou la santé des personnes a été instauré dans les trois fonctions publiques.

Tel a d'abord été le cas dans la fonction publique de l'État, pour laquelle le décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail contient des dispositions identiques à celles prévues par le code du travail²⁸. Le bénéfice de ces dispositions a été étendu aux agents de la fonction publique territoriale par le décret n° 95-680 du 9 mai 1995, tandis que les dispositions du code du travail relatives au droit d'alerte du travailleur et du représentant du personnel siégeant au sein du CHSCT ont été rendues applicables aux agents de la fonction publique hospitalière par les dispositions de l'article L. 4111-1 du même code. Comme la Cour de cassation, le Conseil d'État juge que le droit institué par ces dispositions repose sur une appréciation subjective de la situation par l'agent, qu'il se fonde sur le sentiment personnel de l'agent de l'existence d'un danger grave et imminent et non sur l'existence objective d'un danger. C'est à l'agent qu'il revient de déterminer s'il existe un motif justifiant l'exercice de son droit de retrait²⁹. Mais cette liberté d'appréciation a pour contrepartie que l'exercice du droit de retrait relève de la seule responsabilité de l'agent. Si l'exercice de ce droit n'est pas justifié, ce dernier se voit appliquer une retenue sur traitement et peut aussi être sanctionné³⁰.

1.2. La diffusion de dispositifs d'alerte professionnelle est en revanche récente : elle a surtout concerné les grandes entreprises, sans intervention du législateur français

1.2.1. Au cours des années 2000, de nombreuses grandes entreprises françaises ont été conduites à se doter de dispositifs d'alerte professionnelle en matière comptable et financière, sous l'influence de législations étrangères à portée extraterritoriale

À l'origine, la diffusion dans les entreprises françaises de dispositifs d'alerte professionnelle est largement d'inspiration américaine. La pratique de l'alerte outre-Atlantique correspond, en effet, à une tradition juridique, ancrée dans l'histoire, qui associe les représentants de la société civile – jurés populaires, participants à des *class actions*, lanceurs d'alerte ou « *whistleblowers* » – au fonctionnement de

27 V. « Harcèlement moral », § 257, P. Adam in *Répertoire du droit du travail*, Dalloz, septembre 2014 ; « La seconde vie de l'article L. 422-1-1 du code du travail », *Semaine juridique Social*, 5 septembre 2006, p. 1664.

28 Ces dispositions figurent à l'article 5-6 du décret n° 82-453 du 28 mai 1982 (modifiées par le décret n° 2011-774 du 28 juin 2011).

29 CE, 2 juin 2010, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 320935, Rec., concl. N. Escaut.

30 CE, 18 juin 2014, *Ministre de l'éducation nationale*, n° 369531, T.



la justice³¹. Après le scandale des manipulations comptables au sein des sociétés *Enron* et *Worldcom* au début des années 2000, la loi *Sarbanes-Oxley* (dite *SOX*), adoptée dans le but de protéger les investisseurs en favorisant la transparence des rapports financiers des entreprises, est votée par une large majorité de la Chambre des représentants et la quasi-unanimité des sénateurs puis signée par le président des États-Unis le 30 juillet 2002. Elle soumet les entreprises dont les titres sont cotés aux États-Unis à une obligation d'audit visant à garantir l'exactitude et la disponibilité de l'information financière et des pratiques comptables, et prévoit l'indépendance des auditeurs comptables et la responsabilité directe des dirigeants d'entreprise. Elle impose à ces entreprises et à leurs filiales, américaines ou étrangères, la mise en place de mécanismes internes d'alerte destinés à prévenir des dysfonctionnements susceptibles de menacer leur pérennité ; à défaut, les entreprises peuvent être sanctionnées, notamment par un retrait de leur cotation. Parmi ces mécanismes figurent des dispositifs d'alerte professionnelle destinés à assurer, de manière confidentielle, la remontée d'informations et le traitement de « plaintes » émanant de salariés (*SOX*, section 301(4))³². L'idée du législateur américain est alors de faire des salariés « *la nouvelle cheville ouvrière du gouvernement d'entreprise* »³³. Par son article 806, la *SOX* prévoit l'interdiction d'exercer des mesures de représailles à l'encontre des salariés qui auraient dénoncé des malversations et, en cas de violation de cette interdiction, le droit d'agir en justice contre l'employeur auteur des représailles. La protection des « *whistleblowers* »³⁴, qui est au cœur du dispositif, est garantie par l'engagement des entreprises à protéger l'anonymat des dénonciations. Elle est surtout assurée par une protection effective du lanceur d'alerte. Le *Dodd-Frank Act* de 2010³⁵, voté en réaction aux errements des banques à l'origine de la crise systémique de 2008, a, quant à lui, renforcé la protection des lanceurs d'alerte qui s'adressent à la *Securities and Exchange Commission* (SEC) – l'organisme fédéral américain en charge des marchés financiers – et qui peuvent désormais obtenir une

31 Pour certains auteurs, outre le *False claim Act*, adopté en 1863 pendant la guerre de Sécession et toujours applicable, le premier texte sur les lanceurs d'alerte est une loi de 1778 adoptée par le Congrès continental en fonction avant l'indépendance des États-Unis. Cette loi se voulait une réponse à l'indignation suscitée par les révélations de marins de la marine nationale qui avaient dénoncé les actes de torture commis par un membre de leur hiérarchie sur des soldats britanniques. V. N. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte – Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *La semaine juridique Entreprise et Affaires* n° 42, 15 octobre 2015, p. 1492.

32 “(4) COMPLAINTS.—Each audit committee shall establish procedures for— “(A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and “(B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters.”

33 V. L. Flament et Ph. Thomas, « Les 'whistleblowing' : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique », *La semaine juridique sociale*, 2005, n° 1277.

34 Depuis l'ouvrage de F. Chateauraynaud et D. Torny, « Les Sombres précurseurs : Une Sociologie pragmatique de l'alerte et du risque », Paris, *EHESS*, 1999 (476 pages), le terme *whistleblower* qui désigne celui ou celle qui « souffle dans le sifflet » est traduit par « lanceur d'alerte » dans les milieux scientifiques et plutôt en référence à la question des risques sanitaires ou écologiques [p. 20-26].

35 Le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* a été promulgué par le Président Obama le 21 juillet 2010. La loi prévoit non seulement la protection des lanceurs d'alertes éthiques, mais aussi une incitation financière pour ceux qui sont prêts à divulguer des renseignements fournissant aux commissions respectives des informations directes sur les violations des lois sur les valeurs mobilières ou les matières premières. Le montant versé au lanceur d'alerte éthique est en corrélation directe avec les sanctions imposées au final par les commissions, à condition que celles-ci dépassent 1 million de dollars (entre 10 et 30%).



réparation en cas de représailles de la part de leur employeur³⁶. D'abord limitée aux sociétés américaines, l'obligation de prévoir un dispositif d'alerte professionnelle a été étendue au 1^{er} juillet 2005 aux filiales de ces sociétés quel que soit le lieu de leur implantation, pour être ensuite imposée aux sociétés étrangères cotées à la bourse de New-York au 1^{er} juillet de l'année suivante. Entre temps, le législateur japonais a repris l'idée en adoptant la loi *Financial Instrument and exchange Act* du 6 juin 2006 dite Japanese SOX, qui impose, comme la loi américaine dont elle est directement inspirée, des dispositifs d'alerte professionnelle à des fins de contrôle interne.

Le souci de transparence et de meilleure gouvernance des entreprises s'est également traduit par des recommandations émanant d'instances de l'Union européenne ou d'organisations internationales telles que l'OCDE ou l'ONU. En France, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière s'est pleinement inscrite dans ce mouvement, en prévoyant le renforcement des contrôles internes à l'entreprise pour l'ensemble des sociétés anonymes ainsi que la modernisation des autorités de contrôle (autorité des marchés financiers). Mais c'est avant tout par le biais de la loi SOX que les entreprises françaises cotées aux États-Unis et leurs filiales se sont familiarisées, non sans une certaine réticence, avec la mise en place de dispositifs d'alerte professionnelle. Face à ces nouvelles obligations et à l'engagement plus fréquent de la responsabilité de l'employeur, des entreprises françaises ont progressivement mis en place des codes ou chartes éthiques fixant aux salariés des règles de conduite à respecter dans l'exercice de leur activité professionnelle, ainsi que des procédures d'alerte professionnelle leur permettant de constater des manquements à ces codes. Aujourd'hui insérés dans les programmes de conformité, les dispositifs d'alerte entendent contribuer à la responsabilité sociale de l'entreprise assumée par toutes les composantes de cette dernière, dont les salariés qui deviennent parties prenantes des mécanismes de contrôle interne mis en place par le management.

Les dispositifs mis en place dans les grands groupes présentent des similitudes. Sont ainsi mis à disposition des salariés un numéro de téléphone (*hot line*, *open line* ou *help line*), une adresse électronique ou un formulaire en ligne sur un site sécurisé. Ils peuvent en général aussi s'adresser en direct à une chaîne hiérarchique. Ce dispositif, le plus souvent géré par l'entreprise elle-même mais parfois externalisé, permet aux salariés de signaler des problèmes pouvant affecter sérieusement l'activité de l'entreprise ou engager gravement sa responsabilité³⁷. Les alertes recueillies sont ensuite vérifiées dans un cadre confidentiel et permettent à l'employeur de décider, en connaissance de cause, des mesures correctives à prendre. Si ces dispositifs ne sont pas régis par un cadre juridique propre, ils n'échappent pas pour autant au droit. C'est ce que rappelle la circulaire de la direction générale du travail (DGT) n° 2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur

36 Il s'agit d'un amendement au chapitre 73 du titre 18 intitulé « *Crimes and criminal procedure* » du United-States Code, par ajout d'un nouvel article intitulé « *Civil action to protect against retaliation in fraud case* » (1514 A), qui prévoit une réintégration du salarié, l'obtention d'arriérés de salaires et même le versement de dommages et intérêts, incluant notamment les frais de justice.

37 V. sur ce point, les fiches pratiques de la CNIL sur son site internet : <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/les-alertes-professionnelles-enquêtes/>

qui leur consacre un chapitre (IV-Dispositifs d’alerte professionnelle). Les contrôles opérés sur ces dispositifs sont multiples (contrôle administratif par les inspecteurs ou contrôleurs du travail, contrôle juridictionnel ou encore contrôle opéré par la Commission nationale de l’informatique et des libertés CNIL), dès lors qu’ils peuvent être assimilés à des traitements automatisés de données à caractère personnel (v. *infra*) et qu’ils s’opèrent dans différents champs juridiques (droit du travail, droit pénal des affaires, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite informatique et libertés...). Les règles de droit commun, notamment les dispositions protectrices des droits et libertés (par exemple, l’article L. 1121-1 du code du travail³⁸, qui garantit les droits et libertés du salarié) peuvent également être invoquées.

1.2.2. Saisie de la conformité de ces dispositifs aux exigences du droit à la protection des données personnelles, la CNIL a joué un rôle de premier plan dans leur encadrement progressif

Les dispositifs d’alerte, en raison de leur nature, entraînent la collecte de données à caractère personnel, posant ainsi la question de leur conformité à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dite loi informatique et libertés. Au sens du 4° du I de l’article 25 de cette loi, ils peuvent en effet prendre la forme de traitements automatisés de données à caractère personnel³⁹ et doivent ainsi être autorisés par la CNIL. Aucune disposition législative spécifique sur l’alerte professionnelle n’ayant alors été prévue, cette alerte a d’abord été traitée par la CNIL au regard des seules exigences de la loi de 1978. Dans un premier temps, la commission a refusé d’autoriser les dispositifs d’alerte professionnelle qu’elle a pu qualifier de « *systèmes organisés de délation professionnelle* »⁴⁰. Dans une première affaire, le groupe X France avait demandé le 7 janvier 2005 l’autorisation de créer un « *dispositif d’intégrité professionnelle* », que la CNIL refusa le 26 mai suivant. Elle estimait en effet que « *le dispositif présenté était disproportionné au regard des objectifs poursuivis et des risques de dénonciations calomnieuses et de stigmatisation des employés objets d’une alerte éthique* ». Le deuxième refus de la CNIL, pris à la même date et pour un motif similaire, concerne la Compagnie Y, qui avait sollicité le 29 juillet 2004 une autorisation pour la mise en place d’une ligne téléphonique dédiée. Elle devait permettre à l’ensemble des salariés du groupe « *de communiquer avec le Comité de surveillance comptable du conseil d’administration (...) sur des sujets tels que les inexactitudes et les irrégularités comptables qui pourraient être commises* ». Cependant, elle avait également pour objectif d’alerter les membres dirigeants du groupe en cas de violation d’une loi ou d’un principe en vigueur dans l’entreprise comme par exemple, une règle de conduite éthique ou commerciale.

38 « 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 ».

39 « Les traitements automatisés susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d’exclure des personnes du bénéfice d’un droit, d’une prestation ou d’un contrat en l’absence de toute disposition législative ou réglementaire ».

40 Délibérations n° 2005-110 et n° 2005-111 du 26 mai 2005 .



Le double refus de la CNIL a fait momentanément obstacle à la mise en place de dispositifs d'alerte en France, à un moment où un grand nombre d'entreprises cotées en bourse aux États-Unis comptaient justement en créer pour se conformer aux nouvelles règles imposées par la SEC. Toutefois, après des consultations avec ses homologues européens et les autorités américaines, la CNIL a défini dans un document d'orientation, le 10 novembre 2005, les conditions que doivent remplir les dispositifs d'alerte professionnelle pour être conformes à la loi Informatique et Libertés⁴¹. Mais, selon la commission, de tels dispositifs ne peuvent qu'avoir un caractère complémentaire, être facultatifs et s'appliquer à un champ restreint. La CNIL a également adopté, le 8 décembre 2005⁴², une décision d'autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, conformes aux orientations retenues par elle. Cette décision d'autorisation unique (AU-004) a mis en place une procédure d'autorisation simplifiée pour les dispositifs d'alerte professionnelle et a fixé les conditions que les entreprises doivent respecter afin de pouvoir en bénéficier. Il s'agit d'une procédure purement déclarative sur laquelle la CNIL n'opère pas de contrôle avant de délivrer récépissé.

A la suite des modifications de l'AU-004 apportées en 2010, les dispositifs d'alerte couverts par cette autorisation unique devaient « *répondre à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption* » (article 1^{er}). A défaut d'obligation légale de droit français, la CNIL a estimé que les responsables de traitement avaient un intérêt légitime à mettre en œuvre des dispositifs dans les domaines précités lorsqu'ils étaient concernés par la section 301(4) de la loi SOX ou par la loi dite « Japanese SOX ». Par ailleurs, elle en a étendu le champ d'application à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Les entreprises qui ne pouvaient pas se prévaloir d'un de ces textes devaient nécessairement adresser une demande d'autorisation spécifique à la CNIL. Entre 2011 et 2013, la CNIL a traité près d'une soixantaine de demandes d'autorisations spécifiques relatives à des domaines n'entrant pas dans le champ d'application de l'AU-004. La mise en place de ces dispositifs d'alerte était notamment justifiée par la nécessité de respecter d'autres lois étrangères, telles que le *UK Bribery Act* en matière de lutte contre la corruption ; des codes de gouvernance d'entreprise de sociétés cotées en bourse (renforcement des mesures de contrôle interne pour prévenir la fraude) ; ou encore des labels, tel que le label diversité de l'AFNOR, qui prévoit la mise en place de dispositifs d'alerte en matière de lutte contre les discriminations.

41 Document d'orientation adopté par la CNIL le 10 novembre 2005 pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

42 Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 « portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle », modifiée par les délibérations n° 2010-369 du 14 octobre 2010 et n° 2014-042 du 30 janvier 2014.



Dans ce contexte de multiplication de demandes spécifiques et de mise en lumière par la Cour de cassation des difficultés d'interprétation de certaines dispositions de l'AU-004⁴³, il est apparu nécessaire à la CNIL d'en modifier à nouveau le champ d'application. En 2014, il a été étendu aux domaines de la lutte contre les discriminations et du harcèlement, de la santé, de l'hygiène et de la sécurité au travail, ainsi que de la protection de l'environnement. L'AU-004 prévoit désormais que pour bénéficier d'un engagement de conformité, les organismes doivent répondre à deux conditions. D'une part, les alertes doivent être limitées aux domaines suivants : financier, comptable, bancaire et lutte contre la corruption ; pratiques anticoncurrentielles ; lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail ; santé, hygiène et sécurité au travail ; protection de l'environnement. Les dispositifs d'alerte portant sur d'autres domaines doivent faire l'objet d'une autorisation spécifique (article 11 de l'AU-004). D'autre part, les alertes doivent répondre à une obligation légale ou à un intérêt légitime (article 1^{er}). Si l'alerte prévue ne doit en principe pas – sauf cas exceptionnel – être anonyme (article 2)⁴⁴ afin d'éviter les dénonciations calomnieuses ou diffamatoires et d'assurer un meilleur traitement de l'alerte, la confidentialité doit en être assurée (article 4). Le dispositif nécessite également la mise en place d'une double information : l'une à l'égard des salariés sur l'utilisation et les objectifs du dispositif d'alerte, mais aussi l'existence d'un droit d'accès et de rectification au bénéfice des personnes identifiées dans le cadre de ce dispositif (article 8) ; l'autre à l'égard de la personne visée par l'alerte qui dispose également d'un droit de rectification ou de suppression des données (article 9), sans qu'il lui soit toutefois possible d'obtenir l'identité de l'émetteur de l'alerte (article 10). L'utilisation de bonne foi du dispositif, même si les faits s'avèrent par la suite inexacts ou ne donnent lieu à aucune suite, ne peut exposer son auteur à aucune sanction disciplinaire (article 8). L'autorisation unique prévoit également la durée de conservation des données (deux mois après la clôture des opérations de vérification, sauf si une procédure disciplinaire ou des poursuites judiciaires sont diligentées : article 6), la mise en place de mesures de sécurité spécifiques encadrant la circulation des informations (article 7) et l'organisation des transferts de données à caractère personnel hors de l'Union européenne (article 5).

43 Cass. soc., 8 décembre 2009, n° 08-17191 : en l'espèce, les juges de la Cour de cassation devaient vérifier si le dispositif d'alerte mis en place par la société Dassault Systèmes respectait les obligations posées par la loi du 6 janvier 1978 et la délibération du 8 décembre 2005. Le système mis en place visait à recueillir les dénonciations des salariés sur tout « *manquement sérieux aux principes décrits par le « Code of Business Conduct » en matière comptable, financière ou de lutte contre la corruption* », mais aussi « *en cas de manquements graves aux autres principes énoncés dans ledit code lorsqu'est mis en jeu l'intérêt vital du groupe DS ou l'intégrité morale ou physique d'une personne (notamment en cas d'atteinte aux droits de la propriété intellectuelle, de divulgation d'informations strictement confidentielles, de conflits d'intérêts, de délit d'initié, de discrimination, de harcèlement moral ou sexuel)* ». Ils ont répondu par la négative en estimant qu'« *un dispositif d'alerte professionnelle faisant l'objet d'un engagement de conformité à l'autorisation unique ne peut avoir une autre finalité que celle définie à son article 1^{er} [AU-004] et que les dispositions de l'article 3 [AU-004] n'ont pas pour objet de modifier* ».

44 Par exception, l'alerte d'une personne qui souhaite rester anonyme peut-être traitée sous les conditions suivantes : d'une part, la gravité des faits mentionnés est établie et les éléments factuels sont suffisamment détaillés ; d'autre part, le traitement de cette alerte doit s'entourer de précautions particulières, telles qu'un examen préalable, par son premier destinataire, de l'opportunité de sa diffusion dans le cadre du dispositif.



1.3. Des évolutions des règles européennes et internationales ainsi que quelques affaires retentissantes ont conduit le législateur français à adopter de nombreuses dispositions relatives à la protection des lanceurs d’alerte en procédant de manière sectorielle

1.3.1. Les dispositions adoptées en matière de lutte contre les discriminations, visant à protéger celui qui les signale, ont servi de matrice aux dispositions protégeant les lanceurs d’alerte

Il s’agissait, pour le législateur, de transposer les directives européennes protégeant les travailleurs contre des représailles de leur employeur en cas de **dénonciation de faits de harcèlement moral** (art. L. 1152-2 du code du travail ; anc. art. L. 122-49, al. 1^{er}) et de **discrimination** (art. L. 1132-1 du code du travail ; anc. art. L. 122-45, al. 1^{er}). Dès la directive 1976/207/CEE du 9 février 1976⁴⁵, le législateur de l’Union exige en effet que « *les États membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l’employeur à une plainte formulée au niveau de l’entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l’égalité de traitement* ». Les directives n° 2000/43/CE du 29 juin 2000⁴⁶, 2000/78 du 27 novembre 2000⁴⁷, 2002/73 du 23 septembre 2002⁴⁸, 2004/113 du 13 décembre 2004⁴⁹ et 2006/54 du 5 juillet 2006⁵⁰ ont ensuite toutes comporté une disposition comparable selon laquelle « *les États membres introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l’égalité de traitement* ».

45 Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l’accès à l’emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, JOCE n° L 039, 14 fév. 1976, p. 40 -42.

46 Directive 2000/43/CE, 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d’origine ethnique, art. 9 : JOCE n° L 180, 19 juillet 2000, p. 22.

47 Directive 2000/78/CE, 27 nov. 2000, sur l’égalité de traitement en matière d’emploi et de travail, art. 11 : JOCE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

48 Directive 2002/73/CE, 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE préc., JOCE n° L 269, 5 oct. 2002, p. 0015 – 0020.

49 Directive 2004/113, 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l’égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l’accès à des biens et services et la fourniture de biens et services, JOCE n° L 373, 21 déc. 2004, p. 37.

50 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité des chances et de l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d’emploi et de travail (refonte) [JOCE n° L 204 du 26 juil. 2006, p. 23].

Les dispositions protectrices de l'**article L. 1132-3 du code du travail** en matière de discrimination ont été introduites par la loi n° 2001-1066 du 2 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Les dispositions de l'**article L. 1152-2** (anc. art. L. 122-49, al. 2) et celles de l'article L. 1152-3 (anc. art. L. 122-49, al. 3) ont été mises en place par la **loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002** de modernisation sociale sur le modèle de celles qui ont été introduites en matière de discriminations sexistes ou de harcèlement sexuel. En effet, l'**article L. 1153-3** (art. L. 122-46, al. 2. introduit par la loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail) concerne spécifiquement le harcèlement sexuel, qui a été traité par le législateur français bien avant le harcèlement moral. En introduisant la notion de harcèlement sexuel dans le code du travail (C. trav., art. L. 122-46), la France devenait ainsi un des premiers pays européens⁵¹ à se doter de textes spécifiques de lutte contre le harcèlement sexuel au travail. Si la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations a assuré la transposition d'une partie des dispositions des directives précitées n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006 et 2004/113/CE du 13 décembre 2004, elle a également permis la prise en compte d'un certain nombre d'observations de la Commission européenne. Celle-ci avait en effet engagé à l'encontre de la France trois procédures d'action en manquement, dont deux avaient donné lieu à l'envoi d'une mise en demeure et la troisième à l'émission d'un avis motivé⁵².

L'un des griefs énoncés par la Commission tenait à ce que la protection contre les représailles à l'encontre des personnes ayant relaté des faits relatifs à des discriminations n'était pas assez forte. Désormais, l'article L. 1132-1 du code du travail pose un principe de non-discrimination. L'article L. 1132-3 du code du travail prévoit qu'un travailleur ne peut être sanctionné (licencié ou victime d'une mesure discriminatoire) pour avoir témoigné d'agissements de discrimination ou les avoir relatés. Il résulte également des articles L. 1152-2 et L. 1153-3 du code du travail⁵³ qu'un travailleur bénéficie d'une même protection pour avoir témoigné d'agissements de harcèlement moral ou sexuel, ou pour les avoir relatés. La loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel a étendu la protection des articles L. 1152-2 et L. 1153-3 précités à toute « *personne en formation ou en stage* ». La protection des témoins constitue l'une des clefs de l'effectivité du droit à la non-discrimination car, sans témoins, le juge ne dispose souvent d'aucun

51 Après la Belgique [Arr. royal 18 sept. 1992 organisant la protection des travailleurs contre le harcèlement sexuel sur les lieux de travail], la Finlande [L. 1^{er} janv. 1987 sur la protection des travailleurs contre le harcèlement sexuel] et, un peu avant, l'Espagne [Decreto Real n° 11/1993], l'Autriche [L. n° 833-1992 entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1993], l'Allemagne [L. 24 juin 1994] et la Suisse [L. fédérale 24 mars 1995].

52 Les deux mises en demeure, en date du 21 mars 2007, concernaient d'une part la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 préc. (qui devait être transposée au plus tard le 2 décembre 2003), d'autre part la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 préc. (qui devait être transposée au plus tard le 5 octobre 2005). L'avis motivé du 27 juin 2007 portait sur la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 préc., pour laquelle l'échéance du délai de transposition était fixée au 19 juillet 2003.

53 « *Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés* ».



élément de fait pertinent indiquant que le travailleur a bien été victime d'une discrimination. C'est d'ailleurs pour protéger l'effectivité du droit au juge que la Cour de cassation a jugé, à partir de 2013, que toute mesure ou sanction prise par l'employeur et visant à sanctionner le travailleur en raison d'une action en justice, le concernant directement ou concernant l'un de ses collègues, devait être annulée. La rupture d'un contrat de travail prononcée en violation de la liberté fondamentale d'agir en justice est nulle (Soc. 6 févr. 2013 n° 11-11740 ; revirement de Soc. 20 févr. 2008, n° 06-40.085). Pour le harcèlement moral, cette protection est complétée par la nullité de plein droit de la rupture du contrat de travail intervenue en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1152-2 (art. L. 1152-3). Pour le harcèlement sexuel, l'article L. 1153-4 prévoit la nullité de tout acte contraire aux dispositions de l'article L. 1153-3.

Outre cette protection, l'article 3 de la loi du 6 août 2012 précité a inséré, après l'article 225-1 du code pénal qui énumère les motifs de discrimination interdits, un nouvel article 225-1-1 prohibant les discriminations résultant d'un harcèlement sexuel. Cet article dispose que constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes parce qu'elles ont subi ou refusé de subir des faits de harcèlement sexuel tels que définis à l'article 222-33 du code pénal ou parce qu'elles ont témoigné sur de tels faits, y compris, dans le cas mentionné au I du même article, si les propos ou comportements n'ont pas été répétés. Il s'agit des discriminations consistant notamment, dans le secteur de l'entreprise, à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne, à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments prévus au nouvel article 225-1-1 ; à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale (art. 225-2). Ces faits sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende (même article). Les autres discriminations – moins graves que celles précitées et énumérées à l'article L. 1153-2⁵⁴ du code du travail – commises à la suite de la révélation d'un harcèlement moral ou sexuel sont de même sanctionnées. Les peines prévues par l'article L. 1155-2 sont un an d'emprisonnement et 3750 euros d'amende, comme c'était le cas avant la recodification de 2007.

Si la personne signalant des faits de discrimination fait l'objet d'une protection bien établie, sa liberté n'est pour autant pas totale, la liberté de dénonciation trouvant sa limite dans l'abus de ce droit (Cass. soc. 3 mai 2011, n° 10-14.104 ; Cass. soc. 28 avril 2011, n° 10-30.107). Le législateur français a ajouté au texte de la directive une référence à la bonne foi du témoin⁵⁵, reprise par la jurisprudence pour protéger le travailleur qui ignorait que les faits litigieux n'entraient pas dans la qualification de discrimination (cette solution vaut d'ailleurs aussi en matière

54 Les comportements discriminatoires dans les relations de travail sont précisées par l'article L. 1153-2 qui interdit que le salarié soit sanctionné, licencié ou qu'il fasse l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat.

55 Article 3 de la loi de 2008 préc. : «Aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait.»



de harcèlement). La Cour de cassation considère que la mauvaise foi n'est pas établie par le seul fait que les comportements dénoncés par le salarié n'ont pas été qualifiés de discrimination par le juge et le salarié qui dénonce des faits de harcèlement moral ne peut être sanctionné que si sa mauvaise foi est établie (Cass. soc. 10 mars 2009, n° 07-44.092 ; Cass. Soc. 29 mai 2012, n° 11-13.947), tandis que « *le grief tiré de la révélation des agissements de harcèlement moral par le salarié dont la mauvaise foi n'était pas alléguée emporte à lui seul la nullité de plein droit du licenciement* » (Soc. 10 mars 2009, n° 07-44.092 ; Soc. 12 juin 2014, n° 12-28.944). Encore faut-il, lorsque mention n'en est pas explicitement faite dans la lettre de licenciement, rapporter la preuve pour le salarié que le licenciement est en rapport avec la dénonciation des faits de harcèlement (Soc. 2 juillet 2014, n° 13-19.990). Si cette jurisprudence semble très favorable au lanceur d'alerte, l'arrêt *Société Sogep* du 6 juin 2012 (n° 10-28.345) démontre cependant que l'argumentation de l'employeur n'est pas toujours vouée à l'échec. Selon la Cour de cassation, les juges du fond ont dans cette affaire pu caractériser la mauvaise foi, dès lors que « *la salariée avait dénoncé de façon mensongère des faits inexistant de harcèlement moral dans le but de déstabiliser l'entreprise et de se débarrasser du cadre responsable du département comptable* » (Cass. soc., 6 juin 2012).

Le droit de la lutte contre les discriminations a, de la sorte, servi de matrice à celui de la protection des lanceurs d'alerte.

1.3.2 En 2002, dans le cadre du renforcement de la lutte contre la maltraitance et les abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables, le législateur a prévu une procédure juridique de protection des personnes qui procèdent à des signalements

Au début des années 2000, la lutte contre les maltraitements dont sont victimes les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les institutions sociales et médico-sociales a été désignée comme une priorité de l'action des pouvoirs publics. Outre l'instauration d'une obligation de signalement incombant à certains professionnels, notamment les directeurs de ces établissements, sanctionnée par l'article 434-3 du code pénal, et plusieurs dispositifs prévus pour favoriser les signalements, la loi du 2 janvier 2002⁵⁶ rénovant l'action sociale et médico-sociale a mis en place un dispositif de protection des personnes qui procèdent à un tel signalement. Les dispositions, codifiées à l'article Art. L. 313-24 du code de l'action sociale et des familles prévoient que dans les établissements sociaux et médico-sociaux, « *le fait qu'un salarié ou un agent a témoigné de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie ou relaté de tels agissements ne peut être pris en considération pour décider de mesures défavorables le concernant en matière d'embauche, de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat de travail, ou pour décider la résiliation du contrat de travail ou une sanction disciplinaire. En cas de licenciement, le juge peut prononcer la réintégration du salarié concerné si celui-ci le demande.* » Les circulaires prises

56 Loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.



pour l'application de ce dispositif précisent qu'au-delà des salariés des institutions sociales et médico-sociales, le principe de protection que ces dispositions prévoient s'étend aux médecins qui procèderaient à un signalement et aux agents publics des administrations de contrôle de ces établissements qui auraient révélé de tels agissements.⁵⁷

1.3.3. En 2007, le législateur est intervenu pour adopter des dispositions protégeant les salariés signalant des faits de corruption, qui devraient être prochainement renforcées

La loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption a instauré, par son article 9 et sur le modèle des articles L. 1152-2 et L. 1153-3 du code du travail relatifs aux discriminations, un régime de protection pour les salariés qui dénoncent des faits de corruption dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

Ces dispositions, insérées par voie d'amendement parlementaire en première lecture à l'Assemblée nationale⁵⁸, visaient à satisfaire aux exigences découlant de plusieurs textes internationaux relatifs à la corruption. Parmi ces textes figuraient en particulier les stipulations de l'article 9 de la convention civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999⁵⁹ sur la corruption, qui invite les États parties à prévoir dans leur droit interne « *une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables* ». En 2005, le groupe de travail de l'OCDE chargé d'évaluer les politiques nationales de lutte contre la corruption avait demandé aux pouvoirs publics français de mettre en œuvre ces stipulations, en soulignant l'utilité de « *mesures de protection plus fortes pour les salariés qui révèlent des faits suspects de corruption, de façon à encourager ces personnes à déclarer de tels faits sans la crainte de représailles* »⁶⁰. Tel était également le sens des recommandations formulées par le groupe d'États contre la corruption – le GRECO – constitué au sein du Conseil de l'Europe. Comme le soulignait le service central de prévention de la corruption dans son rapport d'activité 2011, la convention des Nations Unies contre la corruption (convention du 31 octobre 2003, dite de Mérida⁶¹) comportait également un ensemble de dispositions très complètes relatives au signalement des faits de corruption, notamment à son article 33 relatif à « *La protection des personnes qui communiquent des informations* », selon lequel « *chaque État*

57 Circulaire DGA 5/SD 2 n° 2002-265 du 30 avril 2002 relative au renforcement des procédures de traitement des signalements de maltraitance et d'abus sexuels envers les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les structures sociales et médico-sociales.

58 Amendement n° 22 présenté par M. Hunault, compte-rendu de la séance du mercredi 10 octobre 2007, session ordinaire de 2007-2008, XIII^e législature, Assemblée nationale.

59 La ratification par la France de la convention civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 sur la corruption a été autorisée par la loi n° 2005-103 du 11 février 2005, avant que cette convention soit publiée par le décret n° 2008-673 du 4 juillet 2008.

60 Recommandation n° 5 du Rapport de phase 2 sur la France, cité in *Rapport d'activité du service central de prévention de la corruption*, 2011.

61 La ratification par la France de la convention des Nations Unies contre la corruption a été autorisée par la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005, avant qu'elle soit publiée par le décret n° 2006-1113 du 4 septembre 2006.

partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente convention ».

Ces dispositions figurent désormais à l'article L. 1161-1 du code du travail et portent exclusivement sur la protection de tout travailleur qui « *[relate] ou [témoigne], de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ». Cette protection consiste en la nullité de la rupture du contrat de travail ou de tout autre acte qui serait pris par l'employeur à raison d'une telle conduite du travailleur. En cas de litige relatif à de tels actes entre le travailleur et l'employeur, un aménagement de la charge de la preuve est en outre prévu au bénéfice du premier : alors qu'il revient au travailleur d'établir des faits permettant de présumer qu'il a signalé des faits de corruption, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision « *est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux déclarations ou au témoignage du salarié* ». Cette protection n'est toutefois pas sans limite. La lecture des travaux parlementaires révèle en effet une volonté du législateur d'éviter de protéger les dénonciations abusives. C'est la raison pour laquelle ces dispositions indiquent qu'un travailleur ne peut bénéficier d'une protection qu'à la condition que la révélation des faits en cause ait été effectuée de « bonne foi ».

Ces dispositions n'ont, à ce jour, pas encore fait l'objet de décisions de la Cour de cassation ou du Conseil d'État en précisant la portée. En revanche, elles ont été appliquées par la cour d'appel de Paris, qui a jugé qu'était nulle la rupture du contrat de travail d'une personne dont l'employeur n'était pas parvenu à démontrer qu'elle aurait été sans lien avec les faits de corruption signalés par la personne en cause (CA Paris, 13 mars 2013, n° 12/03679), tandis qu'a été jugé légale, à l'inverse, une mesure de mutation prononcée à l'encontre d'une personne qui avait signalé des faits de corruption à son employeur, dès lors que celui-ci était, en l'espèce, parvenu à démontrer que cette mesure de mutation relevait de l'intérêt du service (CA Paris, 21 mars 2013, n° 11/06352).

Ces dispositions ont ainsi mis en place un régime de protection des lanceurs d'alerte signalant des faits de corruption, qui a désormais vocation à être complété par les dispositions du futur projet de loi pour la transparence de la vie économique.

1.3.4. La protection des lanceurs d'alerte en matière de risques graves pour la santé publique et l'environnement a, quant à elle, fait l'objet de deux lois, en 2011 puis en 2013

En novembre 2009, l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) suspendait l'autorisation de mise sur le marché du **Médiateur®**, commercialisé en 1976, sur le fondement notamment de données de pharmacovigilance et d'une étude de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS). L'affaire dite du Médiateur® a créé un climat de suspicion généralisée sur le médicament à usage humain. De nombreux



travaux d'évaluation et de concertation ont alors été menés afin de restaurer la confiance dans le système de sécurité sanitaire français du médicament. La loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé constitue l'aboutissement de ces travaux et se caractérise par une phase préparatoire faisant appel à des acteurs divers : en plus des traditionnels rapports des corps d'inspection (IGAS)⁶² et des missions d'information parlementaire⁶³, les travaux de plusieurs groupes de travail⁶⁴ ont fourni des pistes de réflexion pour renforcer la sécurité des produits de santé.

Au titre des recommandations formulées par la mission commune d'information sur le Médiateur[®], figurait celle relative aux « lanceurs d'alerte ». Selon la mission, « *le drame du Médiateur révèle que notre système de sécurité sanitaire fonctionne en vase clos, nourri d'informations scientifiques circulant en circuit fermé* »⁶⁵. Sa proposition n° 39 incitait les pouvoirs publics à « *mettre en place une procédure protégeant les lanceurs d'alerte* ». Inspirée des *Whistleblower Protection Act* de 1989 (États-Unis) et *Public Interest Disclosure Act de 1998* (Royaume-Uni), elle se traduira par l'**article L. 5312-4-2 du code de la santé publique** issu de l'article 43 de la loi du 29 décembre 2011 précitée, pris à l'initiative du Gouvernement selon une rédaction proche de celle de l'article L. 1161-1 du code du travail issue de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007. Ces dispositions instituent une protection des personnes ayant contribué à rendre compte de faits mettant en cause la sécurité des médicaments et, plus généralement, des produits de santé mentionnés à l'article L. 5311-1 du même code (produit relevant de la compétence de l'ANSM). La protection conférée aux lanceurs d'alerte, qui ne sont d'ailleurs pas désignés comme tels par l'article L. 5312-4-2, reste limitée aux cas où ils relatent des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Il est précisé que le lanceur d'alerte ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire, être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle ; il ne doit pas non plus être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat. Cette protection est complétée par un régime de preuve favorable au lanceur d'alerte, la partie défenderesse devant établir, en cas de litige, que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

62 V. le rapport de l'IGAS *Enquête sur le Médiateur[®]* du 15 janvier 2011 ; le *Rapport sur la pharmacovigilance et gouvernance de la chaîne du médicament* de l'IGAS du 21 juin 2011.

63 V. le rapport de la mission d'information de l'Assemblée Nationale sur le Médiateur[®] et la pharmacovigilance du 22 juin 2011 ; le rapport du Sénat fait au nom de la mission commune d'information : *Médiateur[®] : évaluation et contrôle des médicaments* du 28 juin 2011 » ; le rapport de l'Assemblée nationale en conclusion des travaux de la mission sur les agences sanitaires du 6 juillet 2011.

64 V. le rapport de la mission sur la refonte du système français de contrôle de l'efficacité et de la sécurité des médicaments du Pr. Debré, député de Paris, et du Pr. Even, président de l'Institut Necker, remis au Président de la République le 16 mars 2011 ; le rapport de synthèse des Assises du médicament du 23 juin 2011 (mises en place le 17 février 2011 par Xavier Bertrand, ministre du travail, de l'emploi et de la santé et alimentées par les travaux de six groupes de travail).

65 Rapport de la commission commune, p. 83.



Cette première étape a été suivie par l'adoption de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, qui faisait suite à une importante réflexion sur l'opportunité de créer une Haute Autorité de l'expertise et de l'alerte⁶⁶. Issue d'une proposition de loi déposée le 28 août 2012 par le groupe écologiste du Sénat et préparée en lien avec de nombreux acteurs associatifs, cette loi a fait l'objet d'abondants débats parlementaires à l'issue desquels la proposition initiale a été substantiellement modifiée. La loi finalement adoptée le 16 avril 2013 proclame solennellement que « *toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement* » (article 1^{er}). Elle crée un droit d'alerte pour le travailleur qui estimerait que les « *produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement* » (article L. 4133-1 du code du travail) et pour le représentant du personnel au CHSCT qui constaterait « *qu'il existe un risque grave pour la santé publique ou l'environnement* » (article L. 4133-5 du code du travail). Elle étend l'application des dispositions de l'article L. 5312-4-2 du code de la santé publique, initialement limitée aux événements impliquant la sécurité sanitaire des produits de santé, aux faits relatifs à un risque grave pour la santé publique ou l'environnement (v. art. L. 1351-1 du même code). La protection ne vaut cependant que si le lanceur d'alerte n'est ni de mauvaise foi ni malveillant : l'article 12 de la loi⁶⁷ opère, dans ces hypothèses, un renvoi aux peines de l'article 226-10 du code pénal relatif à la dénonciation calomnieuse (punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende). La loi intéresse directement le domaine des produits de santé, puisqu'elle fait perdre à l'employeur qui n'a pas respecté ses obligations, alors qu'il a été alerté par un salarié ayant estimé, de bonne foi, que les produits ou les procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement, le bénéfice de l'exonération pour risque de développement prévue à l'article 1386-11 du code civil en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (article 13 de la loi).

Outre la protection du lanceur d'alerte, le traitement effectif de l'alerte est pris en compte. En cas d'alerte émise par le représentant du personnel au CHSCT par exemple, l'employeur « *examine la situation conjointement avec le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui lui a transmis l'alerte et l'informe de la suite qu'il réserve à celle-ci* ». L'article L. 4133-3 prévoit, en cas de divergence avec l'employeur sur le bien-fondé de l'alerte

66 V. Proposition de loi déposée en 2005 par Claude Saunier pour prévoir la création d'une Haute Autorité de l'expertise publique (HAEP) ; *Risques chimiques au quotidien : éthers de glycol et polluants de l'air intérieur. Quelle expertise pour notre santé ?*, rapport de Marie-Christine Blandin, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 2008 ; *Rapport sur la gouvernance écologique dans la perspective de la présidence française de l'Union européenne*, Corinne Lepage, 2008 ; art. 52 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

67 « *Toute personne physique ou morale qui lance une alerte 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 est punie des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal.*»



ou d'absence de suite dans le délai d'un mois, la possibilité pour le travailleur ou son représentant de saisir le représentant de l'État dans la circonscription administrative où il réside, qui pourra alors transmettre l'alerte aux autorités et prendre les mesures nécessaires pour protéger le salarié. L'ensemble de ces alertes sont consignées par écrit. Si le préfet ne réagit pas, la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement pourra être saisie par une organisation syndicale de salariés représentative au niveau national (article 4 de la loi du 16 avril 2013 précitée).

Dans la perspective de centraliser les procédures d'enregistrement des alertes, une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement est instituée (article 2 de la loi du 16 avril 2013). Elle est chargée de veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Il lui appartient notamment de définir les critères de recevabilité des alertes (article 2, 3°) et de transmettre aux ministres concernés les alertes dont elle sera saisie (article 2, 4°). Le décret n° 2014-1629 du 26 décembre 2014 en fixe la composition et le fonctionnement. Elle comprend vingt-deux membres, nommés par arrêté du ministre chargé du développement durable pour une durée de quatre ans renouvelable une fois, et dont le mandat n'est pas révocable, ceci afin de garantir leur indépendance. Le décret n° 2014-1629 du 26 décembre 2014 en fixe la composition et le fonctionnement. L'article 6 de la loi du 16 avril 2013 soumet ses membres à des règles de confidentialité, d'impartialité et d'indépendance dans l'exercice de leurs missions dans les conditions de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Ils sont ainsi tenus à déclaration d'intérêts « *de toute nature, directs ou par personne interposée* », laquelle est rendue publique. L'article 3 de la loi dispose en outre que « *les établissements et organismes publics ayant une activité d'expertise ou de recherche dans le domaine de la santé ou de l'environnement tiennent un registre des alertes qui leur sont transmises et des suites qui y ont été données* ». La liste des établissements et organismes publics en cause, au nombre de trente-sept (dont l'ANSES et l'ANSM) est fixée par le décret n° 2014-1628 du 26 décembre 2014. À ce jour, la commission n'a cependant pas été installée.

1.3.5. La protection des lanceurs d'alerte signalant des situations de conflit d'intérêts a fait l'objet de dispositions spécifiques avec l'adoption de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

La mise en place d'un régime de protection des lanceurs d'alerte signalant des situations de conflit d'intérêt a tout d'abord été proposée, en 2011 et 2012, par deux rapports remis au président de la République. Dans son rapport intitulé *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*⁶⁸, la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, présidée par le

68 *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, rapport remis au Président de la République le 26 janvier 2011.



vice-président du Conseil d'État – M. Jean-Marc Sauvé –, estimait ainsi que les mécanismes d'alerte existant dans la fonction publique, en premier lieu celui défini par les dispositions du deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, étaient insuffisants. Elle en déduisait qu'il convenait de « *mettre en place des mécanismes d'alerte interne et de traitement des signalements lorsque des infractions [étaient] supposées avoir été commises* ». Il était, plus précisément, proposé d'inscrire dans la loi le principe selon lequel « *un acteur public, témoin d'actes illicites ou de risques sérieux d'infraction pénale dans le cadre de son activité professionnelle, puisse alerter les autorités ayant le pouvoir d'y mettre fin, tout en bénéficiant d'une protection à ce titre* ». Ces propositions ont par la suite été précisées par la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, présidée par l'ancien Premier ministre M. Lionel Jospin et dont le rapport, intitulé *Pour un renouveau démocratique*⁶⁹, fut remis au Président de la République en novembre 2012. La proposition n° 35 de ce rapport préconisait, en effet, de « *mettre en place un dispositif ouvert d'alerte éthique* ». Ce mécanisme était présenté de la manière suivante : « *Toute personne pourrait adresser une alerte aux déontologues des institutions et administrations dont relèvent les acteurs publics particulièrement exposés au risque de conflits d'intérêts, 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. Ce mécanisme de signalement serait ouvert non seulement aux agents publics qui auraient connaissance, dans leur activité professionnelle, d'éléments révélant un conflit d'intérêts, mais aussi à tous les citoyens* ». Il était également prévu qu'un tel mécanisme d'alerte soit assorti d'un régime de protection approprié pour les lanceurs d'alerte en cause.

Ces propositions ont été reprises lors de la rédaction du projet de loi relatif à la transparence de la vie publique, qui comprenait un article consacré à la protection des lanceurs d'alerte. Comme le soulignent les travaux parlementaires⁷⁰, les dispositions en question étaient directement inspirées, quant à leur architecture, des dispositions de l'article L. 1351-1 du code de la santé publique (V. *supra*, 1.3.3), et pouvaient être également rapprochées des dispositions des articles L. 1161-1, L. 1132-3 et L. 1132-4 du code du travail, protégeant les travailleurs qui ont dénoncé des faits de discriminations ou des faits de corruption dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Ces dispositions, qui figuraient initialement à l'article 17 du projet de loi, prévoyaient en effet l'interdiction ou la nullité des mesures de sanction prises à l'encontre d'agents ou de personnes qui, ayant connaissance de faits constitutifs d'une situation de conflits d'intérêts, les porteraient de bonne foi à la connaissance de leur employeur ou des autorités judiciaires ou administratives. Il était en outre prévu qu'un lanceur d'alerte de mauvaise foi s'exposait aux sanctions instituées par l'article 226-10 du code pénal en matière de dénonciation calomnieuse, soit cinq ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

69 *Pour un renouveau démocratique*, Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, novembre 2012.

70 V. rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique, n° 1108 et 1109, établi par Jean-Jacques Urvoas, 5 juin 2013 ; rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat sur le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique, n° 722, établi par Jean-Pierre. Sueur, 3 juillet 2013.



Ces dispositions figurent dorénavant à l'article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Outre la protection accordée aux lanceurs d'alerte signalant des situations de conflits d'intérêts, elles prévoient explicitement, en sus de la saisine de l'employeur ou des autorités administratives ou judiciaires, la saisine de « l'autorité chargée de la déontologie au sein de l'organisme » ainsi que la saisine d'une « association de lutte contre la corruption agréée en application du II de l'article 20 » de cette même loi. Au regard des dispositions existantes sur la protection des lanceurs d'alerte, l'innovation principale de la loi est la mise en place d'une autorité *ad hoc* – la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique –, qui est compétente, aux termes de son article 20, pour agréer des associations « se proposant, par leurs statuts, de lutter contre la corruption ». A ainsi été créé un régime de protection des lanceurs d'alerte assorti de modalités spécifiques de recueil des alertes.

1.3.6. En adoptant la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, le législateur a considérablement étendu le champ d'application des dispositifs de protection des lanceurs d'alerte

À l'occasion de l'examen du projet de loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, la représentation nationale a dressé le constat d'une multiplication de dispositifs sectoriels en matière de protection des lanceurs d'alerte. Les travaux parlementaires relevaient ainsi l'existence d'une multitude de dispositifs particuliers interdisant « de prendre des sanctions professionnelles à l'encontre des personnes qui témoignent de faits de discrimination, de harcèlement sexuel ou moral, de corruption ou de faits susceptibles de porter gravement atteinte à la santé ou à l'environnement »⁷¹.

En vue de dépasser cette logique de dispositifs spécifiques et de lutter plus efficacement contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, il a été proposé de prévoir une protection générale des lanceurs d'alerte signalant des faits constitutifs d'une infraction pénale. Les dispositions poursuivant cet objectif ne figuraient pas dans le projet de loi présenté au Parlement par le Gouvernement et ont été insérées lors de la première lecture à l'Assemblée nationale, en réponse au constat de ce que « le fait de dénoncer une infraction dont on acquiert la connaissance dans l'exercice de ses fonctions est toujours un acte lourd et difficile à accomplir »⁷². En conséquence, la représentation nationale a estimé que les dispositifs instaurant, de longue date, une obligation de signalement, en particulier le deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, devaient être assortis d'une protection appropriée pour les personnes qui y auraient recours, et a proposé d'insérer à cet effet deux nouveaux articles dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations et fonctionnaires ainsi que dans le code du travail. L'objectif poursuivi était d'étendre le champ

71 V. rapport fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, établi par Yann Galut, n° 1130 et 1131, 12 juin 2013 ; rapport fait au nom de la commission des lois du Sénat, établi par Alain Anziani et Virginie Klès, n° 738, 10 juillet 2013.

72 *Ibid.*

d'application *rationae materiae* des dispositifs de protection des lanceurs d'alerte – à l'ensemble des infractions pénales – et d'étendre le champ d'application *rationae personae* de ces dispositifs – aux travailleurs comme aux agents publics.

Ces propositions ont, en définitive, donné lieu à l'insertion d'un article 6 ter A dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations et fonctionnaires et d'un article L. 1132-3-3 dans le code du travail. Leur contenu diffère sensiblement de celui de l'amendement initialement voté par l'Assemblée nationale. La protection qu'ils prévoient ne s'applique qu'au signalement d'un délit ou d'un crime, et non pas à toute infraction pénale ; elle comprend la nullité des mesures de représailles prises à l'encontre d'un lanceur d'alerte effectuant de tels signalements ; la condition de bonne foi est explicitement mentionnée ; en cas de litige, un régime de preuve favorable au lanceur d'alerte, sur le modèle des dispositions antérieures relatives aux lanceurs d'alerte, est mis en place. Enfin un article 40-5 a été inséré dans le code de procédure pénale, afin que la personne ayant effectué un tel signalement soit mise en relation, à sa demande, avec le service central de prévention de la corruption, « *lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service* ».

1.3.7. La loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement a, enfin, prévu une protection spécifique pour les agents des services de renseignement signalant des faits susceptibles de constituer une violation manifeste de la loi

À la suite de plusieurs affaires ayant conduit des lanceurs d'alerte à dénoncer les agissements de services de renseignement, en particulier aux États-Unis, il est apparu nécessaire à la représentation nationale de prévoir un régime de protection spécifique. Les dispositions en cause ont été introduites par un amendement au projet de loi relative au renseignement, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale⁷³. Les débats parlementaires montrent clairement la volonté du législateur de mettre en place un dispositif adapté aux exigences propres au domaine du renseignement, assorti de dispositions expresses sur sa conciliation avec le respect du secret de la défense nationale.

Ces dispositions figurent désormais à l'article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure. Elles se distinguent sur plusieurs points des autres dispositifs de protection des lanceurs d'alerte. Seule une « *violation manifeste* » des dispositions législatives relatives au renseignement est ainsi susceptible d'être signalée ; le signalement est effectué auprès de la seule Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR) instituée par la loi du 24 juillet 2015 ; la CNCTR peut alors saisir le Conseil d'État selon une procédure appropriée et informer le Premier ministre ; une saisine par la CNCTR du Procureur de la République est également possible, « *dans le respect du secret de la défense nationale* ». Pour le

73 Assemblée nationale, XIV^e législature, session ordinaire de 2014-2015, compte-rendu intégral, séance du jeudi 16 avril 2015.



reste, ces dispositions prévoient, à l'instar des autres dispositions précédemment étudiées, la nullité des mesures de représailles prises à l'encontre d'un tel lanceur d'alerte, un régime de preuve favorable à celui-ci en cas de litige, ainsi qu'une condition de bonne foi.



Ces dispositifs sont peu utilisés, faute de former un ensemble cohérent, d’être suffisamment précis quant aux procédures à mettre en œuvre et de garantir aux lanceurs d’alerte une protection efficace

2.1. Le déploiement de ces dispositifs, pour la plupart récents, est encore limité et parcellaire, ce qui explique qu’il en soit encore peu fait usage

2.1.1. Dans le secteur public, l’obligation de signalement prévue par le second alinéa de l’article 40 du code de procédure pénale demeure peu pratiquée et sa mise en œuvre se heurte à de sérieux obstacles

Ce diagnostic est aujourd’hui largement partagé. Le service central de prévention de la corruption (SCPC) relevait en 2010 qu’en matière d’atteinte à la probité et de corruption, « *les administrations et leurs corps de contrôle ne sont pas les principaux pourvoyeurs de l’autorité judiciaire* » et que l’utilisation par les agents publics du dispositif de l’article 40 « *apparaît très faible, voire inexistante dans certains secteurs pourtant exposés* »⁷⁴. En 2011, le SCPC soulignait encore les « *limites et les faiblesses* » du dispositif de signalement dans le secteur public⁷⁵. En janvier 2011, la commission de réflexion pour la prévention des conflits d’intérêts dans la vie publique confirmait ce constat, indiquant dans son rapport que le « *recours à [ce dispositif] est limité* »⁷⁶. En novembre 2012, la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique recommandait de « *compléter la stratégie de prévention des conflits d’intérêts* » par des procédures dénuées d’une « *connotation pénale, comparable à celle que prévoit le second alinéa de l’article 40* »⁷⁷, faute pour ces dispositions d’être suffisamment efficaces. Enfin, dans un rapport remis au président de la république en janvier 2015, le président de la

74 Service central de prévention de la corruption, *Rapport pour l’année 2010 au Premier ministre et au Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés*, p. 47 et 75.

75 *Ibidem*, p. 207.

76 *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 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, p. 88.

77 *Pour un renouveau démocratique*, rapport de la commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, novembre 2012, p. 107.

Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, M. Jean-Louis Nadal, a mis en exergue « *la relative inefficacité de la procédure de signalement prévue à l'article 40 du code de procédure pénale, souvent perçue comme de la délation* »⁷⁸. L'étude du Conseil d'État n'a pu que reprendre à son compte ces constats.

De multiples facteurs peuvent expliquer cet usage limité. Ils tiennent en premier lieu à des raisons pratiques et organisationnelles : en dépit des circulaires et instructions prises, encore trop éparées, les agents publics demeurent insuffisamment informés sur leur devoir de signalement et sur les conditions concrètes de sa mise en œuvre. Ces facteurs sont aussi sociologiques et psychologiques : les agents peuvent redouter de perdre la maîtrise de leurs dossiers en cas de transmission au procureur de la République et privilégient des voies de traitement internes. Par ailleurs, ils peuvent craindre d'être exposés à des mesures de représailles, faute de bénéficier, jusqu'à récemment (V. *supra*, 1.3.6), d'une protection claire et étendue contre ces risques. Enfin, ils peuvent craindre que les investigations du parquet s'étendent au-delà de la dénonciation et mettent à jour d'autres irrégularités, sans doute plus mineures mais auxquelles ils auraient pu participer. Des facteurs juridiques ont pu en outre être soulignés, tenant à certains conflits de devoirs et à l'absence de sanction pénale en cas de non-dénonciation⁷⁹. Toutefois, un manquement à l'obligation prévue par le second alinéa de l'article 40 peut exposer un agent public à des poursuites disciplinaires, voire pénales en cas de complicité sur le fondement de l'article 121-7 du code pénal ou de non-dénonciation de crimes sur le fondement de l'article 434-1 du même code.

2.1.2. Dans le secteur privé, si la diffusion des dispositifs d'alerte professionnelle est bien avancée dans les grandes entreprises, tel n'est pas le cas dans les petites et moyennes entreprises, qui apparaissent insuffisamment outillées et pour lesquelles, dans un contexte de grandes difficultés économiques, ce n'est pas une priorité

La quasi-totalité des grandes entreprises françaises s'est aujourd'hui dotée de dispositifs d'alerte professionnelle, très largement sous la pression de législations étrangères récentes à portée extraterritoriale (V. *supra*, 1.2.1). Les statistiques de la CNIL montrent que dès 2006, près de cinq cents entreprises avaient, dans le cadre du régime de l'autorisation unique qu'elle propose, effectué une déclaration de mise en place de dispositifs d'alerte. Dans un communiqué de presse du 8 mars 2007, la CNIL annonçait que « *près de six cent entreprises françaises et étrangères avaient déclaré avoir mis en place des dispositifs conformes aux règles fixées par la CNIL* ». Il s'agissait alors essentiellement de filiales de sociétés américaines, soumises à la loi SOX. Depuis lors, le mouvement s'est poursuivi et étendu au-delà des seules entreprises relevant du champ d'application de la législation américaine. Les grandes entreprises publiques (La Poste, SNCF, Areva, etc.) se sont ainsi dotées, à leur tour, de dispositifs d'alerte professionnelle respectueux des principes définis

78 J.-L. Nadal, *Renouer avec la confiance publique*, rapport remis au Président de la République, janvier 2015, p. 128.

79 Comme l'a confirmé Cass. crim. 13 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 320.



par la CNIL. Ces dispositifs ont notamment pour caractéristiques de couvrir une population large, comprenant les salariés ainsi que les stagiaires et les intérimaires, et d'être confiés en interne soit à des déontologues désignés à cet effet soit, plus généralement, à des directions de l'éthique et de la déontologie (cas de la SNCF). Dans tous les cas, les destinataires des alertes en interne sont situés à un niveau élevé de la hiérarchie des organisations, la plupart du temps auprès de la direction générale. Dans l'ensemble de ces grandes entreprises, privées comme publiques, les dispositifs d'alerte professionnelle présentent toutefois, conformément aux prescriptions de la CNIL, un caractère complémentaire et ne se substituent pas, à ce titre, aux « *interlocuteurs habituels de l'alerte* » que sont les responsables managériaux, les délégués du personnel ou l'inspection du travail⁸⁰.

Dans ces grandes entreprises, les dispositifs d'alerte professionnelle sont toutefois peu utilisés. Faute d'étude statistique exhaustive réalisée à ce jour, il est malaisé de dresser un état des lieux précis. Néanmoins, l'ensemble des acteurs auditionnés dans le cadre de cette étude, notamment les représentants des organisations représentatives des salariés et des employeurs, ont souligné le faible nombre de saisines enregistrées par les dispositifs d'alerte professionnelle mis en place dans les grandes entreprises. A ainsi été cité l'exemple d'un grand groupe du CAC 40 dans lequel le dispositif d'alerte professionnelle mis en place depuis plusieurs années n'enregistre que cinq à dix saisines par an, pour un effectif de plusieurs dizaines milliers de salariés. Dans ce groupe, la plupart des alertes, concernaient des questions d'organisation et de gestion des ressources humaines, et non des risques ou des actions illégales relevant de la corruption ou de la fraude fiscale. L'augmentation du nombre des alertes ne saurait évidemment être une fin en soi ; il convient néanmoins de s'interroger sur le très faible nombre d'alertes éthiques et de s'assurer qu'il n'est pas dû au fait que les dispositifs d'alerte seraient insuffisamment connus dans l'entreprise ou trop difficiles d'accès pour les salariés.

La situation des petites et moyennes entreprises est, quant à elle, le plus souvent caractérisée par l'inexistence de dispositifs d'alerte spécifiques. Cette inexistence est directement fonction de la taille de ces entreprises. Il apparaît, en effet, peu réaliste de mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle, comparable à ceux existants dans de grands groupes, dans des entreprises ne comprenant qu'un nombre limité de salariés et qui sont confrontées à un contexte économique difficile. Dans les petites et moyennes entreprises, les auditions ont en revanche permis de souligner l'importance du rôle des instances de proximité que sont en premier lieu l'employeur et, le cas échéant, les délégués du personnel. Elles ont aussi permis de mettre en évidence l'existence d'autres interlocuteurs, externes cette fois, qui connaissent particulièrement bien le tissu local des petites et moyennes entreprises et qui doivent être à l'écoute et susceptibles d'être sollicités ponctuellement : les sous-préfets, les autres services déconcentrés de l'État (directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement ; directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi) et l'acteur particulier qu'est l'inspection du travail.

80 « La position du ministère du Travail », entretien avec Jean-Denis Combrexelle, dossier « Dénoncer ou alerter », revue Cadres CFDT, n° 439, juin 2010.

Il résulte de ce bref panorama que les salariés, dans l'ensemble, n'utilisent que parcimonieusement les procédures d'alerte. Deux sondages récents, établis pour le compte de l'association Transparency International France, permettent d'éclairer ce constat⁸¹. Il en ressort que si près d'un tiers des salariés consultés disent avoir été confrontés à des pratiques frauduleuses dans le cadre du travail, une nette majorité atteste de l'inexistence de procédures d'alerte dédiée dans leur entreprise, tandis que plus de 80% disent ignorer la législation relative aux lanceurs d'alerte. Près de 40% des sondés admettent ainsi que, confrontés à un acte de corruption sur leur lieu de travail, ils en parleraient à un collègue plutôt qu'à une autre personne ou instance.

2.1.3. La mise en œuvre par les administrations des différentes dispositions sectorielles récemment adoptées par le législateur demeure encore embryonnaire

À la différence des grandes entreprises privées et publiques, les administrations n'ont pas encore mis en place de dispositif spécifique pour recueillir les alertes dont elles seraient saisies. S'il existe de nombreux dispositifs de veille ou de vigilance en matière sanitaire ou environnementale, déployés pour recueillir des signaux faibles, en revanche, aucun des ministères consultés dans le cadre de l'élaboration de cette étude ne semble avoir mis en place un dispositif spécifique comparable aux dispositifs d'alerte professionnelle. Il ressort en particulier de ces consultations qu'aucun ministère n'a désigné de référent chargé de recueillir, dans un cadre adapté, les alertes émises par des agents publics. De même, aucune circulaire ne précise aujourd'hui les modalités de mise en œuvre des lois adoptées récemment en matière de protection des lanceurs d'alerte. Faute d'outil statistique, il n'est par ailleurs pas possible actuellement de dresser un état des lieux quant au nombre d'alertes qui auraient été émises dans l'administration sur le fondement de ces dispositions législatives récentes et quant au traitement qui leur aurait été réservé (traitement administratif, saisines de l'autorité judiciaire). Les éléments fournis par les administrations dans le cadre de cette étude laissent toutefois penser que le nombre de ces alertes demeure encore très faible.

La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 fait, en particulier, l'objet d'une mise en œuvre contrastée. En application de cette loi et du décret n° 2014-1628 du 26 décembre 2014, de nombreux établissements publics se sont ainsi dotés de registres leur permettant de consigner les alertes dont ils sont saisis en matière de santé publique et d'environnement. Tel est par exemple le cas des établissements d'enseignement supérieur agricole, des établissements exerçant une mission de recherche ou d'expertise dans le domaine agricole, ou encore des agences sanitaires. En revanche, on a vu que la commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement instituée par l'article 2 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 n'a toujours pas été mise en place, alors même que le décret n° 2014-1629 du 26 décembre 2014 pris pour son application en définit la composition et le fonctionnement.

⁸¹ *Fraudes, malversations, lanceurs d'alerte... Comment réagissent les salariés français ?*, étude réalisée par le cabinet Technologia, novembre 2015 ; *Lanceurs d'alerte : quelle perception de la part des salariés ?*, Harris Interactive, novembre 2015.

On peut néanmoins observer une tendance à l'élargissement des prérogatives de certaines instances ou corps d'inspection et de contrôle en matière d'alerte.

Dans le champ de la justice, tout d'abord, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 22 juillet 2010 prise pour son application, ont permis à tout justiciable qui estime qu'à l'occasion d'une procédure judiciaire le concernant le comportement adopté par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions est susceptible de recevoir une qualification disciplinaire, de saisir le Conseil supérieur de la magistrature. La plainte ne peut en aucun cas être anonyme, elle doit comporter, outre la date et l'identité de son auteur, des précisions sur la procédure en cause. L'examen de la plainte est confié à une commission d'admission des requêtes qui décide de la recevabilité de cette requête et de son éventuelle transmission à la formation disciplinaire du Conseil supérieur de la magistrature. La commission d'admission peut notamment informer le magistrat ainsi mis en cause et procéder à son audition.

Par ailleurs, l'inspection générale de la gendarmerie nationale (IGGN) a mis en accès libre sur le site internet du ministère de l'intérieur un formulaire de réclamation pouvant être rempli par toute personne souhaitant porter à la connaissance de ce corps de contrôle des faits contraires à la déontologie de la gendarmerie⁸². Tel est également le cas de l'inspection générale de la police nationale (IGPN), dont la plateforme de signalement, accessible sur internet⁸³, permet à toute personne s'estimant « *victime ou témoin d'un comportement susceptible de mettre en cause des agents affectés dans un service de la police nationale* » de le signaler à l'IGPN en remplissant un formulaire en ligne. Cette plateforme indique que l'auteur du signalement doit indiquer son identité et que toute « *dénonciation mensongère sera systématiquement signalée à l'autorité judiciaire aux fins de poursuite et pourra, le cas échéant, faire l'objet d'une plainte du ministère de l'intérieur* ». En 2014, cette plateforme a été destinataire de huit signalements, dont six ont été transmis aux services concernés pour faire l'objet de vérifications et d'un traitement administratif.

Il faut relever qu'aucune des administrations ayant mis en place ces nouveaux dispositifs n'a fait état d'une prolifération d'alertes abusives ou malveillantes.

82 Ce formulaire de réclamation auprès de l'IGGN est accessible à l'adresse suivante : <http://www.gendarmerie.interieur.gouv.fr/Contacts/Formulaire-de-reclamation>

83 La plateforme de l'IGPN est accessible à l'adresse suivante : <http://www.police-nationale.interieur.gouv.fr/Organisation/Inspection-Generale-de-la-Police-Nationale/Signalement-IGPN>

2.2. Ces dispositions couvrent un champ très large, mais forment un ensemble qui manque de cohérence et dont la conciliation avec d'autres droits n'est, en l'état, pas aboutie

2.2.1. Les dispositions sectorielles récemment adoptées par le législateur couvrent un spectre très large mais présentent une faible lisibilité et des différences génératrices d'insécurité juridique

Pour construire une protection adaptée des lanceurs d'alerte, le législateur a défini des règles et régimes sectoriels, compte tenu de la grande hétérogénéité des problématiques en cause. Il n'a pas encore entrepris de définir les caractéristiques communes de ces différents dispositifs d'alerte. La nécessité d'une telle démarche globale se fait aujourd'hui sentir. Les différentes lois relatives à la protection des lanceurs d'alerte adoptées depuis 2001 (V. *supra*, 1.3) ont, en effet, progressivement étendu le champ dans lequel des alertes sont susceptibles d'être émises en lui adjoignant des objets nouveaux (discriminations, corruption, risques sanitaires et environnementaux... Cette démarche fait qu'en France, ces dispositifs couvrent un champ très large, mais n'offrent pas de vision d'ensemble aisément accessible aux lanceurs d'alerte potentiels. C'est pour satisfaire à un tel objectif de visibilité que des institutions comme le Conseil de l'Europe ont émis des recommandations préconisant un cadre global, sans toutefois l'imposer⁸⁴. C'est également pour cette raison que plusieurs États, dont le Royaume-Uni et l'Irlande, se sont dotés d'une législation dédiée à l'alerte, qui regroupe en un seul texte les faits susceptibles de donner lieu à une alerte (V. annexe de droit comparé). Au-delà du choix d'une législation globale plutôt que de législations sectorielles, les dispositions actuellement en vigueur laissent également ouverte la question de leur éventuelle extension à d'autres objets. Peut-être, à cet égard, être mentionnées les propositions du Conseil de l'Europe en faveur d'une législation de l'alerte couvrant l'ensemble des « *risques pour l'intérêt général* »⁸⁵, ce qui irait bien au-delà de ce que prévoit actuellement le droit français.

Il n'est pas toujours aisé pour les personnes souhaitant émettre une alerte de savoir si elles relèvent ou non de l'un des dispositifs de protection récemment adoptés.

Les dispositions législatives récentes en matière de protection des lanceurs d'alerte autorisent, selon les cas, diverses personnes à lancer l'alerte. Se trouvent ainsi visés l'employé (loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007), le travailleur (article 8 de la loi

84 *La protection des lanceurs 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, P. Stephenson et M. Levi, décembre 2012 : « une législation à part constitue le meilleur moyen de couvrir le sujet de façon exhaustive, et elle est plus facile à diffuser auprès de tous les intéressés (...) Cependant, nous n'y voyons pas une obligation de principe. Une application sectorielle n'est pas à exclure ».

85 *Protection des lanceurs d'alerte*, § 41, recommandation CM/Rec(2014)7, Conseil des ministres du Conseil de l'Europe, avril 2014.

n° 2013-316 du 16 avril 2013), toute personne physique ou morale (article 1^{er} de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013), toute personne (article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013) ou encore une catégorie particulière d'agents publics, en l'occurrence un agent des services de renseignement (article 8 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015). S'agissant des dispositions relatives aux entreprises, le point de savoir si ces dispositions incluent ou non les personnes qui entretiennent un lien plus distant à la relation de travail qu'un employé – stagiaires, intérimaires, consultants, bénévoles – n'est pas explicitement traité. De la même manière, on peut s'interroger sur le point de savoir si certains de ces dispositifs auraient vocation à viser, au-delà des seules personnes physiques, des personnes morales. Ce dernier point est clairement tranché dans le cadre de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 qui prévoit, à son article 1^{er}, que « *toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information* » relative à une action faisant peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement. En revanche, les autres dispositifs n'ont pas de disposition équivalente.

S'agissant des lanceurs d'alerte externes, la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 est également la seule à prévoir explicitement leur intervention. Les alertes relatives aux risques graves pour la santé publique ou pour l'environnement, susceptibles d'être adressées à la commission nationale de la déontologie et des alertes instituée par cette loi, peuvent en effet provenir de « *toute personne physique ou morale* », ce qui inclut, le cas échéant, des personnes extérieures aux organisations à l'origine des risques en cause. Une telle prise en compte des lanceurs d'alerte externes est particulièrement opportune en matière de prévention des risques sanitaires et environnementaux. En matière de corruption ou de prévention des conflits d'intérêts, la question reste néanmoins ouverte de l'ouverture explicite du champ des protections prévues par les dispositions existantes aux lanceurs d'alerte extérieurs aux organisations.

Selon les dispositions en cause, l'alerte est, par ailleurs, tantôt une obligation, tantôt une simple faculté. Certaines dispositions instaurent, en effet, une obligation de signalement, à l'instar de l'obligation de signalement définie par l'article 40 du code de procédure pénale en matière de crimes et de délits, mais aussi de celle définie par les dispositions relatives au droit d'alerte et de retrait en matière de santé et de sécurité au travail (article L. 4131-1 du code du travail). En effet, en étendant ce droit d'alerte et de retrait aux risques graves pour la santé publique et l'environnement, la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 a également prévu que l'alerte en cause constituait pour le travailleur une obligation (article L. 4133-1 du code du travail). A l'inverse, cette précision ne figure pas dans la plupart des autres dispositions législatives récentes, qui se focalisent sur la protection à accorder aux lanceurs d'alerte : dans le silence des textes, il s'agit donc d'une simple faculté. Ceci rejoint d'ailleurs les prescriptions de la CNIL en matière d'alerte professionnelle, selon lesquelles celle-ci doit être facultative et non obligatoire (V. 1.2.2).

Les diverses dispositions applicables laissent enfin ouvert le point de savoir si l'alerte peut être anonyme. Certes, la protection qu'elles instituent ne saurait, par construction, être accordée à un lanceur d'alerte anonyme ne révélant à aucun moment son identité. Reste la question de savoir si une alerte anonyme est, ou non,



recevable et si elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement. Dans certains domaines, les textes excluent que des alertes anonymes puissent donner lieu à un quelconque traitement. Tel est le cas des signalements effectués auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique sur le fondement de l'article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. A l'inverse, en matière de risques sanitaires qui pourraient mettre en cause la vie humaine, une agence telle que l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) traite les alertes anonymes de la même manière que les alertes dont l'auteur est clairement identifié pour étudier au plus vite le risque signalé et en pallier au mieux les conséquences. Cette agence a, à cet effet, mis en place un circuit permettant d'enregistrer et tracer toutes les alertes, fussent-elles anonymes, de les rediriger vers l'entité compétente et d'en assurer le suivi.

Sur chacun de ces points, les choix effectués à l'avenir par le législateur seront susceptibles de modifier substantiellement les contours du droit d'alerte.

2.2.2. L'articulation entre les dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte et les obligations de secret et de discrétion professionnels n'est, en l'état, pas satisfaisante

En l'état actuel du droit, les personnes qui, sous couvert des dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte, dénoncent des faits couverts par le secret professionnel, sont le plus souvent susceptibles de s'exposer à des poursuites pénales sur le fondement des dispositions de l'article 226-16 du code pénal. A l'inverse d'autres textes permettant la révélation de faits répréhensibles, les dispositifs favorisant l'alerte n'abordent pas en effet la question du secret professionnel protégé par la loi ; la plupart d'entre eux ne prévoient comme limite au droit d'alerte que la dénonciation calomnieuse. Or l'article 226-13 du code pénal⁸⁶ sanctionne la révélation d'une information à caractère secret à une personne non habilitée à partager ce secret par un professionnel qui en est dépositaire. La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation applique rigoureusement ces dispositions. La liste particulièrement longue des professionnels soumis au secret comprend, notamment, les médecins et professionnels de santé, les services sociaux, les professions financières et commerciales, les professions juridiques et judiciaires, les fonctionnaires et autres agents publics : autant de personnes susceptibles d'émettre des alertes au regard des lois récemment adoptées par le Parlement. Pour qu'elles ne soient pas sanctionnées, sur le fondement des dispositions de l'article 226-13 du code pénal, en cas de violation du secret, ces personnes doivent se trouver dans l'une des deux hypothèses prévues par les dispositions de l'article 226-14 du code pénal. La première hypothèse a trait aux cas « où la loi impose ou autorise la révélation du secret », l'autorisation devant être expressément donnée par la loi. La seconde hypothèse a trait à trois cas explicitement cités par cet article, dont l'information

86 Aux termes de l'article 226-13 du code pénal : « 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, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».



des autorités judiciaires de « *privations ou de sévices* » infligées à un mineur ou à une personne incapable de se protéger. Dans la mesure où parmi les cas visés par cette seconde hypothèse ne figurent pas les lanceurs d'alerte relevant des différents dispositifs examinés dans la première partie de cette étude, ce n'est qu'à la condition de relever de la première hypothèse que les lanceurs d'alerte pourraient être exonérés des sanctions prévues par l'article 226-13 du code pénal. Or aucune des dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte n'autorise expressément la révélation de faits couverts par le secret professionnel. Il s'agit là d'une limite à la protection accordée aux lanceurs d'alerte, sur laquelle aucune juridiction ne semble encore s'être prononcée et dont le législateur n'a pas encore traité.

S'agissant en particulier des fonctionnaires, l'articulation entre les dispositifs d'alerte et les obligations déontologiques qu'il leur revient de respecter est encore trop imprécise. La doctrine et la jurisprudence relatives à l'application des dispositions du second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale fournissent il est vrai des éléments de réponse. Cette doctrine et cette jurisprudence ont, en effet, précisé l'articulation entre l'obligation de signalement définie par cet article et deux obligations déontologiques définies par la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : l'obligation de discrétion professionnelle (article 26) et l'obligation d'obéissance hiérarchique (article 28). S'agissant de la première, plusieurs auteurs admettent ainsi d'inclure parmi les dérogations prévues au second alinéa de l'article 26⁸⁷ le cas des signalements effectués auprès du procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale⁸⁸. Quant à l'obligation d'obéissance hiérarchique, le Conseil d'État a jugé, par un arrêt *Guigon* du 15 mars 1996⁸⁹, que l'agent public peut aviser directement le procureur de la République sans avoir à « *en référer* » à son autorité hiérarchique. Il ne saurait toutefois être déduit de cette décision que l'agent public émettant une alerte par un autre canal que la voie hiérarchique se trouve automatiquement délié de toute obligation d'obéissance hiérarchique. Ainsi que le souligne le président Vigouroux, « *compte tenu de l'importance et des conséquences d'une telle dénonciation pour le bon fonctionnement de l'administration, il est recommandé à l'agent public, sauf circonstances particulières, de recueillir l'aval de sa hiérarchie* » et « *il est naturel et légal que cette hiérarchie entende organiser et orienter les politiques de signalement à la justice* »⁹⁰. Aujourd'hui les agents publics sont encore trop souvent laissés à eux-mêmes à cet égard.

87 Aux termes du second alinéa de l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 : « *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* ».

88 V. sol. implicite : Cass. crim., 6 juillet 1977, *Bull. crim.* n° 255 ; G. Chalon, « L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP*, 2004, p. 27 ; J.P. Foegle et S. Pringault, « Les lanceurs d'alerte dans la fonction publique, les mutations contemporaines d'une figure traditionnelle de l'agent public », *AJDA*, 2014, p. 2256.

89 CE, 15 mars 1996, *Guigon*, n° 146326, aux tables.

90 C. Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2013-2014, p. 496-497.



2.3. Centrées sur la protection des lanceurs d’alerte, les dispositions récemment adoptées par le législateur ne précisent pas suffisamment les procédures à mettre en œuvre et les modalités de traitement des alertes fondées

2.3.1. Les procédures de signalement, internes puis externes, ne font pas l’objet d’une gradation claire, à la différence de l’approche retenue par la Cour européenne des droits de l’homme et par plusieurs législations étrangères

En l’état, les dispositions récentes consacrées à la protection des lanceurs d’alerte ne fournissent pas à ces derniers de mode d’emploi clair quant aux canaux susceptibles d’être saisis. Centrées sur la protection à accorder aux lanceurs d’alerte, elles se bornent, pour la plupart, à indiquer que le signalement en cause peut être effectué par une personne « soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives » (rédaction retenue notamment par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption et par la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament). A cette liste, la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ajoute « l’autorité chargée de la déontologie au sein de l’organisme » ainsi qu’une « association de lutte contre la corruption agréée ». La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l’indépendance de l’expertise en matière de santé et d’environnement est, quant à elle, la seule à prévoir explicitement la possibilité d’une divulgation au public. Aucune de ces dispositions n’indique, par ailleurs, l’ordre dans lequel ces différents canaux sont susceptibles d’être saisis dans le temps. Aucune gradation n’est prévue.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme relative à la liberté d’expression fournit, sur ce point, d’utiles repères. Se fondant sur l’article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, qui consacre le droit à la liberté d’expression, la Cour s’est, en effet, prononcée sur plusieurs cas dans lesquels des salariés ou des fonctionnaires ont recouru à ce droit pour émettre une alerte sur des faits répréhensibles dont ils avaient connaissance. Par un arrêt *Guja c. Moldova* du 12 février 2008⁹¹, la Cour a ainsi défini un cadre dont elle a depuis fait usage à plusieurs reprises. Dans cet arrêt, elle a, dans un premier temps, relevé que « les salariés ont un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers leur employeur » et que « cela vaut en particulier pour les fonctionnaires, dès lors que la nature même de la fonction publique exige de ses membres une obligation de loyauté et de réserve ». Elle en a déduit que, eu égard à cette obligation de discrétion, il importait « que la personne concernée

91 CEDH, Gr. Ch., 2 février 2008, *Guja c. Moldova*, n° 14277/04.

procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement ». Ce faisant, la Cour a dégagé le principe d'une succession dans le temps des canaux susceptibles d'être saisis, applicable aux salariés de droit public et de droit privé. Confirmée depuis par un arrêt *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011⁹², cette jurisprudence implique que le salarié ou le fonctionnaire concerné saisisse au préalable son supérieur hiérarchique ; si cette saisine s'avère impossible (dès lors que le supérieur serait personnellement impliqué dans les faits répréhensibles en cause) ou vaine, il lui revient de saisir l'autorité administrative ou judiciaire compétente ; si cette saisine s'avère, là encore, manifestement impossible ou vaine, alors la divulgation au public est susceptible d'être envisagée, à condition toutefois que les informations divulguées présentent un intérêt public, que ces informations soient exactes et que la démarche du salarié ou du fonctionnaire ne soit pas motivée par un grief ou une animosité d'ordre personnel ou encore par la recherche d'un avantage personnel.

Les législations adoptées par le Royaume-Uni et, plus récemment, par l'Irlande en matière de protection des lanceurs d'alerte retiennent également une approche par paliers. La loi britannique – le *Public Interest Disclosure Act* adopté en 1998 –, qui a servi de matrice à l'adoption de la loi irlandaise, retient de la sorte trois paliers⁹³. La première étape est le signalement auprès de l'employeur d'un ou plusieurs faits répréhensibles visés par la loi. Dans l'hypothèse où ce signalement auprès de l'employeur est inefficace ou inapproprié, un signalement peut être effectué auprès d'un régulateur, à savoir une autorité administrative compétente ou l'autorité judiciaire ; le signalement doit alors porter sur des informations dont le lanceur d'alerte a la conviction qu'elles sont substantiellement fondées. Dans l'hypothèse où cette seconde saisine serait, là encore, inefficace ou inappropriée, le salarié peut divulguer publiquement les informations en cause ; encore faut-il, pour que ce salarié bénéficie d'une protection au titre de la loi, qu'il ait la conviction qu'il s'agit d'informations fondées, qu'elles présentent un intérêt public et qu'il y ait une raison valable de procéder à une divulgation au public. La loi précise d'ailleurs ce qu'il convient d'entendre par raison valable en indiquant qu'il peut s'agir de la crainte raisonnable de représailles en cas de saisine de l'employeur, mais également de l'inexistence d'un régulateur compétent ou de la gravité exceptionnelle des faits répréhensibles en cause. La loi irlandaise s'inspire directement de cette approche graduée, en distinguant avec précision les canaux de divulgation successifs faisant l'objet d'une protection au bénéfice de celui qui les saisit : l'employeur au premier chef ; une personne compétente prescrite par un ministre ; le ministre si le lanceur d'alerte est un agent public ; un avocat ou un responsable syndical ; d'autres canaux, sans plus de précision, qui comprennent implicitement la divulgation au public.

92 CEDH, 21 octobre 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08.

93 *Making Whistleblowing Work*, présentation de la fondation *Public Concern at Work*, 4 février 2015, Paris.

2.3.2. Le traitement à réserver aux alertes fondées constitue à ce jour une dimension presque ignorée par les dispositions relatives aux lanceurs d'alerte

Certaines dispositions récemment adoptées par le législateur abordent toutefois cette question.

Tel est, en premier lieu, le cas des dispositions relatives au droit d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail et des dispositions de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013, qui s'en sont directement inspirées en matière de santé publique et d'environnement. S'agissant de ces dernières dispositions, codifiées à l'article L. 4133-1 du code du travail, elles précisent ainsi que lorsque le travailleur alerte son employeur de procédés faisant « *peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement* », cette alerte est « *consignée par écrit* » et, surtout, que « *l'employeur informe le travailleur qui lui a transmis l'alerte de la suite qu'il réserve à celle-ci* ».

Les alertes qui seraient transmises à la commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement, instituée par la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013, constituent un deuxième exemple d'alertes dont les modalités de traitement sont précisées par la loi. Le 4° de l'article 2 de cette loi dispose, en effet, que la commission « *transmet les alertes dont elle est saisie aux ministres compétents, qui informent la commission de la suite qu'ils réservent aux alertes transmises et des éventuelles saisines des agences sanitaires et environnementales placées sous leur autorité résultant de ces alertes. Les décisions des ministres compétents concernant la suite donnée aux alertes et les saisines éventuelles des agences sont transmises à la commission, dûment motivées. La commission tient la personne ou l'organisme à l'origine de la saisine informé de ces décisions* ».

Les alertes relatives à l'action des services de renseignement, encadrées par les dispositions de l'article 8 de la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (codifiées à l'article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure), fournissent un troisième exemple d'alertes pour lesquelles des modalités de traitement ont été définies par le législateur. Aux termes du second alinéa du I de l'article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure, lorsque la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement « *estime que l'illégalité constatée est susceptible de constituer une infraction, elle saisit le procureur de la République dans le respect du secret de la défense nationale et transmet l'ensemble des éléments portés à sa connaissance à la Commission consultative du secret de la défense nationale afin que celle-ci donne au Premier ministre son avis sur la possibilité de déclassifier tout ou partie de ces éléments en vue de leur transmission au procureur de la République* ».

Ce n'est toutefois pas le cas de toutes les dispositions récentes relatives à la protection des lanceurs d'alerte. La loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la corruption et la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament se bornent, par exemple, à mentionner les destinataires potentiels de l'alerte ainsi que la protection dont est



susceptible de bénéficier son auteur.

Or la question du traitement est essentielle : les différentes études d'opinion menées auprès de lanceurs d'alerte indiquent sans ambiguïté que la volonté que l'alerte soit traitée figure au premier rang de leurs motivations.

2.4. La protection aujourd'hui accordée aux lanceurs d'alerte, qui repose exclusivement sur le rôle du juge et dont l'étendue varie d'une loi à l'autre, est encore insuffisamment efficace

2.4.1. La protection des lanceurs d'alerte, telle que prévue par les dispositions législatives existantes, repose essentiellement sur l'intervention d'un juge et son étendue varie d'une loi à l'autre

Cette protection repose sur la possibilité offerte au juge de prononcer la nullité d'une série d'actes pris à l'encontre d'un lanceur d'alerte et qui seraient regardés comme des mesures de représailles. La rédaction des dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte s'inspire, à cet égard, des dispositions adoptées par le législateur en matière de discriminations. Elle consiste à dresser une liste de l'ensemble des mesures susceptibles d'être regardées comme des mesures de rétorsion – sanction, licenciement, mesure de discrimination, etc. –, avant de souligner qu'aucune personne ayant témoigné ou relaté de bonne foi des risques ou des faits répréhensibles à son employeur ou aux autorités administratives et judiciaires ne pourra faire l'objet de telles mesures, le juge étant susceptible d'en prononcer la nullité. Un régime de preuve favorable au lanceur d'alerte renforce cette protection : il suffit à ce dernier d'établir des faits permettant de présumer que les mesures dont il a fait l'objet relèvent de mesures de rétorsion, tandis qu'il incombe à la partie défenderesse, c'est-à-dire à l'employeur, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux signalements émis.

Dans son économie générale, cette approche, retenue par le législateur, correspond à celle préconisée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe dans la recommandation intitulée *Protection des lanceurs d'alerte* qu'il adoptée le 30 avril 2014⁹⁴. Le Conseil de l'Europe estime en effet, dans cette recommandation, qu'il « convient d'assurer aux lanceurs d'alerte une protection contre toutes formes de représailles, directes ou indirectes, de la part de leur employeur et de la part de personnes travaillant pour le compte ou agissant au nom de cet employeur » (point 21) ; quant au régime de preuve à adopter, il est recommandé que « dans les procédures juridiques ayant trait à un acte préjudiciable subi par un lanceur d'alerte, et sous réserve que celui-ci donne des motifs raisonnables de penser que l'acte préjudiciable constituait une forme de représailles à la suite de son signalement ou de sa révélation d'informations, il incombe à l'employeur d'établir que telle n'était pas la motivation de l'acte préjudiciable ».

94 *Protection des lanceurs d'alerte*, recommandation CM/Rec(2014)7, Conseil de l'Europe, 30 avril 2014.



Il reste que les dispositions récentes relatives à la protection des lanceurs d'alerte ne retiennent pas toutes un champ identique quant aux actes susceptibles d'être regardés comme des mesures de rétorsion. Ainsi, alors que certaines visent explicitement la rupture du contrat de travail comme l'un des actes dont le juge est susceptible de prononcer la nullité, s'il s'avère qu'elle constitue en l'espèce une mesure de rétorsion (article L. 1161-1 du code du travail ; article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013), cette mention ne figure pas dans l'article L. 5312-4-2 du code de la santé publique, ni dans l'article L. 1132-3-3 du code du travail. Ces différences de rédaction peuvent être porteuses d'insécurité juridique pour les personnes cherchant à se prévaloir de cette protection. En outre certaines rédactions sous-entendent une limitation de la protection aux personnes travaillant de manière permanente dans l'entreprise ou l'administration en cause et une exclusion de celles qui interviennent ponctuellement et qui peuvent pourtant être lanceurs d'alertes : stagiaires, intérimaires par exemple.

2.4.2. Enfin, cette protection s'inscrit exclusivement dans le cadre d'un litige, c'est-à-dire en aval d'éventuelles mesures de représailles, sans mécanismes institués en amont pour prévenir ces représailles

Les dispositions existantes reposent toutes sur l'idée selon laquelle le juge est seul à même de garantir la protection qu'il revient d'accorder aux lanceurs d'alerte ayant de bonne foi signalé des faits répréhensibles ou des risques. L'idée que les lanceurs d'alertes en entreprise pourraient constituer une catégorie particulière de salariés et bénéficier à ce titre d'une protection similaire à celle accordée aux salariés protégés avait été envisagée, mais a finalement été écartée. Si la protection judiciaire est indispensable, elle ne devrait toutefois pas exclure l'intervention, en amont, de structures susceptibles d'empêcher les mesures de représailles.

Plusieurs États se sont, à cet égard, dotés de structures chargées d'apporter leur soutien aux lanceurs d'alerte s'estimant victimes de mesures de représailles. Tel est, en particulier, le cas des Pays-Bas, qui est l'un des premiers États européens à avoir institué explicitement des procédures d'alerte pour les fonctionnaires. En 2006 a ainsi été créée dans ce pays une commission pour la promotion éthique et l'intégrité dans le secteur public, qui conseille les fonctionnaires quant à l'attitude à adopter et aux voies de recours qui leur sont ouvertes. En 2011, le bureau de l'Ombudsman national (médiateur) a quant à lui étendu le champ de ses compétences, afin d'y inclure des interventions auprès de lanceurs d'alerte, après que ceux-ci ont effectué leur signalement et lorsqu'ils se trouvent de ce fait exposés au risque de mesures de représailles. En 2012 enfin, une antenne de conseil et d'information des lanceurs d'alerte (*Adviespunt Klokkeluiders*) a été ouverte, afin d'apporter son soutien aux agents publics comme aux travailleurs du secteur privé désireux d'effectuer des signalements ou s'estimant victimes de mesures de représailles. Il s'agit là d'autant de structures d'accompagnement et de soutien qui n'ont, en l'état, pas d'équivalent en France.



L'amélioration de ces dispositifs suppose l'adoption d'un socle commun reposant sur des procédures graduées et sécurisées, un traitement effectif des alertes et une protection efficace tant pour les lanceurs d'alerte que pour ceux qui en sont la cible

Si les champs de l'alerte sont multiples et appellent des dispositions spécifiques et adaptées, les carences soulignées en deuxième partie rendent souhaitable la définition par la loi d'un socle commun de dispositions applicables à l'alerte éthique. Il faut d'abord que la loi donne une définition du lanceur d'alerte, en précisant que l'alerte éthique, quel que soit son objet, est lancée par une personne qui, confrontée à un risque grave, notamment pour la santé ou l'environnement, ou à des manquements graves à des lois ou règlements, décide librement et en conscience d'y procéder. Cette personne agit dans l'intérêt général, elle ne recherche pas son intérêt ni ne cherche à nuire à autrui.

La présente étude recommande également que la loi précise les principes régissant l'alerte éthique, en particulier son caractère facultatif et sa gratuité, ainsi que ses modalités, notamment la mise en place de canaux gradués et sécurisés à la disposition du lanceur d'alerte. Elle doit également en fixer les limites, en particulier sa conciliation avec le respect des différents secrets pénalement protégés. La loi doit enfin définir les principes de la protection du lanceur d'alerte, en ayant le souci de maintenir l'équilibre entre la nécessaire protection de celui qui lance une alerte dans l'intérêt général et la protection de ceux qui, personnes morales ou personnes physiques, pourraient être l'objet d'une alerte qui s'avèrerait finalement malveillante ou infondée. Ces principes généraux applicables à l'alerte éthique pourraient ensuite être mis en œuvre par des lois sectorielles dans différents domaines ou pour faire face à certains types de risque. À cet égard, des procédures particulières pourraient être envisagées pour les forces armées.

Cette troisième partie s'attache à préciser le contenu de ce socle commun.



Proposition n° 1 : Définir par la loi un socle de dispositions communes applicables à toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquements graves à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer une alerte dans l'intérêt général, et sur lesquelles se fonderait l'harmonisation des dispositifs sectoriels existants relatifs aux lanceurs d'alerte.

Outre la définition du lanceur d'alerte, ce socle commun préciserait :

- les procédures graduées et sécurisées mises à la disposition des lanceurs d'alerte pour émettre un signalement ;
- les modalités de traitement qu'il reviendrait aux destinataires de l'alerte de mettre en œuvre ;
- la protection dont disposeraient les lanceurs d'alerte de bonne foi contre toute mesure de représailles.

Vecteur : loi

3.1. Ce socle commun doit d'abord reposer sur des procédures graduées, sécurisées et largement accessibles et sur une conciliation claire entre le droit d'alerte et les dispositions pénales protégeant le secret

3.1.1. La définition de procédures graduées et sécurisées dont les entreprises et les administrations seraient incitées à se doter est un pré requis indispensable pour mettre pleinement en œuvre les dispositions d'alerte existantes

Les dispositions existantes se bornent, pour la plupart d'entre elles, à indiquer que le signalement dont il est question est effectué soit auprès de l'employeur, soit auprès des autorités administratives et judiciaires, sans autre précision. Cette formulation demeure trop générale et imprécise. Elle n'établit, en particulier, pas de gradation entre les différents canaux susceptibles d'être saisis par les lanceurs d'alerte potentiels lorsqu'ils appartiennent à l'organisme mis en cause, qu'ils soient salariés d'une entreprise ou agents publics, depuis l'alerte auprès du supérieur hiérarchique, qui demeure le premier interlocuteur, jusqu'à la saisine d'une autorité administrative compétente ou de l'autorité judiciaire.

Dans ces conditions, il apparaît nécessaire d'inscrire, au niveau de la loi, le principe d'une gradation des canaux susceptibles d'être saisis par les lanceurs d'alertes appartenant à l'organisme mis en cause. Cette gradation s'inspire des législations relatives aux lanceurs d'alerte les plus abouties, adoptées par le Royaume-Uni ou l'Irlande, ainsi que de la jurisprudence de la Cour européenne des



droits de l'homme. Une telle approche conduit à replacer en première ligne l'alerte auprès de l'un des supérieurs hiérarchiques, ce qui ne veut pas nécessairement dire le supérieur hiérarchique direct. Ceci se justifie par le fait que, dans la plupart des cas, ce sont bien les supérieurs hiérarchiques, directs ou indirects, qui sont en mesure d'apporter à l'alerte une réponse appropriée dans les plus brefs délais. Ce n'est que si une telle alerte n'obtenait aucune réponse dans un délai raisonnable, ou bien s'il elle était dès l'origine impossible, parce que les supérieurs hiérarchiques en question seraient eux-mêmes impliqués dans l'agissement qu'il s'agit de signaler, que pourra, lorsque la taille de l'organisation le permet, être envisagé le recours à un canal interne spécifique. Il pourra s'agir, selon les organisations, d'un dispositif d'alerte professionnelle dédié, ou du recours à une inspection interne, à un déontologue ou à un comité de déontologie. Ce canal interne dédié devra être placé à un niveau décisionnel suffisamment élevé (comité exécutif, direction générale) et ses acteurs devront bénéficier de garanties d'indépendance afin que puissent être prises, le cas échéant, les mesures qui s'imposent pour remédier aux agissements ou risques signalés. Si, et seulement si, un tel recours se heurte à l'absence de réponse apportée dans un délai raisonnable ou s'avère impraticable, un canal externe (autorité administrative, ordre professionnel... ou autorité judiciaire) pourra être alors saisi.

Dans cette perspective, la divulgation au public ne saurait être envisagée qu'en dernier recours, conformément aux principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts *Guja c. Moldova* (n° 14277/04, 12 février 2008) et *Heinisch c. Allemagne* (n° 28274/08, 21 juillet 2011). Dans ce dernier arrêt, la Cour juge, en effet, qu'un « *employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente. Ce n'est que lorsque cela s'avère clairement infaisable que les informations, en dernier ressort, peuvent être portés à la connaissance du public* ».] Afin d'apprécier si une telle divulgation au public relève de la liberté d'expression, au sens de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour prend néanmoins en compte d'autres critères, tels que l'intérêt public que présente l'information divulguée, l'authenticité de celle-ci, le poids respectif du dommage que la divulgation risque de causer à l'organisation visée et de l'intérêt que le public pourrait avoir à obtenir cette divulgation, ou encore la motivation de la personne ayant émis le signalement. La prise en compte de tels critères pourrait, en effet, justifier qu'il soit procédé, le cas échéant, à une divulgation au public autrement qu'en dernier recours.

Le fait de ne pas respecter une telle gradation pourrait, dans tous les cas, être pris en compte par le juge quant au degré de protection à accorder à la personne ayant émis un signalement. Il est à noter qu'une telle position rejoint pleinement la recommandation adoptée par le conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014, selon laquelle : « *le fait que le lanceur d'alerte ait révélé des informations au public sans avoir eu recours au système de signalement interne mis en place par l'employeur peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider des voies de recours ou le niveau de protection à accorder au lanceur d'alerte* » (point 24).



Proposition n° 2 : Instituer, en s’inspirant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et des législations en vigueur au Royaume-Uni et en Irlande, une gradation des canaux susceptibles d’être saisis par les lanceurs d’alerte appartenant à l’organisation mise en cause : canal hiérarchique, canal interne spécifique (déontologue, dispositif d’alerte professionnelle, inspection générale), canaux externes (autorité administrative compétente, ordres professionnels, autorité judiciaire). La divulgation au public ne saurait être envisagée qu’en dernier recours.

Le respect de cette gradation par un lanceur d’alerte appartenant à l’organisation mise en cause serait l’un des critères pris en compte par le juge afin de déterminer le degré de protection à lui accorder.

Vecteur : loi (socle commun).

3.1.2. Les dispositifs d’alerte mis en place par les entreprises et les administrations ont vocation à être largement accessibles, tant aux personnes physiques qu’aux personnes morales

En l’état, la plupart des dispositions relatives aux lanceurs d’alerte, à l’exception de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013, visent exclusivement le salarié ou le fonctionnaire dans l’exercice de ses fonctions. L’alerte et le dispositif de protection qui lui est attaché apparaissent donc comme directement inscrits dans la relation de travail. Ce lien a toutefois pour conséquence d’exclure du champ des dispositifs d’alerte de nombreuses personnes susceptibles d’alerter une entreprise ou une administration sur des risques graves ou des faits répréhensibles.

Pour les entreprises comme les administrations, il est souhaitable d’étendre la possibilité de recourir aux dispositifs internes d’alerte à des personnes qui ont un rapport plus distant à la relation de travail. Parmi ces personnes figurent les collaborateurs occasionnels que sont les stagiaires qui, dans l’exercice de leurs fonctions, peuvent, à l’instar de salariés ou de fonctionnaires, avoir connaissance de risques ou de faits répréhensibles. Figurent également les collaborateurs extérieurs (consultants, sous-traitants, intérimaires) qui, bien qu’employés par une autre entité que celle auprès ou pour le compte de laquelle ils exercent leurs fonctions, disposent d’une connaissance approfondie du fonctionnement de cette dernière. Or il n’est, à ce jour, pas clairement établi que ces personnes peuvent avoir recours aux dispositifs d’alerte professionnelle mis en place au sein d’entreprises ou d’administrations où ils effectuent leurs prestations. Il est, par conséquent, proposé que les dispositifs internes d’alerte professionnelle soient accessibles à de telles personnes, ce qui implique de définir des règles claires en ce sens et ce qui rend nécessaires de la part des organisations concernées des actions de communication adaptées en direction de ces personnes. Cette orientation impose également que des mesures de protection soient prévues pour de telles personnes, qui se situent hors de la relation de travail *stricto sensu* (V. *infra*), mais qui peuvent faire l’objet de mesures de repréailles prises tant par le donneur d’ordres que par l’entité qui est, juridiquement, leur employeur. Elles seraient, en contrepartie, astreintes à respecter l’approche graduée qui est proposée et à ne pas procéder directement à une divulgation au public.

Proposition n° 3 : Rendre les dispositifs d’alerte mis en place dans les entreprises et les administrations accessibles aux collaborateurs extérieurs et occasionnels exerçant leurs fonctions au sein ou pour le compte de ces organisations.

Vecteur : actes réglementaires s’agissant des administrations de l’État et des établissements de santé, loi s’agissant des collectivités territoriales et des entreprises.

De même, des personnes extérieures aux organisations, qu’il s’agisse de personnes physiques ou morales, devraient avoir accès à ces dispositifs internes d’alerte selon des modalités adaptées. On a vu que la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l’indépendance de l’expertise en matière de santé et d’environnement et à la protection des lanceurs d’alerte est aujourd’hui la seule à prévoir explicitement, à son article 1^{er}, l’alerte émise par « *toute personne physique ou morale* ». Cette disposition est, en l’occurrence, particulièrement justifiée, dès lors qu’elle a trait aux faits, données ou actions qui paraissent « *faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l’environnement* ». Il n’en demeure pas moins que des personnes extérieures à une entreprise ou à une administration sont susceptibles d’avoir connaissance de risques graves ou de faits répréhensibles dans des domaines qui excèdent le seul champ sanitaire et environnemental. En matière de corruption, de conflit d’intérêts ou encore de discrimination, il ne peut être exclu que des personnes extérieures à une organisation soient à même d’alerter celle-ci sur des risques graves, voire sur des faits répréhensibles commis en son sein. En outre, ces dispositions de la loi du 16 avril 2013 ont uniquement trait à la divulgation au public de telles informations ; elles n’envisagent pas la possibilité pour ces personnes extérieures de s’adresser à l’organisation à l’origine des risques ou des faits répréhensibles qu’il s’agit de faire cesser. Or, il est éminemment souhaitable que les lanceurs d’alerte externes puissent s’adresser en premier à l’organisation en cause, avant de procéder à une divulgation au public.

S’agissant des personnes morales, elles peuvent être conduites à jouer un rôle particulièrement utile de filtre. A titre d’exemple, l’intervention des associations est ainsi prévue en matière de prévention des conflits d’intérêts par l’article 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Cet article dispose qu’aucune personne ne pourra faire l’objet de mesures de représailles pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, des faits relatifs à une situation de conflit d’intérêts auprès d’une association de lutte contre la corruption agréée. A ce jour, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) a ainsi agréé trois associations – *Transparency International*, *Sherpa*, *Démocratie directe* – susceptibles d’être saisies par des lanceurs d’alerte potentiels. Ces associations peuvent désormais être saisies par des lanceurs d’alerte dont elles pourront utilement relayer le signalement auprès des autorités compétentes, qu’elles identifient plus aisément que ne pourrait le faire une personne qui disposerait d’une moindre connaissance des procédures. La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 attribue également un rôle de filtre et de relais aux associations, en disposant, dans son article 4, que la Commission nationale de la déontologie et des



alertes en matière de santé publique et d'environnement peut être saisie par des associations de défense des consommateurs (2°), des associations de protection de l'environnement (3°) ou des associations ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades (4°). Ce rôle de relais gagnerait à être étendu à d'autres champs dans lesquels ont été mis en place des dispositifs d'alerte.

Les lanceurs d'alertes extérieurs à l'organisation devraient ainsi avoir accès à un éventail de canaux gradués, ce qui doit permettre un traitement plus rapide de leur alerte et qui pourrait également être bénéfique pour l'organisation mise en cause, laquelle pourrait sans délai corriger ses dysfonctionnements. La prise de contact préalable avec le dispositif d'alerte interne de l'organisation mise en cause devrait pouvoir être prise en compte par le juge afin de déterminer le degré de protection à accorder au lanceur d'alerte extérieur à cette organisation.

Proposition n° 4 : Rendre les dispositifs d'alerte mis en place dans les entreprises et les administrations accessibles, selon des modalités adaptées, aux personnes physiques et morales extérieures, sans que ce recours ne soit obligatoire.

Vecteur : loi et actions de communication

Les dispositifs de recueil et de traitement de l'alerte doivent garantir une stricte confidentialité : les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne doivent pouvoir être dévoilés qu'avec son consentement ; les éléments de nature à identifier celui qui est la cible de l'alerte ne doivent pouvoir être révélés qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte.

L'absence de confidentialité dissuade en effet les personnes souhaitant émettre un signalement sur des risques ou des faits répréhensibles dont elles auraient connaissance.

La confidentialité est également le gage que les informations signalées puissent être recoupées, avant d'être portées à la connaissance du public. Un tel recoupement est non seulement nécessaire pour évaluer le bien-fondé d'une alerte avant d'y donner suite, mais aussi pour éviter que la divulgation d'informations erronées porte, de manière injustifiée, un préjudice moral, parfois très grave, à la personne ou à l'organisation visée, comme cela a pu être le cas dans le passé.

Ces préoccupations rejoignent pleinement celles exprimées, dès 2005, par la Commission nationale informatique et libertés s'agissant des dispositifs d'alerte professionnelle. L'autorisation unique n° AU-004⁹⁵ adoptée par cette institution prévoit ainsi, dans son article 2, que l'identité de l'émetteur de l'alerte professionnelle « est traitée de façon confidentielle par l'organisation chargée de la gestion des alertes », tandis que « les personnes chargées du recueil et du traitement des alertes professionnelles sont en nombre limité, spécialement formées et astreintes à une obligation renforcée de confidentialité contractuellement définie » (article 4).

95 CNIL, autorisation unique n° AU-004 – délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

Là encore, le principe du caractère confidentiel de la procédure, qui concerne tant le lanceur d'alerte que celui qui en est la cible, devrait être énoncé dans la loi, afin de pouvoir être ensuite mis en œuvre dans l'ensemble des organisations conduites à se doter de dispositifs de recueil et de traitement de l'alerte.

Proposition n° 5 : Instaurer et garantir la stricte confidentialité de l'identité des auteurs de l'alerte ainsi que, avant que le bien-fondé de l'alerte soit confirmé, des personnes qu'elle vise et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires, internes et externes, de l'alerte.

Vecteur : loi (socle commun).

Si la diffusion la plus large de tels dispositifs sécurisés est souhaitable, il n'apparaît cependant ni opportun ni réaliste d'imposer à l'ensemble des employeurs de s'en doter.

Comme il a été dit ci-dessus (2.1.2), les dispositifs internes d'alerte confidentiels et sécurisés sont encore peu répandus dans les petites et moyennes entreprises, qui apparaissent insuffisamment outillées et pour lesquelles ce n'est pas une priorité dans un contexte économique difficile. Pour ces dernières, l'institution d'une obligation de se doter d'un dispositif d'alerte interne apparaîtrait ainsi en très net décalage avec les ressources dont elles disposent.

Dès lors, une approche différenciée selon les acteurs concernés est souhaitable.

S'agissant des grandes entreprises, l'enjeu consiste à consolider et à faire connaître les dispositifs d'ores et déjà mis en place du fait de législations étrangères à portée extraterritoriale. Dans un contexte de diffusion de codes de bonne conduite et de chartes d'éthique, nombre de ces entreprises se sont dotées de dispositifs d'alerte professionnelle sous la forme de hotlines téléphoniques ou de plateformes numériques auprès desquelles peuvent être effectués des signalements de manière confidentielle. Dans la plupart des cas, ces dispositifs existent désormais depuis près de dix ans et des bonnes pratiques peuvent être identifiées, qu'il s'agisse du fonctionnement des hotlines ou des plateformes, des modalités permettant d'assurer la confidentialité, du juste positionnement en interne du dispositif, des suites données aux signalements ou encore des actions de communication efficaces pour faire connaître ces dispositifs auprès des personnes susceptibles d'y recourir. A cet égard, les pouvoirs publics devraient encourager l'élaboration de guides de bonnes pratiques, qui s'inspireraient également des recommandations pratiques de la CNIL, ainsi que la conduite d'actions de communication afin de prolonger ce mouvement et d'accroître l'effectivité des dispositifs en cause. De telles initiatives pourraient d'ailleurs être étendues aux entreprises de taille intermédiaire (jusqu'à 5000 salariés) qui, si elles sont moins avancées en ce domaine que les grandes entreprises, disposent pour beaucoup d'entre elles des ressources nécessaires.

S'agissant des très petites, petites et moyennes entreprises, l'enjeu consiste à identifier des interlocuteurs de proximité susceptibles d'être saisis en interne préalablement à la saisine des autorités administratives et judiciaires. Les



auditions auxquelles il a été procédé dans le cadre de cette étude ont clairement démontré l'impossibilité pratique pour la plupart de ces entreprises, faute de ressources humaines et financières suffisantes, de se doter de dispositifs internes d'alerte professionnelle comparables à ceux mis en place par les grandes entreprises. Il est, par conséquent, souhaitable de s'appuyer, autant que possible, sur les interlocuteurs de proximité existants. Ces interlocuteurs sont, en premier lieu, les responsables hiérarchiques, qui ont tout intérêt à être destinataires d'alertes relatives à des faits répréhensibles ou à des risques associés à leur entreprise. Ces interlocuteurs sont ensuite, lorsqu'elles existent, les institutions représentatives du personnel, qui sont, là encore, des interlocuteurs habituels de l'alerte, dans la mesure où elles peuvent la relayer au niveau adéquat et s'assurer que des suites appropriées lui sont données. Dans les deux cas, l'enjeu n'est pas de créer de nouvelles structures, mais de sensibiliser ces entreprises à l'intérêt qu'elles peuvent avoir à traiter des alertes fondées et de sensibiliser ces interlocuteurs de proximité à leur rôle de récepteur d'alertes.

S'agissant des administrations de l'État, des établissements de santé et des grandes collectivités territoriales, il faut, pour ces structures garantes de l'intérêt général et disposant de ressources importantes, prévoir une obligation de se doter de dispositifs d'alerte internes spécifiques. La mise en œuvre de tels dispositifs en leur sein est encore aujourd'hui embryonnaire et l'écart avec certaines administrations étrangères ou les grandes entreprises est, à cet égard, flagrant. Une évolution est certes en marche et les travaux menés dans le cadre de l'étude ont permis de montrer que certaines administrations s'étaient dotées de dispositifs de recueil des alertes en matière de discriminations, tandis que d'autres avaient élargi le rôle de leur inspection générale ou de leurs instances de contrôle. Prévue par le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, la mise en place dans chaque ministère de référents déontologues, susceptibles d'être saisis de crimes, de délits et de situations de conflits d'intérêt, sera un progrès notable. Ces différentes voies ne sont toutefois pas suffisantes. Dans le même temps, elles montrent qu'une obligation de se doter d'un dispositif unique – identique pour chaque administration – apparaît peu réaliste. L'obligation en cause consisterait donc à ce que chaque administration identifie en son sein un référent de l'alerte, qui pourra être, le cas échéant, un organe (inspection générale ou contrôle général, comité d'éthique, comité de déontologie) ou une personne (référent déontologue, dont les missions seraient élargies). Cet organe ou cette personne devra disposer d'une autonomie suffisante et de garanties d'indépendance tout en étant placé à un niveau suffisamment élevé de la hiérarchie pour être en mesure de donner suite aux alertes fondées dont il serait saisi. Les alertes dont il est question pourraient alors relever de chacun des champs pour lesquels le législateur a prévu des protections spécifiques (discriminations, harcèlement, corruption, crimes et délits, conflits d'intérêt, risques graves pour la santé publique et l'environnement).

Dans les petites collectivités territoriales, l'enjeu consiste davantage à identifier en interne les bons interlocuteurs, sans créer de dispositifs nouveaux. Là encore, ce sont les responsables hiérarchiques qui ont vocation à œuvrer en première ligne, ainsi que, lorsqu'elles existent, les institutions représentatives du personnel.



Dans l'hypothèse où la hiérarchie serait elle-même en cause, l'alerte ne pourrait alors être, dans de telles collectivités, qu'externe et aurait naturellement vocation à être adressée en premier lieu aux services préfectoraux, chargés du contrôle de légalité.

Dans tous les cas, il reviendra à l'ensemble de ces organisations de faire vivre ces dispositifs internes, en les faisant connaître et en s'assurant de leur efficacité.

Ceci suppose de communiquer sur ces dispositifs auprès de ceux qui sont susceptibles d'y recourir. Ceci suppose également de dissuader les responsables qui, au sein d'une organisation, s'opposeraient à leur bon fonctionnement, en rappelant notamment que celui qui ne donne pas suite à une alerte ou qui l'entrave délibérément est susceptible de faire l'objet de sanctions disciplinaires et, le cas échéant, de voir sa responsabilité pénale engagée (par exemple pour mise en danger de la vie d'autrui). Ceci suppose enfin d'évaluer périodiquement l'efficacité des dispositifs mis en place et de rendre compte de cette évaluation par des outils appropriés comme le bilan social lorsqu'il existe ou des dispositifs comparables.

Proposition n° 6 :

I. Instituer l'obligation de désigner des personnes chargées de recueillir l'alerte interne et, le cas échéant, externe, dans l'ensemble des administrations de l'État, des établissements de santé et des grandes collectivités territoriales. Ces destinataires de l'alerte pourraient, selon les cas, être une inspection générale, un comité d'éthique ou de déontologie ou un référent déontologue. Ils devront, en tout état de cause, disposer d'une autonomie suffisante et être placés à un niveau élevé de la hiérarchie.

Vecteur : actes réglementaires s'agissant des administrations de l'État et des établissements de santé, loi s'agissant des collectivités territoriales.

II. Encourager la diffusion de dispositifs d'alerte internes spécifiques dans les entreprises en retenant une approche différenciée consistant :

- dans les grandes entreprises, à consolider, en les adossant aux structures existantes, par exemple les directions de la conformité ou les déontologues, et à faire connaître les dispositifs d'ores et déjà mis en place ;

- dans les petites et moyennes entreprises, à sensibiliser les interlocuteurs habituels de l'alerte que sont les responsables hiérarchiques et les institutions représentatives du personnel, lorsqu'elles existent.

Vecteur : droit souple (guides de bonnes pratiques).

Il reste que l'exercice du droit d'alerte par chacune de ces personnes doit demeurer une faculté et ne constituer une obligation que dans les cas limitativement énumérés par des dispositions législatives existantes.

Trois types de dispositions font actuellement d'un signalement auprès de l'autorité compétente une obligation. Il s'agit, en premier lieu, et concernant les seuls agents publics, des dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale, ce qui tient à la nature – délictuelle ou criminelle – des faits à l'origine des signalements en cause.



Il s'agit ensuite, pour tous les travailleurs, des dispositions relatives à l'exercice du droit d'alerte et de retrait en matière de santé et de sécurité au travail. Il s'agit, enfin, des dispositions du code pénal relatives à la prévention des crimes, à la maltraitance des personnes vulnérables et à l'assistance aux personnes en danger.

Au-delà de ces trois hypothèses, il n'apparaît pas souhaitable de faire du droit d'alerte une obligation. Ce caractère facultatif de l'exercice du droit d'alerte a ainsi été explicitement souligné par la CNIL dans l'autorisation unique n° AU-004 issue de sa délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005. Il ne figure en revanche pas dans les dispositions récemment adoptées par le législateur, dont l'objet a trait aux protections à accorder aux lanceurs d'alerte. Il mériterait, à cet égard, de figurer dans le socle commun législatif. Une solution inverse, consistant à faire de l'alerte une obligation, n'apparaît en effet ni opportune ni réaliste. En opportunité, une telle voie pourrait favoriser un foisonnement d'alertes qui se révéleraient abusives ; et d'un point de vue pragmatique, il apparaît très difficile de prévoir le contrôle auquel donnerait lieu, de la part du juge, le non-respect d'une telle obligation.

Proposition n° 7 : Conserver à l'alerte son caractère de faculté et non d'obligation, à la différence de ce qui est d'ores et déjà prévu par la loi pour des dispositifs de signalement spécifiques (article 40 du code de procédure pénale pour le signalement des crimes et délits, droit d'alerte et de retrait en matière de santé et de sécurité au travail, article 434-1 du code pénal s'agissant de l'information des autorités judiciaires ou administratives d'un crime dont une personne a connaissance et dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets ; article 434-3 du code pénal s'agissant de la maltraitance d'enfants ou de personnes vulnérables ; articles 223-6 et 223-7 du code pénal s'agissant de l'omission de porter secours.)

Vecteur : loi (socle commun).

3.1.3. L'articulation entre les dispositifs d'alerte et les dispositions pénales protégeant le secret doit être clarifiée

En l'état, et à la notable exception de la loi sur le renseignement, les différents textes relatifs à l'alerte n'abordent pas la question de l'articulation entre la protection qu'ils instaurent pour le lanceur d'alerte et la protection de certains secrets prévue par les dispositions du code pénal. Or il ne peut y avoir de protection efficace du lanceur d'alerte si celui-ci peut être à tout moment confronté au respect de l'ensemble des secrets pénalement protégés.

Procéder à la conciliation entre le respect des secrets et la protection du lanceur d'alerte suppose de réaliser des arbitrages délicats, dans la mesure où la protection prévue par le code pénal envers plusieurs types de secrets (secret médical, secret professionnel, secret de la défense nationale...) peut relever d'impératifs conventionnels ou constitutionnels. En outre, tous les secrets n'ont pas la même intensité et certains (secret médical, secret de la défense nationale...) sont plus éminents que d'autres.



Par ailleurs, la jurisprudence ayant fait dans certains cas prévaloir le respect du secret sur d'autres impératifs, comme par exemple l'obligation de témoigner en justice, la question ne concerne pas seulement, loin s'en faut, la divulgation à la presse. On ne peut exclure qu'un lanceur d'alerte puisse être poursuivi et condamné pour violation du secret, alors même qu'il se serait borné à utiliser les canaux internes dont la présente étude recommande la mise en place ou qu'il aurait dénoncé des faits à la justice dans le cadre de l'article 40 du code de procédure pénale.

Le conflit entre le respect des secrets protégés par la loi et les droits et garanties du lanceur d'alerte pourrait être atténué par la mise en place, au titre de l'alerte interne, de destinataires habilités à partager certains secrets.

En tous cas, pour déroger aux secrets pénalement protégés, les dispositions générales sur la protection du lanceur d'alerte ne suffisent pas, on ne peut y procéder que par des dispositions législatives expresses énonçant chacun des secrets qu'elles entendent lever. Des dispositions écartant la répression de la violation de secrets pénalement protégés sont au demeurant déjà intervenues, pour les lanceurs d'alertes dans le domaine du renseignement, déjà cité, ou encore pour certains professionnels, de santé notamment, lorsqu'était en cause la protection de l'intégrité d'enfants ou de personnes vulnérables.

Il revient au législateur de déterminer dans les autres législations sectorielles les conditions dans lesquelles il est possible de déroger à certains secrets pénalement protégés pour lancer une alerte et d'opérer ainsi la conciliation, au cas par cas et selon les secrets en cause, entre la possibilité de lancer une alerte sur certains faits et la nécessité de protéger le caractère secret de ces faits. L'adoption de dispositions expresses est d'autant plus nécessaire dans les cas où la prééminence du secret pourrait être une entrave réelle au fonctionnement des dispositifs de signalement, en interne, et auprès des autorités administratives et judiciaires.

Parmi les pistes envisageables, pourrait être retenue l'idée d'une dérogation plus aisée au secret dans le cadre des canaux d'alerte interne. S'agissant de la saisine de l'autorité judiciaire, il paraît nécessaire que le législateur s'empare de cette question aux fins de permettre, en fonction de la nature et du régime de chaque secret protégé par la loi, des dérogations et, le cas échéant, des procédures adaptées, de nature à sécuriser la démarche du lanceur d'alerte et à la protéger contre d'éventuelles sanctions pénales punissant la violation des secrets protégés.

Dans tous les cas c'est au juge qu'il reviendra in fine d'apprécier s'il y a eu violation du secret pénalement sanctionné.

Proposition n° 8 : Préciser les modalités de la conciliation à opérer entre les dispositions relatives au droit d'alerte et chacun des secrets pénalement protégés, en déterminant les conditions dans lesquelles il est possible d'y déroger pour lancer une alerte.

Vecteur : lois sectorielles.



3.2. Plutôt que la création d'une autorité centrale, un traitement effectif des alertes fondées appelle un portail unique chargé, le cas échéant, de les rediriger vers les autorités compétentes et d'inciter ces dernières à informer les lanceurs d'alerte des suites données

3.2.1. La création d'une autorité centrale en charge du traitement de l'alerte n'apparaît pas nécessaire, ni même souhaitable

La création d'une autorité centrale chargée du traitement de toutes les alertes émises une fois épuisés les recours aux dispositifs d'alerte internes n'apparaît pas souhaitable, car outre le coût inhérent à ce type de structure, cette autorité ne pourrait pas disposer des compétences nécessaires à un traitement efficace. Les dispositions relatives aux lanceurs d'alerte concernent, en effet, des champs fort différents, qu'il s'agisse de la corruption, des discriminations, des conflits d'intérêts ou des risques graves pour la santé publique et l'environnement. Dans chacun de ces champs, le traitement d'une alerte appelle des compétences techniques approfondies pour arrêter des mesures adéquates. En matière sanitaire, l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail dispose de professionnels de haut niveau et de laboratoires permettant le traitement des alertes dans les domaines de l'alimentation, de l'environnement, de la santé, du travail ou de la consommation. Ces ressources sont fort éloignées de celles dont doit disposer la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique afin d'identifier des situations de conflits d'intérêts, ou encore de celles dont dispose le Service central de prévention de la corruption en matière d'identification de pratiques de corruption. Dupliquer les structures spécialisées existantes n'aurait pas de sens, et le rassemblement au sein d'une autorité unique de l'ensemble des ressources à même de traiter les alertes émises dans ces différents champs ne paraît pas utile, ni même sérieusement envisageable. C'est pourquoi la présente étude ne recommande pas une telle création.

3.2.2. Il apparaît, en revanche, souhaitable de mettre en place une instance chargée de rediriger, de manière résiduelle, les alertes émises par des personnes ne sachant pas à quelle autorité s'adresser

Une fois épuisés les recours aux dispositifs d'alerte internes, la principale difficulté à laquelle peuvent se trouver confrontés les lanceurs d'alerte tient à l'identification des autorités compétentes pour recevoir et traiter l'alerte. Selon le champ concerné – discriminations, corruption, crimes et délits, conflits d'intérêts, santé publique et environnement – ces autorités ne sont en effet pas les mêmes. Hormis les cas où l'autorité judiciaire doit être directement saisie, par exemple s'agissant

de crimes et délits, les autorités compétentes sont des autorités administratives (agences, autorités administratives indépendantes, services déconcentrés de l'État) que les lanceurs d'alerte potentiels peuvent avoir du mal à identifier. Au regard des champs couverts par les dispositions existantes relatives à la protection des lanceurs d'alerte, peuvent ainsi être citées, à titre d'exemples et de manière non exhaustive, les autorités administratives suivantes qui, par certaines de leurs attributions, pourraient être de bons interlocuteurs :

- Corruption : Service central de prévention de la corruption (SCPC) ;
- Conflits d'intérêts : Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) ;
- Discriminations et harcèlement : Défenseur des droits, directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) ;
- Environnement : Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES), directions régionales de l'environnement, de l'aménagement et du logement (DREAL), Autorité de sûreté nucléaire (ASN) ;
- Santé publique : Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES), Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), Institut national de veille sanitaire (InVS), Agence de la biomédecine, Institut national du cancer, Institut de radioprotection et de sûreté nucléaire (IRSN) ; Autorité de sûreté nucléaire (ASN) ; Agence française de lutte contre le dopage (AFLD).

Si ces institutions disposent toutes de sites internet et sont faciles à identifier pour toute personne familière du secteur, tel n'est pas toujours le cas des lanceurs d'alerte et la mise en place d'un portail unique de l'alerte est donc souhaitable.

Le rôle d'un tel portail serait résiduel, dans la mesure où il ne serait pas un point de passage obligé pour les personnes sachant à quelles autorités administratives s'adresser et qui sont les auteurs de la majorité des signalements : celles-ci continueraient de les saisir directement. L'enjeu serait uniquement de rediriger les alertes émises par des personnes ne sachant à qui s'adresser. Un tel portail aurait alors un rôle de redirection. Il ne serait pas non plus un filtre, car trier les alertes dont il serait saisi supposerait qu'il soit en mesure d'en assurer un traitement, ce qui, on l'a vu, apparaît peu réaliste au vu de la diversité des champs de l'alerte. Avant leur redirection, le portail devrait procéder à un enregistrement des alertes qui lui seraient adressées, afin que les lanceurs d'alerte y ayant eu recours puissent, le cas échéant, constater l'absence de réaction dans un délai raisonnable et en tirer toutes les conséquences.

Des préoccupations de cette nature avaient d'ailleurs conduit le législateur à instituer, dans le cadre de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013, une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Aux termes du 4° de l'article 2 de cette loi, cette commission a,



en effet, pour mission de « [transmettre] les alertes dont elle est saisie aux ministres compétents, qui informent la commission de la suite qu'il réservent aux alertes transmises et des éventuelles saisines des agences sanitaires et environnementales placées sous leur autorité résultant de ces alertes ». Faut-il pour cette commission d'avoir été installée, ces dispositions n'ont pas encore été mises en œuvre. Toutefois, la mise en place du portail unique de l'alerte pourrait être confiée à cette Commission nationale de la déontologie et des alertes, ce qui nécessiterait d'étendre ses compétences au-delà du seul champ sanitaire et environnemental et de modifier sa composition, qui reflète ses compétences actuelles en matière sanitaire et environnementale.

Dans tous les cas, il apparaîtrait souhaitable qu'un tel portail fasse l'objet d'une évaluation périodique, afin de s'assurer de son efficacité.

Proposition n° 9 : Mettre en place un portail chargé, le cas échéant, de transmettre aux autorités compétentes les alertes émises par des personnes ne sachant pas à quelles autorités s'adresser, en élargissant la compétence de la Commission nationale de la déontologie et des alertes instituée par la loi du 16 avril 2013 au-delà du seul champ sanitaire et environnemental, plutôt qu'en créant une autorité unique en charge du traitement de l'alerte.

Vecteur : loi (socle commun).

3.2.3. Il convient enfin d'inciter, et le cas échéant d'obliger, les responsables et autorités saisis à informer les lanceurs d'alerte, ainsi que les personnes visées, des suites données aux signalements dont ils sont destinataires

En l'absence d'une telle information de la part des autorités saisis, le droit d'alerte se vide de sa substance. Ce point a été abondamment souligné au cours des auditions menées dans le cadre de l'étude : une alerte qui ne donne lieu à aucune forme de réponse alimente une forme de défiance envers l'autorité ou le responsable saisi. Or cette absence de réponse demeure la règle dans de trop nombreux cas : 40% des personnes consultées lors d'un sondage récent ont ainsi déclaré que, confrontées à des faits de corruption sur leur lieu de travail, elles garderaient le silence car elles auraient le sentiment qu'aucune suite ne serait donnée à leur signalement⁹⁶. Moins qu'une règle de procédure supplémentaire qui pèserait sur des administrations surchargées dont les moyens se réduisent, il s'agit en fait du premier acte de traitement de l'alerte.

Aussi apparaît-il nécessaire de promouvoir l'obligation pour l'autorité saisie d'accuser réception de l'alerte, puis de tenir informé le lanceur d'alerte des suites éventuellement données à son signalement. La pratique consistant à délivrer un accusé de réception, sous forme électronique, s'est généralisée dans l'administration depuis l'adoption du code des relations entre le public et l'administration, dont l'article L. 112-11 dispose désormais que « *tout envoi à une administration par voie*

⁹⁶ *Lanceurs d'alerte : quelle perception de la part des salariés ?*, Harris Interactive, novembre 2015.

électronique ainsi que tout paiement opéré dans le cadre d'un téléservice (...) fait l'objet d'un accusé de réception électronique et, lorsque celui-ci n'est pas instantané, d'un accusé d'enregistrement électronique ». Elle pourrait être étendue au-delà des seules administrations auxquelles ces dispositions s'appliquent. Il pourrait être de même de l'information apportée, dans un second temps, sur les suites données au signalement. Ce devoir d'information ne concerne pas uniquement le lanceur d'alerte, mais également celui qui est mis en cause : l'information de ce dernier par l'autorité ou le responsable saisi est tout aussi indispensable en vue de la conduite d'une procédure contradictoire permettant d'établir le bien-fondé de l'alerte, sous réserve des cas et des étapes de la procédure où cette information peut faciliter la destruction de preuves.

Ce devoir d'information du lanceur d'alerte et du mis en cause devrait concerner en premier lieu les supérieurs hiérarchiques. Un tel devoir relève, en réalité, d'un mode normal de management : saisi d'une alerte relative à un risque grave ou à des faits répréhensibles, un manager ne saurait, dans une entreprise comme dans une administration, se borner à opposer le silence. Ce silence serait d'ailleurs d'autant plus préjudiciable à l'organisme qu'en l'absence de réponse apportée dans un délai raisonnable, un lanceur d'alerte appartenant à cet organisme pourrait, conformément à l'approche graduée décrite plus haut, légitimement recourir à un canal de signalement externe, qu'il s'agisse d'une autorité administrative ou de l'autorité judiciaire, tout en conservant le bénéfice d'une entière protection contre les mesures de rétorsion.

Proposition n° 10 :

I. Instituer, dans les administrations de l'État, les établissements de santé et les grandes collectivités territoriales, l'obligation pour le responsable saisi d'accuser réception de l'alerte, puis de tenir informé le lanceur d'alerte des suites données à sa démarche.

Vecteur : actes réglementaires s'agissant des administrations de l'État et des établissements de santé, loi s'agissant des collectivités territoriales.

II. Promouvoir, dans les entreprises, la bonne pratique consistant, pour le responsable saisi, à accuser réception de l'alerte, puis à tenir informé le lanceur d'alerte des suites données à sa démarche.

Vecteur : droit souple (guides de bonnes pratiques).

Proposition n° 11 : Prévoir des modalités appropriées pour l'information de la personne mise en cause par une alerte et définir les cas dans lesquels cette information n'est pas souhaitable, en particulier pour éviter la destruction de preuves.

Vecteur : droit souple (instructions pour les administrations, guides de bonnes pratiques pour les entreprises).



3.3. Une protection efficace des lanceurs d’alerte de bonne foi appelle une harmonisation et un renforcement des dispositions existantes et la mise en place de structures adaptées, au-delà du rôle d’ores et déjà exercé par les juges judiciaires et administratifs

3.3.1. Harmoniser et compléter les dispositions existantes afin de consolider la protection accordée aux lanceurs d’alerte interne

En l’état, les dispositions législatives existantes relatives à la protection des lanceurs d’alerte présentent entre elles des différences notables. Toutes reposent sur une rédaction directement ou indirectement inspirée des dispositions applicables en matière de discrimination. Cette rédaction consiste à énumérer les actes dont la nullité est de plein droit s’il s’avère qu’ils ont été pris en représailles par l’employeur. Selon les champs concernés par ces dispositions, les listes en question diffèrent toutefois. Alors que certaines visent explicitement le licenciement, d’autres ne le font pas, alors même qu’une décision de licenciement peut sans aucun doute constituer une mesure de représailles prise par un employeur à raison des signalements effectués par l’un des salariés placés sous sa direction. Aussi serait-il opportun d’harmoniser les dispositions existantes en retenant une formulation à la fois plus ramassée et plus englobante, qui viserait les mesures de représailles susceptibles d’être prises par l’employeur à l’encontre d’un lanceur d’alerte placé sous sa direction, tout en donnant des exemples parmi lesquels figureraient notamment les sanctions disciplinaires, le licenciement, la révocation et, le cas échéant, le non-renouvellement d’un contrat. Une telle rédaction aurait pour effet de couvrir un champ large, tout en renvoyant au juge le soin d’apprécier, dans chaque cas d’espèce, si les mesures défavorables prises par l’employeur constituent des mesures de représailles prohibées. Dans l’affirmative, le juge pourra non seulement prononcer la nullité de ces mesures, mais également accorder des dommages et intérêts au lanceur d’alerte qui en serait victime.

Proposition n° 12 :

I. Affirmer dans la loi le principe selon lequel toute mesure de représailles prise par l’employeur à l’encontre d’un lanceur d’alerte de bonne foi est frappée de nullité ; dresser une liste indicative la plus complète possible de ces mesures et renvoyer au juge le soin d’apprécier, dans chaque cas d’espèce, si les mesures litigieuses entrent dans ces prévisions.

Vecteur : loi (socle commun).

II. Harmoniser les dispositions législatives sectorielles relatives à la protection des lanceurs d’alerte en conséquence de ce principe.

Vecteur : lois sectorielles.

Au-delà de leur harmonisation, ces dispositions, qui visent exclusivement les lanceurs d'alerte internes, pourraient être renforcées. En ce qui concerne les agents publics, pourrait par exemple être prévue la possibilité pour le juge administratif d'enjoindre la réintégration de l'agent victime d'une mesure de représailles ayant conduit à son éviction.

Le renouvellement du contrat ou la réintégration de celui qui a émis une alerte fondée avant de faire l'objet d'une mesure de représailles, reconnue comme telle par un juge, apparaît comme une conséquence logique si cette mesure de représailles consistait en un licenciement, un non-renouvellement de contrat ou une révocation. Pour autant, une telle voie apparaît difficilement praticable dans des organisations ne disposant pas d'une taille suffisante pour offrir à l'intéressé un emploi dans un service au sein duquel il ne subirait plus de représailles. Dans les entreprises de petite taille, une telle réintégration est peu réaliste : dans la plupart des cas, celui qui a émis une alerte fondée avant de subir des mesures de représailles se trouve mis au ban d'une communauté de travail dans laquelle son retour, qu'il ne souhaite pas forcément, apparaît en pratique difficilement envisageable. Il en va toutefois différemment au sein des collectivités publiques qui, garantes de l'intérêt général, disposent en outre d'une taille suffisante pour proposer à l'intéressé une réaffectation dans des conditions acceptables, le cas échéant dans un service différent de celui dans lequel il exerçait ses fonctions.

En l'état actuel du droit commun de la fonction publique, l'annulation par le juge administratif d'une décision d'éviction d'un fonctionnaire titulaire, dont il serait établi qu'elle constituait une mesure de représailles, implique la réintégration juridique de l'agent, ainsi que sa réintégration effective dans un emploi comparable voire, dans certains cas, dans l'emploi même qu'il occupait⁹⁷. Il en va de même en cas d'annulation par le juge administratif d'une décision de licenciement d'un agent titulaire d'un contrat à durée indéterminée. Tel n'est en revanche pas le cas s'agissant des titulaires d'un contrat à durée déterminée. Deux solutions doivent alors être distinguées. L'annulation par le juge administratif du licenciement d'un tel agent implique sa réintégration juridique rétroactive ; la réintégration effective ne s'impose toutefois à l'administration que dans l'hypothèse où, à la date de la décision juridictionnelle, la date normale d'expiration du contrat n'est pas encore atteinte, ce qui n'arrive que très rarement. Quant à l'annulation par le juge administratif d'une décision de non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée, elle n'implique pas nécessairement, au sens des articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative, le renouvellement du contrat, mais seulement un réexamen de la situation de l'agent⁹⁸. Dans ce second cas, l'annulation ne se traduit donc pas forcément non plus par le retour effectif de l'agent dans son emploi ou dans un emploi comparable.

En conséquence, il conviendrait de compléter le pouvoir d'injonction du juge administratif de sorte que l'annulation de l'éviction d'un agent public, lorsqu'il serait établi qu'elle constitue une mesure de représailles, implique, dans tous les cas, sa réintégration effective ou le renouvellement de son contrat.

97 V. CE, Sect., 16 octobre 1959, *Guille*, p. 516 ; CE, 27 avril 2012, n° 327732.

98 V. par ex. CE, 25 mai 2007, n° 279648.



Proposition n° 13 : Compléter le pouvoir d'injonction du juge administratif en prévoyant explicitement, dans les dispositions législatives applicables au secteur public, qu'il pourra enjoindre à l'administration de réintégrer effectivement l'agent public dont le licenciement, le non-renouvellement de contrat ou la révocation a été regardé comme une mesure de représailles prise à raison d'une alerte.

Vecteur : loi (socle commun).

3.3.2. Améliorer la protection des lanceurs d'alerte externes en incitant les parquets à veiller à ce que les lanceurs d'alerte de bonne foi ne soient pas victimes de procédures abusives en diffamation

Les textes protègent exclusivement les lanceurs d'alerte internes et non les lanceurs d'alerte externes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Pour celles-ci, la protection à accorder n'est pas de même nature, dès lors qu'elles ne sont pas susceptibles de faire l'objet de mesures de représailles de la part d'un employeur. Cependant elles peuvent faire l'objet d'intimidations, de pressions ou de procédures abusives intentées par les personnes visées.

Les lanceurs d'alerte externes sont, en particulier, susceptibles de faire l'objet de procédures en diffamation revêtant un caractère abusif. Les auditions menées dans le cadre de cette étude ont montré que les personnes visées par des alertes émises par des personnes externes recouraient fréquemment à de telles procédures, prévues par les dispositions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, même si ces procédures ne peuvent que rarement aboutir au prononcé d'une peine. Le recours à de telles procédures reste cependant dissuasif pour les lanceurs d'alerte, compte tenu de leur célérité et de leur facile médiatisation.

Afin de prévenir ce risque, les parquets pourraient être incités, par une instruction, à faire usage de la possibilité de requérir des sanctions civiles à l'encontre des personnes intentant ces procédures abusives. Pour les infractions de presse, il n'existe en effet pas de sanctions pénales susceptibles d'être prononcées contre des personnes recourant abusivement à de telles procédures⁹⁹. En revanche, il est loisible au juge saisi d'une procédure en diffamation de prononcer, outre les dommages et intérêts, des sanctions civiles pour procédure abusive. Toutefois, le prononcé de telles sanctions, qui nécessite des réquisitions du parquet en ce sens, est rarement constaté en pratique. Y recourir plus fréquemment dans les cas d'utilisation de la procédure en diffamation en mesure de représailles contre un lanceur d'alerte permettrait de mettre un terme à ce type de harcèlement.

99 À l'inverse de ce qui est prévu pour la dénonciation calomnieuse, procédure dans laquelle, celui qui introduit sciemment une action en dénonciation qu'il sait infondée, risque de faire l'objet de sanction pénale.

Proposition n° 14: Inciter les parquets à faire usage de la possibilité de requérir le prononcé de sanctions civiles à l'encontre d'une personne intentant contre un lanceur d'alerte de bonne foi des procédures en diffamation déclarées abusives par le juge, tout en restant attentifs aux alertes revêtant un caractère diffamatoire.

Vecteur : instruction au parquet.

3.3.3. Réserver l'ensemble des dispositifs de protection aux lanceurs d'alerte de bonne foi, tout en sanctionnant les auteurs d'alertes abusives ou malveillantes

Les dispositions législatives relatives à la protection des lanceurs d'alerte subordonnent l'octroi de cette protection à **une condition de bonne foi**, que la présente étude préconise de réaffirmer. Toutefois la vérification de cette condition ne doit pas s'attacher exclusivement à la subjectivité de l'auteur du signalement (ses intentions), mais elle doit prendre en compte l'élément plus objectif tenant à la croyance raisonnable de cet auteur dans la véracité des faits qu'il entend signaler au regard des informations auxquelles il a accès.

Plus largement, les réflexions menées dans le cadre de cette étude ont montré que le droit d'alerte s'inscrivait d'emblée dans la poursuite de l'intérêt général. L'alerte ne saurait ainsi en aucun cas être émise au profit d'intérêts particuliers, par animosité personnelle ou avec l'intention de nuire, pas plus qu'elle ne saurait constituer une forme de délation pour des personnes portées à en abuser. Dans chacun de ces cas, des sanctions existent, sur lesquelles il convient d'informer l'ensemble des acteurs.

Ces sanctions peuvent d'abord être disciplinaires. Toute alerte abusive, dans une entreprise comme dans une administration, peut en effet donner lieu à des sanctions disciplinaires de la part de l'employeur ou de l'autorité investie du pouvoir disciplinaire.

Mais il peut également s'agir de sanctions pénales.

Ainsi, une alerte effectuée par une personne ayant connaissance du caractère totalement ou partiellement inexact des informations qu'elle contient expose son auteur à des poursuites sur le fondement de **l'article 226-10 du code pénal relatif à la dénonciation calomnieuse**. Prévu de longue date par le code pénal, ce délit expose celui qui le commet à une peine de cinq ans d'emprisonnement et à une amende de 45 000 euros, sans préjudice de la condamnation à des dommages et intérêts qui pourraient être accordés à la victime et au remboursement de ses frais de justice.

De même, la divulgation au public d'une information portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou de l'organisation visée relève du **délit de diffamation**. Prévu par les dispositions 29 à 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ce délit est passible d'une amende d'un montant maximal de 45 000 euros s'il est commis envers une personne publique.



Le droit positif dispose donc déjà d'instruments de nature à prévenir la multiplication d'alertes abusives ou malveillantes, sans qu'il soit besoin de créer de nouveaux délits ou de prendre d'autres dispositions particulières.

3.3.4. Mettre en place, en amont et en aval de l'alerte, des structures et des procédures afin que le juge ne soit plus le seul garant de l'effectivité de la protection accordée aux lanceurs d'alerte

En l'état, les dispositions législatives relatives à la protection des lanceurs d'alerte font exclusivement reposer cette protection sur le juge, à qui il revient, le cas échéant, de prononcer la nullité des mesures de rétorsion prises à l'encontre de ces personnes. Chacune de ces dispositions retient un régime de preuve favorable au lanceur d'alerte, dès lors que c'est à la partie défenderesse, c'est-à-dire à l'employeur, qu'il revient de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux signalements émis.

Par ailleurs, le juge judiciaire et le juge administratif sont respectivement susceptibles d'accorder, outre la nullité de mesures de rétorsion prises à tort, des réparations ou des indemnités aux lanceurs d'alerte qui en seraient victimes.

Enfin, des procédures de référé d'urgence peuvent être introduites tant auprès des juges judiciaires que des juges administratifs pour que soient prises rapidement les mesures provisoires nécessaires à la protection des lanceurs d'alerte.

Ces mécanismes, s'ils sont indispensables, reviennent toutefois à placer la protection des lanceurs d'alerte sur un terrain exclusivement contentieux. Aussi serait-il souhaitable d'instituer des mécanismes préventifs de tels contentieux.

Un premier type d'action consisterait, pour les pouvoirs publics, à soutenir les initiatives de la société civile visant à créer de structures d'accueil et de conseil des lanceurs d'alerte. De nombreuses associations jouent d'ores et déjà un rôle très actif d'accompagnement et de soutien aux lanceurs d'alerte. Plusieurs envisagent la création, sous la forme d'une « Maison des lanceurs d'alerte », d'une structure prodiguant aux lanceurs d'alerte potentiels des conseils juridiques et un accompagnement adapté. De telles initiatives pourraient être soutenues par les pouvoirs publics, car elles sont susceptibles d'éclairer, en amont, les lanceurs d'alerte potentiels sur les procédures à suivre afin de bénéficier pleinement des protections accordées par la loi et afin que des réponses efficaces soient apportées à leurs signalements ainsi que de les éclairer sur leurs droits.

Au stade précontentieux, il pourrait également être envisagé de permettre au Défenseur des droits de faire valoir les droits des personnes s'estimant victimes de mesures de rétorsion à raison des signalements qu'elles émettent dans les champs prévus par la loi. Il pourrait ainsi organiser un débat contradictoire avant celui qui aurait lieu, le cas échéant, devant le juge. Elle serait, là encore, de nature à prévenir la multiplication de contentieux, en mobilisant les compétences et l'expérience acquise par le Défenseur des droits en matière de lutte contre les discriminations ainsi que le réseau de correspondants dont il dispose sur l'ensemble du territoire.



Aux termes du 3° de l'article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, prise sur le fondement de l'article 71-1 de la Constitution, le Défenseur des droits est aujourd'hui chargé de « *lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi (...)* ». A ce titre, il peut être saisi par toute personne s'estimant victime de discrimination et il a pour mission de procéder aux investigations nécessaires afin d'en établir la réalité. Il dispose, pour ce faire, d'importants pouvoirs d'investigation et d'enquête. Parmi ceux-ci figurent le droit à ce que lui soient communiquées toutes pièces utiles à l'exercice de sa mission, le caractère secret de ces pièces ne pouvant lui être opposé, sauf en matière de secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'État ou la politique extérieure (article 20 de la loi organique). Il peut en outre convoquer les personnes mises en cause et se livrer à des vérifications sur place (article 22). Dans l'hypothèse où ces investigations établiraient le bien-fondé des allégations dont il est saisi, le Défenseur des droits peut enfin apporter deux types de solutions : soit procéder par voie de recommandations et de règlement amiable, ce qui est la voie privilégiée par l'institution, soit exercer, dans les affaires les plus graves, un rôle d'appui à la sanction, en intervenant devant le juge judiciaire en tant qu'expert ou en demandant au ministre de l'intérieur ou au garde des sceaux de prendre des sanctions administratives lorsque sont en cause des agents publics.

Au titre de ces compétences, précisées par les dispositions de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits exerce déjà un rôle de protection des lanceurs d'alerte envers les personnes ayant signalé des faits de discrimination. L'un des moyens d'étendre, à cet égard, les compétences du Défenseur des droits aux lanceurs d'alerte pourrait ainsi consister à qualifier de discrimination, par la loi, les mesures de représailles prises contre des personnes à raison des signalements qu'elles ont émis. Un tel ajout reviendrait à adjoindre un nouveau critère de discrimination aux critères énumérés par l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008.

Il ne va toutefois pas de soi de regarder une mesure de représailles prise à raison d'un signalement émis par une personne comme une discrimination au sens strict, dans la mesure où la discrimination s'exerce normalement en raison de l'être de la personne en cause (son âge, son sexe, son ethnie, etc.) et non en raison de ses actes. La présente étude ne propose donc pas de modifier l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, mais d'ajouter, dans l'article 4 de la loi organique relative au Défenseur des droits, une nouvelle compétence portant sur la défense des droits des personnes faisant l'objet de mesures de représailles à raison de signalements émis dans les champs prévus par la loi.

Proposition n° 15 :

Étendre les compétences du Défenseur des droits à la protection, dès le lancement de l'alerte, des lanceurs d'alerte s'estimant victimes de mesures de représailles.

Vecteur : loi organique.



3.3.5. Écarter l'idée d'incitations financières au bénéfice des lanceurs d'alerte

Tous les acteurs auditionnés dans le cadre de la présente étude se sont déclarés opposés à ce que des incitations financières soient instituées au bénéfice des lanceurs d'alerte, en raison notamment du risque de favoriser les alertes abusives ou malveillantes. Les positions ainsi exprimées rejoignent, en définitive, l'appréciation portée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision *Guja c. Moldova* du 12 février 2008 (n° 14277/04), selon laquelle « un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection élevé ». Par ailleurs, s'il existe des mécanismes de rémunération de personnes qui apportent des informations utiles à certaines administrations, ces personnes rémunérées de manière habituelle, ne peuvent être assimilés à des lanceurs d'alertes au sens de la présente étude et des dispositions instituant des mécanismes de protection pour ces derniers. Les lanceurs d'alertes sont en effet confrontés de manière inattendue à un comportement fautif ou à un risque, n'en font donc pas une activité habituelle et agissent dans l'intérêt général et non pour obtenir une rémunération.

3.4. Ces orientations ont vocation à former le socle commun de l'ensemble des dispositifs d'alerte

Les travaux menés dans le cadre de cette étude ont montré que, selon les champs concernés, les lanceurs d'alerte peuvent se trouver dans des situations très diverses quant à leurs attentes, à leurs interlocuteurs et aux modalités d'une protection adaptée. Cette diversité plaide en faveur d'une approche différenciée plutôt que d'un statut général. D'un point de vue légistique, cette approche différenciée consiste à maintenir dans des lois sectorielles (code du travail, statut général de la fonction publique, loi sur les discriminations, code de la santé publique, code de la sécurité intérieure...) les dispositions relatives à la protection des lanceurs d'alerte, plutôt qu'à les regrouper toutes dans une loi unique faisant abstraction des nécessaires différences entre chacun des secteurs en cause.

Les préconisations qui précèdent ont en revanche vocation à former un socle commun à l'ensemble des dispositions sectorielles existantes, afin que toutes respectent un même cadre. A cet égard, le Conseil d'État estime que l'adoption de ce socle commun pourrait donner lieu à une loi unique qui pourrait en outre modifier, en application des principes ainsi énoncés, chacune des dispositions sectorielles existantes. Une telle manière de faire aurait le mérite d'accroître la cohérence de l'ensemble de ces dispositifs tout en préservant, au-delà des principes communs, les spécificités de chacun des secteurs concernés.

Le droit de l'alerte n'a pas encore atteint l'âge de sa maturité. Depuis 2007, il a connu une période de croissance et de développement rapides et il doit aujourd'hui être clarifié, harmonisé et complété, afin que puisse s'épanouir, dans les entreprises et les administrations, une culture de l'alerte éthique.

Une définition commune du lanceur d'alerte « éthique » doit être réaffirmée autour des principes de bonne foi, de désintéressement, de gratuité et de liberté. Dans certains cas bien circonscrits, tenant à la nature des fonctions exercées ou à la gravité des faits ou des risques relevés, une obligation de signalement peut être imposée. Mais dans les autres cas, la liberté doit prévaloir.

Des règles communes doivent en outre consolider le fonctionnement des dispositifs d'alerte, autour des principes de proportionnalité, de confidentialité et d'effectivité. Des canaux de signalement variés doivent être rendus accessibles et être utilisés de manière graduée selon une échelle adaptée à chaque type de situation ; l'identité des lanceurs d'alerte et les informations recueillies par ses destinataires doivent rester confidentielles ; la conciliation entre le respect des secrets protégés par la loi et la protection du lanceur d'alerte doit être prévue par la loi et mise en œuvre concrètement par le juge ; en cas de doute sur le choix du destinataire, les lanceurs d'alerte doivent pouvoir déposer leurs signalements auprès d'un portail internet généraliste, chargé de les rediriger vers l'autorité compétente pour les traiter ; la protection contre toute mesure de représailles doit être harmonisée et les mesures prosrites faire l'objet d'une liste unique et la plus complète possible, sans priver le juge de son pouvoir d'appréciation ; les victimes de telles mesures doivent pouvoir saisir le Défenseur des droits d'une plainte et, en cas de contentieux, les pouvoirs d'injonction du juge administratif doivent lui permettre de remédier efficacement à l'éviction illégale d'un agent.

Au sein de chaque entreprise et administration, des mesures d'application doivent en complément être prises, afin de faire vivre concrètement les dispositifs d'alerte éthique. Leur accessibilité doit être précisée, en particulier dans le cas des collaborateurs extérieurs ou occasionnels de l'organisation mise en cause ; les personnes, entités ou autorités chargées du traitement des alertes doivent être clairement identifiées et bénéficier, quels que soient leur dénomination ou leur statut, d'une autonomie suffisante et être placées à un niveau élevé de la hiérarchie. Pour les petites et moyennes entreprises, des mesures spéciales de sensibilisation et de soutien doivent être envisagées.

Une refonte ambitieuse de notre droit d’alerte doit prendre appui sur deux piliers : d’une part, un socle commun, défini par la loi, permettant d’identifier ce qu’est un lanceur d’alerte éthique et de déterminer clairement ses droits et obligations ; d’autre part, un corpus de règles spéciales, législatives ou réglementaires ou prévues par des mesures de droit souple, précisant, selon la variété des situations et, notamment, l’organisation et le fonctionnement particulier de chaque entreprise et administration, les modalités pratiques de signalement ainsi que des mesures d’information et de sensibilisation. Ces chantiers de modernisation ne nécessitent pas de révolutionner notre droit de l’alerte éthique, mais plutôt de l’enrichir, de le compléter et d’en déployer toutes les potentialités grâce à une approche pragmatique, équilibrée et fidèle aux principes et valeurs qui le fondent et l’inspirent.



- Annexe 1 – Lettre de mission du Premier ministre**
- Annexe 2 – Composition du groupe de travail**
- Annexe 3 – Liste des personnes rencontrées**
- Annexe 4 – Dispositions législatives relatives à la protection des lanceurs d’alerte**
- Annexe 5 – Droit comparé**
- Annexe 6 – Contribution du professeur H. Oberdorff sur la notion d’alerte éthique**
- Annexe 7 – Les lanceurs d’alerte et le secret professionnel (note du ministère de la justice)**
- Annexe 8 – L’articulation des obligations statutaires avec l’obligation de signalement dans la fonction publique (note de la DGAFP)**



Annexe 1 – Lettre de mission du Premier ministre

Paris, le 17 juillet 2015

Le Premier ministre
à
Monsieur Jean-Marc Sauvé
Vice-Président du Conseil d'État

Objet: Demande d'étude portant sur l'alerte éthique.

L'alerte éthique, récemment introduite dans notre droit, figure désormais dans plusieurs dispositions législatives.

La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption a introduit cette notion à l'article L. 1161-1 du code du travail.

La loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé a inséré dans le code de la santé publique l'article L. 5312-4-2 applicable aux personnes ayant relaté ou témoigné, de bonne foi, pour des faits relatifs à la sécurité sanitaire de certains produits mentionnés à l'article L. 5311-1 du même code.

La loi du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte comprend diverses dispositions relatives aux lanceurs d'alerte. Elle a institué notamment une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Elle fixe des règles relatives au droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement.

La loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie politique comprend une section 6 « Protection des lanceurs d'alerte » et un article 25 qui traite des personnes relatant ou témoignant, de bonne foi, au sujet des conflits d'intérêts relatifs aux membres du Gouvernement, aux principaux exécutifs locaux ou à des responsables publics.

La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a inséré un article L. 1132-3-3 dans le code du travail. Cette disposition fixe des règles de protection de personnes ayant relaté ou témoigné, de bonne foi, des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. La même loi a inséré une disposition analogue à l'article 6ter A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires comprend également des dispositions en la matière.

Enfin, à l'occasion des débats sur le projet de loi relatif au renseignement, le Parlement a inséré dans le code de la sécurité intérieure un nouvel article L. 861-3 assurant la protection de tout agent d'un service de renseignement portant de bonne foi à la connaissance de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement des faits de violation manifeste de la loi.

Par ailleurs, des projets de directives européennes pourraient également prochainement comprendre des dispositions en ce domaine.

Ces législations ont pour point commun de régir la situation d'une personne pensant avoir découvert des éléments graves et qui les porte à la connaissance d'autrui. Ces législations protègent les intéressés s'ils ont agi de bonne foi.

Compte tenu de la variété de ces dispositions législatives et de leur multiplication récente, il m'apparaît qu'un bilan doit être fait à leur sujet. Ce bilan critique est un préalable nécessaire avant d'envisager que de nouvelles dispositions soient, le cas échéant, prises, notamment dans des législations sectorielles.

Je souhaite donc que le Conseil d'État puisse étudier la notion d'alerte éthique, son utilité, son articulation avec l'alerte préalable des responsables compétents, ses limites ainsi que les sanctions applicables en cas d'alerte abusive. Il conviendra d'opérer des rapprochements avec les dispositions de droit pénal et de procédure pénale existantes, notamment avec l'article 40 du code de procédure pénale.

Votre réflexion pourra s'accompagner de propositions utiles pour préciser ce mécanisme et assurer la protection des intéressés mais aussi éviter les excès et protéger les personnes physiques ou morales, d'« alertes » abusives ou malveillantes.

Vous pourrez faire appel pour ces travaux à l'ensemble des services ministériels concernés, en particulier ceux du ministère de la justice, des ministères économiques et financiers, du ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, du ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, ainsi que du ministère de la décentralisation et de la fonction publique.

Je souhaiterais que cette étude puisse m'être remise d'ici la fin de l'année 2015.

Manuel Valls



Annexe 2 – Composition du groupe de travail

Présidente : Mme Emmanuelle Prada Bordenave, conseiller d'État

Rapporteur : M. Tristan Aureau, auditeur,
avec le concours de Mme Mylène Bernabeu, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel,
et de M. Stéphane Eustache, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

Pour le Conseil d'État,

M. Michel Pinault, président de section (h) du Conseil d'État
M. Philippe Carré, conseiller d'État en service extraordinaire, membre de la section du rapport et des études et de la section des finances

Pour l'université,

M. Henri Oberdorff, professeur émérite de l'Université de Grenoble-Alpes.

Pour le monde associatif,

Mme Nicole-Marie Meyer, chargée de mission à Transparency International,
M. Glen Millot, coordinateur de la fondation Sciences Citoyennes

Pour les administrations centrales,

Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie

Direction des affaires juridiques

M. Julien Boucher, directeur des affaires juridiques
accompagné de M. Benjamin Thywissen, chef du bureau du droit général, du droit pénal, du droit européen et international de l'environnement à la sous-direction des affaires juridiques de l'environnement et de l'urbanisme de la direction des affaires juridiques

Commissariat général au développement durable

M. Lionel Moulin, chef de la mission risques-environnement-santé au sein du service de la recherche de la direction de la recherche et de l'innovation

Ministère de la justice

Direction des affaires civiles et du Sceau

M. Jean-Christophe Gracia, chef de service, adjoint à la directrice

Direction des affaires criminelles et des grâces

Mme Caroline Nisand, adjointe du directeur,
accompagnée de M. Thibault Cayssials, magistrat au bureau de la législation pénale spécialisée et de Mme Sonya Djemni-Wagner, chargée de mission auprès du directeur

Service central de prévention de la corruption

M. Pierre Berthet, conseiller



Ministères économiques et financiers

Direction des affaires juridiques

M. Jean Maïa, directeur des affaires juridiques, accompagné de M. Pascal Filippi, chef du bureau des politiques de l'emploi et de Stéphane Derouin, adjoint au chef de bureau du droit des politiques de l'emploi et des professions réglementées

Ministères sociaux

Direction des affaires juridiques

M. Philippe Ranquet, directeur des affaires juridiques accompagné de Mme Maud Lambert-Fenery, chargée de mission auprès du directeur des affaires juridiques

Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, direction générale du travail

M. Olivier Toche, chef de service, accompagné de Mme Cynthia Métral, adjointe de la cheffe de bureau des relations individuelles du travail, de Mme Anne-Gaëlle Casandjian, adjointe au chef de bureau des risques physiques, chimiques et biologiques de la DGT et de Mme Annie-Claude Carel, chargée de mission à la sous-direction des relations de travail, bureau des relations individuelles

Ministère des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes, direction générale de la santé

M. Frédéric Séval, chef de la division droits des usagers, affaires juridiques et éthiques, accompagné de Mme Sarah Rueda, consultante juridique chargée de la qualité du droit et de la déontologie

Ministère de l'intérieur

Direction des libertés publiques et des affaires juridiques,

M. Thomas Andrieu, directeur des libertés publiques et des affaires juridiques et Mme Pascale Légise, sous-directrice du conseil juridique et du contentieux, accompagnés de M. Amaury Vauterin, chef du bureau du contentieux statutaire et de la protection juridique des fonctionnaires et de M. François-Xavier Prost, adjoint au chef du bureau

Ministère de la décentralisation, de la réforme de l'État et de la fonction publique

Direction générale de l'administration et de la fonction publique

Mme Florence Cayla, conseillère juridique de la DGAFP, accompagnée Anne-Brigitte Masson, adjointe au chef du bureau du statut général et du dialogue social et de M. Antoine Thomas, chargé d'études juridiques au bureau du statut général et du dialogue social à la DGAFP



Annexe 3 – Liste des personnes rencontrées

Les fonctions mentionnées sont celles occupées à la date à laquelle les personnes ont été rencontrées. (présentation par ordre alphabétique)

Sofia Afonso, responsable juridique et compliance du LEEM, accompagnée de Ingrid Callies, responsable du pôle éthique et déontologie ;

Jean-Paul Bouchet, secrétaire général de la CFDT cadres, accompagné de Ute Meyenberg, experte auprès d'UNI Europa Finance et membre du Banking Stakeholder Group de l'Autorité bancaire européenne ;

Jean-Baptiste Carpentier, délégué interministériel à l'intelligence économique ;

Michel Chassang, président de l'UNAPL, accompagné de Chirine Mercier, déléguée générale ;

Bruno Dalles, directeur du service Tracfin du ministère des finances et des comptes publics ;

Edouard Geffray, secrétaire général de la CNIL ;

Professeur Alain Grimfeld, président d'honneur du Comité consultatif national d'éthique (CCNE), président du Comité de la prévention et de la précaution ;

Frédéric Grivot, président de l'Union Nationale des Petites et Moyennes Industries de la CGPME, accompagné de Franck Gambelli, membre de la Commission Sociale ;

Mireille Gueye , secrétaire générale de l'Union générale des ingénieurs, cadres et techniciens de la CGT

Christiane Lambert, première vice présidente de la FNSEA ;

Professeur Gérard Lasfargues, directeur général adjoint scientifique de l'ANSES ;

Gérard Le Houx, ingénieur général des ponts, des eaux et des forêts, Conseil général de l'environnement et du développement durable ;

Catherine Mir, adjointe du chef de service de la prévention des nuisances et de la qualité de l'environnement à la direction générale de la prévention des risques du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie ;

Isabelle Roux Trescases, cheffe du contrôle général économique et financier des ministères financiers

Richard Senghor, secrétaire général du Défenseur des droits

Joëlle Simon, directrice des affaires juridiques du MEDEF, accompagnée de Chantal Foulon, directeur adjoint, direction des relations du travail et de Dominique Lamoureux, directeur éthique et responsabilité de l'entreprise Thales ;

Guillaume Valette-Valla, secrétaire général de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique.





Annexe 4 – Dispositions législatives relatives à la protection des lanceurs d’alerte

Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption (extraits)

« Article 9

I. – Le livre I^{er} de la première partie du code du travail dans sa rédaction issue de l’ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative) est complété par un titre VI ainsi rédigé :

« TITRE VI

CORRUPTION

Art. L. 1161-1. – Aucune personne ne peut être écartée d’une procédure de recrutement ou de l’accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d’affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l’exercice de ses fonctions.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

En cas de litige relatif à l’application des deux premiers alinéas, dès lors que le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise établit des faits qui permettent de présumer qu’il a relaté ou témoigné de faits de corruption, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers aux déclarations ou au témoignage du salarié. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d’instruction qu’il estime utiles. »

Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament (extraits)

« Article 43

Après l’article L. 5312-4 du même code, il est inséré un article L. 5312-4-2 ainsi rédigé :

« Art. L. 5312-4-2. – Aucune personne ne peut faire l’objet d’une mesure discriminatoire, être écartée d’une procédure de recrutement ou de l’accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée ou faire l’objet d’une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d’affectation, de

qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

« Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

« En cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas, dès lors que la personne établit des faits qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de faits relatifs à la sécurité sanitaire, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

La loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

« TITRE Ier : DROIT D'ALERTE EN MATIÈRE DE SANTÉ PUBLIQUE ET D'ENVIRONNEMENT

Article 1

Toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement.

L'information qu'elle rend publique ou diffuse doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse.

TITRE II : LA COMMISSION NATIONALE DE LA DÉONTOLOGIE ET DES ALERTES EN MATIÈRE DE SANTÉ PUBLIQUE ET D'ENVIRONNEMENT

Article 2

Il est institué une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement chargée de veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement.

A cette fin, elle :

1° Émet des recommandations générales sur les principes déontologiques propres à l'expertise scientifique et technique dans les domaines de la santé et de l'environnement, et procède à leur diffusion ;

2° Est consultée sur les codes de déontologie mis en place dans les établissements et organismes publics ayant une activité d'expertise ou de recherche dans le domaine de la santé ou de l'environnement dont la liste est fixée dans les conditions prévues à l'article 3. Lorsqu'un comité de déontologie est mis en place dans ces établissements ou organismes, elle est rendue destinataire de son rapport annuel ;



3° Définit les critères qui fondent la recevabilité d'une alerte ainsi que les éléments portés aux registres tenus par les établissements et organismes publics mentionnés au 2° ;

4° Transmet les alertes dont elle est saisie aux ministres compétents, qui informent la commission de la suite qu'ils réservent aux alertes transmises et des éventuelles saisines des agences sanitaires et environnementales placées sous leur autorité résultant de ces alertes. Les décisions des ministres compétents concernant la suite donnée aux alertes et les saisines éventuelles des agences sont transmises à la commission, dûment motivées. La commission tient la personne ou l'organisme à l'origine de la saisine informé de ces décisions ;

5° Identifie les bonnes pratiques, en France et à l'étranger, et émet des recommandations concernant les dispositifs de dialogue entre les organismes scientifiques et la société civile sur les procédures d'expertise scientifique et les règles de déontologie qui s'y rapportent ;

6° Établit chaque année un rapport adressé au Parlement et au Gouvernement qui évalue les suites données à ses recommandations et aux alertes dont elle a été saisie ainsi que la mise en œuvre des procédures d'enregistrement des alertes par les établissements et organismes publics mentionnés au 2°. Ce rapport comporte, en tant que de besoin, des recommandations sur les réformes qu'il conviendrait d'engager pour améliorer le fonctionnement de l'expertise scientifique et technique et la gestion des alertes. Il est rendu public et est accessible par internet.

Article 3

Les établissements et organismes publics ayant une activité d'expertise ou de recherche dans le domaine de la santé ou de l'environnement tiennent un registre des alertes qui leur sont transmises et des suites qui y ont été données.

Un décret en Conseil d'État précise la liste de ces établissements ou organismes ainsi que les modalités selon lesquelles sont tenus les registres.

Ces registres sont accessibles aux corps de contrôle des ministères exerçant la tutelle des établissements et organismes chargés de les tenir ainsi qu'à la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement.

Article 4

La Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement peut se saisir d'office ou être saisie par :

1° Un membre du Gouvernement, un député ou un sénateur ;

2° Une association de défense des consommateurs agréée en application de l'article L. 411-1 du code de la consommation ;

3° Une association de protection de l'environnement agréée en application de l'article L. 141-1 du code de l'environnement ;

4° Une association ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades agréée en application de l'article L. 1114-1 du code de la santé publique ;



- 5° Une organisation syndicale de salariés représentative au niveau national ou une organisation interprofessionnelle d'employeurs ;
- 6° L'organe national de l'ordre d'une profession relevant des secteurs de la santé ou de l'environnement ;
- 7° Un établissement ou un organisme public ayant une activité d'expertise ou de recherche dans le domaine de la santé ou de l'environnement.

Article 5

La Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement comprend notamment des députés et des sénateurs, des membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation, des membres du Conseil économique, social et environnemental et des personnalités qualifiées au titre de leurs travaux dans les domaines de l'évaluation des risques, de l'éthique ou de la déontologie, des sciences sociales, du droit du travail, du droit de l'environnement et du droit de la santé publique, ou appartenant à des établissements ou des organismes publics ayant une activité d'expertise ou de recherche et ayant mené des missions d'expertise collective.

Un décret en Conseil d'État précise les modalités de fonctionnement de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement ainsi que sa composition, de manière à assurer une représentation paritaire entre les femmes et les hommes.

Article 6

Les membres de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement et les personnes qui lui apportent leur concours, ou qui collaborent occasionnellement à ses travaux, sont soumis à des règles de confidentialité, d'impartialité et d'indépendance dans l'exercice de leurs missions.

Ils sont tenus d'établir, lors de leur entrée en fonction, une déclaration d'intérêts. Celle-ci mentionne les liens d'intérêts de toute nature, directs ou par personne interposée, que le déclarant a, ou qu'il a eus pendant les cinq années précédant sa prise de fonction, avec des entreprises, des établissements ou des organismes dont les activités, les techniques et les produits relèvent des secteurs de la santé ou de l'environnement ainsi qu'avec des sociétés ou organismes de conseil intervenant dans les mêmes secteurs. Elle est rendue publique et est actualisée, en tant que de besoin, à l'initiative de l'intéressé, et au moins une fois par an. Les personnes mentionnées au présent article ne peuvent prendre part aux travaux, aux délibérations et aux votes au sein de la commission qu'une fois la déclaration établie ou actualisée. Elles ne peuvent, sous les peines prévues au premier alinéa de l'article 432-12 du code pénal, prendre part ni aux travaux, ni aux délibérations, ni aux votes si elles ont un intérêt, direct ou indirect, à l'affaire examinée. Elles sont tenues au secret et à la discrétion professionnels dans les mêmes conditions que celles définies à l'article 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.



Article 7

Un décret en Conseil d'État précise les modalités d'application du présent titre.

TITRE III : EXERCICE DU DROIT D'ALERTE EN MATIÈRE DE SANTÉ PUBLIQUE ET D'ENVIRONNEMENT DANS L'ENTREPRISE

Article 8

Le titre III du livre Ier de la quatrième partie du code du travail est complété par un chapitre III ainsi rédigé :

« Chapitre III

« Droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement

« Art. L. 4133-1. – Le travailleur alerte immédiatement l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement.

« L'alerte est consignée par écrit dans des conditions déterminées par voie réglementaire.

« L'employeur informe le travailleur qui lui a transmis l'alerte de la suite qu'il réserve à celle-ci.

« Art. L. 4133-2. – Le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui constate, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, qu'il existe un risque grave pour la santé publique ou l'environnement en alerte immédiatement l'employeur.

« L'alerte est consignée par écrit dans des conditions déterminées par voie réglementaire.

« L'employeur examine la situation conjointement avec le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui lui a transmis l'alerte et l'informe de la suite qu'il réserve à celle-ci.

« Art. L. 4133-3. – En cas de divergence avec l'employeur sur le bien-fondé d'une alerte transmise en application des articles L. 4133-1 et L. 4133-2 ou en l'absence de suite dans un délai d'un mois, le travailleur ou le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail peut saisir le représentant de l'État dans le département.

« Art. L. 4133-4. – Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail est informé des alertes transmises à l'employeur en application des articles L. 4133-1 et L. 4133-2, de leurs suites ainsi que des saisines éventuelles du représentant de l'État dans le département en application de l'article L. 4133-3.

« Art. L. 4133-5. – Le travailleur qui lance une alerte en application du présent chapitre bénéficie de la protection prévue à l'article L. 1351-1 du code de la santé publique. »



Article 9

L'article L. 4141-1 du code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Il organise et dispense également une information des travailleurs sur les risques que peuvent faire peser sur la santé publique ou l'environnement les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement ainsi que sur les mesures prises pour y remédier. »

Article 10

L'article L. 4614-10 du code du travail est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Il est réuni en cas d'événement grave lié à l'activité de l'établissement ayant porté atteinte ou ayant pu porter atteinte à la santé publique ou à l'environnement. »

TITRE IV : DISPOSITIONS DIVERSES

Article 11

Le livre III de la première partie du code de la santé publique est complété par un titre V ainsi rédigé :

« TITRE V

« PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

« Art. L. 1351-1. – Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à un risque grave pour la santé publique ou l'environnement dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

« Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

« En cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas, dès lors que la personne établit des faits qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits relatifs à un danger pour la santé publique ou l'environnement, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Article 12

Toute personne physique ou morale qui lance une alerte 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 est punie des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal.



Article 13

Tout employeur saisi d'une alerte en matière de santé publique ou d'environnement qui n'a pas respecté les obligations lui incombant en application des articles L. 4133-1 et L. 4133-2 du code du travail perd le bénéfice des dispositions du 4° de l'article 1386-11 du code civil.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'État ».

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (extraits)

« Section 6 : Protection des lanceurs d'alerte

Article 25

I. — Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, à son employeur, à l'autorité chargée de la déontologie au sein de l'organisme, à une association de lutte contre la corruption agréée en application du II de l'article 20 de la présente loi ou de l'article 2-23 du code de procédure pénale ou aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts, telle que définie à l'article 2 de la présente loi, concernant l'une des personnes mentionnées aux articles 4 et 11, dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait ou tout acte contraire est nul de plein droit.

En cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas du présent I, dès lors que la personne établit des faits qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces faits, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de la personne intéressée. Le juge peut ordonner toute mesure d'instruction utile.

II. — Toute personne qui relate ou témoigne de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts, au sens du I du présent article, 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 est punie des peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal ».



Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (extraits)

« TITRE III : DES LANCEURS D'ALERTE

Article 35

I. — Après l'article L. 1132-3-2 du code du travail, il est inséré un article L. 1132-3-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 1132-3-3.-Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir 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.

« En cas de litige relatif à l'application du premier alinéa, 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 à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

II. — Après l'article 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, il est inséré un article 6 ter A ainsi rédigé :

« Art. 6 ter A.-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 pour avoir 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.

« Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

« En cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas, 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 à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.
« Le présent article est applicable aux agents non titulaires de droit public. »

Article 36

Après l'article 40-5 du code de procédure pénale, il est inséré un article 40-6 ainsi rédigé :

« Art. 40-6. — 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 lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service. » ».

Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement (extraits)

« Article 8

(...)

IV. – Le même chapitre 1er est complété par un article L. 861-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 861-3. – I. – Tout agent d'un service mentionné à l'article L. 811-2 ou d'un service désigné par le décret en Conseil d'État prévu à l'article L. 811-4 qui a connaissance, dans l'exercice de ses fonctions, de faits susceptibles de constituer une violation manifeste du présent livre peut porter ces faits à la connaissance de la seule Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement, qui peut alors saisir le Conseil d'État dans les conditions prévues à l'article L. 833-8 et en informer le Premier ministre.

« Lorsque la commission estime que l'illégalité constatée est susceptible de constituer une infraction, elle saisit le procureur de la République dans le respect du secret de la défense nationale et transmet l'ensemble des éléments portés à sa connaissance à la Commission consultative du secret de la défense nationale afin que celle-ci donne au Premier ministre son avis sur la possibilité de déclassifier tout ou partie de ces éléments en vue de leur transmission au procureur de la République.

« II. – Aucun agent ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de recrutement, de titularisation, de notation, de discipline, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, d'interruption ou de renouvellement de contrat, pour avoir porté, de bonne foi, des faits mentionnés au I à la connaissance de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Tout acte contraire au présent alinéa est nul et non avenu.

« En cas de litige relatif à l'application du premier alinéa du présent II, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'agent intéressé.

« Tout agent qui relate ou témoigne des faits mentionnés au I, de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits, encourt les peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du code pénal. »

(...) »





Annexe 5 – Droit comparé

Avertissement – Dans le cadre de l'étude, les dispositifs d'alerte de cinq pays – les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Irlande, l'Italie et les Pays-Bas – ont été plus particulièrement examinés. L'objet de l'annexe suivante n'est pas de présenter une liste exhaustive des législations encadrant l'alerte, mais de relever des exemples significatifs de réglementation existant au sein de chacun d'eux en vue d'assurer une protection du lanceur d'alerte.

1. Les États-Unis, berceau de la protection du « whistleblowing »

La loi « sur les allégations fallacieuses » (*False Claims Act*) du 2 mars 1863 marque la naissance du droit d'alerte, avec un dispositif fédéral protégeant les États-Unis de marchés publics frauduleux, sans qu'il soit fait usage du terme « *whistleblowing* ». ¹⁰⁰ Amendée en 1943 puis 1986, elle est considérée comme l'une des lois les plus généreuses et les plus efficaces au monde concernant les donneurs d'alerte, en raison de ses clauses dites de *qui tam* ¹⁰¹. Un citoyen capable de prouver que le Gouvernement a été victime de tromperie peut ainsi en poursuivre l'auteur pour le compte de l'État fédéral afin de recouvrer les sommes dérobées. Le dispositif prévoit une amende d'un montant représentant le double des fraudes commises à l'encontre de l'État. En compensation des risques pris et des efforts consentis pour déposer plainte, le donneur d'alerte peut recevoir une part des sommes recouvrées, entre 15 et 25% le plus souvent ¹⁰². Cette loi a permis au pays de récupérer environ 22 milliards de dollars américains de 1986 à 2008 et 13,3 milliards de 2009 à 2012 (4,9 milliards pour la seule année 2012) ¹⁰³.

La généralisation d'une protection de l'agent fédéral lanceur d'alerte

Adopté en réaction à l'affaire des « papiers du Pentagone » en 1971 suivie du Watergate en 1972, le *Civil Service Reform Act* de 1978 protège pour la première fois l'agent public lanceur d'alerte. Aujourd'hui, la principale loi pertinente est la loi « de protection des donneurs d'alerte » (***Whistleblower Protection Act***, dit **WPA**), adoptée le 10 avril 1989 à la suite de la catastrophe de la navette Challenger en 1986. Elle ne couvre que les agents du secteur public au niveau fédéral, mais la plupart des États fédérés ont adopté leur propre législation de protection des

100 V. N.-M. Meyer, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », AJDA n° 39/2014, 24 nov. 2014, p-p. 2242-2248. Selon l'auteur, on pourrait retenir plus justement la date de 1778, où le Congrès des États-Unis édicte une première loi suite à un témoignage de cas de tortures dans la marine (p. 2243).

101 V. *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, préparé par P. Stephenson et Michael Levi, Conseil de l'Europe, 20 déc. 2012, p. 23.

102 *Qui tam* : abréviation de *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*, ou « qui poursuit en justice pour le roi comme pour lui-même ». Pour la seule année fiscale 2013, les lanceurs d'alerte auraient ainsi perçu 345 millions de dollars.

103 V. N.-M. Meyer, op. cit., p. 2244.

donneurs d'alerte (v. *infra*). La divulgation d'une information est protégée si son auteur soupçonne et prouve raisonnablement la violation d'une loi ou d'un règlement ou s'il met en évidence une violation flagrante des règles de bonne gestion (notamment financière), un abus d'autorité ou un risque « substantiel et spécifique » pour la santé ou la sécurité. Une limite est toutefois posée : le cas où ces alertes sont expressément interdites par une loi (secrets militaires ou portant sur la sécurité par ex.).

Le mécanisme de mise en œuvre prévu par la loi *WPA* est « robuste et aisément accessible »¹⁰⁴ : les donneurs d'alerte, victimes de représailles, peuvent déposer plainte auprès d'un organisme indépendant d'enquête et de poursuite (*l'US Office of Special Counsel*), qui instruit l'alerte, laquelle est ensuite soumise à une instance quasi-juridictionnelle, le *Merit Systems Protection Board* qui valide ou pas l'alerte. Le lanceur d'alerte dispose, le cas échéant, d'une voie de recours devant la *Court of Appeals for the Federal Circuit*.

Concernant d'éventuelles représailles, la charge de la preuve repose avant tout sur l'employeur. L'employé doit seulement établir les points suivants : 1) il a dévoilé un comportement entrant dans une catégorie d'agissements répréhensibles prévue par la loi ; 2) il s'est adressé pour cela à la bonne personne ou entité ; 3) son signalement allait au-delà du simple accomplissement de ses fonctions ou dépassait le cadre des procédures habituelles ; 4) il a adressé son signalement à quelqu'un d'autre que la personne fautive ; 5) il était raisonnablement convaincu des agissements dénoncés ; 6) dans le cadre de son emploi, une mesure lui portant préjudice a été prise. Si l'employé établit ces éléments, il revient à l'employeur de montrer qu'il aurait pris la même mesure si le signalement n'avait pas eu lieu¹⁰⁵.

La protection légale des lanceurs d'alerte fédéraux a été renforcée sous la présidence Obama par le ***Whistleblowers Protection Enhancement Act*** du 27 novembre 2012, qui est revenu sur un certain nombre de constructions jurisprudentielles qui avaient eu pour effet de réduire le champ de la protection accordée aux lanceurs d'alerte par la loi de 1989¹⁰⁶. Elle a également étendu le champ de cette protection (par ex. aux distorsions de résultats de recherches scientifiques), amélioré le régime d'indemnisation des préjudices subis par les lanceurs d'alerte, encadré le recours aux clauses de confidentialité et dissuadé le recours abusif aux procédures disciplinaires. Elle a, enfin, introduit des innovations procédurales tendant à garantir un traitement plus équitable des justiciables et autorisé *l'US Office of Special Counsel* à se joindre bénévolement aux procédures.

104 V. le rapport du Conseil de l'Europe préc., p. 22.

105 V. le rapport précité du Conseil de l'Europe, p. 23.

106 V. sur ce point, le rapport du service central de la corruption (SCPC) de 2014, remis au Premier ministre et au garde des sceaux, ministre de la justice, p. 202. Sont ainsi désormais protégées : « 1) l'alerte donnée à toute personne (y compris, le cas échéant, le supérieur hiérarchique) ayant participé à la commission de l'acte répréhensible ; / 2) l'alerte relative à des faits ayant déjà donné lieu à une alerte ; / 3) l'alerte donnée alors que le lanceur d'alerte n'était pas en fonction ; / 4) l'alerte tardive par rapport à la date de commission des faits ; / 5) l'alerte donnée dans le cadre de l'exercice normal des fonctions du lanceur d'alerte. L'alerte est, au surplus, protégée quelle que soit l'intention (« motive ») du lanceur d'alerte ».

L'institutionnalisation de l'alerte au service de la lutte contre les fraudes

La **loi Sarbanes-Oxley** (dite **SOX**)¹⁰⁷, loi fédérale à portée extraterritoriale votée en réaction du krach boursier de 2001-2002, s'applique directement à toutes les entreprises cotées en bourse et indirectement aux filiales européennes des entreprises américaines cotées en bourse. Outre une définition large du lanceur d'alerte et le droit de saisir la presse, elle impose aux entreprises de mettre en place en interne des comités d'audit indépendants et de permettre aux employés de procéder à des signalements internes protégés (c'est-à-dire garantissant la confidentialité), et s'ils le souhaitent anonymes, sur les questions de nature comptable ou financière (art. 301). Elle impose également à chaque employé l'obligation de signaler à la *Securities and Exchange Commission* (SEC) – l'organisme fédéral américain en charge des marchés financiers – les fraudes éventuellement commises par son employeur ou son client. Dans le même temps, la loi SOX prévoit (art. 806) des sanctions pénales (peines d'amendes ou d'emprisonnement) et une obligation de réparation¹⁰⁸ pour les auteurs de représailles contre des donneurs d'alerte. Le texte vise en priorité la protection des intérêts des actionnaires, et non du grand public, en favorisant la responsabilisation des collaborateurs de l'entreprise et de ses dirigeants. Les sociétés qui ne se conforment pas à ces obligations sont passibles de lourdes sanctions infligées par le Nasdaq, la bourse de New York ou la SEC¹⁰⁹. Le coût supporté par les entreprises afin de mettre en place de tels dispositifs d'alerte interne a été vivement critiqué¹¹⁰.

Plus récemment, le **Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**, promulgué le 21 juillet 2010, prévoit non seulement la protection des lanceurs d'alerte, mais aussi une incitation financière pour ceux qui sont prêts à divulguer des renseignements fournissant aux commissions respectives des informations directes sur les violations des lois sur les valeurs mobilières ou les matières premières. Le montant versé au lanceur d'alerte est en corrélation directe avec les sanctions imposées au final par les commissions, à condition que celles-ci dépassent un million de dollars (entre 10 et 30 %) et sans que le lanceur d'alerte tente quelque action en justice¹¹¹.

107 *Corporate and Criminal Fraud Accountability Act*.

108 Il s'agit d'un amendement au chapitre 73 du titre 18 intitulé *Crimes and criminal procedure du United-States Code*, par ajout d'un nouvel article intitulé *Civil action to protect against retaliation in fraud case* (1514 A), qui prévoit une réintégration du salarié, l'obtention d'arriérés de salaires et même le versement de dommages et intérêts, incluant notamment les frais de justice.

109 *Listing manual* de la bourse de New York (art. 303A.10) et *Listing manual* du Nasdaq (art. 4350) : ils disposent que les sociétés cotées doivent disposer d'un code d'éthique pour les administrateurs, cadres et employés, lequel doit comporter des procédures d'alerte éthique et une protection des lanceurs d'alerte.

110 Dans son ouvrage *How – ou comment le comportement devient la clé du succès en affaire*, 26 octobre 2011 publié en français chez Dunod, D. Seidman relaie les chiffres suivants. Selon une étude du Wall street Journal, les coûts d'audit ont augmenté de 30% en un an. Le Financial Executive International estime lui qu'il est nécessaire de mobiliser 2 000 hommes/heures pour mettre en conformité les instruments d'une entreprise type d'un chiffre d'affaires de 25 millions de dollars.

111 A titre d'exemple, en 2014 un lanceur d'alerte étranger a perçu de la SEC un montant de 30 millions de dollars. Du mois d'août 2011 à septembre 2013, la SEC a reçu 6 573 signalements et plaintes de la part de lanceurs d'alerte (*in 2013 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program*, US Securities and Exchange Commission).



Particularité du dispositif

Compte tenu de l'organisation fédérale des États-Unis, où chaque État fédéré a sa propre constitution qui précise l'organisation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire et dispose de sa propre organisation judiciaire au sommet de laquelle se trouve une Cour suprême, et de la prédominance, dans le secteur privé, du principe de l'embauche discrétionnaire (« *At Will Employment* »)¹¹², le niveau de protection dont le lanceur d'alerte y bénéficie est assez inégal selon les États. Ce constat vaut aussi bien dans le secteur privé que le secteur public. Le niveau de protection des lanceurs d'alerte dans les administrations de niveau infra-fédéral est assez hétérogène selon les États fédérés, dès lors que ces derniers n'ont aucune obligation de transposer les règles applicables au niveau fédéral¹¹³.

2. Le Royaume-Uni, une protection de l'alerte dans l'intérêt public

Dans les années 80 et 90, le Royaume-Uni a connu une série de catastrophes sanitaires et de scandales financiers qui l'ont poussée à agir : naufrage d'un ferry au large de Zeebrugge en 1987, explosion de la plateforme pétrolière Piper Alpha en Mer du Nord en 1988, faillite du groupe Maxwell en 1991 révélant la fraude d'environ 440 millions de livres sur des pensions de retraite. Les rapports publics d'enquête sont parvenus à la conclusion que ces catastrophes auraient pu être évitées si les salariés des entreprises concernées avaient révélé les dysfonctionnements internes à leur entreprise. C'est dans ces circonstances que dans la quasi-unanimité et en raison de l'intérêt public (« *public interest* »), le Parlement Britannique a adopté le Public Interest Disclosure Act 1998 (dit PIDA). L'objectif de cette législation est double : d'une part, accorder une large protection aux salariés lanceurs d'alerte et, d'autre part encourager les entreprises britanniques à adopter des procédures internes afin de favoriser les lancements d'alertes.

Le Public Interest Disclosure Act, l'exemple abouti d'une protection globale du lanceur d'alerte

Organisée par le **PIDA**, la protection des lanceurs d'alerte, tant du secteur public que du secteur privé, a été significativement réformée par ***l'Enterprise and Regulatory Reform Act*** du 25 avril 2013, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2013 et par ***l'Amendement to the Prescribed Persons Order*** de 2014. Cette législation est souvent présentée comme l'exemple le plus abouti d'une réglementation

112 En vertu de ce principe, théorisé par Horace Gray Wood en 1877 dans son traité *Master and Servant*, puis consacré par la Cour Suprême (V. par exemple, *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908)), le salarié peut être licencié sans préavis « *for good cause, or bad cause, or no cause at all* » (pour un bon ou un mauvais motif, voire sans aucun motif).

113 V. sur ce point, le rapport du service central de la corruption (SCPC) préc., p. 203 : « *De niveau théoriquement élevé au sein des administrations fédérales et dans les administrations de ceux des États fédérés s'étant inspiré de la législation fédérale, la protection légale des lanceurs d'alerte aux États-Unis semble encore faible dans l'administration de certains États fédérés et dans de très larges pans du secteur privé. Le sort du lanceur d'alerte américain est donc souvent entre les mains du juge. Force est de constater à cet égard que la jurisprudence des différentes juridictions concernées est, en la matière, complexe et semble globalement peu favorable aux lanceurs d'alerte, hormis les cas où ils interviennent sur le fondement de lois fédérales garantissant expressément la protection du lanceur d'alerte, comme le False Claims Act ou le Dodd-Frank Act* ».

« globale » en la matière¹¹⁴. D'autres pays, notamment l'Irlande, le Japon ou l'Afrique du Sud, l'ont d'ailleurs utilisé comme élément de base pour bâtir leur propre législation.

Sans détailler les dispositions, au demeurant complexes, de la loi *PIDA*, en voici les grandes lignes. D'abord, la définition des agissements répréhensibles est large. Elle englobe la divulgation d'informations concernant des faits de corruption ou toute autre infraction pénale, des infractions civiles (négligence, non-respect de contrats ou du droit administratif...), des erreurs judiciaires, des risques pour la santé, la sécurité ou l'environnement et, point important, le fait de couvrir l'un de ces agissements. Les signalements qui constituent une infraction pénale ne sont pas protégés (cas par ex. des divulgations portant atteinte à l'intérêt national au regard de la sécurité de l'État ou des relations internationales).

Le lanceur d'alerte – la plupart des travailleurs sont couverts – peut saisir les employeurs, les autorités ou la presse, selon un principe de proportionnalité et de modalités claires opérant une gradation en trois paliers.

En 2013, pour les alertes internes, la subordination de la protection à la bonne foi du lanceur d'alerte a été remplacée par l'exigence de « croyance raisonnable » dans le caractère d'« intérêt public » de l'alerte, l'une des critiques de la loi portant sur l'interprétation trop libérale de la notion de bonne foi par les tribunaux du travail britanniques. L'intention fût alors de revenir à l'objectif premier de la loi *PIDA* en excluant les plaintes fondées sur des motifs personnels.

S'agissant des canaux externes, la réforme de 2014 a conduit à inclure les membres du parlement dans la liste des personnes auxquelles le lanceur peut avoir recours. Les alertes externes par voie de presse sont possibles dans l'hypothèse où le lanceur d'alerte n'a pas d'autre possibilité de faire aboutir son signalement, faute de réaction adéquate des autorités publiques saisies par lui.

S'agissant de la protection du lanceur d'alerte, celui-ci peut être maintenu sur son poste jusqu'au procès (grâce à une procédure de référé dédié) et bénéficie d'une réparation intégrale de son préjudice (sans plafonnement),¹¹⁵ les dédommagements pouvant cependant être réduits en cas de mauvaise foi. Une série de dispositions visent à protéger efficacement contre les licenciements injustifiés ou toute autre mesure de rétorsion (« *detriment* »), les personnes qui ont signalé des soupçons d'actes répréhensibles à leur employeur ou aux autorités de contrôle. Lorsqu'une plainte est déposée auprès d'une juridiction du travail en vertu de la loi *PIDA*, le dossier est transféré, avec l'accord du plaignant, aux autorités de contrôle

114 V. le rapport du Conseil de l'Europe préc., p. 20 : « Dans son rapport de 2009, l'APCE affirme que « le Royaume-Uni semble tenir lieu d'exemple dans ce domaine du droit » » ; v. également le rapport du SCPC préc., p. 206 : « *Transparency International estimait en 2013 que le dispositif législatif ainsi rénové du Royaume-Uni était l'un des plus avancés d'Europe, avec celui du Luxembourg, de la Roumanie et de la Slovénie* » .

115 Le préjudice financier: il n'est pas soumis au plafond habituel de dommages intérêts des tribunaux anglais (78 335 euros en 2015). Le préjudice financier tient compte de l'âge du lanceur d'alerte et de ses chances de retrouver un autre emploi en cas de licenciement. Dans cette affaire du 17 août 2011 (*Watkinson v Royal Cornwall Hospitals NHS Trust* n° 1702168/08), un lanceur d'alerte de 53 ans s'est vu allouer plus d'un million de livres de dommages et intérêts.



compétentes, qui décident d'enquêter ou non sur les faits dénoncés (fraude, non-respect de la législation sur la santé et la sécurité...). Le terme de *detriment*, utilisé dans la loi, est très large : en vertu de la jurisprudence, même l'absence d'enquête sur une préoccupation soulevée peut constituer une mesure de rétorsion¹¹⁶.

Enfin, les clauses éventuellement introduites dans les contrats de travail pour interdire préventivement le recours à l'alerte éthique (dénommées « *gagging clauses* ») étaient déjà réputées nulles et non avenues depuis 1996. Les employeurs sont, depuis le 1^{er} octobre 2013, tenus indirectement responsables des représailles qui pourraient être exercées par l'un ou l'autre de leurs employés à l'encontre d'un lanceur d'alerte appartenant à l'entreprise. La mise en place de mesures de prévention peut toutefois valoir circonstance atténuante en cas de contentieux.

L'UK Bribery Act de 2010, une législation à portée extraterritoriale contre la corruption

L'***UK Bribery Act*** de 2010, en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2011 (dit ***UKBA***), issue de la crise de 2008, présentée comme la loi anti-corruption la plus sévère à ce jour, prévoit des sanctions (amende illimitée, dix ans de prison) contre la corruption active, passive, active d'agent public étranger et le défaut de prévention de la corruption par les entreprises. Elle inclut des dispositifs d'alerte « sécurisés, confidentiels et accessibles pour les parties internes et externes ».

Au-delà des ressortissants, des entreprises et du territoire britanniques, elle a des effets extraterritoriaux, dès lors que l'un des faits s'est produit sur le territoire du Royaume-Uni ; ou qu'il est commis, dans le monde, par une personne ayant une « proche connexion » avec le Royaume-Uni (citoyenneté, siège ou résidence britanniques, tiers parties).

Le délit de défaut de prévention de la corruption est applicable à toute personne morale réalisant une activité, même partielle, au Royaume-Uni, et aux entreprises tierces. Les entreprises n'ayant aucune activité au Royaume-Uni peuvent être amenées à devoir mettre en place des procédures adéquates – si elles sont partenaires d'entreprises soumises à l'UKBA. Ces dernières, britanniques ou non, doivent contrôler à leur tour la conformité de leurs partenaires, au risque d'imposer une quarantaine aux entreprises non-conformes.

Le Code de gouvernance des entreprises impose également aux entreprises cotées à la Bourse de Londres de veiller à ce que des mécanismes soient en place pour que leur personnel puisse signaler de façon confidentielle d'éventuelles irrégularités et pour que ces préoccupations fassent l'objet d'un suivi indépendant et proportionné.

116 Les exemples de protection des lanceurs d'alerte contre les « *detriments* » infligés par leur employeur en raison de l'alerte sont abondants : mise à pied (*Bhebbie v Birmingham Trust* n° 1304678/11), mutation professionnelle (*Merrigan v University of Gloucester* n° 1401412/10), mutation géographique (*Mitchell v Barclays Bank plc* n° 2502431/12), désignation publique du lanceur d'alerte dans l'entreprise (*Okoh v Metronet Rail Ltd* n° 2201930/06), mise au placard (*Vinciunaita v Taylor Gordon Ltd* n° 3104508/10), harcèlement moral et exclusion (*Carroll v Greater Manchester Fire Service* n° 2407819/00).



Particularité du dispositif

En 2007, une enquête d'Ernst & Young a montré que 86% des cadres supérieurs britanniques travaillant dans des multinationales disaient se sentir libres de signaler des cas de fraude ou de corruption, contre une moyenne de 54% en Europe continentale. Cependant, certaines critiques sont formulées à l'encontre de la *PIDA*, jugée trop complexe et, malgré l'éventail des cas envisagés, pas assez protectrice. Le plan national anti-corruption publié le 18 décembre 2014 par les autorités britanniques a prévu la mise à l'étude, conjointement par le ministère de l'intérieur et le ministère en charge du développement économique, de mesures complémentaires pour améliorer la protection des lanceurs d'alerte. Le même plan prévoit également la réalisation, en 2018, d'un bilan approfondi de la mise en œuvre du dispositif de protection ainsi complété.

A la lumière de l'expérience, l'organisation *Public Concern at Work*, fondation créée en 1993¹¹⁷, préconise une approche globale de la réforme de la loi *PIDA*, en demandant notamment l'élargissement des catégories de personnes protégées (en incluant la protection des demandeurs d'emplois) ou encore la révision des catégories de faits répréhensibles couverts par la loi pour envisager d'y inclure les graves erreurs de gestion, l'évident gaspillage de fonds et l'abus de pouvoir. Des avancées sont à noter dans des domaines plus circonscrits, comme celui du secteur de la santé : le *Small Business, Enterprise and Employment Act* de 2015 prévoit ainsi l'interdiction de toute discrimination des demandeurs d'emplois ayant donné l'alerte dans le secteur spécifique de la santé publique (le *National Health Service*).

Enfin, la loi *PIDA* souffre paradoxalement d'une relative méconnaissance de la part des citoyens britanniques. Une enquête commandée en 2011 par *Public Concern at Work* a en effet montré que 77% des adultes au Royaume-Uni ignoraient l'existence de la loi *PIDA* ou pensaient qu'il n'existait aucune loi de protection des donneurs d'alerte. Cette organisation préconise, en la matière, un effort de sensibilisation accrue de la part des pouvoirs publics¹¹⁸.

3. L'Irlande, de l'approche sectorielle à l'approche globale

Dans un premier temps, l'Irlande a opté pour l'inscription de la protection des donneurs d'alerte dans des réglementations sectorielles – douze au total, dont notamment la protection des mineurs (*Protections for Persons Reporting Child Abuse Act 1998*), le secteur public (*Ethics in Public Office Act 2001*), la santé (*Health Act 2004*, amendé par le *Health Act 2007*), les organismes de bienfaisance (*Charities Act 2009*), la lutte contre la corruption (*Prevention of Corruption Acts 2010*).

C'est dans un contexte marqué par une série de scandales liés à la corruption des autorités politiques, qu'est présenté en 1999 un projet de loi visant à assurer une réglementation globale de l'alerte et de sa protection. Cependant, son

117 Cette organisation, qui contribua à la conception de la loi *PIDA*, a été créée pour offrir des conseils confidentiels et gratuits aux travailleurs désireux d'émettre un signalement mais ne sachant pas comment procéder de manière efficace. Leurs membres, qui sont tenus au secret professionnel, peuvent sur demande, donner l'alerte à leur place. Sur la période 1993-2012, environ 20 000 appels ont été traités, dont 71% en provenance de personnes ayant déjà discuté du problème avec leurs supérieurs.

118 V. le rapport du Conseil de l'Europe, déjà cité, p. 22.



adoption a stagné pendant sept ans, pour des motifs liés à la complexité juridique, avant d'être abandonné. L'Irlande a revu sa position à la lumière des critiques, notamment de la part de sa commission sur les normes de la fonction publique. Le rapport rendu en 2012 par le Tribunal Mahon (créé en 1997 pour enquêter sur les allégations de versement de pots-de-vin à des responsables politiques) constate que la fragmentation des règles sur la protection des donneurs d'alerte a engendré un système opaque et complexe, susceptible de dissuader certaines personnes de signaler des faits de corruption¹¹⁹. Tirant les conclusions de ces travaux, le Gouvernement a annoncé la création d'un cadre unique assurant la même protection aux donneurs d'alerte dans tous les secteurs de l'économie. Dans le même temps, les lanceurs d'alerte ont bénéficié d'une image positive de la part de l'opinion publique, en révélant notamment des mauvais traitements infligés à des patients d'un hôpital psychiatrique à Dublin, ainsi que des fraudes bancaires ou des faits de corruption au sein des autorités locales et du Gouvernement central.

Le ***Protected Disclosure Act 2014*** (dit ***PDA***) – qui s'applique aussi bien au secteur privé qu'au secteur public- s'inspire de l'expérience d'autres pays, comme le Royaume-Uni (*PIDA*), l'Afrique du Sud et la Nouvelle Zélande (lois « sur les signalements protégés », toutes deux adoptées en 2000), ainsi que des principes et recommandations développés par le G20, l'OCDE, l'ONU et le Conseil de l'Europe. Elle va au-delà de la loi *PIDA* en couvrant des sujets supplémentaires, dont au premier chef l'usage illicite ou inapproprié de financements publics. La loi couvre aussi les cas où « un acte, une omission ou le comportement d'un agent public constitue une oppression, une discrimination injustifiée, une grave négligence ou une grave erreur de gestion ». Le texte adopte une large définition de « travailleurs » qui inclut en plus des employés, les sous-traitants, les intérimaires ou les stagiaires.

Les signalements sont protégés, s'ils satisfont un certain nombre de conditions, dont celle de « *reasonable belief* » ou de « *croyance raisonnable* » dans la véracité des faits dénoncés. La notion de « *bonne foi* » présente dans le texte de la *PIDA*, n'est pas expressément retenue par la loi irlandaise. Les protections restent en principe effectives même si les renseignements divulgués ne révèlent pas ultérieurement des actes répréhensibles. Les destinataires d'un signalement protégé ou les personnes qui en ont connaissance ne doivent pas divulguer d'informations révélant l'identité du donneur d'alerte, sauf si ce dernier y consent ou si une telle divulgation est essentielle pour que l'enquête sur les allégations soit efficace, pour empêcher un préjudice grave ou pour se conformer aux principes généraux du droit. Les signalements anonymes ne sont pas protégés.

La loi reprend l'idée d'une « *échelle des canaux de l'alerte* », chère à la loi *PIDA*, tout en l'affinant, et dont le respect conditionne l'octroi d'une protection pouvant être très poussée. Outre un signalement gradué par paliers – le premier palier étant l'employeur-, elle offre ainsi à la fois une protection en amont – avec un référé conservatoire d'emploi jusqu'au procès (à l'instar de la *PIDA*), et en aval – avec une compensation financière, en cas de licenciement abusif après avoir lancé une alerte protégée, allant jusqu'à un maximum de cinq ans de rémunération. Ce système est

119 V. le rapport préc., p. 14 ; également, le rapport *Whistleblowing in Europe : legal protections for whistleblowers in the EU*, Transparency International, 2013.



cependant moins généreux que la loi *PIDA* qui prévoit un dédommagement intégral de la perte de revenus (incluant les années de retraite) et du préjudice moral.

Le texte irlandais prévoit en outre l'immunité contre les poursuites civiles qui seraient diligentées à l'encontre des lanceurs d'alerte et un régime favorable en cas de poursuite en diffamation. Il leur ouvre également la possibilité d'introduire une action en responsabilité délictuelle (« *tortious liability* ») contre un tiers pour avoir pris des mesures de rétorsion contre eux, voire même contre un membre de leur famille¹²⁰, ce qui ne figure pas dans la *PIDA*.

Enfin, les organismes publics – départements ministériels, collectivités locales et certaines autres entités financées par des fonds publics – doivent organiser des procédures d'alerte à destination de leurs employés (ou anciens employés) et leur adresser une information écrite sur ces procédures. Ils ont également l'obligation de publier un rapport annuel mentionnant le nombre d'alertes protégées qui ont été portées à leur connaissance et les actions entreprises en réponse à ces dernières. Il n'y a aucune obligation semblable pesant sur les employeurs du secteur privé. La *Workplace Relations Commission*¹²¹ a toutefois publié le *Code of Practice on Protected Disclosures Act 2014* – code de bonnes pratiques du *PDA*, qui les incite à mettre en place un dispositif d'alerte fiable et connu des salariés.

4. L'Italie, une approche parcellaire dans le cadre de la lutte contre la corruption

Inexistante en Italie jusqu'à une période récente, la protection légale des lanceurs d'alerte du secteur public y reste embryonnaire et circonscrite à un domaine précis, la lutte contre la corruption, qui apparaît comme une politique publique essentielle pour le pays.

Une législation émergente exclusivement dans le secteur public :

L'article 1^{er} (paragraphe 51) de la loi n° 190/2012 du 6 novembre 2012 portant dispositions diverses tendant à la prévention et à la répression de la corruption dans l'administration publique¹²² a modifié l'article 54 bis du décret-loi n° 165/2001 du 30 mars 2001 dit « de consolidation du service public », en prévoyant une protection du lanceur d'alerte – agent public, qui dénonce à l'autorité judiciaire, à la Cour des comptes ou à l'*Autorità nazionale anticorruzione* (ANAC) – autorité nationale de lutte contre la corruption¹²³ – ou encore à son supérieur hiérarchique, des comportements contraires à la loi dont il a eu connaissance à l'occasion de son activité professionnelle.

120 Le texte est en effet rédigé de manière suffisamment large pour permettre une telle interprétation.

121 Organisme indépendant qui a été créé le 1^{er} octobre 2015 dans le cadre du *Workplace Relations Act 2015* (n° 16 of 2015). Il reçoit notamment les plaintes des employés, lanceurs d'alerte, se plaignant de mesures discriminatoires en lien avec l'alerte donnée. Si la décision prise n'est pas respectée par l'employeur, les employés disposent d'un recours devant le *Labour Court*.

122 « *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione* ».

123 En 2014, a été adopté un décret-loi n° 90, qui autorise l'ANAC à sanctionner les administrations qui n'ont pas adopté un plan triennal de prévention de la corruption. Il lui donne également compétence pour recevoir les plaintes relatives aux actes répréhensibles en provenance des agents publics.



Le lanceur d'alerte fait alors l'objet d'une protection contre le licenciement, la rétrogradation et les mesures discriminatoires, qui est limitée aux seuls cas de dénonciation de faits de corruption. Cette protection ne joue pas s'il s'est rendu coupable de calomnie (considérée comme une entrave à la bonne administration de la justice) ou de diffamation (compte tenu de la nécessité de protéger la réputation des personnes accusées à tort). Dans le cadre d'une procédure disciplinaire, l'identité de la personne qui a fait le signalement ne peut pas être révélée sans son consentement, sauf si la contestation du grief disciplinaire se fonde sur des éléments obtenus à travers des sources distinctes et additionnelles par rapport au signalement. Si la contestation du grief se fonde, en revanche – dans sa totalité ou en partie – sur le signalement, l'identité peut être révélée dès lors que sa connaissance est absolument indispensable pour la défense de l'inculpé. Enfin, l'adoption de mesures discriminatoires est signalée au département de la fonction publique¹²⁴, pour qu'il puisse prendre les dispositions nécessaires qui relèvent de sa compétence, par l'intéressé ou par les organisations syndicales les plus représentatives dans l'administration concernée par la mesure dénoncée.

Le nouveau code de conduite pour la fonction publique¹²⁵ énonce, en son article 8 intitulé *Prévention de la corruption*, les devoirs des agents publics en la matière. L'agent est ainsi tenu au respect des mesures imposées par l'administration pour la prévention des illégalités et, en particulier, les prescriptions établies dans le plan national pour la prévention de la corruption : il est tenu à une collaboration active qui se concrétise par le signalement au supérieur hiérarchique de situations d'illégalité dans l'administration dont il a eu connaissance. Le ministère de la simplification et de l'administration publique a publié un modèle pour le signalement des illégalités recueillies sur la base de ces dispositions, qui est en ligne sur son site internet.¹²⁶

En mars 2015, le ministre de l'économie, Pier Carlo Padoan, a présenté un *Vademecum* destiné à « *la prévention de la corruption dans les sociétés contrôlées ou détenues par le ministre de l'économie et des finances* ». Parmi les mesures concrètes prévues par ce document d'une douzaine de pages, le Trésor va demander aux sociétés concernées de promouvoir le rôle des « *whistleblowers* » en leur assurant une « *protection idoine et en encourageant les salariés à dénoncer les actes illicites dont ils ont connaissance* ». En mai 2015, un autre outil de droit souple a été adopté par l'ANAC, qui a défini des *Lignes directrices en matière de protection de l'agent public qui signale des actes répréhensibles*. Elles explicitent les modalités de la procédure de signalement à l'intérieur des administrations et celles de la réception automatisée des signalements par l'ANAC qui s'est doté d'un système informatique dédié au recueil des alertes pour lesquelles elle est compétente.¹²⁷

124 Structure équivalente à un « secrétariat d'État », qui dépend du ministère de la simplification et de l'administration publique.

125 *Codice di condotta dei dipendenti pubblici*, adopté par décret du Président de la République n° 62 du 16 avril 2001. Il définit les devoirs de diligence, loyauté, impartialité et bonne conduite que les agents publics sont tenus d'observer.

126 *Modello per la segnalazione di condotte illecite (c. d. whistleblower)*.

127 Determina dell'autorità nazionale anticorruzione 28 aprile 2015 n° 6 « *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti* », in Gazz. Uff. 14 maggio 2015, n° 110 ; v. également, sur les conditions d'application de l'art. 54 bis du décret-loi n° 165/2001 du 30 mars 2001 : INAIL,

L'absence de protection légale dans le secteur privé

Comme en Allemagne, les lanceurs d'alerte du secteur privé ne bénéficient toujours d'aucune protection légale particulière, en dehors de celle qui peut leur être accordée au cas par cas par les tribunaux, sur la base des textes réprimant le licenciement abusif. Dans un arrêt du 14 mars 2013, la Cour Suprême d'Italie a toutefois affirmé que l'obligation de loyauté, de réserve et de discrétion du salarié ne s'imposait que pour autant que son employeur agissait dans la légalité¹²⁸.

Depuis une période récente, les entreprises privées ont mis en place des dispositifs d'alerte professionnelle permettant aux salariés de signaler des faits répréhensibles, liés en particulier à des malversations, la plupart de ces dispositifs ayant été conçus dans le respect de la loi SOX.

Particularité du dispositif

Le dispositif italien de protection des lanceurs d'alerte demeure récent et se caractérise par l'étroitesse du champ de la protection légale, qui ne concerne que la dénonciation des faits de corruption dans le secteur public, ce qui fait l'objet de critiques. Il a été notamment analysé par l'OCDE dans son rapport intitulé « *Integrity Review of Italy. Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust for Sustainable Growth* » de septembre 2013. En particulier, l'OCDE encourage l'Italie à adopter une politique plus globale en la matière. Cette dernière se baserait ainsi sur les cinq éléments suivants : une législation claire et complète ; des mécanismes de protection ; des procédures claires et des canaux sécurisés où dénoncer les faits illicites ; des mécanismes d'application. Actuellement, sont à l'étude ou en discussion des projets de loi devant le Parlement pour instaurer des mécanismes de « récompense » pour le lanceur d'alerte – à l'instar de ce qui existe dans la législation américaine – ou encore, élargir le dispositif existant au secteur privé¹²⁹.

5. Les Pays-Bas, sur la piste de solutions innovantes ?

Bien que les Pays-Bas ne disposent pas actuellement d'une législation nationale autonome, il existe une variété de lois et de procédures qui amorcent- en dépit de leurs limites – les débuts d'un système de protection des lanceurs d'alerte. Ce dernier s'accompagne également d'initiatives émanant de la société civile : tel est le cas de la création de la plate-forme sécurisée et anonyme ***Publeaks, en vue d'offrir aux lanceurs d'alerte la possibilité de communiquer leurs informations aux médias.***

Une législation en devenir centrée sur le secteur public :

En 2001, les Pays-Bas sont devenus l'un des premiers pays européens à introduire des procédures d'alerte explicites pour les fonctionnaires¹³⁰. Cela a été suivi par la

Circolare – 28/07/2015, n. 64 Disposizioni attuative dell'art. 54-bis del D.Lgs. n° 165/2001, recante norme in materia di "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti" (c.d. "whistleblower").

128 V. le rapport du SCPC 2014 préc., p. 208.

129 V. G. Gargano, « La « cultura del Whistleblower » quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione », *Federalismi.it*, rivista di diritto pubblico italiano comparato, Europeo, 13 janvier 2016.

130 V. le rapport *Whistleblowing in Europe : legal protections for whistleblowers in the EU*,



création en 2006 de la Commission pour la promotion éthique et l'intégrité dans le secteur public, où les fonctionnaires peuvent obtenir des conseils ; l'expansion en 2011 du *Bureau de l'Ombudsman national* (médiateur) pour y inclure des interventions en cas d'alerte lancée ; et l'ouverture en 2012 d'une antenne de conseils et d'informations aux lanceurs d'alerte (« *Adviespunt Klokkenuiders* »¹³¹), où les employés du secteur public et privé peuvent obtenir un soutien et des conseils.

S'agissant du secteur public, le **règlement sur les donneurs d'alerte pour le Gouvernement central et la police** est entré en vigueur en 2010. Des dispositions du même type ont été adoptées pour le secteur de la défense, puis étendues à d'autres secteurs de la fonction publique depuis le 1^{er} janvier 2014. Son originalité est d'ouvrir la possibilité de donner l'alerte sur une pratique répréhensible dans un service ou une organisation où l'on n'est pas soi-même employé ou l'on n'est plus employé (jusqu'à deux ans après la fin de leur contrat). Les supérieurs doivent veiller à ce que le donneur d'alerte puisse continuer à s'acquitter de ses tâches sans aucun obstacle, y compris en empêchant tout acte de représailles de la part de collègues. Au sein de chaque service gouvernemental, est nommé un « *conseiller confidentiel pour l'intégrité* », auquel il est possible de signaler confidentiellement les cas d'inconduite ou d'atteinte aux règles déontologiques susceptibles de porter gravement atteinte à la chose publique ; ce conseiller assure un retour sur les suites données au signalement et précise, le cas échéant, les autres démarches que le lanceur d'alerte pourrait entreprendre. L'alerte est entourée d'une garantie de confidentialité (l'identité du donneur d'alerte étant gardée secrète s'il en fait la demande).

En outre, si un donneur d'alerte ou un conseiller confidentiel souhaite contester les conclusions d'une enquête interne ou externe et porter l'affaire en justice, les frais de procédure lui sont partiellement remboursés – les frais d'assistance juridique, par exemple (jusqu'à 5 000 euros). Si les conclusions de l'enquête interne ne sont pas satisfaisantes, si l'enquête s'avère trop longue (plus de douze semaines) ou même en présence de motifs valables, il est possible de signaler ses préoccupations à la Commission pour l'intégrité (composée d'experts indépendants nommés par le ministre de l'intérieur). Les signalements aux médias ne sont en revanche pas protégés.

Enfin, si aucune loi ne protège explicitement les employés du secteur privé, la Fondation du travail (STAR – la plate-forme nationale des associations d'employeurs et de salariés) a élaboré un code de conduite et encouragé ses membres à inclure des procédures d'alerte dans tous les accords de négociation collective. Bien que d'une grande clarté, ces procédures ne sont pas appliquées largement dans les entreprises néerlandaises, dont beaucoup répugnent à des mécanismes indépendants et insistent pour que les plaintes déposées le soient exclusivement en interne.

Transparency International, 2013.

131 Le terme néerlandais équivalent à « lanceur d'alerte » est celui de « *Klokkenuider* », ce qui signifie littéralement « sonneur ». Il a été employé pour la première fois par le professeur M. Bovens en 1987.



Le projet de création d'une « Maison des lanceurs d'alerte »

Une première proposition de loi déposée en 2012, fruit de l'alliance de six partis politiques, avait été adoptée à la chambre des représentants le 17 décembre 2013 en vue de créer une « Maison des lanceurs d'alerte » ou (« *Huis voor klokkenluiders* »). Elle n'a pas été adoptée par le Sénat, qui a sollicité un projet modificatif. Une seconde proposition a été votée par la chambre des représentants en juillet 2015. Ce texte est actuellement pendant devant le Sénat et a fait l'objet d'un avis du Conseil d'État des Pays-Bas le 30 janvier 2015. Il s'agirait d'une structure disposant d'une certaine indépendance et dotée d'un budget de 3,5 millions d'euros par an. Elle permettrait d'offrir une protection et des conseils aux lanceurs d'alerte mais également d'enquêter directement sur les situations qui ont fait l'objet d'un signalement tant dans le secteur public que dans le secteur privé. La « Maison des lanceurs d'alerte » aurait ainsi des pouvoirs d'investigation importants, en particulier dans le secteur public, allant ainsi bien au-delà des missions actuellement dévolues à la Commission pour l'intégrité. Les institutions gouvernementales seraient dans l'obligation de lui donner accès à toutes les informations nécessaires au cours de son enquête. Le texte en discussion prévoit également une protection légale du lanceur d'alerte, qui ne pourrait pas être licencié tant qu'une enquête menée par la « Maison des lanceurs d'alerte » serait en cours.





Annexe 6 – Contribution du professeur Henri Oberdorff sur la notion d’alerte éthique

Au sens classique, alerter revient à prévenir d’un danger ou d’un risque imminent afin de susciter, en temps suffisamment opportun, l’intervention de mesures pour les faire cesser. On est alors dans le domaine de l’alerte professionnelle classique par exemple pour les services de secours ou de sécurité. La notion de l’alerte éthique est d’une autre nature. Elle est lancée par une « *personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l’intérêt général* »¹³². Le lanceur d’alerte éthique, doté d’un certain sens de sa responsabilité et d’une grande vigilance citoyenne, a la volonté de dénoncer de graves dysfonctionnements, soit des pouvoirs publics, soit des entreprises. Il choisit de faire prévaloir sa conscience sur le devoir d’obéissance parce qu’il considère qu’il a le devoir éthique de dire la vérité sur ce qu’il a eu à connaître, par exemple lors de ses activités professionnelles. Au fond, il s’agit, pour reprendre la qualification d’Albert Camus, d’un homme révolté, « *un homme qui dit non, mais s’il refuse, il ne renonce pas.* »¹³³

Ces dernières années, de nombreux cas de lanceurs d’alerte éthique sont à relever. Certains ont acquis une très grande célébrité parfois mondiale. Edward Snowden, Julien Assange ou Irène Frachon, « *figurent désormais au panthéon de la citoyenneté numérique, au firmament de la désobéissance civique* »¹³⁴. D’autres restent plus anonymes, « *mais ils font tous prévaloir leur conscience, dans un mouvement d’insurrection* »¹³⁵. Cette augmentation des alertes éthiques est très significative. Elle révèle une forme de défiance à l’égard de tous les pouvoirs, une étape de la « *contre-démocratie* » pour employer la formule de Pierre Rosanvallon¹³⁶. Elle souligne notamment que les autres canaux classiques de contrôle semblent parfois défaillants.

Pour autant, la notion très large d’alerte éthique reste délicate à cerner, car elle se situe entre dénonciation et désobéissance.¹³⁷ Le lanceur d’alerte est lui aussi difficile à classer sur le plan juridique. En effet, dans un premier sens, « *le lanceur d’alerte apparaît dans sa relation avec l’État davantage comme un dénonciateur légal que comme un désobéissant* »¹³⁸. Cela explique que des législations sectorielles aient été adoptées pour organiser ces dénonciations, aussi bien aux États-Unis qu’en France. Dans un sens plus large, le lanceur d’alerte est plus proche du « *parrésiasite* », cher à Michel Foucault dans son cours au collège de France¹³⁹, c’est-à-dire celui qui

132 Fr. Chateauraynaud, « Lanceur d’alerte », in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, URL : <http://www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte>

133 A. Camus, *L’homme révolté*, NRF Gallimard, 1951, p. 20

134 N. Truong, « À quoi servent les lanceurs d’alerte », *Le Monde*, 9 novembre 2015

135 W. Bourdon, *Le Monde*, 9 novembre 2015

136 P. Rosanvallon, *La contre-démocratie, la politique à l’âge de la défiance*, Seuil, 2006

137 D. Lochak, « L’alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236

138 S. Slama, « Le lanceur d’alerte, une nouvelle figure du droit public ? » *AJDA*, 2014, p ; 2231

139 M. Foucault, *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II*, Cours au Collège de

prend le risque de dire la vérité, comme Socrate en son temps. Il est relativement aisé de réglementer le premier type d'alerte. Il semble plus délicat de le faire pour l'acception la plus large qui semble, par certains aspects de désobéissance proche de la notion de résistance à l'oppression, proclamée comme un droit naturel et imprescriptible par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. L'alerte éthique est une synthèse de ces deux approches.

La nouvelle préoccupation française pour l'alerte éthique est justifiée par la volonté collective d'améliorer le fonctionnement global de notre démocratie. Elle est éclairée par une longue tradition notamment américaine¹⁴⁰, par les recommandations du Conseil de l'Europe¹⁴¹ et par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'expression. En effet, les États démocratiques ne sont plus seulement évalués sur les seuls critères économiques pour effectuer un classement mais aussi sur leur lutte contre toutes les formes de corruption. Des organisations non gouvernementales opèrent d'ailleurs des classements à partir des systèmes nationaux d'intégrité de la vie publique et économique.¹⁴² L'existence de la vigilance citoyenne est indispensable pour lutter contre les phénomènes ou les pratiques de corruption. L'objectif essentiel visé est de rendre la démocratie plus vertueuse et plus exemplaire. Cela suppose de sécuriser au mieux les usages de alerte éthique et les lanceurs d'alerte.

L'alerte éthique concrétise une nouvelle vigilance citoyenne

L'alerte éthique représente une nouvelle forme de la vigilance citoyenne dans une démocratie. Elle prévient de dysfonctionnements constatés de l'intérieur ou de l'extérieur des institutions publiques ou des entreprises. Elle se rapproche des révélations dévoilées par des journalistes d'investigation qui concrétisent le droit de savoir¹⁴³. Elle contribue aussi à la liberté d'expression. L'alerte éthique permet de dire la vérité pour servir l'intérêt général en utilisant les moyens adaptés à notre époque

Dire la vérité au nom de l'intérêt général

L'alerte éthique est une « parrésia » moderne. Elle « *est le courage de la vérité chez celui qui parle et prend le risque de dire, en dépit de tout, toute la vérité qu'il pense, mais c'est aussi le courage de l'interlocuteur qui accepte de recevoir comme vraie la vérité blessante qu'il entend* »¹⁴⁴. De manière plus concrète et plus spécialisée, la vérité est susceptible d'être dévoilée dans des hypothèses juridiquement déjà bien structurées, en droit français, comme : le signalement de faits de corruption dans le

France, Gallimard-Seuil, 2009

140 N.-M. Meyer, « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », AJDA, 2014 p. 2242 ; N. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte, une innovation française venue d'outre-atlantique », La semaine juridique, entreprises et affaires, n° 42 15 octobre 2015

141 Conseil de l'Europe, Protection des lanceurs d'alerte, Recommandation CM/Rec (2014) 7

142 Transparency France, Système national d'intégrité, Le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique, http://www.transparencyfrance.org/e_upload/pdf/rapport_sni_transparence_international_france.pdf

143 E. Plenel, *Le droit de savoir*, Don Quichotte, 2013

144 M. Foucault déjà cité

secteur privé¹⁴⁵ ; le signalement de faits relatifs à la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé¹⁴⁶ ; le signalement de risques graves pour la santé publique et l'environnement¹⁴⁷ ; le signalement des conflits d'intérêt dans la vie publique¹⁴⁸ ; le signalement de tout fait constitutif d'un crime ou d'un délit¹⁴⁹ ; les faits d'agissement contraires au principe de non-discrimination y compris à l'égard du sexe¹⁵⁰ ; les faits constitutifs d'harcèlement sexuel¹⁵¹ ou moral¹⁵². Toutes ces hypothèses de dysfonctionnements sont, pour le lanceur d'alerte en relation avec des préoccupations de défense de l'intérêt général.

Il s'agit bien pour le lanceur d'une alerte éthique de dire la vérité. « *Il importe donc d'établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information est authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question.* »¹⁵³ Le lanceur d'alerte intervient au nom de l'intérêt général qu'il souhaite défendre par ce moyen. Il ne pense donc pas alors à ses propres intérêts, mais est conscient de sa responsabilité citoyenne. « *L'intérêt général n'est pas seulement l'affaire des pouvoirs publics. Il concerne, en réalité, chaque citoyen. La recherche de l'intérêt général public implique, en effet, la capacité pour chacun de prendre de la distance avec ses propres intérêts* »¹⁵⁴ Or la vigilance citoyenne n'est possible que si, chaque citoyen prend sa part dans la défense de l'intérêt général, éventuellement si cela devient indispensable en dénonçant des dysfonctionnements éthiquement répréhensibles. Cela suppose que les citoyens « *prennent au sérieux la démocratie* »¹⁵⁵

Par des moyens adaptés à notre temps

Cette nouvelle vigilance citoyenne se doit aussi d'être exercée de manière responsable. En effet, le lanceur d'alerte éthique se doit d'avoir lui aussi un comportement éthique. S'il a, à sa disposition, une procédure structurée pour lancer son alerte, il doit effectivement d'abord y recourir, sans sauter les étapes pour aller vers une médiatisation intempestive. La Cour européenne des droits de l'homme le rappelle de manière très claire dans sa jurisprudence : « *Eu égard*

145 Art. 9 de la loi n° 207-316 du 16 avril 2007 relative à la lutte contre la corruption et créant l'article L.1161-1 du code du travail

146 Art. 43 de la loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, créant l'article L.5312-4-2 du code de la santé publique

147 Art. 11 de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, créant l'article L.1351-1 du code du travail

148 Art. 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

149 Art. 35 de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et art. 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

150 Art. 6 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

151 Art. 6 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

152 Art. 6 *quinquies* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

153 Selon les principes développés par la CEDH, 12 février 2008, *Gujac/Moldavie*, n° 142277/04

154 Conseil d'État, rapport public, 1999, *L'intérêt général*, ED n° 50 1999, 357

155 F. Hartmann, *Lanceurs d'alerte, les mauvaises consciences de nos démocraties*, Ed. Don Quichotte, 2014



à l'obligation de discrétion susmentionnée, il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement. »¹⁵⁶ En effet, la voie médiatique utilisée de manière non adéquate peut aussi avoir des effets très négatifs pour la démocratie.

Néanmoins, il est important de mesurer les transformations opérées par l'espace numérique y compris sur la question des alertes éthiques. En effet, l'espace numérique se révèle, de plus en plus aussi adapté « *aux fonctions de vigilance, de dénonciation et de notation. Mieux Internet est l'expression réalisée de ces pouvoirs. ...Internet est devenu un espace généralisé de veille et d'évaluation du monde. Loin de constituer un simple instrument, il est la fonction même de surveillance...* »¹⁵⁷ En effet, on peut se demander si « *l'apport le plus novateur d'Internet n'est pas la possibilité pour les internautes au moins d'évaluer la pertinence d'une politique publique au plus de la remettre en cause. Il s'agit de manifester, via l'Internet, une cyber-résistance* »¹⁵⁸ Il est très symptomatique de constater que les lanceurs d'alerte les plus médiatisés ont souvent utilisé Internet pour agir. La cyber-résistance a montré son efficacité ces dernières années, y compris dans les régimes non démocratiques,

L'alerte éthique est au service d'une démocratie plus vertueuse

« *L'alerte éthique doit, en dernière instance, contribuer sans la bloquer, au fonctionnement régulier des pouvoirs publics et des entreprises et donc au bon déroulement de la vie publique, économique et sociale de notre pays.* »¹⁵⁹ Elle n'a pas pour fonction d'empêcher, tant qu'elle le reste, la démocratie de fonctionner, mais de la rendre plus vertueuse et plus complète. L'alerte éthique est une forme de recherche vertueuse. Cela suppose que l'alerte éthique soit suffisamment sécurisée.

Une démocratie plus complète dans ses procédures

La démocratie ne se résume pas à l'élection régulière des principaux responsables politiques pour leur donner une légitimité politique. Elle est aussi inséparable d'une éthique politique et de comportements irréprochables dans la gestion des affaires publiques et privées. Cela fût très clairement exprimé par Alain qui considérait que « *la démocratie réserve au peuple un pouvoir de regard et de jugement. Il n'en faut pas plus. Tous les abus sont secrets* »¹⁶⁰ L'alerte éthique participe, elle aussi, au perfectionnement de la démocratie. En effet, on assiste depuis plusieurs années à la montée en puissance de notions, un temps négligé, comme l'éthique, la déontologie, l'évaluation, la transparence ou la vigilance citoyenne. Ces notions visent toutes au bon fonctionnement de l'ensemble des

156 CEDH, 12 février 2008, *Gujac/Moldavie*, n° 142277/04, § 73

157 P. Rosanvallon, déjà cité, *Seuil*, 2006 p. 75

158 H. Oberdorff, *La démocratie à l'ère du numérique*, PUG, 2010 p. 96

159 J.-M. Sauvé, intervention au colloque de la Fondation sciences citoyennes et de Transparency International France sur les Lanceurs d'alerte, Assemblée nationale février 2015

160 Alain, *Propos de politique*, Ed. Rieder, Paris, 1934 p. 324

structures publiques ou privées. Par ailleurs, un activisme social s'est développé et a renouvelé le militantisme afin de rendre les démocraties plus vertueuses. Cela a donné naissance à des associations ou des organisations spécialisées comme : Anticor, Association Sherpa, la Quadrature du Net, Fondation Sciences citoyennes, Sea Shephard France, Transparency international France...

Le lanceur d'alerte éthique est aussi une nouvelle figure de cette modernisation de la démocratie. En effet, comme le souligne le Conseil de l'Europe, dans sa recommandation pour la protection des lanceurs d'alerte, l'importance de ces derniers pour le bon fonctionnement d'une véritable démocratie : « *les personnes qui font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général peuvent contribuer à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique* »¹⁶¹ La vigilance citoyenne participe du processus démocratique justement parce qu'elle veille à son bon fonctionnement y compris par la manifestation d'une défiance ciblée à l'égard des pouvoirs publics ou économiques. Elle contribue à la réalisation d'une démocratie participative complémentaire de la démocratie représentative et conforte l'idée d'une démocratie continue.

Une démocratie capable de sécuriser l'alerte éthique

Pour que cette nouvelle forme de vigilance citoyenne fonctionne, il est indispensable que les lanceurs d'alerte éthique de bonne foi soient bien protégés. Cela suppose de créer une véritable culture de l'alerte. La tâche est loin d'être simple, car il s'agit de concevoir, de manière plus globale qu'aujourd'hui, des procédures de mise en doute du bon fonctionnement des pouvoirs publics, des administrations ou des entreprises. Pourtant, « *il est important et nécessaire que les employeurs comprennent pourquoi il est de leur intérêt d'encourager ceux qui travaillent pour leur compte à faire état suffisamment tôt de leurs préoccupations au sujet d'actes répréhensibles ou de risques de préjudice et qu'ils puissent le faire en toute sécurité* »¹⁶² En même temps, il s'agit de respecter « *le juste équilibre entre d'une part, la liberté d'expression et la liberté de la presse qui incluent la protection des sources journalistiques et la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte et, d'autre part, la protection des données confidentielles des organes étatiques.* »¹⁶³

Les propositions sont nombreuses pour aboutir à sécuriser l'alerte éthique, justement au sens large. En effet, la démarche française actuelle qui a consisté à segmenter, par domaine les procédures d'alerte, manque de lisibilité et de visibilité, d'autant plus que tous les faits révélés ne sont pas nécessairement constitutifs d'un crime ou d'un délit en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale. Cela suppose non seulement d'élargir le champ du droit d'alerte, mais aussi de mieux organiser une protection renforcée du lanceur d'alerte. Il est proposé, par exemple, d'instaurer « *un canal d'information sécurisé au profit des lanceurs d'alerte leur permettant de saisir une personnalité indépendante chargée de les protéger contre*

161 Conseil de l'Europe, Protection des lanceurs d'alerte, Recommandation CM/Rec (2014) 7

162 Conseil de l'Europe, Protection des lanceurs d'alerte, Recommandation CM/Rec (2014) 7, exposé des motifs § 91

163 CEDH, 19 janvier 2016, *Görmüs et autres c/ Turquie*, n° 49085/07, § 52



d'éventuelles menaces ou représailles.»¹⁶⁴ La Haute Autorité pour la transparence de la vie publique montre le chemin puisqu'elle est déjà susceptible d'être saisie par des associations citoyennes chargées de lutter contre la corruption. Cela ne peut que « *renouer la confiance publique* »¹⁶⁵. De même, d'autres propositions vont dans le sens de l'organisation d'une protection globale des lanceurs d'alerte.¹⁶⁶ Il est même suggéré d'aller « *vers une reconnaissance constitutionnelle du 'lanceur d'alerte éthique'... pour poser la légitimité démocratique de sa démarche.* »¹⁶⁷ Il est aussi indispensable d'être guidé ou informé sur les démarches concrètes à entreprendre.¹⁶⁸

L'alerte éthique ne peut pas reposer seulement sur de nouveaux héros de la démocratie qui acceptent de prendre tous les risques pour dire la vérité sur des dysfonctionnements majeurs. Elle doit pouvoir compter sur des citoyens ordinaires comme autant de vigies vertueuses pour contribuer au bon fonctionnement des pouvoirs publics ou des entreprises.

Henri Oberdorff
Professeur émérite à l'Université de Grenoble-Alpes
Le 31 janvier 2016

164 Recommandation n° 13 du rapport d'information de la Commission de réflexion et de proposition sur le droit et les libertés à l'âge numérique, Assemblée nationale, 2015.

165 J.-L. Nadal, *Renouer avec la confiance publique*, Documentation française, 2014.

166 Proposition de loi globale relative à la protection des lanceurs d'alerte, Y. Galut, Assemblée nationale, 3 décembre 2015.

167 D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, Seuil, 2015, p. 224.

168 Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte français, Transparency international France ; V. aussi W. Bourdon, E. Plenel et G. Ryle, « Une plateforme de protection des lanceurs d'alerte, pour la défense des libertés », *Le Monde*, 24 avril 2014.



Annexe 7 – Les lanceurs d’alerte et le secret professionnel (note du ministère de la justice)

DIRECTION DES AFFAIRES CRIMINELLES ET DES GRÂCES

SOUS-DIRECTION DE LA NEGOCIATION ET DE LA LEGISLATION PENALES

Bureau de la législation pénale spécialisée

Rédacteur : Thibault Cayssials

Les lanceurs d’alerte et le secret professionnel

Résumé : L’articulation entre les dispositions pénales sanctionnant la violation du secret professionnel et celles autorisant la révélation de certains faits apparaît parfois incertaine. Les textes ne permettent pas toujours de trancher ce conflit de normes de manière satisfaisante. Comme d’autres textes permettant la révélation de faits répréhensibles, les dispositifs favorisant l’alerte n’abordent pas la question du secret professionnel protégé par la loi. Par conséquent, si des dispositions spécifiques protègent le lanceur d’alerte contre les sanctions disciplinaires dans le cadre professionnel, elles ne peuvent constituer une cause d’irresponsabilité pénale de celui qui dévoile des faits couverts par le secret.

Les lanceurs d’alerte peuvent être définis comme les personnes qui portent par tout moyen à la connaissance de leurs employeurs, des autorités administratives ou judiciaires, ou du public, des faits répréhensibles qu’elles ont découverts dans l’exercice ou à l’occasion de leurs fonctions.

Ces révélations sont toutefois susceptibles de heurter les intérêts de la hiérarchie du lanceur d’alerte ou de la mettre en cause, et peuvent ainsi avoir pour conséquence de fragiliser la situation professionnelle de ce dernier.

Parce qu’elles poursuivent un objectif d’intérêt général, ces révélations doivent être encouragées et les personnes qui en sont à l’origine ne sauraient être abandonnées face à un choix cornélien : dénoncer des faits répréhensibles ou protéger leurs intérêts personnels.

Depuis 2007, plusieurs lois sont intervenues afin de faire bénéficier le lanceur d’alerte d’une protection contre toute mesure de rétorsion ou de discrimination dans le cadre professionnel.

Pour autant, l’alerte est également susceptible de porter atteinte au secret professionnel protégé par la loi et dont la violation est pénalement sanctionnée par l’article 226-13 du code pénal.



Toutefois, la protection du secret professionnel ne saurait être absolue et le législateur autorise dans certaines hypothèses sa révélation lorsqu'il entre en conflit avec une autre valeur sociale de niveau au moins équivalent.

Outre ces dispositifs concernant les lanceurs d'alerte, il existe par ailleurs de nombreux textes imposant ou autorisant la révélation de certains faits.

L'ensemble de ces dispositifs doit être examiné afin de trancher le conflit entre ceux qui imposent de se taire et ceux qui imposent ou autorisent la révélation.

I. La protection du secret professionnel

L'article 226-13 du code pénal sanctionne la révélation d'une information à caractère secret par un professionnel qui en est dépositaire¹⁶⁹.

L'incrimination concerne les professionnels que la loi ou le règlement désignent comme dépositaires d'un secret. Sont en revanche exclues de son champ d'application les personnes seulement astreintes à une clause contractuelle de confidentialité.

En renvoyant aux dispositions particulières le soin de définir ce qui relève du secret professionnel, la loi réprime sans distinction celui qui viole le secret, sans opérer de distinction entre les différentes professions.

Parmi la liste particulièrement large des professionnels soumis au secret, on peut notamment citer :

- Les médecins et les professionnels de santé ;
- Les services sociaux ;
- Les professions financières et commerciales (banquiers, commissaires aux comptes, experts-comptables) ;
- Les professions juridiques et judiciaires (avocats, notaires, huissiers, commissaires-priseurs, administrateurs judiciaires) ;
- Les fonctionnaires et autres agents publics.

L'ensemble de ces professions sont susceptibles d'être concernées par le droit de l'alerte, qu'il s'agisse notamment de la révélation d'infraction financières ou encore de l'existence d'un risque grave pour la santé publique.

II. Les dispositifs juridiques qui permettent de justifier la révélation du secret professionnel

Le secret professionnel ne peut être absolu et il existe des cas dans lesquels sa violation est autorisée ou prescrite pour un motif d'intérêt général.

Il apparaît dès lors inconcevable de pouvoir sanctionner l'auteur de la révélation d'un secret professionnel lorsque cette révélation est par ailleurs prévue par d'autres textes.

169 Article 226-13 du code pénal : « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit à raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».



1. L'ordre de la loi ou du règlement :

L'article 122-4 du code pénal prévoit une cause générale d'irresponsabilité de l'auteur de l'acte pénalement sanctionné lorsque ce dernier est commandé ou autorisé par la loi ou le règlement¹⁷⁰. Il peut s'agir d'un ordre de la loi pénale ou de la loi civile. En principe, un règlement ne peut déroger à une loi, sauf s'il s'agit d'un règlement précisant les conditions d'application d'une loi par délégation de cette dernière.

Les cas de justification de la révélation de faits couverts par le secret professionnel sont nombreux¹⁷¹.

2. Les dérogations expresses prévues par l'article 226-14 du code pénal

L'article 226-14¹⁷² du code pénal prévoit un certain nombre de situations dans lesquelles sont inapplicables les dispositions de l'article 226-13 du code pénal :

- Lorsque la loi impose ou autorise la révélation du secret ;
- Lorsqu'il s'agit de faits expressément cités par l'article 226-14.

Outre des situations précises, l'article 226-14 évoque également comme cause d'irresponsabilité pénale le fait justificatif de l'ordre ou de l'autorisation de la loi et on peut s'interroger sur l'intérêt d'une telle disposition qui concurrence, sans rien apporter de nouveau, les dispositions générales de l'article 122-4 du code pénal précitées.

Il existe néanmoins des dispositifs juridiques, notamment ceux qui protègent le lanceur d'alerte, qui permettent la révélation de certains faits, sans pour autant permettre la révélation du secret professionnel.

170 Article 122-4 du code pénal : « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires [...]* ».

171 V. par exemple l'article L. 3113-1 du code de la santé publique qui impose aux médecins de dénoncer aux autorités sanitaires certaines maladies contagieuses.

172 Article 226-14 du code pénal : « *l'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : / 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ; 2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ; / 3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une. / Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi.* »



III. Les dispositifs juridiques qui ne permettent pas de justifier la révélation du secret professionnel

1. La non-dénonciation de crime ou de mauvais traitement

Les articles 434-1¹⁷³ et 434-3¹⁷⁴ du code pénal sanctionnent l'omission de révéler certains faits et entrent directement en conflit avec ceux réprimant la violation du secret professionnel.

Le conflit d'intérêt entre des dispositions qui imposent de parler et celles qui imposent de se taire est ici clairement tranché. Les derniers alinéas des articles précités prévoient expressément que les délits de non-dénonciation ne peuvent être reprochés aux personnes astreintes au secret.

Tel n'était pas le cas sous l'empire de l'ancien code pénal puisque l'ancien article 62, auquel a succédé l'article 434-1, était muet quant à l'articulation avec les dispositions réprimant le secret professionnel.

La doctrine et les juges du fond étaient restés divisés sur la possibilité de sanctionner la non-dénonciation de crime commis par une personne astreinte au secret professionnel¹⁷⁵ et la Cour de cassation n'avait jamais tranché cette question.

En cas de conflit d'incriminations, deux interprétations sont envisageables. Soit chacune des incriminations déroge à l'autre et se neutralisent mutuellement. La personne qui commet l'une des deux infractions sera toujours pénalement irresponsable si elle a obéi aux injonctions de l'autre. Soit l'une des incriminations déroge à l'autre et justifie la commission de cette dernière et il s'agit alors d'identifier laquelle des deux infractions constitue la loi spéciale.

2. La non-empêchement de crime ou de délit et la non-assistance à personne en péril

L'article 223-6¹⁷⁶ du code pénal sanctionne d'une part le fait de ne pas empêcher

173 Article 434-1 du code pénal : « Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. / Sont exceptés des dispositions qui précèdent, sauf en ce qui concerne les crimes commis sur les mineurs de quinze ans : / 1° Les parents en ligne directe et leurs conjoints, ainsi que les frères et sœurs et leurs conjoints, de l'auteur ou du complice du crime ; / 2° Le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui. / Sont également exceptées des dispositions du premier alinéa les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

174 Article 434-3 du code pénal : « Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. / Sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

175 V. dans un sens, Lyon, 1^{er} avril 1988 et en sens inverse, Agen, 1^{er} mars 1991.

176 Article 223-6 du code pénal : « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. / Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en

un crime ou un délit contre l'intégrité corporelle et d'autre par le fait de s'abstenir de porter assistance à une personne en péril.

Le texte d'incrimination reste ici muet quant à son articulation avec les dispositions protégeant le secret.

La circulaire du 14 mai 1993 présentant les dispositions du nouveau code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur précise que l'article 223-6 du code pénal est applicable aux personnes soumises au secret et qu'en cas de mauvais traitements mettant en danger l'intégrité physique d'un mineur ou d'une personne vulnérable, un médecin ne saurait rester passif sans encourir les peines prévues par cet article.

Cette interprétation tient compte du fait que le législateur n'a pas exclu les personnes astreintes au secret du champ de l'incrimination comme il l'a fait concernant la non-dénonciation de crime ou de mauvais traitement. Néanmoins, le cas mentionné recouvre l'une des dérogations explicitement prévue par l'article 226-14 du code de procédure pénale.

Il convient d'observer par ailleurs que l'article 223-6, s'il n'exclut pas les personnes astreintes au secret, ne les autorise pas non plus explicitement à le révéler.

La conciliation entre ces deux exigences apparemment contradictoires apparaît néanmoins possible puisque l'intervention exigée peut revêtir diverses formes et n'implique pas obligatoirement de révéler des faits couverts par le secret.

3. L'obligation pour les agents publics de dénoncer les infractions

L'alinéa 2 de l'article 40¹⁷⁷ du code de procédure pénale fait peser sur tout agent public une obligation de révélation à l'autorité judiciaire des crimes et délits dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Trois catégories de personnes sont concernées : les autorités constituées, les officiers publics et les fonctionnaires. Le droit pénal ayant traditionnellement une conception large de la notion de fonctionnaire, on considère que l'obligation pèse sur l'ensemble des agents publics. Le juge pénal exclut uniquement les agents de l'administration qui relèvent d'une situation de droit privé : les agents des services publics industriels et commerciaux, les concessionnaires de service public ou encore les collaborateurs occasionnels du service public.

Néanmoins, l'existence de dispositions spécifiques pour les agents chargés de la recherche et de la constatation des infractions¹⁷⁸ tendrait, sinon à exclure ces

provoquant un secours. »

177 Article 40 du code de procédure pénale : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. / 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. ».

178 V. par ex. l'article 19 du code de procédure pénale pour les officiers de police judiciaire (« Les officiers de police judiciaire sont tenus d'informer sans délai le procureur de la République des crimes, délits et contraventions dont ils ont connaissance ») ou encore l'article L. 172-16 du code de l'environnement pour les inspecteurs de l'environnement (« Les infractions aux dispositions du présent



derniers du champ d'application de l'article 40, au moins à en réduire la portée. De nombreux textes constitutifs d'autorités administratives indépendantes ou de services publics contiennent également une disposition équivalente¹⁷⁹ ou autonome¹⁸⁰.

Il s'agit d'une obligation personnelle et l'agent public ne commet pas de faute en dénonçant des faits délictueux au procureur de la République sans en référer à son supérieur hiérarchique¹⁸¹. Pour autant, cette disposition n'exonère pas le fonctionnaire de son devoir de rendre compte à sa hiérarchie des constatations effectuées. A l'inverse, rien n'impose que la dénonciation soit faite par le fonctionnaire et celle-ci peut être effectuée par le supérieur hiérarchique¹⁸².

Cette obligation n'est sanctionnée par aucun texte¹⁸³. Elle repose sur l'idée que le fonctionnaire ne doit pas être indifférent à la commission d'un crime ou d'un délit découvert lors de l'exercice de ses fonctions même si la constatation des infractions ne fait pas partie de ses attributions.

Les dispositions de l'article 40 pourraient être considérées comme un ordre de la loi au sens de l'article 122-4 du code pénal et constituer ainsi une cause d'irresponsabilité pour l'agent public qui révélerait un secret afin de signaler une infraction.

Si une telle interprétation ne paraît pas soulever de difficulté pour une large part des agents publics, il en va différemment pour certains d'entre eux lorsque la préservation du secret se rattache à des principes à valeur constitutionnelle ou conventionnelle. On pense notamment aux professions médicales et de santé du secteur public dont le secret professionnel préserve le droit au respect de la vie privée¹⁸⁴.

Si l'article 40 devait constituer un fait justificatif de l'infraction de divulgation de faits couverts par le secret professionnel, cela aurait par ailleurs pour corollaire une étendue variable du secret selon que le professionnel qui le détient relève du secteur public ou du secteur privé.

code et des textes pris pour son application sont constatées par procès-verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire. Les procès-verbaux sont adressés dans les cinq jours qui suivent leur clôture au procureur de la République »).

179 V. par ex. l'article R. 143-3 du code des juridictions financières : « Si, à l'occasion de ses contrôles, Cour des comptes découvre des faits de nature à motiver l'ouverture d'une action pénale, elle en informe le procureur général près la Cour des comptes, qui saisit le garde des sceaux, ministre de la justice, et avise le ministre intéressé ainsi que le ministre chargé des finances. Elle saisit le procureur général, ministre public près la Cour de discipline budgétaire et financière, des faits de nature à motiver l'intervention de cette juridiction. ».

180 V. par ex. les dispositions du code monétaire et financier qui imposent une déclaration de suspicion à certains officiers publics à des fins de lutte contre le blanchiment (articles L. 561-2 et L. 561-15).

181 CE, 15 mars 1996, *Guigon*.

182 Cass. Crim., 14 décembre 2000.

183 Cass. Crim., 13 octobre 1992.

184 Le Conseil constitutionnel rattache le droit au respect de la vie privée à la liberté individuelle garantie par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août. Ce droit est également garanti par l'article 8 de la Convention EDH.



Certes, on pourrait relever que les médecins du secteur public ne sont pas des fonctionnaires et qu'ils ne sont donc pas assujettis aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale. Si cette solution, qui va à l'encontre de la conception large de la notion de fonctionnaire en droit pénal, résout une partie du problème, la question reste entière concernant les autres agents des services publics de santé.

En outre, le législateur étant spécialement intervenu en adoptant l'article 226-14 du code pénal pour autoriser les médecins et professionnels de santé à révéler certaines infractions dans des cas limitativement énumérées, il apparaît difficile de conclure que l'article 40, qui ne fait aucune distinction parmi les crimes et délits, constitue un fait justificatif à portée générale.

Les circulaires du ministère de la santé indiquent expressément que les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 40 n'autorisent pas les personnels de santé à révéler le secret en l'absence d'une disposition spéciale¹⁸⁵.

La jurisprudence n'a jamais tranché cette question.

4. Les dispositifs spécifiques de protection du lanceur d'alerte

Le dispositif a d'abord concerné la révélation de faits de corruption¹⁸⁶, avant d'être étendu à la sécurité des produits de santé¹⁸⁷, au risque causé à la santé publique ou à l'environnement¹⁸⁸, à la révélation de conflits d'intérêts¹⁸⁹, puis généralisé à l'ensemble des crimes et délits¹⁹⁰. Une protection du lanceur d'alerte a aussi été introduite dans le domaine du renseignement¹⁹¹.

Une fois l'alerte lancée, la personne de bonne foi bénéficie d'une protection contre toute mesure de rétorsion ou de discrimination dans ses activités professionnelles.

Néanmoins, aucune de ces dispositions précitées n'autorise expressément la révélation de faits couverts par le secret professionnel. On peut par conséquent considérer que les dispositions qui en sanctionnent la violation constituent par conséquent la loi spéciale.

Par ailleurs, la formulation de ces dispositifs renvoie à une protection dans le cadre professionnel. Il s'agit d'une protection de nature civile ou disciplinaire qui ne saurait constituer une cause d'irresponsabilité pénale.

185 V. l'instruction n° 2011-139 du 13 avril 2011 relative à la conduite à tenir en cas de détention illégale de stupéfiants par un patient accueilli dans un établissement de santé.

186 Article L. 1161-1 du code du travail créé par la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption.

187 Article L. 5312-4-2 du code de la santé publique créé par la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé.

188 Article L. 1351-1 du code de la santé publique créé par la loi du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

189 Article 25 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

190 Article L. 1132-3-3 du code du travail et article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 dans leur rédaction issue de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

191 Article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure créé par la loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement.



Il apparaît par conséquent que les personnes qui, en dénonçant des faits qui entrent dans le champ d'application des dispositions susvisées, dévoilent des faits couverts par le secret professionnels s'exposent à des poursuites pénales sur le fondement de l'article 226-13 du code pénal.

* * *



Annexe 8 – L’articulation des obligations statutaires avec l’obligation de signalement dans la fonction publique (note de la DGAFP)

MINISTERE DE LA FONCTION PUBLIQUE DGAFP

Conseillère juridique du Directeur général
Florence Cayla

SOUS-DIRECTION DES STATUTS ET DE L’ENCADREMENT SUPÉRIEUR
Bureau du statut général et du dialogue social
Antoine Thomas

L’articulation des obligations statutaires avec l’obligation de signalement dans la fonction publique

La loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires fixe le cadre statutaire des fonctions exercées par les fonctionnaires. Parmi les obligations qui s’imposent aux fonctionnaires ainsi qu’aux agents contractuels de droit public, celles qui sont mentionnées aux articles 26 à 29 de cette loi sont structurantes, particulièrement en ce qui concerne leurs relations avec l’autorité hiérarchique.

A cet égard, figurent les obligations fondamentales de secret professionnel et de discrétion professionnelle (art. 26) parallèlement au devoir de satisfaire aux demandes d’information du public (art. 27), ainsi que le devoir d’obéissance qui traduit le principe hiérarchique, sauf en présence d’un ordre manifestement illégal de nature à compromettre gravement un intérêt public (art. 28). Le devoir de réserve est, par ailleurs, consacré par la jurisprudence¹⁹².

Ces obligations encadrent l’exercice par les fonctionnaires et les agents publics de la liberté d’opinion (garantie par l’article 6 de la même loi) et de la liberté d’expression, consacrée par l’article 11 de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen (DDHC) et l’article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (CEDH). Un manquement à ces obligations peut exposer le fonctionnaire à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale (art. 29).

Le deuxième alinéa de l’article 40 du code de procédure pénale (CPP) fait parallèlement obligation à l’agent public de signaler, sans délai, au Procureur tout crime ou délit dont il a connaissance dans l’exercice de ses fonctions et de lui transmettre toutes les informations et les documents qui y sont relatifs¹⁹³.

192 CE, 11 janvier 1935, *Bouzanquet*, Rec. p. 44.

193 V. deuxième alinéa de l’article 40 du code de procédure pénale : « 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. »



Sans fixer d'obligations supplémentaires aux fonctionnaires, les dispositifs statutaires de protection contre le harcèlement moral ou sexuel et les discriminations illégales (art. 6, 6 *bis*, 6 *ter*, 6 *quinquies* de la loi du 13 juillet 1983 précitée) reconnaissent aux agents publics, par la protection qu'ils leur accordent, le droit de témoigner ou de relater de tels agissements concernant un autre agent.

C'est dans ce cadre statutaire que s'inscrivent, pour les agents publics, les dispositifs législatifs de protection des lanceurs d'alerte, objet des travaux du groupe de travail. Un de ces dispositifs a été introduit à l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 précitée, par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, afin de protéger les agents ayant relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime. Le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires prévoit d'étendre ce dispositif de protection lorsque les faits sont susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts¹⁹⁴.

La conciliation de ces droits et de l'obligation de signalement avec le respect des différentes obligations déontologiques qui s'imposent au fonctionnaire, doit le conduire à une réflexion sur la nature des faits ou agissements dénoncés, le but poursuivi et les intérêts en cause, pour déterminer l'étendue de ses obligations et les moyens appropriés d'action et pour mesurer les risques inhérents à tout signalement.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) s'est prononcée sur l'articulation entre les obligations statutaires de loyauté et de réserve des fonctionnaires et la divulgation d'informations confidentielles. Elle a ainsi fixé le cadre des limites pouvant être apportées à la liberté d'expression des fonctionnaires, tout en estimant que la dénonciation de conduites ou d'actes illicites constatés par de tels agents sur le lieu de travail devait être protégée dans certaines circonstances. Elle a posé le principe selon lequel, eu égard à l'obligation de discrétion professionnelle des fonctionnaires, il importe que le signalement de tels actes ait lieu d'abord auprès du supérieur hiérarchique, ou d'une autre autorité, ou d'une instance compétente, et que la divulgation au public, de bonne foi et dans un but d'intérêt général, ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, « *en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement* » (CEDH, 12 février 2008, *Guja c./ Moldova*, n° 14277/04)¹⁹⁵. Cette décision confirme la légitimité des obligations déontologiques applicables aux agents publics, comme celle de dispositifs organisant et graduant la mise en œuvre de signalement de conduite ou d'actes illicites, avant leur divulgation au public.

L'articulation de l'obligation établie à l'article 40 du CPP avec les obligations statutaires de secret, de discrétion professionnelle et d'obéissance hiérarchique

194 Au sens retenu par le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, qui reprend la définition du conflit d'intérêts prévue au premier alinéa de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

195 L'articulation de ces modalités de signalement fait intervenir six critères d'appréciation : existence de moyens de signalement autres que la divulgation publique ; intérêt public à préserver ; présomption d'authenticité des informations divulguées ; proportionnalité du préjudice causé à l'employeur ; bonne foi de la personne ayant effectué le signalement ; proportionnalité de la sanction.

fait l'objet de la présente fiche¹⁹⁶. Compte tenu de la jurisprudence nationale et européenne, cette articulation semble s'établir à partir de deux principes : celui de la prééminence de l'ordre public pénal sur le respect des obligations statutaires d'une part (I), et le principe de responsabilité dans la mise en œuvre des dispositifs d'autre part (II).

I/ Le principe : les obligations statutaires cèdent juridiquement devant l'obligation prévue au second alinéa de l'article 40 du CPP

1.1- Le cas particulier du secret professionnel

Aux termes de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 précitée, les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel « *dans le cadre des règles instituées dans le code pénal* ».

Le secret professionnel, destiné à protéger les intérêts des personnes privées et des administrés, et les conditions dans lesquelles il est possible de s'en affranchir, sont régis par le code pénal. La violation du secret professionnel est pénalement sanctionnée (article 226-13 et suivants du code pénal). Des législations spéciales encadrent de manière renforcée certains secrets protégeant des intérêts supérieurs (notamment le secret de défense, le secret des délibérations) dont il n'est pas question dans les développements qui suivent.

Les dispositions de l'article 226-13 du code pénal prévoient que « *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, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15.000 euros d'amende* »,

L'articulation du signalement au titre du second alinéa de l'article 40 du CPP avec l'obligation de secret professionnel résulte des dispositions suivantes du code pénal.

L'article 226-14 du code pénal dispose que « *L'article 226-13 n'est pas applicable dans le cas où **la loi impose ou autorise la révélation du secret*** ».

Ainsi, la communication par un fonctionnaire au Parquet en application du second alinéa de l'article 40 du CPP des éléments nécessaires à l'établissement d'infractions de nature criminelle ou délictuelle ne peut être pénalement, ni disciplinairement sanctionnée sur le fondement de la violation du secret professionnel (Cass. crim., 6 juillet 1977, n° 76-92990 ; CE, Sect., 15 mars 1996, n° 146326).

Les poursuites pénales ou disciplinaires ne sont cependant pas exclues en présence d'un usage irrégulier des dispositions du second alinéa de l'article 40 du CPP ou, à cette occasion, de divulgation au public ou de manquement contraires aux obligations statutaires.

196 Il existe peu de décisions du Conseil d'État sur cette problématique. La Haute Assemblée considère, s'agissant d'une obligation personnelle, qu'il ne lui appartient pas, en l'absence de disposition particulière, de faire elle-même application des dispositions du deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale (CE, Sect., 16 novembre 2007, n° 300711). Par conséquent, la jurisprudence administrative se porte essentiellement sur la question disciplinaire, à l'occasion de faits ayant pu conduire un agent, lors de la mise en œuvre de l'article 40 du code de procédure pénale, à se voir reprocher un manquement à l'une de ses obligations statutaires (CE, 15 février 1961, n° 42460).



1.2- L'obligation de discrétion professionnelle, le devoir de loyauté et le principe hiérarchique ne peuvent faire obstacle au signalement d'un délit ou d'un crime.

1.2.1 Discrétion professionnelle et l'obligation de loyauté

S'agissant de l'obligation de discrétion professionnelle, le second alinéa de l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 précitée dispose qu'« *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.* » Elle s'exerce « *pour tous les faits, informations et documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* ».

Alors que le secret est défini par la loi et sanctionné pénalement, l'obligation de discrétion est statutaire et sanctionnée disciplinairement. Le fonctionnaire est soumis à l'obligation de discrétion professionnelle dont il ne peut, en principe, être délié qu'avec l'accord de l'autorité hiérarchique.

Les dispositions du second alinéa de l'article 40 du CPP instituent une obligation personnelle pour le fonctionnaire qui l'emporte sur l'obligation de discrétion professionnelle. Ces dispositions autorisent à rompre la confidentialité des informations et documents dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, en s'adressant directement au procureur de la République, sans passer nécessairement par son autorité hiérarchique.

Le Conseil d'État a rejeté une demande de renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 précitée à l'occasion d'un recours contre une sanction de mise à la retraite d'office pour violation de l'obligation de discrétion professionnelle. Le Conseil d'État a considéré qu'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, l'article 26 ne portait pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et de communication des fonctionnaires.

Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil d'États'est appuyé non seulement sur la possibilité pour un fonctionnaire d'être délié de son obligation de discrétion professionnelle par une décision de l'autorité dont il dépend prévue par l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983 précitée, mais également sur l'obligation de signalement sans délai au procureur de la République fixée au second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, et le contrôle par le juge de l'excès de pouvoir de la légalité d'une sanction disciplinaire au titre d'un manquement à l'obligation de discrétion professionnelle. Il a ainsi estimé que l'ensemble de ces éléments était de nature à garantir, pour les besoins de l'application de l'article 26, « *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* ».



Il en résulte qu'un agent ayant mis en œuvre la procédure prévue à l'article 40 du CPP ne peut être sanctionné au motif d'un manquement à l'obligation de discrétion professionnelle (CE, 5 février 2014, n° 371396)¹⁹⁷.

L'obligation de signalement prévue au second alinéa de l'article 40 du CPP l'emporte également sur le devoir de loyauté puisqu'elle fait obligation à tout agent public de donner avis « sans délai » au Procureur sans préalable, ni autre précision. Cette « dérogation » au devoir de loyauté a été confirmée par le Conseil d'État, qui a rappelé que la procédure de l'article 40 du CPP n'impose pas à l'agent public signalant des faits au procureur d'en référer à son autorité hiérarchique (CE, Sect., 15 mars 1996, n° 146326 ; voir par ailleurs : Cass. crim. 19 septembre 2000, n° 99-83960). Cette position se justifie particulièrement lorsque les faits signalés sont ceux du supérieur hiérarchique de l'agent.

1.2.2 Principe hiérarchique

S'agissant du devoir d'obéissance d'un agent public, la jurisprudence administrative porte principalement sur des cas d'agents sanctionnés pour avoir refusé d'exécuter un ordre ou de prendre un poste. Les juridictions administratives ne semblent ne pas s'être prononcées sur des cas de signalement au titre de l'article 40 du CPP sanctionnés pour manquement au devoir d'obéissance.

Au moins une décision du juge concerne une sanction disciplinaire prononcée contre un agent à l'occasion de la divulgation dans la presse d'informations relatives à une enquête judiciaire suite à une plainte qu'il avait déposée pour faux et usage de faux en écritures publiques, mais pour des manquements tels que le refus d'obéissance sans lien direct avec le signalement. Il s'agissait de sanctionner le fait pour l'agent d'avoir utilisé des entretiens avec des journalistes pour les informer du conflit qui l'opposait à son employeur (en l'espèce, le maire de la commune) et de dénigrer celui-ci, d'avoir mis en cause de manière injurieuse un de ses collègues et d'avoir refusé d'obéir à des ordres de sa hiérarchie (CE, 12 mai 1997, n° 132477).

Cet exemple montre ainsi, qu'indépendamment de la prévalence juridique de l'obligation de signalement de l'article 40 du CPP sur les obligations statutaires du fonctionnaire, la mise en œuvre du signalement ne peut se faire que dans le strict respect de ces différentes obligations statutaires.

II- . La conciliation nécessaire par l'agent de ses obligations statutaires dans l'exercice du signalement.

L'autorisation préalable du supérieur hiérarchique à l'exercice d'un signalement sur le fondement de l'article 40 du CPP n'est pas nécessaire, et ne pourrait, sans contrevenir aux dispositions mêmes de cet article, être exigée de l'autorité

197 Cette position du Conseil d'État complète en outre celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation sur la portée à donner à la procédure de l'article 40 du code de procédure pénale, qui a considéré que l'obligation découlant de l'article 40 du code de procédure pénale n'autorise pas un agent public à enfreindre l'obligation de discrétion à laquelle il est soumis au-delà de la divulgation prévue par le code, ni à révéler à des particuliers des faits qu'il juge répréhensibles (Cass. crim., 6 juillet 1977, n° 76-92990).



hiérarchique¹⁹⁸. En revanche, l'implication de l'autorité hiérarchique dans la mise en œuvre du signalement semble possible¹⁹⁹, et souhaitable, dans l'intérêt même de l'agent.

2.1- Le rôle de l'autorité hiérarchique dans la mise en œuvre du signalement de l'article 40 du CPP.

2.1.1. La compétence du chef de service pour indiquer les modalités pratiques de mise en œuvre

Si les dispositions mêmes de l'article 40 du CPP interdisent d'exiger l'autorisation préalable de l'autorité hiérarchique avant un signalement, elles ne font pas obstacle à des préconisations notamment quant aux modalités de mise en œuvre.

Le Conseil d'État a ainsi jugé que « *les prescriptions de l'article 40 du code de procédure pénale ne fixant aucune condition quant aux modalités de leur application, le ministre de l'éducation nationale est compétent, en sa qualité de chef de service, pour indiquer les modalités pratiques qu'il estimait les mieux adaptées, compte tenu de la nature du service en cause, à la transmission des informations* »²⁰⁰.

Des recommandations quant à l'information de l'autorité hiérarchique, les moyens de signalement peuvent être données par le chef de service.

2.1.2 Le principe de responsabilité du fonctionnaire permet de réguler ces obligations contradictoires en les articulant.

L'article 28 de la loi du 13 juillet 1983 précitée dispose que « *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public.*

Il n'est déchargé d'aucune des responsabilités qui lui incombent par la responsabilité propre de ses subordonnés. »

Le principe de responsabilité ainsi énoncé permet de concilier l'obligation de signalement du second alinéa de l'article 40 du CPP avec le principe hiérarchique et son corollaire le devoir d'obéissance.

En effet, dès lors qu'un fonctionnaire informe sa hiérarchie de l'existence de faits susceptibles de constituer une infraction délictuelle ou criminelle, il élargit le champ de l'obligation de signalement à la chaîne de responsabilité hiérarchique. Ce faisant, il ne s'affranchit pas pour autant de son obligation personnelle²⁰¹. Sans réaction de son autorité hiérarchique, il lui revient nécessairement d'alerter le procureur, ce qui s'apparente alors à une forme légale de désobéissance. A cet

198 V. l'article de G. Chalon, « L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », AJDA, 2004, n° 6 p. 27

199 Cass. crim., 14 décembre 2000 (Bull. crim.), validant au regard des exigences de l'article 40 du CPP, la dénonciation par le supérieur hiérarchique des inspecteurs de la DGCCRF ayant constaté les faits délictueux.

200 CE, 20 mars 2000, n° 200387, Rec.

201 Cass. crim., 14 décembre 2000, n° 00-86595, Bull. crim., n° 380.

égard, il convient de rappeler que l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 précitée protège statutairement le fonctionnaire qui, de bonne foi, a relaté ou témoigné, notamment à l'autorité judiciaire, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

2.2- Les obligations déontologiques encadrent les modalités du signalement

Le signalement du second alinéa de l'article 40 du CPP doit s'exercer dans le strict respect des exigences qu'il pose quant à son destinataire et son contenu et en particulier la nature des faits dont il est l'objet. Elle n'autorise pas l'agent à s'affranchir, au-delà de l'accomplissement de cette obligation, du respect de ses obligations statutaires, notamment à l'égard de sa hiérarchie.

Un agent signalant au Procureur des faits commis par sa hiérarchie doit le faire de bonne foi. Un signalement dans lequel l'agent présenterait de manière tendancieuse les propos tenus par son supérieur hiérarchique pour les dénoncer ou critiquerait les décisions prises par sa hiérarchie sans retenue pourrait constituer un manquement à son obligation de loyauté. De même, l'obligation découlant du second alinéa de l'article 40 du CPP n'autorise pas un agent public à enfreindre l'obligation de discrétion à laquelle il est soumis au-delà du signalement prévu par le code, ni à révéler à des particuliers ou au public les faits qu'il juge répréhensibles (CE, 5 février 2014, n° 371396). Cette position du Conseil d'État rejoint, pour la compléter, celle de la chambre criminelle de la Cour de cassation sur les limites du signalement prévue au second alinéa de l'article 40 du CPP (Cass. crim, 6 juillet 1977, n° 76-92990).

Le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur le caractère approprié de différents modes de divulgation de faits ayant, par ailleurs, fait l'objet d'un signalement au titre de l'article 40 du CPP. Il a jugé inapproprié le fait de livrer à des journalistes des informations sur l'existence d'un conflit avec son autorité hiérarchique en dénigrant celle-ci à l'occasion de révélations relatives à une plainte pour faux et usage de faux en écritures publiques au sujet du procès-verbal des délibérations d'une séance de conseil municipal, validant ainsi la sanction disciplinaire prononcée (CE, 12 mai 1997, n° 132477).

Dans un arrêt du 31 décembre 2014 (CAA Paris, n° 13PA00914)²⁰², la Cour administrative d'appel de Paris a également jugé que bien qu'une partie des faits dénoncés dans un ouvrage publié critiquant certaines pratiques dans la police avait fait l'objet d'un signalement sur le fondement de l'article 40 du CPP, cet agent du ministère de l'intérieur ne démontrait pas « *s'être trouvée dans l'impossibilité manifeste d'agir autrement que par la publication de ce livre, dont le contenu, comme la promotion qui en a été faite par ses soins dans les médias, procèdent par ailleurs d'une intention délibérément polémique* ». La Cour relevait d'ailleurs que si ce fonctionnaire se prévalait de son devoir d'alerte, il n'établissait pas « *avoir saisi sa hiérarchie, dans les formes requises, des faits qu'[il] estimait contraire à l'éthique survenus au sein du service auquel [il] appartenait* ». La sanction disciplinaire des manquements au devoir de réserve prononcée à son encontre était ainsi justifiée.

202 Arrêt publié avec les conclusions du rapporteur public à l'AJDA, 2014, p. 644



Par ailleurs, tout en jugeant inappropriée la publication d'un livre et la participation à des émissions de télévision, sans autorisation de sa hiérarchie, pour dénoncer des dysfonctionnements au sein de son service, le juge a considéré qu'un tel manquement ne pouvait justifier de ne pas inscrire l'intéressé à un tableau d'avancement (CE, Sect., 27 juillet 2005, n° 260139).

Il résulte de ces décisions que le juge opère une appréciation au cas d'espèce des voies de droit utilisées par l'agent au regard des faits dénoncés, en prenant en compte les modalités de signalement ou de divulgation (notamment eu égard aux principes de réserve et de loyauté), la façon dont ce signalement s'exprime et le but poursuivi par l'agent. Il opère ainsi un contrôle approfondi sur la proportionnalité des moyens utilisés, au regard des actes ou faits objets de la divulgation et de ses conséquences sur l'autorité concernée.

Lorsqu'il s'agit d'articuler les obligations de nature statutaire et l'obligation de signalement de l'article 40 du CPP, le juge administratif fait prévaloir l'ordre public pénal.

Si la mise en œuvre de l'article 40 du CPP est légalement protégée, depuis la loi du 6 décembre 2013 précitée, par l'article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983 précité, elle ne peut se faire que dans le respect strict des exigences posées à l'article 40 du CPP, et n'autorise pas l'agent à s'affranchir, au-delà de l'accomplissement de cette obligation, du respect de ses obligations statutaires et déontologiques. A cet égard, le principe de responsabilité doit permettre de concilier ces antagonismes en les articulant autour du devoir de loyauté.

La place et de rôle de l'autorité hiérarchique dans la mise en œuvre de l'obligation de signalement restent primordiaux, y compris dans le silence des textes, et *a fortiori* dans l'exercice des droits nouveaux que constituent les dispositifs de lancement d'alerte.



Les études du Conseil d'État

Directeur de la publication :

Maryvonne DE SAINT PULGENT, présidente de la section du rapport et des études.

Comité de rédaction :

Emmanuelle PRADA BORDENAVE, conseiller d'État,

Tristan AUREAU, auditeur,

avec le concours de Mylène BERNABEU, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel,
et de Stéphane EUSTACHE, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel

Secrétaire de rédaction : Corinne MATHEY, secrétaire de la section du rapport et des études





