



Note sur la proposition de directive sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union.

Audition au Sénat, 7 juin 2018.

L'Union européenne, contrairement à la plupart des institutions internationales ne disposait pas de texte protecteur des lanceurs d'alerte. L'adoption du projet de directive mettrait un terme à cette carence.

Il convient de rappeler les textes, inégalement contraignants, déjà adoptés :

- La recommandation Rec(2014)7 du comité des ministres du Conseil de l'Europe aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte a été adoptée le 30 avril 2014. Dans la ligne de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil demande aux Etats *"de disposer d'un cadre normatif, institutionnel et judiciaire pour protéger les personnes qui, dans le cadre de leurs relations de travail, font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général"*.
- La recommandation R(2000)10 du comité des ministres sur les codes de conduite pour les agents publics demande aux Etats de leur faire obligation de signaler aux autorités compétentes les activités illégales dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Elle demande aussi de veiller à ce que les agents subissent aucun préjudice de ce fait.
- La Convention civile contre la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 demande aux Etats de prévoir une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables (art. 9). La Convention pénale du 27 janvier 1999 prévoit la protection des collaborateurs de justice et des témoins (art.22).
- La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions internationales du 17 décembre 1997 ne prévoit pas de dispositions relatives aux lanceurs d'alerte. Mais elle doit être mise en oeuvre à la lumière de recommandations adoptées en 2009 à l'occasion de son 10ème anniversaire : les Etats parties doivent notamment mettre en place des dispositifs permettant les alertes et s'assurer que ceux qui procèdent à des signalements soient protégés contre tout recours en justice.

- La Convention des Nations-Unies contre la corruption demande à chaque Etat partie "d'envisager" d'incorporer dans son système juridique des mesures pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale des faits de corruption (art.33). Le rapporteur spécial de l'ONU sur la liberté d'opinion et d'expression a aussi, dans une déclaration conjointe avec les représentants de l'OSCE et de l'Organisation des Etats américains rappelé que les lanceurs d'alerte, qui divulguent des informations sur les violations de la loi, les agissements illicites des institutions publiques, des menaces graves concernant la santé, la sécurité ou l'environnement, ainsi que la violation des droits de l'homme devrait être protégé contre toute sanction s'il agit de bonne foi¹.
- La Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement, qui prévoit que ne constitue pas un motif valable de licenciement *"le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités compétentes"*.
- Enfin, il faut citer un texte de la société civile qui fait référence : les principes de Tshwane, adoptés en 2013 par 22 organisations et centre de recherche, après une large consultation d'experts. Seule l'Union européenne n'avait, en 2018, pas adopté de texte relatif aux lanceurs d'alerte.

La consultation organisée par la Commission reflète l'état de l'opinion. Presque tous les participants (99,4 %) s'accordaient à dire que les lanceurs d'alerte devraient être protégés et 96 % ont exprimé un soutien massif en faveur de l'introduction de normes minimales juridiquement contraignantes en matière de protection des lanceurs d'alerte en droit de l'Union.

Même si la Commission ne détaille pas la méthodologie de l'étude d'impact, il y a lieu de relever que la mise en place du dispositif est évaluée à 1,6 milliards en coûts opérationnels annuels pour l'Union. Elle est de nature à réduire un risque de pertes de recettes évalué(entre 179 et 256 milliards d'euros. Surtout, la proposition renforce le droit fondamental à la liberté d'expression.

Le texte prévoit une architecture comparable à celle déjà en vigueur depuis la loi Sapin II. Cependant, sauf à envisager une copie servile de la directive qui conduirait à distinguer un dispositif de protection des intérêts français et un autre spécifique au droit européen - des ajustements seront nécessaires.

Par ailleurs, si la directive, par certains aspects est moins favorable que le droit français, cela ne pose aucun problème : les Etats membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables.

¹ Déclaration du 6 décembre 2004.

1. Des dispositions comparables à celles du droit français.

1.1. Le champ de la protection

S'agissant du champ d'application personnel, la directive n'emploie pas le terme "lanceur d'alerte", mais retient le terme plus neutre de "personnes dénonçant des infractions au droit de l'Union" dans le titre. Elle emploie aussi celui "d'informateur" défini comme une personne physique ou morale qui signale ou divulgue des informations" : en France, l'informateur peut être intéressé et ne se confond pas forcément avec le lanceur d'alerte qui poursuit un objectif d'intérêt général. Le fait que la définition permette éventuellement d'englober des "repentis" n'appelle pas d'observation défavorable, même s'ils bénéficient en droit français de mesures de protection spécifiques. Le fait que le champ matériel de la protection soit plus large qu'en droit français n'appelle pas d'observation, dès lors l'alerte éthique entre dans cette définition.

Les alertes sectorielles se feront désormais dans les conditions prévues par la directive, ce qui devrait assurer une harmonisation par le haut.

Enfin, comme en droit français, le signalement est limité aux personnes physiques. Celles-ci sont largement définies : salariés -et futurs salariés, si l'information est obtenue avant la relation de travail-, travailleurs indépendants et actionnaires.

1.2. Les obligations de signalement

Le lanceur d'alerte doit respecter des canaux de signalement. Comme en droit français, l'équilibre est délicat entre cette obligation qui conditionne l'accès au statut protecteur et le droit à la liberté d'expression.

Le lanceur d'alerte doit d'abord effectuer un signalement interne. Il ne peut procéder directement à un signalement externe à l'autorité compétente qu'à certaines conditions : si aucune mesure n'a été prise, si les canaux de signalement ne sont pas accessibles, s'ils ne sont pas obligatoires (par exemple pour les travailleurs indépendants et les actionnaires), s'il n'est "raisonnablement pas possible de s'attendre à ce que le lanceur d'alerte utilise un signalement" enfin si le lanceur d'alerte avait des motifs raisonnables de croire que l'utilisation des canaux de signalement interne risque de compromettre l'efficacité de l'enquête des autorités compétentes.

Pour les signalements externes, les Etats devront mandater des autorités compétences pour établir des canaux "indépendants, autonomes, sécurisés et confidentiels". Ces autorités devront faire part au lanceur d'alerte de la suite donnée, transmettre les informations aux organes de l'Union, veiller au suivi du signalement, et le cas échéant, à la transmission du signalement à l'autorité compétente.

Enfin, le lanceur d'alerte peut divulguer l'information au public s'il a fait un premier signalement interne et/ ou externe qui n'a donné lieu à aucune suite appropriée. Il peut aussi le faire en cas de danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public ou s'il existe un risque de dommage irréversible.

1.3. la protection des lanceurs d'alerte et l'interdiction des représailles.

Le lanceur d'alerte qui se trouve dans un des cas prévus par la directive et qui a respecté la procédure de signalement interne et externe bénéficie de la protection.

La directive prévoit que les États membres doivent interdire les représailles. Elle prévoit notamment une liste de quatorze cas, comprenant en particulier les diverses modalités de rupture de la relation de travail.

La directive demande également aux États de prendre des mesures de protection : droit à un recours effectif et protection de l'identité pendant l'enquête lorsque celle-ci n'est pas connue du public.

Enfin, la directive demande aux États des sanctions contre ceux qui entravent le signalement d'informations, prennent des mesures de représailles ou intentent des poursuites vexatoires ou encore manquent à l'obligation de préserver l'identité des informateurs. Le droit français incrimine la violation de la confidentialité. Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement (...) est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. Cependant des améliorations et précisions sont souhaitables.

2. Les ajustements à prévoir en droit français

2.1. Réviser l'obligation de bonne foi et de désintéressement.

Le désintéressement est prévu par la loi Sapin II. Il s'agit essentiellement d'une désintéressement financier auquel le législateur a renoncé quasi simultanément dans la loi du finances pour 2017, qui prévoit la possibilité pour l'administration fiscale d'indemniser la personne qui lui fournit des renseignements. Cet abandon est aussi cohérent avec la directive qui parle non de "lanceur d'alerte" mais "d'informateur".

La bonne foi est également prévue en droit français. Cependant, la notion de bonne foi conditionne la légitimité de l'alerte à un élément subjectif, et non au seul intérêt objectif pour la société de la divulgation d'une information. C'est la raison pour laquelle le Royaume-Uni a déjà supprimé cette notion de sa législation sur les lanceurs d'alerte (Public Interest Disclosure Act) en 2013.

La directive prévoit qu'un lanceur d'alerte peut accéder au régime de protection dès lors qu'il pouvait raisonnablement croire que les informations déclarées étaient véridiques au moment du signalement. Nous sommes favorables à cette modification.

2.2. Préciser la procédure de signalement

L'exigence de canaux indépendants, autonomes, sécurisés et confidentiels devra être mise en oeuvre par le Défenseur des droits.

Il faudra aussi élargir la possibilité d'un signalement direct à l'autorité administrative. En effet, en droit français, le lanceur d'alerte ne peut s'affranchir du respect des ces canaux de signalement qu'en cas de danger grave ou en présence d'un risque de dommages irréversibles. Le projet de directive prévoit cette situation, qui permet une divulgation directe au public. Mais il est aussi plus réaliste. En effet, nombreuses sont les situations dans lesquelles un signalement interne peut compromettre tant l'efficacité de l'alerte que la situation personnelle du lanceur d'alerte. Celui-ci peut donc aussi s'affranchir du respect du canal interne "s'il a des motifs raisonnables de croire que cela risque de compromettre l'efficacité des mesures d'enquête".

Des précisions devront être apportées sur la conception des canaux, pour notamment garantir la confidentialité et le stockage de l'information. Les autorités doivent disposer d'un personnel spécialisé avec une formation spécifique.

Ces précisions devront également concerner la réception des signalement et leur suivi, la tenu de registres des signalement reçus.

2.3. Ajuster les dispositifs de protection.

Les obligations prévues par la directive sont comparables en droit français, qui prévoit l'annulation de toute mesure portant atteinte à une relation de travail en raison de l'alerte. Il s'y ajoute "la mise sur liste noire". Enfin, comme des travailleurs indépendants peuvent être concernés, il y est aussi question de la résiliation ou d'une annulation d'un contrat pour des biens ou des services et de l'annulation d'une licence ou d'un permis.

De plus, la directive prévoit la certification du fait que le lanceur d'alerte répond aux conditions prévues par la directive. Elle prévoit également des mesures provisoires dans l'attente du règlement des procédures judiciaires, une assistance juridique dans le cadre d'une procédure civile et pénale transfrontalière et la possibilité de prévoir un soutien supplémentaire aux informateurs dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Ces dernières mesures avaient été adoptées par le législateur français, mais annulées par le Conseil constitutionnel au motif que la Constitution ne prévoyait pas la possibilité pour le Défenseur des droits d'accorder des subsides.

3. Les améliorations souhaitables de la directive

3.1. Redéfinir le champ d'application matériel.

La directive est limité aux atteintes aux intérêts de l'Union. La protection vise les personnes qui signalent des activités illicites ou des abus de droit. Ce champ paraît plus restreint qu'en droit français : il ne comprend pas le signalement de risques graves pour l'intérêt général. Pourtant, l'exposé des motifs rappelle que l'objectif est aussi de détecter et prévenir efficacement les atteintes graves à l'intérêt public (§29).

La directive énumère dix secteurs dans lesquels les infractions peuvent relever des actes de l'Union. L'inconvénient d'une telle réaction est d'omettre des secteurs, par

exemple la fraude au travail détaché. Dans le cadre du principe de subsidiarité, une définition large du champ d'application, inspirée du droit français, devrait être proposée.

A cette énumération s'ajoutent, par une référence directe au TFUE, les pratiques anticoncurrentielles et les infractions aux régimes d'aides ainsi que les infractions pénales visées dans la directive 2017/1371 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte au droit de l'Union au moyen du droit pénal. S'y ajoute le renvoi à l'article 26§2 du TFUE qui est ambigu : cet article concerne la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. Il faut comprendre que certains avantages fiscaux vont à l'encontre de ce principe. secteurs exclus.

Une définition globale, proche de celle prévue par la loi Sapin II, serait sans doute préférable.

3.2. Mieux garantir l'alerte interne

Même si une symétrie parfaite entre canaux interne et externes n'est pas possible, certaines propositions pourraient être empruntées au droit français, qui prévoit notamment, dans le décret du 20 avril 2017 d'informer l'auteur du signalement du délai prévisible nécessaire à l'examen de son signalement, des garanties de confidentialité dont il bénéficie et de la destruction du dossier si aucune suite ne peut y être donnée, l'éventuelle existence d'un traitement automatisé.

3.3. Poser le principe de réparation intégrale et de sanction des poursuites baillons.

Le principe de réparation intégrale du préjudice résultant de l'exposition du lanceur d'alerte doit être posé dans la directive.

L'effectivité de cette réparation intégrale pourrait être assurée par un fonds européen dédié.

De même, s'agissant des sanctions des "procédures baillons" contre les lanceurs d'alerte, nous proposons de poser comme règle de l'Union européenne que toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive peut être condamnée au paiement d'une amende civile dans la limite de 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts demandés.