

LUTTE ANTI-CORRUPTION

16 Loi Sapin 2 : quel bilan pour les lanceurs d'alerte ?



ISABELLE DESBARATS
professeur, Université Toulouse I Capitole, CDA

While the effectiveness of whistleblowers' actions depends on the content of their protection, it has remained ambivalent although - it is permitted in areas as diverse as economic delinquency¹, the fight against corruption², harm to public health and the environment³ or the prevention of conflicts of interest⁴ - it has nevertheless suffered due to its incompleteness and complexity. What are the consequences? An arsenal provided, but considered insufficiently protective, particularly in a context marked by the adoption of the Directive on trade secrets⁵, designed to protect companies against economic and industrial espionage, but source of apprehension for whistleblowers.

L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : JO 10 déc. 2016, texte n° 2

Alors que la question des lanceurs d'alerte avait provoqué, en France, une opposition telle qu'elle avait conduit au retrait de son traitement dans la loi Macron, le sujet a ressurgi au niveau européen dans le cadre de la directive sur le secret des affaires, « au grand dam de certains élus, journalistes, lanceurs d'alerte, (...) échaudés par le scandale des « Panama Papers »⁶ : un texte auquel il a pu être reproché de rendre malaisées les enquêtes des journalistes et fragiles les dénonciations des lanceurs, en dépit des exceptions prévues à l'article 5 : l'une préservant le droit à la liberté d'expression et d'information, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ; l'autre permettant au lanceur d'alerte de révéler une faute, un comportement inapproprié ou une activité illé-

gale, dès lors qu'il agit « dans le but de protéger l'intérêt public général ». Des formules destinées à concilier protection des entreprises et respect des droits fondamentaux, mais demeurant imprécises pour certains car laissant d'importantes marges de manœuvres aux États membres et instaurant, en outre, une inversion de la charge de la preuve⁷.

Voilà pourquoi des eurodéputés appellent de leurs vœux une directive spécifique aux lanceurs d'alerte : en France, cette protection devrait résulter de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi Sapin 2, dont l'un des apports consiste dans l'élaboration d'un statut général du lanceur d'alerte, s'appuyant sur une définition de celui-ci (1), la mise en œuvre d'une procédure du signalement (2) et une amélioration des mesures de protection auxquelles cette personne peut prétendre (3). Comme on l'a souligné, « l'introduction de ce statut sous le titre «de la lutte contre les manquements à la probité» n'est pas anodine, puisque le législateur (paraît ainsi consacrer) le lanceur d'alerte comme un auxiliaire des pouvoirs publics dans la défense de l'État de droit, (lui reconnaissant) ainsi une mission d'intérêt général »⁸ : ainsi, longtemps marginalisés, les lanceurs d'alerte devraient désormais disposer d'un encadrement consolidé et homogénéisé.

1 L. n° 2013-1117, 6 déc. 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : JO 7 déc. 2013, p. 19941.

2 L. n° 2007-1598, 13 nov. 2007 relative à la lutte contre la corruption : JO 14 nov. 2007, p. 18648.

3 L. n° 2013-316, 16 avr. 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte : JO 17 avr. 2013, p. 6465.

4 L. n° 2013-907, 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique : JO 12 oct. 2013, p. 16829.

5 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2016/943, 8 juin 2016, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites : JOUE n° L 157, 15 juin 2016, p. 1.

6 V. www.lemonde.fr/economie/.

7 V. La protection des lanceurs d'alerte renvoyée à plus tard, 15 avr. 2016 : www.euractiv.fr/section/innovation-entreprises/news/la-protection-des-lanceurs-dalerte-renvoyee-a-plus-tard/.

8 V. F. Verdun, La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social : JCP S 2017, 1011.

1. Le « lanceur d’alerte » : une définition harmonisée

Clairement inspirée par les recommandations faites par le Conseil d’État⁹, la loi Sapin 2 propose une définition désormais uniforme du lanceur d’alerte, quel que soit le champ de celle-ci, soit : « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d’un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d’un acte unilatéral d’une organisation internationale pris sur le fondement d’un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l’intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l’alerte* »¹⁰.

La plus-value de cette disposition semble réelle. En effet, alors que cohabitaient des dispositions disparates, la définition du lanceur d’alerte est normalisée, ce que confirme l’abrogation de ces dispositifs sectoriels¹¹ : l’article L. 1161-1 du Code du travail en matière de corruption, l’article L. 4133-5 du même code en matière de santé publique et d’environnement, les articles L. 1351-1 et L. 5312-4-2 du Code de la santé publique. « Faisant d’une pierre deux coups », le législateur semble ainsi, d’une part, avoir mis fin aux incertitudes juridiques qui découlaient de l’accumulation de lois catégorielles, de surcroît parfois complexes, et, d’autre part, « traduit l’exigence d’une société qui promeut la transparence comme une vertu cardinale »¹².

Pour autant, loin s’en faut que le déclenchement d’une alerte en ressorte déresponsabilisé et que la loi facilite vraiment l’obtention du statut de lanceur d’alerte avec la protection induite : au contraire, celui-ci doit remplir des conditions précises, le soumettant, pour certains, à « un véritable parcours du combattant »¹³. En effet, le lanceur doit être nécessairement être une personne physique, c’est-à-dire s’exposer en personne ; il doit avoir eu personnellement connaissance des faits allégués, ce qui vise « à éviter les lanceurs d’alerte « par procuration », répétant des informations déjà divulguées »¹⁴. De surcroît, le lanceur doit être de bonne foi et agir de manière désintéressée, ce qui implique qu’il doit le faire au nom de l’intérêt général et non dans le sien, que ce soit à titre personnel ou professionnel. Ainsi, il a pu être souligné « que ne peuvent pas prétendre au statut de lanceur les journalistes (...), les victimes du trouble dénoncé, les témoins appelés à comparaître devant une juridiction ou interrogés dans le cadre d’une enquête, les agents publics dénonçant des faits dont ils ont connaissance par leur métier et qu’il leur appartient de réprimer (inspecteurs du travail, magistrats...) »¹⁵.

2. Encadrement et hiérarchisation des canaux de signalement

Si l’élaboration d’un statut du lanceur d’alerte suppose une meilleure définition de celui-ci et l’octroi d’une réelle protection, elle requiert également la mise en œuvre d’une procédure de signalement : objectif que le législateur de 2016 a souhaité atteindre, via, d’une part, « une gradation des canaux de signalement de l’alerte éthique »¹⁶, et, d’autre part, l’obligation faite à certaines entreprises de mettre en place des procédures internes de recueil des alertes.

Temps 1. - C’est d’abord au supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l’employeur ou à un référent désigné par celui-ci que l’alerte doit être signalée, de telle sorte que l’employeur en est le premier récepteur¹⁷.

Temps 2. - Ce n’est qu’en cas de passivité de l’employeur observée « dans un délai raisonnable » que le signalement - dès lors extériorisé - peut être adressé à l’autorité judiciaire, à l’autorité administrative (autorité des marchés financiers, agence française anticorruption, etc.) ou aux ordres professionnels¹⁸.

Temps 3. - En dernier ressort, à défaut de traitement par l’un de ces organismes dans un délai de 3 mois, le signalement peut être rendu public¹⁹.

À noter

Cette procédure n’a pas à être respectée en cas de danger grave et imminent ou en présence d’un risque de dommages irréversibles, auxquels cas, le signalement peut être directement porté à la connaissance du public²⁰.

Faisant du déclenchement de l’alerte une sorte de responsabilité partagée dans les organisations privées et publiques d’au moins 50 salariés, le législateur impose alors à celles-ci de mettre en place des procédures internes de signalement et de garantir la confidentialité des alertes collectées²¹. Ainsi sont-elles tenues d’instaurer « des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par les collaborateurs extérieurs et occasionnels », ces procédures²² devant garantir « une stricte confidentialité de l’identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l’ensemble des destinataires du signalement »²³. Leur violation est sanctionnée par une peine de 2 ans d’emprisonnement et de 30 000 € d’amende²⁴. En revanche, là où n’existera pas une telle procédure, le lanceur devrait pouvoir saisir directement les autorités judiciaires ou administratives ou les ordres professionnels²⁵.

9 V. CE, communiqué, *Le droit d’alerte : signaler, traiter, protéger*, 13 avr. 2016.

10 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 6, al 1^{er}.

11 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 15.

12 V. F. Verdun, préc.

13 V. P. Thiébart, *Le statut du lanceur d’alerte : Liaisons soc. Quotidien*, 13 déc. 2016.

14 V. *Le statut du lanceur d’alerte créé par la loi Sapin II, dossier juridique : Liaisons soc. Quotidien*, 2 janv. 2017, p. 1.

15 V. Sénat, rapp. n° 712, 22 juin 2016, p. 47 et 48, cité in *Liaisons soc. Quotidien*, préc.

16 V. *Liaisons soc. Quotidien*, préc.

17 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 8, I, al. 1^{er}.

18 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 8, I, al. 2.

19 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 8, I, al. 3.

20 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 8, II.

21 Un décret en Conseil d’État précisera les conditions de mise en place de ces canaux internes de signalement.

22 Comportant un traitement automatisé de données à caractère personnel, ces procédures devront être déclarées à la CNIL.

23 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 9, I.

24 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 9, II.

25 V. AN, rapp. n° 4045, 21 sept. 2016, p. 52.

En tout état de cause, chacun pourra adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orienté vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte²⁶.

3. Une protection multiforme

Alors que le droit antérieur se caractérisait par une kyrielle de dispositifs de protection, variables selon leur origine - tantôt législative, tantôt jurisprudentielle²⁷ - et selon le type d'alerte lancée, c'est par une approche plus systémique et constitutive d'un véritable statut du lanceur d'alerte que se caractérise la loi Sapin 2.

Certes, le Conseil constitutionnel²⁸ a censuré la disposition permettant au Défenseur des droits d'apporter une aide ou un secours financier au lanceur d'alerte, le privant ainsi de la « protection matérielle » initialement envisagée par le législateur²⁹. Cependant, plusieurs mesures se combinent aujourd'hui, destinées à le protéger, non seulement de poursuites pénales pour avoir diffusé des renseignements protégés par un secret, mais aussi d'une éventuelle riposte patronale, étant souligné que son nouveau statut ne saurait exonérer le lanceur d'alerte de toute responsabilité en cas d'abus, qu'elle soit civile (*C. civ.*, art. 1240), ou pénale (*C. pén.*, art. 226-10).

Première mesure protectrice. - Une « irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte »³⁰, chaque fois que les informations diffusées portent « atteinte à un secret protégé par la loi³¹, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, (et) qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi »³² (*C. pén.*, art. 122-9 nouveau), trois secrets n'étant pas concernés : celui de la défense nationale, le secret médical, ainsi que le secret des relations entre un avocat et son client³³.

Deuxième mesure protectrice. - Une protection du droit d'agir puisqu'il est désormais prévu que - sous réserve du respect des procédures de signalement - aucun lanceur d'alerte ne pourra être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle pour avoir signalé une alerte et qu'il ne pourra pas, non plus, être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte³⁴ (*C. trav.*, art. L. 1132-3-3 modifié). Au cas où il serait néanmoins sanctionné, il est alors prévu que le lanceur d'alerte pourra présenter au juge les éléments de fait qui « permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de bonne foi » et

qu'il appartiendra à l'employeur de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration de témoignage de l'intéressé »³⁵ (*C. trav.*, art. L. 1132-3-3 modifié).

À noter

Le salarié victime d'une rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte pourra saisir le conseil de prud'hommes en référé, pour faire cesser ce trouble manifestement illicite³⁶.

Troisième mesure protectrice. - Outre « l'irresponsabilité pénale » du lanceur d'alerte et la protection de son droit d'agir, c'est par le biais d'un dernier mécanisme que la loi Sapin a souhaité faciliter le lancement d'alertes, au nom de la préservation d'un intérêt supérieur. En effet, toute personne faisant obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement (au supérieur hiérarchique, à l'employeur, à son référent, etc.) sera punie d'un an de prison et de 15 000 € d'amende³⁷. En outre, lorsque le juge d'instruction (ou la chambre de l'instruction) est saisi(e) d'une plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte, le montant de l'amende civile qu'il pourra prononcer sera porté à 30 000 € : « cette mesure vise à dissuader les actions judiciaires abusives contre les lanceurs d'alerte »³⁸.

Alors que son édicton occupe une place notable dans l'ensemble des mesures adoptées par la loi Sapin 2 afin « de mettre la France au niveau des meilleurs standards internationaux dans le domaine de la transparence, et de la lutte contre la corruption »³⁹, le nouveau statut des lanceurs d'alerte contribuera-t-il à « trouver un juste équilibre entre (leur) liberté de parler et la nécessité d'assurer (qu'ils dénoncent) bien à des fins d'intérêt général et non dans un but d'autopromotion ou de calomnie »⁴⁰ ? Mais, d'un autre côté, l'élaboration d'un tel statut « ne revient-elle pas à entériner une forme de « bureaucratisme » des lanceurs d'alerte au sens où, en officialisant leur rôle, en l'inscrivant dans la loi, on les transformerait peu ou prou en collaborateurs occasionnels du service public », l'écueil étant même que, « à force de vouloir tisser autour de lui une protection juridique, le lanceur d'alerte risque d'être institutionnalisé, voire instrumentalisé »⁴¹. Des interrogations centrales à l'heure où la loi du 20 avril 2016⁴² vient également d'élargir la protection des lanceurs d'alerte dans la fonction publique : une protection bienvenue pour certains, mais qui est révélatrice, pour d'autres, « d'une conception agressive, voire punitive de la déontologie »⁴³...

26 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 8, IV.

27 Ainsi jugé que « le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute » (*Cass. soc.*, 30 juin 2016, n° 15-10.557 : *Juris-Data* n° 2016-012560).

28 V. *Cons. const.*, 8 déc. 2016, déc. n° 2016-740 et 2016-741 DC.

29 Formule de F. Verdun, art. préc.

30 Formulation employée in *Liaisons soc. Quotidien*, dossier préc.

31 Secret professionnel (articles 226-13 et 226-14 du Code pénal), secret fiscal (article L. 103 du Livre des procédures fiscales), secret bancaire (article L. 511-33 du Code monétaire et financier).

32 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 7.

33 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 6.

34 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 10, I, 1°.

35 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 10, I, 2°.

36 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 12.

37 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 13, I.

38 *Liaisons soc. Quotidien*, dossier préc.

39 V. M. Sapin, conf. de presse, 30 mars 2016 : www.gouvernement.fr/argumentaire/loi-sapin-2-transparence-lutte-contre-la-corruption-modernisation-de-l-economie-4207.

40 V. C. Noiville, citée in *Loi Sapin II : un statut inédit pour les lanceurs* : www.lesechos.fr/03/11/2016/lesechos.fr/0211453120640_loi-sapin-ii---un-statut-inedit-pour-les-lanceurs-d-alerte.htm.

41 V. D. Lochak, *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives* : revdh.revues.org/2362.

42 L. n° 2016-483, 20 avr. 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires : JO 21 avr. 2016, texte n° 2.

43 V. B. Perrin, *Lanceurs d'alerte : les effets pervers de la loi déontologie* : www.lagazettedescommunes.com/458113/lanceurs-d-alerte-les-effets-pervers-de-la-loi-deontologie/.