

**Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte
(n° 4398)**

Document faisant état de l’avancement des travaux du rapporteur,
M. Sylvain Waserman

8 novembre 2021

EXAMEN DES ARTICLES DE LA PROPOSITION DE LOI

**TITRE I^{ER}
DISPOSITIONS GENERALES**

Article 1^{er}

(article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Définition des lanceurs d’alerte

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L’article 1^{er} précise la définition du lanceur d’alerte ainsi que le champ des informations pouvant constituer une alerte, complète la liste des secrets applicables et prévoit l’articulation entre les protections apportées par le statut général du lanceur d’alerte et les dispositifs spécifiques.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L’article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin 2 », a introduit la première définition générale du lanceur d’alerte en droit national.

1. L’état du droit

a. Les dispositions de la loi « Sapin 2 »

L’article 6 de la loi « Sapin 2 » a introduit, dans le droit national, la première définition générale du lanceur d’alerte : celui-ci est 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* ».

Introduite par amendement parlementaire, cette définition est inspirée de l'étude du Conseil d'État de 2016 ⁽¹⁾, qui définissait le lanceur d'alerte comme une personne qui « *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* ».

Cette définition emporte plusieurs conséquences, concernant l'auteur du signalement et le champ de l'alerte : elle est complétée par des dispositions relatives aux secrets applicables.

i. L'auteur du signalement

L'article 6 de la loi « Sapin 2 » précise les conditions à remplir pour pouvoir être considéré comme un lanceur d'alerte :

– le lanceur d'alerte ne peut être qu'une **personne physique** : la définition exclut les personnes morales, telles que les associations et les syndicats. Si ces entités peuvent recueillir des alertes et accompagner les lanceurs d'alerte, elles ne bénéficient pas des protections prévues par la loi ;

– le signalement doit être effectué **de manière désintéressée et de bonne foi**. La notion de désintéressement est entendue de manière particulièrement large, et exclut toute contrepartie financière ou matérielle. Les lanceurs d'alerte ne peuvent ainsi pas être rémunérés ⁽²⁾, et toute personne qui aurait un intérêt personnel à réaliser un signalement, par exemple une personne entrant en conflit avec son employeur, ne peut pas être considérée comme un lanceur d'alerte. S'agissant de la bonne foi, la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 8 juillet 2020, que la mauvaise foi ne pouvait résulter « *que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis* » ;

– le signalement doit porter sur des faits dont la personne a eu **personnellement connaissance**, afin d'écartier les rumeurs, et d'éviter que le lanceur d'alerte n'agisse pour le compte d'un tiers. Le lanceur d'alerte doit ainsi être à la source de l'information.

ii. Le champ de l'alerte

Le **champ des faits** pouvant faire l'objet d'un signalement est vaste et ne fait pas l'objet de restrictions matérielles particulières. Ainsi :

– **tous les crimes et délits** sont concernés ;

(1) Conseil d'État, « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger », février 2016.

(2) Lors de l'introduction de l'article, le rapporteur de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, M. Sébastien Denaja, relevait qu'il n'était « pas question de rémunérer les lanceurs d'alerte en France » (rapport première lecture, p. 88).

– seule une **violation grave et manifeste** peut autoriser une alerte relevant 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 ;

– seule une **menace** ou un **préjudice graves** peuvent autoriser une alerte relative à l'**intérêt général**.

iii. L'exclusion de certaines informations couvertes par le secret

L'article 6 de la loi « Sapin 2 » prévoit par ailleurs que certains faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, sont **exclus du régime de l'alerte** lorsqu'ils sont couverts par :

– le secret de la défense nationale ;

– le secret médical ;

– ou le secret des relations entre un avocat et son client.

Ces exclusions portent sur les informations, et non sur les organismes ou les travailleurs pouvant être concernés par ces champs.

b. Les dispositions de la directive

La définition du lanceur d'alerte prévue par la directive (UE) 2019/1937 ⁽¹⁾, et le champ des signalements qu'il est possible de réaliser, diffèrent sensiblement de celles qui sont prévues par le droit national.

i. L'auteur du signalement

L'article 5 de la directive définit ainsi l'**auteur du signalement** comme une « *personne physique qui signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations qu'elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles* » ⁽²⁾.

Le champ de la directive est ainsi limité aux alertes lancées dans le **domaine professionnel**. Le premier considérant précise notamment que « *les personnes qui travaillent pour une organisation publique ou privée ou qui sont en contact avec une telle organisation dans le cadre de leurs activités professionnelles sont souvent les premières informées des menaces ou des atteintes à l'intérêt public qui surviennent dans ce contexte* ».

La directive reste muette sur le caractère intéressé ou désintéressé du lanceur d'alerte.

(1) Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.

(2) Article 5.7) de la directive (UE) 2019/1937.

Dans son considérant n° 32, elle précise que « *les motifs amenant les auteurs de signalement à effectuer un signalement devraient être sans importance pour décider s'ils doivent recevoir une protection* ».

Le considérant n° 30 écarte néanmoins du dispositif les « *informateurs* », qui « *signalent des violations aux services répressifs en échange d'une récompense ou d'une indemnisation* ». Ces informateurs bénéficient de procédures spécifiques destinées à garantir leur anonymat, qui sont distinctes des canaux de signalement prévus pour les lanceurs d'alerte, à l'image des « *indics* » des douanes, ou des aviseurs fiscaux français ⁽¹⁾.

ii. Le champ de l'alerte

Le signalement peut porter sur des **informations sur des violations**, entendues comme des « *informations, y compris des soupçons raisonnables, concernant des violations effectives ou potentielles, qui se sont produites ou sont très susceptibles de se produire dans l'organisation dans laquelle l'auteur de signalement travaille ou a travaillé ou dans une autre organisation avec laquelle l'auteur de signalement est ou a été en contact dans le cadre de son travail, et concernant des tentatives de dissimulation de telles violations* » ⁽²⁾.

Ces **violations** sont entendues des « *actes ou omissions qui sont illicites et ont trait aux actes de l'Union et aux domaines relevant du champ d'application matériel [de la directive]* » ou « *vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des règles prévues* » ⁽³⁾ dans ces mêmes actes et domaines.

Seules certaines violations, appartenant à un **champ d'application matériel** restreint, peuvent faire l'objet d'une alerte. L'article 2 de la directive vise ainsi les violations relevant du champ d'application des actes de l'Union qui figurent en annexe de la directive, et qui concernent les domaines suivants :

- marchés publics ;
- services, produits et marchés financiers et prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ;
- sécurité et conformité des produits ;
- sécurité des transports ;
- protection de l'environnement ;
- radioprotection et sûreté nucléaire ;
- sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, santé et bien-être des animaux ;

(1) Voir le rapport de Mme Christine Pirès Beaune sur les aviseurs fiscaux, fait au nom de la commission des finances de l'Assemblée nationale, XV^{ème} législature, déposé le 5 juin 2019, n° 1991, p. 9 et ss. ([lien](#)).

(2) Article 5.2) de la directive (UE) 2019/1937.

(3) Article 5.1) de la directive (UE) 2019/1937.

- santé publique ;
- protection des consommateurs ;
- protection de la vie privée et des données à caractère personnel, et sécurité des réseaux et des systèmes d'information.

Le champ de la directive concerne également les violations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ainsi que celles relatives au marché intérieur.

Enfin, la directive précise que les États membres peuvent l'**étendre à d'autres domaines**.

iii. L'exclusion de certaines informations couvertes par le secret

L'article 3 de la directive prévoit que **certaines informations peuvent être exclues du régime de l'alerte**, lorsqu'elles sont protégées par des règles de secret et de confidentialité.

Sont ainsi mentionnés :

- la protection des informations classifiées ;
- la protection du secret professionnel des avocats et du secret médical ;
- le secret des délibérations judiciaires ;
- les règles en matière de procédure pénale.

iv. L'articulation avec les dispositifs spécifiques

L'article 3 de la directive prévoit par ailleurs que, lorsque des règles spécifiques concernant le signalement de violations sont prévues dans les actes sectoriels de l'Union ⁽¹⁾, ces règles s'appliquent.

Il prévoit également que les dispositions de la directive sont applicables dans la mesure où une question n'est pas obligatoirement réglementée par ces actes sectoriels.

Le considérant n° 20 de la directive précise que « *les règles spécifiques [...] qui sont adaptées aux secteurs concernés, devraient être maintenues. [...] Parallèlement, afin d'assurer la cohérence et de garantir la sécurité juridique dans tous les États membres, la présente directive devrait être applicable à l'égard de toutes les matières non régies par des actes sectoriels et devrait ainsi compléter de tels actes afin qu'ils soient totalement alignés sur les normes minimales* ».

Ainsi, la directive ne remplace pas les dispositifs sectoriels d'alerte européens, qui doivent continuer de s'appliquer ; toutefois, les dispositions de la

(1) Le considérant n° 20 de la directive fait ainsi référence aux « règles détaillées sur la protection des lanceurs d'alerte » qui existent déjà dans le domaine des services financiers.

directive peuvent s'appliquer à des questions qui ne sont pas obligatoirement traitées par l'une de ces procédures sectorielles.

Enfin, comme le relève le considérant n° 19, cette articulation doit être « *dynamique* » : des actes sectoriels postérieurs peuvent s'y insérer.

2. Les dispositions de la proposition de loi

Afin de conformer le droit français aux exigences de la directive, sans réduire le niveau de protection déjà offert par la loi « Sapin 2 » ⁽¹⁾, l'article 1^{er} de la proposition de loi opère **plusieurs modifications**.

i. La définition du lanceur d'alerte (**alinéa 1^{er}**)

S'agissant d'abord de la définition du lanceur d'alerte :

– la proposition de loi substitue aux termes « *révèle ou signale* » les termes « *signale ou divulgue* », afin de reprendre la distinction opérée par la directive entre le signalement, qui renvoie à la communication orale ou écrite d'information par les canaux interne et externe ⁽²⁾, et la divulgation, entendue comme la mise à disposition dans la sphère publique d'informations sur des violations ⁽³⁾ ;

– elle supprime par ailleurs l'exigence d'une **connaissance personnelle de l'information signalée**, qui entre en contradiction avec la directive. Celle-ci ne fait en effet pas obstacle à ce qu'un lanceur d'alerte signale des faits qui lui ont été rapportés, mais dont la véracité ne lui semblerait pas devoir être remise en cause. Par rapport à la directive, la rédaction proposée ne comporte ainsi aucune restriction liée à la nécessité d'avoir obtenu les informations faisant l'objet de l'alerte dans un contexte professionnel ;

– elle substitue enfin au critère de désintéressement la notion d'**absence de contrepartie financière directe**, afin d'assouplir la recevabilité de l'alerte dans certaines situations, et notamment celles où le lanceur d'alerte est en conflit avec son employeur, sans pour autant permettre sa rémunération.

(1) L'article 25.2 de la directive prévoit une clause de non-régression : « La mise en œuvre de la présente directive ne peut, en aucun cas, constituer un motif pour réduire le niveau de protection déjà offert par les États membres dans les domaines régis par la présente directive ».

(2) Voir le commentaire de l'article 3.

(3) Art. 5 de la directive, points 3) à 6).

ii. Le champ de l’alerte

La proposition élargit par ailleurs le champ des alertes pouvant être réalisées :

– la proposition de loi ouvre la possibilité de faire porter l’alerte sur des « *informations* » relatives à un crime, un délit, une violation de l’une des normes mentionnées par le texte ⁽¹⁾, ou une menace ou un préjudice pour l’intérêt général. La notion d’ « *information* » permet ainsi clairement d’intégrer des alertes portant sur des violations pour lesquelles le lanceur d’alerte a une conviction raisonnablement établie qu’elles se sont produites, ou sont très susceptibles de se produire, ainsi que l’exige la directive ;

– elle **abandonne les critères** de gravité applicables aux violations pouvant faire l’objet d’une alerte qui, aux termes du droit en vigueur, doivent être « *grave[s] et manifeste[s]* ». La directive supprime également le critère de gravité applicable aux menaces ou préjudices pour l’intérêt général. Ces critères entrent en effet en contradiction avec la directive ;

– elle intègre les informations portant sur la **tentative de dissimulation** de telles violations, ainsi que le prévoit la directive ;

– elle complète la liste des normes dont la violation peut faire l’objet d’une alerte par la **référence aux violations du droit de l’Union européenne**, afin d’explicitier l’intégration de ces normes au dispositif ;

iii. L’exclusion de certaines informations couvertes par le secret (**alinéa 2**)

S’agissant des matières couvertes par le secret, la proposition de loi transpose strictement la directive.

Elle complète le droit en vigueur par la référence aux secrets qui n’étaient pas déjà prévu par la loi « Sapin 2 » ⁽²⁾, c’est-à-dire :

– le **secret des délibérations judiciaires** ;

– ainsi que le **secret de l’enquête et de l’instruction**.

Elle prévoit par ailleurs une dérogation à cette règle : lorsque la loi impose ou autorise la révélation d’un secret, les informations concernées peuvent faire l’objet d’une alerte.

(1) Une violation ou la tentative de dissimulation d’une violation d’un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, un acte unilatéral d’une organisation internationale pris sur le fondement d’un tel engagement, une violation du droit de l’Union européenne, de la loi ou du règlement.

(2) Secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client.

iv. L’articulation avec les dispositifs spécifiques (**alinéa 3**)

La proposition de loi prévoit enfin que, lorsque sont réunies les conditions d’application d’un dispositif **spécifique de signalement** de violations et de protection de leur auteur, prévus par la loi ou le règlement ou par un acte sectoriel de l’Union européenne mentionné par la directive ⁽¹⁾ prévoyant des **mesures au moins aussi favorables** à l’auteur du signalement que celles prévues par la loi ⁽²⁾ et préservant le choix du canal de signalement, les dispositions du présent chapitre - c’est-à-dire les dispositions du statut général des lanceurs d’alerte- ne s’appliquent pas.

La liste de ces dispositifs serait fixée par décret.

Afin de mieux articuler les dispositifs existants avec les procédures et protections prévues par la proposition de loi, la direction des affaires civiles et du sceau (DACS) a par ailleurs indiqué à votre Rapporteur qu’un « *exercice de recensement et de mise à niveau de nombreux dispositifs avait été entrepris au sein des différents ministères concernés (travail, finances, fonction publique, transition écologique, santé)* ».

La DACS rappelle par ailleurs que si la directive n’impose pas de modifier les dispositifs sectoriels d’alerte, elle y invite, et que cette harmonisation est attendue : 64 % des répondants à la consultation publique en ligne conduite par le ministère ⁽³⁾ ont estimé fondée la critique de la complexité des multiples dispositifs sectoriels, et 69 % se sont dits favorables à une clarification.

*

* *

(1) Ces dispositifs sont énumérés dans la partie II de l’annexe de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union.

(2) La proposition de loi fait plus particulièrement référence aux articles 9 (canaux de signalement), 10-1 (protection contre les représailles), 13 (sanctions des représailles et des procédures bâillon) et 14-1 (soutien financier et psychologique) de la loi « Sapin 2 ».

(3) Consultation ouverte du 19 janvier au 21 mars 2021 ([lien](#)).

Article 2

(article 6-1 [nouveau] de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Extension de la protection aux personnes physiques et morales qui sont en lien avec le lanceur d’alerte

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L’article 2 étend certaines des protections offertes aux lanceurs d’alerte, et notamment la protection contre les représailles, aux personnes physiques et morales qui sont en lien avec le lanceur d’alerte : facilitateurs, collègues ou proches, entités juridiques contrôlées par le lanceur d’alerte, pour lesquelles il travaille ou avec lesquelles il est en lien dans un contexte professionnel.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

La loi « Sapin 2 » n’a pas prévu de protections particulières pour les personnes physiques et morales qui sont en lien avec le lanceur d’alerte.

1. L’état du droit

Si la loi « Sapin 2 » a prévu des protections pour les lanceurs d’alerte, elle ne comporte en revanche aucune disposition concernant les personnes, physiques ou morales en lien avec le lanceur d’alerte et qui, du fait de ce lien, sont également susceptibles de faire l’objet de représailles.

Comme le rappelle la directive dans son considérant n° 41, la protection devrait être assurée contre les mesures de représailles « *prises non seulement directement à l’encontre des auteurs de signalement eux-mêmes, mais aussi contre celles qui peuvent être prises indirectement, y compris à l’encontre des facilitateurs, des collègues ou des proches de l’auteur de signalement qui sont également en lien dans un contexte professionnel avec l’employeur, le client ou le destinataire des services de l’auteur de signalement* ». Ces représailles indirectes peuvent également concerner les représentants syndicaux ou les représentants des travailleurs, qui peuvent être notamment amenés à fournir des conseils et une aide à l’auteur de signalement, ainsi que l’entité juridique appartenant à l’auteur de signalement ou pour laquelle il travaille.

À cette fin, le 4 de l’**article 4** de la directive prévoit que les mesures de protection des auteurs de signalement s’appliquent également, le cas échéant :

– aux **facilitateurs** ;

– aux **tiers** qui sont en lien avec les auteurs de signalement et qui risquent de faire l’objet de représailles dans un contexte professionnel, tels que des collègues ou des proches des auteurs de signalement ;

– ainsi qu’aux **entités juridiques** appartenant aux auteurs de signalement ou pour lesquelles ils travaillent, ou encore avec lesquelles ils sont en lien dans un contexte professionnel.

Par ailleurs, le considérant n° 35 indique que « *la présente directive devrait prévoir qu’une protection est accordée lorsque des personnes effectuent, en application de la législation de l’Union, un signalement auprès des institutions, organes ou organismes de l’Union, par exemple dans le cadre d’une fraude concernant le budget de l’Union* ».

Il est en effet possible de signaler à la Commission européenne des violations en matière de droit de la concurrence et d’aides d’État, par exemple.

Le 4 de l’**article 6** prévoit ainsi que les personnes qui signalent auprès des institutions, organes ou organismes de l’Union compétents des violations qui relève du champ d’application de la directive bénéficient des protections offertes aux lanceurs d’alerte dans les mêmes conditions que les personnes qui effectuent un signalement externe.

2. Les dispositions de la proposition de loi

L’**article 2** de la proposition de loi énonce les mesures de protection offertes aux lanceurs d’alerte qui bénéficient également aux personnes qui sont en lien avec les lanceurs d’alerte, et définit ces personnes.

L’**alinéa 2** énumère ces différentes mesures de protections. Il s’agit :

– des **protections contre les représailles** prévues aux articles 10-1 et 12 de la loi « Sapin 2 » modifiée ⁽¹⁾, c’est-à-dire l’inversion de la charge de la preuve, l’exonération de responsabilité civile à raison du signalement ou de la divulgation, l’exonération de responsabilité civile ou pénale à raison de l’obtention et du stockage des informations, la possibilité de demander une provision pour frais de l’instance, la procédure de référé prud’homal, de l’abondement du compte personnel de formation ;

– de la **procédure d’amende civile**, prévue au II de l’article 13 de la loi « Sapin 2 » modifiée ⁽²⁾ ;

– de l’**irresponsabilité pénale en cas d’atteinte à un secret protégé** par la loi dans le cadre d’une alerte, prévu à l’article 122-9 du code pénal ⁽³⁾ ;

– de la **réintégration de toute personne** ayant fait l’objet d’un licenciement, d’un non-renouvellement de son contrat ou d’une révocation, en raison du lancement d’une alerte, qui peut être prescrite par le juge administratif, et qui est prévue à l’article L. 911-1-1 du code de justice administrative ⁽⁴⁾.

(1) Voir les commentaires des articles 5 et 7 de la proposition de loi.

(2) Voir le commentaire de l’article 8 de la proposition de loi.

(3) Créé par l’article 7 de la loi « Sapin 2 ».

(4) Créé par l’article 11 de la loi « Sapin 2 » et modifié par l’article 10 de la proposition de loi.

En revanche, ces personnes ne peuvent pas bénéficier de l'aide financière et psychologique dont la création est proposée par la proposition de loi ⁽¹⁾.

Les **alinéas 3 à 6** énoncent les catégories de personnes pouvant bénéficier de ces protections.

L'**alinéa 3** vise les **facilitateurs**, entendus « *comme toute personne physique ou morale ayant participé à favoriser la révélation ou le signalement par un lanceur d'alerte dans le respect des articles 6 et 8 de la présente loi* ».

La rédaction proposée va ainsi **plus loin que ce qui est strictement exigé par la directive**, puisque celle-ci définit le facilitateur comme une « *personne physique qui aide un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel et dont l'aide devrait être confidentielle* », excluant de ce fait les personnes morales, et limitant les personnes physiques au contexte professionnel.

L'**alinéa 4** mentionne les « **personnes physiques en lien** » avec un **lanceur d'alerte**, et « *qui risquent de faire l'objet notamment de l'une des mesures [de représailles] dans le cadre de leurs activités professionnelles de la part de l'employeur, du client ou du destinataire des services de cette personne* ».

Pour plus de clarté, la rédaction proposée n'a ainsi pas retenu le terme de « *tiers* » mentionné par la directive, ni ceux de « *représailles dans un contexte professionnel* », tout en poursuivant le même objectif.

L'**alinéa 5** intègre les « *entités juridiques contrôlées, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce* », par un lanceur d'alerte, ou pour lesquelles elle travaille, ou avec lesquelles elle est en lien dans un contexte professionnel.

La notion « *d'appartenance* » de l'entité n'ayant pas de traduction juridique précise en droit national, la rédaction proposée s'appuie sur la notion de contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, fondée sur la détention du capital et sur l'influence actionnariale. Le champ de cet article est large, et permet d'intégrer les sociétés civiles et commerciales.

Alors que les trois alinéas précédents adaptent les exigences prévues au 4 de l'article 4 de la directive, l'**alinéa 6** traduit quant à lui les dispositions prévues au 4 de son article 6. Il étend la protection de la directive aux personnes recourant à des dispositifs d'alertes sectoriels auprès de l'Union européenne.

*

* *

(1) À l'article 14-1 de la loi « Sapin 2 » créé par l'article 9 de la proposition de loi.

TITRE II PROCEDURES DE SIGNALEMENT

Article 3

(article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Procédures de signalement

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article transpose les articles 7 à 15 de la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019. Il définit les trois canaux par lesquels un lanceur d’alerte peut procéder à son signalement. En application de la directive, les canaux internes et externes ne sont plus hiérarchisés et peuvent être saisis successivement ou alternativement. Les signalements effectués auprès du canal externe seront traités par une autorité compétente parmi celles désignées par décret. La divulgation publique, en revanche, reste conditionnée à l’absence de traitement, à un danger imminent ou à un risque de représailles.

Sous l’effet de la directive, les obligations incombant aux organisations et aux autorités externes en matière de recueil et de traitement des alertes sont renforcées (délais de réponse, confidentialité, conservation des données...). Dans ce nouveau dispositif, le Défenseur des droits aura la charge d’orienter les lanceurs d’alerte et de réorienter les alertes lorsqu’une autorité externe ne s’estimera pas compétente.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L’article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a créé le mécanisme des canaux hiérarchisés de signalement.

1. L’état du droit

a. Des canaux de signalement hiérarchisés

L’encadrement des signalements effectués par les lanceurs d’alerte poursuit deux objectifs : d’une part, favoriser la détection et la résolution rapide de problèmes graves au sein d’une organisation et, d’autre part, protéger les personnes qui, de bonne foi, signalent ces manquements.

C’est dans cet esprit que le législateur, en 2016, a fait le choix de hiérarchiser les canaux par lesquels un lanceur d’alerte devait effectuer son signalement s’il souhaitait bénéficier des protections prévues par la loi. Il a considéré qu’il était préférable qu’un dysfonctionnement soit d’abord signalé en interne, avant que les autorités publiques puissent être saisies ou, en dernier ressort, que la divulgation soit réalisée publiquement.

L'article 8 de la loi « Sapin 2 » prévoit donc que le signalement s'effectue en premier lieu auprès « *du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci* ».

Le III du même article précise que les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions doivent mettre en place des « *procédures appropriées de recueil des signalements* ». Ce canal interne est ouvert « *aux membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels* ».

Les obligations en matière de recueil des alertes ont été fixées pour ces entités par un décret du 19 avril 2017 ⁽¹⁾. Dans les ministères, elles ont été déclinées par arrêté.

ARRÊTÉS RELATIFS A LA PROCÉDURE DE RECUEIL DES SIGNALEMENTS ÉMIS PAR LES LANCEURS D'ALERTE AU SEIN DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC ⁽²⁾

Arrêté du 31 mai 2021	Ministère de la justice
Arrêté du 24 juillet 2019	Ministères économiques et financiers
Arrêté du 12 juillet 2019	Services du Premier ministre
Arrêté du 23 août 2018	Ministère des armées
Arrêté du 12 août 2019	Ministère de la transition écologique et solidaire et Ministère de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales
Arrêté du 3 mai 2019	Ministère de l'agriculture
Arrêté du 12 mars 2019	Ministère de la culture
Arrêté du 10 décembre 2018	Ministère de l'éducation nationale
Arrêté du 3 décembre 2018	Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche
Arrêté du 16 novembre 2018	Ministère de l'intérieur Ministère de l'outre-mer
Arrêté du 29 juin 2018	Ministère des affaires étrangères
Arrêté du 20 avril 2018	Caisse des dépôts et consignations

Source : Légifrance.

Cette procédure indique les personnes référentes, précise le mode de communication des informations et prévoit un moyen d'échange. Elle doit permettre à l'auteur du signalement d'être informé sur le délai raisonnable dans lequel son alerte sera traitée et garantir la confidentialité des faits et des personnes concernées. Le référent doit ainsi « *disposer, par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions* » ⁽³⁾. L'article 4 autorise la désignation d'un référent extérieur à l'entité.

(1) Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

(2) Tableau issu du rapport d'information de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », présenté par MM. Raphaël Gauvain et Olivier Marleix, XV^{ème} législature, 7 juillet 2021, p. 146.

(3) Article 4 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017.

L'article 2 du décret du 19 avril 2017 permet aux organismes soumis au III de l'article 8 de « *prévoir que les procédures de recueil des signalements sont communes à plusieurs d'entre eux* ». Il n'est pas prévu que des petites organisations puissent se rassembler pour disposer d'un canal interne si elles ne sont pas soumises à cette obligation individuellement. Toutefois, de nombreuses entités se situant sous les seuils fixés au III disposent de procédures de recueil des alertes en raison de la sensibilité de leur activité, de leur appartenance à un groupe plus important ou des exigences de l'évaluation des tiers.

Le canal externe – autorité administrative, autorité judiciaire ou ordres professionnels – ne peut être saisi qu'« *en l'absence de diligence de la personne destinataire [...] à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement* »⁽¹⁾.

Ce n'est que trois mois après la saisine de l'une des autorités externes et en l'absence de traitement de l'alerte par celle-ci que le signalement peut être rendu public.

Des exceptions à cette hiérarchie existent d'ores-et-déjà puisque le II de l'article 8 permet de procéder directement à un signalement externe ou une divulgation publique « *en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles* ». La France s'était ainsi conformée à la résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 avril 2010 qui exigeait que, « *lorsqu'il n'existe pas de voies internes pour donner l'alerte, ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement, voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le donneur d'alerte, il conviendrait de la même manière de protéger celui qui utilise des voies externes, y compris les médias* ».

Pour aider le lanceur d'alerte dans cette démarche, le législateur a prévu en 2016 de confier au Défenseur des droits la mission d'orienter le lanceur d'alerte vers l'organisme le plus approprié⁽²⁾.

b. Des difficultés persistantes

L'obligation de saisir successivement deux canaux et d'attendre « *un délai raisonnable* » entre ces deux saisines prive en partie le signalement de son efficacité. Cette durée est propice à la poursuite des faits dénoncés, à la disparition d'informations importantes et à la mise en place de représailles contre le lanceur d'alerte. Le rapport d'évaluation de la loi « Sapin 2 » faisait état de « *nombreux témoignages de lanceurs d'alerte, dans le secteur public comme dans le secteur privé, ayant fait l'objet de graves représailles sans que leurs supérieurs hiérarchiques, leur référent ou les pouvoirs publics aient pu assurer leur*

(1) I de l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(2) Voir le commentaire de la proposition de loi organique visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte, déposé par M. Sylvain Waserman le 15 juillet 2021, n° 4375.

protection »⁽¹⁾. Ses rapporteurs, MM. Raphaël Gauvain et Olivier Marleix, rappelaient que « *ces personnes, qui ont parfois sacrifié leurs vies professionnelle et personnelle pour dénoncer des infractions graves, ont le sentiment d’avoir été abandonnées alors qu’elles pensaient servir l’intérêt général ou agir loyalement pour leur entreprise* »⁽²⁾.

L’obligation de saisir le canal interne, en particulier par la voie hiérarchique, présente un caractère désincitatif. L’évaluation réalisée par la commission des Lois de l’Assemblée nationale soulignait cette difficulté : « *Les responsables peuvent être placés en situation de conflit d’intérêts ou de loyauté vis-à-vis de leur propre hiérarchie ou bien être eux-mêmes concernés par l’alerte. L’obligation de signalement en interne est donc un frein aux signalements car les lanceurs d’alerte sont conscients du risque de représailles auquel ils s’exposent* »⁽³⁾.

Cette situation présente également une grande insécurité juridique puisqu’un lanceur d’alerte qui ne reçoit aucune réponse par les canaux internes et externes n’est pas en mesure de savoir s’il peut procéder à une divulgation publique qui risque de l’exposer à des représailles et à d’éventuelles poursuites pénales si son statut de lanceur d’alerte n’était finalement pas reconnu.

Enfin, le contrôle de la mise en œuvre par les administrations et les entreprises de leurs obligations en matière de recueil des alertes est limité. Seule l’Agence française anticorruption est compétente, en vertu du 2° du II de l’article 17 de la loi « Sapin 2 » pour contrôler la mise en place d’un dispositif d’alerte interne et saisir la commission des sanctions. Il est cependant possible que le juge considère que l’absence de conformité à la loi et au décret puisse être sanctionné à titre incident. Un employeur a ainsi déjà été condamné pour avoir « *failli à son obligation de sécurité [...] en ne justifiant pas avoir mis en œuvre les mesures propres à prévenir la survenance de faits de harcèlement* »⁽⁴⁾. Un tel raisonnement est susceptible de s’appliquer en matière d’alerte.

c. Les obligations résultant de la directive

i. La fin de la hiérarchisation des canaux de signalement

L’article 10 de la directive européenne 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union abolit la hiérarchie entre le canal interne et le canal externe puisqu’il indique que les lanceurs d’alertes peuvent effectuer un signalement externe : « *après avoir effectué un signalement par le biais de canaux de signalement interne ou [...] directement par le biais de canaux de signalement externe* ».

(1) Rapport d’information de l’Assemblée nationale sur l’évaluation de la loi « Sapin 2 », op. cit., p. 139.

(2) Ibidem, p. 139.

(3) Ibidem, p. 143.

(4) Cour d’appel de Paris, 5 novembre 2015, n° 15/04024.

Son article 7 précise toutefois que les États membres peuvent « *encourager le signalement par le biais de canaux de signalement interne avant un signalement par le biais de canaux de signalement externe, lorsqu'il est possible de remédier efficacement à la violation en interne et que l'auteur de signalement estime qu'il n'y a pas de risque de représailles* ». Si l'incitation à saisir le canal interne est possible, un lanceur d'alerte doit néanmoins conserver le choix du moyen de sa révélation, sans avoir à justifier d'un risque de représailles ou d'une urgence.

Ce changement de paradigme aura pour effet d'inciter les organismes à mettre en œuvre des canaux internes efficaces et fiables, respectant en tout point la confidentialité du lanceur d'alerte pour le prémunir des représailles. Il doit également permettre de traiter plus rapidement les alertes puisque l'auteur d'un signalement ne sera pas tenu d'attendre l'expiration d'un délai pour saisir les autorités externes, ce qui le protégera des représailles et réduira les dommages causés par les manquements qu'il dénonce.

ii. Des obligations accrues en matière de recueil et de traitement des alertes

La directive exclut, comme le prévoit déjà la loi « Sapin 2 », les petites structures de l'obligation de mettre en place un dispositif de recueil et de traitement spécifique. La directive, s'inspirant du seuil fixé par la loi « Sapin 2 », précise à son article 8 que « *les États membres peuvent exempter de l'obligation visée au paragraphe 1 les municipalités comptant moins de 10 000 habitants ou moins de 50 travailleurs, ou d'autres entités visées au premier alinéa du présent paragraphe comptant moins de 50 travailleurs* ».

L'obligation d'établir une procédure de recueil et de traitement des alertes s'impose à un périmètre semblable à celui de la loi « Sapin 2 » : les personnes morales de droit public ou privé de plus de cinquante travailleurs, les collectivités de plus de 10 000 habitants, les administrations. La directive ajoute à cette liste certaines entités faisant l'objet d'une surveillance particulière, notamment dans le secteur financier ⁽¹⁾.

La directive précise la qualité des personnes qui pourront saisir le canal interne. Tandis que la loi « Sapin 2 » n'ouvre le canal interne qu'aux membres de leur personnel et aux collaborateurs extérieurs et occasionnels, la directive précise que les canaux internes sont ouverts aux travailleurs, aux travailleurs indépendants, aux actionnaires, aux membres des conseils d'administration, aux bénévoles, aux stagiaires, aux sous-traitants, aux fournisseurs ainsi qu'aux personnes dont la relation de travail a pris fin ⁽²⁾.

(1) Entités relevant du champ d'application des actes de l'Union visés dans les parties I.B et II de l'annexe de la directive.

(2) Articles 8.2. de la directive.

La directive encadre également les conditions de recueil et de traitement de l’alerte. Outre l’exigence de confidentialité, d’impartialité et de diligence, elle impose la remise d’un accusé de réception sept jours au plus tard après le signalement et un retour d’information au plus tard trois mois après cet accusé de réception (ou trois mois et sept jours après le signalement en l’absence d’accusé de réception). Jusqu’alors le droit français imposait l’accusé de réception⁽¹⁾ mais ne précisait pas la durée maximale du délai raisonnable dans lequel le lanceur d’alerte devait recevoir un retour d’information.

Les mêmes obligations de service s’imposent aux autorités pouvant être saisies par le canal externe. L’article 11 de la directive impose aux États membres de « *désigner les autorités compétentes pour recevoir les signalements, fournir un retour d’informations et assurer un suivi des signalements, et mettent des ressources suffisantes à la disposition desdites autorités.* »

Certaines exigences sont adaptées pour les autorités externes : le délai dans lequel est fourni le retour d’information peut être porté à six mois si cela est justifié, elles doivent être en mesure de transmettre un signalement pour lequel elles ne sont pas compétentes vers une autre autorité et elles peuvent classer sans suite les alertes mineures ou les signalements répétitifs qui ont déjà fait l’objet d’un traitement.

Concernant la divulgation publique, l’article 15 de la directive prévoit qu’elle peut intervenir après des signalements interne et externe, ou après un signalement directement externe, en l’absence de « *mesure appropriée* » dans les délais prévus. Cette divulgation peut également être immédiate en cas de « *danger imminent ou manifeste pour l’intérêt public, comme lorsqu’il existe une situation d’urgence ou un risque de préjudice irréversible* » ou lorsque, « *en cas de signalement externe, il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu’il soit véritablement remédié à la violation, en raison des circonstances particulières de l’affaire, comme lorsque des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou lorsqu’une autorité peut être en collusion avec l’auteur de la violation ou impliquée dans la violation* ».

2. Les dispositions de la proposition de loi

L’article 3 de la proposition de loi réécrit l’article 8 de la loi « Sapin 2 » afin de procéder aux adaptations exigées par la transposition de la directive et attendues par les lanceurs d’alerte et ceux qui interviennent pour les soutenir et les protéger. Le nouvel article 8 met donc fin à la hiérarchie des canaux de signalement interne (a) et externe (b). Il conserve la spécificité de la divulgation publique (c)

(1) II du 1° de l’article 5 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d’alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l’État.

a. Le canal interne

Comme le permet la directive et comme le faisait déjà la loi « Sapin 2 », le présent article distingue la situation des petites entités – organisations de moins de cinquante agents ou salariés et des communes de moins de 10 000 habitants – dans lesquelles les signalements peuvent être adressés au supérieur hiérarchique direct ou indirect, à l’employeur ou à un référent.

Les autres organisations ⁽¹⁾ doivent établir « *une procédure interne de recueil et de traitement des signalements* » (et non plus seulement une procédure de recueil comme le prévoyait la loi « Sapin 2 »). Cette procédure devra respecter les règles fixées dans la directive, notamment concernant les délais de réception et de retour d’information.

Cette procédure fera l’objet d’une consultation par les instances représentatives du personnel qui prendra la forme d’un avis.

Le présent article énumère, conformément à la directive, les personnes habilitées à saisir le canal interne : les membres du personnel, y compris ceux dont la relation de travail a pris fin et ceux en phase de recrutement – même si la directive ne l’imposait pas pour ces derniers –, les détenteurs du capital social, les membres de l’organe d’administration, de direction ou de surveillance, les collaborateurs extérieurs et occasionnel et les membres ou dirigeants des contractants, sous-traitants et fournisseur.

Le champ des personnes auxquelles le canal interne doit être ouvert s’élargit donc par rapport à la loi « Sapin 2 » dans laquelle il était restreint aux membres du personnel et aux collaborateurs extérieurs et occasionnels.

b. Le canal externe

Tandis que la loi « Sapin 2 » autorisait, passé un délai raisonnable, à saisir l’autorité judiciaire, l’autorité administrative ou les ordres professionnels, sans davantage de précision, le nouvel article 8 détaille le rôle des autorités externes en matière de traitement des alertes.

Un décret en Conseil d’Etat devra lister l’ensemble des autorités habilitées à connaître des alertes intervenant dans leur champ de compétence. Ce décret précisera également, conformément à la directive, les conditions et les délais dans lesquels ces autorités devront accuser réception des signalement (sept jours au maximum) et assurer un retour d’informations aux lanceurs d’alerte (trois mois ou six mois dûment justifiés).

(1) *Les personnes morales de droit public ou de droit privé d’au moins cinquante agents ou salariés, les entités relevant du champ d’application des actes de l’Union européenne mentionnés au B de la partie I et dans la partie II de l’annexe de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l’Union, les administrations de l’État, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions ainsi que les établissements publics en relevant.*

Compte tenu de la multitude des autorités externes pouvant être désignées, il est prévu que celles-ci puissent être saisies directement ou par l'intermédiaire du Défenseur des droits au titre de sa mission d'orientation des lanceurs d'alerte ⁽¹⁾. Le Défenseur des droits est également amené à jouer un rôle de pivot lorsqu'une autorité saisie s'estime incompétente ou partiellement compétente. Cette mission est précisée dans la proposition de loi organique examinée avec la présente proposition de loi ⁽²⁾.

c. La divulgation publique

La divulgation publique reste soumise à des exigences élevées. Elle peut avoir lieu en l'absence de traitement du signalement par l'autorité externe dans un délai de trois (ou six) mois.

Elle peut également intervenir en cas de danger imminent ou manifeste pour l'intérêt général. Sur ce point, l'article ne précise pas, comme le fait la directive, que la notion de « danger » couvre également celle de « risque de préjudice irréversible ».

Enfin, la divulgation publique est autorisée :

– lorsque le canal externe « *ne peut permettre de remédier efficacement à l'objet de la divulgation* » ;

– ou lorsqu'il « *fait encourir à son auteur un risque de faire l'objet des mesures mentionnées à l'article 10-1* » ;

– ou « *en raison des circonstances particulières de l'affaire, comme lorsque des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou lorsque l'auteur du signalement a des motifs sérieux de penser que l'autorité peut être en conflit d'intérêt ou en collusion avec l'auteur de la violation ou impliquée dans la violation* » ⁽³⁾.

Sur ce dernier point, la proposition de loi diverge légèrement de la directive qui considère les circonstances particulières de l'affaire comme le critères d'inefficacité du canal externe et non comme un motif autonome permettant la divulgation ⁽⁴⁾.

Il convient de rappeler que la divulgation publique n'est pas interdite lorsque ces conditions ne sont pas réunies puisque la liberté d'expression prévaut. En revanche, son auteur ne bénéficiera alors plus des protections attachées par la loi aux lanceurs d'alerte.

(1) 5° de l'article 4 de la loi organique de 2011

(2) Proposition de loi organique visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte, déposé par M. Sylvain Waserman le 15 juillet 2021, n° 4375.

(3) 3° du III de l'article 8 de la loi « Sapin 2 » dans sa rédaction issue de l'article 3 de la présente proposition de loi.

(4) L'article 15 de la directive prévoit qu'« une personne qui fait une divulgation publique bénéficie de la protection prévue par la présente directive si [elle] a des motifs raisonnables de croire qu'en cas de signalement externe, il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu'il soit véritablement remédié à la violation, en raison des circonstances particulières de l'affaire, comme lorsque des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou lorsqu'une autorité peut être en collusion avec l'auteur de la violation ou impliquée dans la violation ».

*

* *

Article 4

(article 9 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Protection de la confidentialité des alertes

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article transpose les articles 16 à 18 de la directive. Il renforce la confidentialité des alertes et des personnes qu'elles concernent. Il encadre également la transmission d'informations relatives à une alerte vers l'autorité judiciaire et précise les conditions de conservation des données relatives au signalement.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article 9 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique impose la stricte confidentialité des informations relatives aux signalements, à leurs auteurs et aux personnes qu'elles visent. Il prévoit des sanctions pénales en cas de divulgation de ces informations.

1. L'état du droit

a. Les apports de la loi « Sapin 2 »

L'article 9 de la loi « Sapin 2 » exige que les procédures de recueil des alertes « *garantissent 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* ». À l'exception des informations transmises à la justice, seul le lanceur d'alerte peut consentir à la divulgation d'information susceptible de l'identifier.

Les personnes qui révèlent de telles informations encourent des sanctions pénales s'élevant à deux ans d'emprisonnement et 3 000 euros d'amende.

Concernant la conservation des données recueillies, l'organisme doit prévoir les dispositions nécessaires « *pour détruire les éléments du dossier de signalement de nature à permettre l'identification de l'auteur du signalement et celle des personnes visées par celui-ci lorsqu'aucune suite n'y a été donnée, ainsi que le délai qui ne peut excéder deux mois à compter de la clôture de l'ensemble des opérations de recevabilité ou de vérification. L'auteur du signalement et les personnes visées par celui-ci sont informés de cette clôture* » ⁽¹⁾.

(1) Article 5 du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017.

b. Les exigences de la directive européenne

i. La confidentialité des signalements

L'article 9 de la directive prévoit que chaque canal de signalement interne « *garantit la confidentialité de l'identité de l'auteur de signalement et de tout tiers mentionné dans le signalement* ».

Son article 12 exige que les canaux de signalement externe soient « *conçus, établis et gérés de manière à garantir l'exhaustivité, l'intégrité et la confidentialité des informations et à empêcher l'accès à ces informations aux membres du personnel de l'autorité compétente non autorisés* ».

Son article 16 demande par conséquent aux États membres de « *veiller à ce que l'identité de l'auteur de signalement ne soit pas divulguée sans le consentement exprès de celui-ci à toute personne autre que les membres du personnel autorisés compétents pour recevoir des signalements ou pour en assurer le suivi. Cela s'applique également pour toute autre information à partir de laquelle l'identité de l'auteur de signalement peut être directement ou indirectement déduite* ». Le droit français, tel qu'il résulte de l'article 9 de la loi « Sapin 2 », est d'ores-et-déjà conforme à la directive sur ce point.

Le même article 16 encadre les conditions de divulgation de telles informations. Seule la transmission à l'autorité judiciaire ne requiert pas le consentement de l'auteur du signalement. Il doit malgré tout en être informé, « *à moins qu'une telle information ne risque de compromettre les enquêtes ou les procédures judiciaires concernées* ».

La directive rappelle enfin que « *la protection de la confidentialité ne devrait pas s'appliquer aux cas dans lesquels l'auteur de signalement a intentionnellement révélé son identité dans le cadre d'une divulgation publique* »⁽¹⁾.

ii. Conservation des données

Les traitements de données à caractère personnel en lien avec des signalements doivent se faire en conformité avec le règlement général sur la protection des données (RGPD)⁽²⁾.

L'article 18 de la directive impose aux entités juridiques des secteurs privé et public et aux autorités externes d'archiver l'ensemble des signalements reçus. Il rappelle que « *les signalements ne sont pas conservés plus longtemps qu'il n'est nécessaire et proportionné de le faire pour respecter les exigences imposées par la présente directive ou d'autres exigences imposées par le droit de l'Union ou le droit national* ».

(1) Considérant 82 de la directive.

(2) Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

L'article 12 de la directive indique néanmoins que les canaux externes doivent permettre « *le stockage durable d'informations conformément à l'article 18 afin de permettre que des enquêtes complémentaires soient menées* ».

2. Les dispositions de la proposition de loi

L'article 4 renforce les garanties de confidentialité qui entourent un signalement. Celles-ci couvrent également « *tout tiers mentionné dans le signalement* ». La confidentialité s'applique non seulement à la procédure de recueil, comme le prévoyait la loi Sapin 2, mais aussi au traitement de l'alerte.

Pour rassurer le lanceur d'alerte sur l'usage qui sera fait des informations qu'il transmet, les conditions dans lesquelles son identité pourra être révélée à la justice sont modifiées. Il devra en être informé, « *à moins que cette information ne risque de compromettre la procédure judiciaire concernée* », auquel cas des justifications écrites devront être produites.

Enfin, l'article 4 encadre la conservation dans le temps des signalements en précisant que ceux-ci « *ne peuvent être conservés que le temps strictement nécessaire et proportionné à leur traitement et à la protection de leurs auteurs, des personnes visées par celui-ci, de tout tiers mentionné dans le signalement* ».

Cette obligation est plus stricte que celle prévue par le décret du 19 avril 2017 et par la directive. Ces données ne devront pas pour autant être effacées prématurément dans le but d'entraver un signalement ou de s'opposer à l'intervention ultérieure d'une autorité externe ou de l'autorité judiciaire.

*

* *

TITRE III MESURES RENFORÇANT LA PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE

Article 5

(article 10-1 [nouveau] de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Renforcement des protections contre les représailles

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article crée un article 10-1 dans la loi « Sapin 2 » afin de transposer les articles 19, 21 et 22 de la directive du 23 octobre 2019 :

- son I énumère les mesures de représailles prohibées ;
- son II rappelle le renversement de la charge de la preuve en matière de discrimination à l'encontre d'un lanceur d'alerte ;
- son III prévoit que le lanceur d'alerte n'encourt pas de responsabilité civile ;
- son IV exonère le lanceur d'alerte de responsabilité pénale pour l'obtention ou le stockage d'information, à condition que l'infraction commise soit proportionnée et nécessaire à l'exercice du droit d'alerter ;
- son V autorise le juge à allouer, à bref délai, une provision pour frais d'instance au lanceur d'alerte faisant l'objet d'une procédure bâillon ou qui conteste une mesure de représailles.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

Les articles L. 1132-3-3 du code du travail et 6 *ter* A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ont été introduits par l'article 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.

Ils ont été complétés par l'article 10 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Ils prévoient l'interdiction des discriminations à l'encontre d'un lanceur d'alerte, salarié ou agent public ayant effectué un signalement.

1. L'état du droit

a. La protection contre les représailles en milieu professionnel

i. La protection des salariés

L'article L. 1132-3-3 du code du travail a été introduit par la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière afin de protéger les salariés ayant « *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* ».

Il recense les mesures de représailles suivantes :

- être écarté d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise ;
- être sanctionné ;
- être licencié ;
- faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, 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.

L'article 10 de la loi « Sapin 2 » a repris cette même liste pour interdire, dans un deuxième alinéa du même article L. 1132-3-3 du code du travail, les représailles contre les personnes ayant « *signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ». La protection est donc conditionnée au respect des critères du désintéressement et de la bonne foi et des règles de saisine des différents canaux.

Pour faire valoir cette protection, le salarié saisit le conseil des prud'hommes. Il peut le faire par la voie du référé ⁽¹⁾ pour obtenir plus rapidement la suspension de l'acte contesté ou des mesures provisoires, notamment lorsque sa situation financière s'est gravement dégradée.

ii. La protection des fonctionnaires

L'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, créé par la loi du 6 décembre 2013 et modifié par la loi « Sapin 2 », permet aux fonctionnaires de bénéficier de garanties similaires.

Il protège toute personnes ayant « *relaté ou témoigné, de bonne foi, aux autorités judiciaires ou administratives de faits constitutifs d'un délit, d'un crime ou susceptibles d'être qualifiés de conflit d'intérêts au sens du I de l'article 25 bis dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* » ou ayant « *signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016* ».

Les représailles identifiées par l'article 6 *ter* A sont adaptées au contexte de la fonction publique et insistent sur la problématique des conflits d'intérêts. Sont interdites les mesures discriminatoires, directe ou indirecte, concernant notamment le recrutement, la titularisation, la rémunération, la formation, l'appréciation de la valeur professionnelle, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation.

(1) Article 12 de la loi « Sapin 2 » : « En cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte au sens de l'article 6, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes dans les conditions prévues au chapitre V du titre V du livre IV de la première partie du code du travail. »

iii. Des procédures communes

En application de l'article L. 1132-4 du code du travail et du troisième alinéa de l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983, les dispositions et actes pris en méconnaissance de ces interdictions sont nuls. Dans le cas des personnes morales de droit public ou des personnes de droit privé chargées de la gestion de service public, le juge administratif peut assortir sa décision d'une obligation de réintégration assortie d'un délai d'exécution ⁽¹⁾.

Les articles L. 1132-3-3 du code du travail et 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 prévoient également un renversement de la charge de la preuve en la matière puisqu'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* » ⁽²⁾.

Enfin, les auteurs de signalement peuvent solliciter le soutien du Défenseur des droits qui peut utiliser ses pouvoirs ⁽³⁾ pour enquêter sur la discrimination, accompagner le lanceur d'alerte dans ses démarches, et formuler des recommandations ou des observations pour qu'il soit remédié rapidement au manquement.

b. Les protections contre les poursuites pénales engagées contre les auteurs de signalement

Bien qu'ils puissent également faire l'objet de certaines mesures discriminatoires, les lanceurs d'alertes qui n'ont pas effectué leur signalement dans un contexte professionnel et ceux qui ne sont ni salariés, ni agents publics (travailleurs indépendants, sous-traitants, collaborateurs extérieurs, *etc.*) ne bénéficient pas de ces protections. Ils bénéficient en revanche d'une protection contre le risque juridique résultant de l'alerte.

L'article 7 de la loi « Sapin 2 » a créé dans le code pénal un article 122-9 afin d'exonérer de responsabilité pénale toute personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi dès lors que son signalement respecte les conditions fixées aux articles 6 et 8 de la loi « Sapin 2 » et que « *cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* » ⁽⁴⁾.

Les lanceurs d'alerte peuvent néanmoins faire l'objet d'autres poursuites. Le rapport d'évaluation de la loi « Sapin 2 » rappelait ainsi que « *les lanceurs d'alerte peuvent être amenés à soustraire les documents nécessaires au lancement de l'alerte, les photocopier ou encore reproduire le contenu informationnel sur un autre support, voir les télécharger. Ils peuvent alors être poursuivis pour violation du secret ou pour vol et recel lorsqu'ils stockent une information confidentielle en vue de lancer une alerte* » ⁽⁵⁾.

(1) Article 911-1-1 du code de justice administrative, créé par l'article 11 de la loi « Sapin 2 ».

(2) Cinquième alinéa de l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983.

(3) Articles 18 à 36 de la loi organique de 2011.

(4) Article 122-9 du code pénal.

(5) Rapport d'information de l'Assemblée nationale sur l'évaluation de la loi « Sapin 2 », op. cit., p. 151.

La possibilité d’engager des poursuites sur ce fondement ou sur celui de la diffamation sont parfois utilisées à des fins abusives. Ces procédures dites « baillons » ont pour objectif de perturber les démarches de signalement et de décourager le lanceur d’alerte qui doit, pour chacune d’elles, organiser sa défense. La loi « Sapin 2 » ne permet de les sanctionner que par les amendes civiles prévues pour les procédures abusives et dilatoires dont le montant est porté à 30 000 euros lorsqu’il s’agit de poursuite pour diffamation à l’encontre d’un lanceur d’alerte ⁽¹⁾.

2. Les dispositions de la proposition de loi

L’article 5 transpose, avec l’article 6, le chapitre VI de la directive concernant les mesures de protection des lanceurs d’alerte.

a. L’interdiction des représailles

L’article 19 de la directive du 23 octobre 2019 interdit toute forme de représailles, y compris les menaces ou les tentatives de représailles. Il formule une liste de quinze différentes mesures de représailles. Cette liste précise, quoique non exhaustive, a vocation à ne s’appliquer que dans un contexte professionnel. Cette protection peut être revendiquée par l’ensemble des personnes protégées par la directive (y compris les collaborateurs extérieurs, fournisseurs ou sous-traitants ainsi que les tiers et les facilitateurs). Ce périmètre est plus large que celui du code du travail ou de la loi du 13 juillet 1983.

L’article 5 de la proposition de loi introduit donc un article 10-1 qui s’applique à tous les lanceurs d’alerte. Son I reprend l’ensemble des mesures de représailles mentionnées par la directive :

- suspension, mise à pied, licenciement ou mesures équivalentes (1°) ;
- rétrogradation ou refus de promotion (2°) ;
- transfert de fonctions, changement de lieu de travail, réduction de salaire, modification des horaires de travail (3°) ;
- suspension de la formation (4°) ;
- évaluation de performance ou attestation de travail négative (5°) ;
- mesures disciplinaires imposées ou administrées, réprimande ou autre sanction, y compris une sanction financière (6°) ;
- coercition, intimidation, harcèlement ou ostracisme (7°) ;
- discrimination, traitement désavantageux ou injuste (8°) ;

(1) Article 13 de la loi « Sapin 2 ».

– non-conversion d'un contrat de travail temporaire en un contrat permanent, lorsque le travailleur pouvait légitimement espérer se voir offrir un emploi permanent (9°) ;

– non-renouvellement ou résiliation anticipée d'un contrat de travail temporaire (10°) ;

– préjudice, y compris les atteintes à la réputation de la personne, en particulier sur les réseaux sociaux, ou pertes financières, y compris la perte d'activité et la perte de revenu (11°) ;

– mise sur liste noire sur la base d'un accord formel ou informel à l'échelle sectorielle ou de la branche d'activité, pouvant impliquer que la personne ne trouvera pas d'emploi à l'avenir au niveau du secteur ou de la branche d'activité (12°) ;

– résiliation anticipée ou annulation d'un contrat pour des biens ou des services (13°) ;

– annulation d'une licence ou d'un permis (14°) ;

– orientation vers un traitement psychiatrique ou médical (15°).

Certaines de ces mesures, notamment les 5° à 8° et les 11° à 15° peuvent bénéficier à d'autres personnes que des salariés ou des agents publics (par exemple des travailleurs indépendants, des collaborateurs extérieurs, *etc.*). L'article 10-1 élargit ainsi la portée des protections prévues jusqu'alors par la loi « Sapin 2 ».

b. Le renversement de la charge de la preuve

Le renversement de la charge de la preuve, déjà prévu dans les dispositifs existants, est également inscrit au II de l'article 10-1. Il ne saurait néanmoins valoir en cas de poursuites pénales fondées sur ces discriminations, comme le permet l'article 13-1 de la loi Sapin dans la rédaction proposée par l'article 8 de la présente proposition de loi.

Le Conseil constitutionnel précise en effet que, sauf dans certains cas spécifiques, notamment en matière contraventionnelle, « *le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive* »⁽¹⁾. La Cour européenne des droits de l'Homme formule les mêmes exigences : « *Tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil* »⁽²⁾.

(1) Conseil constitutionnel, décision n° 99-411 DC du 16 juin 1999, Loi portant diverses mesures relatives à la sécurité routière et aux infractions sur les agents des exploitants de réseau de transport public de voyageurs.

(2) CEDH, *Affaire Salabiaku c. France* (10519/83), 7 octobre 1988.

c. Une extension de l'irresponsabilité des lanceurs d'alerte du fait de leur signalement

i. Irresponsabilité civile

L'article 21 de la directive prévoit que les lanceurs d'alerte ayant respecté les procédures fixées par la directive « *n'encourent aucune responsabilité d'aucune sorte concernant ce signalement ou cette divulgation publique pour autant qu'elles aient eu des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation publique de telles informations était nécessaire* ».

Si l'article 122-9 du code pénal garantit d'ores-et-déjà l'irresponsabilité pénale du fait de la divulgation d'informations pouvant être soumises au secret, le lanceur d'alerte peut encore voir sa responsabilité civile engagée du fait des pertes que son signalement peut faire subir à l'entité visée par l'alerte.

Il existe deux causes d'exonération de la responsabilité civile : la cause étrangère (faute d'un tiers ou de la victime) et la force majeure. Dans le cas des lanceurs d'alerte, il peut être considéré que lorsque l'alerte est justifiée, les dommages causés du fait de ceux-ci doivent être regardés comme résultant d'un manquement de la « victime », objet du signalement.

Le III de l'article 10-1 exonère donc de toute responsabilité civile l'auteur d'un signalement conforme aux articles 6 et 8 de la loi « Sapin 2 » et nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause.

ii. Irresponsabilité pénale

Le même article 21 de la directive, à son troisième alinéa, prévoit que les auteurs de signalement « *n'encourent aucune responsabilité en ce qui concerne l'obtention des informations qui sont signalées ou divulguées publiquement, ou l'accès à ces informations, à condition que cette obtention ou cet accès ne constitue pas une infraction pénale autonome* ».

Le IV de l'article 10-1 transpose ce principe en prévoyant que l'accès, l'obtention et le stockage d'information dans le but de lancer une alerte ne puisse fonder des poursuites à l'encontre d'un lanceur d'alerte. Dans le cas où une infraction pénale distincte de l'alerte mais nécessaire à celle-ci ⁽¹⁾ a été commise, le lanceur d'alerte n'est pas responsable tant que l'atteinte est strictement nécessaire et proportionnée au but poursuivi.

(1) Par exemple, le fait d'entrer par effraction dans des locaux pour obtenir les informations signalées.

Les principales causes d'irresponsabilité pénale

- être atteint, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes (article 122-1 du code pénal) ;
- avoir agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte (article 122-2 du code pénal) ;
- avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte (article 122-3 du code pénal) ;
- avoir accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires (article 122-4 du code pénal) ;
- avoir accompli un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal (article 122-4 du code pénal) ;
- se trouver devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, et avoir accompli, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte (article 122-5 du code pénal) ;
- avoir tenté d'interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien en accomplissant un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction (article 122-6 du code pénal) ;
- avoir accompli, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace (article 122-7 du code pénal).
- porter atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (article 122-9 du code pénal).

d. La prise en charge des frais de justice des lanceurs d'alerte (V de l'article 10-1)

L'alinéa 94 de l'exposé des motifs de la directive rappelle qu'« *au-delà d'une interdiction explicite des représailles prévue par la loi, il est essentiel que les auteurs de signalement qui font l'objet de représailles aient accès à des voies de recours et à une indemnisation. [...] Le recours approprié peut prendre la forme [...] d'un dédommagement des pertes financières actuelles et futures, par exemple [...] l'indemnisation d'autre préjudice économique, tels que les frais de justice.* »

L'article 21 de la directive précise donc que les États membres doivent prévoir « *des mesures correctives contre les représailles, y compris des mesures provisoires dans l'attente du règlement des procédures judiciaires* » et prendre « *les mesures nécessaires pour que des recours et une réparation intégrale soient accordés pour les dommages subis* ».

Le V de l'article 10-1 crée donc un dispositif de protection des lanceurs d'alerte visant à limiter le coût des procédures judiciaires ou administratives qu'ils sont dans l'obligation d'engager. Ce mécanisme permet au juge d'allouer une provision pour frais de l'instance aux lanceurs d'alerte contestant une mesure de représailles ou souhaitant se défendre contre une procédure bâillon. Le juge devra se prononcer à bref délai afin d'éviter que le lanceur d'alerte rencontre des difficultés pour financer sa défense alors même qu'il est en train de subir des difficultés professionnelles du fait de son signalement. Cette provision serait mise à la charge de l'autre partie.

Actuellement, l'article 700 du code de procédure pénale permet au juge, au terme du procès, de condamner l'une des parties à payer les frais irrépétibles, c'est-à-dire l'ensemble des frais engagés pour la procédure par l'autre partie. Ces frais sont calculés sur la base d'un barème mais l'adoption du projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ⁽¹⁾ devrait permettre aux parties d'être indemnisées sur la base des frais réellement supportés, sur justificatif des honoraires.

En attribuant ces frais sous la forme de provision, en début d'instance, cette procédure devrait faciliter les démarches des lanceurs d'alerte et leur apporter un véritable soutien financier car les dépenses liées à leur défense sont considérables et les amènent parfois à renoncer à leur signalement.

Ce dispositif viendra s'articuler avec les mesures de soutien et d'accompagnement déjà confiées au Défenseur des droits et renforcées par la proposition de loi organique ⁽²⁾. Celle-ci prévoit notamment la certification des lanceurs d'alerte par le Défenseur des droits qui pourra faciliter l'office du juge et encourager l'attribution de cette provision.

*

* *

(1) Article 31 du projet de loi, dont la lecture des conclusions de la commission mixte paritaire aura lieu le 15 novembre

(2) Proposition de loi organique visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte, n° 4375.

Article 6

(article L. 1132-3-3 du code du travail)

Extension de la protection des lanceurs d’alerte contre les représailles dans le champ professionnel

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

Le présent article complète l’article L. 1132-3-3 du code du travail pour indiquer que la coercition, l’intimidation et le harcèlement sont des mesures discriminatoires interdites à l’encontre d’un lanceur d’alerte.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L’article L. 1132-3-3 du code du travail a été introduit par l’article 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 puis complété par l’article 10 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Il définit l’interdiction des mesures de représailles à l’encontre d’un lanceur d’alerte.

L’article 10-1 de la loi « Sapin 2 », dans sa rédaction issue de l’article 5 de la proposition de loi ⁽¹⁾, présente une liste, non exhaustive, de quinze catégories de représailles dont la plupart recoupent les mesures déjà prévues à l’article L. 1132-3-3 du code du travail.

Toutefois, pour être exhaustif, le présent article propose de compléter l’article L. 1132-3-3 du code du travail avec trois notions supplémentaires : la coercition, l’intimidation et le harcèlement, qui correspondent au 7° du nouvel article 10-1.

Les autres items de l’article 10-1 peuvent être considérés comme couverts par la formulation actuelle de l’article L. 1132-3-3 du code du travail ou ne s’appliquant pas à une relation de travail salarié. En tout état de cause, un salarié pourra également revendiquer la protection prévue à l’article 10-1 qui est ouverte à l’ensemble des auteurs de signalement ayant respecté les procédures prévues aux articles 6 et 8 de la loi « Sapin 2 ».

La modification de l’article L. 1132-3-3 du code du travail présente en revanche une avancée pour les personnes mentionnées au premier alinéa de ce même article. En effet, elle permettra aux personnes ayant « *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* » de bénéficier également de cette nouvelle protection, même s’ils n’entrent pas strictement dans le champ de l’article 10-1, par exemple lorsqu’ils témoignent dans le cadre d’une procédure judiciaire.

(1) Voir le commentaire de l’article 5.

*

* *

Article 7

(article 12, 12-1 [nouveau] et 12-2 [nouveau] de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Facilitation de la réinsertion des lanceurs d’alerte du secteur privé, et saisine du juge administratif en référé-liberté

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L’article 7 améliore les protections offertes aux lanceurs d’alerte en matière professionnelle, pour les salariés comme pour les agents publics. Il prévoit ainsi la possibilité pour le conseil des prud’hommes d’abonder le compte personnel de formation du lanceur d’alerte en plus de toute autre sanction. Il facilite la saisine du juge administratif en référé-liberté. Il consacre enfin l’interdiction de toute renonciation au droit d’alerte par le travailleur.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L’article 12 de la loi « Sapin 2 » prévoit qu’en cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d’une alerte, le salarié peut saisir le conseil des prud’hommes en référé.

1. L’état du droit

a. Les dispositions de la loi « Sapin 2 »

L’article 12 de la loi « Sapin 2 » prévoit qu’en cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d’une alerte, **le salarié peut saisir le conseil des prud’hommes en référé.**

La formation de référé prud’homal permet aux parties d’obtenir rapidement une décision provisoire, exécutoire de plein droit à titre de provision, bien que dénuée d’autorité de chose jugée au principal ⁽¹⁾.

La procédure applicable est prévue aux articles R. 1455-1 à R. 1455-11 du code du travail et confère à la formation prud’homale statuant en référé des pouvoirs importants.

Premièrement, dans tous les cas d’**urgence**, et dans la limite de la compétence des conseils de prud’hommes, la formation de référé peut ordonner toutes les mesures qui ne se heurtent à **aucune contestation sérieuse** ou que justifie l’existence d’un différend ⁽²⁾. Les demandes fondées doivent donc remplir deux conditions cumulatives, la première tenant à l’urgence de la situation et la

(1) Cass. Soc. 1^{er} avril 2008, n° 07-40.114.

(2) Article R. 1455-5 du code du travail.

seconde à la nature de la mesure sollicitée. Selon la doctrine, il a urgence lorsqu'un retard dans la décision qui doit être prise serait de nature à compromettre l'intérêt du demandeur, tandis que l'absence de contestation sérieuse implique qu'il n'y ait aucun doute sur le sens sur lequel trancherait le juge du fond, s'il venait à être saisi ⁽¹⁾.

Deuxièmement, **même en présence d'une contestation sérieuse**, la formation peut toujours prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour **prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite** ⁽²⁾. Le juge des référés peut ainsi par exemple constater la nullité de la rupture du contrat de travail et accorder une provision, lorsque la mise à pied à titre conservatoire d'une salariée déléguée syndicale était intervenue sans respect de la procédure prévue ⁽³⁾. Le juge des référés peut également faire cesser le trouble manifestement illicite que constitue le licenciement d'une salariée en état de grossesse, en ordonnant la continuation du contrat de travail sous forme notamment du versement des salaires qui auraient été perçus pendant la période couverte par la nullité ⁽⁴⁾.

Dans le cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, la formation de référé peut **accorder une provision au créancier ou ordonner l'exécution de l'obligation** même s'il s'agit d'une obligation de faire ⁽⁵⁾. Des provisions peuvent ainsi être accordées sur les salaires non acquittés par l'employeur, sur les salaires indûment retenus lorsque l'employeur a mis des salariés protégés en chômage partiel sans leur accord, ou sur des dommages et intérêts.

Enfin, lorsque la demande formée excède ses pouvoirs mais présente néanmoins une particulière urgence, avec l'accord de toutes les parties, et après avoir procédé à une tentative de conciliation en audience non publique, la formation de référé peut **renvoyer l'affaire** devant le bureau de jugement ⁽⁶⁾.

Par un arrêt en date du 17 avril 2019 ⁽⁷⁾, le conseil des prud'hommes de Lyon a reconnu le statut de lanceur d'alerte à un cadre d'un établissement public industriel et commercial qui avait signalé des faits susceptibles de constituer des faits de corruption et de trafic d'influence, de 2008 à 2012. Le juge a prononcé l'annulation de la mesure de radiation des cadres, ordonnant sa réintégration sans délai et le paiement des salaires dus.

(1) *Répertoire de droit du travail Dalloz, par M. Cyril Gaillard, mai 2017.*

(2) *Article R. 1455-6 du code du travail.*

(3) *Cass. Soc. 25 janv. 2006, n° 04-41.240.*

(4) *Cass. Soc. 19 nov. 1997, n° 94-42.280.*

(5) *Article R. 1455-7 du code du travail.*

(6) *Article R. 1455-8 du code du travail.*

(7) *Conseil des prud'hommes de Lyon, ordonnance de référé, 17 avril 2019.*

Comme l'ont rappelé certains commentateurs ⁽¹⁾, **cette décision « apporte une pierre nouvelle à l'édifice de la protection des lanceurs d'alerte en milieu de travail sur le fondement de la loi « Sapin 2 » »**. En effet, pour permettre la mise en œuvre des protections prévues par la loi, le juge se place à la date des représailles subies par le requérant, et non des faits. Il neutralise par ailleurs l'ensemble des mesures de représailles dont un lanceur d'alerte avait fait l'objet, y compris lorsque celles-ci sont largement postérieures à l'alerte.

b. Les dispositions de la directive

Le **6 de l'article 21** de la directive prévoit que *« les personnes visées à l'article 4 [c'est-à-dire les lanceurs d'alerte et les personnes en lien avec eux] ont accès, lorsque cela est approprié, à des mesures correctives contre les représailles, y compris des mesures provisoires dans l'attente du règlement des procédures judiciaires, conformément au droit national »*.

Le considérant n° 94 donne des exemples de telles mesures, et rappelle qu'il est *« essentiel que les auteurs de signalement qui font l'objet de représailles aient accès à des voies de recours et à une indemnisation »*. Le recours approprié devrait être *« déterminé par le type de représailles subies, et le préjudice subi devrait être intégralement réparé conformément au droit national »*, et peut prendre *« la forme d'actions en réintégration, par exemple en cas de licenciement, de mutation ou de rétrogradation, de suspension de formation ou de refus de promotion, ou en rétablissement d'un permis, d'une licence ou d'un contrat annulés ; d'un dédommagement des pertes financières actuelles et futures, par exemple pour les pertes de salaires antérieurs, mais aussi les pertes de revenus futurs, et des coûts liés à un changement de profession ; et l'indemnisation d'autre préjudice économique, tels que les frais de justice et les frais médicaux, ainsi que du préjudice immatériel tel que douleur et souffrances »*.

L'**article 24** de la directive prévoit par ailleurs l'**absence de renonciation aux droits et recours**. Il dispose que *« les États membres veillent à ce que les droits et recours prévus par la présente directive ne puissent faire l'objet d'une renonciation ni être limités par un quelconque accord ou une quelconque politique, forme d'emploi ou condition de travail, y compris une convention d'arbitrage »*.

2. Les dispositions de la proposition de loi

a. L'abondement du compte personnel de formation

Les **alinéas 1 à 4** de l'article 7 de la proposition de loi complètent l'article 12 de la loi « Sapin 2 » et prévoient la possibilité pour le conseil des prud'hommes d'**obliger l'employeur à abonder le compte personnel de formation du salarié ayant lancé l'alerte**.

(1) Juliette Alibert et Jean-Philippe Foegle, « Première victoire d'un lanceur d'alerte en référé sous l'empire de la loi « Sapin II » », *La Revue des droits de l'homme*, 29 avril 2019.

Cette décision pourrait être prononcée en plus de toute autre sanction.

Elle pourrait être décidée à l'occasion de toute procédure portée devant le conseil de prud'hommes, et pas seulement à l'occasion de la procédure de référé.

Le compte personnel de formation du lanceur d'alerte pourrait ainsi être abondé jusqu'au son plafond mentionné à l'article L. 6323-11-1 du code du travail, qui prévoit une majoration du plafonnement de droit commun au bénéfice des salariés peu ou pas qualifiés ⁽¹⁾. Depuis le 1^{er} janvier 2019, le plafond de droit commun est fixé à 5 000 euros, et le plafond majoré, à 8 000 euros ⁽²⁾.

Cette mesure permettrait ainsi de faciliter la reconversion du lanceur d'alerte, lorsque sa réintégration ou son maintien dans l'entreprise n'est plus possible. En effet, indépendamment du bien-fondé de la démarche entreprise par le lanceur d'alerte, la prise de représailles par l'employeur peut conduire à rompre le lien de confiance entre l'entreprise et le lanceur d'alerte et compromettre, à plus long terme, son avenir dans l'entreprise.

b. La saisine en référé-liberté

Les **alinéas 8 et 9** insèrent un nouvel article 12-1 dans la loi « Sapin 2 », qui vise à faciliter le recours au **référé-liberté** par les agents publics victimes de représailles.

Cette voie de recours est prévue par l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Lorsqu'il est saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'**urgence**, le juge des référés peut **ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale** à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une **atteinte grave et manifestement illégale**. Il se prononce alors dans un délai de quarante-huit heures.

Cette modalité de saisine a montré son efficacité. Afin de mieux protéger les agents publics de mesures de représailles, le nouvel article 12-1 de la loi « Sapin 2 » entend assouplir le recours au référé-liberté :

– d'une part, il prévoit que l'auteur du signalement bénéficie d'une **présomption d'urgence** au sens de l'article L. 521-2 ;

– d'autre part, il **consacre le droit d'alerter en tant que liberté fondamentale** au sens du même article, **dans le cadre de la liberté d'expression**.

(1) Salarié qui n'a pas atteint un niveau de formation sanctionné par un diplôme classé au niveau 3, un titre professionnel enregistré et classé au niveau 3 du répertoire national des certifications professionnelles ou une certification reconnue par une convention collective nationale de branche.

(2) Art. R. 6323-3-1 du code du travail, créé par le décret n° 2018-1329 du 28 décembre 2018 relatif aux montants et aux modalités d'alimentation du compte personnel de formation.

Comme cela est prévu en matière de référé-liberté de droit commun, le recours devrait porter sur une **atteinte grave et manifestement illégale** au droit d’alerter pour pouvoir être accueilli.

Ces dispositions auraient ainsi pour effet de créer une **procédure spéciale de référé-liberté ouverte aux lanceurs d’alerte**.

c. L’interdiction de toute renonciation au droit d’alerte

Les **alinéas 8 et 9** de la proposition de loi insèrent un nouvel article 12-2 dans la loi « Sapin 2 », qui prévoit que la **protection légale du droit d’alerte ne peut faire l’objet d’aucune renonciation ni d’aucune limitation de la part du travailleur ou par décision de l’employeur**.

L’article reprend ainsi fidèlement la formulation de l’article 24 de la directive, en prévoyant que les actions relatives aux dispositions de la loi « Sapin 2 » protégeant le droit d’alerte *« ne peuvent faire l’objet d’une renonciation ni être limitées par un quelconque accord ou une quelconque politique, forme d’emploi ou condition de travail »*, et que toute disposition ou acte contraire serait nul de plein droit.

Cette formulation, volontairement large, permet ainsi de **couvrir l’ensemble des situations** dans lesquelles le travailleur pourrait être contraint de renoncer à son droit d’alerte, sur le fondement de clauses particulières insérées dans le contrat de travail, ou au sein du règlement intérieur ou de l’accord d’entreprise, par exemple.

*

* *

Article 8

(article 13 et 13-1 [nouveau] de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Sanctions civiles et pénales en cas de procédures abusives ou dilatoires et de représailles

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L’article 8 renforce la possibilité d’infliger des amendes civiles aux personnes ayant mené des procédures abusives ou dilatoires à l’encontre de lanceurs d’alerte. Il crée une sanction pénale applicable aux personnes ayant pris des représailles. Il opère enfin une coordination rédactionnelle avec le délit d’entrave, déjà prévu par la loi.

➤ Dernières modifications législatives intervenues

L'article 13 de la loi « Sapin 2 » a prévu un délit d'entrave au lancement d'une alerte ainsi que le doublement des amendes civiles applicables lorsque, à l'occasion d'une plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte, la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire.

1. L'état du droit

a. *Les dispositions de la loi « Sapin 2 »*

L'**article 13** de la loi « Sapin 2 » prévoit des sanctions pour les personnes tentant d'entraver l'action des lanceurs d'alerte.

Le **I** crée un **délit d'entrave au lancement d'une alerte**, qui punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement *via* le canal interne ou le canal externe.

Le **II** prévoit que, lorsque le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction est saisi d'une plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte et qu'il considère que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire, le montant de l'**amende civile** qui peut être prononcée par application des articles 177-2 et 212-2 du code de procédure pénale est porté à 30 000 euros, au lieu de 15 000 euros dans le droit commun.

L'article 177-2 ⁽¹⁾ du code de procédure pénale prévoit en effet que, lorsqu'il rend une ordonnance de non-lieu à l'issue d'une information ouverte sur constitution de partie civile, le juge d'instruction peut prononcer contre la partie civile une amende civile dont le montant ne peut excéder 15 000 euros, sur réquisitions du procureur et par décision motivée, s'il considère que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire. Cette décision peut être frappée d'appel par la partie civile dans les mêmes conditions que l'ordonnance de non-lieu. L'article 212-2 ⁽²⁾ du code de procédure pénale prévoit qu'une telle amende peut également être prononcée par la chambre de l'instruction, selon une procédure similaire.

Ces sanctions s'ajoutent à celles prévues par le **II de l'article 9** de la loi « Sapin 2 », qui protège la **confidentialité de l'alerte**, et punit de deux ans de prison et de 15 000 euros d'amende la divulgation de l'identité du lanceur d'alerte, des personnes visées ou des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement.

(1) Créé par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

(2) Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

b. Les dispositions de la directive

L'**article 23** de la directive dispose que les États membres prévoient des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables aux personnes physiques ou morales qui :

- entravent ou tentent d'entraver le signalement ;
- exercent des représailles contre les lanceurs d'alerte et les personnes ayant un lien avec elles ;
- intentent des procédures abusives contre ces personnes ;
- manquent à l'obligation de préserver la confidentialité de l'identité des auteurs de signalement.

La formulation de l'article est large : la protection joue aux différentes étapes du signalement et a vocation à s'appliquer non seulement aux lanceurs d'alerte, mais également aux personnes qui sont en lien avec eux.

L'article ne détermine cependant pas la nature des sanctions, qui peuvent être pénales, civiles ou administratives.

2. Les dispositions de la proposition de loi

L'**article 8** de la proposition de loi précise et complète l'article 13 de la loi « Sapin 2 » afin **d'étendre et de renforcer la protection des lanceurs d'alerte faces aux entraves et à la prise de représailles**. Il insère par ailleurs un article 13-1 qui prévoit la publication des jugements prononcés dans ces situations.

Ces mesures seraient applicables, non seulement aux lanceurs d'alerte, mais également aux personnes leur étant liées, en application du nouvel article 6-1 de la loi « Sapin 2 », dont l'insertion est proposée par le présent texte ⁽¹⁾.

L'**alinéa 3** modifie ainsi le I de l'article 13 de la loi « Sapin 2 », relatif au délit d'entrave au lancement d'une alerte, afin d'opérer une coordination avec la réécriture de l'article 8 de la loi « Sapin 2 » proposée par la proposition de loi, et de continuer à couvrir les signalements réalisés *via* le canal externe comme le canal interne.

Les **alinéas 4 à 6** substituent à la majoration d'amende civile en cas de procédure abusive ou dilatoire dirigée contre un lanceur d'alerte à l'occasion d'une plainte en diffamation, prévue au II de l'article 13 de la loi « Sapin 2 », une **procédure autonome d'amende civile qui pourrait être infligée à toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive contre un lanceur d'alerte**, sur le modèle de l'article L. 152-8 du code de commerce, applicable en matière de secret des affaires ⁽²⁾.

(1) Voir le commentaire de l'article 2 de la proposition de loi.

(2) Article 1^{er} de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

Cette procédure ne s'appliquerait plus uniquement lorsque le juge ou la chambre d'instruction est saisi d'une plainte pour diffamation contre un lanceur d'alerte, mais à l'occasion de toute procédure abusive ou dilatoire.

Son montant ne pourrait être supérieur à **20 % du montant de la demande de dommages et intérêts** ou, en l'absence d'une telle demande, à 60 000 euros.

Cette amende civile pourrait être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive.

Les **alinéas 7 et 8** complètent l'article 13 de la loi « Sapin 2 » par un III qui prévoit que la prise de représailles à l'égard d'une personne en raison de sa qualité de lanceur d'alerte est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

Enfin, les **alinéas 9 et 10** insèrent un nouvel article 13-1 dans la loi « Sapin 2 », qui prévoit que les sanctions pénales prononcées en cas d'entrave au signalement ou de représailles, les amendes civiles infligées en cas de procédure abusive ou dilatoire ainsi que les décisions relatives aux discriminations subies par les lanceurs d'alerte en matière professionnelle, dès lors qu'ils ont l'autorité de la chose jugée, peuvent être **publiés sur tous supports**.

Le cas échéant, cette publication peut être opérée aux frais de la personne sanctionnée.

*

* *

Article 9

(article 14-1 [nouveau] de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique)

Soutien psychologique et financier aux lanceurs d'alerte

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 9 prévoit que les autorités externes compétentes assurent la mise en place de mesures de soutien psychologique à destination des auteurs de signalement, et leur accordent un secours financier temporaire, si elles estiment que leur situation financière s'est gravement dégradée en raison du signalement.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article 14 de la loi « Sapin 2 », qui prévoyait un dispositif d'aide financière au bénéfice des lanceurs d'alerte, a été censuré par le Conseil constitutionnel.

1. L'état du droit

a. Le législateur avait prévu un dispositif d'aide financière au bénéficiaire des lanceurs d'alerte, qui a été censuré par le Conseil constitutionnel

À l'occasion des débats parlementaires qui avaient conduit à l'adoption de la loi « Sapin 2 » et de la loi organique qui l'accompagnait ⁽¹⁾, **le législateur avait prévu un dispositif de soutien financier au bénéficiaire des lanceurs d'alerte, dont la gestion aurait été confiée au Défenseur des droits.**

Ce dispositif avait été introduit par voie d'amendement parlementaire en première lecture, par le rapporteur de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, M. Sébastien Denaja, et avait été précisé au cours de la navette.

L'article 1^{er} de la proposition de loi organique votée par le Parlement ajoutait ainsi aux compétences du Défenseur des droits celle « *d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, de veiller aux droits et libertés de cette personne et, en tant que de besoin, de lui assurer une aide financière ou un secours financier* » ⁽²⁾.

L'article 14 de la loi « Sapin 2 » précisait le fonctionnement du dispositif. Il était ainsi prévu que le Défenseur des droits puisse accorder, « *sur sa demande, à une personne physique qui engage une action en justice en vue de faire reconnaître une mesure défavorable prise à son encontre au seul motif du signalement qu'elle a effectué [...] une aide financière sous la forme d'une avance sur les frais de procédure exposés* ». Accordée sans préjudice de l'aide juridictionnelle, cette aide pouvait être refusée lorsque les faits n'avaient pas été signalés dans les conditions prévues par la loi.

Le montant de l'aide devait être déterminé « *en fonction des ressources de la personne et en tenant compte de la nature de la mesure défavorable dont elle entend faire reconnaître l'illégalité lorsque cette mesure emporte privation ou diminution de sa rémunération* », et « *diminué de la fraction des frais de procédure prise en charge au titre d'un contrat d'assurance de protection juridique ou d'un système de protection équivalent* ».

Par ailleurs, indépendamment des actions en justice engagées par le lanceur d'alerte, il était également prévu que le Défenseur des droits puisse lui accorder un « *secours financier temporaire s'il estimait qu'en raison du signalement qu'elle avait effectué [...], elle connaissait des difficultés financières présentant un caractère de gravité et compromettant ses conditions d'existence* ».

À l'occasion du contrôle de ces deux textes, réalisé sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, **le Conseil constitutionnel a toutefois censuré la**

(1) Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

(2) Texte définitif de la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte (n° 831, adopté le 8 novembre 2016).

disposition prévoyant cette mission supplémentaire d'aide financière et de soutien financier.

Le juge constitutionnel a en effet considéré que « *la mission confiée par [l'article 71-1 de la Constitution] au Défenseur des droits de veiller au respect des droits et libertés ne comporte pas celle d'apporter lui-même une aide financière, qui pourrait s'avérer nécessaire, aux personnes qui peuvent le saisir* »⁽¹⁾, ce qui l'a conduit à déclarer contraire à la Constitution les dispositions précitées⁽²⁾.

b. La directive ouvre la possibilité d'apporter un soutien psychologique et financier aux lanceurs d'alerte, sans y contraindre

L'article 20 de la directive, relatif aux mesures de soutien, prévoit que les États membres peuvent « *prévoir une assistance financière et des mesures de soutien, notamment psychologique, pour les auteurs de signalement dans le cadre des procédures judiciaires* ».

Il prévoit par ailleurs que les États membres veillent à ce que les lanceurs d'alerte bénéficient d'informations et de conseils complets et indépendants, d'une assistance effective devant les autorités, ainsi que d'une assistance juridique.

Il précise enfin que ces mesures de soutien peuvent, le cas échéant, être apportées par un « *centre d'information* » ou une « *autorité administrative indépendante unique et clairement identifiée* ».

2. Les dispositions de la proposition de loi

L'article 9 de la proposition de loi insère un nouvel article 14-1 dans la loi « Sapin 2 », qui prévoit que les **autorités externes compétentes assurent la mise en place de mesures de soutien psychologique à destination des auteurs de signalement**, et leur accordent **un secours financier temporaire si elles estiment que leur situation financière s'est gravement dégradée en raison du signalement**.

Ces mesures seraient proposées quelles que soit la manière dont les lanceurs d'alerte sont entrés en contact avec ces autorités, c'est-à-dire qu'ils se soient adressés directement à elles, ou qu'ils aient été orientés vers elles par le Défenseur des droits.

Les mesures de de soutien psychologique pourraient par exemple prendre la forme d'une ligne téléphonique d'écoute et d'accompagnement ou d'une mise en relation avec des associations spécialisées, par exemple.

(1) Décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016.

(2) Le juge constitutionnel a ainsi censuré les mots « *et, en tant que de besoin, de lui assurer une aide financière ou un secours financier* » à l'article 4 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits et, par coordination, l'intégralité de l'article 14 de la loi « Sapin 2 ».

Par ailleurs, la prise en charge des frais de procédures judiciaires serait assurée, si les conditions sont remplies, par l'aide juridictionnelle.

L'article prévoit par ailleurs que les autorités externes compétentes puissent **assurer en commun la mise en place** des mesures de soutien psychologique : ces autorités seraient ainsi libres de déterminer les modalités les plus appropriées et de mutualiser ces mesures si elles le souhaitent.

Enfin, comme cela a été rappelé précédemment, les mesures prévues au nouvel article 14-1 de la loi « Sapin 2 » s'adressent aux auteurs de signalement et non aux personnes physiques et morales ayant un lien avec elles ⁽¹⁾.

*

* *

Article 10

(article L. 911-1-1 du code de justice administrative)

Réintégration des agents publics lanceurs d'alerte en cas de représailles

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 10 étend la possibilité ouverte au juge administratif d'enjoindre à l'autorité administrative de réintégrer le lanceur d'alerte à l'ensemble des représailles prévues au nouvel article 10-1 de la loi « Sapin 2 », inséré par l'article 5 de la proposition de loi.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article L. 911-1-1 du code de justice administrative, qui prévoit la réintégration des agents publics lanceurs d'alerte en cas de représailles, a été inséré par l'article 11 de la loi « Sapin 2 ».

1. L'état du droit

a. Les dispositions de la loi « Sapin 2 »

Les articles L. 911-1 et L. 911-2 du code de justice administrative constituent les deux piliers du **pouvoir d'injonction du juge**. Ce pouvoir n'est pas réservé à un juge ou à une formation de jugement en particulier et peut être exercé par le juge de l'excès de pouvoir comme de plein contentieux, par le juge du fond comme par le juge des référés, en première instance comme en appel.

Ainsi, **lorsque la décision juridictionnelle implique nécessairement** qu'une personne morale de droit public ou qu'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne **une mesure d'exécution dans un sens déterminé** – c'est à dire que la décision du juge ne laisse aucune place, sauf

(1) Voir le commentaire de l'article 2.

changement de circonstances, à une nouvelle appréciation de l'administration – **le juge prescrit la mesure, assortie le cas échéant d'un délai d'exécution** ⁽¹⁾. Le juge peut également prescrire d'office une telle mesure.

Lorsque tel n'est pas le cas, c'est-à-dire lorsque la décision du juge implique nécessairement que la personne prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, le juge prescrit un nouvel examen, cette nouvelle décision devant intervenir dans un délai déterminé ⁽²⁾.

Créé par l'article 11 de la loi « Sapin 2 », l'**article L. 911-1-1 du code de justice administrative** prévoit que dans le cadre de ses pouvoirs d'injonction, **le juge administratif peut prescrire de réintégrer toute personne** ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non-renouvellement de son contrat ou d'une révocation dans le cadre de représailles, pour avoir signalé une alerte.

Peuvent bénéficier de cette procédure les fonctionnaires ⁽³⁾, les militaires ⁽⁴⁾, ainsi que les personnes employées par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, y compris les personnes leur étant liées par une relation à durée déterminée, auxquelles s'applique le code du travail ⁽⁵⁾.

b. Les dispositions de la directive

Le **6 de l'article 21** de la directive, relatif aux **mesures correctives** contre les représailles, qui inclut les mesures de réintégration, a été présenté dans le commentaire de l'article 7 de la proposition de loi.

2. Les dispositions de la proposition de loi

L'**article 10** de la proposition de loi étend aux lanceurs d'alerte ayant fait l'objet de mesures de représailles énumérées au nouvel article 10-1 de la loi « Sapin 2 », et qui ne seraient pas déjà couverts par les dispositions de l'article L. 911-1-1 du code de justice administrative, les possibilités de réintégration pouvant être prononcées en application de cet article.

*

* *

(1) Art. L. 911-1 du CJA.

(2) Art. L. 911-2 du CJA.

(3) Art. 6 ter A du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

(4) Art. L. 4122-4 du code de la défense.

(5) Art. L. 1132-3-3 du code du travail.

Article 11

(article L. 151-8 du code de commerce)

Alertes portant atteinte au secret des affaires

➤ **Résumé du dispositif et effets principaux**

L'article 11 permet la divulgation du secret des affaires lors du lancement d'une alerte.

➤ **Dernières modifications législatives intervenues**

L'article L. 151-8 du code de commerce a été inséré par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

1. L'état du droit

a. Le droit en vigueur

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui constitue une annexe du traité de Marrakech, signé le 15 avril 1994, instituant l'Organisation mondiale du commerce (OMC), a créé une catégorie de droits dérogatoires échappant à la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux. Parmi ces droits, sont nommément visés les renseignements économiques non divulgués, autrement dit les secrets des affaires.

En particulier, l'article 39, alinéa 2, de ce texte prévoit trois conditions cumulatives conditionnant la protection des informations confidentielles. Ainsi, les personnes physiques et morales ont la possibilité « *d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :*

« a) *soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;*

« b) *aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ;*

« c) *aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ».*

Afin de permettre l'harmonisation de la protection de ces informations à l'échelle de l'Union européenne, la directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 relative au secret des affaires ⁽¹⁾ a repris cette définition.

Alors que, dans notre droit, « *les modalités de gestion de la confidentialité dans le monde de l'entreprise* » étaient, jusqu'à une date récente, « *éparpillées entre de nombreux textes législatifs et réglementaires dans des domaines aussi variés que le droit du travail, le droit de la concurrence ou le droit de la propriété intellectuelle* » ⁽²⁾, la loi du 30 juillet 2018 ⁽³⁾, qui transpose la directive du 8 juin 2016 précitée, a introduit la définition du secret des affaires.

L'article L. 151-1 du code de commerce prévoit qu'est « **protégée au titre du secret des affaires toute information [qui] n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité, [...] revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret, [et] fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret** », suivant ainsi fidèlement les éléments de définition prévus dans les normes supérieures.

Le droit en vigueur prévoit toutefois des dérogations à la protection du secret des affaires.

Le considérant n° 20 de la directive souligne que **les mesures, procédures et réparations prévues pour protéger le secret des affaires « ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alertes »**, cette protection ne devant ainsi pas s'étendre aux cas « *où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents* ». L'article 5 de la directive prévoit ainsi une dérogation spécifique concernant les lanceurs d'alerte.

Le code de commerce intègre ainsi une irresponsabilité civile en matière de divulgation du secret des affaires.

L'article L. 151-7 du code de commerce prévoit ainsi que le secret des affaires n'est **pas opposable** lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives.

(1) Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 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. La directive du 8 juin 2016 utilise l'expression « secret d'affaires » tandis que la jurisprudence française, et la loi de transposition, recourent à celle de « secret des affaires » ; leur définition est identique.

(2) Voir le rapport fait par M. Raphaël Gauvain, rapporteur, au nom de la commission des Lois de l'Assemblée nationale, sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

(3) Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires.

L'article L. 151-8 précise par ailleurs qu'**à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue :**

– pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1°) ;

– **pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi « Sapin 2 » (2°) ;**

– pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national (3°).

b. Les dispositions de la directive

La directive relative aux lanceurs d'alerte prévoit une exonération de responsabilité civile pour les auteurs de signalement, qui doivent impérativement remplir les conditions fixées par la directive.

Le considérant n° 97 de la directive relative aux lanceurs d'alerte souligne que *« les actions engagées contre les auteurs de signalement en dehors du contexte professionnel », par exemple au travers d'une action pour violation de secrets d'affaires, peuvent « sérieusement dissuader de lancer des alertes ».*

Le considérant suivant relève que la directive prévoit que *« l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est autorisée par le droit de l'Union ».* Les personnes qui divulguent des secrets d'affaires obtenus dans un contexte professionnel *« ne devraient bénéficier de la protection accordée par la présente directive, y compris en termes d'exonération de la responsabilité civile, que si elles remplissent les conditions fixées dans la présente directive, y compris celle tenant à la nécessité de la divulgation pour révéler une violation relevant du champ d'application matériel de la présente directive ».*

Aux termes du 7 de l'article 21 de la directive prévoit que *« dans les procédures judiciaires, y compris pour diffamation, violation du droit d'auteur, violation du secret, violation des règles en matière de protection des données ou divulgation de secrets d'affaires [les auteurs de signalement et les personnes ayant un lien avec eux] n'encourent aucune responsabilité du fait des signalements ou des divulgations publiques effectués au titre de la présente directive. Ces personnes ont le droit d'invoquer ce signalement ou cette divulgation publique pour demander l'abandon de la procédure, à condition qu'elles aient eu des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation publique était nécessaire pour révéler une violation en vertu de la présente directive ».*

Le second alinéa du 7 de l'article 21 précise ainsi que « *lorsqu'une personne signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations relevant du champ d'application de la présente directive, et que ces informations comportent des secrets d'affaires, et lorsque cette personne remplit les conditions de la présente directive, ce signalement ou cette divulgation publique est considéré comme licite* » dans les conditions prévues par la directive sur le secret des affaires.

2. Les dispositions de la proposition de loi

L'article 11 de la proposition de loi assure la transposition du second alinéa du 7 de l'article 21 de la directive, afin d'autoriser expressément la divulgation du secret des affaires dans le cadre des procédures de signalement ou de divulgation.

La rédaction proposée complète ainsi le 2° de l'article L. 151-8 du code de commerce, afin de préciser que l'irresponsabilité civile en matière de secret des affaires est conditionnée au respect des procédures de signalement ou de divulgation prévues aux articles 6 et 8 de la loi « Sapin 2 » : l'alerte devra répondre aux conditions prévues par la loi, et le lanceur d'alerte devra avoir effectué un signalement en saisissant le canal interne ou externe avant d'effectuer une divulgation publique, sauf cas particuliers ⁽¹⁾.

(1) Absence de traitement de l'alerte, danger imminent ou manifeste pour l'intérêt général, risque de représailles, de destruction de preuve ou de collusion, prévus au III de l'article 8. Voir le commentaire de l'article 3.

TITRE IV DISPOSITIONS FINALES

Article 12 **Entrée en vigueur**

La proposition de loi entrera en vigueur le premier jour du sixième mois suivant sa publication. Ce délai est justifié par l'ampleur des dispositions réglementaires que le Gouvernement devra prendre et des adaptations demandées aux organisations et aux futures autorités externes.

La France dépassera de quelques mois le délai de transposition de la directive, dont le terme est fixé au 31 décembre 2021. Elle reste néanmoins l'un des seuls États membres disposant déjà d'un dispositif de protection des lanceurs d'alerte élevé et à avoir engagé la procédure de transposition.

*

* *

Article 13 **Gage financier**

Le présent article prévoit que la charge résultant pour l'État de l'application de la proposition de loi est compensée par la création d'une taxe additionnelle aux droits prévus aux articles 575 et 575 A du code général des impôts.

*

* *