Examen d'accès au CRFPA – Session 2017

NOTE DE SYNTHESE

Vendredi 1er septembre 2017

Coefficient : 3

Durée de l'épreuve : 5 heures

17-DES1-05973

Documents autorisés : Néant

1er septembre 2017

NOTE DE SYNTHESE

*Rappel des recommandations de la Commission Nationale de l'examen du CRFPA pour l'épreuve "**Note de synthèse rédigée en cinq heures**" (article 5-1° de l'arrêté du 17 octobre 2016), à partir de documents relatifs aux aspects juridiques des problèmes sociaux, politiques, économiques ou culturels du monde actuel.*

Le dossier documentaire peut comprendre des documents divers (articles de doctrine, textes normatifs, articles de presse, extraits d'ouvrages, cette énumération étant purement indicative). Le dossier ne dépasse pas 20 documents et 30 pages, sans que ces limites soient impératives.

L'épreuve est destinée & apprécier, notamment, les capacités de synthèse du candidat : la limite de quatre pages ne doit pas être dépassée.

La qualité rédactionnelle est prise en compte (déficiences orthographiques et syntaxiques, impropriétés de termes, inélégance de style, obstacles divers à la lisibilité du texte sont sanctionnés).

Un plan apparent (avec des titres concis), dont la structuration est laissée à la libre appréciation du candidat, s'il n'est pas obligatoire, est fortement recommandée.

La note de synthèse doit consister en une synthèse objective des éléments du dossier documentaire, et seules les informations contenues dans le dossier peuvent être utilisées. La référence au numéro du document peut s'avérer nécessaire à la bonne compréhension de la synthèse et est recommandée.

Une brève introduction est possible mais non obligatoire, une conclusion n'est pas nécessaire.

A PARTIR DU DOSSIER JOINT, LES CANDIDATS REDIGERONT UNE NOTE DE SYNTHESE SUR LE SUJET SUIVANT :

LES LANCEURS D'ALERTE ET L'ARGENT

Liste des documents :

- DOCUMENT 1 : Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin II », relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extraits)
- DOCUMENT 2 : Emmanuel DAOUD et Solène SFOGGIA, « *Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi "Sapin II"* », Dalloz, AJ Pénal, février 2017, p. 71 et s. (extraits)
- DOCUMENT 3 : Avis n° 391.262 du Conseil d'État du 24 mars 2016 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extrait)
- DOCUMENT 4 : Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (texte définitif n° 830 adopté par l'Assemblée nationale le 8 novembre 2016), article 14
- DOCUMENT 5 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016 sur la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte (extrait)
- DOCUMENT 6 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016 sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extrait)
- DOCUMENT 7 : L. Boy, « *Depuis 2011, les lanceurs d'alerte ont gagné 111 millions de dollars aux États-Unis* », Les Echos, 22 novembre 2016
- DOCUMENT 8 : « *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger* », étude adoptée le 25 février 2016 par l'assemblée générale du Conseil d'État, La Documentation française, 2016 (extrait)
- DOCUMENT 9 : Nicole-Marie Meyer, « *Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ?* », Transparency International France, 2016
- DOCUMENT 10 : Anne Michel, « *Fraude fiscale : vers une rémunération des informateurs du fisc* », Le Monde.fr, 18 novembre 2016
- DOCUMENT 11 : Loi de finances pour 2017 (n° 2016-1917 du 29 décembre 2016) – Article 109
- DOCUMENT 12 : Décret n° 2017-601 du 21 avril 2017 pris pour l'application de l'article 109 de la loi de finances pour 2017 (n° 2016-1917 du 29 décembre 2016)
- DOCUMENT 13 : Cour de cassation, Chambre sociale, Arrêt n° 1309 du 30 juin 2016 (15-10.557)
- DOCUMENT 14 : Note explicative de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 30 juin 2016 (pourvoi n° 15-10.557)
- DOCUMENT 15 : « *Lanceurs d'alerte : la Cour de cassation juge illicite leur licenciement* », Le Parisien.fr avec AFP, 30 juin 2016
- DOCUMENT 16 : Danièle Lochak, « *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives* », La Revue des droits de l'homme, octobre 2016 (extraits)
- DOCUMENT 17 : Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 12 février 2008, affaire Guja c/ Moldova (extraits)
- DOCUMENT 18 : Eric Alt, « *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte – à propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016* », JCP, éd. Gén., 23 janvier 2017, doctr., p. 90 et s. (extraits)

DOCUMENT 1 : Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin II », relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extraits)

Titre Ier : De la lutte contre les manquements à la probité

Chapitre II : De la protection des lanceurs d'alerte

Article 6

Un lanceur d'alerte 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.

Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre.

Article 10

I. – L'article L. 1132-3-3 du code du travail est ainsi modifié :

1° Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

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

2° La première phrase du second alinéa est ainsi rédigée :

« En cas de litige relatif à l'application des premier et deuxième alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, ou qu'elle a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, 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. »

II. – L'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires est ainsi modifié :

1° Après le premier alinéa, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Aucun fonctionnaire ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir 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. » ;

(…)

Article 11

Après l'article L. 911-1 du code de justice administrative, il est inséré un article L. 911-1-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 911-1-1. – Lorsqu'il est fait application de l'article L. 911-1, la juridiction peut prescrire de réintégrer toute personne ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non-renouvellement de son contrat ou d'une révocation en méconnaissance du deuxième alinéa de l'article L. 4122-4 du code de la défense, du deuxième alinéa de l'article L. 1132-3-3 du code du travail ou du deuxième alinéa de l'article 6 ter A de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, y compris lorsque cette personne était liée par une relation à durée déterminée avec la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public. »

Article 12

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.

Article 14

[Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.]

Article 16

Le titre III du livre VI du code monétaire et financier est complété par un chapitre IV ainsi rédigé :

« Chapitre IV

« Signalement des manquements professionnels aux autorités de contrôle compétentes et protection des lanceurs d'alerte

« Art. L. 634-1. – L'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution mettent en place des procédures permettant que leur soit signalé tout manquement aux obligations définies par les règlements européens ou par le présent code ou le règlement général de l'Autorité des marchés financiers et dont la surveillance est assurée par l'une ou l'autre de ces autorités.

« Le règlement général de l'Autorité des marchés financiers, pour ce qui concerne cette autorité, et un arrêté du ministre chargé de l'économie, pour ce qui concerne l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, fixent les modalités d'application du présent chapitre.

« Art. L. 634-3. – Les personnes physiques ayant signalé de bonne foi à l'Autorité des marchés financiers ou à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution des faits susceptibles de caractériser l'un ou plusieurs des manquements mentionnés à l'article L. 634-1 ne peuvent faire l'objet, pour ce motif, d'un licenciement, d'une sanction, d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération ou d'évolution professionnelle, ou de toute autre mesure défavorable.

« Toute décision prise en méconnaissance du premier alinéa du présent article est nulle de plein droit.

« En cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas, dès lors que l'auteur du signalement établit des faits qui permettent de présumer qu'il a agi de bonne foi, il incombe à la partie défenderesse, au vu de ces faits, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers au signalement. Le juge peut ordonner toute mesure d'instruction utile.

DOCUMENT 2 : Emmanuel DAOUD et Solène SFOGGIA, « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi "Sapin II" », Dalloz, AJ Pénal, février 2017, p. 71 et s. (extraits)

Le 17 janvier 2017, Chelsea Manning, lanceuse d'alerte pour les uns, coupable de haute trahison pour les autres, a appris qu'elle sera libérée en mai prochain, et qu'elle ne purgera pas la peine de 35 ans de prison à laquelle elle a été condamnée pour avoir fourni des centaines de milliers de documents confidentiels au site Wikileaks. Si la décision présidentielle de Barack Obama fait polémique, le débat ne s'arrête pas là : Snowden, Deltour, Halet… les lanceurs d'alerte n'en finissent pas de prêter à controverse.

En France, contrairement aux États-Unis, les lanceurs d'alerte ont historiquement nourri de fortes réticences. Ainsi en 2005, appelée à se prononcer sur la question, la CNIL craignait prudemment la mise en place d'« un système organisé de délation professionnelle »[1]. C'est donc seulement en 2007 que le législateur français s'est emparé du sujet et plusieurs textes ont ensuite suivi : la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, la loi Bertrand du 29 décembre 2011 pour les alertes relatives à la sécurité sanitaire des produits de santé, la loi Blandin du 16 avril 2013 dans les domaines de la santé publique et de l'environnement, les lois du 11 octobre 2013 s'agissant des conflits d'intérêts, et enfin la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Ce volontarisme législatif n'a pas rencontré un grand écho en pratique : un sondage réalisé en décembre 2015 par Harris Interactive pour Transparency International France révèle que, s'ils étaient confrontés à un acte de corruption sur leur lieu de travail, près de 40 % des sondés préféreraient en parler à un collègue plutôt qu'à une autre personne ou instance, et ce par peur de représailles pour 39 % d'entre eux[2].

Le Conseil d'État ne manquait pas de souligner, en 2016, l'absence de cohérence d'un droit du lanceur d'alerte développé par à-coups, au détriment de sa clarté et de son accessibilité[3]. Il y avait donc urgence non seulement à toiletter le droit positif, mais en réalité aussi à revoir l'ensemble du dispositif dans une perspective nationale et transversale.

En effet, et on en veut pour preuve les discussions précédant l'adoption de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, le débat était sous tension tant les intérêts à prendre en considération peuvent apparaître contradictoires. D'un côté, l'alerte déstabilise. Indéniablement, à tous les niveaux de l'entreprise, la réaction face à la notification d'une alerte n'est pas chose aisée, quelle que soit la nature de celle-ci. En parallèle, l'entreprise est légitimement méfiante vis-à-vis des abus et des dérives inévitables en pratique. En effet, comment distinguer les tentatives de déstabilisation, parfois menées ou instrumentalisées par des concurrents, d'alertes réelles ? Comment traiter l'alerte dans le meilleur intérêt de l'entreprise ? Comment continuer à protéger les informations relevant de certains secrets protégés par la loi ?

De l'autre côté, le lanceur d'alerte n'est pas mieux loti face à ses propres interrogations : la situation dénoncée est-elle véritablement contraire à la loi, au code d'éthique de l'entreprise ou même à l'intérêt général ? À qui en parler ? Quelles seront les conséquences ? Le lanceur d'alerte doit ainsi faire un choix entre plusieurs loyautés en conflit : le respect des règles professionnelles auxquelles il est soumis, le confort d'une situation établie ou son souci de l'intérêt général[4].

Plus généralement, le débat autour des lanceurs d'alerte pose la question de la place accordée à la transparence dans la société. En effet, y compris dans une démocratie, deux exigences en conflit doivent nécessairement s'équilibrer, sinon coexister : le secret et la transparence[5]. La transparence totale est un leurre dangereux pour la protection des intérêts de chacun, au premier rang desquels se trouve la protection de la vie privée. L'instauration d'une culture du citoyen lanceur d'alerte doit donc s'accompagner d'un encadrement équilibré en fonction des intérêts en jeu, pour que le lanceur d'alerte ne soit ni un délateur ni un sycophante, ni encore une victime sacrifiée sur l'autel d'intérêts dits supérieurs.

C'est bien là tout l'enjeu de la loi « Sapin II », à la lumière duquel seront analysées les dispositions nouvellement votées ainsi que leur traduction concrète pour les entreprises. Par souci de clarté,

ne seront envisagées que les dispositions intéressant les entreprises, mais l'on notera que la loi « Sapin II » introduit également des nouveautés en matière d'alerte pour les personnes morales de droit public, l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ou bien encore pour certaines professions, tels les fonctionnaires et les militaires.

Quels sont les contours de l'alerte instaurée par la loi « Sapin II » ?

L'article 6 de la loi définit le lanceur d'alerte comme « 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 ».

Cette seule définition révèle un certain nombre de choix du législateur, tenant à la qualité du lanceur d'alerte, à son objet, ses conditions, sa procédure, et à la protection de la personne.

(…)

De quelle protection bénéficie le lanceur d'alerte ?

Une fois que le statut de lanceur d'alerte est reconnu, quelle est l'étendue de la protection qui lui est accordée ?

Classiquement, c'est en premier lieu une protection professionnelle qui s'applique, puisque le salarié est protégé contre les mises à l'écart, sanctions, discriminations ou licenciements. La loi « Sapin II » prohibe tout type de sanctions déguisées telles que le reclassement ou encore la mutation, et prévoit un renversement de la charge de la preuve en faveur du lanceur d'alerte. En effet, dès lors que la personne « présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi », c'est à l'entreprise de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers. La loi assure l'effectivité de cette protection, puisqu'elle prévoit désormais que le lanceur d'alerte pourra saisir le conseil de prud'hommes en référé en cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte.

En revanche, le Conseil constitutionnel a censuré « l'aide financière ou le secours financier » laconiquement prévus par la loi, condition dont la plupart des commentateurs considèrent pourtant qu'elle est sine qua non de l'efficacité pratique du dispositif[6]. En effet, le Conseil constitutionnel a jugé que cela ne pouvait relever de la compétence du Défenseur des droits.

1. CNIL, délib. n° 2005-110 et n° 2005-111 du 26 mai 2005.

2. Conseil d'État, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.

3. Ibidem.

4. Danièle Lochak, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives », La Revue des droits de l'homme (en ligne), 10/2016.

5. Ibidem.

6. Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-740 DC, préc.

DOCUMENT 3 : Avis n° 391.262 du Conseil d'État du 24 mars 2016 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extrait)

1. Le Conseil d'État a été saisi le 25 février 2016 d'un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Outre les nombreuses corrections apportées à l'exposé des motifs et à l'étude d'impact, il a fait l'objet de cinq saisines rectificatives, dont trois le 23 mars.

2. Ce projet de loi, qui comprend soixante-deux articles, est organisé en sept titres.

(…)

Sur les mesures relatives aux lanceurs d'alerte

9. Le Conseil d'État n'a pas vu de difficulté en ce qui concerne la disposition permettant à l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) de verser des contributions servant à financer la protection juridique des personnes souhaitant relater ou témoigner de faits susceptibles de constituer les infractions de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics ou de favoritisme, susceptible d'être prise en charge par le service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption créée par le projet de loi.

DOCUMENT 4 : Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (texte définitif n° 830 adopté par l'Assemblée nationale le 8 novembre 2016), article 14

Article 14

I. – Le Défenseur des droits peut 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 en application de l'article 6 une aide financière sous la forme d'une avance sur les frais de procédure exposés.

L'aide financière prévue au premier alinéa du présent article peut être accordée sans préjudice de l'aide juridictionnelle perçue en application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

Cette aide peut être refusée lorsque les faits n'ont pas été signalés dans les conditions prévues au présent chapitre.

Le montant de cette aide est 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. Il est 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.

II. – Indépendamment des actions en justice engagées par une personne physique afin de faire valoir ses droits, le Défenseur des droits peut lui accorder un secours financier temporaire s'il estime qu'en raison du signalement qu'elle a effectué dans les conditions énoncées au présent chapitre, elle connaît des difficultés financières présentant un caractère de gravité et compromettant ses conditions d'existence.

III. – Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article.

DOCUMENT 5 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016 sur la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte (extrait)

Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 9 novembre 2016, par le Premier ministre, sous le n° 2016-740 DC, conformément aux articles 46, alinéa 5, et 61, alinéa 1er, de la Constitution, de la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.

Au vu des textes suivants :

– la Constitution ;

– l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

– la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

– la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, adoptée le 8 novembre 2016, ensemble la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

Le Conseil constitutionnel s'est fondé sur ce qui suit :

1. La loi organique soumise à l'examen du Conseil constitutionnel a été prise sur le fondement de l'article 71-1 de la Constitution. Elle a été adoptée dans le respect des règles de procédure prévues par les trois premiers alinéas de son article 46.

2. Son article unique modifie les articles 4, 10, 11, 20 et 22 de la loi organique du 29 mars 2011 mentionnée ci-dessus.

3. Le 1° de cet article unique complète l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011 afin de donner compétence au Défenseur des droits pour, d'une part, orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, d'autre part, veiller aux droits et libertés de cette personne et, enfin, en tant que de besoin, lui assurer une aide financière ou un secours financier.

4. Aux termes du premier alinéa de l'article 71-1 de la Constitution : « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences ».

5. Ces dispositions de l'article 71-1 de la Constitution permettent au Défenseur des droits d'aider toute personne s'estimant victime d'une discrimination à identifier les procédures adaptées à son cas. Il était donc loisible au législateur organique, qui a estimé que les lanceurs d'alerte courent le risque d'être discriminés par l'organisme faisant l'objet de leur signalement, de charger le Défenseur des droits d'orienter ces personnes vers les autorités compétentes, en vertu de la loi, pour recueillir leur signalement. En revanche, la mission confiée par les dispositions constitutionnelles précitées 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. Dès lors, le législateur organique ne pouvait, sans méconnaître les limites de la compétence conférée au Défenseur des droits par la Constitution, prévoir que cette autorité pourrait attribuer aux intéressés une aide financière ou un secours financier.

6. En conséquence, les mots « et, en tant que de besoin, de lui assurer une aide financière ou un secours financier » figurant au 1° de l'article unique de la loi organique déférée, sont contraires à la Constitution. Le reste de ce 1° est conforme à la Constitution.

(…)

Le Conseil constitutionnel décide :

Article 1er. – Les mots « et, en tant que de besoin, de lui assurer une aide financière ou un secours financier » figurant au 1° de l'article unique de la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte sont contraires à la Constitution.

DOCUMENT 6 : Décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016 sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (extrait)

En ce qui concerne l'article 14 :

136. L'article 14 prévoit les modalités selon lesquelles, conformément au 1° de l'article unique de la loi organique adoptée le 8 novembre 2016 mentionnée ci-dessus, le Défenseur des droits peut accorder, dans certains cas, une aide financière ou un secours financier à un lanceur d'alerte.

137. Toutefois, dans sa décision de ce jour mentionnée ci-dessus, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution les dispositions de cette loi organique qui attribuaient au Défenseur des droits la compétence pour accorder une telle aide ou un tel secours. Par conséquent, l'article 14 de la loi déférée, qui précise les conditions de mise en œuvre de ces dispositions, est contraire à la Constitution.

DOCUMENT 7 : L. Boy, « Depuis 2011, les lanceurs d'alerte ont gagné 111 millions de dollars aux États-Unis », Les Echos, 22 novembre 2016

En 2016, la SEC a distribué aux lanceurs d'alerte des primes record.

Dénoncer des escroqueries peut rapporter beaucoup d'argent. Aux États-Unis, en tout cas. Depuis 2011, le gendarme boursier a versé aux lanceurs d'alerte 111 millions de dollars. Ces primes viennent récompenser 34 individus qui ont fourni au régulateur des informations déterminantes sur des groupes cotés lui permettant ainsi de débusquer des escroqueries et des manquements aux réglementations en vigueur. Cette pratique, qui existe depuis l'entrée en vigueur du Dodd-Frank Act, est également payante pour la SEC (Securities and Exchange Commission), qui a pu, du coup, prononcer des sanctions pour 584 millions de dollars sur la même période.

Les sommes perçues par les lanceurs d'alerte – directement prélevées sur les amendes infligées et qui peuvent aller de 10 à 30 % de l'argent collecté – ont augmenté considérablement cette année. L'exercice 2015-2016 clos en août représente une année historique ; la SEC a distribué des primes record de 57 millions de dollars (contre « seulement » 35 millions de dollars en 2014). Six primes ont dépassé le million de dollars : un informateur, salarié d'une grande entreprise, a perçu à lui seul 22 millions pour avoir mis à jour une fraude que, sans lui, le régulateur n'aurait pu soupçonner. C'est la deuxième plus grosse récompense jamais attribuée derrière celle de 30 millions de dollars octroyée à un individu hors des États-Unis en 2014. Autre signe d'une forte activité, le gendarme boursier américain a reçu 4 200 « tuyaux », soit 40 % de plus que sur la première année d'activité en 2011-2012.

Incertitudes sur le Dodd-Frank Act

Dans son bilan annuel, la SEC indique être convaincue que les incitations financières vont continuer à pousser les indicateurs à dénoncer tout type de fraude. Le départ de Mary Jo White, qui dirigeait la SEC depuis avril 2013, prévu pour janvier 2017, et conséquence de l'arrivée à la présidence des États-Unis de Donald Trump, pourrait changer la donne. C'était à elle qu'avait incombé la lourde tâche de faire appliquer le Dodd-Frank Act, réglementation qui faisait suite à la crise financière de 2008.

Autres pays, autres mœurs. En France, de nombreux débats ont eu lieu récemment dans le cadre de la loi Sapin II, loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : fallait-il ou non rémunérer le lanceur d'alerte ? Le principe de rémunération a été écarté. La volonté du législateur français a été de limiter l'indemnisation à ce qui relève du domaine du secours en cas de graves difficultés financières, en excluant toute notion de profit pour le lanceur d'alerte.

DOCUMENT 8 : « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger », étude adoptée le 25 février 2016 par l'assemblée générale du Conseil d'État, La Documentation française, 2016 (extrait)

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

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

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

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

L'état de notre droit n'est pas pour autant satisfaisant, car il s'est développé comme par empilement et par à-coups, au détriment de sa clarté et de son accessibilité, comme de sa cohérence et de l'homogénéité de ses principes fondamentaux. Par ailleurs, des lacunes ou des zones d'ombre

demeurent, en particulier s'agissant des procédures et des modalités pratiques de lancement et de traitement des alertes. L'alerte éthique risque par conséquent d'être réduite à ses formes les plus paroxystiques, souvent contraires à la finalité d'intérêt général qu'elle poursuit. Un double travail de mise en ordre et de mise à jour reste donc encore à accomplir.

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENT 9 : Nicole-Marie Meyer, « Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ? », Transparency International France, 2016

Alors que la question est régulièrement posée en France au fil des scandales médiatiques, Transparency France compare les législations étrangères et rappelle que le lanceur d'alerte doit agir avant tout, de façon désintéressée, dans l'intérêt général.

Un choix de société

Selon les Principes directeurs pour une législation de l'alerte de Transparency International (2009), l'attribution ou non d'une récompense financière, ou d'un prix, aux lanceurs d'alerte, et son financement éventuel au prorata des montants recouvrés ou des amendes encaissées, doivent être étudiés en fonction du contexte culturel de chaque pays.

Ainsi, si l'usage d'une récompense semble adapté au droit américain – à la conjonction du qui tam anglo-saxon et de la tradition du « chasseur de prime », auxiliaire du shérif –, l'Europe a pour l'instant exclu une récompense financière des législations nationales adoptées. La fondation britannique Public Concern at Work, créée en 1993 en soutien aux lanceurs d'alerte, a publié en 2013 une étude sur 1 000 cas [2009-2010], établissant que la motivation première des salariés est que l'alerte soit traitée. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a par ailleurs construit une jurisprudence sur les critères suivants :

- l'intérêt public du signalement, qui peut prévaloir sur une obligation de confidentialité
- l'authenticité de l'information divulguée
- le poids respectif du dommage causé à l'employeur et de l'intérêt public
- la motivation de l'employé, qui doit être désintéressé
- les représailles subies par le lanceur d'alerte
- l'existence d'autres canaux de signalement, sachant que les médias doivent être saisis en dernier ressort.

I/ L'adaptation du qui tam anglo-saxon au droit américain ; rétrocessions ou récompenses financières

Le False Claims Act (31 USC § 3729 et suiv.) ou loi Lincoln (1863) est une procédure de qui tam[1], longtemps usuelle en common law et issue du droit romain et anglo-saxon. Le FCA offre à tout citoyen américain intentant un procès au nom de l'État fédéral, pour fraudes à son encontre, une récompense de 25 à 30 % des montants ainsi recouvrés si le gouvernement est exclu de l'action en justice, de 15 à 20 % s'il est co-plaignant. Le pourcentage rétrocédé est inférieur ou égal à 10 %, si l'information à l'origine du signalement vient d'une source extérieure (presse).

Hors le mécanisme du qui tam, d'autres lois américaines à portée extraterritoriale prévoient une récompense financière, sans que le lanceur d'alerte intente quelque action en justice. Selon le Dodd-Frank Act (2011), le lanceur d'alerte perçoit ainsi, pour le signalement d'une violation à la sécurité financière, de 10 à 30 % du montant recouvré – si ce montant excède un million. En 2014, un lanceur d'alerte étranger a perçu de la SEC un montant de 30 millions de dollars.

La Corée et la Malaisie ont également adopté un système ad hoc de récompenses, si le signalement permet de recouvrer, ou d'abonder, les fonds du gouvernement central ou local.

Si les législations ayant adopté de telles rétributions se sont révélées d'une redoutable efficacité, sinon une manne pour les trésors publics, elles présentent le double désavantage d'être profondément inégalitaires face aux lanceurs d'alerte – dont le signalement d'intérêt général n'induit pas nécessairement une recette fiscale –, et de dévoyer la notion même de « signalement

dans l'intérêt général », désintéressé, avec toutes les dérives possibles vers une société de délation. L'on a vu ainsi se développer en Corée un nouveau métier de chasseur de primes, traquant au quotidien sinon suscitant des infractions à la loi.

II/ Le choix européen

Suite à une série de tragédies (400 morts) et après 5 années de travaux du Parlement, des Universités et ONG, le Royaume-Uni adoptait en 1998 une loi globale protégeant les lanceurs d'alerte des secteurs publics et privés, le Public Interest Disclosure Act, toujours considérée comme la plus équilibrée au monde. Outre un signalement gradué par paliers, elle offre à la fois une protection en amont – avec un référé conservatoire d'emploi jusqu'au procès –, et en aval – avec un dédommagement intégral de la perte de revenus (incluant les années de retraite) et de la souffrance morale. Soit un double mécanisme de prévention et réparation, mais ni rétrocession ni récompense. En 2013, cette loi a été amendée, en recentrant la définition du signalement sur le concept d'intérêt général, et en ajoutant une protection, avec sanctions pénales, contre les représailles de tierces parties (ex. les collègues de travail).

D'autres législations, globales ou partielles, s'en sont inspirées, notamment en Europe (la Hongrie, l'Italie), l'Irlande étant le dernier pays à avoir repris en 2014 son architecture et sa philosophie, avec des amendements (élargissement du champ matériel, immunité en termes de procédure civile). D'autres pays européens expérimentaient des voies originales (la Roumanie, 2004 ; la France, 2013), toujours sans récompenses financières.

Parallèlement à cette expérimentation législative mondiale et européenne, et en tirant les enseignements (avec l'expertise des ONG dont TI), le Conseil de l'Europe élaborait de 2009 à 2014 un corpus théorique pionnier, notamment avec la Recommandation du Comité des Ministres du 30 avril 2014, retenant pour définition le signalement « d'une menace ou d'un préjudice pour l'intérêt général », avec en amont le référé conservatoire d'emploi, et en aval l'aménagement de la charge de la preuve, et la protection contre toutes représailles, actives ou passives. Ni incitation ni récompense financière, mais la question d'une aide ou compensation financière pour régler les frais de justice était utilement abordée lors des débats.

Enfin, l'on retiendra l'importance accordée par la CEDH, dans sa jurisprudence, au caractère désintéressé du signalement.

Conclusion : un choix élitaire ou solidaire

Les États-Unis ont depuis plus d'un siècle fait le choix culturel d'une récompense ciblée (secteur, montant), bénéficiant au trésor public. L'Europe a fait depuis 20 ans le choix de la prévention et réparation, au travers de législations nationales – qui peuvent être amendées et accompagnées d'une aide financière aux frais de justice et d'une valorisation des lanceurs d'alerte (prix, promotion professionnelle, presse).

L'émiettement de certaines législations européennes, notamment française, l'absence de contre-pouvoirs puissants (agences indépendantes, fondations) fait la faiblesse de leur protection. La France pourrait faire le choix d'un mécanisme de prélèvement d'un prorata des fonds recouvrés ou des amendes versées, alimentant un fonds ou une fondation pour les victimes – pour toutes les victimes.

Transparency France, saluant le choix qu'a fait l'Europe d'un cadre différent du cadre nord-américain, se prononce contre la rémunération des lanceurs d'alerte, et en faveur d'un double mécanisme de prévention et d'indemnisation intégrale des préjudices subis.

1. Abréviation de qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur, ou « qui poursuit en justice pour le roi comme pour lui-même ». Pour la seule année fiscale 2013, le gouvernement fédéral a recouvré via les actions en qui tam 2,9 milliards de dollars, et les lanceurs d'alerte ont perçu 345 millions.

DOCUMENT 10 : Anne Michel, « Fraude fiscale : vers une rémunération des informateurs du fisc », Le Monde.fr, 18 novembre 2016

La France devrait bientôt rémunérer les lanceurs d'alerte en matière de fraude fiscale, sous réserve que ceux-ci dénoncent des cas suffisamment importants.

C'est presque fait. Comme l'Allemagne et le Danemark, la France devrait bientôt rémunérer les informateurs du fisc – qui se présentent souvent comme des lanceurs d'alerte –, sous réserve que ceux-ci dénoncent des cas suffisamment importants de grande fraude internationale passant par les paradis fiscaux.

Le gouvernement, par l'entremise du ministre de l'économie et des finances, Michel Sapin, et du secrétaire d'État au budget, Christian Eckert, devrait en faire la proposition à l'occasion de l'examen à l'Assemblée nationale d'un amendement sur le sujet au projet de loi de finances 2017.

Cet amendement, notamment porté par les députés socialistes Valérie Rabault et Richard Ferrand et adopté en commission des finances début novembre, vise à permettre à l'administration fiscale de payer les personnes qui dénoncent des comportements frauduleux en matière d'impôts et détiennent des données en ce sens. Le gouvernement y est favorable sur le fond, mais souhaite en limiter la forme afin qu'il ne s'agisse pas « de dénoncer son voisin », souligne-t-on à Bercy, mais de révéler des scandales de fraude fiscale internationale, sophistiqués ou à grande échelle.

En outre, Bercy précise qu'une fois rémunérés, ces informateurs, même s'ils se conçoivent comme des lanceurs d'alerte, ne pourront prétendre juridiquement parlant au statut protecteur ad hoc créé par la loi Sapin 2, adoptée à l'Assemblée le 8 novembre. En effet, ce statut suppose d'agir de manière désintéressée.

Une idée étrangère à la tradition française

L'idée est donc de trouver un terrain d'entente avec les députés sur les contours d'une telle réforme. La rémunération de personnes dénonçant des fraudes à l'impôt, telle qu'elle se pratique déjà dans plusieurs pays étrangers, ne fait pas partie de la tradition française. Et ce, alors même que les services de police et de gendarmerie, ainsi que les douanes, disposent, pour leur part, de la possibilité d'acheter des renseignements.

Mais ces derniers mois, face à la multiplication des affaires de fraude et d'évasion fiscales, notamment révélées par la presse (« SwissLeaks », « Panama Papers », etc.), l'idée de payer les lanceurs d'alerte a fait son chemin.

La France n'est d'ailleurs pas le seul pays à y songer ; la Belgique vient par exemple de mettre en place un groupe de travail ad hoc au sein de l'Inspection spéciale des impôts pour tirer le bilan des expériences allemande et danoise.

Une telle réforme marquerait une rupture en France et permettrait, selon ses partisans, de donner un coup d'accélérateur à la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales. Aujourd'hui, dans le cadre de sa mission, l'administration fiscale reçoit de nombreuses dénonciations de comportements frauduleux, mais, comme le soulignent les députés à l'origine de l'amendement, aucune base légale ne permet d'indemniser ces « indics ».

Grands risques

En outre, ajoutent les parlementaires, les affaires HSBC, UBS et « Panama Papers » ont montré que des personnes prenaient de grands risques pour dénoncer des montages de fraude sophistiquée. « Une divulgation de ces informations en échange d'une indemnité est tout à fait légitime », estiment-ils. La rémunération des lanceurs d'alerte pourrait être effective dès le 1er janvier 2017.

À titre d'exemple, précisent les députés, à bon entendeur, « de 2010 à 2016, le Land allemand de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie a acheté onze CD ou clés USB à des banques aux pratiques indélicates. Coût total de 18 millions d'euros pour un retour sur investissement de plus de 6 milliards d'euros pour le budget fédéral ; 2,1 milliards d'euros pour les seules finances de la région ».

DOCUMENT 11 : Loi de finances pour 2017 (n° 2016-1917 du 29 décembre 2016) – Article 109

I. – MESURES FISCALES ET MESURES BUDGETAIRES NON RATTACHEES

Article 109

I. – À titre expérimental et pour une durée de deux ans, le Gouvernement peut autoriser l'administration fiscale à indemniser toute personne étrangère aux administrations publiques, dès lors qu'elle lui a fourni des renseignements ayant amené à la découverte d'un manquement aux règles fixées à l'article 4 B, au 2 bis de l'article 39 ou aux articles 57, 123 bis, 155 A, 209, 209 B ou 238 A du code général des impôts ou d'un manquement aux obligations déclaratives prévues au deuxième alinéa de l'article 1649 A ou aux articles 1649 AA ou 1649 AB du même code.

L'administration peut recevoir et exploiter les renseignements mentionnés au premier alinéa du présent I dans le cadre des procédures prévues au titre II de la première partie du livre des procédures fiscales, à l'exception de celle mentionnée à l'article L. 16 B du même livre lorsque ces renseignements n'ont pas été régulièrement obtenus par la personne les ayant communiqués à l'administration.

Les conditions et modalités de l'indemnisation sont déterminées par arrêté du ministre chargé du budget.

Chaque année, le ministre chargé des finances communique au Parlement un rapport sur l'application de ce dispositif d'indemnisation. Il comporte notamment le nombre de mises en œuvre de ce dispositif et le montant des indemnisations versées.

II. – Le I entre en vigueur le 1er janvier 2017.

DOCUMENT 12 : Décret n° 2017-601 du 21 avril 2017 pris pour l'application de l'article 109 de la loi de finances pour 2017 (n° 2016-1917 du 29 décembre 2016)

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'économie et des finances,

Vu la Constitution, notamment son article 37-1 ;

Vu la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017, notamment son article 109 ;

(…)

Décrète :

Article 1

À titre expérimental et pour une durée de deux ans, la direction générale des finances publiques peut indemniser toute personne étrangère aux administrations publiques qui lui a fourni des renseignements ayant conduit à la découverte d'un manquement mentionné au premier alinéa du I de l'article 109 de la loi du 29 décembre 2016 susvisée.

Article 2

Le ministre de l'économie et des finances et le secrétaire d'État chargé du budget et des comptes publics sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française.

DOCUMENT 13 : Cour de cassation, Chambre sociale, Arrêt n° 1309 du 30 juin 2016 (15-10.557)

CONTRAT DE TRAVAIL, RUPTURE

Cassation partielle

Demandeur(s) : M. Laurent X…

Défendeur(s) : L'association Agrexam

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X… a été engagé le 17 août 2009 en qualité de directeur administratif et financier par l'association guadeloupéenne de gestion et de réalisation des examens de santé et de promotion de la santé (l'association), qui a pour mission de gérer le centre d'examen de santé, structure sanitaire faisant partie du dispositif général de la santé publique en Guadeloupe ; qu'après avoir dénoncé au procureur de la République les agissements d'un membre du conseil d'administration et du président de l'association, il a été licencié, par lettre du 29 mars 2011, pour faute lourde ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale en nullité de son licenciement et en paiement de diverses sommes à titre d'indemnités et de rappels de salaire ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident de l'employeur qui est préalable :

Attendu que l'association fait grief à l'arrêt de dire sans cause le licenciement et de la condamner à payer diverses sommes à titre de dommages et intérêts, de rappel de salaire pendant la période de mise à pied, d'indemnité de préavis, d'indemnité au titre du droit individuel à la formation et de rejeter ses demandes en paiement de dommages-intérêts pour atteinte à l'honneur et dénonciation calomnieuse, violation du secret professionnel et de la correspondance, alors, selon le moyen :

1°/ que constitue une faute grave la dénonciation, production de pièces confidentielles à l'appui, de faits présentés comme délictueux, lorsqu'aucun élément de délit ne peut être constitué et que la dénonciation n'est pas faite de bonne foi ; que pour dire que les faits dénoncés par le salarié pouvaient être considérés comme délictueux, la cour d'appel a retenu que l'établissement d'un contrat de travail à temps plein avec effet rétroactif alors que l'intéressée n'a manifestement pas assuré un tel travail à temps plein peut être qualifié d'escroquerie, et en l'espèce, compte tenu du mode de financement de l'association, comme de détournement de fonds publics ; que l'association soutenait cependant que le docteur Y… avait effectivement travaillé pour son compte et que le fonctionnement des centres n'aurait pas été possible sans son travail ; qu'en se contentant de dire manifeste l'absence de travail à temps plein du docteur Y… sans répondre à cette argumentation, dont il résultait que le travail du docteur Y…, ne fût-il pas à temps plein, était effectif et n'avait pas été rémunéré, ce dont il résultait que les faits dénoncés n'étaient pas délictueux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1222-1, L. 1232-1, 1234-1 et L. 1234-9, du code du travail ;

2°/ qu'elle soutenait encore que le salarié avait précisément refusé pendant toute cette période de régulariser la situation du docteur Y…, mettant lui-même celui-ci en difficulté par sa résistance acharnée et son hostilité personnelle contre ce médecin, alors qu'il percevait lui-même son salaire ; qu'il avait ainsi lui-même créé la situation qu'il avait dénoncée de mauvaise foi ; qu'en ne recherchant pas, comme elle y était ainsi invitée, si la dénonciation n'avait pas été faite de

mauvaise foi dans un intérêt étranger à celui énoncé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1222-1, L. 1232-1, 1234-1 et L. 1234-9, du code du travail ;

3°/ qu'en ne répondant pas à cette argumentation déterminante, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute ;

Et attendu qu'ayant constaté d'abord, que le salarié avait informé le procureur de la République de ce que le directeur du centre avait tenté de se faire payer des salaires pour un travail qui n'avait pas été accompli et obtenu du président de l'association la signature d'un contrat de travail alors qu'il était dans le même temps administrateur de l'association, de tels faits étant susceptibles de constituer une escroquerie ou un détournement de fonds publics, et ensuite, que sa bonne foi ne pouvait être mise en doute, la cour d'appel, sans avoir à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit que le salarié n'avait commis aucune faute en révélant les faits aux autorités judiciaires ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi principal du salarié :

Vu l'article 10 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité ;

Attendu que pour dire qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le licenciement et débouter le salarié de sa demande de réintégration, l'arrêt retient que la nullité ne peut être prononcée en l'absence de texte la prévoyant puisque les articles L. 1132-3-3 et L. 1132-4 du code du travail issus de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, n'étaient pas applicables à l'époque du licenciement et que les faits dénoncés par le salarié ne se rattachaient pas à des faits de corruption, ce qui exclut l'application de l'article L. 1161-1 du code du travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le licenciement était motivé par le fait que le salarié, dont la bonne foi ne pouvait être mise en doute, avait dénoncé au procureur de la République des faits pouvant être qualifiés de délictueux commis au sein de l'association, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen du pourvoi principal :

Vu l'article L. 3123-14 du code du travail ;

Attendu que pour rejeter la demande du salarié de rappel de salaires liée à la requalification en temps plein de son contrat de travail à temps partiel, l'arrêt retient qu'il ne produit aucun élément permettant de supposer qu'il ait travaillé plus de 136,50 heures par mois ;

Attendu, cependant, qu'il résulte de l'article L. 3123-14 du code du travail que le contrat écrit du salarié à temps partiel doit mentionner la durée hebdomadaire ou, le cas échéant, mensuelle prévue et, sauf pour les salariés des associations et entreprises d'aide à domicile, la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois ; qu'il en résulte que l'absence d'écrit mentionnant la durée du travail et sa répartition fait présumer que l'emploi est à

temps complet et qu'il incombe à l'employeur qui conteste cette présomption de rapporter la preuve, d'une part de la durée exacte hebdomadaire ou mensuelle convenue, d'autre part que le salarié n'était pas placé dans l'impossibilité de prévoir à quel rythme il devait travailler et qu'il n'avait pas à se tenir constamment à la disposition de l'employeur ;

Qu'en se déterminant comme elle a fait, sans rechercher comme il lui était demandé, si le contrat de travail à temps partiel mentionnait la durée du travail ainsi que la répartition de la durée du travail entre les jours de la semaine ou les semaines du mois, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute le salarié de ses demandes en nullité de son licenciement et de réintégration dans ses fonctions et de sa demande en paiement d'un rappel de salaire liée à la requalification de son contrat de travail à temps partiel en contrat à temps complet, l'arrêt rendu le 13 octobre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Basse-Terre ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Basse-Terre, autrement composée.

DOCUMENT 14 : Note explicative de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 30 juin 2016 (pourvoi n° 15-10.557)

Depuis quelques années, le législateur est intervenu pour protéger, contre des mesures de représailles, les salariés qui dénoncent des faits répréhensibles dont ils ont connaissance dans le cadre de leurs fonctions. Dernièrement, la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a, ainsi, inséré dans le code du travail l'article L. 1132-3-3 qui dispose notamment qu'aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour "avoir relaté ou témoigné de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions", une telle mesure étant sanctionnée par la nullité du licenciement, en application de l'article L. 1132-4 du même code.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 juin 2016, le salarié engagé en qualité de directeur administratif et financier par une association ayant pour mission de gérer un centre d'examen de santé, partie intégrante du dispositif de santé publique en Guadeloupe, avait été licencié, en mars 2011, pour faute lourde, après avoir dénoncé au procureur de la République les agissements d'un membre du conseil d'administration et du président de l'association susceptibles de constituer une escroquerie ou un détournement de fonds publics.

Or, si la cour d'appel a jugé que ce licenciement était sans cause réelle et sérieuse aux motifs que le salarié – dont la bonne foi ne pouvait être mise en cause – n'avait commis aucune faute en révélant de tels faits aux autorités judiciaires, elle a en revanche refusé d'annuler le licenciement, considérant que la nullité ne pouvait être prononcée, en l'absence de texte la prévoyant, puisque les articles L. 1132-3-3 et L. 1132-4 du code du travail, issus de la loi du 6 décembre 2013, n'étaient pas applicables au moment de la dénonciation des faits ayant donné lieu au licenciement.

Sur le pourvoi formé contre cette décision, la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans le prolongement des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui considèrent que les sanctions prises à l'encontre de salariés ayant critiqué le fonctionnement d'un service ou divulgué des conduites ou des actes illicites constatés sur leur lieu de travail constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme[1], et dans le prolongement de sa propre jurisprudence qui admet la nullité du licenciement ou de

toute mesure de rétorsion portant atteinte à une liberté fondamentale du salarié[2], censure l'arrêt de la cour d'appel et affirme pour la première fois qu'« *en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est atteint de nullité* ».

Une telle décision est de nature à protéger les lanceurs d'alerte, dans la mesure où, par ailleurs, la chambre sociale instaure cette immunité non seulement lorsque les faits illicites sont portés à la connaissance du procureur de la République mais également, de façon plus générale, dès lors qu'ils sont dénoncés à des tiers.

1. Cour EDH, 18 octobre 2011, Sosinowska, n° 10247/09 ; Cour EDH, 12 février 2008, Guja c/ Moldavie, n° 14277/04.
2. Soc., 6 février 2013, n° 11-11.740, Bull. V, n° 27 ; Soc., 29 octobre 2013, n° 12-22.447, Bull. V, n° 252.

DOCUMENT 15 : « Lanceurs d'alerte : la Cour de cassation juge illicite leur licenciement », Le Parisien.fr avec AFP, 30 juin 2016

C'est une première en France. Les lanceurs d'alerte doivent bénéficier d'une « immunité » vis-à-vis de leur employeur, a estimé ce jeudi la Cour de cassation, alors que le parlement débat de l'instauration d'un statut protecteur pour les salariés qui dénoncent des actes illicites commis sur leur lieu de travail.

Atteinte à la liberté d'expression

« En raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier du droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est atteint de nullité », a justifié la Cour en soulignant que son arrêt constitue une première.

Dans une note explicative, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire précise que cette décision « est de nature à protéger les lanceurs d'alerte, dans la mesure où la chambre sociale instaure cette immunité non seulement lorsque les faits illicites sont portés à la connaissance du procureur de la République mais également, de façon plus générale, dès lors qu'ils sont dénoncés à des tiers ».

Un droit pour tous les salariés

La Chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi cassé un arrêt de la cour d'appel de Basse-Terre en Guadeloupe. Cette dernière avait refusé d'annuler le licenciement pour faute lourde d'un salarié d'une association qui avait dénoncé à la justice les agissements de responsables de cette structure. La Cour a également renvoyé l'affaire devant une autre composition de la cour d'appel de Basse-Terre pour être rejugée.

Engagé en tant que directeur administratif et financier par une association gérant un centre d'examen de santé, ce salarié avait été licencié en mars 2011 pour faute lourde. Il venait de dénoncer au procureur les agissements du président et d'un membre du conseil d'administration susceptibles de constituer une escroquerie ou un détournement de fonds.

Après les condamnations dans l'affaire LuxLeaks

Cet arrêt de la Cour de cassation intervient au lendemain de la condamnation par la justice luxembourgeoise de deux anciens employés français d'une firme d'audit dont les fuites avaient été à l'origine de l'affaire LuxLeaks. Après les récents « Panama Papers » qui ont mis au jour des

montages complexes de sociétés servant à dissimuler des avoirs, le scandale LuxLeaks avait mis en lumière, en 2014, les accords passés par le Luxembourg avec des multinationales pour les attirer sur son sol, au détriment des finances publiques et alors que des efforts importants étaient réclamés aux citoyens face à la crise.

Si le juge luxembourgeois a reconnu que les révélations des deux Français relevaient bien de « l'intérêt général », il a également constaté qu'il n'existait « aucune protection en droit luxembourgeois », ni au « niveau européen » pour les lanceurs d'alerte, la nouvelle directive instaurant une protection européenne « n'ayant pas encore été adoptée par le Parlement européen ».

Un débat en cours en France

En France, la question du statut des lanceurs d'alerte constitue l'un des points forts de la loi Sapin II, largement approuvée le 14 juin par l'Assemblée nationale et qui doit maintenant être débattue au Sénat. À l'unisson de députés saluant ces « éveilleurs de conscience », le ministre des Finances a salué dans l'hémicycle ceux qui « ont pris des risques et en souffrent ».

Selon le projet, le Défenseur des droits interviendra pour les lanceurs d'alerte victimes de discriminations. Le gouvernement s'est engagé, par la voix de M. Sapin, à renforcer ses moyens financiers censés contribuer aux avances de frais de justice. Le texte prévoit également qu'un lanceur d'alerte licencié pourra saisir les prud'hommes pour tenter d'obtenir son maintien dans l'entreprise, ou, s'il ne le souhaite pas, la préservation de son salaire. Idem pour un agent public au tribunal administratif.

39 % des salariés gardent le silence par peur des représailles, selon un sondage pour l'ONG Transparency International France.

DOCUMENT 16 : Danièle Lochak, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives », La Revue des droits de l'homme, octobre 2016 (extraits)

I – Une notion aux contours encore flous

Il existe, incontestablement, un certain flou autour des notions de lanceur d'alerte et d'alerte éthique. Ce flou ne saurait surprendre, tant l'étiquette, comme on l'a dit, a tendance à être attribuée de façon généreuse, sans s'embarrasser de rigueur conceptuelle. Une solution commode pourrait consister à définir le lanceur d'alerte comme celui à qui la loi reconnaît une protection à ce titre. Mais elle serait évidemment inadaptée et même inopportune – en tous cas prématurée – dans un contexte où l'on cherche, précisément, à élargir le champ des personnes protégées par les textes.

Dans son acception la plus étroite, le « lanceur d'alerte » est celui qui, dans son champ professionnel, constate l'existence d'un danger grave et collectif et qui, après avoir en vain cherché à faire intervenir ceux qui ont compétence pour y parer, entre dans des stratégies de résistance au risque de s'attirer des mesures de rétorsion[3]. L'alerte a lieu dans le contexte d'une relation de travail, d'où le qualificatif parfois retenu d'alerte professionnelle. Mais dans un sens plus large, qui justifie aux yeux de certains d'inclure dans la catégorie des lanceurs d'alerte des personnalités comme Edward Snowden ou Bradley Manning, le terme peut s'appliquer à « toute personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général »[4] ou même, dans une conception encore plus englobante, à « toute personne soucieuse [concerned] qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui »[5].

Si l'on considère non plus la personne qui divulgue mais le contenu de ce qui est divulgué, on peut là encore opposer à une conception étroite, où l'alerte porte sur des faits constitutifs de crimes ou de délits, une conception plus large incluant dans les objets de l'alerte les comportements nuisibles à l'intérêt général, tels les risques sanitaires et environnementaux, ou encore les diverses atteintes potentielles aux droits et libertés.

Cette diversité des situations se répercute sur les modalités de la divulgation qui peuvent aller du simple signalement interne au sein d'une organisation ou d'une entreprise jusqu'à la révélation publique d'informations, généralement par la voie des médias, en passant par la saisine des organes de contrôle et de répression compétents pour punir ou faire cesser les comportements critiqués.

Après avoir élargi au maximum la focale, il faut tenter de la resserrer : il ne suffit pas en effet d'alerter pour être un « lanceur d'alerte ». À défaut de pouvoir énumérer ab initio les critères constitutifs de la notion, on peut, pour mieux en cerner les contours, tenter de la confronter avec des notions voisines.

D'abord, avec la désobéissance civile. Alerter, c'est briser la consigne du silence, rompre la solidarité de corps, faire acte d'insubordination et donc, dans une acception large du terme, désobéir[6]. Il est vrai que le « désobéissant », en refusant de se plier à une règle ou un commandement légal dont il conteste la légitimité, accepte de se mettre délibérément en infraction avec la loi, alors que la plupart des lanceurs d'alerte « labellisés » comme tels, et notamment ceux qui ont mis en garde contre les risques sanitaires ou environnementaux (l'amiante, le sang contaminé, le Mediator…), n'ont enfreint aucune loi ; mieux encore, lorsqu'il dénonce des infractions ou divulgue des pratiques illégales, le lanceur d'alerte souhaite justement que force reste à la loi. Pourtant, il arrive au lanceur d'alerte, à force de ne pas être entendu, de recourir à des moyens illégaux et de passer ainsi du côté des « désobéissants ». C'est le cas de Philippe Pichon qui, pour donner du poids à son alerte sur les dysfonctionnements du STIC, s'est résolu à communiquer à des tiers les informations nominatives figurant dans ce traitement. Si le lanceur d'alerte ne peut pas être disqualifié comme tel pour la seule raison qu'il a violé la loi pour mieux se faire entendre, inversement désobéir à la loi ou aux ordres reçus d'une autorité a priori légitime, en prenant le risque d'être sanctionné, peut être une façon de tirer la sonnette d'alarme. On peut citer l'exemple des « refuzniks », ces soldats israéliens qui refusent en conscience de remplir leurs obligations militaires, s'exposant à des peines de prison que beaucoup vont effectivement purger : ce sont des désobéissants qui agissent par conviction morale, mais entendent aussi, par cet acte transgressif, donner plus de poids à leur dénonciation du comportement de l'armée israélienne dans les territoires palestiniens. De même, les faucheurs d'OGM considèrent leur action comme un acte de désobéissance civile : n'ayant pas obtenu satisfaction par d'autres voies, ils se mettent dans l'illégalité pour dénoncer des pratiques qu'ils jugent dangereuses pour la santé et l'environnement – une dénonciation qui s'inscrit très exactement dans le champ de l'alerte éthique.

Ce qui rapproche encore les désobéissants et les lanceurs d'alerte, c'est le risque qu'ils courent d'être sanctionnés : les premiers parce qu'ils enfreignent une règle de droit ; les seconds parce qu'ils s'exposent à des représailles. Ce qui les différencie, toutefois, c'est que les seconds revendiquent une protection contre ces représailles, alors que les premiers intègrent dans leur stratégie la perspective d'une sanction, même si leur objectif à long terme est d'obtenir un changement de la législation ou de la politique qu'ils dénoncent.

Dans le prolongement de cette distinction, on s'est demandé s'il convenait de distinguer le « fuiteur d'information » (leaker) du lanceur d'alerte (whistleblower) et, si oui, sur la base de quel critère. S'intéressant notamment aux cas d'Edward Snowden et de Bradley Manning, qu'une opinion majoritaire, outre-Atlantique, considère comme des « leakers », plutôt que comme des « whistleblowers », parce qu'ils ont délibérément violé les lois qui protègent les secrets, Jean-

Philippe Foegle[7] conteste, pour sa part, la pertinence du critère de la désobéissance aux lois pour fonder la distinction entre ces deux catégories et refuser toute protection à la première. Le fait que l'alerte soit formellement illégale ne préjuge pas, en effet, de sa légitimité au regard d'autres principes, y compris de valeur constitutionnelle. Il est plus juste, selon lui, de distinguer parmi les leakers, sur la base des motivations qui les animent, les « activistes de la transparence », d'un côté, les « défenseurs de l'intérêt public », de l'autre. L'objectif des premiers est d'imposer une transparence gouvernementale parfaite en rendant publiques des informations classifiées, alors que, pour les seconds, la violation d'un secret n'est pas un but en soi mais un moyen d'attirer l'attention sur l'existence d'un risque ou d'une illégalité pour qu'il y soit mis fin. Ce qui veut dire que les deux catégories se recoupent et qu'il y a, parmi les « fuiteurs », des lanceurs d'alerte.

Un autre élément paraît caractériser le lanceur d'alerte et qui justifie le qualificatif d'alerte « éthique » : c'est le fait que, tiraillé entre ce que lui dicte sa conscience, le souci qu'il a de la justice ou de la démocratie, d'un côté, l'obligation de respecter les lois, les règles de l'institution ou les ordres reçus, de l'autre, il décide de faire prévaloir les premières sur la seconde. L'alerte éthique suppose de faire un choix entre plusieurs loyautés en conflit.

On a posé la question de savoir si des associations, lorsqu'elles dévoilent et dénoncent des pratiques illégales ou attentatoires aux droits fondamentaux, pouvaient être considérées comme des lanceurs d'alerte. Le cas des associations de défense des étrangers a servi ici d'exemple[8], car, compte tenu de ce que sont les pratiques administratives et policières dans ce domaine, ces associations sont, plus encore que d'autres, conduites à alerter sur les comportements gravement attentatoires aux droits des migrants, comme le refus illégal de prestations, l'enfermement de mineurs, le renvoi d'étrangers malades ou les contrôles d'identité discriminatoires. Pour autant, il ne semble pas que les associations, ou même leurs militants, puissent entrer dans la catégorie des « lanceurs d'alerte ». Elles sont en effet dans leur rôle lorsqu'elles pratiquent ces formes de dénonciation, ce qui veut dire deux choses : d'une part, qu'elles restent dans le cadre de leur mission en lançant des alertes, alors que le lanceur d'alerte, avant de franchir le pas, n'avait pas spécialement vocation à le devenir, c'est l'occasion qui l'a transformé en lanceur d'alerte ; d'autre part, qu'elles ne sont pas enfermées dans un conflit de devoirs – si toutefois on retient cette caractéristique assez commune aux lanceurs d'alerte labellisés comme telle comme un véritable « critère » de la catégorie – et ne courent pas le risque d'être sanctionnées[9]. Quant aux militants qui témoignent en actes de leur solidarité avec les migrants sans-papiers, en prenant le risque d'être poursuivis pour aide au séjour irrégulier – le fameux « délit de solidarité » –, ils nous semblent appartenir plutôt à la catégorie des désobéissants que des lanceurs d'alerte au sens strict, même si leur désobéissance est une façon d'alerter tant sur l'injustice de la loi qui punit la solidarité que sur le sort fait aux migrants.

Pour des raisons assez proches, on est logiquement conduit à soustraire les journalistes de la catégorie des « lanceurs d'alerte », même s'il arrive qu'on labellise comme tels des journalistes d'investigation qui sont à l'origine de la révélation de certains scandales – on pense notamment à Anne-Marie Casteret qui a mis en lumière l'affaire du sang contaminé. Mais si le ou la journaliste peut être amené à divulguer des informations qui lui ont été communiquées par un tiers – lequel peut avoir, le cas échéant, la qualité de lanceur d'alerte – il n'est pas lui-même, stricto sensu, un lanceur d'alerte, puisque la diffusion de l'information fait partie de son métier.

On s'est même demandé, de façon apparemment paradoxale, si certaines autorités publiques pouvaient être considérées comme des lanceurs d'alerte[10]. S'il est vrai que des autorités administratives indépendantes jouent un rôle proche de celui des lanceurs d'alerte, par exemple, lorsqu'on leur assigne pour mission de traquer différentes formes de conflits d'intérêt ou des manquements à la déontologie, il est évidemment difficile de les assimiler à des lanceurs d'alerte, puisqu'elles ne répondent guère aux critères, même flous, même interprétés de façon extensive, qui déterminent l'appartenance à cette catégorie. En revanche, cette confrontation « improbable »

permet de mettre en lumière la propension des pouvoirs publics à encadrer le mécanisme de l'alerte, à l'enfermer dans un cadre institutionnel, à le soustraire à la société civile pour le réintégrer dans le giron de l'administration. Ce n'est pas l'effet d'un hasard si plusieurs AAI ont été créées dans la foulée de « scandales » : le scandale du projet de fichage à grande échelle – Safari – pour la CNIL, le scandale du Mediator pour l'Agence nationale de sécurité du médicament.

3- C. Noiville et M.-A. Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », EDP Sciences | Natures Sciences Sociétés, 2006/3.

4- F. Chateauraynaud, « Lanceur d'alerte », in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, consultable en ligne : www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte.

5- Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, Protection des « donneurs d'alerte » de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

6- Voir D. Lochak, « L'alerte éthique entre dénonciation et désobéissance », *AJDA*, 2014, p. 2236.

7- J.-P. Foegle, « Lanceur d'alerte ou "leaker" ? Réflexions critiques sur une distinction », *Revue des droits de l'homme*, n° 10.

8- N. Klausser, « Les associations de défense des étrangers, des lanceurs d'alerte ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 10.

9-Reste toutefois le cas des associations présentes dans les centres de rétention et ayant reçu pour mission, sur la base d'une convention passée avec l'État, d'apporter une assistance juridique aux étrangers : comme elles n'hésitent pas à utiliser pleinement ce qu'elles considèrent comme faisant aussi partie de leur mission, à savoir dénoncer les situations dont elles sont les témoins, on pourrait imaginer qu'elles suscitent une réaction de l'État, qui pourrait être tenté de remettre en cause la convention et le financement qui l'accompagne.

10- J.-F. Kerléo, « Les autorités publiques sont-elles des lanceurs d'alerte comme les autres ? », *Revue des droits de l'homme*, n° 10.

DOCUMENT 17 : Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) du 12 février 2008, affaire Guja c/ Moldova (extraits)

PROCEDURE

1. À l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 14277/04) dirigée contre la République de Moldova et dont un ressortissant de cet État, M. Iacob Guja (« le requérant »), a saisi la Cour le 30 mars 2004 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).
2. Le requérant a été représenté par Mes V. Gribincea et V. Zamă, avocats à Chișinău et membres de l'organisation non gouvernementale Lawyers for Human Rights. Le gouvernement moldave (« le Gouvernement ») a été représenté par ses agents, MM. V. Pârlog et V. Grosu.
3. M. Guja se plaignait dans sa requête d'avoir été révoqué du parquet général pour avoir divulgué deux documents qui, selon lui, révélaient l'ingérence d'une personnalité politique de haut rang dans une procédure pénale pendante. Il dénonçait une violation de son droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention, en particulier de son droit de communiquer des informations.

EN FAIT

(…)

5. La procédure en réintégration engagée par le requérant

22. Le 21 mars 2003, le requérant intenta au civil contre le parquet général une action en réintégration. Il soutenait notamment que les lettres qu'il avait communiquées au journal n'étaient pas des documents secrets au regard de la loi, qu'il n'était pas tenu de consulter les responsables des autres services avant de prendre contact avec la presse, qu'il avait remis les

lettres au journal à la demande de celui-ci et que sa révocation emportait violation de son droit à la liberté d'expression.

23. Le 16 septembre 2003, la cour d'appel de Chișinău le débouta de son action. Elle déclara notamment qu'il avait manqué aux exigences de l'article 1.4 du règlement intérieur du service de presse en ne consultant pas les responsables des autres services et à celles de l'article 4.11 du même texte en divulguant des documents secrets.

24. Le requérant interjeta appel de la décision. Reprenant les arguments qu'il avait avancés en première instance, il soutint qu'en divulguant les lettres au journal il n'avait en rien porté préjudice à son employeur.

25. Le 26 novembre 2003, la Cour suprême de justice le débouta pour les mêmes motifs que la cour d'appel de Chișinău. Concernant l'argument relatif à la liberté d'expression, elle déclara que l'obtention d'informations au moyen d'un abus de fonctions ne relevait pas de la liberté d'expression (*dreptul la exprimare nu presupune dobândirea informaţiei abuziv, folosind atribuţiile de serviciu*).

26. D'après les éléments du dossier, ni le parquet général ni le vice-président du Parlement, M. Mişin, ne contestèrent l'authenticité des lettres publiées dans le *Jurnal de Chișinău* et la véracité des renseignements figurant dans l'article du 31 janvier 2003 et ils ne prirent aucune autre mesure dans le cadre de cette affaire.

EN DROIT

38. Le requérant allègue que sa révocation consécutive à la divulgation par lui des lettres litigieuses au *Jurnal de Chișinău* emporte violation de son droit à la liberté d'expression et, en particulier, de son droit de communiquer des informations et des idées à des tiers.
L'article 10 de la Convention se lit ainsi :

> *« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.*
>
> *2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »*

I. SUR LE FOND DE LA REQUETE

(…)

69. La principale question à trancher est celle de savoir si l'ingérence était « nécessaire dans une société démocratique ». Les principes fondamentaux concernant cette question sont bien établis dans la jurisprudence de la Cour et ont été résumés comme suit (voir, parmi d'autres, *Jersild c. Danemark*, arrêt précité, p. 23, § 31, Hertel c. Suisse, arrêt du 25 août 1998, Recueil 1998-VI, pp. 2329-2330, § 46, et *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, § 87, CEDH 2005-II) :

> « i. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les "informations" ou "idées"

accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Telle que la consacre l'article 10, elle est assortie d'exceptions qui appellent toutefois une interprétation étroite, et le besoin de la restreindre doit se trouver établi de manière convaincante (…)

ii. L'adjectif "nécessaire", au sens de l'article 10 § 2, implique un "besoin social impérieux". Les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen portant à la fois sur la loi et sur les décisions qui l'appliquent, même quand elles émanent d'une juridiction indépendante. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une "restriction" se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10.

iii. La Cour n'a point pour tâche, lorsqu'elle exerce son contrôle, de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'État défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était "proportionnée au but légitime poursuivi" et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent "pertinents et suffisants" (…) Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10 et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (…) »

(…)

77. La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection. Par exemple, un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé (*Haseldine*, décision précitée). Il importe donc d'établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question.

(…)

93. Eu égard aux éléments en sa possession, la Cour n'aperçoit aucune raison de penser que le requérant était motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte, qu'il nourrissait un grief personnel à l'égard de son employeur ou de M. Mişin, ou qu'il était mû par une quelconque autre intention cachée. Elle ne juge pas déterminant le fait que le requérant n'ait pas présenté devant les juridictions internes ses arguments relatifs à la lutte contre la corruption et le trafic d'influence. Elle estime que l'intéressé peut fort bien, en effet, s'être attaché à contester les motifs invoqués par son employeur à l'appui de sa révocation et avoir jugé inutile de soulever des points que son employeur ne contestait pas.

94. Dès lors, la Cour conclut que le requérant était bien animé des intentions indiquées par lui et qu'il a agi de bonne foi.

(…)

97. Consciente de l'importance du droit à la liberté d'expression sur des questions d'intérêt général, du droit des fonctionnaires et des autres salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, des devoirs et responsabilités des salariés envers leurs employeurs et du droit de ceux-ci de gérer leur personnel, la Cour, après avoir pesé les divers autres intérêts ici en jeu, conclut que l'atteinte portée au droit à la liberté d'expression du requérant, en particulier à son droit de communiquer des informations, n'était pas "nécessaire dans une société démocratique".

Partant, il y a eu violation de l'article 10 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, A L'UNANIMITE,

1. Déclare la requête recevable ;
2. Dit qu'il y a eu violation de l'article 10 de la Convention ;

DOCUMENT 18 : Eric Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte – à propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 », JCP, éd. Gén., 23 janvier 2017, doctr., p. 90 et s. (extraits)

1. Malgré de nombreuses interventions législatives, les dispositions protectrices des lanceurs d'alerte demeuraient disparates. Leur protection ressemblait à des volutes de fumée[2]. Une législation foisonnante manquait d'effectivité[3]. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme protège les lanceurs d'alerte dans l'exercice de leur liberté d'expression et une jurisprudence bienveillante s'est construite en leur faveur. Mais avant d'être rétablis dans leurs droits, ils devaient franchir un parcours d'obstacles. Aucun n'en sortait indemne.
2. Peu à peu, l'opinion comprend que de nombreux scandales, comme celui du Mediator ou ceux des Swissleaks, Luxleaks et Panama Papers, ont en commun d'avoir été révélés par des lanceurs d'alerte. Des compétences diverses se mobilisent notamment à l'université[4]. Syndicats, associations, ONG demandant une meilleure protection des lanceurs d'alerte, lancent des pétitions. Au terme de cette campagne de plaidoyer, une proposition de loi relative à la protection globale des lanceurs d'alerte est déposée le 29 mars 2016[5].
3. Pourtant, dans sa version initiale, la loi Sapin 2 ne comprenait qu'un article autorisant la future agence de prévention de la corruption à financer la protection juridique des lanceurs d'alerte et des dispositions permettant le signalement de faits à l'Autorité des marchés financiers.
4. Après la publication du rapport du Conseil d'État, il devenait plus difficile encore de différer une intervention législative. En effet, le rapport constatait un cadre juridique inadapté et appelait à diffuser une culture de l'alerte par la mise en place de procédures efficaces[6]. C'est donc par la voie d'un amendement que le statut des lanceurs d'alerte a été introduit dans la loi « Sapin 2 ».

1. Une articulation précise entre droit d'alerte et secrets protégés

5. La loi prévoit une définition extensive de l'alerte. Mais il ne peut y avoir de protection efficace sans délier le lanceur d'alerte de secrets protégés. Certes, la loi prévoit toujours des catégories où le secret demeure absolu. Mais dans les autres domaines, la divulgation d'informations n'engage plus la responsabilité pénale du lanceur d'alerte, pourvu qu'elle respecte certaines conditions.

A. Une définition globale du lanceur d'alerte

6. Une définition globale, très discutée, se substitue aux définitions sectorielles : « un lanceur d'alerte 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 »[7].
7. Signalement ou révélation. – L'annexe à la recommandation CM/Rec(2014)7 du 30 avril 2014 du Conseil de l'Europe précise que le signalement est une divulgation qui intervient soit en

interne au sein d'une organisation ou d'une entreprise, soit auprès d'une autorité extérieure. La révélation d'informations désigne toute divulgation publique, notamment à la presse.

8. Des personnes physiques. – La loi n° 2013-316 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte[8] ouvrait l'alerte aux personnes morales. Ces dispositions sont supprimées. La loi Sapin 2 n'interdit pas aux syndicats ou aux associations l'accès aux dispositifs permettant de recueillir des alertes. Ils pourront toujours continuer à jouer un rôle de filtre. Mais ils n'accéderont pas au dispositif de protection prévu par la loi. Cette situation leur procure quand même un petit avantage : ils ne seront pas contraints par l'obligation de respecter la procédure d'alerte graduée prévue par la loi.

   Enfin, si le lanceur d'alerte est une personne physique, il ne peut donc être anonyme. Pourtant la loi n'interdit pas l'application en France de lois étrangères qui permettent une alerte anonyme, comme elle ne remet pas en cause l'admission par la CNIL de tels dispositifs[9].

9. Désintéressement. – Les débats parlementaires ont précisé qu'il s'agissait évidemment de désintéressement financier. Cette exigence reflète la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pour laquelle un acte motivé par un grief, une animosité personnelle ou encore par la perspective d'un avantage personnel ne justifie pas un niveau de protection élevé[10].

   Pourtant, alors que la loi Sapin 2 n'était pas encore promulguée, le législateur introduisait dans le projet de loi de finances pour 2017 une disposition prévoyant qu'à titre expérimental et pour une durée de deux ans, le Gouvernement peut autoriser l'administration fiscale à indemniser toute personne étrangère aux administrations publiques, dès lors qu'elle lui a fourni des renseignements ayant amené à la découverte d'un manquement à des articles limitativement énumérés du code général des impôts. L'exposé des motifs de l'amendement précise que la charge représentée par la rémunération ou l'indemnisation de l'aviseur n'est engagée que lorsque le Trésor a recouvré les droits résultant des renseignements acquis. L'estimation du montant pour 2017 est de 2,7 millions d'euros. L'exemple du Land allemand de la Rhénanie-du-Nord-Westphalie est avancé : les autorités ont acheté des informations relatives à des pratiques bancaires indélicates pour un coût de 18 millions d'euros, pour un retour de plus de 6 milliards d'euros.

   Aux États-Unis, la loi Dodd-Frank du 21 juillet 2010 permet de récompenser une personne fournissant une information à l'origine d'une sanction pécuniaire d'au moins un million de dollars. La Securities and Exchange Commission a ainsi reçu, depuis 2010, 14 000 signalements et alloué 107 millions de dollars à 33 lanceurs d'alerte. En 2014, une personne a perçu 30 millions de dollars[11]. Mais ce système est propre aux États-Unis, si l'on excepte la Corée du Sud et la Russie[12].

   Cependant, la cohérence n'est pas évidente entre une législation qui impose le désintéressement au lanceur d'alerte et une autre qui autorise la rémunération d'une personne qualifiée « d'aviseur » mais qui va divulguer une information dans des conditions comparables à celles du lanceur d'alerte.

10. Bonne foi. – Dans son arrêt Guja contre Moldavie, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle que la notion de bonne foi s'applique aux lanceurs d'alerte dans la Convention des Nations unies contre la corruption, dans la Convention pénale du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999, dans la Convention civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 et dans la recommandation n° (2000)10 du Comité des ministres sur les codes de conduite des agents publics. En l'espèce, la Cour juge qu'elle « n'aperçoit aucune raison de penser que le requérant était motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte, qu'il nourrissait un grief

personnel à l'égard de son employeur ou [d'un tiers], ou qu'il était mû par une quelconque autre intention cachée ». C'est un critère important pour justifier la protection du requérant.

Cependant, la notion de bonne foi conditionne la légitimité de l'alerte à un élément subjectif, et non au seul intérêt objectif pour la société de la divulgation d'une information. C'est la raison pour laquelle le Royaume-Uni a supprimé cette notion de sa législation sur les lanceurs d'alerte (Public Interest Disclosure Act) en 2013. L'objectif était de leur permettre de bénéficier d'une protection, dès lors qu'ils peuvent raisonnablement croire qu'ils se trouvent face à une situation contraire à l'intérêt général.

(…)

3. Une volonté de prévenir sanctions et représailles

22. Sur le plan civil, la loi reprend les plus protecteurs des dispositifs existants. Sur le plan pénal, elle crée une nouvelle incrimination sanctionnant l'auteur de représailles contre un lanceur d'alerte (A). Surtout, elle confie au Défenseur des droits la responsabilité de protéger les lanceurs d'alerte (B).

A. Alignement sur les dispositions les plus protectrices et sanction des représailles

23. Protection en matière civile. – Des dispositions protectrices figuraient déjà, sous des formes comparables mais non identiques, dans divers codes. La loi Sapin 2 procède à un alignement par le haut. Aucune personne ne peut être discriminée pour avoir lancé une alerte. En cas de litige, la charge de la preuve est inversée : l'auteur de mesures défavorables au lanceur d'alerte doit prouver que celles-ci sont justifiées par des éléments étrangers à l'alerte. Enfin, les décisions défavorables seront nulles de plein droit. Ceci est particulièrement important en cas de licenciement qui, dans ce cas, est réputé n'avoir jamais été prononcé. Le contrat de travail se poursuit donc et le salarié peut demander sa réintégration. À défaut, il peut choisir de faire valoir son droit à une indemnité de rupture à laquelle s'ajoute une indemnité réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement d'un montant au moins égal à six mois de salaire.

Ces dispositions se trouvent partiellement reproduites dans la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, ainsi que dans le code de la défense nationale.

Pour plus de sécurité, le législateur a même créé un nouvel article L. 911-1-1 du code de justice administrative[31] pour compléter le pouvoir d'injonction du juge administratif en lui conférant le pouvoir de réintégrer tout lanceur d'alerte, y compris s'il est lié par un contrat à durée déterminée avec une personne publique.

Enfin, le législateur a toutefois choisi de renvoyer explicitement aux dispositions du code du travail relatives au référé qui permettent d'atteindre le même objectif.

B. Une nouvelle responsabilité pour le Défenseur des droits

25. Mais la protection contre les sanctions et la pénalisation des représailles ne pouvaient suffire. Une protection active était nécessaire pour défendre les lanceurs d'alerte.

Le choix du Défenseur des droits comme autorité en charge de la protection des lanceurs d'alerte n'allait pas de soi. Certains plaidaient pour une haute autorité administrative indépendante en charge de l'alerte[35]. Le modèle était notamment celui du Canada, où un commissaire à l'intégrité est chargé de la protection des « fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles ». C'est aussi le choix qui avait été retenu dans la proposition de loi déposée par le député Yann Galut. Cette proposition séduisante imposait cependant de créer, ex nihilo,

une nouvelle autorité administrative indépendante, qui devait mobiliser du personnel et des moyens pour une charge difficile à évaluer.

Un autre choix aurait pu être de sectoriser les autorités compétentes. Mais cela aurait brouillé le message d'une législation globale et simplificatrice pour la protection des lanceurs d'alerte.

Dans son rapport, le Conseil d'État recommandait de mettre en place, en amont et en aval de l'alerte, une procédure pour que le juge ne soit plus le seul garant de l'efficacité de la protection des lanceurs d'alerte. C'est dans cette perspective qu'il proposait d'étendre les compétences du Défenseur des droits. Cette solution a été retenue par le législateur. Les compétences du Défenseur des droits relevant de la loi organique, un texte a été déposé à cette fin le 18 mai 2016.

26. Cette initiative conférait au Défenseur des droits une responsabilité inédite. Celui-ci peut accorder une aide financière à un lanceur d'alerte « *qui engage une action en justice en vue de faire reconnaître une mesure défavorable à son encontre au seul motif d'un signalement* ». Il peut aussi « *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* ».

    Toutefois, le législateur n'a pas donné au Défenseur des droits les pouvoirs qu'il a retirés à la Commission nationale de déontologie des alertes en matière de santé et d'environnement. En effet, cette commission avait le pouvoir de transmettre l'alerte aux ministres compétents, et ceux-ci devaient informer la commission de la suite donnée. La personne à l'origine de l'alerte devait être informée des décisions prises. Cet article est supprimé, et ne trouve pas d'équivalent dans la nouvelle loi. Cela n'interdit sans doute pas au Défenseur des droits de prendre l'initiative d'informer les autorités compétentes. En résumé, si la loi Sapin 2 protège mieux le lanceur d'alerte, elle ne protège pas l'alerte. C'est un point faible, notamment en matière de santé et d'environnement.

27. Et le Conseil constitutionnel a encore minoré les pouvoirs du Défenseur des droits. En effet, la version adoptée prévoyait la possibilité pour celui-ci « *d'assurer, en tant que de besoin, un secours financier aux lanceurs d'alerte* ». Il s'agissait d'une faculté limitée aux lanceurs d'alerte qui connaîtraient, du fait de leur action, « *des conditions financières présentant un caractère de gravité et compromettant les conditions d'existence* ». Or, cette disposition a été censurée au motif que la « *mission confiée par les dispositions constitutionnelles précitées 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* »[36]. Cette interprétation est sans doute contestable : le Défenseur des droits sera le gardien des principes, mais il sera partiellement privé des moyens d'en assurer l'effectivité.

    Enfin, la loi organique prévoit que le Défenseur des droits préside le collège qui l'assiste pour la lutte contre les discriminations, la promotion de l'égalité et l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte[37]. Le choix a donc été fait de ne pas créer de collège spécifique, mais d'ajouter une compétence au collège déjà en charge des discriminations. Ce collège comprend des personnalités qualifiées, dont trois sont désignées par le président du Sénat, trois par le président de l'Assemblée nationale, une par le vice-président du Conseil d'État et une par le premier président de la Cour de cassation.

28. Après l'adoption de la loi Sapin 2, la France rejoint le Royaume-Uni et l'Irlande parmi les pays européens qui ont une législation avancée pour la protection des lanceurs d'alerte. Ce n'est toutefois qu'un socle de protection minimale, sur lequel la société civile devra développer une culture de l'alerte éthique. Ainsi, au Royaume-Uni, le lanceur d'alerte peut trouver un soutien dans une fondation (Public Concern at Work), qui a pris en charge 17 000 alertes depuis sa création en 1993 dont les trois quarts avaient été lancées en interne sans succès. De même,

aux États-Unis, l'ONG Government Accountability Project, au Canada la Federal Accountability Initiative for Reform, et en Allemagne le Whistleblower-Netzwerk, développent une action de plaidoyer et de protection des lanceurs d'alerte.

Il faut aussi que les citoyens s'approprient la loi. L'enjeu est de taille : selon une enquête réalisée en 2015, 36 % des salariés déclaraient qu'ils avaient été confrontés à des pratiques frauduleuses. Le même nombre déclarait avoir peur des conséquences ou des représailles en cas de révélation des faits et 85 % ne connaissaient pas la législation en matière de lanceurs d'alerte[38].

Par ailleurs, cette avancée législative ne solde pas la situation des lanceurs d'alerte qui, antérieurement à la loi, ont subi un préjudice du fait de la divulgation d'informations dont la collectivité a pu bénéficier. La regrettable inertie du gouvernement, refusant son soutien à quelques personnalités emblématiques, n'est pas remise en cause.

La loi ne traite pas non plus le cas des lanceurs d'alerte étrangers, notamment pour le cas où la France serait bénéficiaire des informations divulguées. Dans certaines hypothèses, ils pourraient relever de l'article 4 du préambule de la Constitution de 1946, qui prévoit que « *tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République* ». Le nouveau texte ne rendra pas plus effectif ce principe constitutionnel pour des lanceurs d'alerte comme Edward Snowden ou Julian Assange.

Enfin, le problème de l'absence de disposition européenne en matière d'alerte reste entier. Le sujet a été particulièrement mis en évidence au moment de l'adoption de la directive sur le secret des affaires, qui ne prévoit qu'une dérogation au secret pour révéler une faute, un comportement inapproprié ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général[39]. Il l'a été d'autant plus que cette adoption précédait de peu le procès d'Antoine Deltour au Luxembourg : ce pays a bien une législation de protection des alertes, mais limitée à la corruption et au trafic d'influence, ce qui en excluait l'intéressé.

Dans un texte voté le 6 juillet 2016, le Parlement européen invite la Commission à proposer un cadre juridique clair pour garantir la protection efficace des lanceurs d'alerte. La recommandation (2014)7 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe pourrait servir de base pour l'élaboration d'une directive. La position de la Commission, qui refusait de s'engager, pourrait évoluer. Cette position était en effet d'autant plus paradoxale que cette même Commission invite les États candidats à l'adhésion, comme la Serbie, à adopter une législation protectrice des lanceurs d'alerte[40].

2- P. Adam, « La parabole du lanceur d'alerte », Lamy Social, 2015, 1693.

3- E. Alt, « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », JCP G, 2014, doctr. 1092 ; N. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte, une innovation française venue d'outre-Atlantique », JCP E, 2015, 1492 ; B. Teyssié, « L'alerte en matière de santé publique et d'environnement », JCP S, 2015, 1370.

4- « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme », Revue des droits de l'homme, 2016, n° 10.

5- Prop. de loi AN, n° 3607, 29 mars 2016, présentée par Y. Galut.

6- Conseil d'État, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, Doc. fr., 25 févr. 2016.

7- L. n° 2016-1691, art. 6.

8- L. n° 2013-316, 16 avr. 2013 : Journal officiel du 17 avril 2013 ; JCP G 2013, doctr. 699, étude A. Laude.

9- CNIL, délib. n° 2014-042, 30 janv. 2014 modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle.

10- CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04, Guja c/ Moldavie : JurisData n° 2008-010477 ; JCP G 2008, I, 167, n° 18, obs. F. Sudre.

11- SEC, SEC Whistleblower Program surpasses $100 Million in Awards : https://www.sec.gov/.

12- SCPC, rapp. 2014 : Doc. fr., 2014.

31- L. n° 2016-1691, art. 11 ; CJA, art. L. 911-1-1 créé.

35- W. Bourdon, « Créons une haute autorité de sécurité des lanceurs d'alerte pour protéger nos démocraties », Le Monde, 23 févr. 2015.

36- Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-740 DC.

37- L. n° 2011-333, art. 11.

38- Cabinet Technologia, Fraudes, malversations, lanceurs d'alerte, comment réagissent les salariés français, étude réalisée du 29 mai au 8 juin 2015 sur un échantillon de 1 006 salariés.

39- PE et Cons. UE, dir. (UE) 2016/943, 8 juin 2016, art. 5 : JO n° L 157, 15 juin 2016.

40- T. Racho, « La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne », Revue des droits de l'homme, 2016, n° 10.