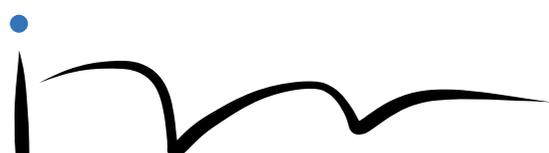


RAPPORT



**Le lanceur d'alerte
dans tous ses états :
*Guide pratique et théorique***

novembre 2018


Institut **Messine**

www.institutmessine.fr

Gouvernance

Les opinions exprimées dans la présente Note n'engagent ni les personnes citées, ni les organisations qu'elles représentent.

Président

Michel LÉGER Commissaire aux comptes, Président du Conseil de surveillance de BDO France.

Comité Directeur

Philippe AUDOUIN Directeur Général Finances d'Eurazeo.

Jean BOUQUOT Commissaire aux comptes, Président de la CNCC.

Dominique CARLAC'H Présidente de D&C ; Vice-Présidente, Porte-parole et membre du Conseil exécutif du MEDEF.

Jean-Marc ESPALIOUX Associé - Executive Chairman de Montefiore Investment.

Denis LESPRIT Commissaire aux comptes, Associé fondateur d'AEC ; ancien Président de la CNCC.

Monique MILLOT-PERNIN Commissaire aux comptes, Dirigeante et fondatrice du cabinet Millot-Pernin ; Membre du collège et Présidente du Comité d'Audit de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Yves NICOLAS Commissaire aux comptes, ancien Associé de PwC ; ancien Président de la CNCC.

Pascale PARQUET Secrétaire Général Risques, Conformité et Contrôles Permanents de BPCE ; Membre de la Commission nationale des sanctions.

Helman LE PAS DE SÉCHEVAL Secrétaire général de Veolia ; Membre du Collège de l'Autorité des Marchés Financiers.

Didier-Yves RACAPÉ Commissaire aux comptes, Co-Dirigeant associé du groupe Volentis, Dirigeant de CRITÈRES.

Conseil d'Orientation

Philippe BILGER Magistrat honoraire ; Président de l'Institut de la Parole.

Gauthier BLANLUET Avocat associé de Sullivan & Cromwell ; Professeur de droit fiscal des affaires à l'Université de Panthéon-Assas (Paris II).

Francis CHARHON Président de FCHCONSEIL ; ancien Directeur Général de la Fondation de France.

Geneviève FÉRONNE-CREUZET Directrice générale et co-fondatrice, Casabee.

Yves GÉRARD Médiateur auprès de Société Générale et du Groupe Crédit du Nord.

Antoine GOSSET-GRAINVILLE Avocat co-fondateur de BDGS.

Anne-Marie IDRAC Ancienne Secrétaire d'État au Commerce extérieur et aux Transports ; Haute représentante pour la stratégie française de développement des véhicules autonomes ; Administratrice de sociétés.

Henri NALLET Président de la Fondation Jean-Jaurès ; ancien ministre de la Justice.

Marie-Pierre PEILLON Directrice de la Recherche et de la Stratégie ESG de Groupama Asset Management ; Présidente de la commission Investissement Responsable au sein de l'Association Française de gestion ; ancienne Présidente de la Société française des analystes financiers.

Guylaine SAUCIER Administratrice de sociétés ; Fellow de l'Ordre des Comptables Agréés du Québec ; ancienne PDG du groupe Gérard Saucier Ltée.

Natacha VALLA Directrice Générale Adjointe de la politique monétaire à la Banque centrale européenne.

Jean-Marc VITTORI Éditorialiste, *Les Échos*.

Remerciements

Le présent *Rapport* est issu des travaux d'un groupe de travail mis en place par l'Institut Messine à partir de mars 2018. L'Institut Messine remercie particulièrement les personnes suivantes pour leur contribution.

La Présidente du groupe de travail

- **Pascale Lagesse** - Avocat, spécialiste du droit social, Associée, cabinet Bredin Prat.

Les membres du groupe de travail (*fonctions au moment des travaux*)

- **Pauline Abadie** - Maître de conférences en droit, Université Paris Saclay.
- **Philippe Bilger** - Magistrat honoraire ; Président de l'Institut de la parole.
- **Jacques-Édouard Briand** - Directeur des Relations Institutionnelles et des Affaires Législatives et Réglementaires, Conseil National des Barreaux.
- **Isabelle Calvez** - Directrice des Ressources Humaines Groupe, Suez.
- **Olivier Charpateau** - Maître de conférences, Recherches en éthique et en audit, Co-Directeur scientifique de la chaire Éthique et Gouvernement d'Entreprise, Université Paris-Dauphine.
- **Alain Juillet** - Président, Académie de l'Intelligence économique.
- **Jean-Marc Kiviatkowski** - Directeur général adjoint, en charge des affaires juridiques, des assurances, de l'audit, du contrôle interne, de la conformité, Bouygues Construction.
- **Olivier de Maison-Rouge** - Avocat d'affaires, spécialiste du droit de l'intelligence économique.
- **Monique Millot-Pernin** - Commissaire aux comptes, Dirigeante et fondatrice, cabinet Millot-Pernin ; Membre du collège et Présidente du Comité d'Audit, Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.
- **Yannick Pagnerre** - Professeur agrégé, Facultés de droit, Université d'Evry.
- **Pascale Parquet** - Secrétaire Général Risques, Conformité et Contrôles Permanents, BPCE ; Membre, Commission nationale des sanctions.
- **Guillaume Pellegrin** - Avocat, spécialiste du droit pénal, associé, cabinet Bredin Prat.
- **Anne-Marie Poliquin** - Directeur juridique d'entreprises.
- **Pierre Todorov** - Secrétaire Général du groupe, EDF.

Les personnes auditionnées

- **Marielle Cohen-Branche** - Médiateur, Autorité des marchés financiers ; Membre du tribunal international administratif, Banque Mondiale.
- **Dominique Lamoureux** - Directeur éthique et responsabilité d'entreprise, Thales ; Président, Cercle d'Éthique des Affaires.
- **Nicole Marie Meyer** - Chargée de mission, Whistleblower Programme Coordinator, Transparency International France.

Le rapporteur

- **Valentino Armillei** - Doctorant, spécialiste en droit social, chargé d'enseignement, Université Panthéon-Assas (Paris II), cabinet Bredin Prat.

L'Institut Messine tient également à remercier Alice Mony Decroix, Avocat, Counsel du cabinet Bredin Prat, et Footprint > consultants pour leur participation à l'élaboration de ce Rapport.

Les opinions exprimées dans le présent Rapport n'engagent ni les personnes citées, ni les institutions qu'elles représentent.

Sommaire

Présentation de l'Institut Messine (2 ^e de couverture).....	2
Remerciements.....	3
Introduction	7
I. À la recherche d'une cohérence du statut de lanceur d'alerte	11
A. Les origines du lanceur d'alerte.....	11
1. Le passé.....	11
2. Le présent.....	14
B. La diversité contemporaine française.....	16
1. Les différentes classifications envisageables.....	16
2. La classification opérationnelle à retenir : signalement vs. alerte.....	20
C. L'inflation législative des dispositifs d'alerte.....	22
1. Un aperçu des dispositifs applicables.....	22
a) La création d'un millefeuille législatif : entre alertes collectives et alertes individuelles.....	22
i. Les dispositifs classiques : les alertes collectives.....	25
ii. Les dispositifs modernes : les alertes individuelles.....	28
b) Le cadre de la liberté d'expression imposé par le juge.....	33
2. Les contradictions entre les dispositifs applicables.....	38
a) Les lacunes de chaque dispositif pris isolément.....	38
b) Comment articuler les différents textes de loi ?.....	43
II. À la recherche de solutions pratiques pour l'entreprise	51
A. Les secrets dans l'entreprise et les lanceurs d'alerte.....	51
1. Les secrets capables de s'opposer à l'alerte.....	51
a) Les secrets absolus.....	51
b) Les secrets relatifs.....	53

2. Vers un équilibre des mécanismes ?	57
B. Les bonnes pratiques de l'entreprise dans la gestion des signalements ...	58
1. La gestion de la protection du lanceur d'alerte	59
a) Le contenu de la protection	59
b) Les limites de la protection	62
2. Le coût des signalements pour l'entreprise	63
3. Le traitement efficace des signalements internes	66
a) La réception du signalement : les procédures à mettre en place	66
b) La réaction au signalement : enquêter dans l'entreprise	76
III. Droits d'ailleurs et proposition européenne...	83
A. Des exemples autour du monde, source d'inspiration	83
1. Des pays pourvus de règles relatives à l'alerte	83
2. Des pays en apparence dépourvus de règles relatives à l'alerte	88
B. La proposition de directive européenne sur le lanceur d'alerte, source d'harmonisation	90
1. Le contenu de la proposition de directive européenne	91
2. Les réactions à la proposition de la Commission européenne	93
a) Le point de vue de Transparency International	94
b) Le point de vue de la Rapporteuse du Parlement européen	94
c) La position des autorités françaises auprès de la Commission européenne	99
Conclusion	103
Les autres publications de l'Institut Messine	105
Gouvernance de l'Institut Messine	3 couv.

Introduction

« Il mérite déjà qu'on l'honore, celui qui n'est coupable d'aucun crime ; mais celui qui ne laisse pas les criminels commettre des crimes est digne d'honneur plus de deux fois autant que le précédent : car celui-ci ne vaut qu'un homme, mais celui-là en vaut plusieurs autres, lui qui signale aux magistrats l'injustice d'autrui »¹

Des noms... – Antoine Deltour, Edward Snowden, Julian Assange, ... Au cours des quinze dernières années, chacune de ces affaires a été considérée comme un nouveau cas de lanceur d'alerte, du moins sur le plan médiatique. Peu importe que les faits soient ou non avérés, l'impératif concurrentiel des médias s'accommode mal du temps judiciaire et leur impose de délivrer l'information le plus rapidement possible. Nul n'ignore ces noms parce que tous ont révélé au public une information sensible, parfois scandaleuse, avant de subir la répression de l'organisation – États, services secrets ou entreprises – à laquelle ils appartenaient.

- *Enjeux démocratiques*

La réglementation croissante dont le lanceur d'alerte fait l'objet depuis sa résurgence contemporaine porte en elle une triple conséquence démocratique.

D'abord, du point de vue de l'État de droit, le constat est sans appel : **la réglementation des procédures d'alerte dans l'entreprise permet à l'État de lui transférer la charge de contrôler l'application des lois de la Cité²** ; *« l'on pourrait dire que c'est au citoyen lui-même qu'il revient de rendre effectif l'État de droit »³*.

Le présent groupe de travail a fait le constat que l'entreprise devenait donc le premier acteur chargé d'enquêter sur tout dysfonctionnement intervenant dans son giron, ce qui n'est pas dénué d'ambivalence : ce phénomène de translation du contrôle de l'application des lois paraît tout à la fois le **signe d'une confiance et d'une méfiance du législateur vis-à-vis de l'entreprise**, présumée ne pas contrôler suffisamment ses activités...

Enfin, faut-il voir dans l'essor de l'alerte une amélioration de la démocratie ou l'échec de l'État ? La mécanique de l'alerte permet la divulgation d'un comportement répréhensible

1. Platon, Les lois v. 730c, (trad. Edouard des Places s. j., « Guillaume Budé »), Paris, 1951, p. 83 *cité par* N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique *in* Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 61.

2. Comme cela a été souligné par un directeur éthique entendu par le groupe de travail : « il s'agit en quelque sorte de confier aux entreprises la gouvernance du monde ».

3. N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique *in* Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 62.

et, en cela, autorise à penser qu'une amélioration globale de l'État de droit en résulte dès lors que le comportement illicite devrait cesser une fois l'alerte lancée⁴. Il est néanmoins permis d'en douter à l'aune des enjeux professionnels suscités par les alertes.

- *Enjeux professionnels*

La multiplication à outrance des alertes engendre de fausses alertes, des alertes incompréhensibles, des alertes systématiques, ... Tant et si bien que, **lorsque tout est alarmant, plus rien ne l'est vraiment**. En revanche, les effets néfastes des fausses alertes sont immédiats et, trop souvent, irréparables. L'on pense notamment à l'affaire « Renault » dans laquelle plusieurs cadres de l'entreprise ont été précipitamment licenciés en réaction à une alerte dénonçant un espionnage industriel, avant que la réalité des faits ne soit totalement remise en cause par de nombreuses incohérences⁵. À l'instar de cette affaire, les cas sont nombreux où l'image d'une entreprise, d'un salarié, d'un sous-traitant ou d'un homme politique est définitivement « salie » par une alerte ou par la rumeur, sans que rien ne puisse démontrer son innocence dans l'immédiat...

D'autres fois encore, l'alerte prospère alors que nulle règle de droit n'a été transgressée. L'on songe ici aux pratiques liées à « l'optimisation fiscale agressive », qui permettent, dans un contexte international et par la combinaison des multiples niches fiscales et autres opérations, de ne payer qu'un impôt infime par rapport aux revenus générés par la personne ou l'organisation concernée. Des situations jugées immorales ou contraires à l'intérêt général peuvent donc suffire à justifier l'alerte. L'exemple des *Panama Papers* est saisissant. 11,5 millions de fichiers en provenance d'un cabinet d'avocats panaméen ont été recueillis et analysés par un consortium international de journalistes d'investigation. Les nombreuses sociétés *offshores* dont l'objet consiste à établir une domiciliation sociétaire à l'étranger sans activité commerciale est une pratique dénoncée par certains comme complexifiant la lutte contre l'évasion fiscale. Certaines de ces pratiques sont pourtant tout à fait légales et parfois nécessaires au déploiement d'une activité économique. Néanmoins, le groupe de travail n'a pu que constater la grande « réceptivité médiatique » des alertes les concernant, notamment dans les cas où l'intérêt général d'un État ou de ses citoyens était en cause⁶.

Une première distinction de lanceur d'alerte émerge ainsi : celui qui dénonce la violation de la loi d'une part ; celui qui dénonce l'application d'une loi qu'il estime injuste car contraire à l'intérêt général d'autre part. Une plus grande subjectivité en ressort car « ce qui détermine un citoyen à considérer que cesse le devoir d'obéir aux lois est d'abord une affaire *individuelle* »⁷, que chacun appréciera différemment⁸.

Dans l'entreprise, cette deuxième forme du lanceur d'alerte se superpose parfois avec la première, notamment lorsque l'alerte est donnée sur des faits correspondant à la fois à une

4. « Plutarque prête à Solon cette réplique : d'aucuns lui demandèrent un jour quelle était, entre toutes, la Cité la meilleure, la plus vertueuse [...]. Il aurait répondu que c'était celle où les citoyens employaient leur zèle à poursuivre les auteurs d'injustice, encore qu'ils n'en soient pas eux-mêmes les victimes. L'injustice désigne ici l'infraction à la *diké*, le trouble à l'ordre légal constitutif d'une Cité conçue comme l'universalité des citoyens » (N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique *in* Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 60).

5. L'« affaire Renault » est détaillée plus loin, V. p. 64.

6. En témoigne notamment l'obligation nouvelle de déclarer le « bénéficiaire effectif » d'un montage sociétaire, imposée par la quatrième directive européenne « anti-blanchiment » n° 2015-849 du 20 mai 2015.

7. W. Bourdon, Petit manuel de désobéissance citoyenne : J.-C. Lattès, 1^{re} éd., 2014, p. 10.

8. J. Rawls, Théorie de la Justice : Le Seuil, 1971, p. 396.

violation de la loi mais aussi à une pratique établie dans l'entreprise. Le salarié ou le collaborateur devra alors désobéir à l'ordre établi dans l'entreprise pour revendiquer l'application de l'ordre étatique. Il devra « dénoncer » son employeur, en s'émancipant du poids historique d'une telle démarche⁹.

En ce sens, le lanceur d'alerte est le « Janus du nouveau Droit de la compliance »¹⁰. Traître ou héros, souvent les deux à la fois, cette figure nouvelle dans le monde de l'entreprise comprend en effet une double face. Lorsqu'une personne prend connaissance de faits répréhensibles commis dans l'entreprise, l'expérience montre que la divulgation n'est pas son premier réflexe. D'abord, parce qu'elle est peut-être elle-même l'auteur de ces faits répréhensibles, ensuite (et surtout), parce qu'elle fait partie de l'entreprise, « nœud de contrats » autour desquels certaines solidarités se forment. Sa loyauté lui commande de se taire. Bien souvent, ce n'est qu'une fois en conflit avec l'entreprise pour d'autres raisons (comme par exemple une absence de promotion ou une mésentente avec un nouveau supérieur hiérarchique) que la personne va se décider à révéler les faits répréhensibles, dont elle a parfois connaissance depuis fort longtemps.

Si l'on dépasse les motivations personnelles du lanceur d'alerte (qui peuvent d'ailleurs être plus pures que le tableau précédent, noirci à dessein), une dénonciation de faits effectivement répréhensibles permet d'améliorer une situation qui n'est pas conforme au droit. L'alerte participe alors d'une meilleure effectivité de la règle de droit et peut permettre la protection des plus faibles, auxquels les faits répréhensibles causaient un préjudice. Tel sera notamment le cas de l'alerte qui permet de mettre un terme à un harcèlement, un défaut de sécurité systémique sur un chantier, des menaces, un chantage, une fraude, une corruption, une mauvaise comptabilité, etc. D'où la double face du lanceur d'alerte, à la fois angélique et diabolique, tant pour l'entreprise, que pour l'État en général. Face à ce phénomène, les pouvoirs publics français ont finalement choisi d'appréhender l'alerte de manière globale, en adoptant la loi du 9 décembre 2016 dite « Sapin 2 » qui instaure une protection générale du lanceur d'alerte.

L'hétérogénéité des alertes dans l'entreprise fut l'une des difficultés majeures auxquelles s'est confronté le groupe de travail. Pour plus de clarté et d'efficacité, le champ de l'étude se concentre sur les grandes entreprises, même si les petites ou moyennes entreprises (PME) ont pu être évoquées à titre de comparaison. Il est en effet évident que les PME / très petites entreprises (TPE) pourraient naturellement avoir des problèmes sensiblement différents de gestion de l'alerte professionnelle.

Le présent rapport a par ailleurs l'avantage d'être fondé sur d'importants retours d'expérience et sur les nombreux témoignages de véritables praticiens issus entre autres de grandes entreprises (ce qui explique également la restriction du champ de l'étude à ce type d'entreprises). Le document produit dispose donc d'un caractère inédit et empirique, ce qui constitue son atout majeur et complémentaire par rapport à l'ensemble des études déjà parues¹¹.

9. J.-D. Bredin, Secret, transparence et démocratie : *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97, p. 5 et s.

10. M.-A. Frison-Roche, Compliance et confiance in *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre*, Autour du droit bancaire et financier et au-delà : *Joly éd.*, 2017, p. 279.

11. Outre les études produites par la doctrine juridique qu'il serait impossible de citer ici avec exhaustivité tant le sujet suscite l'attention et la controverse, *deux rapports majeurs* doivent être mentionnés : celui du Conseil d'État (Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, février 2016) et celui du Conseil de l'Europe (Protection des lanceurs d'alerte : petit guide pour la mise en œuvre d'un cadre national, août 2016), auxquels il faut ajouter *deux guides pratiques* issus du Défenseur des droits (Guide d'orientation et de protection des lanceurs d'alerte, juillet 2017) et de l'ONG Transparency International France (Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte, décembre 2017).

Le groupe de travail à l'origine de ce rapport a eu pour objectif, **près de deux ans après l'adoption de la loi « Sapin 2 » et un an et demi après la publication du décret d'application, de rechercher la portée et la cohérence de cette loi avec les autres dispositifs d'alertes professionnelles (I.) afin d'offrir des recommandations concrètes à l'entreprise en présence d'un lanceur d'alerte (II.), solutions qui pourraient d'ailleurs évoluer si la proposition de directive européenne sur la protection du lanceur d'alerte devait aboutir (III.).**

I. À la recherche d'une cohérence du statut de lanceur d'alerte

Origines, constat, traduction juridique. – Pour un sujet d'une telle envergure, le groupe de travail n'a pu faire l'impasse sur un détour par l'histoire du « lanceur d'alerte » (A) pour en comprendre à la fois les enjeux économiques et politiques contemporains (B) et la traduction juridique donnée à la diversité des figures qu'il revêt (C).

A. Les origines du lanceur d'alerte

Passé, présent. – *La fonction* de « lanceur d'alerte » existait bien avant la naissance de cette expression qui le désigne aujourd'hui (1). L'expression de « lanceur d'alerte » est en effet récente et attribuée à une équipe de sociologues français qui, à la fin du xx^e siècle, a réalisé l'une des premières constructions théoriques sur le sujet, avant que la politique et les juristes ne s'en emparent (2).

1. Le passé...

- *Les « sycophantes » de l'Antiquité*

Les traces des premières formes d'alerte remontent à l'Antiquité grecque, à celui que les Athéniens nommaient le « sycophante »¹². Déjà décrié à l'époque, le terme a conservé son aspect péjoratif puisqu'il a toujours pour synonymes « fourbe, menteur, fripon, délateur, coquin »¹³.

À Athènes, il est établi que certains citoyens vivaient « de délations »¹⁴. Dépourvu de ministère public, le système athénien s'assurait de l'application des lois par deux types d'action : l'action privée par laquelle un citoyen qui y avait intérêt en dénonçait un autre ; l'action publique qui pouvait être le fait de tout citoyen. Le sycophante accusateur percevait une partie, sinon la totalité, de l'amende infligée à l'individu aux agissements répréhensibles¹⁵. Présenté par Platon, « à la différence du citoyen athénien gagnant laborieusement son pain », comme un « homme oisif et avide d'affaires faciles et déloyales »¹⁶, le philosophe évoque-t-il encore « le complice actif de la perte d'un homme honorable et désintéressé »¹⁷.

12. Étymologiquement : « découvrir la figue » ou le nom donné à Athènes à ceux qui dénonçaient les voleurs ou exportateurs de figues.

13. <https://www.littre.org/definition/sycophante>.

14. Lévesque, Instit. Mém. Sc. Mor. et Pol. t. 1, IV, p. 273 in E. Littré, <https://www.littre.org/definition/sycophante>.

15. C. Doganis, Aux origines de la corruption, Démocratie et délation en Grèce ancienne (préf. C. Mosse) : PUF, 2007, p. 79 et s.

16. *Ibid.*, p. 56.

17. N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique in Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 55. Sur les sycophantes, V. aussi C. Doganis, Aux origines de la corruption, Démocratie et délation en Grèce ancienne (préf. C. Mossé) : PUF, coll. *Fondements de la politique*, spéc. p. 37 et s.

Les caractéristiques de chacun des rôles ont aujourd'hui bien changé : le lanceur d'alerte (à tout le moins dans son acception française) doit être désintéressé, quand la personne dénoncée peine à faire valoir sa présomption d'innocence avant qu'une enquête et sa condamnation n'interviennent.

Dès l'Antiquité, une distinction existait déjà entre le sycophante « pervers » et l'accusateur « vertueux » : l'accusateur qui calomnie à dessein devient sycophante¹⁸. En revanche, la dénonciation d'un acte illicite est non seulement recommandée mais exigée de chaque citoyen en l'absence de ministère public¹⁹. Cette « administration » de la justice trouve un écho saisissant dans l'article 40 du code de procédure pénale français²⁰.

Le lien entre l'alerte et la justice est présent dès l'origine. Il s'agit du droit de chaque citoyen de voir les lois qui s'imposent à lui appliquées à tous, sans exception. Mais la perversion du sycophante est un danger ô combien important, peut-être plus encore que les comportements individuels illicites...

- *Les garde-fous contre les sycophantes*

S'ils étaient jugés indispensables par les Grecs, ces derniers posaient des jalons aux citoyens dénonciateurs pour les distinguer des sycophantes, jalons qui ne sont pas sans rappeler les critères d'identification du lanceur d'alerte posés par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin 2 ». Sans ces limites d'absolue nécessité, « *la vérité révélée par le délateur ne rend pas libres les citoyens mais les asservit aux sycophantes qu'ils se seront choisis* »²¹.

Lycurgue – législateur mythique de Sparte – insiste sur la nécessité pour le dénonciateur de ne pas être « *animé par le moindre ressentiment, ni par le souci de l'emporter sur autrui* »²². L'ancêtre de la bonne foi émergeait : la volonté préméditée de nuire transforme le dénonciateur en sycophante. De même, des procédés loyaux doivent être utilisés pour parvenir à ses fins. La difficulté tenant à une dénonciation de faits illicites bien réels mais initiée à des fins vengeresses n'est pas éludée : « *les inimitiés privées servent à corriger bien des abus publics* »²³.

Malgré un acte « socialement utile », le dénonciateur n'en est pas moins un sycophante lorsqu'il poursuit une finalité qui n'est pas complètement indépendante de son intérêt personnel. Un autre trait est ainsi prêté au sycophante : il recherche davantage la condamnation pour mériter son pourboire. Son but n'est pas la vérité mais de s'adresser « *aux désirs*

18. *Ibid.*, p. 57.

19. Étymologiquement d'un « service public » chargé de débusquer les infractions.

20. « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

21. N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique *in* Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 70.*

22. « Lycurgue, *Contre Léocrate, 5* » Repris par N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique *in* Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 63.*

23. « Echile, *Contre Timarque [I] 2*, trad. Victor Martin et Guy de Budé, « Guillaume Budé », Paris, 2^e éd., 1951, p. 21 » cité par N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique *in* Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 63.*

de la foule » pour engendrer une condamnation populaire²⁴... Quel meilleur parallèle pourrait être fait avec le lanceur d'alerte contemporain qui favoriserait une dénonciation directe au public et aux médias, en lieu et place des autorités compétentes, de faits dont le dénonciateur n'a pas l'intime conviction ou pis, dont il connaît la fausseté ?

Si plus de deux mille ans d'histoire nous séparent de la démocratie athénienne, les similitudes sont plus nombreuses qu'il n'y paraît au premier abord, preuve que la question du lanceur d'alerte, en apparence nouvelle, est *consubstantielle à la démocratie* : elle prend naissance avec elle. Les Grecs soulignent enfin que le dénonciateur calomnieux se repère à ses « attitudes équivoques, [ses] faiblesses mêmes mineures »²⁵. Il est dès lors intéressant de souligner qu'aujourd'hui, l'ONG *Transparency International France*²⁶ a reçu et traité 753 signalements depuis 2014 dont environ 400 ont été jugés suffisamment sérieux par l'ONG. Si elle tient à souligner le très faible nombre de dossiers « frivoles » ou superficiels, sont en revanche observés de nombreux dossiers qui, sans être forcément « calomnieux », relèvent du domaine des ressources humaines avec des griefs d'ordre privé, non recevables au titre d'une alerte²⁷.

- *Le qui tam*

L'histoire du lanceur d'alerte conduit aussi en Angleterre, premier pays, au Moyen-Age, à se doter d'un système d'alerte²⁸. En effet, en 1400, l'Angleterre adopte l'action originaire du droit romain du *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* : celui qui exerce une action en justice pour le compte de l'autorité publique l'exerce pour le sien propre. La rémunération du lanceur d'alerte était donc initialement consubstantielle à l'alerte puisque toute action exercée par le lanceur d'alerte l'était autant au nom du bien public qu'à celui de leur personne. Abrogé en 1951, l'action du *qui tam* existe toujours aujourd'hui aux États-Unis qui avaient adopté, à l'occasion de leur indépendance, la quasi-totalité du droit anglais.

- *Le whistleblower*

Le lanceur d'alerte tel que nous le connaissons aujourd'hui trouve également une origine américaine, dans la figure de « whistleblower »²⁹. Contrairement aux États européens qui

24. « Meulder, M., « Ruse et violence au livre VIII de la *République* de Platon », Mètis, Anthropologie des mondes grecs anciens, tome VII, 1992, p. 253 » repris par N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique in Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 64*.

25. N. Warembourg, Le sycophante, un lanceur d'alerte ? Remarques historiques sur la délation et le délateur dans l'Athènes démocratique in Les lanceurs d'alerte (ss. dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 53 et s., spéc. p. 65*.

26. Transparency International France est la section française de l'ONG Transparency International, dont l'objet principal est la lutte anticorruption. Très présente sur le terrain du « lanceur d'alerte », Transparency International France a notamment participé à la rédaction de la loi « Sapin 2 ». Transparency International agit auprès de l'ensemble des acteurs concernés : les citoyens, les États et les entreprises. Selon Transparency International, « *le combat contre la corruption, et plus généralement pour l'intégrité de la vie économique, ne pourra jamais être mené sans l'avis des entreprises* ». Dans une démarche pragmatique et proactive, l'ONG apporte conseil et support aux entreprises. V. not. <https://transparency-france.org/notre-strategie/>.

27. Entretien avec Nicole Marie Meyer ; V. aussi Les bénéficiaires des dispositifs d'alerte : TI, 2017, https://www.transparency.org/files/content/publication/The_Business_Case_for_Speaking_Up_-_French_translation.pdf.

28. E. Seassaud, Le lanceur d'alerte en droit anglais - Un acteur responsable par-delà les archétypes du traître et du héros : *Cah. de droit de l'entreprise 2018, n° 1, doss. 7*.

29. V. sur le *whistleblower* aux États-Unis : C. Henkel, Whistleblower Rights and Protection Under U.S. Law in the Private Sector in Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 333 et s.* ; S. L. Dreyffus, Le Whistleblowing aux États-Unis : *Cah. de droit de l'entreprise, janv. 2018, n° 1, dossier 6* ; sur la loi Sarbanes-Oxley, F. Barriere, Le whistleblowing : *Rev. sociétés 2010, p. 483 et s.*

n'ont adopté de législations relatives aux lanceurs d'alerte que très tardivement, les États-Unis, confrontés très tôt aux lanceurs d'alerte et peut-être sociologiquement plus sensibles à l'idée que certaines personnes pouvaient, de manière désintéressée, avertir sur certains dangers, ont adopté progressivement une multitude de règles (en plus du *qui tam* anglais). « *En somme, le modèle américain apparaît précurseur au regard de l'ancienneté des lois qui abordent l'alerte. Ce modèle reste cependant à la fois orienté sur la dimension d'atteinte aux intérêts de l'État et notamment aux règles fiscales, et fondé sur un système de récompense, que les constructions législatives d'autres États, spécialement en Europe, n'adoptent pas* »³⁰.

- *La Renaissance et les « Bouches » de dénonciation vénitiennes*

Sur la « Bouche du Lion » du Palais des Doges à Venise sont inscrits en latin les mots suivants : « *Dénonciations secrètes contre toute personne qui dissimule des faveurs ou des services, ou qui cherche à cacher ses vrais revenus* ». De nombreuses institutions vénitiennes disposaient de ce qu'il convient de nommer les « bouches de dénonciation », permettant aux habitants de dénoncer anonymement leurs semblables en cas de comportement frauduleux. La pratique était en proie à une certaine hypocrisie dès lors que ces comportements étaient à la fois encouragés par la Cité et honnis par l'Église pour laquelle le commandement du Christ est clair : « *Ne jugez pas et vous ne serez pas jugés* »³¹.

2. Le présent

- *La naissance de l'expression « lanceur d'alerte » en sociologie*

L'expression de « lanceur d'alerte » à proprement parler est née en France dans les années 1990. La paternité de l'expression revient à Francis Chateauraynaud et Didier Torny³². La notion a donc été abordée par la sociologie avant d'être appréhendée par le droit.

Les premières études sociologiques mettent l'accent sur la capacité du lanceur d'alerte à provoquer une controverse scientifique ou technique³³. Avant les années 1990, les sociologues n'ignoraient pas ce phénomène d'alerte mais l'individu porteur d'une alerte était désigné comme un « dénonciateur » ou, de manière plus originale (et pessimiste), comme un « prophète de malheur »³⁴. **Il est aussi rattaché au processus de désobéissance civile que certains philosophes, parmi lesquels Hannah Arendt, estiment nécessaire pour le bon fonctionnement des institutions publiques³⁵. Ce débat s'inscrit dans la controverse entre deux des grands penseurs contemporains français. L'alerte est-elle le signe que la démocratie s'autodétruit, comme l'estime Marcel Gauchet, ou bien le signe de son renouvellement, comme le pense Pierre Rosanvallon³⁶ ?**

30. F. Chaltiel-Terral, Les lanceurs d'alerte : *Dalloz, Connaissance du droit*, 2018, p. 43.

31. Évangile selon Saint Luc, 6, 37. On peut également citer un autre passage : « Pourquoi vois-tu la paille qui est dans l'œil de ton frère et n'aperçois-tu pas la poutre qui est dans ton œil à toi ? » (*Ibid.*, 6, 41).

32. F. Chateauraynaud et D. Torny, Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque : éd. EHESS, 1999.

33. O. Leclerc, Protéger les lanceurs d'alerte. La démocratie technique à l'épreuve de la loi : *LGDJ*, 2017, p. 18-19.

34. F. Chateauraynaud et D. Torny, Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque : éd. EHESS, 1999. V. aussi le dossier « Oiseaux de malheur ». Annoncer les mauvaises nouvelles (xvi^e-xx^e siècles) in Parlements[s], Revue d'histoire politique : *Presses Universitaires de Rennes*, 2017/1, n° 25.

35. H. Arendt, Du mensonge à la violence. Essais de politique contemporaine (trad. G. Durand) : éd. Calmann-Lévy, 1972.

36. V. sur ce débat, les deux ouvrages majeurs : M. Gauchet, La démocratie contre elle-même : *Gallimard*, 2002 et P. Rosanvallon, La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance : *Points*, 2014.

De manière synthétique, l'ensemble des sociologues s'accorde à dire que l'intérêt premier de tout processus d'alerte est d'ouvrir des espaces de discussions sur des faits ou des actes qui, sinon, n'attireraient pas l'attention des personnes concernées.

Indépendamment de la réalité, il résulte des sociétés démocratiques contemporaines une **impression d'alerte constante. L'augmentation du nombre d'alertes doit s'analyser à l'aune de l'affaiblissement des formes traditionnelles de contestation (manifestations, grèves, boycott, ...) dont l'efficacité décline.**

Si tant est que l'alerte soit un moyen efficace de renouveler l'action collective ou publique, elle peut porter en elle les raisons de sa propre inefficacité : dans la société du risque et de l'urgence, les annonces alarmistes tendent à être banalisées, de sorte que les prophéties *constantes* de malheurs desservent leur cause. Dans le même ordre d'idées que la courbe de Laffer en matière fiscale³⁷, l'on pourrait affirmer que « trop d'alertes tue l'alerte ». Le sociologue Francis Chateauraynaud dénonce ainsi les ambivalences des acteurs concernés à propos des nombreuses alertes émises sur le risque de propagation du virus de la grippe H5N1 : « *personnellement, [les scientifiques] auraient tendance à ne pas y croire vraiment et à attribuer ce « raffut » à l'efficacité des dispositifs de surveillance et de partage d'informations ; institutionnellement ils sont systématiquement tenus de « faire comme si » la menace pandémique humaine était indiscutable et imminente* »³⁸.

Mais il s'agit déjà de distinguer les nombreux types d'alertes. L'alerte sur un risque doit être distinguée de l'alerte sur des faits avérés. De prime abord, seule la seconde semble concerner l'alerte professionnelle, dans l'entreprise. En réalité, elle ne peut être totalement hermétique à l'alerte sur des risques, notamment environnementaux. Plus récemment, Francis Chateauraynaud a également proposé de distinguer les lanceurs d'alerte des « porteurs d'alerte », ces derniers opérant des dénonciations sur le long terme³⁹.

- *Le processus d'acceptation par les entreprises de l'alerte professionnelle*

Contraindre les entreprises à formaliser leurs alertes professionnelles internes était encore inacceptable il y a quelques dizaines d'années. Le corps entrepreneurial français s'y refusait catégoriquement. L'admission de la mise en place d'un système de traitement des alertes n'existait qu'à titre volontaire, selon les réglementations américaines de portée extraterritoriale imposées en 2002. La « procéduralisation » qui résulte de l'apparition d'une réglementation très étoffée sur le traitement des alertes dans l'entreprise traduit une transposition de l'État de droit dans l'entreprise, avec son pendant, le risque bureaucratique⁴⁰.

- « *L'informateur* » du (futur) droit européen de l'alerte

Selon un avocat américain, l'adoption de dispositions relatives à l'alerte en Europe et notamment en France s'explique par le fait que « la France [est] lasse de voir ses entreprises

37. Du nom de l'économiste américain Arthur Laffer qui a théorisé la baisse du rendement de l'impôt au-delà d'un certain seuil d'imposition, théorie résumée par la célèbre formule : « trop d'impôt tue l'impôt ».

38. F. Chateauraynaud, Annoncer le pire à l'échelle mondiale : Février 2008, <http://gspr.ehess.free.fr/documents/FC-grippe-aviaire.pdf>.

39. « Lanceurs d'alerte », décryptage d'un terme en vogue, Le Monde, 22 mai 2018 : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/05/22/lanceur-d-alerte-decryptage-d-un-terme-en-vogue_5302906_4355770.html.

40. Comme cela a été souligné par différents cadres d'entreprises pendant les travaux.

poursuivies uniquement par les autorités étrangères et contraintes de payer des amendes faramineuses aux Trésors étrangers aux dépens du contribuable français »⁴¹. Toutefois, ni la France ni l'Europe ne peuvent s'absoudre de leur histoire. En témoigne le vocabulaire utilisé au sein de la proposition de directive européenne du 23 avril 2018 émanant de la Commission européenne⁴². Si l'expression « lanceur d'alerte » est bien présente dans l'exposé des motifs de la proposition et au sein de son préambule interprétatif, elle est évincée du titre de la directive (relative à la protection des « *personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union* ») et des articles qui ont, seuls, force contraignante⁴³. **L'article 3, §9 de la proposition de directive consacre une nouvelle terminologie : l'informateur, qui est défini comme « une personne physique ou morale qui signale ou divulgue des informations sur des infractions qu'elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles »**⁴⁴.

La Commission européenne n'aurait pas pu choisir un mot plus neutre que l'« informateur ». Ce choix témoigne de la diversité des législations applicables dans chaque État membre de l'Union européenne, voire au sein de chacun d'eux, et notamment en France.

B. La diversité contemporaine française

Classifications envisageables, classification retenue. – La diversité des situations dans lesquelles émergent des lanceurs d'alerte rend les tentatives de classification indispensables à la bonne compréhension des phénomènes d'alertes (1). Après de nombreuses discussions avec les représentants de l'entreprise, il apparaît en pratique que la **classification utile est celle qui peut être opérée entre les « signalements » et les « alertes » (2)**.

1. Les différentes classifications envisageables

- *Classification thématique*

La première classification permettant l'appréhension des dispositifs qui impliquent un signalement dans l'entreprise est thématique. Elle a le mérite de la clarté et de permettre d'opérer un *diagnostic clair* des difficultés qui surviennent dans l'entreprise. Elle pourra être utilisée à l'occasion de **l'établissement d'un bilan sur les alertes dans l'entreprise ou le groupe**.

Ainsi en est-il, par exemple, au sein du Document de référence 2017 d'EDF, incluant le rapport financier annuel⁴⁵. Un tableau récapitule le nombre de manquements relevés au cours de l'année 2017, avec un comparatif des années 2016 et 2015. L'on y apprend, qu'en 2017, 60 « *manquements importants* » ont été relevés, dont 3 vont à l'encontre de la Charte éthique du Groupe, 3 autres sont relatifs à des conflits d'intérêts, 7 sont relatifs à la sécurité des données personnelles (contre un seul en 2016) et enfin, 21 sont relatifs à des *fraudes*⁴⁶ et 26 à des cas potentiels de *harcèlement* ou de *discrimination*. **Un tel document, outre la**

41. S. L. Dreyffus, Le Whistleblowing aux États-Unis : *Cah. de droit de l'entreprise*, janv. 2018, n° 1, dossier 6.

42. V. p. 90 Partie 3, sur le contenu de cette proposition de directive et les réactions suscitées.

43. La version anglaise de la proposition évince également le « whistleblowing » et lui préfère le « reporting ».

44. Remarquons que le projet ouvre la possibilité de lancer une alerte aux personnes morales, contrairement à la loi « Sapin 2 ».

45. EDF, Document de référence 2017 incluant le rapport financier annuel : p. 149 et s., spéc. p. 153.

46. Si l'usage du terme « fraude » manque de précision, l'on présume qu'il s'agit ici des « fraudes » notamment commises par les salariés, à l'instar du cas typique d'un remboursement de frais professionnels fictifs.

transparence et la bonne foi dont il témoigne de la part de l'entreprise, est un outil qui permet d'obtenir une vue d'ensemble sur les manquements relevés et de mettre l'accent sur les thématiques les plus à risque dans l'entreprise. Il comporte toutefois un inconvénient de taille : les autorités administratives ou judiciaires pourraient prendre pour acquis les « manquements » relevés alors qu'il ne s'agissait que d'un risque qui ne s'est finalement pas réalisé - notamment grâce au signalement - ou encore d'un problème surestimé ou qui n'est plus d'actualité⁴⁷. Une classification géographique et par filiale du groupe est également la bienvenue. La répartition des alertes constatée chez EDF correspond à la ventilation globale constatée à plus grande échelle dans les entreprises⁴⁸.

- *Classification selon le caractère obligatoire ou facultatif du signalement*

De nombreuses dispositions législatives ou réglementaires imposent le signalement à certains acteurs économiques. Il faut donc distinguer le *droit* d'alerter du *devoir* d'alerter. Cette classification pose la délicate question de la motivation du lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte agissant *uniquement* pour respecter une obligation légale qui lui est personnellement imposée, le cas échéant sous peine de sanction, peut-il prétendre agir de manière désintéressée, dans l'intérêt général ? **L'intérêt personnel chasse-t-il systématiquement l'intérêt général ?**

S'agissant du **devoir d'alerte**, l'on peut penser au commissaire aux comptes dont l'obligation d'alerter est pénalement sanctionnée. Lancer une alerte lorsque les conditions sont réunies participe donc autant de l'intérêt de la société commerciale que de celui du commissaire aux comptes (en agissant, le commissaire aux comptes se protège contre l'engagement de sa responsabilité pénale, il aurait donc un intérêt personnel direct à alerter)⁴⁹.

Mais l'on pourrait aussi considérer que l'intérêt personnel à alerter résulte plutôt d'un enrichissement⁵⁰. Ainsi, la question de l'entremêlement des intérêts personnels et généraux peut également se poser à propos des journalistes d'investigation, dont les enquêtes et les signalements constituent *la nature même de leurs fonctions*, et donc leur principale source de rémunération. À noter que, pour l'heure, le projet de rapport du 2 juillet 2018 que devra rendre le Parlement européen sur la proposition de directive relative à la protection du lanceur d'alerte prend expressément position sur la question. Ce document provisoire

47. Pour pallier cet inconvénient, l'on pourrait envisager que deux tableaux récapitulatifs soient réalisés, l'un au stade de la **réception** des signalements, l'autre à **l'issue** du traitement par l'employeur.

48. Pierre Laporte, ancien directeur juridique d'Areva ayant créé son propre cabinet de *Compliance* évoque 15 % d'alertes relatives à des non-conformités aux procédures internes, 12 % relatives à la santé, la sécurité, les conditions de travail ou l'environnement, 12 % relatives à des fraudes ou des vols, 16 % relatives à des discriminations ou des faits de harcèlement et 30 % d'alertes relatives à des problématiques en ressources humaines autres que les discriminations et le harcèlement (Propos recueillis lors du colloque « Les lanceurs d'alerte. L'anniversaire de la loi Sapin II », organisé au Tribunal de Grande Instance de Versailles, le 8 déc. 2017).

49. Selon l'article L. 820-7 du code de commerce, « est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne exerçant les fonctions de commissaire aux comptes, de donner ou confirmer des informations mensongères sur la situation de la personne morale ou de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont elle a eu connaissance ».

50. Plus que l'engagement ou non de la responsabilité de l'auteur du signalement, l'enrichissement (au sens large, c'est-à-dire incluant aussi bien les rémunérations que toutes les formes de profits comme la nuisance faite à un concurrent) semble être le critère discriminant retenu par les Professeurs Valérie Malabat et Gilles Auzero (V. Malabat, G. Auzero, Les lanceurs d'alerte *in* Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité : LGDJ, 2018, p. 673 et s., spéc. p. 677).

intègre, à ce stade, les journalistes d'investigation dans la catégorie de ceux qui assistent l'auteur du signalement dans sa démarche et comme devant, à ce titre, bénéficier de la protection édictée par la proposition de directive⁵¹.

- *Classification selon la provenance du signalement*

À l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi « Sapin 2 », **le Conseil constitutionnel a consacré une nouvelle distinction entre alerte externe et alerte interne**. L'étendue des procédures de recueil de signalement devant être mises en place était débattue : où s'arrête l'alerte, où commence le militantisme ? **Pour le Conseil, la loi « Sapin 2 » ne concerne que les lanceurs d'alerte « émettant un signalement visant l'organisme qui les emploie ou l'organisme auquel ils apportent leur collaboration dans un cadre professionnel. Elle ne s'applique pas aux lanceurs d'alertes "externes" »**⁵².

Ainsi, des militants Greenpeace s'introduisant au sein d'une centrale nucléaire ne sont pas des lanceurs d'alerte au sens juridique du terme⁵³, pas plus que le pape dénonçant les conditions d'accueil des migrants ou la déforestation de la forêt amazonienne, peu important que certains médias titrent « Le pape, lanceur d'alerte »⁵⁴. Il ne s'agit là que d'actions ou de propos militants tenus au sein de la société civile, et qui s'exercent selon les lois en vigueur.

Dans le droit fil de la loi « Sapin 2 », la proposition de directive européenne sur le lanceur d'alerte ne concerne également que l'alerte donnée dans un « contexte professionnel », ce dernier étant défini comme toutes « *les activités professionnelles passées ou présentes [du lanceur d'alerte] dans le secteur public ou privé, indépendamment de leur nature, par lesquelles des personnes peuvent obtenir des informations sur des infractions et dans le cadre desquelles ces personnes peuvent subir des représailles si elles signalent lesdites informations* »⁵⁵.

- *Classification selon le caractère rémunéré du signalement*

Si le lanceur d'alerte peut, en droit américain, être rémunéré par une partie de l'amende perçue par l'État grâce à son action, tel n'est pas le cas en France. Tant du point de vue de l'éthique que, désormais, du droit. En effet, la loi « Sapin 2 », instaurant un cadre général aux alertes, prévoit que **le lanceur d'alerte doit être désintéressé. L'intérêt personnel, et notamment pécuniaire, disqualifie l'alerte. C'est le cas des « indicis », quels qu'ils soient, fournissant une information contre rémunération**⁵⁶.

51. Projet de rapport du 2 juillet 2018 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union (COM(2018)0218 - C8-0159/2018 - 2018/0106(COD)), Commission des affaires juridiques, Rapporteuse : Virginie Rozière, p. 46 ; pour une critique de cette intégration, V. *infra* Partie 3.

52. Cons. const., n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, § 7, V. aussi en même sens le communiqué de presse du Conseil.

53. Les militants de Greenpeace qui s'introduisent dans des centrales nucléaires sont-ils des « lanceurs d'alerte » ? *Le Monde*, 22 mai 2018, https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2018/05/22/les-militants-greenpeace-qui-s-introduisent-dans-des-centrales-nucleaires-sont-ils-des-lanceurs-d-alerte_5302874_4355770.html.

54. Le pape, lanceur d'alerte : *Le Point*, 19 janvier 2018, http://www.lepoint.fr/monde/le-pape-lanceur-d-alerte-19-01-2018-2187860_24.php.

55. Proposition de directive sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union : 2018/0106(COD), 23 avril 2018, art. 3, §10.

56. Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, art. 15-1.

D'abord cantonnée aux domaines douaniers et policiers, la figure de l'indicateur s'est récemment étendue au domaine fiscal français. La loi de finances pour 2017 instaure un mécanisme autorisant l'administration fiscale à rémunérer toute personne lui fournissant une information conduisant à la découverte d'un manquement relatif notamment à l'impôt sur le revenu, l'impôt sur les sociétés, en matière de comptes financiers, de contrats d'assurance-vie ou de trusts⁵⁷. Le décret d'application de cette disposition a été pris le 21 avril 2017 et publié le 23 avril au *Journal Officiel*. Cette disposition est en vigueur depuis le 24 avril 2017, à titre expérimental, pour une durée de deux ans⁵⁸.

Une note émanant de la Direction d'information légale et administrative du 24 avril 2017, consultable sur le site du service public, précise que l'information doit en principe être transmise de manière spontanée et non anonyme. Autrement dit, l'administration fiscale n'a pas en principe à solliciter l'information de « l'indic » potentiel : c'est bien à ce dernier qu'il incombe de se manifester sans dissimuler son identité. Pour justifier la rémunération de l'« indic », la note invoque « *la sophistication de la fraude fiscale dans sa dimension internationale [qui] nécessite de permettre à l'administration fiscale de pouvoir recueillir de telles informations lorsque la personne subordonne leur communication au versement d'une indemnisation, eu égard aux risques qu'elle estime prendre* ». **La fin justifie les moyens car la récompense du dénonciateur « est le prix à payer pour connaître et punir les coupables »⁵⁹. Mais cette forme de « délation fiscale rémunérée » n'appartient pas à la catégorie des alertes, érigées autour du standard du désintéret personnel.** « L'indic » ou « l'aviseur », fiscal, policier ou douanier, est en effet intéressé au résultat.

« L'indic » douanier est officiellement reconnu de longue date et peut recevoir jusqu'à 3 100 euros, voire plus lorsque l'information donnée est d'une particulière importance⁶⁰. C'est la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité qui a officialisé la pratique s'agissant des services de police et de gendarmerie⁶¹. Les rémunérations des « indic » sont certes discrétionnaires⁶² mais demeurent sans commune mesure avec celles perçues par les *whistleblowers* américains qui se comptent en millions de dollars⁶³.

57. Loi de finances n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 pour 2017, art. 109.

58. Décret n° 2017-601 du 21 avril 2017 pris pour l'application de l'article 109 de la loi n° 2016-1917.

59. M. Behar-Touchais, La dénonciation en droit privé, Propos introductifs (dir. M. Behar-Touchais) : *Economica*, 2010, p. 1 et s., spéc. p. 9.

60. V. not. J.-D. Errard, Les nouveaux lanceurs d'alerte : le civisme de la dénonciation : *Droit et Patrimoine*, n° 236, 1^{er} mai 2014.

61. « *Les services de police et de gendarmerie peuvent rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements ayant amené directement soit la découverte de crimes ou de délits, soit l'identification des auteurs de crimes ou de délits.* »

62. Celle-ci est fixée par le directeur général de la police ou de la gendarmerie nationales ou par le directeur général des douanes et droits indirects, sur proposition du chef de service ou de l'unité de l'officier de police judiciaire ou de l'agent des douanes habilité à effectuer des enquêtes judiciaires, Arrêté du 20 janvier 2006, pris pour l'application de l'art. 15-1 de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, modifiée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 : NOR : INT0600073A ; J.O. du 2 février 2006.

63. Selon les différentes agences d'État américaines concernées, les rémunérations vont de 10 à 30 % des sommes récupérées grâce au « whistleblower » (V. D. Schimmel, Le whistleblowing, auxiliaire de l'État ? Conventions, <http://convention-s.fr/decryptages/le-whistleblowing-auxiliaire-de-letat/>). L'un des montants les plus élevés versés par la « SEC » (Securities and Exchange Commission) fut de 30 millions de dollars en septembre 2014 ; l'administration fiscale américaine (Internal Revenue Service ou « IRS ») a, quant à elle, versé 104 millions de dollars à Bradley Birkenfeld dans une affaire « UBS » (Les Échos, La rémunération des « whistleblowers » fait débat, 15 juill. 2015, https://www.lesechos.fr/15/07/2015/LesEchos/21979-102-ECH_la-remuneration-des---whistleblowers---fait-debat.htm).

La France reste méfiante face à ces pratiques car l'appât du gain peut facilement pervertir le lanceur d'alerte potentiel. Dans une affaire de 2010, le système avait atteint son paroxysme : la Cour de cassation française a dû se prononcer sur le cas d'un cabinet d'avocats qui dénonçait au fisc contre rémunération les fraudes fiscales de ses clients et qui proposait par la suite à ces mêmes clients de les défendre dans les procédures engagées à leur encontre⁶⁴.

En revanche, **aucune rémunération n'existe pour le citoyen lambda qui dispose de la faculté de porter à la connaissance du procureur de la République des faits de nature à constituer une infraction pénale**⁶⁵. L'absence de toute rémunération existe *a fortiori* quand la « dénonciation » est rendue obligatoire par la loi comme en matière de crime⁶⁶.

2. La classification opérationnelle à retenir : signalement ou alerte

L'intérêt de la classification. – Qualifier précipitamment d'« alerte » un « signalement » qui interviendrait dans l'entreprise revient à en admettre implicitement la validité avant d'avoir pu en discuter le bien-fondé. Tant que l'entreprise ne transforme pas le « signalement » (terme factuel) en « alerte » (terme juridique), elle se réserve le temps nécessaire pour enquêter et traiter efficacement le signalement sans pour autant attribuer à son auteur, par le seul fait du traitement, une présomption de validité.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Le terme « alerte » et l'expression « lanceur d'alerte » doivent être bannis des premiers stades de toute procédure impliquant une dénonciation ou un signalement. **Seuls les « signalements » dont le bien-fondé est avéré pourront par la suite être qualifiés d'« alertes ».** Par prudence, aucune qualification ne doit non plus être retenue dans les correspondances avec l'auteur du signalement avant que ne lui parvienne la position officielle de l'entreprise, découlant du traitement du signalement, comme l'exige la loi « Sapin 2 ».

Toutefois, une difficulté peut surgir en amont : les procédures à mettre en œuvre selon les alertes n'étant pas identiques, le choix de la procédure applicable implique parfois une qualification implicite du signalement. Face à ce choix crucial pour l'entreprise, le millefeuille des dispositions applicables reste un obstacle majeur.

64. Cass. crim., 8 sept. 2010, n° 09-85.887 : Les avocats en cause avaient « mis en place un système consistant à dénoncer à l'administration fiscale des clients du cabinet pour ensuite, moyennant le versement d'honoraires, se proposer de les défendre dans les procédures les opposant à cette administration ; que le système de données de la direction nationale des enquêtes fiscales mentionne, outre une proposition de contrôle concernant D..., le nom de plusieurs autres clients du cabinet ; que l'examen du disque dur de l'ordinateur d'A... a permis de trouver trace de nombreux messages électroniques adressés à X..., inspecteur principal des impôts affecté à la direction nationale des enquêtes fiscales, visant à dénoncer des clients du cabinet Z... ; qu'enfin, A..., qui conteste aujourd'hui sa culpabilité, a reconnu devant les services de police et le juge d'instruction, de manière réitérée et circonstanciée, avoir transmis à la direction nationale des enquêtes fiscales des informations qui lui étaient communiquées par Z..., lesquelles provenaient de ses dossiers d'avocat, citant notamment les noms des groupes V..., T..., et J..., clients du cabinet ».

65. « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1 » (CPP, art. 40, al. 1^{er}).

66. « Le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende » (Code pén., art. 434-1, al. 1^{er}).

- *Une classification consacrée*

La distinction signalement/alerte semble fort heureusement être celle consacrée par les pouvoirs publics français. Le décret d'application de la loi « Sapin 2 » du 19 avril 2017, n'évoque que les *signalements*⁶⁷. **Le mot est plus neutre et empêche de tirer des conclusions hâtives tant que l'entreprise n'a pas établi la réalité des faits.** Il est également consacré par la proposition de directive européenne qui le préfère à celui d'*alerte*. Plus précisément, **la proposition de directive européenne oppose le « signalement » (interne ou externe) à la « divulgation ».** Dans les deux cas, il s'agit d'alertes *professionnelles*. La distinction est à rechercher dans le destinataire des informations⁶⁸. Ainsi, selon la terminologie adoptée par la proposition de directive européenne :

- 1) **Le signalement est la fourniture d'informations** relatives à une infraction qui s'est produite ou est susceptible de se produire dans l'organisation auprès de laquelle l'informateur travaille ou a travaillé ou dans une autre organisation avec laquelle il a été en contact dans le contexte de son travail. Mais il faut distinguer deux types de signalement :
 - a. **Le signalement interne** consiste en la fourniture d'informations sur des infractions **au sein de l'organisation** publique ou privée (ce qui correspond au premier palier de la loi « Sapin 2 » imposant un traitement du signalement prioritairement en interne⁶⁹);
 - b. **Le signalement externe** consiste en la fourniture d'informations sur des infractions **aux autorités compétentes** (il s'agit du deuxième palier de la loi « Sapin 2 », l'on parle toujours de signalement et non de divulgation car les autorités compétentes sont astreintes au secret tant que dure l'enquête).
- 2) **La divulgation, enfin, correspond à la mise à disposition dans le domaine public des informations** obtenues dans un contexte professionnel (ce qui correspond au troisième palier de la loi « Sapin 2 »).

Il convient de saluer ***l'effort de pédagogie réalisé par la Commission européenne qui s'oriente, comme la loi « Sapin 2 », vers le triptyque des paliers, c'est-à-dire vers un système d'alerte graduée.*** Concrètement, le signalement interne à l'entreprise est à privilégier ; le signalement aux autorités est possible en cas d'échec du signalement interne à l'entreprise ; le signalement auprès du public ou de la presse est autorisé en cas d'échec du signalement aux autorités⁷⁰. Gageons que la directive européenne permettra de s'engager sur la voie d'une unification partielle des systèmes d'alerte, leur diversité se traduisant par une inflation législative néfaste pour l'efficacité des dispositifs d'alerte.

67. À une exception près : l'article 4, II du décret énonce que « *la procédure de recueil des signalements précise l'identité du référent susceptible de recevoir les alertes* ».

68. Proposition de directive sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union : 2018/0106 (COD), 23 avril 2018, art. 3.

69. V. p. 31 sur la procédure dite des « paliers » de la loi « Sapin 2 ».

70. V. p. 31 sur les paliers et les délais accordés aux acteurs concernés avant le passage au palier supérieur.

C. L'inflation législative des dispositifs d'alerte

Aperçu, contradictions. – Ces dernières années, le législateur français a privilégié une **appréhension sectorielle des alertes plutôt qu'un dispositif général, ce qui a conduit à une inflation législative sans précédent.** Si la loi « Sapin 2 », en instaurant un dispositif *général*, rompt avec la logique sectorielle pour une appréhension globale, l'uniformisation souhaitée est loin d'être atteinte (1). **Le fourmillement de textes juridiques applicables, tantôt lacunaires, tantôt contradictoires, nuit inévitablement à leur efficacité et à l'objectif d'encadrement des alertes (2).**

1. Un aperçu des dispositifs applicables

Le millefeuille législatif, l'intervention du juge. – À la multiplication des textes légaux et réglementaires, dont l'accumulation forme un véritable « millefeuille » (a), **s'ajoute encore l'intervention du juge qui a créé une protection des lanceurs d'alerte, uniquement fondée sur la liberté d'expression (b).**

a) La création d'un millefeuille législatif : entre alertes collectives et alertes individuelles

Millefeuille. – Face à l'ampleur prise par le phénomène des alertes dans l'entreprise, la réaction du législateur est comparable à la matière pénale : une nouvelle alerte pour chaque fait divers. Par ailleurs, d'anciennes dispositions relatives aux institutions représentatives du personnel ont vu leur intérêt renouvelé par les alertes professionnelles. **Un millefeuille législatif s'est ainsi constitué, au sein duquel tant les entreprises que les lanceurs d'alerte ont du mal à naviguer. Une répartition de la matière, désormais largement en usage, est opérée entre des alertes collectives (i) et individuelles (ii)⁷¹. Un aperçu global du millefeuille figure au sein des tableaux récapitulatifs ci-dessous.**

71. J. Icard, *Alerte éthique dans la relation de travail in les lanceurs d'alerte* (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ*, 2017, p. 153 et s.

**TABLEAUX RÉCAPITULATIFS
DU « MILLEFEUILLE FRANÇAIS » DES ALERTES**

	Fondements	Objet	Auteurs et/ou personnes protégées	Obligations principales de l'entreprise/ procédures
5 ALERTES COLLECTIVES^{72...}	C. trav., art. L. 2312-59.	Atteinte aux droits des personnes	Tout membre élu au CSE ⁷³	Enquêter avec l'élu
	C. trav., art. L. 2312-60.	Danger grave et imminent	Tout membre élu au CSE	Enquêter avec l'élu
	C. trav., art. L. 2312-63 et s.	Alerte en cas de situation économique préoccupante	Le CSE ou sa commission économique	Répondre aux préoccupations et, le cas échéant, au rapport
	C. trav., art. L. 2312-70 et s.	Alerte sociale en cas d'augmentation du nombre de contrats précaires	La majorité des membres du CSE	Débat de plein droit en réunion du CSE et, le cas échéant, présentation d'un plan de résorption de la précarité
	C. trav., art. L. 4624-9	Propositions de mesures visant à préserver la santé des salariés	Le médecin du travail puis le CSE	Écrit motivé du médecin avec propositions et réponse motivée de l'employeur transmise au CSE

72. Une sixième alerte existe (C. trav., art. L. 2312-61) en cas de mauvaise utilisation du Crédit d'Impôt pour la Compétitivité et l'Emploi (« CICE »). Elle a cependant vocation à disparaître en janvier 2019, en même temps que le CICE.

73. « Comité Social et Économique » (CSE).

	Fondements	Objet	Auteurs et/ou personnes protégées	Obligations principales de l'entreprise ou de l'État/procédures
...ET AU MOINS⁷⁴ 13 ALERTES INDIVIDUELLES	Loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016	Alerte générale (intérêt général, délit, crime, ...)	Salariés ou toute personne ?	Recevoir l'alerte Respecter la confidentialité Traiter l'alerte
	Loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016	Alerte spéciale anticorruption	Employés	Code de conduite Cartographie des risques Réception et traitement des alertes
	Loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016	Alerte spéciale banques et assurances	Personnes physiques	Traitement de l'alerte par l'AMF ou l'ACPR Coopération de l'organisation
	Loi du 27 mars 2017	Alerte « droits humains » et libertés fondamentales	Non renseigné par le texte	Plan de vigilance Recevoir et traiter l'alerte
	C. trav., art. L. 1152-2 et L. 1153-2	Harcèlement moral/sexuel	Salariés	Obligation de sécurité de résultat
	C. trav., art. L. 1132-3	Discrimination	Salariés	Obligation de sécurité de résultat
	C. trav., art. L. 1132-3-3, al. 1 ^{er}	Crime ou délit	Salariés et stagiaires	Obligation de sécurité de résultat
	C. proc. pénale, art. 40	Crime ou délit	Fonctionnaires ou agents publics	Obligation (pour les fonctionnaires et agents) de dénoncer les faits au procureur de la République
	Loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 (C. de la défense, art. L. 4122-4)	Crime, délit ou conflits d'intérêts	Militaires	Enquête d'un référent déontologique
C. de la sécurité intérieure, art. L. 861-3	Violation manifeste des règles du renseignement	Certains agents du ministère de l'Intérieur	Traitement par la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement	

74. Pourrait aussi être évoqué le droit de retrait individuel du salarié qui l'autorise à quitter son poste de travail s'il estime se trouver dans une situation de danger grave pour sa santé (C. trav., art. L. 4131-1).

	C. com., L. 234-1 et s.	Faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation	Commissaires aux comptes	Information des dirigeants et le cas échéant du Président du tribunal de commerce
	CMF, art. L. 561-2 et L. 561-15 et s.	Déclaration de soupçons de financement du terrorisme/ fraude fiscale	Avocats/ commissaires aux comptes (entre autres)	Information de la cellule de renseignement financier nationale
	La jurisprudence sur le fondement de la liberté d'expression (art. 10 de la CEDH)	Toute liberté fondamentale	Toute personne dans le cadre d'une relation de travail	Nullité de la mesure de rétorsion prononcée par le juge/ réintégration éventuelle

i. Les dispositifs classiques : les alertes collectives

Alertes collectives. – L'alerte collective est « exercée par un représentant du personnel dans le cadre de ses fonctions représentatives et l'alerte individuelle [est] exercée par un travailleur à titre personnel »⁷⁵. Depuis la loi du 1^{er} mars 1984, au sein de laquelle le législateur avait octroyé au comité d'entreprise son premier droit d'alerte économique, **les dispositions relatives aux alertes collectives se sont multipliées. Refondues au sein d'une sous-section commune par les ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017⁷⁶, les alertes collectives se présentent désormais sous la forme d'un ensemble qui se veut cohérent et lisible.**

- *L'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes⁷⁷*

Aussi nommée « alerte-liberté »⁷⁸ et conçu pour être proche du terrain, le déclenchement de l'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes était auparavant octroyé aux délégués du personnel. Il appartient désormais aux membres de la délégation du Comité Social et Économique (« CSE ») qui peuvent, chacun⁷⁹, saisir l'employeur lorsqu'est constatée une atteinte injustifiée aux droits et libertés fondamentaux des personnes dans l'entreprise. **Il n'est pas exigé qu'une atteinte aux droits des personnes soit effectivement démontrée : l'établissement d'éléments matériels laissant supposer que l'atteinte est injustifiée peut suffire à rendre l'enquête obligatoire pour l'employeur. L'enquête doit alors être menée sans délai et conjointement avec le membre du CSE qui a exercé le droit d'alerte⁸⁰.**

75. J. Icard, Alerte éthique dans la relation de travail *in* Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 153 et s., spéc. p. 156.*

76. Plus spécifiquement par l'ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017.

77. C. trav., art. L. 2312-59.

78. G. Lyon-Caen, Les libertés publiques et l'emploi : *Rapport, 1992.*

79. Le texte ne vise que les membres de la « délégation du personnel » au CSE, ce qui devrait permettre d'exclure le ou les représentants syndicaux qui y siègent.

80. **Le texte fournit une liste indicative des cas dans lesquels l'alerte peut être déclenchée (harcèlement moral ou sexuel, mesure discriminatoire, ...). Comme le souligne un auteur, « quasiment toutes les décisions ou mesures prises par l'employeur, peu importe qu'elles aient une portée individuelle ou collective, peuvent entrer dans le périmètre de cette disposition »** (J. Icard, Alerte éthique dans la relation de travail *in* Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 153 et s., spéc. p. 158.*

• *L'alerte en cas de Danger Grave et Imminent (« DGI »)*⁸¹

L'objet de l'alerte « DGI » s'étend à toutes les situations occasionnant un Danger Grave et Imminent pour les salariés⁸², à la santé publique ou à l'environnement⁸³. Auparavant confié aux membres du « CHSCT »⁸⁴, ce droit d'alerte appartient désormais au CSE. Mesure phare des ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017, la fusion des représentants du personnel (délégués du personnel, comité d'entreprise, CHSCT) en un CSE va inéluctablement conduire à des confusions entre l'alerte DGI et l'alerte pour atteinte aux droits des personnes. En effet, le CSE dispose désormais du pouvoir de déclencher ces deux alertes, qui concernent des faits souvent très proches⁸⁵ alors que certaines règles de procédure régissant ces deux alertes collectives ne sont pas identiques. **En tous cas, l'employeur a l'obligation de mener une enquête sans délai avec le membre du CSE auteur du signalement**⁸⁶.

• *L'alerte en matière économique*⁸⁷

Le droit d'alerte économique est le plus ancien droit d'alerte collective octroyé aux représentants du personnel. Instituée en 1984⁸⁸, l'alerte économique s'étend à tout fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise⁸⁹. L'exercice de ce droit d'alerte est donc subordonné à la preuve de deux conditions : 1) des faits se rapportant à la situation économique de l'entreprise prise dans son ensemble ; 2) des faits de nature à affecter de manière préoccupante cette situation. Il suffira que le CSE estime subjectivement la situation comme étant préoccupante pour l'entreprise afin d'exercer son droit d'alerte⁹⁰. L'abus du droit d'alerte est cependant sanctionné⁹¹.

Si les conditions sont réunies, l'alerte économique se manifeste concrètement par une demande d'explication à l'employeur, qui est obligatoirement inscrite à l'ordre du jour de

81. C. trav., art. L. 2312-60.

82. C. trav., art. L. 4132-1 et s.

83. C. trav., art. L. 4133-1 et s.

84. L'ancien « comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail ».

85. Une atteinte aux droits des personnes peut constituer, *lato sensu*, un danger grave et imminent et *vice versa*, d'un danger grave et imminent résultera souvent une atteinte au droit à la sécurité des salariés.

86. En ne réalisant pas l'enquête alors qu'un danger grave et imminent ou une atteinte aux droits des personnes est établi devant le juge, l'employeur s'expose à ce que soit caractérisé contre lui le délit pénal d'entrave au fonctionnement du CSE, outre la reconnaissance de sa responsabilité au regard des règles de protection de la santé et de la sécurité des salariés.

87. C. trav., art. L. 2312-63 à L. 2312-69.

88. Loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises.

89. V. sur cette expression, G. Couturier, note ss Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 10.30-126 : *Bull. civ. V, n° 26* : *Dr. soc. 2011, p. 342 et s.* ; F. Petit, La mission de l'expert désigné dans le cadre du droit d'alerte économique du comité d'entreprise : *Rev. sociétés 2010, p. 293 et s.* ; P. Lagesse et N. Bouffier, La montée en puissance de l'expertise du comité d'entreprise : *Dr. soc. 2013, p. 126 et s.*

90. Cass. soc., 8 mars 1995, n° 91-16.002 : *Bull. civ. V, n° 81* ; *Dr. soc. 1995, p. 393, note M. Cohen* ; Cass. soc., 19 février 2002, n° 00-14.776 : *Bull. civ. V, n° 70*.

91. Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-13.434 : *Bull. civ. V, n° 92* ; Il n'existe en effet aucun pendant du célèbre arrêt SAT à l'endroit des représentants du personnel qui empêcherait les juges du fond de substituer leur propre appréciation à celle des représentants du personnel en matière économique ou de gestion (Cass. Ass. Plén., 8 mars 2000, n° 97-44.219 : *Bull. A.P., n° 11* ; *SSL 2001, n° 1010, comm. G. Lyon-Caen, G. Belier et T. Grumbach*). *Il faudra se demander s'il y a abus de droit toutes les fois où le comité invoque l'alerte économique « pour demander à l'employeur des explications sur un projet qui a déjà donné lieu à une consultation comportant les informations les plus complètes et les discussions les plus approfondies »* (G. Couturier, note ss Cass. soc., 18 janvier 2011, n° 10.30-126 : *Bull. civ. V, n° 26* : *Dr. soc. 2011, p. 342 et s.*). L'auteur poursuit en s'interrogeant : « *Le comité peut-il sans abus engager une procédure toute formelle qui sera seulement pour lui l'occasion de recevoir des réponses qu'il connaît parfaitement et de répéter des protestations et des mises en garde qu'il a déjà eu l'occasion de formuler ?* ». Une réponse négative devrait s'imposer.

la prochaine réunion du CSE. Dans le cas où il estimerait la réponse de l'employeur insatisfaisante ou préoccupante, le CSE établit un rapport⁹² qu'il transmet à l'*employeur* et au *commissaire aux comptes*⁹³. Par la suite, le CSE est en droit de saisir l'organe de la société chargé de l'administration ou de la surveillance⁹⁴. Il est aussi en droit de convoquer le commissaire aux comptes⁹⁵. Comme l'affirme un auteur, « *les explications des commissaires aux comptes doivent contribuer à rendre plus explicites les documents qui sont adressés au comité et l'informer de la situation financière de l'entreprise* »⁹⁶. S'il ne fait guère de doute que le commissaire aux comptes ne peut légitimement refuser la sollicitation du CSE, **l'on pourrait s'interroger sur la capacité du commissaire aux comptes à opposer le secret professionnel⁹⁷ pour refuser de répondre à certaines questions du CSE, notamment si elles entrent en conflit avec le respect des règles sur l'alerte propre au commissaire aux comptes⁹⁸.** Le code du travail n'octroie en effet au CSE qu'un droit de « convocation ».

- *L'alerte sociale*⁹⁹

À titre liminaire, rappelons ici que le contrat de travail « normal » reste le « CDI » à temps plein ; toute autre forme de contrat est considérée par le législateur comme une forme « précaire » de salariat. Un droit d'alerte sociale a été créé à ce titre¹⁰⁰. **Lorsque le CSE constate une augmentation importante du recours aux CDD ou à l'intérim, il peut lancer une alerte à la majorité de ses membres, obligeant l'employeur à inscrire le sujet de plein droit à l'ordre du jour de la prochaine réunion du CSE¹⁰¹.**

92. Directement ou, dans les entreprises de plus de mille salariés, par le truchement de sa commission économique.

93. C. trav., art. L. 2312-63, al. 4.

94. C. trav., art. L. 2312-65 et s.

95. C. trav., art. L. 2312-64, al. 1^{er}.

96. R. De Quenaudon, Comité d'entreprise : mise en place, composition, fonctionnement : *Rép. trav. Dalloz, janv. 2004 (actualisation janv. 2018), n° 530-533.*

97. C. com., art. L. 822-15, al. 1^{er} : « *Sous réserve des dispositions de l'article L. 823-12 et des dispositions législatives particulières, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions. Toutefois, ils sont déliés du secret professionnel à l'égard du président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance lorsqu'ils font application des dispositions du chapitre IV du titre III du livre II ou du chapitre II du titre I^{er} du livre VI* ». Le problème est réel : l'article du code du travail est-il une « disposition législative particulière » permettant de déroger au secret professionnel du commissaire aux comptes ? Si en principe, le texte spécial déroge au texte général, la dérogation n'est pas, dans notre cas, formulée de manière expresse. Le fait que le commissaire aux comptes ne soit « délié » du secret professionnel qu'à l'égard du Président du tribunal de commerce, ou seulement dans l'exécution de ses obligations personnelles de signalement, commande une appréciation stricte des autres dérogations possibles.

98. Selon l'article L. 822-17 du code de commerce, qui est d'application générale, les commissaires aux comptes sont « *responsables, tant à l'égard de la personne ou de l'entité que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions. Leur responsabilité ne peut toutefois être engagée à raison des informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent en exécution de leur mission* ».

99. C. trav., art. L. 2312-70 et L. 2312-71.

100. Loi de modernisation sociale n° 2002-73 du 17 janvier 2002. V. sur ce droit d'alerte sociale, M. Cohen, Les nouvelles attributions des comités d'entreprise depuis la loi de modernisation sociale : *Dr. soc. 2002, p. 298 et s.* ; C. Roy-Loustaunau, La lutte contre la précarité des emplois : une réforme du CDD, discrète mais non sans importance : *Dr. soc. 2002, p. 304 et s.*

101. Si le CSE a connaissance de faits caractérisant un recours abusif aux emplois précaires, il peut en alerter l'inspection du travail, toujours par un vote à la majorité de ses membres. Le rapport dressé par l'inspecteur du travail est adressé à l'employeur, tenu de le communiquer au comité en même temps que sa réponse motivée qui contient, le cas échéant, « un plan de résorption de la précarité » destiné à réduire les formes précaires de salariat.

- *L'alerte du médecin du travail*¹⁰²

S'il apparaît d'abord individuel dans son exercice, le droit d'alerte du médecin du travail entre en réalité dans la catégorie des alertes collectives dans sa mise en œuvre : **son utilisation implique l'information des représentants du personnel sur les échanges écrits entre le médecin du travail et le chef d'entreprise**¹⁰³. L'objectif du législateur est d'aller vers un dialogue tripartite plus systématique entre l'employeur, le médecin du travail et les représentants du personnel¹⁰⁴. Par ailleurs, il faut noter que le droit d'alerte du médecin du travail peut, bien souvent, devenir le vecteur de la prise de connaissance par le CSE d'un danger grave et imminent justifiant l'exercice d'une alerte collective autonome fondée sur ce motif.

- *Conclusion sur les alertes collectives*

Les alertes collectives restent plébiscitées par les représentants du personnel malgré l'engouement qui entourent les alertes individuelles. Les alertes collectives s'exercent en effet dans le cadre des mandats électifs des représentants du personnel. En tant que salariés protégés, ces derniers ont alors la garantie de ne pas être inquiétés par l'employeur. Par ailleurs, les procédures très formalisées qui encadrent ces alertes collectives prennent pour socle les réunions des représentants du personnel, ce qui est de nature à rassurer l'employeur, très familier de ce type de fonctionnement – contrairement aux alertes individuelles. Rappelons enfin qu'outre l'engagement de sa responsabilité civile ou pénale en raison de son obligation de sécurité de résultat envers ses salariés, la méconnaissance par l'employeur des règles relatives à ces alertes collectives constituera le délit pénal d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel. Si la loi du 6 août 2015 a supprimé toute peine d'emprisonnement, reste une amende de 7 500 euros pour les personnes physiques, qu'il convient de multiplier par cinq dès lors que l'infraction est imputée à une personne morale.

ii. Les dispositifs modernes : les alertes individuelles

Alertes individuelles. – Contrairement aux alertes collectives, qui « illustrent la tradition des mécanismes régulateurs d'origine collective du pouvoir de direction » de l'employeur¹⁰⁵, **les alertes individuelles vont de pair avec la montée en puissance de l'individualisme dans les sociétés contemporaines et dans l'entreprise**¹⁰⁶.

La légitimité de l'alerte individuelle et la protection du lanceur d'alerte sont autant de questions, naguère délaissées, sur lesquelles nul ne peut plus faire l'impasse. **L'alerte individuelle**

102. C. trav., art. L. 4624-9.

103. Au demeurant, il convient de noter que cette alerte a complètement été oubliée par le législateur de 2017 ; le texte de l'article L. 4624-9 du code du travail n'a pas été modifié et renvoie au CHSCT et à défaut aux délégués du personnel quant à la transmission des échanges intervenus entre le médecin du travail et le chef d'entreprise. La question de l'application de cette disposition au nouveau CSE peut se poser mais ne devrait pas, à notre sens, être évincée.

104. En ce sens, S. Fantoni et F. Heas, *Les réformes en droit du travail : affaiblissement ou opportunité pour le droit de la santé au travail ? Dr. soc. 2018, p. 202 et s.*

105. J. Icard, *Alerte éthique dans la relation de travail in Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : LGDJ, 2017, p. 153 et s., spéc. p. 164.* Autrement dit, les alertes collectives s'inscrivent dans la tradition du « collectif » (notamment syndical), seul capable de rétablir un rapport de force équilibré avec l'employeur, qui est par nature placé dans une position de force du fait de la subordination juridique propre au contrat de travail.

106. P. Adam, *L'individualisation du droit du travail. Essai sur la réhabilitation du salarié-individu : LGDJ, 2005.*

« générale » est désormais régie par les dispositions de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Loi Sapin 2 ». Ce texte fondateur a remanié certaines des dispositions éparses qui lui préexistaient, d'une part en créant une procédure de recueil des alertes et une protection générale du lanceur d'alerte, d'autre part en abrogeant certains dispositifs antérieurs devenus superflus¹⁰⁷. Ont notamment été abrogés le droit d'alerte spécifique en matière de corruption¹⁰⁸ ainsi que le droit d'alerte relatif au conflit d'intérêts concernant un responsable public¹⁰⁹.

Sont en revanche maintenues les dispositions spécifiques octroyant une protection au salarié qui relate ou subit des faits de harcèlement moral¹¹⁰ ou sexuel¹¹¹, des discriminations¹¹² ou qui dénonce des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit¹¹³.

Hélas, si la loi « Sapin 2 » a procédé à une rationalisation certaine des alertes individuelles, elle est loin d'avoir unifié totalement le droit d'alerte dans l'entreprise. En effet, outre la survivance de certaines alertes individuelles spéciales et des alertes collectives, les pouvoirs publics ont cédé, une nouvelle fois, à l'inflation législative en adoptant de nouveaux dispositifs spéciaux au sein de la loi « Sapin 2 » et postérieurement, par une loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre¹¹⁴. Créée par cette dernière loi, le nouvel article L. 225-102-4 du code de commerce instaure un droit d'alerte dans certaines sociétés afin de prévenir « les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement ».

Le millefeuille des droits d'alerte dans l'entreprise reste donc une réalité que la loi « Sapin 2 » n'a que partiellement remise en cause.

- *Le régime général de l'alerte individuelle issue de la loi « Sapin 2 »*

Du point de vue de l'entreprise, le premier intérêt de la loi « Sapin 2 » consiste à garantir, tant bien que mal, la confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du

107. V. de manière générale, les références suivantes sur la loi « Sapin 2 » : V. Malabat, G. Auzero, Les lanceurs d'alerte *in* Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité : *LGDJ, 2018, p. 673 et s.* ; F. Chaltiel Terral, Les lanceurs d'alerte : *Dalloz, Coll. Connaissance du droit, 2018* ; A. Viottolo, Alerte protégée, mais encadrée : *Les Cahiers du DRH 2017, n° 241* ; C. Le Corre, Réflexions pratiques sur la mise en œuvre du dispositif d'alerte professionnelle : *RLDA 2017, n° 125* ; E. Dupic, La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et le dispositif français relatif à la transparence et à la lutte contre la corruption : *Gaz. Pal. 2016, n° 44, p. 10 et s.* ; P. Adam, À propos de la protection générale des lanceurs d'alerte dans l'entreprise privée (commentaire de la loi dite « Sapin II » du 9 décembre 2016 : *RJS 5/17, chron.* ; E. Alt, De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte : *JCP G 2017, doctr. 90* ; F. Verdun, La loi Sapin 2 : statut du lanceur d'alerte et programme anticorruption au regard du droit social : *JCP S 2017, 1011* ; P. Thiebart, Lanceurs d'alerte : la procédure de signalement est précisée – Décret du 19 avril 2017 : *JCP S 2017, act. 141* ; F. Barrière, Les lanceurs d'alerte : *Rev. sociétés 2017, p. 191 et s.*

108. C. trav., ancien art. L. 1161-1.

109. Ancien art. 25 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique.

110. C. trav., art. L. 1152-2.

111. C. trav., art. L. 1153-2.

112. C. trav., art. L. 1132-3.

113. C. trav., art. L. 1132-3-3.

114. V. not. X. Boucobza et Y.-M. Serinet, Loi « Sapin 2 » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance : *D. 2017, p. 1619 et s.* ; T. Sachs, La loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et sociétés donneuses d'ordre : les ingrédients d'une corégulation : *RDT 2017, p. 380 et s.* ; S. Schiller, Exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : *JCP G 2017, doctr. 622* ; C. Malecki, Le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : est-ce bien raisonnable ? *Bull. Joly Sociétés 2017, n° 5, p. 298 et s.* ; B. Parance, La consécration législative du devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : *Gaz. Pal. 2017, n° 15, p. 16 et s.*

signalement. Toute divulgation de l'un de ces éléments est interdite, à l'exception de l'autorité judiciaire, sous la menace d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. **Pour les lanceurs d'alerte, la pierre angulaire de la loi réside dans la protection qu'elle leur confère. En plus d'une éventuelle immunité pénale prévue à l'article 122-9 du code pénal¹¹⁵, une protection disciplinaire leur est spécifiquement octroyée dans l'entreprise.** Un nouvel alinéa est en effet inséré dans l'article L. 1132-3-3 du code du travail qui prévoit l'interdiction de toute forme de discrimination ou de sanction disciplinaire fondée sur l'exercice d'un droit d'alerte conforme aux prescriptions légales. La protection disciplinaire du lanceur d'alerte est conçue sur le même modèle que la protection relative au harcèlement ou à la discrimination : le salarié doit seulement apporter des éléments circonstanciés qui laissent supposer que la sanction prise par l'employeur pourrait être une réaction au signalement émis par le salarié. C'est alors à l'employeur d'apporter la preuve formelle soit que le salarié n'est pas « lanceur d'alerte » au sens de la loi « Sapin 2 », soit qu'il n'y a aucun lien entre la sanction disciplinaire et le signalement.

Concrètement, l'employeur qui souhaite licencier le salarié « lanceur d'alerte » protégé au sens de la loi « Sapin 2 » doit faire état d'un motif objectif totalement distinct des faits de l'alerte et être en capacité de démontrer que la mesure prise l'a été *sans considération aucune du signalement*.

Ainsi pour qu'une telle protection contre toute sanction soit applicable à l'auteur d'un signalement, encore doit-il être qualifié (ou qualifiable) de lanceur d'alerte au sens de la loi « Sapin 2 ». Le lanceur d'alerte qui bénéficie de la protection édictée par la loi « Sapin 2 » doit satisfaire à la totalité des critères suivants :

- 1) Il doit s'agir d'une **personne physique**, les personnes morales ne pouvant être qualifiées de lanceurs d'alerte (les Professeurs Auzero et Malabat regrettent que les ONG dont « l'objet même » est d'alerter le public ne puissent pas être considérées comme des lanceurs d'alerte¹¹⁶) ;
- 2) Cette personne doit **« révéler » ou « signaler » les faits** ; en évoquant à la fois une « révélation » ou un « signalement », le législateur semble évincer la question de la date de prise de connaissance des faits par l'auteur du signalement ;
- 3) Elle doit aussi **agir de manière « désintéressée » et « de bonne foi »** ; ces limites ont vocation à assurer un équilibre entre la protection des lanceurs d'alerte et la volonté d'éviter les alertes abusives. Le caractère désintéressé s'entend de la non-rémunération du lanceur d'alerte mais aussi, plus largement, de l'absence de tout avantage personnel que le lanceur d'alerte pourrait retirer de son signalement. La bonne foi renvoie, de manière classique, à la **croissance légitime que peut avoir l'auteur du signalement en la véracité des faits qu'il dénonce**¹¹⁷ ;

¹¹⁵. Sur cette immunité pénale, V. p. 60 Partie 2, sur le contenu de la protection, et notamment l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 octobre 2018 pour une première application du texte (Cass. crim., n° 17.80.485 : JCP S 2018, act. 319).

¹¹⁶. V. Malabat, G. Auzero, Les lanceurs d'alerte in Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité : LGDJ, 2018, p. 673 et s., spéc. p. 677. Mais cela peut aussi se comprendre dès lors que l'enjeu essentiel de la qualification est la protection disciplinaire dans un cadre professionnel.

¹¹⁷. La croyance en la véracité des faits, fondement de la bonne foi, est aussi la position adoptée par Transparency International France et promue par l'ONG auprès du législateur (Entretien avec Nicole Marie Meyer). Cela découle de la définition même de la bonne foi en tant que condition juridique. Selon le Professeur Cornu, la bonne foi est « l'attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit, qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi » ; elle renvoie aussi au « comportement loyal que requiert notamment l'exécution d'une obligation » (« Bonne foi » in G. Cornu, Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant, PUF, 8^e éd. 2007, p. 119).

- 4) **Seuls certains faits limitativement énumérés peuvent faire l'objet d'une alerte** au sens de la loi « Sapin 2 » : **1) un crime ou un délit ; 2) 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 ; 3) une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général.** À l'inverse, certains faits sont expressément écartés du champ de l'alerte. Il s'agit des faits couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret des relations entre un avocat et son client ;
- 5) Alors que cela ne figurait pas dans le projet de loi, le Sénat a tenu à ajouter une condition supplémentaire pour l'octroi de la protection. **Est seul valable le signalement de faits dont l'individu a eu *personnellement* connaissance.** Cette restriction permet d'éviter l'explosion éventuelle du nombre d'alertes, en particulier celles ayant lieu à la suite de simples rumeurs, déductions ou supputations. **Elle permet donc de refuser le statut de lanceur d'alerte à la personne qui se « raccroche » opportunément à un signalement déjà émis, mais également aux intermédiaires. Toutefois, il paraît évident que l'alerte fondée sur une rumeur, si elle n'octroie pas de protection à l'auteur du signalement, méritera parfois d'être traitée.** L'on pense surtout aux questions de santé et de sécurité des salariés qui doivent impérativement conduire à une vérification : il en va par exemple ainsi d'une rumeur relative à un chef de chantier ne laissant pas le temps aux membres de son équipe de mettre en place les protections nécessaires à leur sécurité ;
- 6) Enfin, **une procédure par « paliers » doit être respectée par l'auteur du signalement afin de bénéficier de la protection offerte par la loi : 1) il doit d'abord en référer à sa hiérarchie ou au référent désigné par l'employeur comme le responsable en matière d'alertes ; 2) à défaut de réaction dans un « délai raisonnable »¹¹⁸, l'alerte interne peut être renvoyée devant les autorités administratives ou judiciaires compétentes qui disposent d'un délai de traitement de trois mois ; 3) passé ce délai, la loi « Sapin 2 » précise que le signalement « peut être rendu public », sans plus de précisions.** Selon le groupe de travail, la publicité peut s'entendre de la révélation à la presse des faits objets de l'alerte, mais encore d'une publication sur Internet (réseaux sociaux, plateformes de partage de documents ou de vidéos, blogs, etc.).

• *Quelles alertes spécifiques applicables après la loi « Sapin 2 » ?*

Non seulement la loi « Sapin 2 » n'a pas engendré la disparition totale des alertes individuelles préexistantes¹¹⁹, mais **le législateur a créé, via la loi « Sapin 2 », trois dispositifs d'alerte : 1) l'alerte dite « générale » ; 2) l'alerte propre à la lutte contre la corruption ; 3) l'alerte propre aux secteurs bancaires et assurantiels¹²⁰.** Chacun de ces dispositifs est autonome et suit une procédure qui lui est propre.

118. Aucun délai précis n'est donc prescrit par la loi. Pour une analyse critique, V. Partie 2 sur la réception du signalement, p. 39 et Partie 3 sur les délais au sein de la proposition de directive européenne, pp. 95 et 100.

119. Même s'il est vrai qu'un certain nombre de dispositifs spéciaux ont été abrogés (à l'instar de l'ancien article L. 1161-1 du code du travail, créé par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption ou de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alertes).

120. Renvoyant aux signalements adressés à l'Autorité des marchés financiers ou à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution au titre des manquements relevant de leur contrôle (CMF, art. L. 634-1 et s.).

Par la suite, **une autre loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a instauré un quatrième dispositif** nouveau consistant en l'obligation pour les sociétés mères ou donneuses d'ordre de mettre en place un « plan de vigilance raisonnable » **propre à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement**¹²¹. Cette loi illustre parfaitement le maintien de la logique « un fait divers, une loi » : elle est la conséquence directe des 1 100 morts provoqués par l'effondrement de l'immeuble du *Rana Plaza* au Bangladesh, le 24 avril 2013¹²².

Par-delà ces nouveaux cas d'alertes individuelles, perdurent les protections accordées à l'auteur du signalement d'un harcèlement moral ou sexuel ou d'une discrimination (dont il est victime ou dont un tiers est victime), ainsi que la disposition spécifique aux signalements des délits et des crimes, qui existe toujours de manière autonome au premier alinéa de l'article L. 1132-3-3 du code du travail.

De façon plus anecdotique, la loi « Sapin 2 » a également institué une protection propre aux militaires¹²³ et en matière de Défense nationale pour les agents rapportant à une commission spéciale des faits susceptibles de constituer une atteinte au code de la sécurité intérieure¹²⁴.

Des obligations de dénonciation ou d'alerter existent encore, l'on pense par exemple à l'obligation de déclaration de soupçons imposée à l'avocat ou encore au commissaire aux comptes, ce dernier disposant également d'une obligation de déclencher une procédure d'alerte, sur le fondement de l'article L. 234-1 du code de commerce au sein des sociétés anonymes. Une obligation similaire existe pour les autres formes sociétaires¹²⁵, ainsi que pour certaines personnes morales qui ne sont pas des « commerçants » au sens du code de commerce¹²⁶.

En réalité, l'exhaustivité ne semble pas pouvoir être atteinte s'agissant des alertes individuelles... et c'est bien là l'essentiel du problème. Face à ce constat, les tribunaux ont opté pour le fondement plus général et englobant de la liberté d'expression afin de garantir une protection efficace au lanceur d'alerte.

121. Le mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation de ces risques doit être établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives.

122. Bangladesh : 5 ans après le drame du Rana Plaza, l'heure du bilan : *Libération*, 24 avril 2018, https://www.liberation.fr/planete/2018/04/24/bangladesh-cinq-ans-apres-le-drame-du-rana-plaza-l-heure-du-bilan_164551.

123. C. de la défense, art. L. 4122-4 : « *Aucun militaire 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 et 7 et du I de l'article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ».

124. C. de la sécurité intérieure, art. L. 861-3 : « *Aucun agent ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de recrutement, de titularisation, de notation, de discipline, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, d'interruption ou de renouvellement de contrat, pour avoir porté, de bonne foi, des faits mentionnés au I à la connaissance de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement. Tout acte contraire au présent alinéa est nul et non avenue* ».

125. C. com., art. L. 234-2, applicable « dans les autres sociétés que les sociétés anonymes ».

126. C. com., art. L. 612-3, applicable aux « personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique ». Il s'agit notamment des associations.

b) Le cadre de la liberté d'expression imposé par le juge

- *La liberté d'expression, fondement ultime du droit d'alerte individuelle*

L'alerte individuelle s'insère dans le mouvement plus général de démocratisation de l'entreprise, initié par les lois « Auroux » de 1982 qui visaient à faire du salarié « un citoyen dans l'entreprise »¹²⁷. L'échec relatif des formes traditionnelles d'expression collective¹²⁸ a rendu toute sa place au droit fondamental de la liberté d'expression individuelle. **Le citoyen, dans l'entreprise, ne perd pas l'usage des droits et libertés fondamentaux dont le libre exercice est garanti par la Constitution et les conventions internationales**¹²⁹.

- *La consécration de la liberté d'expression dans l'entreprise*

Dans la célèbre affaire *Clavaud* jugée par la Cour de cassation en 1988, un ouvrier caoutchoutier avait été licencié à la suite de la publication dans un quotidien d'un article rapportant des déclarations qu'il avait faites à un journaliste sur ses conditions de travail (absence de contrôles, non-respect de certaines règles de fabrication). Les juges ont annulé le licenciement, en estimant que l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise ou, à plus forte raison, en dehors de celle-ci était « *en principe, dépourvu de sanction [et] s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude* »¹³⁰. La liberté d'expression renvoie à la liberté de parole et à son corollaire, la liberté de penser.

Il en ressort que seul l'abus dans l'utilisation du droit d'expression du salarié est en mesure de justifier une sanction disciplinaire à son encontre. L'abus est en principe constitué par des propos *injurieux, diffamatoires* ou *excessifs*. Un faisceau d'indices complémentaires permet au juge de caractériser ou d'exclure l'abus. Devront être pris en compte le milieu professionnel, les usages, les fonctions du salarié, ses responsabilités, les destinataires des propos, le lieu de la dénonciation, son caractère utile¹³¹ ...

L'abus a par exemple été retenu à propos d'un salarié qui avait proféré des propos calomnieux et malveillants à l'encontre d'un membre de la direction, insinuant qu'il avait abusé de ses fonctions au sein de la société pour constituer son patrimoine immobilier personnel¹³². En revanche, aucun abus ne peut être retenu à l'encontre d'une salariée qui avait dénoncé à la direction le comportement de son supérieur hiérarchique, sous la qualification erronée de harcèlement. En effet, les juges ont refusé de retenir l'abus dès lors que, d'une part, la

127. Selon l'expression du rapport relatif aux droits des travailleurs remis au Président de la République et au Premier Ministre en 1981.

128. Qu'il s'agisse du droit d'expression directe des salariés qui devaient être instauré par voie d'accord collectif ou bien des pouvoirs des représentants du personnel.

129. La liberté d'expression est ainsi garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, directement invocable devant le juge français. En droit constitutionnel français, la liberté d'expression trouve sa consécration au sein des articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

130. Cass. soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804 : *Bull. civ. V*, n° 257.

131. V. pour une compilation d'exemples jurisprudentiels, N. Auroy, La protection du dénonciateur dans l'alerte professionnelle *in* La dénonciation en droit privé (dir. M. Behar-Touchais) : *Economica*, 2010, p. 123 et s. À noter que dans le cas où le licenciement a été prononcé à l'encontre d'un salarié qui n'avait pas abusé de sa liberté d'expression, cette sanction sera annulée par le juge, avec pour conséquence principale la réintégration du salarié dans l'entreprise ou l'octroi de dommages et intérêts réparant son entier préjudice, indépendamment du barème introduit par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui ne s'applique pas en cas de nullité du licenciement.

132. Cass. soc., 28 mars 2000, n° 97-42.943.

salariée était dépressive et n'avait pas agi de mauvaise foi, et d'autre part, que les critiques formulées dans son courrier adressé à la direction sur la manière dont celle-ci avait diligencé l'enquête ne comportaient pas de termes excessifs ou diffamatoires¹³³.

Une leçon doit être tirée de ces décisions : l'abus est apprécié par les juges au cas par cas, ce qui ne facilite guère la tâche de l'employeur quant à la réaction à adopter face à un exercice abrupt par certains salariés de leur liberté d'expression.

La Cour de cassation a très récemment confirmé la latitude encore plus importante de la liberté d'expression des salariés hors de l'entreprise dans un arrêt du 12 septembre 2018¹³⁴. Le juge a estimé que le dénigrement de son employeur par un salarié au sein d'un groupe Facebook *fermé* (accessible uniquement aux personnes agréées mais qui étaient tout de même au nombre de quatorze) n'était pas constitutif d'une faute grave en raison de la nature privée de la conversation.

Par la suite, les juges européens et français ont fait preuve d'une certaine audace en considérant, tour à tour, qu'une protection pouvait être accordée au lanceur d'alerte, sans cadre légal, sur le simple fondement de la liberté d'expression.

- *L'audace des juges français*

Au plan national, la Cour de cassation a eu très vite à se prononcer sur le caractère fautif de la dénonciation faite par un salarié à l'encontre de son employeur. Dans un arrêt fondateur du 14 mars 2000, une salariée d'une brasserie avait été licenciée pour faute grave après avoir adressé à l'inspection du travail un courrier dénonçant diverses malversations financières de son employeur¹³⁵. La Cour d'appel avait retenu que cette dénonciation constituait bien une faute grave justifiant le licenciement, en vertu de l'immunité fondée sur la liberté d'entreprendre dont bénéficierait l'employeur dans sa gestion de l'entreprise.

Mais la Cour de cassation ne l'a pas entendu ainsi. Selon les juges suprêmes, « *le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute. La Cour d'appel aurait dû rechercher si les accusations formulées par la salariée étaient mensongères ou non, et dans l'affirmative, si celle-ci avait agi avec légèreté ou mauvaise foi* »¹³⁶.

133. Cass. soc., 2 avril 2008, n° 06-42.714 ; V. aussi Cass. soc., 17 octobre 2007, n° 06-42.555 : « *d'une part [...] la fausseté des accusations de harcèlement sexuel et moral portées par la salariée contre son supérieur hiérarchique n'était pas établie, d'autre part, si les autres reproches adressés par la salariée à ce même supérieur étaient infondés, ils n'avaient pas un caractère excessif ou injurieux* ».

134. Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690 : *Bull. civ. V*, à paraître.

135. Cass. soc., 14 mars 2000, n° 97-43.268 : *Bull. civ. V*, n° 104 ; *Dr. soc.* 2000, p. 555 et s., obs. J. Savatier.

136. Cass. soc., 14 mars 2000, n° 97-43.268 : *Bull. civ. V*, n° 104 ; *Dr. soc.* 2000, p. 555 et s., obs. J. Savatier ; V. aussi un arrêt similaire Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-41.075 : *Bull. civ. V*, n° 245 relatif à un salarié, éducateur dans un établissement pour adultes handicapés mentaux, qui avait déposé une plainte auprès du procureur de la République afin de dénoncer des actes de maltraitance commis à l'endroit des pensionnaires de l'établissement dont il est l'employé ; V. enfin l'affaire Cass. soc., 11 octobre 2000, *Cicoletta*, n° 98-45.276 au sein de laquelle un chercheur de l'INRS avait été choisi pour présider un colloque sur les éthers de glycol et les risques éventuels pour la santé de ces produits ; il a été licencié à la suite de son refus de se rendre à une convocation de l'employeur qui souhaitait remettre en cause certaines conclusions de son rapport. Pour la Cour de cassation, « *l'employeur devait exercer son pouvoir hiérarchique dans le respect des responsabilités confiées à l'intéressé et de l'indépendance due aux chercheurs ; il devait respecter les procédures de concertation et il ne devait pas imposer une rencontre avec une autre équipe que le salarié pouvait considérer comme prématurée et de nature à compromettre le déroulement du symposium* », sur cet arrêt, V. les commentaires de O. Leclerc, Protéger les lanceurs d'alerte, La démocratie technique à l'épreuve de la loi : *LGDJ*, 2017, p. 7 à 12.

Par cette formule, la Cour de cassation posait une **règle de principe** simple : **la dénonciation de son employeur par un salarié n'est pas toujours fautive** (quand bien même elle l'est évidemment dans certains cas).

Faisant œuvre de pédagogie (et, eu égard à l'importance actuelle acquise par ces questions, de clairvoyance), la Cour de cassation pose aussi les conditions d'application de cette règle et les modalités de son application en pratique.

- **La première phase consiste en la vérification de la réalité des faits dénoncés.** Si l'employeur souhaite licencier le salarié dénonciateur, il lui incombe de prouver que les faits dénoncés par le salarié étaient erronés. En revanche, c'est bien au salarié qu'il incombe d'apporter des éléments suffisants lui permettant d'imposer à son employeur une réaction dans le cadre de son obligation de sécurité, d'avertir les représentants du personnel qui pourront contraindre l'employeur à enquêter ou, enfin, de porter les faits à la connaissance de l'inspection du travail ou des autorités judiciaires.
- **La Cour de cassation exige ensuite de l'entreprise qu'elle adopte un comportement cohérent** : elle a déjà jugé que l'employeur ne pouvait licencier pour diffamation une salariée qu'il avait chargée de la mise en œuvre de l'éthique parce qu'elle avait rapporté au P.-D.G. les propos racistes tenus par un Manager¹³⁷.
- **Si le caractère erroné des faits dénoncés est établi, l'employeur (puis le juge si un litige a émergé de l'affaire) doit rechercher si le salarié a agi ou non de bonne foi** et, le cas échéant, s'il n'a pas agi avec légèreté. Selon un auteur, « *il apparaît une certaine dose de proportionnalité entre l'objet, voire la nécessité de la dénonciation, d'une part, et la méthode utilisée, d'autre part. Il ne serait pas absurde de faire référence au "motif raisonnable" que pourrait avoir le salarié lanceur d'alerte de croire en l'exactitude des faits dénoncés* »¹³⁸.

• *L'audace des juges européens*

Dans un deuxième temps, c'est à la Cour européenne des droits de l'homme qu'est revenue la lourde charge de se prononcer dans une affaire relative à un lanceur d'alerte dans un arrêt *Guja contre Moldavie* rendu le 12 février 2008¹³⁹.

Dans cette affaire, des policiers moldaves étaient soupçonnés d'avoir violenté des suspects. Toutes les poursuites contre les policiers ont été abandonnées. M. Guja, Directeur du service de presse du Parquet général moldave a d'abord tenté d'alerter ses supérieurs hiérarchiques sur les pressions politiques subies pour que l'abandon des poursuites soit retenu. Devant l'inertie de sa hiérarchie, il a fourni à la presse deux lettres relatives au dossier et mentionnant ces pressions ; il a été révoqué pour ce motif.

La Cour européenne des droits de l'homme a annulé cette révocation et en a profité pour établir un véritable mode d'emploi de l'alerte. Outre la consécration du critère du désintéressement, elle rappelle en outre que, traditionnellement, **la dénonciation d'un fait illicite dans une entreprise doit d'abord s'envisager auprès de son supérieur hiérarchique ou de l'autorité ou l'instance compétente.**

¹³⁷. Cass. soc., 8 novembre 2006, n° 05-41.504 : *Bull. civ. V*, n° 331.

¹³⁸. N. Auroy, La protection du dénonciateur dans l'alerte professionnelle in La dénonciation en droit privé (dir. M. Behar-Touchais) : *Economica*, 2010, p. 123 et s., spéc. p. 130-131.

¹³⁹. CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, n° 14277/04.

Toutefois, elle ajoute que **la divulgation directe au public peut s'envisager toutes les fois où le salarié démontre un cas « d'impossibilité manifeste d'agir autrement »**¹⁴⁰. La formule utilisée par le juge européen traduit un certain niveau d'exigence : la seule implication de la hiérarchie dans des faits illicites ne donne pas un blanc-seing au salarié pour une divulgation directe au public.

Cas extrême

Voici une entreprise où le Directeur Éthique est lui-même impliqué dans les faits illicites que le salarié souhaite dénoncer. Il conviendra, au cas par cas, de vérifier si d'autres solutions internes n'étaient pas ouvertes au salarié. Si par exemple l'entreprise appartient à un groupe, aurait-il pu solliciter le service « Éthique » du groupe ? Aurait-il pu avertir les plus hauts niveaux de la sphère de direction sans risquer que le Directeur Éthique impliqué soit mis au courant ? En tout état de cause, l'impossibilité de dénoncer les faits en interne ne devrait pas permettre de « sauter » l'étape de la dénonciation aux autorités administratives ou judiciaires compétentes.

Rappelons que les faits de l'arrêt *Guja* concernaient un lanceur d'alerte *fonctionnaire*, intégré dans un statut étatique de droit public et confronté à l'implication dans les faits illicites à la fois de sa hiérarchie et des autorités administratives et judiciaires... Ce n'est donc pas sans difficulté que les solutions de l'arrêt *Guja* peuvent au cas par cas être transposées aux entreprises de droit privé¹⁴¹.

- *L'aboutissement de l'audace des juges : une protection directe, claire et générale du lanceur d'alerte*

Si la Cour de cassation française n'a pas complètement transposé en droit français l'arrêt « *Guja contre Moldavie* », elle s'en est fortement inspirée. **C'est en effet en se fondant sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme – qui protège la liberté d'expression – que la Cour de cassation a consacré un droit d'alerte individuelle dans l'entreprise, ainsi qu'une protection existant indépendamment de toute référence à un dispositif légal.**

En effet, dans un arrêt de principe rendu le 30 juin 2016, près de six mois avant l'adoption de la loi « Sapin 2 », la Cour de cassation a jugé « *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*

140. CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, n° 14277/04, §142 ; il doit donc s'agir du « dernier recours ».

141. La Cour souligne que « *la mission des fonctionnaires dans une société démocratique étant d'aider le gouvernement à s'acquitter de ses fonctions et le public étant en droit d'attendre que les fonctionnaires apportent cette aide et n'opposent pas d'obstacles au gouvernement démocratiquement élu, l'obligation de loyauté et de réserve revêt une importance particulière les concernant (...). De plus, eu égard à la nature même de leur position, les fonctionnaires ont souvent accès à des renseignements dont le gouvernement, pour diverses raisons légitimes, peut avoir un intérêt à protéger la confidentialité ou le caractère secret. Dès lors, ils sont généralement tenus à une obligation de discrétion très stricte. (...) Les agents de la fonction publique (...) peuvent [ainsi] être amenés, dans l'exercice de leur mission, à prendre connaissance d'informations internes, éventuellement de nature secrète, que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer ou publier. (...) Eu égard à l'obligation de discrétion susmentionnée, il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement* » (CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, n° 14277/04, §70 à 78), V. J.-P. Marguenaud et J. Mouly, La protection européenne des salariés lanceurs d'alerte par la Cour de cassation : un trouble exemple d'improvisation : *D. 2016*, p. 1740 et s.

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 »¹⁴².

Le salarié, engagé en qualité de directeur administratif et financier par une association ayant pour mission de gérer un centre d'examen de santé 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. **Selon le commentaire même de la Cour de cassation, sa décision visait à protéger les lanceurs d'alerte, indépendamment de l'existence d'une quelconque protection légale**¹⁴³.

- *Pour ou contre une protection sans loi ?*

La protection du lanceur d'alerte a donc été érigée par la Cour de cassation sur le seul fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme protégeant la liberté d'expression, ce qui pose frontalement la question de la pertinence des lois adoptées pour protéger les lanceurs d'alerte... Une protection exclusivement fondée sur la liberté d'expression en tant que droit fondamental a pour elle l'avantage de la souplesse et donc la capacité à recouvrir toutes les situations. Fallait-il légiférer sur le sujet ? **L'intervention du législateur pouvait laisser espérer une clarification des différents régimes légaux du lanceur d'alerte professionnelle, laquelle aurait été bienvenue ! Même si la clarification escomptée n'a jamais été au rendez-vous, au moins peut-on concéder qu'un texte légal offre une meilleure sécurité juridique tant aux entreprises qu'aux lanceurs d'alerte et permet d'éviter qu'une protection ne soit « révélée » a posteriori par le juge**¹⁴⁴.

Avant comme après la loi « Sapin 2 », il semble que les dispositifs légaux soient condamnés à demeurer un complément (important mais subordonné) à la protection édifiée par le juge¹⁴⁵. En des termes particulièrement acerbes, le Professeur Morvan estime que le juge, *« concurrençant l'œuvre imparfaite et ambiguë du législateur, offre aux lanceurs d'alerte une protection qui en est certes au stade de l'ébauche (parce qu'elle ne concerne que les salariés et ne confère aucune immunité pénale) mais constitue un modèle du genre : une protection en béton qui supprime l'armature de paille proposée par la loi »*¹⁴⁶.

142. Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 : *Bull. civ. V, à paraître ; JCP S 2016, 1381, note G. Duchange ; RDT 2016, p. 566, note P. Adam.*

143. Le juge instaure d'ailleurs cette immunité disciplinaire 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 : le salarié auteur d'un signalement de bonne foi et dont le licenciement est nul peut réclamer sa réintégration (Cass. soc., 26 juin 2017, n° 15-21.897, sur le fondement de l'ancien article L. 1161-1 du code du travail relatif à l'alerte en matière de corruption). La question se pose alors de la définition de la bonne foi par le juge. Dans la loi « Sapin 2 » comme en jurisprudence, la mauvaise foi « ne peut résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis » (Cass. soc., 2 novembre 2016, n° 15-20.916). Seule la connaissance ou la conscience de la fausseté des faits est à même d'établir la mauvaise foi du salarié, justifiant qu'il soit privé de protection. Si elle n'est pas établie, l'employeur peut encore tenter de démontrer (avec un succès incertain) que le salarié a agi avec légèreté ou imprudence.

144. La montée en puissance des droits fondamentaux invite cependant à conclure que les dispositions légales ne feront pas obstacle à ce que le juge persiste à protéger du licenciement l'auteur d'un signalement dont l'alerte ou ses modalités se situent en dehors des critères légaux, en se fondant sur le droit fondamental à la liberté d'expression (V. not. les interrogations posées par G. Duchange, note ss Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 : *JCP S 2016, 1381*).

145. G. Duchange, *Le droit commun des alertes professionnelles* : *JCP S 2016, 1215*.

146. P. Morvan, *Sur la défense des valeurs par la jurisprudence sociale récente* : *RJS 2018, chron., spéc. n° 9*.

Mais formuler ce constat revient déjà à souligner l'insuffisance et les contradictions qui existent entre tous les dispositifs d'alerte actuellement en vigueur.

2. Les contradictions entre les dispositifs applicables

Il existe un décalage important entre la réalité de l'alerte dans l'entreprise et la loi « Sapin 2 », que le législateur a pourtant promue comme une procédure concernant « *l'ensemble des alertes pouvant être mises en œuvre sur le lieu de travail* ». L'objectif du législateur était en effet d'édifier un « *socle protecteur unique* » pour tous les lanceurs d'alerte¹⁴⁷.

S'il n'est ni dans l'air du temps ni même souhaitable de remettre en cause le principe même du droit d'alerte dans l'entreprise, tant sur le plan collectif qu'individuel, notre groupe de travail considère que la loi « Sapin 2 » ainsi que les autres dispositifs doivent impérativement être améliorés, sous peine que le respect de l'ensemble des obligations relève, pour l'entreprise, de la gageure...

a) Les lacunes de chaque dispositif pris isolément

Lorsque l'on se penche sur le sujet, force est de constater que **très peu des dispositifs d'alerte échappent à la critique, avant comme après la loi « Sapin 2 » ; tous pourraient faire l'objet d'améliorations.**

- *Lacunes du régime général de la loi « Sapin 2 »*

La première lacune de la loi « Sapin 2 » tient à **l'objet de l'alerte**. Outre le signalement des crimes et délits (déjà prévus auparavant), le signalement d'une « *violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié et approuvé par la France ou d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement* » laisse sans voix. **Si même les spécialistes de droit public international envisagent la notion d'engagement international régulièrement ratifié et approuvé par la France avec circonspection, on imagine à quel point l'entreprise est démunie pour apprécier la réalité d'une telle « violation » ! D'autant plus que la violation doit être à la fois grave et manifeste, ce qui suggère que toutes les violations ne sont pas concernées. Ce cas d'alerte reste donc théorique et ajoute une confusion inutile.**

En effet, **l'objet qui concentre toutes les attentions est la menace grave ou le préjudice grave pour l'intérêt général**. Comme le note très justement Maître de Maison Rouge, le législateur n'a pas rattaché l'intérêt général à la violation d'une norme de droit¹⁴⁸. Dès lors, le champ de l'alerte de la loi « Sapin 2 » est étendu à des faits préjudiciables pour l'intérêt général, même s'ils ne sont en contradiction avec aucune des règles de droit en vigueur. Une telle approche tranche avec la précision du précédent critère relatif à la violation des engagements internationaux et démontre le dilemme auquel font face les pouvoirs publics : avoir une acception large ou stricte des faits qui entrent dans le champ de l'alerte.

¹⁴⁷. Circ. du 31 janv. 2018 relative à la loi Sapin 2, p. 4.

¹⁴⁸. O. De Maison Rouge, Les lanceurs d'alerte : *Lex-Squared*, 2017, p. 4. - Membre du groupe de travail à l'origine de ce rapport.

Une autre lacune du dispositif général issu de la loi « Sapin 2 » réside dans l'appréhension de la procédure des « paliers ». Si le premier palier témoigne de la confiance accordée à l'entreprise en lui permettant de traiter l'alerte/le signalement qu'elle reçoit prioritairement en interne, les conditions du passage aux deuxième et troisième paliers laissent à désirer, tout autant que les conditions dans lesquelles l'alerte/le signalement par paliers peut être totalement évincée.

L'entreprise qui reçoit une alerte/un signalement n'a en effet qu'un « délai raisonnable » pour traiter l'alerte. En cas de dépassement d'un délai raisonnable ou en l'absence de diligences, l'auteur du signalement pourra – devra ? – alerter les autorités compétentes. L'appréciation du délai raisonnable est abandonnée à l'auteur du signalement/au lanceur d'alerte, qui devra l'estimer seul, à ses risques et périls. La question se pose notamment de savoir si le traitement doit avoir commencé dans un délai raisonnable ou s'il doit être achevé dans ce même délai. **Si la prévision d'un délai raisonnable a pour lui l'avantage de la souplesse, les imprécisions sur la procédure à suivre en cas de dépassement du délai rendent la situation inacceptable, pour l'entreprise comme pour l'auteur du signalement/le lanceur d'alerte.**

Par ailleurs, si l'alerte est portée devant les autorités compétentes, elle doit être traitée dans les trois mois à compter de sa réception. **De l'avis de l'ensemble des personnels administratifs et judiciaires concernés, ce délai de trois mois pour instruire et traiter l'alerte est bien trop bref¹⁴⁹, ce qui conduira inéluctablement l'auteur du signalement à passer au 3^e palier, c'est-à-dire à rendre publics les faits qu'il dénonce. Ce délai de trois mois est d'autant moins acceptable que le projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoit de faire passer de trois à six mois le délai imposé au procureur pour répondre à une plainte simple¹⁵⁰ avant que la victime ne puisse se constituer partie civile, c'est-à-dire imposer la prise en charge de l'affaire.**

S'agissant du 3^e palier, la loi fait preuve, ici encore, d'une grande imprécision en ne distinguant aucune voie de publicité particulière : **n'y aurait-il pas lieu d'insérer une obligation de proportionnalité entre la voie de publicité choisie par le lanceur d'alerte et la gravité des faits objets de l'alerte, leur ampleur ou encore la taille de l'entreprise ?**

Par exception, l'auteur du signalement peut divulguer les faits dont il a connaissance *directement* au public, en méconnaissance des paliers 1 et 2, dès lors qu'est caractérisé « *un danger grave imminent* » ou « *la présence d'un risque de dommages irréversibles* ». On peut imaginer que de telles conditions seront plus souvent remplies en matière d'atteinte aux personnes qu'en cas d'atteinte aux biens, encore qu'on ne puisse l'exclure, par exemple en présence de pollutions environnementales d'une particulière importance ou gravité.

Notre groupe de travail considère que l'auteur du signalement qui dénonce directement au public des faits dont il a connaissance ne devrait bénéficier d'une protection que s'il démontre non seulement (i) la présence d'un risque de dommages *irréversibles* mais encore (ii) que la divulgation publique était de *nature à faire cesser le risque*. Il est en effet permis de penser qu'à défaut, l'inutilité de la divulgation publique la rendrait systématiquement disproportionnée compte tenu des dommages qu'elle occasionne à la réputation de l'entreprise.

¹⁴⁹. Cette brièveté concentrait la critique des magistrats ayant pu s'exprimer à ce sujet (V. C. Dupuy, Magistrate coordinatrice en charge de la formation continue, propos recueillis lors du colloque « Les lanceurs d'alerte. L'anniversaire de la loi Sapin II », organisé au Tribunal de Grande Instance de Versailles, le 8 déc. 2017).

¹⁵⁰. Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : *Sénat*, n° 463, art. 34.

- *Lacunes de l'alerte anticorruption prévue par la loi « Sapin 2 »*

En principe, le **dispositif anticorruption** ne doit être mis en place que dans les sociétés dont l'effectif est d'au moins 500 salariés ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés, et dont le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros.

L'imperfection du dispositif tient, une fois de plus, à l'objet de l'alerte. Il est ici limité aux signalements relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite dont la rédaction est imposée par le même texte.

Ainsi, bien que la loi ne le précise pas, **il y a tout lieu de penser que, pour échapper à toute critique, le code de conduite devra faire l'objet d'une mise à jour régulière**, ne serait-ce que dans le cadre du dispositif de contrôle et d'évaluation interne, afin de ne pas devenir obsolète et d'évoluer avec les risques auxquels l'entreprise sera soumise¹⁵¹.

- *Lacunes des alertes dans les domaines bancaire et assurantiel*

Les autorités de régulation bancaire (l'Autorité des Marchés Financiers, AMF) et assurantielle (l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution, ACPR) ont dû mettre en place des services de réception des alertes spécifiques aux matières qu'elles ont la charge de contrôler. Tant l'AMF que l'ACPR se sont respectivement dotées de tels services en février et décembre 2017¹⁵². Face aux lacunes de la loi, les préoccupations des autorités administratives sont focalisées sur l'envoi d'un avis de réception à l'auteur du signalement, la protection de la confidentialité à chaque étape de la procédure, ainsi que sur la protection des données personnelles. Les domaines bancaires et assurantiers sont particulièrement sensibles au vu des masses monétaires que les entreprises concernées sont amenées à manipuler. En témoigne l'ampleur des services d'audit, de conformité ou de notation au sein des banques. **Au regard de la rédaction des textes, il semble que la procédure des « paliers » ne soit pas identique au régime général de la loi « Sapin 2 » pour ce secteur particulier. En effet, la protection de l'auteur d'un signalement direct aux autorités compétentes (l'AMF ou l'ACPR) ne semble pas subordonnée à l'échec d'un signalement interne à l'entreprise.**

- *Principales lacunes de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre*

Conformément à son objectif, **la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 impose un « devoir de vigilance » aux sociétés mères et aux entreprises donneuses d'ordre d'une certaine taille.** Désormais, toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 5 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 10 000 salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, doit établir et mettre en œuvre de manière effective un **« plan de vigilance »**¹⁵³.

151. V. en ce sens, Recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme : décembre 2017, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2017_-_Recommandations_AFA.pdf.

152. V. C. Mathonniere, L'ACPR organise à son tour la protection des lanceurs d'alerte : RLDA, n° 134, 1^{er} février 2018.

153. C. com., art. L. 225-102-4.

Si l'effectif retenu est très élevé, ce qui rend exceptionnelle la mise en place d'un tel dispositif, la vocation des pouvoirs publics français de dépasser le strict cadre national de mise en place est évidente. Sera par exemple tenue de mettre en place un plan de vigilance la société étrangère de plus de 10 000 salariés dès lors qu'une de ses sous-filiales (indépendamment de son effectif) est établie en France. **Il s'agit d'une petite révolution : le droit français évolue vers une application toujours plus extraterritoriale, seule à même d'assurer une pleine efficacité à de tels dispositifs dans une économie mondialisée.**

Ainsi, ce « plan de vigilance » doit notamment comporter un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à « l'existence ou à la réalisation des risques », établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans la société.

Mais la principale lacune de cette alerte réside – encore et toujours – dans son objet. L'alerte concerne en effet les risques et atteintes graves envers les droits *humains* et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation. **Les droits « humains » ne renvoient à aucune catégorie juridique établie. Les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont a priori concernés mais l'expression « droits humains » pourrait laisser entendre que le champ d'application est plus vaste, ce qui est inquiétant. Cette inconsistance de l'objet à traiter suscite une forte insécurité juridique** qui se traduit notamment par le fait que, selon une étude du cabinet EY¹⁵⁴, seule une petite moitié des grandes entreprises tenues de mettre en place le dispositif ont pour l'instant rempli leurs obligations.

En cas de carence de l'entreprise, une sanction consistant en une amende dont le montant pouvait atteindre 10 millions d'euros était initialement prévue dans le projet de loi. Le Conseil constitutionnel n'a eu d'autres choix que de censurer cette sanction disproportionnée « compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance »¹⁵⁵.

- *Lacunes des dispositifs d'alertes collectives*

Aucune des alertes collectives n'est encadrée par des dispositions sur la confidentialité. Ainsi, l'auteur du signalement qui souhaite légitimement faire part de ses découvertes aux représentants du personnel ne bénéficie d'aucune protection en termes de confidentialité. Sa protection au titre d'une alerte « Sapin 2 » est également en péril dès lors, qu'en se tournant vers les représentants du personnel, il n'aura pas respecté la procédure des « paliers ».

154. V. Les Échos, Devoir de vigilance des entreprises : un premier bilan en demi-teinte : *Les Échos*, jeudi 27 sept. 2018, p. 4, <https://www.lesechos.fr/economie-france/social/0302282897474-devoir-de-vigilance-des-entreprises-un-premier-bilan-en-demi-teinte-2208607.php>.

155. Cons. constit., n° 2017-750 DC du 23 mars 2017, §13 ; « *Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des « droits humains » et des « libertés fondamentales » et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis* » ; le Conseil a également pris le soin de noter que le législateur n'a pas pris le soin de préciser « si la sanction est encourue pour chaque manquement à l'obligation qu'il a définie ou une seule fois quel que soit le nombre de manquements », *Ibid.* §12.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : La problématique est différente pour les représentants du personnel, déjà protégés de manière générale au titre de leur mandat, qui « porteraient » une alerte initiée par un salarié lambda. Cela signifie également, et l'entreprise ne doit pas l'ignorer, qu'aucune sanction ne pourra être prise à l'encontre du représentant du personnel qui choisirait de porter les faits directement aux autorités judiciaires ou administratives, voire au public, dès lors qu'il a agi dans l'exercice de son mandat. Il convient dès lors d'établir un dialogue serein avec les représentants du personnel lors de leur consultation sur la mise en place des procédures de recueil des alertes individuelles. L'idéal étant que les alertes initiées par les représentants du personnel continuent de transiter *via* les procédures d'alertes collectives spécifiquement prévues pour ces derniers, plutôt que par les procédures d'alertes individuelles.

- *Lacune commune à chaque dispositif : l'absence de protection suffisante contre le dévoiement des procédures*

Indépendamment du régime légal applicable en fonction de l'objet de l'alerte ou du secteur en cause, **il existe un risque fort d'instrumentalisation de l'alerte, que les pouvoirs publics n'ont pas suffisamment encadré ou anticipé.** En effet, la condition de la réussite des alertes fondées est l'investissement et la collaboration sans faille des entreprises, lesquels ne peuvent advenir si ces dernières ne sont pas suffisamment protégées des « fausses » alertes, mensongères ou réalisées de mauvaise foi.

Si tous les auteurs de signalements qui ne remplissent pas les conditions prévues par la loi « Sapin 2 » pour bénéficier d'une protection ne sont pas forcément malveillants, deux types de « faux lanceurs » d'alerte auraient pourtant pu aisément être identifiés par la loi afin de protéger l'entreprise.

D'une part, **il s'agit du salarié qui lance une alerte à titre de représailles.** Cette catégorie renvoie notamment aux « alertes » faites par un salarié licencié pour d'autres motifs (une insuffisance professionnelle, une faute grave dénuée de tout lien avec les faits objets de l'alerte, ...) et qui souhaite, par le biais de l'alerte, améliorer son dossier prud'homal et échapper au plafonnement des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse introduit par les ordonnances « Macron » du 22 septembre 2017¹⁵⁶.

D'autre part, **la « fausse alerte » peut être le résultat du financement par une entreprise ou par une puissance étrangère d'un salarié *insider* au sein d'une autre entreprise concurrente afin que l'individu dévoile au public des faits provoquant la débâcle du concurrent.** Dans ce cas, le dévoiement de la procédure d'alerte atteint son paroxysme et peu importe alors la véracité des faits dénoncés, l'auteur du signalement ne pourra être protégé, faute de désintérêt et de bonne foi.

156. C. trav., art. L. 1235-3, al. 2, 4°. Toutefois, encore faut-il noter que le « déplafonnement » des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse est limité aux salariés qui dénoncent un fait constitutif d'une infraction pénale, crime ou délit. Cette limitation textuelle témoigne de la volonté du législateur d'éviter que certains salariés ne se placent opportunément et de manière abusive sous le statut de lanceur d'alerte (P. Januel, Les lanceurs d'alerte et le plafonnement des indemnités prud'homales : *Dalloz actualité*, 5 sept. 2017 ; V. aussi D. Gaire-Simonneau, note ss Versailles, 27 février 2018 : *Cah. Soc. 2018*, n° 308, p. 288). Le lanceur d'alerte qui ne dénonce pas un crime ou délit pourrait néanmoins prétendre au déplafonnement de ses indemnités en invoquant l'atteinte à la liberté d'expression qu'il a subie et donc la violation d'une liberté fondamentale (C. trav., art. L. 1235-3, al. 2, 1°).

Rappelons ici que l'objectif initial de tout mécanisme d'alerte est de permettre au salarié honnête, choqué par une illégalité grave ou un fait grave portant atteinte à l'intérêt général, de le dénoncer sans subir le pouvoir disciplinaire ou des représailles judiciaires, civiles ou pénales. La bonne volonté des entreprises et, plus généralement de l'ensemble des acteurs concernés, ne pourra être acquise que lorsque les cas d'alertes dévoyées seront spécifiquement sanctionnés, ce qu'aucun dispositif d'alerte ne prévoit aujourd'hui en France¹⁵⁷. Une plus grande rigueur serait synonyme de sécurité tant pour les entreprises, toujours soucieuses d'améliorer leur fonctionnement, que pour les « véritables » lanceurs d'alerte.

b) Comment articuler les différents textes de loi ?

Quelle articulation au sein du millefeuille ? – La plus grande lacune, commune à tous les dispositifs, reste l'absence d'articulation claire entre les différents mécanismes d'alertes, conduisant à de dangereux concours de normes pour les entreprises. Catastrophique, cette absence d'articulation est nuisible pour la sécurité juridique de tous les acteurs en présence, préjudiciable pour la cohérence du droit applicable en la matière et suscite des réserves supplémentaires sur l'attractivité du modèle français vu par les investisseurs étrangers.

Au vu de leur grand nombre, toutes les problématiques d'articulation entre les différentes alertes ne pourront être étudiées ; les développements subséquents n'ont donc pas vocation à l'exhaustivité mais à offrir un aperçu des principales difficultés affectant l'efficacité des mécanismes.

• Absence d'articulation entre les alertes individuelles

Alors qu'ils sont issus d'une même loi, les dispositifs d'alerte créés par la loi « Sapin 2 » suscitent les difficultés d'articulation les plus frappantes.

Du point de vue de l'auteur du signalement, le dispositif général de la loi « Sapin 2 » s'étend à *tous les salariés* ainsi qu'aux collaborateurs extérieurs ou occasionnels, tandis que l'autre dispositif phare de la même loi, spécifique à la lutte anticorruption, apparaît plus incertain car il se limite aux « employés ». Outre l'emploi malheureux d'un terme ne renvoyant à aucune catégorie juridique identifiée, ce hiatus n'a guère de sens : les collaborateurs extérieurs et occasionnels sont évidemment susceptibles de dénoncer les faits de corruption *via* le canal de signalement mis à disposition au titre de l'alerte générale, notamment parce qu'ils ne feront pas ce type de distinction trop sophistiquée. En tout état de cause, cette limitation aux employés ne peut conduire l'entreprise à se désintéresser des signalements qui émaneraient de tiers « non-employés ». Elle pose également la question de l'obligation d'instaurer deux processus *distincts*¹⁵⁸, avec les implications que l'on sait en termes de temps et de coûts pour l'entreprise.

Par ailleurs, le régime de l'alerte générale instaure un **droit à la confidentialité** des auteurs de signalement, des personnes visées par celui-ci et, plus généralement, des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement. Si cette confidentialité imposée

¹⁵⁷. V. pp. 93, 98 et 101, la Partie 3 du rapport sur la sanction figurant au sein de la proposition de directive de la Commission européenne. La proposition initiale de la Commission européenne prévoyait en effet d'imposer aux États membres de l'Union européenne d'adopter des sanctions effectives à l'encontre des lanceurs d'alerte malveillants.

¹⁵⁸. V. p. 76 sur les recommandations de l'AFA quant à la mise en place éventuelle d'un canal unique de réception des signalements.

par le législateur ne signifie pas qu'il faille garantir la possibilité pour un salarié de faire un signalement de manière anonyme, le respect des règles suivantes doit néanmoins être assuré : **1) les éléments d'identification de l'auteur du signalement ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire et avec le consentement de la personne ; 2) les éléments de nature à identifier la personne mise en cause par un signalement ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire et si le caractère fondé de l'alerte est établi.** Le non-respect de ce régime est durement sanctionné par une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Toutefois, ce droit à la confidentialité n'est prévu que pour l'alerte générale. Rien n'impose, légalement, de l'étendre aux signalements reçus par le canal de l'alerte anticorruption. Sans doute, et par prudence, est-il opportun d'en faire tout de même application¹⁵⁹.

Si la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance instaure un droit d'alerte en cas d'atteinte aux « droits humains », elle renvoie, pour les détails, à un décret fortement attendu. **Il faut supposer que les « droits humains » renvoient aux droits de l'homme et libertés fondamentales.** Or, ces derniers rejoignent, bien souvent, l'intérêt général ou impliquent le respect d'engagements internationaux par la France. **L'objet de la loi du 27 mars 2017 se confond donc partiellement avec l'alerte générale issue de la loi « Sapin 2 ».**

Enfin, les hypothèses de **harcèlement** et de **discrimination**, couvertes par des textes spéciaux du code du travail protégeant de toutes représailles disciplinaires ou discriminatoires la personne qui subit ou dénonce des faits de telle nature, sont également susceptibles d'intégrer le dispositif de l'alerte générale de la loi « Sapin 2 ». Tant le harcèlement que la discrimination sont en effet des délits qui pourraient entrer, à ce titre, dans le champ du dispositif général.

Une absorption totale serait toutefois critiquable, s'agissant de dispositifs spéciaux disposant d'une autonomie et d'une logique propre au droit du travail.

Plus précisément, l'alerte individuelle générale de la loi « Sapin 2 » suppose que soit remplie la condition essentielle du « désintérêt ». Or, on pourrait penser que la personne qui dénonce son propre harcèlement ne remplit jamais cette condition. Par définition, elle trouve dans la dénonciation du harcèlement un intérêt direct qui réside notamment dans l'octroi de la protection. En retenant cette interprétation, la loi « Sapin 2 » ne pourrait donc pas s'appliquer. Seule serait applicable la protection du régime spécial des articles L. 1152-1 et suivant, protégeant le salarié harcelé.

Ce n'est malheureusement pas la position du ministère de la Justice qui estime dans une circulaire du 31 janvier 2018¹⁶⁰ que la loi « Sapin 2 » instaure un « socle protecteur unique » pour les lanceurs d'alerte ainsi que pour les signalements de harcèlement ou de discrimination.

¹⁵⁹. Si tel n'était pas le cas, il serait toujours possible de contester une condamnation pénale éventuelle pour non-respect de la confidentialité en matière de lutte anticorruption, notamment en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

¹⁶⁰. CRIM/2018-01/G3-31.01.2018 du 31 janvier 2018, relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi « Sapin 2 », p. 4.

L'enjeu peut paraître théorique mais il n'en est rien : si le harcèlement et la discrimination restent uniquement soumis aux dispositions spéciales qui leur sont consacrés, les dispositions de la loi « Sapin 2 » relatives à la confidentialité ne seront pas applicables, permettant à l'employeur un traitement plus serein du cas de harcèlement. En effet, **comment l'employeur peut-il traiter le signalement d'un harcèlement par le salarié harcelé, c'est-à-dire vérifier la réalité du harcèlement, s'il commet le délit d'atteinte à la confidentialité en interrogeant le harceleur supposé ?**

L'adoption au sein de la loi dite « Avenir professionnel » du 5 septembre 2018¹⁶¹ d'un « référent harcèlement »¹⁶² confirme la particularité du régime d'alerte spécifique à cette situation et, à notre sens, l'impossibilité de fondre totalement le harcèlement dans la loi « Sapin 2 ». L'intégration systématique du harcèlement dans la loi « Sapin 2 » transformerait profondément le concept d'alerte professionnelle ou « éthique » et conduirait, de l'avis des praticiens entendus par le groupe de travail, à l'émergence d'une « usine à gaz » dans de nombreux cas.

- *Absence d'articulation entre les alertes individuelles et collectives*

Par la force du nombre, une majorité de signalements sont plus susceptibles d'être faits par des salariés que par les sous-traitants de l'entreprise, ses fournisseurs ou ses clients. À cet égard, les représentants élus ou syndicaux restent des interlocuteurs privilégiés pour les orienter dans leurs démarches, occasionnant de **nombreuses confrontations potentielles entre alertes individuelles et collectives. L'exemple du harcèlement est le plus flagrant (voir encadré ci-dessous).**

Incompatibilité juridique et pratique entre le traitement du harcèlement et la confidentialité

Voilà un salarié qui subit, comme tout le service, les comportements pernicious et harcelants du manager. Il en parle au secrétaire du CSE puis dénonce son manager dans le cadre de l'alerte générale prévue par la loi « Sapin 2 ». En mentionnant le harcèlement au CSE, le salarié harcelé sort de la procédure par paliers instaurée par la loi « Sapin 2 » et devrait perdre sa protection. Il reste néanmoins protégé au titre des dispositions du code du travail spécifiques au harcèlement. Si le CSE décide de lancer à son tour une alerte collective pour danger grave et imminent, l'employeur sera tenu d'enquêter avec le représentant du personnel. Si une enquête au titre de la loi « Sapin 2 » devait par ailleurs être menée, celle-ci devra respecter le régime de la confidentialité imposée par la loi quand l'autre enquête pourra s'en absoudre. **Il existe donc malheureusement une incompatibilité juridique et pratique majeure entre la nécessité de traiter le harcèlement et la préservation de la confidentialité. L'une des solutions pourrait, à notre sens, découler de la prise de position expresse du législateur, de l'administration ou du juge, sur la primauté qu'il convient de donner à l'enquête sur la protection de la confidentialité.**

161. Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel.

162. C. trav., art. L. 1153-5-1 : « Dans toute entreprise employant au moins deux cent cinquante salariés est désigné un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes ».

Toujours sur l'absence d'articulation entre l'individuel et le collectif, le groupe de travail a pu souligner que le projet de Rapport, sur la proposition de directive européenne relative à la protection des lanceurs d'alerte, insiste sur le fait que « *les représentants syndicaux devraient être pleinement associés à la conception des canaux internes et pouvoir délivrer conseil et accompagnement aux personnes qui le souhaitent. En effet, les représentants des travailleurs sont directement présents sur le terrain et sont les plus à même d'accompagner un potentiel lanceur d'alerte dans sa démarche, de l'informer sur les canaux de signalement interne, sur ses droits et obligations* »¹⁶³.

Il sera donc fréquent, à l'avenir, qu'alertes individuelles et collectives s'entremêlent...

- *Absence d'articulation entre la loi et la jurisprudence*

Par-delà tous les dispositifs légaux, la protection des lanceurs d'alerte édictée par les juges avant la loi « Sapin 2 » n'a pas été remise en cause par celle-ci. Ainsi, quand bien même un salarié dénoncerait certains faits illicites en méconnaissance ou en dehors des champs légaux, une protection est néanmoins susceptible de lui être accordée par le juge, sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif à la liberté d'expression (*voir une illustration dans l'encadré ci-dessous qui ne se réfère pas à l'affaire Renault mentionnée en introduction, celle-ci est présentée en page 64*).

Illustration d'une protection qui « n'en fait qu'à sa tête » : l'affaire du « syndicaliste intérimaire Renault »

L'un des derniers exemples en date de la protection accordée par le juge au lanceur d'alerte est l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles dans le cadre d'un contentieux « Renault » qui, après une première affaire relative à un espionnage industriel factice, connaît de nouveaux déboires en matière d'alerte. L'arrêt de la Cour d'appel Versailles du 27 février 2018¹⁶⁴ attribue le bénéfice du statut de lanceur d'alerte au salarié d'un prestataire de services ayant révélé une atteinte à la liberté syndicale en 2016, chez Renault, arrêt dont il nous semble utile de retracer les grandes lignes, comme une illustration parfaite des dérives du juge en l'absence de règle précise.

Par un e-mail du 15 mars 2016, le salarié d'un prestataire de services en mission chez Renault, militant engagé contre ce qui n'était à l'époque que le projet de loi « El-Khomri », proposait aux syndicats présents sur le Technocentre Renault de Guyancourt d'organiser des projections du film « *Merci Patron* ». L'e-mail était envoyé sur les boîtes e-mails *professionnelles* de plusieurs syndicalistes du Technocentre, hors temps de travail, depuis l'adresse et l'ordinateur *personnels* du salarié du prestataire de services.

Dès le lendemain, il était convoqué à un entretien informel par son employeur, la société prestataire Eurodécision, qui lui reprochait cet envoi. Le P.-D.G. d'Eurodécision qui menait l'entretien intimait le salarié à prendre plus de précautions quant au contenu des e-mails qu'il envoyait chez Renault, en lui confiant notamment que Renault surveillait les boîtes e-mails de tous les salariés, y compris celles des syndicats.

¹⁶³. Projet de rapport du 2 juillet 2018 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union (COM(2018)0218 – C8-0159/2018 – 2018/0106(COD)), Commission des affaires juridiques, Rapporteur : Virginie Rozière, p. 46.

¹⁶⁴. Versailles, ord. réf., 27 février 2018, n° 16/04357 : *Cah. Soc.* 2018, n° 308, p. 288, note D. Gaire-Simonneau.

À l'insu de son supérieur, le salarié enregistrait cette conversation qu'il diffusait ensuite largement le 22 mars 2016 sur YouTube, mais aussi avec l'aide du journal Fakir, dirigé par François Ruffin, auteur du film « *Merci Patron* » et désormais député « La France Insoumise ».

Par ces actions, le salarié était-il lanceur d'alerte ou un militant exploitant une information ? Après quelques péripéties disciplinaires, son licenciement pour faute grave lui était notifié le 21 avril 2016 en raison des manquements à son obligation de loyauté et de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail. D'abord débouté en référé par le conseil de prud'hommes de Versailles, le salarié a obtenu l'annulation de son licenciement et sa réintégration devant la Cour d'appel de Versailles, par un arrêt rendu le 27 février 2018, qui paraît particulièrement contestable.

L'arrêt offre un large **panorama des difficultés relatives à la protection du lanceur d'alerte, non-résolues par la loi « Sapin 2 » qui, bien qu'inapplicable aux faits de l'espèce, était évoquée par le juge comme source d'interprétation.**

D'abord, si le groupe Renault peut surveiller les boîtes e-mails professionnelles de ses salariés, il en va autrement des salariés dits « protégés » (c'est-à-dire investis d'un mandat électif ou syndical dans l'entreprise). L'employeur doit respecter la confidentialité des correspondances de ces personnes, envoyées ou reçues depuis leur adresse e-mail professionnelle¹⁶⁵. Renault peut donc surveiller légitimement ses salariés mais l'entreprise ne pouvait prendre connaissance des e-mails envoyés à des représentants syndicaux sans porter atteinte à la liberté syndicale¹⁶⁶.

Telle est l'accusation portée par le salarié du prestataire de services. Mais quand bien même une telle atteinte au droit fondamental à la liberté syndicale était constituée, ce manquement pouvait-il justifier d'en récupérer la preuve à n'importe quel prix (c'est-à-dire en procédant à l'enregistrement clandestin de son employeur), la fin justifiant les moyens ?

C'est ce que paraît retenir la Cour d'appel de Versailles. En effet, si la preuve des faits illicites qu'il dénonce est toujours délicate à établir pour un lanceur d'alerte qui, par hypothèse, dispose rarement d'éléments de démonstration suffisants, on ne peut qu'être réservé devant la façon de procéder. Le salarié n'a-t-il pas commis lui-même un manquement grave en enregistrant son employeur à son insu ?

De manière générale, la Cour de cassation considère que l'enregistrement à l'insu du correspondant est un procédé déloyal qui rend irrecevable la preuve ainsi obtenue¹⁶⁷. La déloyauté est d'autant plus flagrante que le salarié n'avait pas connaissance de l'atteinte à la liberté syndicale commise par Renault avant d'entendre les propos qu'il enregistrait.

L'enregistrement clandestin effectué par le salarié prend alors des allures de « légitime défense professionnelle » et n'est pas sans évoquer les décisions qui admettent le vol de document par le salarié pour préparer sa défense dans le cadre d'un contentieux prud'homal à venir¹⁶⁸.

165. Cass. soc., 4 avr. 2012, n° 10-20.845 : *Bull. civ. V, n° 117*, à propos d'autocommutateurs téléphoniques. « Tous les échanges que le représentant peut avoir avec des salariés ou des tiers de l'entreprise » doivent être extraits du champ du pouvoir de contrôle de l'employeur » (L. Pecaut-Rivolier, La confidentialité : droit ou obligation du représentant du personnel ? *Dr. soc.* 2012, p. 469 et s.).

166. Telle que garantie tant par l'article 11 de la CEDH que par l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

167. Cass. soc., 29 janv. 2008, n° 06-45.814 : *D.* 2008, p. 2820 et s., *chron. Ph. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur*.

168. V sur la première décision à admettre le vol de documents par un salarié en vue de préparer sa défense devant le conseil de prud'hommes, Cass. crim., 11 mai 2004, n° 03-80.254 : *Bull. crim. n° 113 et 117 ; RTD com.* 2004, p. 823 et s., *note. B. Bouloc*.

En admettant que l'alerte soit fondée sur l'article 10 de la CEDH, il est possible de s'interroger sur l'usage fait par le salarié de son droit d'expression : n'y a-t-il pas un abus du droit d'expression ou à tout le moins un usage disproportionné à l'objectif, aussi louable soit-il ? Outre l'enregistrement clandestin, le salarié n'a, à aucun moment, averti l'inspecteur du travail, le procureur de la République, le Défenseur des droits, etc. Est-ce que la loi « Sapin 2 », instaurant une stricte procédure de dénonciation graduée (d'abord en interne, puis auprès des services administratifs ou judiciaires compétents et enfin auprès du public en cas de carence des autorités) aurait pu permettre d'éviter ce genre de décision dans laquelle le salarié bénéficie d'une protection malgré la diffusion directe au public des faits dénoncés, en l'absence de tout danger grave ou imminent ou d'un risque de dommages irréversibles ? **Même si la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 n'était pas applicable aux faits de l'espèce, la Cour l'évoque à titre de source d'interprétation, comme pour justifier une application étendue de la protection. Pourtant, la loi « Sapin 2 » s'avère plus restrictive dans l'attribution de la protection que les critères du juge¹⁶⁹. Il est donc paradoxal que la Cour d'appel de Versailles ait ressenti le besoin de l'intégrer à son raisonnement pour justifier sa conception extrêmement large de la protection du lanceur d'alerte.**

Ce paradoxe traduit, à notre sens, l'inconfort d'un juge en mal de fondements clairs face au millefeuille des alertes.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Il s'agit donc pour l'employeur d'être prudent et de ne pas se précipiter pour sanctionner un salarié s'il constate que ce dernier n'a pas respecté l'une des conditions établies par la loi « Sapin 2 ». En effet, le salarié pourra invoquer une protection même en dehors des textes, au titre de la liberté d'expression. Cette protection ne sera révélée qu'*a posteriori* par le juge, à l'occasion du contentieux.

*
* *

169. En effet, sous l'empire de la loi « Sapin 2 », le salarié n'aurait sans doute pas bénéficié d'une protection contre le licenciement pour au moins deux raisons. D'abord, il n'est pas du tout évident qu'un tiers à l'entreprise puisse déclencher une alerte relative à des faits se produisant au sein de celle-ci. Si l'article 6 de la loi « Sapin 2 » vise « toute personne physique », l'article 8, en faisant référence à l'employeur, sous-entend que seul un *salarié* de l'entreprise concernée est couvert par le champ de la protection. En liant la question à celle de l'appartenance à la collectivité de travail, la Cour d'appel de Versailles fait naître une idée nouvelle : pourraient se prévaloir de la protection conférée au lanceur d'alerte tous les électeurs d'un établissement distinct au sens du droit du travail... Ensuite, force est de constater que le salarié du prestataire de service n'a pas eu *personnellement* connaissance des faits qu'il a dénoncés puisqu'il n'a fait que donner une large diffusion publique des rumeurs sur Renault dont faisait état son employeur. Or, la prise de connaissance personnelle des faits dénoncés fait partie des conditions légales de l'octroi de la protection prévue par l'article 6 de la loi « Sapin 2 » (V. not. sur ces problématiques, G. Duchange, Le droit commun des alertes professionnelles : *JCP S 2016, 1215*).

Conclusion

Les imprécisions législatives de la loi « Sapin 2 » et l'absence totale d'articulation entre les alertes pourraient participer au maintien de l'actuelle conception extensive par le juge du statut de lanceur d'alerte.

Dans l'attente d'éventuelles clarifications législatives ou jurisprudentielles, les entreprises font face à de nombreuses incertitudes en matière d'alerte professionnelle, le besoin de solutions pratiques se fait cruellement sentir, notamment lorsque des médias qualifient parfois de lanceur d'alerte un individu qui n'en est pas un...

II. À la recherche de solutions pratiques pour l'entreprise

Secrets dans l'entreprise ; bonnes pratiques de l'entreprise. – L'adoption de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, prise à la suite de la directive européenne n° 2016-943 du 8 juin 2016, a relancé le débat sur l'opposition entre droit d'alerter et secret des affaires. L'alerte, par définition, vise à révéler ce qui n'est pas connu. Or, le groupe de travail a constaté que de très nombreuses obligations de secret ou de confidentialité convergeant dans l'entreprise entrent en opposition avec l'alerte. Toutes les solutions pratiques pour faire face aux alertes professionnelles (B) doivent donc être envisagées à la lumière des dispositions anciennes et nouvelles protégeant certains des secrets dans l'entreprise (A).

A – Les secrets dans l'entreprise et les lanceurs d'alerte

Secrets, équilibre. – Si la transparence est aujourd'hui mise en avant, la France, comme d'autres pays, s'est construite autour du secret¹⁷⁰. Certains secrets dans l'entreprise sont d'ailleurs nécessaires au bon fonctionnement de l'économie. L'on pense aux secrets de fabrique, au secret des affaires, etc. Certains de ces secrets sont rattachés à des droits fondamentaux : le secret des affaires est fondé sur la liberté d'entreprendre ; le secret professionnel de l'avocat est fondé sur les droits de la défense. Ces secrets permettent, dans certains cas, d'empêcher des alertes qui porteraient atteinte aux intérêts qu'ils protègent (1). Comme toujours lorsque des droits et libertés fondamentaux sont en cause, l'équilibre à trouver est délicat (2)...

1. Les secrets capables de s'opposer à l'alerte

Absolus, relatifs. – Certains secrets protecteurs d'intérêts particulièrement importants font totalement échec au droit d'alerte, il s'agit de secrets dits « absolus » (a). D'autres en revanche, sont « relatifs », c'est alors qu'une conciliation doit être opérée (b).

a) Les secrets absolus

- *Trois exceptions...*

Dans une société démocratique, le secret est tout aussi nécessaire que la transparence¹⁷¹. Trois secrets évincent totalement l'application de la loi « Sapin 2 » : dès lors qu'ils sont cou-

170. « Le XIX^e siècle, et encore le XX^e, les secousses de l'histoire, les guerres, l'occupation allemande, et encore la mutation de l'âge paysan à l'âge industriel, le règne de la société bourgeoise, les affrontements et les alliances du colbertisme et du marxisme, on n'en finirait pas d'énumérer les raisons, ou les prétextes, qui ne cessèrent en France de multiplier et de protéger les secrets : secrets de la patrie, secrets de la famille, secrets de l'argent et du patrimoine » (J.-D. Bredin, Secret, transparence et démocratie : *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97, p. 5 et s.).

171. V. not. parmi les nombreuses études, T. Massis, La transparence et le secret. Champ social, débat de conscience : *Études*, 2001, vol. 394, n° 6, pp. 751 et s. V. aussi tout le dossier « Transparence et Secret » in *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97 : éd. Le Seuil.

verts par le **secret de la défense nationale**, le **secret médical** ou le **secret des relations entre un avocat et son client**, tout fait, document ou information, quel que soit leur forme ou leur support, sont exclus du régime de l'alerte générale¹⁷².

Ainsi, la personne qui opère un signalement en violation de l'un de ces trois secrets s'inscrit en dehors de la définition du lanceur d'alerte donnée par la loi et ne dispose d'aucune protection. Bien au contraire, il pourra être pénalement sanctionné. **Cette liste des secrets « absolus » est limitative de sorte que tous les autres secrets protégés par la loi ou non, bancaire, fiscal ou encore d'autres secrets professionnels comme celui du notaire, de l'huissier ou encore du commissaire aux comptes, ne sont pas susceptibles de faire échec à une alerte valide au sens du régime général de la loi « Sapin 2 »**. Il apparaissait en effet souhaitable de protéger de manière absolue le secret médical, le secret professionnel de l'avocat ou celui de la défense nationale car il en va de la sécurité des citoyens ou de l'existence de la Démocratie, contrairement aux autres secrets dont les enjeux touchent moins à l'intérêt général ou à l'ordre public.

1) Le secret médical. – En principe, le secret médical est pénalement protégé. Le médecin ne peut s'en absoudre sans l'accord de son patient que pour dénoncer à l'autorité judiciaire des sévices physiques, sexuels ou psychologiques subis par un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger¹⁷³. Mais le médecin peut devenir lanceur d'alerte dès lors que les faits révélés sortent du champ d'application du secret médical. L'on imagine par exemple un médecin salarié d'une clinique dénonçant des pratiques dangereuses pour les patients ou encore celui qui, salarié d'un laboratoire pharmaceutique, dénonce des risques graves d'exposition à certains effets néfastes d'un médicament qui auraient été dissimulés au public¹⁷⁴.

2) Le secret professionnel de l'avocat. – La France a toujours eu l'une des conceptions les plus strictes au monde du secret professionnel de l'avocat, qui ne peut y renoncer même avec l'accord de son client. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il soit tout aussi absolu en matière d'alerte. **Une nuance doit être relevée. Elle consiste en l'obligation de déclaration de soupçons incombant à l'avocat. En effet, l'avocat est tenu de dénoncer toute information relative à certaines opérations présentant un risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme** en raison du pays ou du territoire d'origine ou de destination des fonds, de la nature des opérations en cause ou des structures juridiques impliquées dans ces opérations¹⁷⁵.

La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'une telle obligation ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret professionnel des avocats car ces derniers ne sont astreints à la déclaration de soupçons qu'en cas d'opérations financières spécifiques de leur client¹⁷⁶. Selon la Cour, *« l'obligation de déclaration de soupçon ne concerne donc que des activités éloignées de la mission de défense confiée aux avocats, similaires à celles exercées par les autres professionnels soumis à [l'obligation de déclaration de soupçons] »*¹⁷⁷.

172. V. sur ces trois secrets « absolus », E. Alt, De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte – À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 : *JCP G 2017, doct. 90, n° 14 et s.*

173. C. pén., art. 226-16 et 226-14.

174. V. par exemple, I. Frachon, Figure du lanceur d'alerte : le cas du Mediator. Entretien : *Hermès, La Revue*, 2015, vol. 73, n° 3, pp. 146-150.

175. CMF, art. L. 561-15 et s.

176. CEDH, 6 déc. 2012, n° 12323/11, Michaud c./ France, §127.

177. *Ibid.*

3) Le secret de la défense nationale. – La protection de l'État et la sécurité nationale impose un régime particulier quant aux faits relevant du « secret défense ». Ni l'État, ni ses démembrements n'échappent à l'obligation de mettre en place un canal pour l'alerte générale de la loi « Sapin 2 »¹⁷⁸. Toutefois, l'alerte spécifique à la lutte anticorruption ne doit être mise en place, dans le secteur public, qu'au sein des établissements publics à caractère industriel et commercial employant au moins plus de 500 salariés ou appartenant à un groupe public employant plus de 500 salariés. Ainsi, **l'État, les établissements publics administratifs ou encore les autorités publiques indépendantes ne sont pas, a priori, soumis à cette obligation. L'expérience montre pourtant que les malversations, les fraudes ou autres délits financiers ne sont pas limités au secteur privé, loin s'en faut, la prégnance de la souveraineté de l'État rendant plus complexe sa soumission au droit qu'il édicte**¹⁷⁹. **Le propos vaut, à l'identique sinon à plus forte raison, s'agissant des institutions internationales et de leurs fonctionnaires**¹⁸⁰.

Des dispositions spécifiques au secret défense ont tout de même été adoptées au sein de la loi « Sapin 2 » : l'article 861-3 du code de la sécurité intérieure prévoit qu'aucun agent ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir porté, de bonne foi, des faits à la connaissance de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement.

b) Les secrets relatifs

• Le secret des affaires

21 août 2013, des individus s'affairent près des bornes Autolib' à Paris avec du matériel informatique. Les agents d'entretien d'Autolib' font remonter l'information à leur hiérarchie. La DCRI est prévenue. Quelques jours plus tard, la police interpelle ces « techniciens ». Ils travaillent pour le groupe BMW, qui se confond alors en excuses en affirmant qu'il s'agissait de « tests bénins et non intrusifs » visant à s'assurer que leurs futurs véhicules électriques seraient compatibles avec les bornes d'Autolib'¹⁸¹. Mais comment en être sûr ?

La protection du secret des affaires constitue un enjeu stratégique essentiel dans le cadre d'une économie mondialisée. D'abord laissée à l'appréciation du juge, la violation du secret des affaires n'était sanctionnée que par le recours à la responsabilité civile de droit

178. « Le secret d'État, le secret défense semblent aujourd'hui suspects, habillant le mensonge ou la dissimulation du prétexte trompeur de l'intérêt général » (J.-D. Bredin, Secret, transparence et démocratie : *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97, p. 5 et s).

179. Dernier exemple en date, la fin du financement du Registre des malformations congénitales en Rhône-Alpes (« Remera ») par la région Auvergne-Rhône-Alpes, à la suite du signalement lancé par sa directrice, Emmanuelle Amar, quant à des naissances d'enfants atteints de malformations. Emmanuelle Amar vient d'ailleurs d'être licenciée. Si le caractère récent de l'affaire interdit de se prononcer quant au bien-fondé du signalement et de la sanction, elle illustre néanmoins les difficultés particulières auxquelles sont confrontés les lanceurs d'alerte dans le secteur public (V. « Pourquoi une telle désertion des financeurs du Registre des malformations congénitales en Rhône-Alpes ? », *Le Monde*, 15 sept. 2018 : https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/09/15/pourquoi-une-telle-desertion-des-financeurs-du-registre-des-malformations-congenitales-en-rhone-alpes_5355520_3232.html ;

Bébés sans bras : la lanceuse d'alerte a reçu sa lettre de licenciement, *Le Parisien*, 28 oct. 2018 : <http://www.leparisien.fr/societe/bebes-sans-bras-la-lanceuse-d-alerte-a-recu-sa-lettre-de-licenciement-28-10-2018-7930005.php>.

180. V. l'exemple de la Banque Mondiale : <http://webdoc.france24.com/corruption-developpement-banque-mondiale/> et la carte des enquêtes associée : <http://webdoc.france24.com/corruption-developpement-banque-mondiale/map/index.html>.

181. Quand BMW s'intéresse de trop près à Autolib... *Le Figaro*, 10 septembre 2013 : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2013/09/09/01016-20130909ARTFIG00824-quand-bmw-s-interesse-de-trop-pres-a-autolib-8230.php>. Quand BMW espionne Autolib... *Le Monde*, 10 septembre 2013 : https://www.lemonde.fr/societe/article/2013/09/10/quand-bmw-espionne-autolib_3473797_3224.html.

commun¹⁸². Seuls des textes législatifs spéciaux protégeaient ponctuellement les secrets d'affaires pour les informations dotées d'une qualité juridique particulière comme les brevets.

La Cour de cassation a récemment octroyé une portée importante au secret des affaires en jugeant, dans une décision remarquable du 22 juin 2017, qu'il pouvait être opposé par une entreprise pour refuser de subir une mesure d'instruction ordonnant la communication d'un « fichier-clients » afin d'apprécier d'éventuels actes de concurrence déloyale¹⁸³. Plus précisément, l'entreprise qui s'opposait à la communication de son « fichier-clients » avait proposé de substituer à cette mesure d'instruction une expertise confiée à un tiers, tenu au secret professionnel, qui serait chargé de comparer les clients communs des deux entreprises concurrentes. Cette remise en cause constructive manifeste le *test de proportionnalité* auquel devra désormais se livrer le juge entre « le colosse de la procédure » qu'est le droit à la preuve¹⁸⁴ et les « titans » que sont devenus les droits à la vie privée et au secret des affaires¹⁸⁵.

Ainsi, même en l'absence de consécration législative, les juges garantissaient tant bien que mal le secret des affaires sur le fondement du droit à la vie privée appliquée aux personnes morales.

Toutefois, l'absence de cadre légal précis conduisait les juges à adopter des solutions contradictoires et très factuelles, sanctionnant pénalement la divulgation des secrets d'affaires tantôt sur le terrain de l'abus de confiance tantôt sur celui du vol. Civilement, la protection était éclatée : concurrence déloyale, propriété intellectuelle, secrets de fabrique, etc.

Dans ce cadre, et à contre-courant du mouvement général de transparence¹⁸⁶, a été adoptée la directive européenne n° 2016-943 du 8 juin 2016, visant à protéger la compétitivité internationale des entreprises européennes. Transposée en France par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, le secret des affaires est désormais une notion unifiée et précise, opposable par les entreprises à certaines conditions. Selon un auteur, « le texte de transposition articule une nouvelle fois liberté d'expression et protection du secret des affaires en ne sanctionnant pas l'auteur de révélations heurtant le secret des affaires tout en veillant à ce que la confidentialité des informations contenues dans le signalement soit assurée dans le cadre du régime juridique général du lancement d'alerte issu de la loi [Sapin 2] »¹⁸⁷.

- *L'information protégée et les précautions adoptées par la directive*

La directive européenne du 8 juin 2016 permet aux États de placer sous le sceau du secret des affaires toute information qui :

182. F. Meuris-Guerrero, L'élaboration d'un droit du secret des affaires... vers une para-propriété intellectuelle ? *Comm. Com. Électronique* 2018, n° 6, alerte 44.

183. Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-27.845 : *Bull. civ. à paraître* ; *RTD civ.* 2017, p. 661 et s., note H. Barbier ; *Dalloz IP/IT* 2017, p. 543, note O. De Maison-Rouge.

184. R. Perrot, Mesures d'instructions préventives : le suivi : *RTD civ.* 1995, p. 679 et s.

185. H. Barbier, note ss Civ. 1^{re}, 22 juin 2017, n° 15-27.845 : *RTD civ.* 2017, p. 661 et s.

186. J.-D. Bredin, Secret, transparence et démocratie : *Pouvoirs*, 2001/2, n° 97, p. 5 et s. Adde, C. Blanquart, Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise : *JCP S* 2018, 1292, spéc. n° 1 ; V. aussi Secret des affaires, transparence : où placer le curseur ? *Le Monde*, 28 avril 2016 : https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/04/28/secret-des-affaires-transparence-ou-placer-le-curseur_4909983_3232.html. Des lanceurs d'alerte, associations et journalistes interpellent Macron sur la loi sur le secret des affaires, *Le Monde*, 16 avril 2018 : https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2018/04/16/des-lanceurs-d-alerte-associations-et-journalistes-interpellent-emmanuel-macron-sur-la-loi-controversee-sur-le-secret-des-affaires_5286163_3236.html.

187. C. Blanquart, Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise : *JCP S* 2018, 1292, spéc. n° 20.

- 1) Est secrète dans le sens où elle n'est pas accessible hors de l'entreprise.
- 2) Dispose d'une valeur commerciale en raison de son caractère secret.
- 3) A fait l'objet de l'adoption par l'entreprise de mesures raisonnables pour qu'elle reste secrète¹⁸⁸. S'agissant de cette dernière condition, Maître de Maison Rouge estime que l'entreprise doit « *se concentrer sur ce qui doit être tenu secret ; toute information n'a pas vocation à être protégée. En effet, tout classifier serait contreproductif (...) il convient au préalable de recenser les données constitutives des avantages concurrentiels de l'entreprise* »¹⁸⁹.

Dans ses rapports avec les alertes, le préambule de la directive « secret des affaires » précise que les mesures prévues par la directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alertes. Concrètement, la protection des secrets d'affaires ne joue pas lorsque la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où celle-ci permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale.

Cette articulation se traduit au sein de l'article 5 de la directive par la présence de **quatre dérogations au secret des affaires** :

- 1) la liberté d'expression, en ce compris la liberté de la presse ;
- 2) la révélation d'une faute, d'un acte répréhensible ou d'une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ;
- 3) la divulgation d'informations par des salariés à leurs représentants si celle-ci est nécessaire ;
- 4) la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou un droit national.

• *La transposition française*

La directive européenne offrait donc au législateur français le cadre précédemment décrit, à charge pour ce dernier de transposer la directive par une loi nationale, ce qui a été réalisé par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018. Cette dernière adopte une définition du secret des affaires identique à celle de la directive. Des exceptions à la protection du secret des affaires sont admises. Trois articles du code de commerce précisent trois groupes d'exceptions. D'abord, le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives¹⁹⁰.

Ensuite, à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue dans l'exercice de la liberté d'expression et en particulier dans l'exercice de la liberté de la presse, ou encore pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, « *y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016* »¹⁹¹. La

¹⁸⁸. Dir. 8 juin 2016, n° 2016-943, art. 2, 1).

¹⁸⁹. O. de Maison Rouge, Le secret des affaires : une protection juridique des données stratégiques : *Village de la Justice*, 2 août 2018, <https://www.village-justice.com/articles/secret-des-affaires-une-protection-juridique-des-donnees-strategiques,29154.html>.

¹⁹⁰. C. com., art. L. 151-7.

¹⁹¹. C. com., art. L. 151-8.

protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national est également mentionnée.

Enfin, toujours à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable si l'obtention du secret d'affaires est intervenue dans le cadre de l'exercice du droit à l'information et à la consultation des salariés ou de leurs représentants ou si la divulgation du secret des affaires émane de salariés en direction de leurs représentants, dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice. L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes *autres* que les salariés ou leurs représentants¹⁹². Dès lors, un représentant élu obtenant un secret des affaires dans le cadre de la consultation de l'instance qui utiliserait ce secret en dehors des cas prévus par la loi engagerait sa responsabilité civile¹⁹³.

- *La validation constitutionnelle de la loi sur le secret des affaires*

La critique de la loi sur le secret des affaires se concentrait sur l'absence de définition précise de « l'information protégée », ce qui engendrerait un risque de « procédures baillons » de la part des entreprises, mettant en danger la liberté de la presse. Pour de nombreux syndicats et certains parlementaires, la loi est liberticide¹⁹⁴. Dférée au Conseil constitutionnel, les sages ont pourtant rendu le 26 juillet 2018 une décision de conformité totale de la loi à la Constitution¹⁹⁵. S'agissant des critiques relatives à l'imprécision de la notion d'« information protégée » et à l'absence de limites, le Conseil constitutionnel rappelle sa jurisprudence classique selon laquelle il ne peut contrôler, en l'absence d'atteinte à un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, la conformité d'une loi qui se borne à tirer les conséquences des termes inconditionnels et précis d'une directive européenne. Dès lors, il appartiendra aux juridictions saisies à l'occasion d'un litige de renvoyer éventuellement une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne afin que la question de la délimitation du secret des affaires soit tranchée.

En revanche, la directive laissant des marges de manœuvres au législateur national pour adapter certaines de ses dispositions, le Conseil constitutionnel reste compétent pour apprécier la constitutionnalité des mesures adoptées dans cette marge. S'agissant plus spécifiquement du lanceur d'alerte, un grief d'inintelligibilité de la loi protégeant le secret des affaires était soulevé en raison de l'exception au secret des affaires tenant à une alerte lancée dans le cadre de la loi « Sapin 2 ».

L'argument des sénateurs qui avaient saisi le Conseil constitutionnel était le suivant : le droit d'alerte, mal défini, ne peut être une exception valable à la protection du secret des affaires

192. C. com., art. L. 151-9.

193. Il convient de rappeler ici que les représentants du personnel étaient déjà tenus au secret professionnel s'agissant des procédés de fabrication ainsi qu'à une obligation de discrétion pour toutes les informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur lors de leur divulgation.

194. Des lanceurs d'alerte, associations et journalistes interpellent Macron sur la loi sur le secret des affaires, Le Monde, 16 avril 2018, https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2018/04/16/des-lanceurs-d-alerte-associations-et-journalistes-interpellent-emmanuel-macron-sur-la-loi-controversee-sur-le-secret-des-affaires_5286163_3236.html.

195. Cons. constit., n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018 : *JCP E 2018, act. 624* ; V. Le Conseil constitutionnel valide la loi controversée sur le secret des affaires : Le Monde, 26 juillet 2018, https://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2018/07/26/le-conseil-constitutionnel-valide-la-loi-controversee-sur-le-secret-des-affaires_5336408_3236.html.

sauf à remettre totalement en cause le principe même de la protection de ce secret. Cependant, le Conseil rejette l'argument en considérant que l'exercice du droit d'alerte serait une exception au secret encadrée de manière suffisamment claire et précise dans la loi « Sapin 2 ». Ainsi la mise à l'écart du secret des affaires en cas d'alerte n'est possible que par un exercice du droit d'alerte conforme aux conditions posées par la loi « Sapin 2 »¹⁹⁶.

- *Le devoir de loyauté du salarié*

S'il ne s'agit pas à proprement parler d'un secret ou d'une obligation de confidentialité, le devoir de loyauté du salarié, propre à tout contrat de travail, entre lui aussi en contradiction directe avec le droit d'alerte¹⁹⁷.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est à cet égard particulièrement éclairante¹⁹⁸. Les devoirs traditionnels du salarié envers son employeur restent applicables et ne sont pas forcément suspendus par l'exercice d'un droit d'alerte. Seule l'« alerte légitime » peut surclasser l'obligation de loyauté du salarié. Une mise en balance des droits fondamentaux applicables doit donc s'opérer.

La bonne foi du salarié lanceur d'alerte est, en tout état de cause, nécessaire : la vraisemblance et la croyance légitime en la véracité des faits rapportés est une condition indispensable à l'exercice du droit d'alerte. Comme l'affirme le Professeur de droit public Chaltiel Terral, il existe un principe de proportionnalité qui commande une « *mise en balance entre les avantages en termes d'intérêt général escomptés d'une divulgation et les effets dommageables potentiels sur la structure et les personnes concernées* »¹⁹⁹.

Réciproquement, « *le droit à faire un signalement ou une révélation d'informations d'intérêt général ne peut être exclu d'aucun contrat de travail* »²⁰⁰, même par une clause de confidentialité « *renforcée* ». Une conciliation s'impose.

2. Vers un équilibre des mécanismes ?

À la peur d'une délation systématique s'est ajoutée la crainte d'une impossible conciliation, par les entreprises, des divers impératifs en présence. Les solutions apportées par la pratique, toujours porteuses d'innovations, laissent espérer une stabilisation des alertes professionnelles et des dispositions qui les régissent. Le rôle modérateur et pédagogique du Défenseur des droits²⁰¹ et de certaines ONG comme Transparency International²⁰² devraient également y contribuer.

196. « *Le législateur a ainsi défini cette exception à la protection du secret des affaires en des termes suffisamment précis et dépourvus d'équivoque. Les griefs tirés de la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et de l'incompétence négative doivent donc être écartés* » (Cons. constit., n° 2018-768 DC du 26 juillet 2018, § 23).

197. V. en ce sens, F. Chaltiel Terral, *Les lanceurs d'alerte* : Dalloz, 2018, p. 109-117.

198. V. not. CEDH, 8 janv. 2013, n° 40238/02, Bucur c./ Roumanie.

199. F. Chaltiel Terral, *Les lanceurs d'alerte* : Dalloz, 2018, p. 109-117, spéc. p. 111.

200. Recommandation CM/REC 2014 sur la protection des lanceurs d'alerte, 30 avril 2014, p. 24.

201. Guide du Défenseur des droits, Orientation et protection des lanceurs d'alerte : juillet 2017.

202. N. M. Meyer, Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte : Transparency International, décembre 2017.

• *Vers une organisation contractuelle de la confidentialité ?*

Les accords de confidentialité sont, en pratique, courants. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats les a d'ailleurs partiellement consacrés²⁰³.

Ainsi que l'a pressenti le Professeur Buy, il est probable que les accords de confidentialité soient stimulés par l'adoption d'une protection générale du secret des affaires²⁰⁴. Mais la garantie absolue qu'un secret ne sera jamais divulgué de manière illicite ne peut être assurée. La consécration du secret des affaires pourrait projeter ces accords sur le devant de la scène juridique comme instrument principal de conciliation entre le droit au secret et le droit à l'alerte.

En revanche, la directive « secret des affaires » adopte une posture particulière : toutes les informations sont *présumées* protégées, à l'exception des informations illicites²⁰⁵, qui peuvent faire l'objet d'une divulgation. **Il aurait été plus simple d'affirmer directement que les informations portant sur des faits illicites ne sont pas protégées**²⁰⁶.

Ainsi, toutes les fois où le secret ou l'alerte semble, tour à tour, l'emporter sur la notion concurrente, le jeu d'une articulation légale, jurisprudentielle ou pratique vient empêcher la mort de l'une de ces deux exigences. Entre la protection d'un secret et celle du « droit » d'alerte que le législateur, les juges et la pratique essaient d'assurer, l'équilibre des pouvoirs est terriblement délicat ! En protégeant l'un et l'autre, la protection assurée est forcément imparfaite...

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Les entreprises doivent, face à ce constat, miser sur la pédagogie des dispositifs d'alerte. Une bonne maîtrise des règles est de l'intérêt de chacun : 1) de l'entreprise qui ne souhaite pas voir émerger une myriade de lanceurs d'alerte dans son périmètre ; 2) des salariés qui doivent être avertis des sanctions encourues en cas d'alerte illicite. Ce n'est qu'à ces conditions qu'émergeront de bonnes pratiques d'entreprise.

B – Les bonnes pratiques de l'entreprise dans la gestion des signalements

Gestion de la protection, coûts et traitement. – Puisque tel est l'objectif premier de la loi, le groupe de travail a souhaité éclaircir la signification, en pratique, de la protection du lanceur d'alerte (1). La question de la charge financière que représente pour l'entreprise

²⁰³. C. civ., art. 1112-2 : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun » ; art. 1230 : « La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence ».

²⁰⁴. F. Buy, Lanceurs d'alerte et secrets d'affaires. Que fait-on des accords de confidentialité ? in Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : LGDJ, 2017, p. 248 et s.

²⁰⁵. Détenues illégalement ou dont l'objet même est illégal.

²⁰⁶. L'immunité civile du lanceur d'alerte n'est jamais frontalement abordée par les textes de sorte que la question de l'engagement de sa responsabilité civile délictuelle peut se poser. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'un salarié, la jurisprudence sociale subordonne l'engagement de la responsabilité à de strictes conditions tenant à la réunion des critères de la faute lourde. Celle-ci se caractérise par l'intention de nuire à l'employeur : elle n'est presque jamais retenue par le juge et a pu, pour illustration, être écartée en présence d'un vol de matériel par le salarié. En revanche, rien n'empêche un employeur agissant au pénal contre son salarié dès lors qu'il a pu réunir les preuves de l'infraction, de se constituer partie civile et d'obtenir réparation devant le juge pénal. Encore faut-il qu'une infraction soit caractérisée. (V. not. F. Buy, *Ibid.*, spéc. p. 251. D. Schmidt, Les secrets d'affaires et les étouffeurs d'alerte : D. 2016, p. 1425 et s.)

la multiplication des procédures d'alerte est également centrale : quels coûts ? Pour quelle efficacité (2) ? Enfin, le traitement pratique d'une alerte depuis sa réception jusqu'à la clôture d'une enquête éventuelle a fait l'objet de longues discussions au sein du groupe de travail (3).

1. La gestion de la protection du lanceur d'alerte

Contenu, limites. - Il convient de déterminer précisément le contenu de la protection octroyée au lanceur d'alerte (a) pour en déceler les limites (b).

a) Le contenu de la protection

- *Protection disciplinaire*

La loi « Sapin 2 » protège le lanceur d'alerte contre les risques de représailles dans l'entreprise. Un nouvel alinéa a été inséré dans l'article L. 1132-3-3 du code du travail qui prévoit l'interdiction de toute forme de discrimination ou de sanction fondée sur l'exercice du droit d'alerte.

La loi étend l'aménagement de la charge de la preuve (favorable pour le salarié) en matière de harcèlement ou de discrimination au litige faisant suite à la sanction ou au licenciement d'un lanceur d'alerte : le lanceur d'alerte peut se contenter de faire état d'éléments factuels laissant présumer des représailles ; l'employeur doit alors démontrer que la sanction prise à l'encontre du salarié est objective et totalement indépendante de l'alerte.

Si l'employeur ne peut démontrer que la décision a été prise sans lien avec l'alerte, le licenciement sera nul, comme toute autre mesure prise en violation des dispositions protectrices du lanceur d'alerte²⁰⁷.

- *Protection pénale*

L'immunité pénale du lanceur d'alerte est *indépendante* de l'octroi de la protection disciplinaire²⁰⁸. Elle est soumise à de plus strictes conditions. Le nouvel article 122-9 du code pénal prévoit en effet **l'immunité pénale du lanceur d'alerte qui porte atteinte à un secret protégé par la loi à la triple condition que cette divulgation soit : 1) nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, 2) qu'elle intervienne dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et 3) que la personne réponde aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus par la loi**. Le moindre écart de procédure peut entraîner la perte de l'immunité pénale. En effet, si le juge prud'homal se montrera vraisemblablement souple pour l'octroi de la protection disciplinaire, le juge pénal ne pourra faire preuve d'une telle souplesse, en vertu du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, ce qui ne signifie pas que la protection pénale restera sans effet. La toute première décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 17 octobre 2018 le démontre d'ailleurs²⁰⁹ (*cf. encadré ci-dessous*).

²⁰⁷ C. trav., art. L. 1132-4.

²⁰⁸ V. not. M.-C. Sordino, Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? *Rev. Sociétés* 2017, p. 198 et s.

²⁰⁹ Cass. crim., 17 oct. 2018, n° 17.80.485 : *JCP S* 2018, act. 319.

1^{re} décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation (17 octobre 2018)

En janvier 2013, dans le cadre d'un contrôle du temps de travail dans un établissement de l'entreprise Tefal, une inspectrice du travail s'est aperçue que l'accord collectif sur le temps de travail était illégal. Par la suite, l'entreprise a contacté le supérieur hiérarchique de l'inspectrice du travail, c'est-à-dire le directeur départemental du travail, afin de se plaindre d'un acharnement de la part de l'inspectrice. Cette dernière affirme avoir subi des pressions importantes de la part de son supérieur hiérarchique qui visaient à entraver sa mission de contrôle de l'entreprise en question.

C'est alors que l'inspectrice du travail reçoit de façon anonyme sur sa messagerie des documents confidentiels de l'entreprise établissant des liens entre l'entreprise Tefal et le directeur départemental du travail (l'entreprise avait trouvé un stage pour l'un de ses proches et l'entreprise faisait pression sur le directeur pour que l'inspectrice abandonne ses contrôles). L'inspectrice transmet les documents confidentiels de l'entreprise au Conseil national de l'inspection du travail ainsi qu'à des organisations syndicales du ministère du Travail. Selon l'inspectrice, cette divulgation était nécessaire pour assurer sa défense dans le cadre du litige qui l'opposait à son supérieur hiérarchique. Mais elle a d'abord été condamnée à 3 500 euros d'amende avec sursis pour recel et violation du secret professionnel²¹⁰.

Le 17 octobre 2018, la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé cette décision en considérant que l'immunité pénale prévue par la loi « Sapin 2 » pouvait jouer. Les juges devaient donc vérifier si l'inspectrice du travail était « lanceur d'alerte » au sens de cette loi.

- *Protection de l'identité*

La loi « Sapin 2 » garantit également la stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement. Cette confidentialité est garantie par l'interdiction faite à toute personne (c'est-à-dire tant l'employeur qu'aux salariés) de divulguer l'un quelconque des éléments précités, sauf à l'autorité judiciaire, sous la menace d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

- *Protection financière du lanceur d'alerte ?*

Au-delà des protections disciplinaire, pénale et de l'identité, l'absence de protection « financière » complète du lanceur d'alerte est pointée du doigt par certaines ONG comme Transparency International. En effet, si le lanceur d'alerte injustement licencié pourra obtenir à terme la nullité de son licenciement et des dommages et intérêts, Transparency International estime que son entier préjudice ne sera souvent pas réparé. **Les années de combat judiciaire, la perte de revenus et la difficulté à retrouver un emploi peuvent inciter le lanceur d'alerte potentiel à se taire.** Par ailleurs, pour obtenir du juge qu'il le déclare comme étant un « véritable » lanceur d'alerte, le salarié licencié doit prendre l'initiative de l'action en justice contre son ancien employeur et donc avancer de nombreux frais liés à la procédure et à sa défense.

L'ONG Transparency International propose ainsi de **créer un fonds européen permettant aux personnes se déclarant lanceurs d'alerte d'obtenir l'avance de leurs frais de justice**

²¹⁰. Chambéry, 16 novembre 2016 RG n° 16/00045.

afin d'agir sans crainte de devoir assumer des frais parfois importants²¹¹. Dans un tel système, l'octroi du financement serait subordonné au caractère vraisemblable de l'alerte avec des critères de recevabilité et le refus de financement ne devrait pas empêcher le lanceur d'alerte d'agir en utilisant ses propres ressources²¹².

La France a failli adopter un tel mécanisme. En effet, l'article 14 de la loi « Sapin 2 » prévoyait, avant de passer à travers le filtre du Conseil constitutionnel, que le Défenseur des droits pouvait accorder, dans certains cas, une aide financière ou un secours financier à un lanceur d'alerte. Toutefois, en l'absence d'attributions en ce sens reconnues à l'Autorité du Défenseur des droits (le Conseil ayant par ailleurs retoqué la loi organique élargissant les pouvoirs du Défenseur des droits), l'article 14 de la loi « Sapin 2 » ne pouvait qu'être censuré²¹³. **La mission du Défenseur des droits est donc juridiquement limitée à l'orientation du lanceur d'alerte qui le saisirait**²¹⁴. En 2016, Transparency International militait pour qu'une autorité administrative indépendance soit créée pour protéger les personnes, recueillir et traiter les alertes, publier des rapports annuels (avec des données statistiques), et proposer des recommandations pour amender la loi si nécessaire. Si le Défenseur des droits a bien hérité d'un rôle d'orientation des lanceurs d'alerte, Jacques Toubon, l'actuel Défenseur des droits, estime que les dispositifs de protection ne sont pas suffisants en l'état²¹⁵. Il regrette notamment de ne pas pouvoir qualifier lui-même les individus de lanceur d'alerte ou non et l'absence de toute harmonisation entre les multiples statuts de lanceur d'alerte.

Selon l'auteur d'un signalement provenant du secteur bancaire, la protection conférée par la loi « Sapin 2 » n'aurait qu'un impact très limité : dans la plupart des cas, les lanceurs d'alerte étaient, il est vrai, déjà protégés par des lois spéciales. L'édification d'une protection légale supplémentaire ne serait donc pas de nature à empêcher les acteurs économiques qui le souhaitent de s'absoudre du respect des lois.

- *Protection « réputationnelle » du lanceur d'alerte ?*

L'absence de protection « réputationnelle » du lanceur d'alerte est une question qui commence à émerger face aux difficultés à retrouver un travail des lanceurs d'alertes ayant quitté leur entreprise d'origine, y compris pour ceux dont l'alerte a été jugée légitime.

Une étude récente de deux professeurs en comportement organisationnel, Thierry Nadisic et Tessa Melkonian, tente de comprendre pourquoi les entreprises rechignent à recruter d'anciens lanceurs d'alerte²¹⁶.

211. Entretien avec Nicole Marie Meyer.

212. On peut évidemment s'interroger sur la logique consistant à confier à un organisme extérieur à l'entreprise le pouvoir d'apprécier le caractère potentiellement fondé ou non du signalement, avant même le signalement interne (puisque le but du financement serait justement d'inciter à l'action). Par ailleurs, sans évolution législative, le risque actuel est de voir le salarié perdre immédiatement la protection de la loi « Sapin 2 », au motif qu'il aurait procédé à un signalement à l'extérieur de l'entreprise avant d'utiliser la voie interne.

213. Cons. constit., n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016, § 136-137.

214. Même si un rôle protecteur lui est indirectement dévolu, via sa mission de lutte contre les discriminations.

215. J. Toubon, Lecture indépendante d'une innovation législative. La création du dispositif de protection des lanceurs d'alerte in Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ 2017*, p. 397 et s. *Addé* Interview de Jacques Toubon, Défenseur des droits, la charnière centrale : 15 sept. 2018 : <https://www.franceculture.fr/emissions/politique/defenseur-des-droits-la-charniere-centrale>.

216. T. Nadisic et T. Melkonian, Pourquoi les entreprises ne recrutent-elles pas les lanceurs d'alerte ? 2016, <http://knowledge.em-lyon.com/pourquoi-les-entreprises-ne-recrutent-elles-pas-les-lanceurs-dalerte/>.

Cette étude met en évidence trois résultats. En premier lieu, les recruteurs s'intéressent à la façon dont l'alerte a été lancée. Les lanceurs d'alerte qui n'ont pas d'abord dénoncé l'atteinte en interne, selon les procédures en vigueur dans l'entreprise, sont les plus rejetés : *« la procédure suivie par le lanceur d'alerte doit être juste : il doit d'abord avoir agi en interne et laissé le temps à l'entreprise de corriger le problème »*²¹⁷.

En deuxième lieu, est relevée la contradiction évidente entre la loyauté de l'individu à son organisation et à la société civile. L'individu lanceur d'alerte a fait le choix de privilégier sa loyauté envers la société civile plutôt qu'envers son organisation. Indépendamment du bien-fondé juridique de l'alerte, les recruteurs perçoivent très mal qu'un individu ait fait cet arbitrage si le manquement de l'entreprise n'avait qu'un impact négatif très faible sur la société et que, parallèlement, l'alerte a eu des conséquences fortement dommageables pour l'entreprise.

En troisième lieu, l'alerte a jeté un doute sur la « flexibilité » du lanceur d'alerte. Elle renvoie l'image d'un individu procédurier, incapable de s'écarter du respect de certaines règles formelles dans l'entreprise, même lorsque cela est de « l'intérêt de tous ». Par exemple, l'individu aura-t-il la capacité de ne pas suivre le circuit classique d'une prise de décision dans l'entreprise lorsque l'urgence ou l'enjeu le justifie ? Le lanceur d'alerte devrait donc, pour se faire accepter dans une nouvelle entreprise, prouver qu'il dispose d'une telle capacité.

En définitive, il apparaît, pour les recruteurs interrogés lors de l'étude, que le lanceur d'alerte doit montrer qu'il sait se livrer à un calcul utilitariste coûts / avantages. Le recruteur doit être persuadé que la prévalence de l'intérêt de la société civile au mépris de celui de l'entreprise ne se fera *« que lorsqu'une frontière morale a été dépassée : celle du danger pour autrui »*²¹⁸.

b) Les limites de la protection

• *L'absence de limite temporelle expresse*

La durée de la protection disciplinaire du lanceur d'alerte fait l'objet de toutes les attentions. Aucune limite temporelle expresse ne l'accompagne. Dès lors, même une fois l'alerte définitivement traitée, qui plus est en interne, l'employeur ne peut pas prendre à l'égard d'un salarié la moindre mesure disciplinaire ou discriminatoire qui serait directement justifiée par son alerte ou qui présenterait le moindre lien, même indirect, avec l'alerte faite de bonne foi, peu important que la loi « Sapin 2 » soit applicable ou non dès lors que demeure le risque d'une protection reconnue *a posteriori* par le juge.

• *La présence d'une limite matérielle fragile*

L'absence de limite temporelle de la protection trouve sa solution dans le régime de la preuve inversée, classique en droit du travail.

En effet, en théorie, la protection du lanceur d'alerte n'est pas absolue. L'employeur garde la possibilité de prendre des sanctions disciplinaires s'il démontre que sa décision est complètement indépendante et autonome de l'alerte émise par le salarié. En pratique, il est très complexe, voire impossible, de rapporter une telle preuve.

217. *Ibid.*

218. *Ibid.*

L'employeur qui envisage de prendre une mesure disciplinaire à l'encontre d'un salarié doit donc soigneusement étayer son dossier. **La suspicion et la propension du juge à requalifier la mesure disciplinaire en mesure de représailles sera d'autant plus forte si l'alerte est très récente ou qu'elle n'a pas été correctement traitée par l'entreprise.** Si la limite à la protection du lanceur d'alerte réside donc dans la distinction et l'indépendance matérielles des faits dénoncés et de ceux au soutien de la mesure disciplinaire, cette frontière est fragile...

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Comment considérer en pratique le cas d'un salarié qui émet une alerte relative à son supérieur hiérarchique qui favoriserait certains fournisseurs en échange de rétro-commissions ? L'alerte est traitée par le « responsable éthique » de l'entreprise ; elle est fondée et le salarié lanceur d'alerte est par la suite promu pour remplacer le supérieur hiérarchique licencié. Si le salarié promu ne donne pas satisfaction, un licenciement pour insuffisance professionnelle sera-t-il interdit par son ancien statut de lanceur d'alerte ? En l'absence de période probatoire obligeant l'employeur à replacer le salarié dans ses fonctions antérieures, l'employeur qui licencie dans une telle situation pourra avancer : 1) que tout lien de causalité avec son statut de lanceur d'alerte est exclue puisque l'alerte a été traitée par l'entreprise et que, loin de sanctionner le lanceur d'alerte, ce dernier a été récompensé par une promotion ; 2) que le salarié est réellement insuffisant à son nouveau poste en justifiant de solides éléments matériels.

D'une manière générale, l'écoulement du temps joue en faveur de l'entreprise : plus l'alerte s'éloigne, moins elle a de chances d'être retenue par le juge comme étant la cause d'une mesure de rétorsions.

2. Le coût des signalements pour l'entreprise

« Je paie pour qu'on le voie »²¹⁹. – En France comme ailleurs, sont relevés les coûts significatifs pour les entreprises relatifs à la mise en place des procédures d'alertes²²⁰. Il ne s'agit pas des dommages et intérêts dus au lanceur d'alerte qui aurait subi une mesure de représailles mais bien des coûts fonctionnels de mise en place des procédures d'alerte et de fonctionnement.

Il est constaté qu'un « écosystème » a vu le jour avec l'alerte professionnelle : « *cabinets de conseils spécialisés, prestataires extérieurs qui prennent en charge l'outil, etc. pour un coût qui peut aller jusqu'à plusieurs dizaines de milliers d'euros parfois, témoignant encore de l'investissement financier et humain placé dans cet outil, alors même qu'il semble peu utilisé* »²²¹.

La phrase choc prononcée par un Directeur Éthique en 2015 à propos des procédures d'alerte témoigne à cet égard d'un certain pessimisme : « Je paie pour qu'on le voie »²²²...

219. Propos tenus par un Directeur Éthique d'une grande entreprise, cité par M. Fanchini, « Je paie pour qu'on le voie » : les dispositifs d'alerte professionnelle en question : <http://www.strategie-aims.com/events/conferences/25-xxiveme-conference-de-l-aims/communications/3418-je-paie-pour-quon-le-voie-les-dispositifs-dalerte-professionnelle-en-question/download>.

220. E. Seassaud, Le lanceur d'alerte en droit anglais – Un acteur responsable par-delà les archétypes du traître et du héros : *Cah. de droit de l'entreprise 2018*, n° 1, doss. 7.

221. M. Fanchini, « Je paie pour qu'on le voie » : les dispositifs d'alerte professionnelle en question : 2015, <http://www.strategie-aims.com/events/conferences/25-xxiveme-conference-de-l-aims/communications/3418-je-paie-pour-quon-le-voie-les-dispositifs-dalerte-professionnelle-en-question/download>.

222. *Ibid.*

Ainsi, la mise en place et l'existence de la procédure d'alerte dans l'entreprise serait **une fin en soi** afin de rassurer les salariés, les tiers, les clients, l'État, etc. sur l'éthique de l'entreprise... **Les entreprises industrielles subissent donc, dix ans plus tard, la même évolution que les banques et les assurances : l'explosion des missions de supports et de l'audit**²²³. Un conflit certain existe entre les alertes et le travail incessant imposé par les pouvoirs publics et auxquels les entreprises s'astreignent pour réduire les coûts de fonctionnement par la simplification. Les alertes démultiplient en effet le coût des fonctions supports dès lors que l'efficacité en la matière suppose que des individus, voire des équipes entières, soient formés et familiarisés et dédiés au traitement des alertes, outre le recours éventuel à des prestataires extérieurs. L'air du temps veut en effet que tout soit « auditable », puisse faire l'objet de « reporting », se retrouver sur tous les supports, y compris numériques.

- *Les coûts de l'alerte infondée*

Lorsque l'alerte est infondée mais fuite dans la presse qui relaie l'information, le coût pour l'entreprise peut être inestimable. Le préjudice d'image peut avoir des conséquences durables sur le niveau des ventes futures ; il est parfois irréversible. Quand bien même l'entreprise obtiendrait une condamnation judiciaire du « faux lanceur d'alerte » plusieurs mois ou années après les faits, un tel « blanchiment » n'aurait que peu d'impact et serait, en tout état de cause, insusceptible de réparer le coût pour la période passée.

Dans le **cas de l'entreprise Renault**, la direction avait reçu en 2011 des lettres anonymes d'un « lanceur d'alerte » dénonçant l'espionnage industriel envers la Chine auquel se livraient plusieurs cadres. L'entreprise, face à la gravité des faits dénoncés réagit trop promptement et licencie les cadres après une enquête précipitée et sommaire. Par la suite, une fois l'emballage médiatique passé et le recours à une enquête plus approfondie, la direction réalise que les lanceurs d'alerte, membres de la sécurité, percevaient des rétrocessions auprès du prestataire chargé des enquêtes en cas d'alerte, alertes qui étaient donc montées de toute pièce.

Dominique Grevey, le chef de la sécurité Renault, licencié, a saisi le Conseil de prud'hommes pour que la nullité de son licenciement soit reconnue. Il a été débouté²²⁴. Non seulement l'auteur du signalement avait ici conscience de la fausseté des faits qu'il dénonçait mais l'intérêt personnel de ce dernier était en cause. Il s'agit là d'un cas topique des dérives liées aux alertes... C'est ici la peur d'être vue comme une entreprise peu fiable qui a poussé Renault à *surréagir avant d'avoir tous les éléments en main*. Des procédures pénales sont à l'heure actuelle engagées contre quatre auteurs identifiés pour corruption et escroquerie²²⁵.

L'absence de dispositif d'alerte efficace ou le mauvais traitement d'une alerte peuvent donc avoir des conséquences financières pour l'entreprise bien plus préjudiciables que le coût de la mise en place de ces procédures. D'abord, en l'absence de procédure de traitement des alertes en interne, l'entreprise dont la carence est établie ne peut reprocher à l'auteur du signalement de se tourner vers les autorités publiques et, le cas échéant, vers

223. Comme cela a été souligné par différents membres du groupe de travail.

224. Cf. pour un extrait des plaidoiries : https://lentreprise.lexpress.fr/rh-management/droit-travail/affaire-d-espionnage-chez-renault-le-barbouze-se-rebiffe-aux-prud-hommes_1921747.html.

225. Le Monde, Fausse affaire d'espionnage chez Renault : quatre personnes renvoyées devant le tribunal, 16 mars 2017 : https://www.lemonde.fr/economie/article/2017/03/16/fausse-affaire-d-espionnage-chez-renault-quatre-personnes-renvoyees-devant-le-tribunal_5095686_3234.html.

les médias. Le coût de l'absence de procédures internes réside en la multiplication du risque d'atteintes à la réputation et à l'image de l'entreprise, qui comptent parmi ce qu'elle a de plus précieux (mais aussi de plus volatile). Un dispositif d'alerte efficace limite aussi les risques d'alertes « sauvages » comme le « *Name&Shame* » sur lesquelles l'entreprise n'a aucune prise, surtout une fois enclenché l'engrenage médiatique et internet.

- *La réduction des coûts liés à la dénonciation des fraudes ?*

En pratique, « face au risque juridique et judiciaire, qui pèse désormais sur les entreprises du fait du renforcement des pouvoirs régulateurs en la matière, ces dernières devront envisager une revalorisation des budgets dédiés aux questions de conformité »²²⁶, l'enjeu pour les entreprises étant de s'offrir les moyens d'un traitement efficace de l'alerte en interne.

Le coût de la mise en place des dispositifs d'alerte pourrait être contrebalancé par la détection des fraudes qui constituent un fléau pour les entreprises. Selon une étude de l'AFCE (*Association of Certified Fraud Examiners*) portant sur un panel représentatif des entreprises dans le monde²²⁷, un cas moyen de fraude interne coûte à l'entreprise 5 % de son chiffre d'affaires. Pour 23,2 % des entreprises, la fraude représente un coût supérieur à 1 000 000 de dollars. La plupart des fraudes internes sont le détournement de fonds, le remboursement de frais fictifs, l'utilisation du véhicule professionnel à des fins personnelles, l'amélioration fictive des ventes afin d'obtenir un bonus, les arrêts maladies de complaisance, etc.

En moyenne, une fraude interne est détectée au bout de 18 mois, notamment parce que 95 % des fraudeurs sont « proactifs » et mettent en œuvre des actions pour dissimuler leurs fraudes. Or, toujours selon l'étude de l'AFCE, la dénonciation ou le « tuyau » reste de très loin le moyen le plus efficace et le plus répandu pour porter la fraude à la connaissance de l'employeur : 29,6 % des fraudes sont ainsi découvertes via une dénonciation et jusqu'à 43,5 % dans les entreprises de plus de 100 salariés. À côté, la surveillance classique et l'audit font pâle figure : la revue hiérarchique ne permet en effet de détecter que de 12,7 à 14,5 % des fraudes et l'audit interne de 12 à 18,6 %.

Quant à l'audit externe, il est, contrairement aux idées reçues, moins efficace car seules 2,6 à 6,4 % des fraudes sont détectées par ce biais. Cela ne signifie pas qu'il faut privilégier l'un de ces moyens par rapport à un autre : ils sont complémentaires.

Il ressort néanmoins de l'étude que l'alerte reste un outil essentiel de lutte contre la fraude interne dans les entreprises. Parmi les fraudes repérées via des signalements, 50 % de ces derniers proviennent des salariés de l'entreprise, 18 % de ses clients et 14 % de sources anonymes. Il est noté que la présence d'une *hotline* dans l'entreprise augmente sensiblement le nombre de dénonciations. Selon l'étude, les entreprises auraient tout intérêt pour lutter efficacement contre la fraude à multiplier les canaux de remontées des informations (*hotline*, formulaires en ligne, e-mail, courrier, ...).

*

* *

²²⁶. O. De Maison Rouge, Les lanceurs d'alerte : *Lex-Squared*, 2017, p. 17.

²²⁷. <http://www.acfe-france.fr/files/2016-report-to-the-nations.pdf> ; V. pour un résumé « Quelles solutions pour lutter contre la fraude interne ? » : *La Revue Fiduciaire, RF Comptable*, n° 441, sept. 2016. L'étude contient l'analyse de 2 410 cas de fraudes survenues dans 114 États différents.

Conclusion

Pour les plus pessimistes, les dispositifs d'alerte peuvent néanmoins être considérés comme un moindre mal pour l'entreprise : l'alerte permet parfois la résolution en interne de problèmes sensibles qui auraient autrement été exposés au grand jour. Pour d'autres, il peut s'agir d'une chance dont les entreprises doivent se saisir comme l'un des instruments de *compliance* les plus efficaces qui soient²²⁸. En revanche, la loi « Sapin 2 » pourrait avoir un effet pervers pour les multinationales qui avaient alloué des moyens importants et mis en place des dispositifs plus performants que celui imposé par la loi « Sapin 2 ». Ces entreprises pourraient être tentées de réduire leurs efforts et de se contenter du respect des obligations légalement imposées. Ce postulat est cependant contestable : il conviendra de s'y pencher dans quelques années, en disposant du recul nécessaire. Pour l'heure, il semble que la mise en conformité avec la loi « Sapin 2 » des dispositifs préexistants conduisent plutôt à un renforcement des procédures d'alerte. Pour illustration, le groupe Thales a mis en place, à la suite des lois récentes, une procédure *renforcée* comprenant une « *évaluation des clients et des fournisseurs de premier plan* ». Enfin, est prévue la mise en place, dès 2018, d'un plan de formation étendu et de nouveaux supports accompagnant le déploiement de ces procédures²²⁹.

Dès lors, il est avancé par certains que la loi « Sapin 2 » n'aurait qu'une utilité limitée aux PME, alors même que ces dernières sont les moins à même d'avoir un dispositif pleinement efficace, faute de moyens financiers suffisants. L'efficacité de l'alerte est en effet subordonnée à la capacité de l'entreprise à encadrer la réception et le traitement des signalements chaque fois qu'elle l'estime nécessaire.

3. Le traitement efficace des signalements internes

Réception, réaction. – Si l'alerte doit imposer une réaction appropriée de l'entreprise (b), la réception de l'alerte pose, en elle-même, plusieurs difficultés pratiques (a).

a) La réception du signalement : les procédures à mettre en place

Vers une évolution des pratiques dans les entreprises ? – Les signalements et dénonciations dans l'entreprise n'ont pas attendu 2016 pour exister. Avant la loi « Sapin 2 » et les autres dispositions récentes imposant la mise en place de procédures relativement précises, des signalements remontaient naturellement dans l'entreprise malgré le manque d'encadrement et de procédure formalisée²³⁰.

Le traitement réalisé était alors largement empirique. **Deux modes essentiels de signalement coexistaient avant la généralisation des procédures d'alerte : la lettre anonyme (ou non) et la découverte inopinée de faits suspects à la suite de missions d'audits, comptables ou de la revue managériale.** En l'absence de toute procédure formalisée, il incombait souvent à un directeur général de travailler sur les signalements, de façon plus ou moins « artisanale ». Il convenait de circonscrire les informations et le nombre de personnes

²²⁸. Entretien avec Dominique Lamoureux, Directeur éthique et responsabilité d'entreprise de Thales.

²²⁹. Thales, Rapport intégré 2017 : Responsabilité d'entreprise, p. 29, https://www.thalesgroup.com/sites/default/files/database/document/2018-06/thales_rir_2017_accede.pdf.

²³⁰. Comme cela a été souligné lors de différentes réunions et auditions pendant les travaux.

concernées pendant les opérations d'instruction et de vérification. **Des audits étaient parfois nécessaires sans qu'il soit forcément communiqué aux auditeurs ce qu'ils étaient censés chercher ou trouver, ce qui, d'évidence, ne permettait guère d'atteindre les résultats escomptés²³¹.**

- *Textes applicables*

Si le texte de la loi « Sapin 2 » est lapidaire s'agissant des modalités précises de réception des alertes (il évoque simplement « des procédures appropriées de recueil de signalement »), **l'on dispose désormais d'un corpus de textes importants qui encadrent - à l'excès selon certains quand d'autres saluent le gain de sécurité juridique - la façon dont l'entreprise doit procéder** : 1) le décret d'application de la loi « Sapin 2 »²³² ; 2) une circulaire du ministère de la Justice²³³ ; 3) les recommandations de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)²³⁴ ; 4) les recommandations de l'Agence Française Anticorruption (« AFA »)²³⁵.

- *Précisions réglementaires sur la procédure de recueil des signalements*

S'agissant des entreprises, la mise en place d'une procédure de recueil des signalements s'impose à celles qui comptent au moins 50 salariés. Selon le décret paru le 19 avril 2017, cette procédure devait être mise en place à compter du 1^{er} janvier 2018.

L'article 2 du décret permet aux *groupes* de sociétés de mettre en place une *procédure de recueil commune* à l'ensemble des entreprises tenues de mettre en place la procédure. Autrement dit, **l'entreprise, qui appartient à un groupe ayant mis en place une telle procédure dont le champ d'application s'étend à toutes les sociétés du groupe, est valablement libérée de son obligation légale²³⁶.**

L'article 4 du décret pose ensuite la **définition du « référent »** et compte parmi les précisions essentielles du texte réglementaire. En effet, il est d'abord confirmé que **les entreprises ont la possibilité d'externaliser le recueil des signalements en désignant un référent extérieur à l'entreprise**. Les éléments à prendre en considération pour désigner le référent, qu'il soit interne ou externe, tiennent à ce qu'il dispose, de par son positionnement, de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants pour l'exercice de ses missions. Il peut s'agir d'une personne physique ou d'une entité, dotée ou non de la personnalité morale.

Ces précisions, tout en étant éclairantes, laissent une grande marge de manœuvre aux entreprises, ce qui est heureux au regard de la diversité des pratiques selon la taille et le secteur des entreprises. Ainsi, la possibilité qu'une entité non dotée de la personnalité

²³¹. V. *supra*, sur l'efficacité relative des audits.

²³². Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017, relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.

²³³. Circulaire n° CRIM/2018-01/G3-31.01.2018 du 31 janvier 2018, relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi « Sapin 2 ».

²³⁴. Recommandations CNIL émanant de ses diverses délibérations et des notes publiées sur son site internet.

²³⁵. Recommandations de l'Agence française anticorruption destinés à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme : décembre 2017, https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2017_-_Recommandations_AFA.pdf.

²³⁶. Naturellement se pose alors la question de l'efficacité et de la pertinence d'un unique système de recueil des signalements commun à toutes les sociétés du groupe.

morale puisse être désignée comme référent autorise, à notre sens, que l'entreprise désigne un « service » ou un « département » de son organisation comme étant « le référent ». Un tel choix permet de diluer la responsabilité individuelle, ce qui est de nature à engendrer un traitement plus serein des alertes. À l'opposé, la désignation d'une personne physique répondant aux conditions du texte pourra, dans certains cas, contribuer à exonérer plus facilement l'entreprise de son éventuelle responsabilité. Dans certains secteurs au sein desquels il est complexe de trouver des individus sans intérêts croisés, l'une des solutions pourrait consister à recourir aux retraités de l'entreprise, dans la mesure où leur probité est reconnue par les équipes, ou aux cadres en fin de carrière, potentiellement moins sensibles aux « retours d'ascenseurs ».

En tout état de cause, le texte impose que l'identité du référent figure dans la procédure de recueil des signalements. Pour éviter certains arbitrages parfois délicats, le recours à un prestataire extérieur peut être une « porte de sortie » efficace. L'externalisation peut par exemple être une solution à privilégier lorsque l'entreprise comporte de nombreux sites à l'international : les avantages d'un service accessible 24h/24 et 7 jours sur 7 et dans une langue compréhensible par tous les salariés du groupe international ne sont pas négligeables. Mais les inconvénients d'un tel choix ne sont pas non plus inexistantes, surtout lorsque le prestataire connaît mal l'entreprise. La « porte de sortie » n'est alors qu'une fuite en avant : une mauvaise connaissance de l'entreprise, de ses process, de l'organisation, des fonctions de chacun, etc. peuvent conduire à des rapports d'enquête « hors sol », déconnectés de la réalité des faits, et *de facto*, inutilisables.

- *Modalités du recueil et du traitement*

Par-delà ces questions, le cœur du décret est constitué des dispositions de l'article 5 imposant que la procédure prévienne les modalités selon lesquelles *l'auteur du signalement* :

- 1) **adresse son signalement au supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à l'employeur ou au référent,**
- 2) **fournit les faits, informations ou documents quel que soit leur forme ou leur support de nature à étayer son signalement lorsqu'il dispose de tels éléments,**
- 3) **fournit les éléments permettant le cas échéant un échange avec le destinataire du signalement.**

La procédure en place doit également préciser les modalités selon lesquelles *l'entreprise réagit* au signalement. Elle doit :

- 1) informer sans délai l'auteur du signalement de la *réception* de son signalement, ainsi que du *délai raisonnable et prévisible* nécessaire à l'examen de sa recevabilité et des modalités suivant lesquelles il sera informé des suites données à son signalement ;
- 2) garantir la stricte confidentialité de *l'auteur* du signalement, *des faits* objets du signalement et des *personnes visées*, y compris en cas de communication à des tiers dès lors que celle-ci est nécessaire pour les seuls besoins de la vérification ou du traitement du signalement ;
- 3) lorsqu'aucune suite n'a été donnée au signalement, *détruire les éléments du dossier* de nature à permettre l'identification de l'auteur du signalement et celle des personnes visées par celui-ci, dans un *délai de deux mois* à compter de la clôture de l'ensemble des opérations de recevabilité ou de vérification. L'auteur du signalement et les personnes visées par celui-ci sont informés de cette clôture.

- *La réception en pratique*

La réception matérielle des alertes est un sujet particulièrement sensible pour les entreprises : le processus doit permettre de récupérer matériellement l'information et permettre son traitement mais elle doit aussi permettre d'encadrer le comportement des individus. **Dès lors, la voie de recueil est un élément de politique important. Faut-il une hotline, une boîte aux lettres sécurisée sur serveur (envisageable pour les grandes entreprises) ou un service courrier (à privilégier dans les PME) ? Faut-il que les signalements soient reçus par une ou plusieurs personnes ? Il s'agit là d'un choix très délicat pour l'entreprise.** La présence d'au moins deux personnes qui pourront se consulter mutuellement paraît judicieuse, ne serait-ce que pour échanger et partager le poids d'une telle responsabilité. Toutefois, en présence d'un expert ou d'une personne dotée d'une grande expérience dans l'entreprise en matière de signalements, la question peut se poser de lui confier exclusivement le traitement des signalements.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : La loi prévoyant que l'alerte peut *toujours* être faite auprès du supérieur hiérarchique, avec des risques de diffusion accrue de l'information et que certains signalements ne soient pas traités, il est essentiel d'insister dans la communication envers les salariés sur le canal « officiel » de réception (hotline, référent, boîte e-mail dédiée, etc.) afin d'éviter des signalements « sauvages » dans l'entreprise.

La question de l'intervention des prestataires externes, cabinets de conseil ou avocats, mérite d'être sérieusement posée. **Si certaines entreprises préfèrent externaliser totalement leurs processus, un système mixte a le mérite de l'équilibre, notamment dans les grandes entreprises : une petite équipe dédiée en interne, disposant d'un système informatique étanche avec le reste de l'entreprise afin de garantir l'indépendance et la confidentialité, pourrait opérer un premier filtrage des signalements et ne renvoyer que les cas les plus sensibles à des professionnels extérieurs comme des avocats.** Il s'agit là d'une solution hybride, à mi-chemin entre le traitement interne et externe.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Il est souhaitable d'accuser réception de la demande le plus rapidement possible afin que son auteur comprenne que son signalement est pris au sérieux²³⁷. Sans préjuger du bien-fondé du signalement, l'entreprise devrait, dans un second temps et après avoir déterminé si le signalement était éventuellement éligible à une qualification d'alerte, envoyer une nouvelle notification motivée à l'auteur du signalement afin de l'en informer.

- *Information et pédagogie*

L'article 6 du décret du 19 avril 2017 prévoit enfin que la procédure de recueil des signalements doit faire l'objet d'une diffusion, par tout moyen, notamment par voie de notification, affichage ou publication, le cas échéant sur l'intranet, dans des conditions permettant son accès aux membres du personnel, aux agents ainsi qu'aux collaborateurs extérieurs ou occasionnels. Cette information peut être réalisée par voie électronique. La notice du décret

237. Comme l'ont relevé certains cadres d'entreprises entendus pendant les travaux.

précise que l'objectif de cette disposition est d'assurer « une connaissance *suffisante* » des dispositifs en place par le personnel et les collaborateurs. Il n'est donc pas question, pour les pouvoirs publics, d'imposer à l'entreprise de former tout son personnel à l'ensemble des dispositions techniques sur les alertes. **Il s'agit plutôt de s'assurer que chacun a bien connaissance des cas dans lesquels il est possible de lancer une alerte, de l'essentiel de la procédure à suivre et des garanties et sanctions qui y sont attachées.** La production de « guides du lanceur d'alerte », internes aux entreprises et idéalement accompagnés d'illustrations pratiques, sont des outils pédagogiques efficaces.

Il est donc essentiel que *tous* les acteurs soient en mesure de réagir en cas de faits susceptibles de générer une alerte. L'expérience montre que le « meilleur » lanceur d'alerte est proche du terrain, notamment en matière d'espionnage industriel. Parfois, seul le technicien spécialiste dans sa matière sera apte à reconnaître un danger ou une faille.

La ligne de crête à adopter s'avère toutefois difficile à trouver : faut-il que l'entreprise s'inquiète d'avoir trop d'alertes ou trop peu ? L'absence d'alertes est-elle le signe d'une parfaite conformité de l'entreprise ou manifeste-t-elle les peurs des lanceurs d'alerte potentiels ? Il conviendra tout à la fois d'inciter les personnes ayant connaissance d'informations clés à agir sans crainte dans l'entreprise et d'éviter la stimulation à outrance de tous types d'alertes, même infondées. À cet égard, le recours à l'avocat peut sembler judicieux afin de lui faire revoir les documents pédagogiques transmis aux salariés. Il est impératif de rappeler dans ces documents, de manière pratique, la marche exacte à suivre afin de signaler des faits en interne.

De même, **il est essentiel que le document attire l'attention des salariés sur le fait qu'une alerte lancée à tort et à travers, sans suivre la chronologie des paliers, les prive de toute protection. Il s'agit là d'un élément absolument déterminant pour le bon fonctionnement des dispositifs d'alerte.** Tel est d'ailleurs l'objectif de la loi « Sapin 2 » qui, en faisant de l'entreprise le premier acteur à recevoir le signalement, se prononce en faveur d'un traitement de l'alerte prioritairement en interne lorsque cela est possible. Toutefois, une alerte qui remonterait sans respecter les canaux imposés par la loi, par exemple par voie orale, générera en général un traitement dès lors que le responsable estime que les faits sont potentiellement avérés²³⁸. L'instruction aura lieu : il est dans l'intérêt de l'entreprise d'y procéder.

- *La confidentialité et les recommandations de la CNIL*

Outre la création du délit pénal d'entrave au signalement, l'article 13 de la loi « Sapin 2 » sanctionne aussi sur le plan pénal la violation de la confidentialité, ce qui donne une envergure nouvelle à cette exigence et aux recommandations de la CNIL en la matière, principale instigatrice de la confidentialité en France.

Soulignons que la procédure de signalement devra faire l'objet d'une consultation préalable des institutions représentatives du personnel et être portée à la connaissance de chaque salarié par tout moyen²³⁹, et ce même en l'absence de traitement automatisé des données²⁴⁰.

²³⁸. Il est néanmoins recommandé de demander une confirmation par écrit à l'individu qui procède à un signalement oral.

²³⁹. C. trav., art. L. 1222-4.

²⁴⁰. L'article L. 2323-47 du code du travail visant non seulement l'introduction d'un système de traitement automatisé des données mais également celle d'un dispositif permettant de contrôler l'activité des salariés.

Dès la loi américaine Sarbanes Oxley de 2002, dite « SOX », c'est vers la CNIL que les entreprises s'étaient naturellement tournées afin d'obtenir des réponses pratiques en matière de confidentialité et de traitement des données. Cette loi américaine d'application extraterritoriale explique pourquoi la plupart des grandes entreprises avaient déjà mis en place et pratiquaient l'alerte et la conformité bien avant la loi « Sapin 2 » de 2016. En effet, les entreprises américaines soumises à cette loi devaient s'assurer que leurs filiales, y compris à l'étranger, respectaient ses dispositions²⁴¹. Plusieurs fois sollicitée, la CNIL avait adopté le 8 décembre 2005 la délibération « autorisation unique AU-004 » dont l'objet, initialement limité à la mise en œuvre de la loi « SOX » a par la suite été étendu à la dénonciation des pratiques anti-concurrentielles ainsi qu'aux atteintes à la santé, à l'hygiène et à la sécurité et à la protection de l'environnement. La loi « Sapin 2 » et son décret d'application s'étaient d'ailleurs inscrits dans le droit fil de la CNIL. Le décret d'application de la loi « Sapin 2 » impose que la procédure de recueil mentionne l'existence d'un traitement automatisé des signalements mis en œuvre selon les règles posées par la CNIL.

Par une délibération du 22 juin 2017²⁴², la CNIL avait adapté son « autorisation unique » afin de la rendre conforme au champ d'application de l'alerte « Sapin 2 » ainsi qu'à ses exigences procédurales. La CNIL impose à ce titre le respect de plusieurs obligations.

1) Seules les catégories de données suivantes peuvent être traitées :

- L'identité, les fonctions et coordonnées de l'*émetteur* de l'alerte professionnelle.
- L'identité, les fonctions et coordonnées des *personnes faisant l'objet d'une alerte*.
- L'identité, les fonctions et coordonnées des *personnes intervenant dans le recueil* ou dans le traitement de l'alerte.
- Les *faits signalés*.
- Les *éléments recueillis dans le cadre de la vérification* des faits signalés.
- Le *compte-rendu* des opérations de vérification.
- Les *suites données* à l'alerte.

Il est en outre précisé que les faits recueillis sont strictement limités aux actes visés par le dispositif d'alerte. La prise en compte de l'alerte professionnelle ne s'appuie que sur des données formulées de manière objective, en rapport direct avec le périmètre du dispositif d'alerte et strictement nécessaires à la vérification des faits allégués. *Les formulations utilisées pour décrire la nature des faits signalés font apparaître leur caractère hypothétique.*

2) Les destinataires de données à caractère personnel sont identifiés :

- Dans tous les cas, les personnes chargées du recueil et du traitement des alertes professionnelles sont en *nombre limité, spécialement formées et astreintes à une obligation renforcée de confidentialité* contractuellement définie.
- Sauf disposition légale ou réglementaire contraire, les signalements sont adressés au supérieur hiérarchique direct ou indirect, à l'employeur ou au référent désigné par lui. Ces données peuvent aussi être communiquées aux personnes spécialement chargées de la gestion des alertes professionnelles au sein du groupe de sociétés auquel appartient

²⁴¹. Sur la loi « SOX », V. p. 86 sur le droit américain.

²⁴². Délibération n° 2017-191 du 22 juin 2017 portant modification de la délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle (AU-004) : *JORF 25 juillet 2017*.

l'organisme concerné si cette communication est nécessaire à la vérification ou au traitement de l'alerte.

- S'il est fait recours à un référent ou prestataire de service pour recueillir ou traiter les alertes, les personnes spécialement chargées de ces missions au sein de cet organisme n'accèdent aux données que *dans la limite de leurs attributions respectives*. Le référent ou prestataire de service éventuellement désigné pour gérer tout ou partie de ce dispositif s'engage notamment, par voie contractuelle, à *ne pas utiliser les données à des fins détournées*, à assurer leur confidentialité, à respecter la durée de conservation limitée des données et à procéder à la *destruction* ou à la *restitution* de tous les supports manuels ou informatisés de données à caractère personnel au terme de sa prestation.

3) Est également précisée l'information dont les utilisateurs potentiels du dispositif doivent bénéficier :

- L'information doit être claire et complète et concerner l'ensemble des utilisateurs potentiels du dispositif d'alerte. Ainsi, cette information est délivrée aux membres du personnel de l'organisme mais également aux collaborateurs extérieurs et occasionnels ayant vocation à utiliser le dispositif.
- Cette information précise notamment *l'identification de l'entité responsable* du dispositif, les objectifs poursuivis et les domaines concernés par les alertes, le caractère facultatif du dispositif, l'absence de conséquence à l'égard des employés de la non-utilisation de ce dispositif, les éventuels transferts de données à caractère personnel à destination d'un État non-membre de la Communauté européenne, ainsi que l'existence d'un droit d'accès, de rectification et d'opposition au bénéfice des personnes identifiées dans le cadre de ce dispositif.
- L'information *précise également les étapes de la procédure* de recueil des signalements et notamment les destinataires et les conditions auxquelles l'alerte peut leur être adressée.
- Il est clairement indiqué que *l'utilisation abusive* du dispositif peut exposer son auteur à des *sanctions* disciplinaires ainsi qu'à des poursuites judiciaires mais qu'à l'inverse, l'utilisation de *bonne foi* du dispositif, *même si les faits s'avèrent par la suite inexacts* ou ne donnent lieu à aucune suite, n'exposera son auteur à *aucune sanction disciplinaire*.

4) Les conditions dans lesquelles la personne faisant l'objet d'une alerte professionnelle est informée sont explicitées :

- La personne qui fait l'objet d'une alerte est informée par le responsable du dispositif *dès l'enregistrement*, informatisé ou non, de données la concernant afin de lui permettre de s'opposer au traitement de ses données.
- Lorsque des mesures conservatoires sont nécessaires, notamment pour prévenir la destruction de preuves relatives à l'alerte, l'information de cette personne intervient après l'adoption de ces mesures²⁴³.
- Cette information, qui est réalisée selon *des modalités permettant de s'assurer de sa bonne délivrance à la personne concernée*²⁴⁴, précise notamment l'entité responsable du dispositif, les faits qui sont reprochés, les services éventuellement destinataires de l'alerte ainsi que les modalités d'exercice de ses droits d'accès et de rectification.

243. À mettre en perspective avec les règles relatives à la surveillance des salariés, V. p. 76.

244. Si la CNIL ne le précise pas expressément et que l'utilisation d'un écrit n'est pas forcément obligatoire, il est impératif pour l'employeur de se ménager la preuve datée de l'octroi de l'information.

- Le responsable du dispositif d'alerte garantit à toute personne identifiée dans le dispositif d'alerte professionnelle le droit d'accéder aux données la concernant et d'en demander, si elles sont inexactes, incomplètes, équivoques ou périmées, la rectification ou la suppression.
- La personne qui fait l'objet d'une alerte ne peut en aucun cas obtenir communication du responsable du traitement, sur le fondement de son droit d'accès, des informations concernant l'identité de l'émetteur de l'alerte.

5) Les durées de conservation des données à caractère personnel sont également précisées :

- Les données relatives à un signalement qui n'entre pas dans le champ du dispositif sont détruites ou archivées **sans délai**.
- Lorsque l'alerte n'est pas suivie d'une procédure disciplinaire ou judiciaire, les données relatives à cette alerte sont détruites ou archivées²⁴⁵ par l'organisation chargée de la gestion des alertes dans **un délai de deux mois** à compter de la clôture des opérations de vérification.
- Lorsqu'une procédure disciplinaire ou des poursuites judiciaires sont engagées à l'encontre de la personne mise en cause ou de l'auteur d'une alerte abusive, les données relatives à l'alerte sont conservées par l'organisation chargée de la gestion des alertes **jusqu'au terme de la procédure**.
- Les données faisant l'objet de mesures d'archivage sont conservées, dans le cadre d'un système d'information distinct à accès restreint, pour une **durée n'excédant pas les délais de procédures contentieuses**.

6) Est organisé l'éventuel transfert de données à caractère personnel hors de l'Union européenne :

- En cas de transfert vers une personne morale établie dans un pays non-membre de l'Union européenne n'accordant pas une protection suffisante au sens de la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978²⁴⁶, les communications de données à caractère personnel doivent s'opérer conformément aux dispositions spécifiques de cette loi :
 - ✓ Tel est le cas lorsque la personne morale au sein de laquelle travaille le destinataire des données a adhéré au *Privacy Shield*²⁴⁷, dès lors que l'entreprise américaine concernée a expressément fait le choix d'inclure les données de ressources humaines dans le champ de cette adhésion.

²⁴⁵ L'archivage renvoie à la conservation de certaines données après anonymisation, dans le respect des strictes conditions instaurées par la CNIL, la loi « Informatique et Libertés » du 6 juillet 1978 ou encore le Règlement Européen relatives à la Protection des Données du 14 avril 2016 et sa loi de transposition. Concrètement, il ne suffit pas de conserver les données en les notant ou les désignant comme étant archivées. Une donnée archivée ne doit être accessible que par un service spécifique chargé d'y accéder.

²⁴⁶ Par ailleurs, la CNIL a récemment opéré une cartographie des pays selon leur niveau d'adéquation aux exigences tenant à la protection des données. Hors Union européenne, seule la Suisse, la Nouvelle-Zélande et l'Argentine semblent présenter un niveau de protection suffisant. Les États-Unis et le Canada ne sont que partiellement en adéquation avec les exigences de protection des données de l'Union européenne. Quant aux autres pays, la CNIL les classe selon qu'ils disposent d'une législation particulière protégeant les données personnelles ou non et, le cas échéant, selon qu'ils sont ou non dotés d'une autorité indépendante de contrôle. V. <https://www.cnil.fr/fr/la-protection-des-donnees-dans-le-monde>.

²⁴⁷ « Le Bouclier de Protection des Données, mieux connu sous le nom de « Privacy Shield » est un mécanisme d'auto-certification pour les entreprises établies aux États-Unis qui a été reconnu par la Commission européenne comme offrant un niveau de protection adéquat aux données à caractère personnel transférées par une entité européenne vers des entreprises établies aux États-Unis. Ce mécanisme est par conséquent considéré comme offrant des garanties juridiques pour de tels transferts de données », V. <https://www.cnil.fr/fr/le-privacy-shield>.

- ✓ Tel est également le cas si le destinataire des données a conclu un contrat de transfert basé sur les clauses contractuelles types émises par la Commission européenne dans ses décisions du 15 juin 2001, du 27 décembre 2004, ou lorsque le groupe auquel appartiennent les entités concernées ont adopté des règles internes dont la CNIL a préalablement reconnu qu'elles garantissent un niveau de protection suffisant de la vie privée et des droits fondamentaux des personnes²⁴⁸.
- S'il est satisfait à l'une des deux conditions précitées, et si le traitement dont le transfert est issu est par ailleurs conforme à l'ensemble des autres dispositions de la délibération de la CNIL, l'autorisation du transfert de données hors de l'Union peut être accordée.

7) Des mesures de sécurité générale sont enfin imposées²⁴⁹ :

- Le responsable des traitements prend toutes précautions utiles pour préserver la sécurité des données tant à l'occasion de leur recueil que de leur communication ou de leur conservation. En particulier, **les accès aux traitements de données s'effectuent par un identifiant et un mot de passe individuels, régulièrement renouvelés, ou par tout autre moyen d'authentification**. Ces accès sont enregistrés et leur régularité est contrôlée.
- L'identité de l'émetteur d'une alerte et des personnes visées par l'alerte ainsi que les informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement sont traitées de façon confidentielle.

• *L'impact du RGPD*

Officiellement, les autorisations uniques de la CNIL n'ont plus de valeur juridique depuis le 25 mai 2018, date d'entrée en vigueur du règlement européen sur la protection des données personnelles (dit « RGPD »). En effet, le RGPD impose, dans tous les États membres de l'Union européenne, un système de traitement des données fondé sur le consentement des personnes et avec un contrôle *a posteriori*, contrairement au système français qui se basait, jusqu'alors, sur un système d'autorisation *a priori*²⁵⁰.

Même si les règles de la CNIL précitées, du fait de leur précision et leur rigueur, conservent un intérêt évident pour les entreprises, le RGPD a bouleversé le système français du traitement des données et précipité l'adoption de plusieurs textes : la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, son décret d'application n° 2018-687 du 1^{er} août 2018 et une nouvelle délibération CNIL n° 2018-284 du 21 juin 2018 portant avis sur le décret en question.

La CNIL devient l'organe national du contrôle de l'application du RGPD et devra à ce titre établir des référentiels ou des lignes directrices permettant aux entreprises de mettre en œuvre le traitement des données. Elle pourra par ailleurs certifier les procédures afin de reconnaître leur conformité avec le RGPD et la loi française.

248. <https://www.cnil.fr/fr/les-clauses-contractuelles-types-de-la-commission-europeenne>.

249. Sur les difficultés techniques et informatiques du traitement du signalement, V. not. R. FEIL, Sécurité des plateformes de récupération des alertes. - Réflexions sur les objectifs et les méthodes pour s'assurer de la sécurité de ces systèmes sensibles : *Cah. de droit de l'entreprise* 2018, n° 1, doss. 2.

250. Sur le RGPD et les incidences en France, V. M.-F. Mazars et W. El Boujemaoui, Se préparer à la discipline du RGPD : *RDT* 2018, p. 506 et s. ; M.-F. Mazars et M. Korner, La mise en œuvre du RGPD : un renfort pour les droits des salariés : *RDT* 2018, p. 498 et s. ; N. Martial-Braz, Quand la French Touch contribue à complexifier l'édifice du droit de l'Union européenne ! À propos de la loi sur la protection des données personnes du 20 juin 2018 : *JCP G* 2018, 786. J.-L. Sauron et S. Hamon, La loi sur la protection des données bouleversa-t-elle la société française ? *Gaz. Pal.* 2018, n° 24, p. 18 et s.

Les pouvoirs de contrôle et de sanction de la CNIL sont également renforcés. En cas de manquement constaté, elle peut mettre en demeure le responsable de prendre les mesures correctives. À défaut, la Commission peut émettre une injonction de mise en conformité sous astreinte pouvant aller jusqu'à 100 000 euros par jour. Comme le prévoit le RGPD, la CNIL pourra infliger des amendes pouvant aller jusqu'à 10 millions d'euros ou 2 % du chiffre d'affaires de l'entreprise. Pour les manquements les plus graves, la sanction maximale est portée à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires.

Les pouvoirs d'intervention de la CNIL sont également étendus à la réalisation de contrôle sur place. Ces dernières modifications renforcent les enjeux qui entourent la confidentialité et le traitement des données personnelles à l'occasion d'un signalement.

Confidentialité vs. Traitement du signalement

Pour les entreprises, la question de la confidentialité (pénalement sanctionnée) est centrale. Il peut exister des situations dans lesquelles la procédure mise en place apparaîtra inadaptée. En cela, l'excès de procéduralisation enlève cette souplesse bénéfique pour l'entreprise. Ainsi, lorsque l'alerte porte sur des personnes dont la position hiérarchique de l'entreprise est très élevée, notamment des dirigeants ou la personne en charge de l'éthique, il peut être utile de prévoir la possibilité d'un traitement de l'alerte par d'autres interlocuteurs. Une conception souple de la confidentialité est pour cela nécessaire.

Or, une lecture stricte de la loi, qui impose le respect absolu de la confidentialité de la personne visée comme de l'auteur du signalement, pourrait conduire à de grandes difficultés pratiques dans le cadre de la conduite de l'enquête : comment enquêter sur un potentiel harcèlement dans un service sans admettre indirectement qu'une alerte concerne le service auquel appartiennent les personnes auditionnées ? La position adoptée au sein du décret du 19 avril 2017 semble plus souple (et plus cohérente) : l'article 5 du décret dispose que la procédure de recueil des signalements doit préciser les décisions adoptées par l'entreprise pour garantir la confidentialité, « **y compris en cas de communication à des tiers dès lors que celle-ci est nécessaire pour les seuls besoins de la vérification ou du traitement du signalement** ». Les pouvoirs publics rejoignent les recommandations de la CNIL.

Cet article 5 du décret est en effet fondamental. Il témoigne de la prise de conscience des pouvoirs publics français de la trop grande rigueur d'une confidentialité absolue. **L'esprit de la loi « Sapin 2 » n'était pas d'empêcher le traitement des signalements mais de l'encadrer pour le favoriser, tout en assurant une protection individuelle des protagonistes.** Le traitement d'un signalement portant sur des faits graves devrait donc en principe prévaloir sur la confidentialité afin d'éviter que l'action de l'entreprise ne soit paralysée. C'est pourquoi le groupe de travail estime que la sanction pénale de la confidentialité aurait dû être limitée par la lettre du texte aux révélations *abusives* d'informations confidentielles résultant notamment de l'erreur, de la mauvaise foi ou d'une légèreté blâmable de la part de l'acteur ayant porté atteinte à la confidentialité. De l'avis du groupe de travail, l'article 5 du décret d'application vient conforter cette analyse.

Il existe également une autre problématique pratique liée à la confidentialité qui est d'ordre psychologique. Il s'agit du cas du dirigeant ou du N + 1 harceleur qui serait écarté à la suite d'une alerte (muté, déplacé du service, etc.), mais *sans publicité particulière*. La procédure pourrait alors laisser un sentiment d'insatisfaction profonde à la victime car le responsable est « sanctionné » de manière informelle. Une attention particulière doit être portée à cette situation car elle peut conduire la victime à la divulgation publique quand bien même le « problème » a été traité et résolu en interne²⁵¹.

251. Comme cela a été relevé pendant les travaux.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Une bonne pratique consisterait à faire signer par les protagonistes une convention de confidentialité (*Non Disclosure Agreement* ou « *NDA* ») en attirant leur attention sur le nécessaire respect de la confidentialité. Si la valeur juridique d'un tel document qui ne fait que reprendre les dispositions légales est proche du néant, l'impact psychologique dissuasif ne doit pas être négligé²⁵².

- *Les recommandations de l'AFA*

Le principal apport des recommandations de l'AFA publiées le 22 décembre 2017²⁵³ est de prôner la mise en place d'un *canal unique* regroupant toutes les procédures de recueil de signalement imposées à l'entreprise. Concrètement, il s'agit de ne mettre en place qu'une seule procédure de recueil des alertes dont l'objet recouvrirait l'ensemble des procédures dont la mise en place est obligatoire (procédure « générale », procédure « anticorruption », procédure relative au devoir de vigilance, etc.). Ceci aboutirait, selon l'AFA, à appliquer à tous les lanceurs d'alerte la même protection²⁵⁴.

Sur un autre terrain, l'AFA considère que l'article 17 de la loi « Sapin 2 » relatifs à l'alerte anticorruption n'impose pas le respect du premier « palier » de signalement interne à l'entreprise (contrairement à l'alerte « générale ») : les manquements en matière de corruption pourraient donc faire l'objet d'un signalement directement adressé à l'AFA. **Cette discordance devrait pousser les entreprises à conserver plusieurs canaux distincts de signalement.**

b) La réaction au signalement : enquêter dans l'entreprise

- *Cadre général*

La vérification des faits divulgués par l'auteur du signalement constitue la suite logique du signalement. Une fois le signalement reçu, l'entreprise devra naturellement en vérifier la réalité et rechercher l'origine des faits signalés avant de prendre les éventuelles mesures correctives requises. Cette vérification et cette recherche supposeront dans la plupart des cas de procéder à des investigations qui, si elles sont parfaitement admises car relevant classiquement du pouvoir de direction et de contrôle de l'employeur, devront néanmoins tenir compte des contraintes qui entourent l'exercice de ce pouvoir. Le respect des droits et libertés fondamentaux des salariés s'impose.

Ainsi, les moyens de contrôle utilisés par l'employeur ne doivent pas apporter aux droits et libertés des salariés des restrictions qui ne seraient pas proportionnées au but recherché ni justifiées par la nature de la tâche à accomplir²⁵⁵. Les droits fondamentaux concernés sont notamment le respect du droit à une vie privée et familiale, la liberté d'expression, le secret des correspondances privées, etc. Ces limites essentielles ne sont pas toujours aisées à appréhender et doivent conduire les entreprises à agir avec prudence et rigueur.

252. Comme cela a été relevé pendant les travaux.

253. AFA, Avis relatif aux recommandations de l'Agence française anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme : NOR : CPAZ1735744V, JO 22 déc. 2017.

254. *Ibid.*

255. C. trav., art. L. 1121-1.

- *Un pouvoir disciplinaire très encadré*

Une première difficulté doit être résolue à titre liminaire et tient au délai de prescription disciplinaire propre au droit du travail qui s'avère relativement court : « *aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement de poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois à compter du jour où l'employeur en a eu connaissance* »²⁵⁶.

L'employeur est donc tenu d'agir rapidement s'il veut sanctionner la ou les personnes à l'origine des conduites ou situations déviantes portées à sa connaissance. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le délai de prescription ne commence à courir qu'à compter du *résultat définitif* des investigations menées puisque ce n'est en principe qu'à cette date que l'employeur a « *une connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié* ».

Encore faut-il toutefois que les investigations menées aient été réellement nécessaires et qu'elles aient bien eu pour objet de déterminer la réalité, la nature et l'ampleur des faits reprochés au salarié à *l'encontre duquel* une sanction disciplinaire est envisagée. Si l'employeur avait en effet une connaissance suffisante des faits, il ne pourrait pas se retrancher derrière une investigation pour justifier la tardiveté d'une procédure disciplinaire.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Pour ces raisons, il est recommandé aux entreprises d'entourer leurs investigations d'un minimum de formalisme en exigeant notamment des personnes chargées de les mener qu'elles établissent un rapport à la fin de leurs missions.

- *Surveillance des salariés*

Le contrôle exercé par l'employeur ne pouvant s'exercer qu'au temps et au lieu du travail, toute surveillance des salariés en dehors de leurs fonctions est interdite. La géolocalisation du véhicule de fonction d'un salarié n'est à cet égard permise que si elle vise à contrôler la durée du travail et suppose d'une part, que ce dernier ne dispose pas d'une liberté d'organisation dans son travail et d'autre part, que l'employeur n'ait pas d'autre moyen d'effectuer ce contrôle. Si la surveillance ou la filature qui se poursuit dans le domicile de la personne salariée est toujours interdite, il ne faut pas pour autant en déduire que la filature du salarié dans l'espace public est toujours autorisée²⁵⁷. Toutefois, le soupçon d'un harcèlement sexuel peut justifier un élargissement du champ d'application du contrôle de l'employeur à la vie privée du salarié harceleur²⁵⁸.

256. C. trav., art. L. 1332-4. Au-delà du délai de 2 mois, les juges imposent une plus grande célérité lorsqu'est envisagé un licenciement pour faute grave (Cass. soc., 16 juin 1998, n° 96-42.054 : *Bull. civ. V, n° 326*). La solution traditionnelle pour éviter toute critique liée à un engagement tardif consiste à recourir à une mise à pied conservatoire, visant à éloigner le salarié de l'entreprise. Mais là encore, il sera compliqué de préserver la confidentialité du salarié mis à pied...

257. V. à propos d'un salarié que l'employeur avait fait suivre afin d'établir des faits de concurrence déloyale, Cass. soc., 17 mars 2016, n° 15-11.412 : à paraître au *Bulletin, RTD civ. 2017, p. 661 et s., note H. Barbier*.

258. La Cour de cassation a notamment admis que « les propos à caractère sexuel et les attitudes déplacées du salarié à l'égard de personnes avec lesquelles l'intéressé était en contact en raison de son travail ne relevaient pas de sa vie personnelle » (Cass. soc., 19 oct. 2011, n° 09-72.672 : *Bull. civ. V, n° 236* ; *JCP G 2011, 1392, note D. Corrigan-Carsin* ; *JCP S 2011, act. 417, veille N. Dauxerre*).

- *Consultation de courriels*

La protection de l'intimité trouve naturellement l'une de ses plus importantes déclinaisons dans le respect du secret de la correspondance privée, y compris celle émise par voie électronique²⁵⁹. La jurisprudence considère néanmoins que tous les courriels reçus ou adressés par un salarié de sa messagerie professionnelle sont présumés avoir un caractère professionnel. Deux situations sont possibles²⁶⁰ :

- 1) Sauf s'ils ont été identifiés comme étant personnels, l'employeur peut prendre librement connaissance de ces contenus même hors la présence du salarié concerné²⁶¹.
- 2) S'agissant des courriels identifiés comme étant *personnels*, l'employeur ne peut pas y accéder en principe²⁶².

- *Consultation du matériel informatique*

La même solution qu'en matière d'e-mails s'étend à l'utilisation du matériel mis à la disposition des salariés dans l'exercice de leurs fonctions de sorte que l'employeur peut librement contrôler les connexions internet effectuées depuis un ordinateur professionnel, prendre connaissance de SMS reçus ou adressés d'un téléphone portable professionnel ou consulter les documents stockés sur une clé USB ou un disque dur professionnel, sauf à ce qu'ils aient été expressément identifiés comme étant personnels.

Compte tenu de la complexité des opérations requises et pour éviter toute contestation ultérieure, il est vivement recommandé aux entreprises de faire appel à un expert informatique et à un huissier de justice avant de procéder à de telles investigations.

- *Contrôle des communications téléphoniques*

L'employeur peut librement consulter les relevés de communications téléphoniques professionnels fournis par l'opérateur de télécommunication, même si les salariés n'en ont pas été préalablement avertis²⁶³.

- *Fouilles*

La fouille d'un espace de rangement à usage professionnel est naturellement permise mais, sauf circonstances exceptionnelles tenant par exemple à un impératif de sécurité, elle requiert l'assentiment du salarié concerné si ce dernier a également été autorisé à y entreposer des objets ou des effets personnels.

²⁵⁹. L'article 1^{er} de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 énonce à cet égard que « le secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci ».

²⁶⁰. Mise à part la situation des représentants du personnel protégés dans l'exercice de leur mandat.

²⁶¹. Cass. soc., 2 octobre 2001, « Nikon », n° 99-42.942 : *Bull. civ. V*, n° 291.

²⁶². Plusieurs exceptions existent. Il s'agit de la présence d'un risque ou évènement particulier, notamment si des enjeux de santé et de sécurité le justifient (1), ou en présence du salarié si l'employeur recueille son assentiment (2), ou encore en son absence dès lors que l'employeur l'avait dûment informé et convoqué (3). Enfin, l'employeur peut aussi prendre connaissance du message personnel avec l'autorisation du juge judiciaire s'il est en mesure de justifier d'un motif légitime nécessitant de ne pas en informer préalablement le salarié (4). V. Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40017 : *Bull. civ. V*, n° 165 et Cass. soc., 12 février 2013, n° 11-28.649 : *Bull. civ. V*, n° 267.

²⁶³. En revanche, il ne peut écouter une conversation téléphonique à l'insu du correspondant, ce procédé étant jugé déloyal car il viole le secret des correspondances.

- *Loyauté dans l'administration de la preuve*

L'exigence du respect de la loyauté dans l'administration de la preuve résulte d'une jurisprudence constante et convergente des trois chambres civiles, de la chambre commerciale et de la chambre sociale de la Cour de cassation. Cette exigence est d'autant plus prégnante en droit du travail qu'elle s'inscrit plus généralement dans l'obligation faite aux parties d'exécuter de bonne foi le contrat de travail²⁶⁴. Les entreprises doivent donc impérativement s'y conformer et veiller à ce que les procédés mis en œuvre pour rechercher des preuves respectent scrupuleusement cette exigence. Sont dès lors à proscrire :

- 1) *Tout enregistrement réalisé à l'insu des salariés* : au temps et au lieu du travail, la surveillance des salariés ne peut se faire à leur insu si elle s'opère par le biais d'un système de vidéosurveillance. Cette solution reste valable même si l'enregistrement est réalisé dans des locaux d'une entreprise cliente. Il en est de même des écoutes ou des enregistrements de conversations téléphoniques.
- 2) *Tout stratagème visant à confondre les salariés* : il convient à cet égard de rappeler que, si le recours à un huissier de justice ne constitue en soi un procédé de preuve déloyal, il le devient si l'huissier dissimule au salarié concerné sa qualité ou organise une mise en scène pour prendre en défaut l'intéressé.

- *Le cas particulier des salariés protégés*

Comment gérer les salariés protégés non par l'alerte mais en vertu d'un mandat de représentant du personnel ? *A priori*, deux logiques vont entrer en conflit si le lanceur d'alerte est un salarié par ailleurs protégé. Étant donné qu'il est en principe impossible de contrôler tous les courriels et documents relatifs au mandat²⁶⁵, la vérification et le traitement de l'alerte imposés par la loi « Sapin 2 » risque d'être complexe.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Pour les entreprises de grande taille, l'une des solutions de gestion en matière de représentants du personnel reste que ces derniers disposent de deux adresses e-mails ou deux espaces informatiques distincts : l'un consacré à l'exercice de leur mandat ; l'autre consacré à leur travail, comme les autres salariés. De cette façon, l'exercice du mandat ne sera pas de nature à « contaminer » toute la boîte e-mail professionnelle du représentant du personnel.

- *Les auditions*

Dans de nombreux cas, la vérification de la réalité des faits rend nécessaire de procéder à des auditions. L'auteur du signalement doit être entendu, de même que la ou les personnes concernées par le signalement et, enfin, d'autres personnes susceptibles d'apporter un éclairage complémentaire. Il peut être utile de demander à la personne auteur du signalement et à la ou les personne(s) désignée(s) par le signalement de proposer une liste de personnes qui pourraient être entendues dans le cadre de l'investigation menée (pour corroborer leurs dires, témoigner de leur expérience personnelle, apporter des précisions

²⁶⁴ C. trav., art. L. 1222-1.

²⁶⁵ Cass. soc., 4 avril 2012, n° 10-20.845. V. aussi : « *De manière générale, on peut considérer que le représentant du personnel ou représentant syndical doit pouvoir, dans l'exercice de sa mission, être totalement hors du champ de contrôle de l'employeur, et que cela suppose la confidentialité de tous les échanges que le représentant peut avoir avec des salariés ou des tiers à l'entreprise* » (L. Pecaut-Rivolier, note Dr. soc. 2012, p. 469 et s.).

techniques, etc.). **Un « panel représentatif » suffit pour éviter « l'existence d'un éventuel conflit individuel de personnes »**²⁶⁶. Dès lors, si plusieurs personnes doivent être auditionnées pour qu'une quelconque valeur soit attribuée à l'enquête, « *l'absence d'audition de l'ensemble des salariés de l'établissement n'est (...) pas de nature à mettre en doute l'efficacité de l'enquête menée* »²⁶⁷.

Il convient de **préciser à titre liminaire aux personnes auditionnées que l'entretien n'est pas disciplinaire**. Les représentants du personnel devront être associés à l'enquête si une alerte collective s'est superposée à l'alerte individuelle. En dehors des cas d'alerte collective, la question de leur implication dans les auditions peut, au cas par cas, être posée.

Avant les auditions, la personne en charge de l'enquête interne doit prendre connaissance du signalement et des documents communiqués par l'auteur du signalement. Elle doit aussi se renseigner sur l'auteur du signalement et notamment clarifier son positionnement hiérarchique et fonctionnel vis-à-vis de la ou des personne(s) qu'il désigne. Elle doit enfin entreprendre des recherches (sommaires dans un premier temps) sur les faits allégués afin d'être en mesure de poser des questions *pertinentes*.

Pendant les auditions, **la personne en charge de l'enquête interne doit s'assurer que l'audition se déroule dans des conditions garantissant une stricte confidentialité (dans tous les cas) afin de garantir la sécurité de l'auteur du signalement**. Il convient aussi d'expliquer le contexte dans lequel intervient l'audition à la personne entendue puis de porter à l'attention de l'auteur du signalement et des salariés entendus comme « témoins » que la procédure est confidentielle.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : L'utilisation d'un *langage neutre*, factuel et objectif dans la formulation des questions afin de ne pas orienter les réponses (volontairement ou involontairement) est vivement recommandée.

À l'issue de l'entretien, la personne en charge de l'enquête interne devra **rédiger un compte rendu sur la base des notes détaillées prises pendant l'entretien**. Il est recommandé ensuite de le faire relire et contresigner par la personne entendue. Son identification est en effet cruciale : la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 4 juillet 2018 que « *le juge ne peut fonder sa décision uniquement ou de manière déterminante sur des témoignages anonymes* »²⁶⁸.

BEST PRACTICE POUR LES ENTREPRISES : Ici encore, la signature d'un NDA formel pour toutes les personnes auditionnées, rappelant notamment les risques pénaux liés à la violation de la confidentialité, reste une pratique à recommander.

Des mesures conservatoires peuvent également être adoptées toutes les fois où la présence de la personne visée par le signalement dans l'entreprise expose les autres membres du personnel, et notamment l'auteur du signalement, à des risques de représailles ou si la présence de la personne visée par le signalement dans l'entreprise engendre un risque de destruction / dissimulation des preuves²⁶⁹.

²⁶⁶. Colmar, ch. soc. 14 janv. 2014, n° 12/03069.

²⁶⁷. *Ibid.*

²⁶⁸. Cass. soc., 4 juill. 2018, n° 17-18.241 : *Bull. civ. à paraître* ; *JCP S 2018, 1285, note F. Duquesne*.

²⁶⁹. V. à propos d'une mise en disponibilité admise pendant toute la durée de l'enquête après une alerte portant sur un harcèlement moral : Cass. soc., 8 mars 2017, n° 15-23.503 : *inédit*.

En droit du travail, la mise à pied conservatoire du salarié est possible mais toujours délicate car il convient en principe d'engager immédiatement une procédure disciplinaire. Cela implique donc d'être déjà relativement avancé dans l'enquête et de disposer de suffisamment d'éléments pour entrevoir la nécessité de recourir à des sanctions disciplinaires. Il convient également de bien préciser qu'il s'agit d'une mise à pied conservatoire (faute de précision, cela pourrait être interprété comme une mise à pied disciplinaire constituant, en elle-même, une sanction et privant l'employeur de la possibilité de licencier pour les mêmes faits). Enfin, la mise en œuvre de mesures conservatoires doit se faire dans le strict respect de la confidentialité de la procédure, ce qui peut s'avérer très complexe en pratique.

Le cas particulier de l'audition menée par l'avocat

Le choix de confier l'enquête à un avocat peut être fait afin de garantir la maîtrise de la procédure par l'entreprise malgré une externalisation. À la suite d'un rapport portant sur l'avocat chargé d'une enquête interne²⁷⁰, le Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris a proposé une annexe XXIV au Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (le « RIN »), par une délibération du 8 mars 2016²⁷¹. **Le Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris a considéré que l'enquête interne entre dans le champ professionnel de l'avocat** qu'elle s'inscrive soit dans le cadre de l'article 6.2 alinéa 5 du RIN (activité d'expertise), soit dans celui des articles 6.1 et 6.2 alinéa 2 du RIN (activité d'assistance et de conseil). **Des recommandations générales s'adressent d'abord à l'avocat chargé d'enquêter pour le compte d'une entreprise :** 1) L'avocat chargé d'une enquête interne se doit d'observer, en toutes circonstances, les principes essentiels attachés à l'exercice de la profession d'avocat (article 1.3 RIN). Il veille notamment à observer les principes de conscience, d'indépendance, d'humanité, de loyauté, de délicatesse, de modération, de compétence et de prudence. Il doit s'abstenir de toute pression sur les personnes qu'il entendra ; 2) Il conclut avec son client ou les personnes qui le missionnent une convention qui, outre les modalités de sa rémunération, définira l'objet de sa mission ; 3) **Préalablement à tout contact avec des tiers en vue de l'accomplissement de l'enquête interne**, il est impératif qu'il explique sa mission et le caractère non coercitif de celle-ci ; **il devra préciser que les échanges ne sont pas couverts par le secret professionnel à leur égard et que les propos tenus pourront être en tout ou partie retranscrits dans son rapport.**

Des recommandations spécifiques sont aussi édictées dans le cadre plus particulier de la mission d'assistance ou de conseil : 1) L'avocat chargé d'une enquête interne dans le cadre d'une activité d'assistance ou de conseil, *peut être un avocat habituel du client* qui le missionne ou un avocat n'ayant jamais travaillé pour lui ; 2) En toutes circonstances, il doit mentionner aux personnes qu'il entend pendant l'enquête interne qu'il n'est pas leur avocat mais qu'il agit pour le compte du client qui l'a missionné pour accomplir cette enquête ; 3) Il doit aussi expliquer aux personnes auditionnées et aux autres personnes contactées pour les besoins de l'enquête interne que **le secret professionnel auquel il est tenu envers son client ne s'impose pas à celui-ci, de telle sorte que leurs déclarations et toute autre information recueillie pendant l'enquête pourront être utilisées par son client**, ainsi que le rapport qu'il lui remettra le cas échéant (il va de soi qu'une telle précision n'est pas de nature à inciter à la parole la personne auditionnée...) ; 4) Il doit indiquer à la personne auditionnée qu'elle peut se faire assister ou conseiller par un avocat s'il apparaît, avant ou pendant son audition, qu'elle puisse se voir reprocher un agissement à l'issue de l'enquête interne ; 5) Lorsqu'une déposition est recueillie *verbatim*, l'avocat doit donner à la personne entendue la possibilité de relire ses déclarations et de les signer si celle-ci y consent. Il s'abstient de lui en remettre copie si la pré-

270. J.-P. Grandjean, Rapport sur l'avocat chargé d'une enquête interne, Conseil de l'ordre, 25 février 2016.

271. Délibération du Conseil de l'ordre des avocats à la Cour de Paris, Séance du 8 mars 2016 et avant-propos de l'annexe XXIV du RIN : *Vademecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne et art. 6-1, al. 2 du RIN.

servation de la confidentialité de l'enquête commande de s'en abstenir au regard des règles de confidentialité françaises ou étrangères applicables ; 6) **Il peut assister son client dans une procédure, amiable ou contentieuse, afférente ou consécutive à l'enquête interne, mais en s'abstenant de représenter son client dans une procédure dirigée par celui-ci contre une personne qu'il aurait auditionnée pendant l'enquête interne.**

Enfin, sont aussi édictées des recommandations spécifiques à l'activité d'enquête interne menée par un avocat dans le cadre d'une mission d'expertise (c'est-à-dire hors toute activité de conseil juridique ou de défense) : 1) **L'avocat chargé d'une enquête interne, dans le cadre d'une activité d'expertise, ne peut pas accepter pas cette mission s'il est le conseil, habituel ou non, de la personne qui le missionne ;** 2) **Il doit mentionner que dans une mission d'expertise, l'enquête interne n'est pas soumise au secret professionnel de l'avocat ;** il doit veiller à séparer les documents, correspondances et autres échanges relatifs à cette enquête des dossiers dont il a par ailleurs la charge comme avocat, afin de préserver le secret professionnel auquel il est tenu en cette qualité ; 3) Lorsqu'une déposition est recueillie *verbatim*, il est impératif que la personne entendue ait la possibilité de relire ses déclarations, de les signer et d'en récupérer une copie (sauf circonstances particulières) ; 4) Il doit s'abstenir de représenter une partie dans toute procédure, même amiable, afférente ou découlant de l'enquête interne.

- *La place des juristes d'entreprise*

Si le droit français n'accorde pas le privilège du secret professionnel aux avocats internes à l'entreprise ni, a fortiori, aux juristes d'entreprise, les « in house counsel » ne sont pas pour autant dépourvus de toute protection. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a jugé dans une affaire « Whirpool » de 8 novembre 2017 que des e-mails ou des pièces qui n'émanent pas ou ne sont pas adressés à un avocat sont couverts par le secret professionnel dès lors qu'ils « *reprennent une stratégie de défense mise en place par le cabinet [d'avocats]* »²⁷². Ainsi, les commentaires, reprises et applications par les juristes d'entreprise de la stratégie définie par l'avocat sont couverts par le secret professionnel ; leur saisie porte dès lors atteinte aux droits de la défense. Néanmoins, se pose la question de la définition de ce qu'est la stratégie mise en place par l'avocat et de savoir dans quelle mesure est protégée l'application de la stratégie par l'entreprise qui s'en émancipe un tant soit peu...

- *Clôture et conclusion de l'enquête*

La clôture de l'enquête suppose l'établissement d'un rapport d'enquête. En effet, à l'issue de ses investigations, l'enquêteur établit un rapport où il consigne, entre autres, les conditions et la date de sa saisine, les faits révélés par l'auteur du signalement et les éléments fournis au soutien de ses allégations, la durée des investigations et les actes d'enquête réalisés (nombre et identité des personnes entendues, vérifications effectuées, etc.), les conclusions de l'enquêteur quant à la véracité des faits signalés, les suites qu'il suggère de donner à l'enquête. En principe, **il est aussi impératif de tenir l'auteur du signalement informé de cette clôture afin d'éviter que ce dernier ne passe aux étapes ultérieures des procédures d'alerte.** Se pose aussi la question de l'information (et de son contenu) donnée aux personnes concernées par le signalement et éventuellement aux personnes entendues dans le cadre de l'enquête. Aucune règle impérative ne l'impose, la réponse apportée doit donc être adaptée à chacune des situations.

272. Paris, 8 novembre 2017, RG n° 14/13384.

III. Droits d'ailleurs et proposition européenne...

Illustrations à l'étranger, proposition de directive européenne. – En raison des différences de culture, d'histoire ou de religion à travers le monde, les lanceurs d'alerte ne font pas partout l'objet d'un traitement identique. **Certains dispositifs étrangers ont été source d'inspiration pour le législateur français lors de l'adoption de la loi « Sapin 2 » (et inversement).** Il était inenvisageable, pour le groupe de travail, de conclure ses travaux sans un aperçu de la façon dont les lanceurs d'alerte sont accueillis ailleurs qu'en France (A). **Par ailleurs, la proposition de directive européenne sur le lanceur d'alerte, actuellement en cours d'adoption doit être mise à l'honneur (B).**

A. Des exemples autour du monde, source d'inspiration

Avec ou sans règles spécialement destinées à régir les alertes. – De nombreux États disposent désormais de règles assurant l'encadrement des alertes, mais les dispositifs sont inégaux, tant du point de vue quantitatif que qualitatif (1). D'autres États ne prévoient pas de règles spéciales tout en assurant parfois un « droit d'alerter » dont l'exercice est plus ou moins garanti (2).

1. Des pays pourvus de règles relatives à l'alerte

- *Royaume-Uni*

Si les entreprises sous droit britannique n'ont aucune obligation spécifique de mettre en place une procédure formelle de recueil d'alerte, des règles existent pour protéger les lanceurs d'alerte contre les représailles²⁷³. En outre, les inconvénients à ne pas avoir de dispositifs de recueil d'alerte sont tels que les entreprises sont, *de facto*, dans l'obligation d'en édifier un.

La première loi britannique à faire expressément référence à la protection en cas de signalement est le *Public Interest Disclosure Act* (« *PIDA* ») adopté en 1998, toujours considéré par les ONG comme la plus équilibrée au monde²⁷⁴. Il a été réformé en 2013 par l'*Enterprise and Regulatory Reform Act* (« *ERRA* »).

Le signalement peut être lancé par tout travailleur, employé, stagiaire ou intérimaire. Il peut porter sur toute action illicite définie par la loi et en relation avec l'entreprise pour laquelle

²⁷³. Sur le droit britannique, V. D. Lewis, Eighteen years of whistleblowing legislation in the UK: are workers adequately protected ? in Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ*, 2017, p. 295 et s. E. Seas-saud, Le lanceur d'alerte en droit anglais – Un acteur responsable par-delà les archétypes du traître et du héros : *Cah. de droit de l'entreprise* 2018, n° 1, doss. 7.

²⁷⁴. N. M. Meyer, Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ? <https://transparency-france.org/actu/faut-remunerer-indemniser-lanceurs-dalerte/>.

l'auteur du signalement travaille. La loi *PIDA* liste en effet une série d'actions dont le signalement par un travailleur lui octroie une protection, il s'agit : de toute infraction pénale, notamment de fraude et de corruption, d'un danger pour la santé ou la sécurité d'autrui, de risques ou dommages à l'environnement, d'une erreur judiciaire, d'un manquement à la loi ou de la tentative de dissimuler l'un des actes précités. La liste exhaustive précitée est presque inutile dès lors qu'elle comporte en son sein la mention de toute infraction pénale et de manquement à la loi, de sorte que toute violation à la loi, pénale ou civile, est susceptible de faire l'objet d'une alerte.

À cet égard, le droit britannique s'avère plus strict que la loi « Sapin 2 » quant à l'objet du signalement. Pour se voir accordé une protection, encore faut-il que le lanceur d'alerte britannique, respecte, comme son homologue français, un strict processus de signalement. La loi lui impose de privilégier d'abord la voie interne ou, alternativement, le recours à un avocat ou un tiers approprié (principalement des autorités administratives)²⁷⁵. En cas d'échec, l'auteur du signalement pourra rendre son signalement public. En cas de gravité exceptionnelle, il est possible de sauter l'étape du signalement interne. À quelques nuances près, le droit britannique est très proche du régime de la loi « Sapin 2 », qui s'en est d'ailleurs fortement inspirée.

Une dernière condition existe cependant et diffère de la loi « Sapin 2 », la bonne foi a été abandonnée par l'*ERRA* au profit de la seule notion « d'intérêt public ». Si le lanceur d'alerte remplit toutes les conditions, la protection suivante lui est octroyée : il ne doit subir du fait de l'alerte ni dommage, ni sanction, ni licenciement, ni perte de gains.

La procédure britannique s'insère dans les dispositifs plus globaux de *Compliance*²⁷⁶. En effet, « les autorités de poursuites et le régulateur peuvent voir, en l'absence de politique de lancement d'alerte, le signe d'une politique de conformité pauvre »²⁷⁷. De surcroît, l'absence de procédure interne pousserait les auteurs de signalement à se tourner vers des tiers extérieurs à l'entreprise, voire vers le public et les médias²⁷⁸. Comme en droit français, le risque ne peut pas être écarté que des signalements fallacieux soient lancés afin d'éviter un licenciement ou d'obtenir plus de dommages et intérêts.

Doivent répondre à ces inquiétudes l'extrême sévérité envers les individus malveillants, d'une part, et la correction rapide de son comportement illicite par l'entreprise, d'autre part.

275. Il s'agit d'une liste d'autorités administratives dont la liste est publiée sur le site du gouvernement britannique : <https://www.gov.uk/government/publications/blowing-the-whistle-list-of-prescribed-people-and-bodies--2/whistleblowing-list-of-prescribed-people-and-bodies>.

276. Ce qui renvoie aux enjeux de mise en « conformité » des entreprises, gardiennes du respect des lois dans leur sphère d'activités.

277. E. Seassaud, Le lanceur d'alerte en droit anglais – Un acteur responsable par-delà les archétypes du traître et du héros : *Cah. de droit de l'entreprise* 2018, n° 1, doss. 7.

278. « Parmi les pratiques rencontrées au sein des organisations au Royaume-Uni, le fait d'encourager les employés à faire part d'abord de leurs préoccupations à leur supérieur hiérarchique immédiat et à utiliser ensuite la procédure de signalement d'alerte est assez répandu. La politique de lancement d'alerte peut prévoir soit que les signalements seront reçus en interne par un service dédié (par exemple, le département de la conformité ou l'audit interne), soit auprès d'un tiers à l'entreprise. Pour assurer une meilleure crédibilité du traitement des alertes et l'absence de pressions internes, le traitement par un tiers à l'entreprise est souvent privilégié. [...] Les personnes qui reçoivent et traitent les signalements reçus doivent avoir les compétences et les ressources pour les étudier, pour faire appel à des conseils externes lorsque cela est nécessaire, et pour savoir quand le sujet requiert l'information du régulateur ou des autorités de poursuite. [...] La politique de lancement d'alerte doit être mise en œuvre par une personne ayant un haut rattachement hiérarchique dans l'organisation, notamment le président ou un membre du comité des risques ou de la vérification du conseil d'administration. Cette personne aura ultimement la responsabilité de l'indépendance et de l'intégrité de la politique d'alerte. » (E. Seassaud, Le lanceur d'alerte en droit anglais – Un acteur responsable par-delà les archétypes du traître et du héros : *Cah. de droit de l'entreprise* 2018, n° 1, doss. 7).

- *Irlande*

Le droit irlandais est considéré comme l'un des plus protecteurs envers les lanceurs d'alerte²⁷⁹. La dernière loi adoptée est le PDA (*Protection Disclosure Act*) en 2014 qui abandonne toute réglementation sectorielle pour créer une protection générale du lanceur d'alerte, sur le modèle des droits britanniques et néo-zélandais.

Sur le plan personnel, tout travailleur peut être un lanceur d'alerte, en sachant que la notion recouvre les salariés, les anciens salariés, les salariés temporaires, les contractuels, les consultants extérieurs, les stagiaires rémunérés ou non, les fonctionnaires, la police et les militaires, etc. La seule exclusion est finalement le bénévole notamment parce que, selon le gouvernement irlandais, en l'absence de préjudice, sa protection serait inexistante, une disposition spécifique aux bénévoles dans le secteur public ayant toutefois été adoptée.

S'agissant des faits objets de l'alerte, ils doivent avoir été découverts à l'occasion du travail et l'auteur du signalement doit avoir la croyance raisonnable (*reasonable belief*) que ces faits illicites sont avérés. Comme le note la Barrister Lauren Kierans, la liste des faits illicites compris dans le champ est si large qu'il serait difficile de trouver une information qui ne tomberait pas dans une catégorie couverte par la loi²⁸⁰.

La bonne foi du lanceur d'alerte a également fait l'objet d'un débat essentiel en Irlande. Elle semble se résumer à l'absence d'intérêt personnel recherché par l'auteur du signalement, similairement à l'approche française.

S'agissant des procédures de signalement, le droit irlandais a adopté une procédure par « paliers ». Cependant, cette dernière n'est pas par principe *chronologique* comme l'est celle prévue par la loi « Sapin 2 ». En effet, le premier palier est l'employeur, le Ministre ou l'avocat afin d'obtenir un conseil juridique. Le deuxième palier est constitué d'une personne « appropriée » (il s'agit des autorités administratives ou judiciaires compétentes) et le troisième palier comprend la divulgation au public. Il n'est pas nécessaire de passer successivement par chacune de ces procédures. En effet, **le « palier » supérieur doit être « franchi » non pas lorsque le palier inférieur est défaillant mais lorsque la gravité de l'atteinte le justifie. Ainsi, les paliers sont relatifs à l'intensité de l'atteinte et non d'ordre chronologique.**

Néanmoins, plus l'auteur du signalement a choisi un palier élevé, plus il devra remplir des conditions strictes pour bénéficier de la protection. Aussi, lorsqu'il n'est pas sûr de lui, l'auteur du signalement aura naturellement tendance à dénoncer d'abord les faits selon la procédure des paliers 1 ou 2²⁸¹.

S'agissant du contenu de la protection octroyée, l'Irlande interdit toute forme de représailles disciplinaires à l'encontre du lanceur d'alerte, y compris le licenciement. Est aussi garantie une immunité civile et pénale pour les actes nécessaires au signalement. Il pourrait notam-

279. V. Sur le droit irlandais, L. Kierans, *The Irish Approach to Whistleblower Protection : The Protected Disclosures Act, 2014 in Les lanceurs d'alerte* (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 313 et s.*

280. L. Kierans, préc. : *LGDJ, 2017, p. 313 et s., spéc. p. 316.*

281. V. en ce sens : *"This stepped disclosure regime is designed to dissuade workers from disclosing information outside of the organization, which is no doubt an attractive regime for employers. The onerous requirements attached to the making of a third step disclosure, however, means that workers are less likely to make their disclosure to recipients outside of the first and second steps in circumstances where it would be much more difficult to ensure that the protections under the Act are engaged"* (L. Kierans, préc. : *LGDJ, 2017, p. 313 et s., spéc. p. 322.*)

ment s'agir du vol de documents établissant une fraude ou encore un délit. Dans la majorité des cas, les auteurs de signalement britanniques ou irlandais privilégient la voie interne, signe d'une forte culture de la loyauté envers l'entreprise au sein des pays anglo-saxons²⁸². Enfin, la confidentialité de l'auteur du signalement doit également être assurée, même si elle n'est pas absolue.

- *États-Unis*

Le droit américain est particulièrement riche en procédures et dispositifs d'alerte²⁸³. Les États-Unis font office de pionnier en la matière. À ce jour, une multitude de dispositifs garantissent une protection au lanceur d'alerte dans presque toutes les circonstances imaginables. En effet, de nombreuses réglementations spécifiques mentionnant un « droit d'alerter » ont été adoptées au cours des années 1970, notamment dans les domaines de la santé et la sécurité²⁸⁴, de l'environnement²⁸⁵ ou encore de l'égalité de traitement des salariés²⁸⁶. Un auteur recense une dizaine de lois fédérales auxquelles il convient d'ajouter une législation propre au whistleblowing dans la quasi-totalité des cinquante États fédérés ainsi que les législations propres à certaines grandes villes comme New York, Washington D.C. et Chicago²⁸⁷, **ce qui amène à relativiser le « millefeuille français », finalement de bien moindre envergure**. Un « patchwork » est évoqué par les auteurs américains²⁸⁸.

L'une des premières réglementations à compter dans ce domaine est le *False Claim Act* (ou *Lincoln Act*) de 1863. Décrite comme le point de départ des dispositions relatives au signalement, elle trouve son origine dans la Guerre de Sécession qui a duré de 1861 à 1865. Cette guerre a mis en lumière les nombreux cas de corruption et notamment la vente sciemment lésionnaire, par des entrepreneurs, de chevaux en mauvaise santé ou d'armes défectueuses à l'armée de l'Union. Le *False Claim Act* est une réponse du Gouvernement américain à ces comportements. Tout individu qui dénonce un comportement illicite bénéficie d'une récompense : le whistleblower se voit attribué une partie de l'amende en récompense, en application d'une ancienne maxime latine : le *qui tam* (« *he who brings a case on behalf of our lord the King, as well as for himself* », action judiciaire d'origine anglaise adoptée en 1400²⁸⁹). Outre cette récompense, le *False Claim Act* incluait déjà une protection contre les mesures de rétorsion que pouvait prendre un employeur dénoncé à juste titre. Étaient également prévus un droit à la réintégration dans l'entreprise, avec la même ancienneté, le paiement des salaires non versés multipliés par deux, une compensation en cas de dommages spécifiques, incluant notamment les coûts raisonnables des frais d'avocat.

282. Entretien avec Nicole Marie Meyer.

283. V. sur le droit américain, C. Henkel, Whistleblowing Rights and Protection Under U.S. Law in the Private Sector ; *addé* R. V. Meyer, An Introduction to Whistleblower Protection Laws in the United States Military & Recent Revisions by the Military Retaliation Prevention Act in *Les lanceurs d'alerte* (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 335 et s.* S. L. Dreyfuss, *Le Whistleblowing aux États-Unis : Cah. de droit de l'entreprise 2018, n° 1, doss. 6.*

284. The Patient Protection and Affordable Care Act (ACA) of 2010 ; The Consumer Product Safety Improvement Act of 2008.

285. The Clean Air Act of 1970 ; The Safe Drinking Water Act of 1974.

286. The Equal Employment Opportunity Act of 1972.

287. S. L. Dreyfuss, *Le Whistleblowing aux États-Unis : Cah. de droit de l'entreprise 2018, n° 1, doss. 6.*

288. C. Henkel, Whistleblower Rights and Protection Under U.S. Law in the Private Sector in *Les lanceurs d'alerte* (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 333 et s., p. 334.*

289. Celui qui exerce une action en justice pour le compte de l'autorité publique l'exerce pour le sien propre, *V. supra.*

En 2002, la loi *Sarbanes-Oxley* (dite « SOX »), adoptée à la suite des scandales financiers Enron et WorldCom, a généralisé le whistleblowing. Toutes les sociétés américaines, y compris leurs filiales implantées à l'étranger, et les sociétés étrangères cotées aux États-Unis, ont dû mettre en place un dispositif d'alerte en interne afin de traiter les signalements opérés par des salariés concernant des fraudes financières commises dans l'entreprise. Cette réglementation a eu un impact sans précédent en France mais aussi partout dans le monde. Toute entreprise entrant dans le champ d'application de cette loi qui souhaitait mettre en œuvre un dispositif d'alerte était tenue d'appliquer les dispositions américaines.

En 2010, c'est le *Dodd-Frank Act* qui a permis une avancée supplémentaire dans l'élaboration des réglementations sur le lanceur d'alerte. Le *Dodd Frank Acte* se focalise sur la protection du lanceur d'alerte dans le domaine bancaire. La loi fait suite à la crise financière de 2008 et vise à rendre plus effective les obligations bancaires de conformité. Dans cette perspective, l'alerte n'est qu'un outil parmi d'autres. Trois points principaux sont à relever. Est d'abord introduite une action purement privée du lanceur d'alerte qui ne nécessite plus l'intervention d'une autorité publique²⁹⁰. Par ailleurs, les délais au cours desquels une « plainte » pouvait être déposée devant les autorités publiques dans le cadre de la loi *Sarbanes-Oxley* ont été doublés et sont passés de 90 à 180 jours. Le législateur américain met donc en cohérence le régime du whistleblower avec l'objectif d'efficacité absolue des règles de *compliance* en matière bancaire. Peut-être au détriment d'une certaine stabilité de l'entreprise : un acte irrégulier de gestion bancaire pourra être dénoncé et remis en cause par un whistleblower six mois après son accomplissement... Dans la même veine, les récompenses du whistleblower ont été augmentées de manière significative (de 10 à 30 % de l'amende infligée²⁹¹, à la discrétion de la Securities and Exchange Commission, la « SEC »²⁹²). L'anonymat est toléré mais le whistleblower doit forcément se faire connaître s'il souhaite obtenir sa part des sommes résultant de l'amende infligée²⁹³.

Enfin, il faut également mentionner les lois *Whistleblower Protection Act* et *Whistleblower Protection Enhancement Act* respectivement adoptées en 2011 et 2012 et relatives aux fonctionnaires fédéraux. Elles interdisent toute mesure de représailles aux agences fédérales. Outre la dénonciation d'une violation de la loi ou d'un règlement, d'une faute grave de gestion, d'un abus d'autorité ou d'un risque significatif pour la sécurité ou la santé publique, entrent également dans le champ d'application de ces lois la fraude et, de manière plus surprenante, le gaspillage au sein de l'administration dans laquelle le *whistleblower* travaille.

La principale différence entre le système américain et la loi « Sapin 2 » réside, outre le fait que l'approche américaine reste sectorielle, en la rémunération du lanceur d'alerte qui reste une distinction majeure. Il fait écho à un « choix de société » différent²⁹⁴. Ce qui

290. Dans le cadre législatif antérieur, l'action du « whistleblower » était nécessairement subordonnée à l'implication ou à l'autorisation d'une autorité administrative (comme par exemple l'« OSHA », *Occupational Safety and Health Administration*). V. C. Henkel, Whistleblower Rights and Protection Under U.S. Law in the Private Sector in Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 333 et s., p. 345*.

291. Auparavant, il n'existait pas de minimum ; désormais, les 10 % mentionnés par la loi constituent un plancher toutes les fois où l'amende infligée grâce au whistleblower dépasse un million de dollars.

292. « U.S. Securities and Exchange Commission », il s'agit de l'autorité américaine des marchés financiers.

293. C. Henkel, Whistleblower Rights and Protection Under U.S. Law in the Private Sector in Les lanceurs d'alerte (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ, 2017, p. 333 et s., p. 346*.

294. Contre la rémunération du lanceur d'alerte dans les pays européens, V. N.-M. Meyer, Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ? <https://transparency-france.org/actu/faut-remunerer-indemniser-lanceurs-dalerte/>. Au passage, la Corée du Sud et la Malaisie ont également fait le choix d'adopter des systèmes de récompenses du lanceur d'alerte lorsque la dénonciation permet au Trésor public de recouvrer certaines sommes.

peut d'ailleurs conduire à certaines incompréhensions au sein des entreprises américaines implantées en France. Amazon avait ainsi mis en place dans certains de ses centres français, un « jeu » dont la presse française, indignée, s'était fait l'écho en 2017. Les salariés étaient incités à dénoncer toutes les petites infractions aux règles de sécurité commises par chacun y compris leurs managers, le salarié ayant le plus dénoncé et totalisant donc le plus grand nombre de points se voyait offrir un cadeau²⁹⁵. Après un tollé médiatique, Amazon a mis officiellement un terme à cette pratique en France.

Cet épisode témoigne des différences culturelles liées à la « dénonciation » qu'entretiennent les États-Unis et l'Europe continentale. Historiquement, le whistleblower a participé à la sauvegarde de l'État américain lors de la guerre de Sécession tandis que le « dénonciateur français » est péjorativement connoté en raison de la Seconde Guerre mondiale. Sur le plan religieux, le whistleblower américain est protestant. Il participe, par ses actions, de l'ascétisme puritain théorisé par Max Weber et selon lequel « goûter des plaisirs du monde » permet de s'élever vers Dieu²⁹⁶. Le rapport à l'argent et à la dénonciation du catholicisme est bien plus méfiant. Si les deux religions dévalorisent « le Monde terrestre », le catholicisme résout le problème de l'accès à Dieu sur terre par la privation, le monachisme, ce qui implique un certain culte du secret ou, du moins, de la discrétion²⁹⁷. La présence ou l'absence de dispositifs d'alerte parmi les différents pays est donc la conséquence d'une pluralité de facteurs complexes que l'État ne peut ignorer et qui dépassent largement la volonté politique.

2. Des pays en apparence dépourvus de règles relatives à l'alerte

- *Qu'en est-il dans l'Union européenne ?*

Des États comme la France, l'Irlande ou le Royaume-Uni ont mis en place une protection « générale » du lanceur d'alerte mais 17 États ne disposent que de protections sectorielles ou ponctuelles et 13 États sont sans aucune protection pour le secteur privé. Enfin, Chypre et la Lettonie ne disposent d'aucune législation²⁹⁸. Toutefois, **dans la plupart des pays qui ne disposent pas de législation spécifique, la démocratie, l'État de droit, la liberté de la presse, la protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens et notamment la liberté d'expression sont autant de facteurs qui permettent aux alertes de prospérer et d'assurer une protection (plus ou moins accomplie) de leur auteur.**

- *Espagne, Allemagne*

Ainsi, certains États membres de l'Union européenne, tels que l'Espagne ou l'Allemagne, n'obligent pas leurs entreprises à mettre en place un dispositif de recueil d'alertes. Aucune disposition spécifique n'oblige à la mise en place de canaux d'alerte ni ne protège le lanceur d'alerte en Espagne²⁹⁹.

295. Nord : Amazon invite ses salariés à dénoncer leurs supérieurs, Le Figaro, 22 novembre 2017 : <http://www.lefigaro.fr/societes/2017/11/21/20005-20171121ARTFIG00321-nord-amazon-invite-ses-salaries-a-denoncer-leurs-superieurs.php>.

296. R. Boudon, La rationalité du religieux selon Max Weber : *L'Année sociologique*, vol. 51, n° 1, 2001, p. 9 et s.

297. *Ibid.*

298. <https://transparency-france.org/actu/lanceur-dalerte-notre-position-sur-le-projet-de-directive-europeenne/>.

299. V. M. Gallardo, Whistleblowing checklist en droit espagnol : *Cah. de droit de l'entreprise* 2018, n° 1, doss. 5.

L'Allemagne, de même, ne connaît pas plus d'obligation de mettre en place des systèmes de recueil d'alertes³⁰⁰. Mais leur déploiement n'est pas interdit, dans le respect des droits fondamentaux applicables et de la protection des données qui est, elle, réglementée. Au demeurant, de nombreuses dispositions légales allemandes imposent un *devoir de vigilance* dans l'entreprise. Il en ressort que l'alerte est conçue comme un moyen d'accomplissement du devoir de vigilance et non comme une fin en soi. Par ailleurs, diverses lois allemandes instaurent un « bureau des plaintes » pour les salariés qui pourrait servir de « point de contact » pour le lanceur d'alerte³⁰¹. Ces dispositions permettent de protéger le lanceur d'alerte, notamment lorsqu'il s'agit de salariés, contre toute mesure de rétorsion disciplinaire, pénale ou civile³⁰², sur le même modèle que la protection octroyée à la personne harcelée en droit français³⁰³.

Dans l'affaire « Volkswagen » de 2015, dite du « Dieseldate », il avait été découvert que le groupe automobile allemand contournait largement les règles en matière d'émission de CO₂. Ce scandale fut l'occasion pour la Cour constitutionnelle allemande de se prononcer sur la protection du secret professionnel de l'avocat dans le cadre d'une enquête transnationale. En effet, Volkswagen avait engagé en septembre 2015 le cabinet d'avocats américain Jones Day et le cabinet comptable Deloitte pour tenter d'identifier les responsables. Dans le cadre de l'enquête pénale préliminaire, le Ministère public allemand avait alors procédé à une perquisition et à la saisie de plusieurs documents au sein de l'antenne allemande du cabinet d'avocats Jones Day. La Cour constitutionnelle allemande, dans un arrêt du 27 juin 2018³⁰⁴, a validé la saisie des documents car Jones Day ne pouvait, dans l'exercice de ses fonctions d'enquêteur, invoquer le secret professionnel propre aux droits de la défense³⁰⁵. Pour le juge allemand, les résultats de l'enquête menée par un avocat ne sont pas « le produit du travail juridique » du cabinet d'avocats³⁰⁶. Au passage, l'affaire du « Dieseldate » permet de tirer un autre enseignement : certaines multinationales, à l'instar du groupe Volkswagen, ont les reins suffisamment solides pour se remettre rapidement d'une alerte externe, peu important la gravité des faits. Le groupe n'a en effet jamais vendu autant de voitures qu'en 2017³⁰⁷.

En Espagne, la mise en place de dispositif de recueils d'alerte est également encouragée. L'article 31 bis du code pénal espagnol subordonne l'immunité pénale contre certains délits commis par des collaborateurs à la mise en place d'une procédure d'alerte interne auprès d'une autorité de compliance. Il convient, à cette fin, que l'entreprise ait mis en place « *des moyens de vigilance et de contrôle idoines de lutte contre ces délits* », ait instauré un organe de contrôle autonome en son sein capable de traiter l'atteinte et que ce dernier n'ait pas

300. C. Jux et C. Saby, Whistleblowing : l'approche allemande : *Cah. de droit de l'entreprise* 2018, n° 1, doss. 4.

301. C. Jux et C. Saby, *Ibid.*

302. C. Jux et C. Saby, *Ibid.*

303. C. Jux et C. Saby, *Ibid.* Selon les auteurs, « la large absence de dispositions légales spécifiques sur la protection du *whistleblower* oblige à résoudre l'ensemble des cas conformément aux principes généraux du droit du travail et aux obligations stipulées dans le contrat de travail du salarié. Cela signifie qu'il faut avant tout établir s'il y a eu violation concrète des obligations contractuelles et donc, par application du principe général de proportionnalité, si l'employeur peut poursuivre la relation de travail sans conclure à une faute professionnelle et au licenciement après la violation d'une obligation contractuelle par le salarié en question, telle que le secret professionnel ».

304. Cour constitutionnelle fédérale, 27 juin 2018, n° 2 BvR 1405/17.

305. V. La demande de VW d'interdire l'examen de documents rejetée : *Les Échos*, 6 juillet 2018, <https://investir.lesechos.fr/actions/actualites/la-demande-de-vw-d-interdire-l-examen-de-documents-rejetee-1777645.php>.

306. Cour constitutionnelle fédérale, 27 juin 2018, n° 2 BvR 1405/17, § 23.

307. Deux ans après le dieseldate, l'empire Volkswagen est en pleine forme : *Les Échos*, 17 janvier 2018, https://www.lesechos.fr/17/01/2018/lesechos.fr/0301166159003_deux-ans-apres-le-dieseldate--l-empire-volkswagen-est-en-pleine-forme.htm.

commis une faute de contrôle ou une carence dans son devoir de vigilance. Les entreprises espagnoles sont donc fortement incitées à mettre en place de telles procédures de *Compliance* en interne afin d'échapper à leur responsabilité pénale, ce qui explique qu'un grand nombre de ces dispositifs existent même en l'absence d'obligation légale³⁰⁸. Toutefois, des voix toujours plus nombreuses s'élèvent pour que soit adoptée une loi générale instaurant une protection obligatoire du lanceur d'alerte³⁰⁹.

- *Brésil*

Dans d'autre pays, l'absence de réglementation liée au lanceur d'alerte est une réalité plus frappante³¹⁰. Quoiqu'aucune loi spécifique ne prévoise à ce jour de protection au Brésil, les lanceurs d'alerte devraient pouvoir se reposer sur le principe de la liberté d'expression, protégée par la Constitution brésilienne³¹¹, les abus étant alors sanctionnés sur le terrain de la responsabilité civile.

Cette protection demeure cependant insuffisante au regard des scandales récents ayant touché le Brésil. L'ONG Transparency International place le Brésil à la 76^e place sur 168 États dans son classement des États les plus corrompus³¹².

Un projet récent, né de l'initiative populaire, aurait pu instituer une protection supplémentaire et cohérente du lanceur d'alerte³¹³. Après des discussions houleuses, la Chambre des députés a cependant créé la surprise en supprimant du texte final toutes les mesures de lutte contre la corruption, y compris la partie encourageant la dénonciation d'informations d'intérêt public. À la suite d'un conflit entre les pouvoirs législatifs et judiciaires, le projet reste, pour l'heure, suspendu...

B. La proposition de directive européenne sur le lanceur d'alerte, source d'harmonisation

Une proposition de directive européenne dans l'air du temps. – Les lanceurs d'alerte suscitent un intérêt grandissant des pouvoirs publics européens. De cette prise de conscience a émergé une proposition de directive européenne visant à protéger les lanceurs d'alerte. Contrairement au législateur français, dont l'approche était initialement sectorielle, avant l'adoption de la loi « Sapin 2 », l'objectif de la Commission européenne

308. M. Gallardo, Whistleblowing checklist en droit espagnol : *Cah. de droit de l'entreprise* 2018, n° 1, doss. 5.

309. En Espagne, les lanceurs d'alerte anticorruption réclament une protection : *Le Monde*, 1^{er} mars 2017. https://www.lemonde.fr/europe/article/2017/03/01/en-espagne-les-lanceurs-d-alerte-anticorruption-demandent-une-protection_5087350_3214.html.

310. V. F. Menezes, Les lanceurs d'alerte dans la perspective du droit brésilien in *Les lanceurs d'alerte* (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ*, 2017, p. 367 et s.

311. Constit. du Brésil du 5 oct. 1988, art. 5, IV, V et VI : « La manifestation de la pensée est libre ; l'anonymat est interdit ; le droit de réponse est garanti, en proportion de l'offense, sans préjudice de la réparation des dommages matériels, moraux ou portés à l'image de l'intéressé ; La liberté de conscience et de croyance est inviolable » ; V. aussi art. 220 sur la liberté de la presse et l'interdiction de la censure. *Adde* STF, AI 705.630, 23 mars 2011, cité par F. Menezes, Les lanceurs d'alerte dans la perspective du droit brésilien in *Les lanceurs d'alerte* (dir. M. Disant et D. Pollet-Panoussis) : *LGDJ*, 2017, p. 367 et s., spéc. p. 371.

312. V. not. sur le scandale « Petrobras », Brésil : la présidente Dilma Rousseff destituée : *Le Monde*, 31 août 2016, https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2016/08/31/bresil-la-presidente-dilma-rousseff-destituee_4990645_3222.html.

313. Projet de loi n° 4.850/16.

est d'adopter directement un seul dispositif global. L'intérêt d'une directive européenne sur le lanceur d'alerte serait double : 1) imposer aux États européens qui ne l'ont pas encore fait de mettre en place une protection du lanceur d'alerte ; 2) inciter les États membres de l'Union européenne à l'harmonisation des règles applicables en la matière, à tout le moins s'agissant du socle minimal de garanties édictées par la directive. Une première proposition a été rendue publique le 23 avril 2018. Les travaux parlementaires ont débuté et le projet provisoire de la Rapporteuse au Parlement européen a fait l'objet d'une analyse minutieuse par le groupe de travail. Le calendrier législatif européen devrait conduire à l'adoption d'une directive courant 2019.

1. Le contenu de la proposition de directive européenne

• Objectifs

Selon l'enquête « Global Business Ethics » (2016), menée par l'organisation internationale « ECI » (Ethics Compliance & Initiative) et citée par la Commission européenne, 36 % des travailleurs qui ont dénoncé une faute dans leur entreprise ont estimé avoir subi des mesures de représailles³¹⁴.

Pour la Commission, les scandales récents – « Dieselgate », « Luxleaks », « Panama Papers » – ou les révélations qui se succèdent à propos de Cambridge Analytica montrent que les lanceurs d'alerte peuvent jouer un rôle important dans la mise au jour d'activités illicites qui portent préjudice à l'intérêt général et au bien-être des citoyens et de la société.

Face aux droits nationaux hétérogènes et morcelés, l'adoption d'une directive s'est imposée comme le moyen de garantir un socle protecteur minimal à tout lanceur d'alerte au sein de l'Union européenne.

• Champ d'application matériel

Le projet de la Commission prévoit un champ d'application relativement strict en comparaison avec la loi « Sapin 2 ». D'une part, il ne vise que les activités illégales ou les abus de droit. L'auteur d'un signalement portant sur des pratiques contraires à l'éthique et portant atteinte à l'intérêt général – par exemple de l'optimisation fiscale agressive – ne serait donc pas protégé. Le projet de la Commission s'avère donc moins protecteur que la loi « Sapin 2 » qui semble intégrer dans son champ la dénonciation de pratiques légales dès lors qu'elles portent atteinte à l'intérêt général. D'autre part, seules les violations au droit de l'Union européenne pourront faire l'objet d'un signalement. Il est donc nécessaire que l'Union européenne ait spécifiquement légiféré sur la question pour que la violation des règles puisse valablement faire l'objet d'un signalement³¹⁵. Cette limitation, bien naturelle au regard

³¹⁴. Protection des lanceurs d'alerte : la Commission fixe de nouvelles règles applicables dans toute l'UE : Communiqué de presse, 23 avril 2018.

³¹⁵. Proposition de directive sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union : 2018/0106(COD), 23 avril 2018, art. 1. Le texte de la directive mentionne, entre autres, les marchés publics, les services financiers en ce compris la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, la sécurité des produits, la sécurité des transports, la protection de l'environnement, la sûreté nucléaire, la sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, la santé et le bien-être des animaux, la santé publique, la protection des consommateurs, la protection de la vie privée, les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, les infractions relatives au marché intérieur de l'Union, notamment en matière d'impôt sur les sociétés, ...

de la compétence expressément limitée de l'Union européenne, n'est en réalité pas si contraignante quand on connaît l'étendue de la législation européenne. Une annexe à la directive comprend la liste de tous les règlements et directives visés. Une lecture attentive révèle que la directive relative à la protection du secret des affaires ne figure pas dans la liste des directives dont la violation peut faire l'objet d'un signalement. L'articulation entre ces deux textes s'avèrera donc délicate.

- *Champ d'application personnel*

La proposition protège, en revanche, très largement l'auteur du signalement, quel qu'il soit³¹⁶. Sont notamment compris dans cette définition : les travailleurs salariés, les travailleurs indépendants, les actionnaires et les membres de l'organe de direction de l'entreprise, y compris les membres non exécutifs, les bénévoles, les stagiaires même non rémunérés, les contractants, sous-traitants et fournisseurs de l'entreprise. Il s'agit donc de « toute personne » dès lors que le signalement intervient dans un *contexte professionnel*, ce qui comprend également le processus de recrutement et les négociations précontractuelles (comme cela pourrait être le cas en France grâce à la protection octroyée contre les discriminations à l'embauche).

- *La procédure de recueil des signalements*

S'agissant du secteur privé, toutes les entreprises qui comptent plus de 50 salariés ou qui réalisent un chiffre d'affaires supérieur à 10 millions d'euros seraient tenues de mettre en place une procédure de recueil des signalements³¹⁷. La procédure de signalement comprend trois paliers : un premier signalement interne à l'organisation ; un deuxième signalement auprès des autorités publiques compétentes ; une divulgation auprès du public, notamment *via* les médias.

Chaque passage au palier supérieur suppose la carence dans la mise en place ou dans le traitement du signalement effectué au palier inférieur. Les passages successifs d'un palier au palier supérieur s'entendent de manière chronologique, comme en droit français. Dès lors, le texte de la Commission prévoit d'accorder un délai de 3 mois aux entreprises pour traiter le signalement en interne. À défaut, l'auteur du signalement pourra légitimement se tourner vers les autorités compétentes qui auront à leur tour un délai de 3 à 6 mois pour agir³¹⁸. Ce n'est qu'en tout dernier lieu qu'une divulgation au public peut avoir lieu sans évincer la protection prévue.

Lorsqu'est réalisée une divulgation directe au public (sans passer par les deux premiers paliers), la protection ne serait octroyée que de manière exceptionnelle. L'auteur d'une telle divulgation doit, pour être protégé, faire état d'un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public ou des circonstances particulières de l'affaire, ou prouver qu'il existe un dommage « irréversible » comme tel peut être le cas en matière environnementale³¹⁹. À cet égard, la directive européenne semble calquée sur la loi « Sapin 2 ».

³¹⁶. Proposition de directive sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union : 2018/0106(COD), 23 avril 2018, art. 2.

³¹⁷. *Ibid.*, art. 4.

³¹⁸. *Ibid.*, art. 5 et 6.

³¹⁹. *Ibid.*, art. 13, § 4, b).

- *La protection et les sanctions*

Le contenu de la protection octroyée au lanceur d'alerte comprend l'interdiction de toute mesure de rétorsion. Une liste d'exemples non limitative est donnée par le projet de directive³²⁰. Les États doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour donner plein effet à cette protection.

Outre, l'assistance juridique, la proposition de directive laisse le choix aux États d'ajouter à la protection des mesures d'assistance supplémentaires, notamment de nature financière. La proposition de la Commission garantit également la confidentialité tout au long de l'enquête de toute personne visée par la procédure de signalement, ainsi que son droit à un recours effectif³²¹. Enfin, les États seront tenus d'adopter au sein des lois de transposition de la directive des sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* » à l'encontre des personnes qui entraveraient le signalement, adopteraient des mesures de rétorsion, exerceraient des voies de droit vexatoires (« procès-baillons ») ou violeraient la confidentialité de l'auteur du signalement.

Parallèlement, des sanctions revêtant ces mêmes caractères doivent être adoptées à l'encontre de toute personne qui procède à un signalement ou à une divulgation malveillante ou abusive.

- *Articulation droit européen et droit national*

La proposition de directive laisse enfin toute latitude aux États pour maintenir ou adopter des dispositions plus favorables aux droits des lanceurs d'alerte³²². Mais l'articulation entre le droit européen et national ne sera guère évidente. Par exemple, si la proposition de directive devait conserver le principe de la sanction des auteurs de signalements malveillants ou abusifs, la loi « Sapin 2 », qui permet la sanction sans l'imposer, devrait-elle être modifiée³²³ ?

2. Les réactions à la proposition de la Commission européenne

Points de vue... – Afin d'aboutir à une analyse objective et complète de la proposition de la directive, le groupe de travail a souhaité enrichir le présent rapport des différentes opinions qu'ont pu émettre sur la question les organisations non-gouvernementales (a), les institutions européennes (b) et françaises (c).

320. *Ibid.*, art. 14 : sont interdits toutes les représailles, notamment la suspension, la mise à pied, le licenciement, la rétrogradation, le refus de promotion, le transfert de fonctions, le changement de lieu de travail, la réduction de salaire, la modification des horaires de travail, la suspension d'une formation, une évaluation de performance négative, les mesures disciplinaires imposées ou administrées, les réprimandes, toute forme de coercition, d'intimidation, de harcèlement ou d'ostracisme, la discrimination, le désavantage ou traitement injuste, la non-conversion d'un contrat de travail temporaire en contrat permanent, le non-renouvellement ou la résiliation anticipée du contrat de travail temporaire, tous préjudices, la mise sur liste noire formelle ou informelle empêchant la personne de retrouver du travail, etc.

321. *Ibid.*, art. 16.

322. *Ibid.*, art. 19.

323. V. sur ce point la position des autorités françaises auprès de la Commission européenne, *infra*.

a) Le point de vue de Transparency International

Transparency International œuvre en faveur de la lutte contre la corruption des acteurs publics et privés et, à ce titre, a pris à bras le corps les problématiques entourant la transparence et la protection des lanceurs d'alerte. Son antenne française a adopté une note de position le 3 juillet 2018 à l'endroit de la proposition de directive européenne³²⁴. Alors que la protection des lanceurs d'alerte reste parcellaire au sein de l'Union européenne³²⁵, l'ONG se félicite d'une proposition de directive européenne sur le sujet, qui imposera, à terme, à tous les États membres d'adopter une législation protectrice des lanceurs d'alerte. Transparency International note également que le projet de directive s'inspire fortement à la fois de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme et du droit français.

Toutefois, pour Transparency International, le projet comporte plusieurs failles :

- 1) La restriction du champ matériel de l'alerte aux « activités illicites » et « abus de droit » spécifiquement énumérés par la directive. Toutefois, il apparaît au groupe de travail que les domaines énumérés par la proposition recouvrent un champ extrêmement vaste, de sorte que les protections du lanceur d'alerte prévues par la directive lui seront applicables dans la très grande majorité des cas.
- 2) L'obligation de saisir préalablement le canal interne avant tout signalement externe (même en cas d'activités illicites). Il s'agit là d'une revendication répétée de Transparency International que de promouvoir une procédure par paliers d'*intensité* telle qu'elle existe en Irlande et non *chronologique* comme le modèle français. La proposition de directive de la Commission européenne adopte clairement le modèle français.
- 3) La création d'une sanction spécifique réprimant le signalement malveillant ou abusif. Pour Transparency International France, la directive pourrait se contenter de mentionner que « l'auteur d'un signalement délibérément erroné, partiellement ou totalement, ne peut en aucun cas bénéficier de la protection accordée par la directive et tombe sous le champ de la dénonciation calomnieuse ou de la diffamation, délits sanctionnés par le droit national »³²⁶. Créer une sanction spécifique revient, selon la position de Transparency International France, à opérer une « confusion dommageable » entre l'alerte éthique et les infractions pénales de dénonciation calomnieuse et de diffamation.

Comme il en sera fait état plus avant, le groupe de travail ne partage pas l'avis de Transparency International sur ce point : d'une part, la proposition de directive ne fait état que de « sanctions » sans préciser qu'il s'agit forcément de sanctions pénales, et d'autre part, la question de la création d'une sanction spécifique mérite un examen plus approfondi³²⁷.

b) Le point de vue de la Rapporteuse du Parlement européen

Les modifications souhaitées au sein du projet de rapport du Parlement européen. – Les trois points soulignés par Transparency International concentrent aussi l'attention des institutions. La Députée européenne Virginie Rozière³²⁸, Rapporteuse de la proposition de

³²⁴. <https://transparency-france.org/actu/lanceur-dalerte-notre-position-sur-le-projet-de-directive-europeenne/>.

³²⁵. V. *supra* dans la partie consacrée aux États en apparence dépourvus de règles relatives à l'alerte.

³²⁶. <https://transparency-france.org/actu/lanceur-dalerte-notre-position-sur-le-projet-de-directive-europeenne/>.

³²⁷. V. note *infra* sur la position des autorités françaises.

³²⁸. Membre du Groupe de l'Alliance Progressiste des Socialistes et Démocrates au Parlement européen et parti Les radicaux de Gauche en France.

directive, se déclare globalement satisfaite de la proposition de directive de la Commission européenne. Elle souhaite néanmoins apporter des modifications substantielles au texte dont certaines font écho aux revendications portées par Transparency International³²⁹.

- *L'étendue de l'objet de l'alerte*

La proposition de la Commission européenne prévoit une liste des cas dans lesquels l'alerte est possible. Face à la crainte que cette liste, *a priori* exhaustive, exclue certaines infractions, la Rapporteuse propose que « tout acte répréhensible relatif aux secteurs cités » soit retenu comme pouvant faire l'objet d'une alerte. La directive se rapprocherait ainsi de la loi « Sapin 2 » qui n'édicte pas de liste limitative des situations dans lesquelles l'alerte est possible mais vise, outre les crimes et délits ou la violation d'engagements internationaux, l'intérêt général. À la différence de la loi « Sapin 2 » et de la proposition de la Commission, le projet de Rapport supprime cependant toute référence à la gravité de l'atteinte.

- *La procédure des « paliers » et les délais*

Contrairement au droit français, le projet de directive de la Commission ne prévoit pas d'accuser réception du signalement à l'auteur du signalement, ce que le rapport du Parlement européen propose d'ajouter. Il s'agit d'un élément de sécurisation en apparence anodin mais fondamental en pratique : l'auteur du signalement doit savoir que l'alerte est prise au sérieux afin de limiter les risques de divulgation directe au public. L'on peut supposer que son absence de la proposition n'est qu'un oubli de la Commission européenne qui ne devrait pas s'opposer à cette modification.

Par ailleurs, la proposition de la Commission prévoit des délais de traitement plus longs que le droit français n'en prévoit actuellement³³⁰. En effet, la directive laissait certes *trois mois à l'entreprise* pour réagir, ce qui est un temps relativement court lorsque l'atteinte ou les faits sont complexes, mais elle laissait aussi à l'autorité administrative ou judiciaire un délai pour agir allant de *trois à six mois* dans des « cas justifiés ». Un délai de six mois semble être un délai plus raisonnable afin de mettre en marche l'action publique, mais la proposition de directive ne définit malheureusement pas « les cas justifiés » qui permettent le passage de trois à six mois...

Toutefois, la Rapporteuse estime que ces délais sont trop longs dans la mesure où ils peuvent compromettre l'alerte « *mais surtout risquent de forcer le lanceur d'alerte à se mettre en difficulté immédiate vis-à-vis de son employeur* ». On peut comprendre qu'il n'est guère opportun de laisser une telle situation s'éterniser mais dans le même temps l'entreprise doit avoir le temps de traiter l'alerte. Le projet amendé par la Rapporteuse prévoit que *l'entreprise ne dispose plus que d'un seul mois pour réagir* et traiter l'alerte et réduit les délais de réaction de l'autorité administrative à *deux mois ou quatre mois* dans des cas justifiés. **La position médiane que suggère le groupe de travail consisterait à adopter des délais différents selon la taille de l'entreprise : un délai de trois mois peut s'avérer opportun au**

³²⁹. Projet de rapport du 2 juillet 2018 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union (COM(2018)0218 - C8-0159/2018 - 2018/0106(COD)), Commission des affaires juridiques, Rapporteuse : Virginie Rozière.

³³⁰. Pour rappel, la loi « Sapin 2 » laisse un « délai raisonnable » à l'entreprise pour réagir (ce qui a l'avantage de la souplesse) mais un délai de 3 mois uniquement aux autorités administratives ou judiciaires.

sein des grandes entreprises pour lesquelles enquêter est un véritable défi (présence internationale, taille parfois titanesque de certains départements, nombre écrasant de documents à revoir) ; un délai d'un à deux mois pourrait être plus adapté aux PME / TPE.

Le sens de la modification de la Rapporteuse semble être d'arriver au plus vite à la divulgation publique, ce qui n'est guère souhaitable pour l'intérêt des entreprises comme de la société civile, cette dernière étant déjà inondée d'alertes et de messages alarmistes. **De l'avis du groupe de travail, il convient en effet de ne permettre la divulgation publique qu'en cas d'atteintes graves ou d'urgence.**

Si la Rapporteuse présente les modifications qu'elle apporte au texte comme consensuelles et de moindre importance, le groupe de travail relève qu'il s'agit de modifications profondes qui transforment l'architecture globale et l'esprit du dispositif. En effet, la Rapporteuse estime qu'il convient d'apporter plus de souplesse à la procédure par « paliers », en offrant la possibilité au lanceur d'alerte de choisir le canal le plus approprié en fonction de l'intensité de l'atteinte, y compris le canal de la divulgation publique dès lors qu'il l'estime nécessaire. En somme, le modèle de référence de la Rapporteuse semble celui du droit irlandais.

Il faut noter que même Transparency International n'a pas une position si aventureuse. En effet, l'ONG estime qu'il conviendrait d'adopter une procédure en deux paliers : 1) un signalement auprès de l'employeur *ou* des autorités ; 2) en cas de carence de l'un ou de l'autre, un signalement public.

Le postulat de base de la Rapporteuse nous semble erroné : le lanceur d'alerte aurait, dans le texte de la Commission, « *la charge de prouver qu'il a fait le choix du canal le plus approprié en cas de contournement du séquençement prévu par le texte* ». Or, il apparaît justement qu'un tel problème ne surgit qu'en l'absence du respect de la procédure de « séquençement » ou de « paliers »³³¹. **En effet, sous l'empire du texte présenté par la Commission, le lanceur d'alerte qui doute du bien-fondé de son signalement n'a qu'à suivre la procédure par paliers pour que la protection lui soit assurée. Parallèlement, s'il est sûr de lui et qu'il fait état d'une urgence grave, il peut de toute façon procéder à une divulgation directe au public. En revanche, dans le système proposé par la Rapporteuse, « plus de flexibilité » dans la hiérarchie des canaux de signalement rime aussi avec plus d'insécurité pour le lanceur d'alerte qui devra, à chaque signalement, faire état du caractère proportionné de son choix de canal de signalement.**

La procédure des « paliers » est une garantie tant pour l'entreprise que pour le lanceur d'alerte. Elle est un filet de sécurité sans lequel les acteurs concernés devront prendre plus de risques pour agir. Dès lors, il n'est pas évident qu'une telle flexibilisation permette la multiplication des alertes légitimes, au vu des risques qui pèseront sur le lanceur d'alerte.

Enfin, une question subsiste dans le cas où la rédaction retenue par la Rapporteuse serait définitivement adoptée : une marge de manœuvre existera-t-elle pour que les États qui le souhaitent puissent conserver une procédure impérative par « paliers », avec l'urgence pour seule dérogation ? Il serait bon que la directive le précise.

³³¹. Projet de rapport du 2 juillet 2018 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union (COM(2018)0218 - C8-0159/2018 - 2018/0106(COD)), Commission des affaires juridiques, Rapporteuse : Virginie Rozière, p. 46.

Il faut souhaiter qu'une modification en ce sens soit adoptée, ne serait-ce que pour tenir compte des diversités culturelles de chacun des États membres.

- *La bonne foi et l'intérêt général*

Dans la même veine, le projet de rapport critique la possibilité d'exclure de la protection les auteurs d'un signalement qui dénoncent des violations établies mais en vue d'un intérêt personnel. Autrement dit, le rapport se montre favorable à ce que la protection soit accordée à tous les auteurs de signalement dès lors que les faits illicites qu'ils dénoncent sont établis : « *le texte [de la directive] devrait avant tout se focaliser sur la pertinence de l'information révélée au regard de l'intérêt général avant de s'intéresser aux motifs de sa révélation* »³³².

N'y a-t-il pas, néanmoins, une forme de dévoiement de l'esprit du lanceur d'alerte en accordant une protection au salarié qui aurait connaissance depuis des années d'une fraude fiscale commise par son entreprise mais qui ne choisit de la dénoncer qu'au moment où il n'est pas choisi pour une promotion ou licencié pour un motif disciplinaire distinct ? N'y a-t-il pas là une atteinte à l'éthique qui doit empêcher l'auteur du signalement de se prévaloir d'une quelconque protection légale ? En effet, l'absence de protection n'empêche pas pour autant les autorités de s'intéresser aux faits illicites dénoncés³³³.

- *La protection*

Le projet de rapport précise que la liste des représailles interdites envers l'auteur du signalement citées dans la directive est illustrative et que *toutes* les formes de représailles, même absentes du texte, sont interdites. Le projet amendé par la Rapporteuse prévoit ensuite de modifier la rédaction de l'article 15 § 5 relatif à la charge de la preuve des représailles. La version proposée par la Commission prévoit :

« Dans le cadre d'une procédure judiciaire relative à un préjudice subi par l'informateur, et sous réserve qu'il présente des motifs raisonnables portant à croire qu'il s'agit d'un préjudice découlant de représailles pour avoir fait le signalement ou la divulgation, il incombe à la personne qui a pris la mesure de représailles d'établir que le préjudice n'était pas une conséquence du signalement, mais était exclusivement fondé sur des motifs dûment justifiés ».

La formulation proposée par la Rapporteuse revient à un résultat presque identique mais diffère sensiblement dans sa présentation :

« Dans le cadre d'une procédure judiciaire relative à un préjudice subi par l'informateur, et sous réserve qu'il présente des motifs raisonnables portant à croire qu'il s'agit d'un préjudice découlant de représailles pour avoir fait le signalement ou la divulgation publique, il est présumé que le préjudice a été subi en représailles du signalement ou de la divulgation publique ».

³³² Ibid., p. 47.

³³³ Outre le fait que la protection érigée par le droit français ni celle envisagée par la directive ne consiste en une immunité disciplinaire totale : l'employeur en mesure d'établir que le signalement n'a été réalisé que pour obtenir une protection alors que des faits objectifs permettent de sanctionner le salarié devrait être en mesure de mettre en œuvre sa sanction.

Est adopté par le législateur européen le classique renversement de la charge de la preuve dont use le législateur français dans toutes les situations où le salarié est en situation délicate vis-à-vis de son employeur (harcèlement sexuel ou moral, discrimination, ...). Dans l'esprit, il existe cependant une différence de taille entre les deux rédactions proposées. Alors que la version de la Commission ne laisse guère de doute sur le fait que l'employeur qui a pris une mesure à l'encontre d'un lanceur d'alerte peut apporter la preuve contraire, la version du texte de la Rapporteuse se place exclusivement du côté du lanceur d'alerte, présumé victime, sans qu'il soit expressément précisé que l'employeur puisse apporter une preuve contraire, ni – surtout – *comment* il doit apporter cette preuve contraire.

En effet, la proposition de la Commission précise comment l'employeur peut apporter la preuve que la mesure de représailles n'en était pas une, il peut le faire par la démonstration : 1) de l'absence de lien entre le préjudice et le signalement ; 2) d'une mesure exclusivement fondée sur des motifs dûment justifiés. Or, la version du texte proposé par la Rapporteuse est silencieuse sur ce point. **Le groupe de travail estime que la rédaction de la Commission doit impérativement être retenue, sauf à prendre le risque d'octroyer un caractère illimité à la protection disciplinaire du lanceur d'alerte.**

Dans le même esprit, **la Rapporteuse propose également d'étendre la protection aux lanceurs d'alerte anonymes. L'oxymore engendré par cette expression en montre pourtant les limites...** En effet, si le projet de rapport signale justement que « des cas de signalements anonymes se sont déjà produits et continueront de se produire », il ne nous semble pas opportun de résoudre ces situations en permettant « à une personne dont l'identité se trouverait révélée alors qu'elle souhaitait rester anonyme d'être couverte par ce texte ». Il convient ici de distinguer deux situations. Si l'identité du lanceur d'alerte est révélée en méconnaissance des dispositions sur la confidentialité par la personne en charge de l'assurer, il est alors évident que le lanceur d'alerte bénéficie malgré tout de la protection conférée par son statut. En revanche, ne peut en aucun cas bénéficier d'une protection, l'individu qui serait l'auteur d'un signalement anonyme et déconnecté de toute procédure de recueil d'alertes établie, par exemple par l'envoi d'un courrier anonyme au PDG de son entreprise ou pire aux médias ou qui userait d'internet pour dénoncer anonymement une autre personne... Ce serait confondre et assimiler les lanceurs d'alerte aux dénonciateurs, au grand damne des premiers. Indépendamment du débat, il convient de noter qu'il n'y a en pratique guère de sens à protéger un anonyme...

Enfin, la Rapporteuse insiste également sur la nécessité d'intégrer les représentants du personnel aux procédures d'alerte individuelle, ce qui peut se justifier mais devrait être limité en raison de la confidentialité.

- *La proposition de sanctionner les signalements malveillants ou abusifs*

Le texte de la Commission prévoit une innovation majeure par rapport à la loi « Sapin 2 » qui consiste à créer une sanction spécifique aux auteurs de signalements malveillants ou abusifs. L'article 17 § 2 dispose en effet que :

« Les États membres prévoient des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables aux personnes qui font des signalements ou des divulgations malveillants ou abusifs, y compris des mesures d'indemnisation des personnes ayant subi un préjudice en raison de signalements ou de divulgations ».

Le projet de rapport supprime cette disposition sans la remplacer. **Pour la Rapporteuse, « cette disposition apparaît comme redondante avec les dispositions déjà présentes dans le droit national sanctionnant les cas de diffamation ou d'atteinte à la réputation ».** Elle estime que le texte aurait, en l'état, un effet désincitatif, « y compris s'agissant de signalements légitimes ». Le groupe de travail est plutôt d'avis qu'une sanction spécifique participerait de l'équilibre global du dispositif³³⁴. Tel est d'ailleurs le sens des opinions émises par les autorités françaises auprès la Commission européenne.

c) La position des autorités françaises auprès de la Commission européenne

Le Secrétariat Général des Affaires Européennes (SGAE)³³⁵ a fait circuler une note au Parlement détaillant sa position sur le Rapport de Madame la députée européenne Virginie Rozière. Les autorités françaises se montrent relativement critiques vis-à-vis du projet amendé et se déclarent défavorables à un grand nombre des amendements proposés.

Pour l'essentiel, les autorités françaises sont « défavorables à la suppression de toute référence à la gravité de l'infraction (...) et entendent faire des propositions en ce sens dans le cadre des travaux du Conseil. De même, elles soutiennent l'idée d'une gradation dans la procédure de signalement, garante d'un dispositif de protection des lanceurs d'alerte équilibré. Elles privilégient, sur ce point, la proposition de la Commission et sont de ce fait défavorables à la suppression des dispositions articulant l'usage des canaux de signalement internes et externes »³³⁶.

• Le journaliste d'investigation

Alors que le projet de rapport européen mentionne clairement les journalistes d'investigation comme des facilitateurs d'alerte, devant à ce titre bénéficier de la protection et du statut conférés par le projet de directive, les autorités françaises rappellent que « le journaliste doit constituer l'ultime maillon de la chaîne de signalement ». S'il doit être protégé au titre de la liberté de la presse, il n'est pas un lanceur d'alerte dès lors qu'il trouve un intérêt personnel et direct au signalement. La position contraire revient à faire du lanceur d'alerte une profession à part entière, ce qui contredit l'esprit même de l'alerte.

Le groupe de travail estime que l'on ne peut pas être lanceur d'alerte sur le *long terme*. Une fois l'alerte lancée, reçue, traitée et que toutes les conséquences de celle-ci ont été tirées, le lanceur d'alerte doit retrouver un statut de citoyen « normal », qui peut être un militant, mais qui n'est plus un lanceur d'alerte, sauf à ressortir de terre les Sycophantes de la Grèce Antique...

En somme, le groupe de travail estime, à l'instar des autorités françaises, qu'il ne faut pas traiter le journaliste d'investigation, récepteur et relais de l'information, à parité avec le travailleur, source de l'alerte. Les autorités françaises soulignent également le risque de

³³⁴. Comme cela a été souligné pendant les travaux.

³³⁵. Organisme placé sous l'autorité du Premier ministre français et chargé de la coordination interministérielle de la position des autorités françaises sur les questions liées à l'Union européenne et à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE).

³³⁶. Note de commission, commission des affaires juridiques (JURI), du 18 juillet 2018, PM/SGAE/JUD, relative à la position des autorités françaises sur le projet de rapport déposé en commission JURI concernant la proposition de directive relative à la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union.

dénaturation que comporterait un tel élargissement, laissant entendre que la divulgation au public n'est plus l'ultime recours du lanceur d'alerte.

- *La suppression du critère de gravité*

Si les autorités françaises semblent indifférentes à la formulation adoptée pour désigner les atteintes au droit de l'Union concernées par le champ d'application de la directive (sont évoqués les « *actes répréhensibles* », « *l'abus de droit* », « *les actes portant atteinte à l'intérêt général* »), la France se montre inflexible sur la nécessité que soit conservé le critère de « *gravité* » de l'atteinte : « *en l'absence d'une telle référence, le risque est de voir se multiplier des procédures infondées ou insuffisamment fondées, portant ainsi atteinte à la crédibilité du dispositif* ».

Le groupe de travail se montre rassuré par cette position dont il espère qu'elle prospérera au cours des prochains débats et travaux préparatoires à la directive.

- *La création d'un éventuel « millefeuille » européen*

Si la directive prévoit son articulation avec d'autres directives européennes prévoyant déjà des dispositifs d'alerte, elle ne précise pas les modalités de cette articulation. Ainsi, les autorités françaises incitent les parlementaires européens ou le Conseil à disposer clairement le caractère supplétif ou substitutif des dispositions de la proposition de directive.

À la lumière de l'objectif d'harmonisation poursuivi, le groupe de travail estime qu'un caractère substitutif devrait s'imposer, sous peine de voir émerger un « millefeuille européen des alertes », ajoutant aux difficultés d'articulation entre tous les dispositifs d'alertes nationaux. L'absence de substitution claire de la nouvelle directive à tous les dispositifs anciens pourrait entraîner l'apparition d'un « millefeuille » digne du système américain.

- *L'étendue temporelle de la protection*

Les autorités françaises se montrent favorables à ce que la directive précise que la protection s'étend y compris aux travailleurs dont la relation de travail s'est achevée, même si l'alerte est lancée postérieurement à la rupture des relations. Si les autorités soulignent qu'une telle extension est cohérente au regard de l'article 2, § 2 de la directive qui inclut les personnes dont la relation de travail n'a pas encore débuté, elles font part aux parlementaires de leurs inquiétudes résultant d'une conception trop large du caractère professionnel de l'alerte. Autrement dit, dans le cas d'un signalement lancé *postérieurement à la rupture* d'un contrat de travail, les autorités françaises tiennent à préciser que seuls les faits illicites dont la personne a eu connaissance *pendant l'exécution* de son contrat sont susceptibles de faire l'objet d'une l'alerte.

- *La réduction des délais*

À l'aune de l'expérience « Renault » dans laquelle l'entreprise avait dû prendre des décisions dans l'urgence, le groupe de travail soutient fermement la position des autorités françaises contestant vivement la réduction des délais de traitement interne de l'alerte proposée par la Rapporteuse. Lorsque les faits rapportés sont d'une particulière gravité ou d'une complexité élevée, les mesures d'investigation appropriées ne peuvent, dans la plupart

des cas, avoir été prises en un seul mois. Comme le rappellent justement les autorités françaises, les « *investigations peuvent exiger des diligences longues pour vérifier la réalité des faits* », ce qui est un enjeu essentiel de la directive.

- *L'abolition de la hiérarchie entre les « paliers »*

La réduction des délais de traitement interne des signalements participe de la volonté de réduire les tentatives de règlement interne, comme l'illustre la proposition de la Rapporteuse visant à faciliter le recours direct à la divulgation publique, sans que ne soient forcément caractérisées l'urgence ou l'extrême gravité justifiant une telle dénonciation publique à un stade où les faits ne sont pas forcément établis avec certitude.

Cette abolition de toute hiérarchie entre les paliers est vivement critiquée par les autorités françaises pour lesquelles « ces amendements créeraient une protection de la divulgation et non du lanceur d'alerte. Or, pour être reconnu comme tel, celui-ci devrait nécessairement s'inscrire, sauf cas particulier, dans un processus loyal d'information de son employeur ou d'un référent désigné par celui-ci, avec les garde-fous nécessaires en cas de conflit d'intérêts avec ces derniers au profit de la voie externe ».

Le groupe de travail soutient cette position : l'obligation de loyauté du salarié envers son employeur ne peut être ignorée par les dispositions encadrant l'alerte professionnelle. Elle impose que la procédure des « paliers » soit maintenue. L'inverse nuirait en effet à l'équilibre de l'entier dispositif et pourrait avoir des conséquences gravement préjudiciables aux entreprises.

- *L'abandon de la bonne foi*

Les autorités françaises s'opposent tout aussi fermement à l'abandon du critère de la bonne foi dans l'octroi du statut de lanceur d'alerte. En effet, s'il n'est pas question d'ignorer les faits illicites dénoncés dès lors qu'ils sont avérés, la protection du « dénonciateur » ne peut jouer en cas de mauvaise foi de ce dernier. L'individu est-il vraiment un « lanceur d'alerte », en situation de détresse éthique et morale entre la loyauté due à son employeur et celle due à l'intérêt général, lorsqu'il connaît l'existence du fait illicite depuis plusieurs années mais ne le révèle qu'à la survenance d'un différend avec son employeur ?

À cet égard, lorsque la chronologie des faits démontre que le signalement n'est réalisé que pour bénéficier d'une protection contre un licenciement devant intervenir pour un motif indépendant de l'alerte, la protection constitue, *en soi*, un avantage personnel dont l'auteur du signalement cherche à bénéficier.

Ce dernier n'agit alors pas de bonne foi, le statut de lanceur d'alerte ne doit pas lui être accordé quelle que soit la pertinence des faits qu'il dénonce, sous peine une fois encore, de dénaturation de la notion. Il faut souligner que l'opportunité de « traiter » le signalement est indépendante de l'octroi du statut de lanceur d'alerte.

- *La suppression des sanctions spécifiques pour l'auteur d'un signalement abusif ou malveillant*

Les autorités françaises se déclarent en faveur du maintien dans le projet de directive d'une disposition spécifique permettant de sanctionner l'auteur d'un signalement ou d'une divul-

gation publique abusif ou malveillant. Elles se fondent en particulier sur la nécessité d'instaurer de telles sanctions à l'endroit des fonctionnaires, astreints à une obligation de loyauté renforcée en raison du principe d'obéissance hiérarchique.

Plus généralement, les autorités françaises regrettent que toute possibilité de sanctionner les abus disparaisse du texte. Certes, il est vrai que le droit pénal réprime d'ores et déjà la diffamation et la dénonciation calomnieuse mais encore faut-il caractériser ces infractions dont l'application aux signalements n'a rien de très évident³³⁷. **Une sanction spécifique aurait eu le mérite de faire de la directive européenne un texte complet et autonome, protecteur des (vrais) lanceurs d'alerte et intolérant aux opportunistes ou aux imposteurs.** Soulignons que la proposition imposait aux États d'adopter des sanctions effectives, dissuasives et proportionnées : il n'était donc pas forcément question d'une sanction *pénale*.

En tout état de cause, et au-delà des sanctions pénales existantes et potentiellement applicables, la question de sanctionner le « faux » lanceur d'alerte plus durement que par les peines encourues en cas de diffamation ou de dénonciation calomnieuse mérite d'être posée. Gageons que la poursuite des travaux préparatoires permettra d'établir une version équilibrée du texte de la directive relative à la protection des lanceurs d'alerte, amenée à devenir l'un des piliers des démocraties européennes.

³³⁷. La dénonciation calomnieuse nécessite par exemple que le fait erroné vis-à-vis d'une personne soit rapporté à une autorité judiciaire ou administrative, soit susceptible d'être sanctionné et que la fausseté du fait rapporté émane d'une décision de justice devenue définitive (C. pén., art. 226-10).

Conclusion

Partir à la recherche du lanceur d'alerte dans l'entreprise était-il bien raisonnable ? Si le concept général du lanceur d'alerte a pris naissance il y a plus de deux mille ans, c'est au cours des ^{xx}^e et ^{xxi}^e siècles que son histoire s'écrit vraiment.

Face à la complexité des enjeux qui l'entourent, la question essentielle n'est-elle pas de savoir si l'alerte est ou non facteur de progrès social ? À certaines conditions, comme la clarification de lois protectrices du lanceur d'alerte ou la sanction des auteurs d'un signalement malhonnête, une réponse positive pourrait s'imposer.

Les détracteurs de l'alerte professionnelle mettent en avant la connotation très péjorative en France des dénonciations, les risques de dommages irréversibles à l'endroit des entreprises et les dérives autoritaires qu'une transparence absolue peut engendrer. Ces dangers ne sont pas dénués de fondement mais entre l'acte citoyen et la délation, l'action et l'inertie, la transparence et la connivence, il est une ligne de crête à définir.

L'ambition du groupe de travail à l'origine de ce rapport fut d'y contribuer, sans nier les difficultés d'un tel chemin, tortueux s'il en est. Car loin des conceptions manichéennes qu'il est facile d'adopter sur l'alerte, seul le compromis semble à même de créer les conditions pour que vive une « société de la co-responsabilité », sans accabler les entreprises de vains tourments.

Les autres publications de l'Institut Messine

- ***Fiscalité et politiques publiques : Peut-on vraiment orienter le comportement des entreprises par l'impôt ?***

Mars 2015, *Rapport* – sous la présidence de Gauthier Blanluet (Avocat associé de Sullivan & Cromwell)

- ***L'excès d'information financière nuit-il à l'information financière ?***

Juin 2015, *Rapport* – sous la présidence d'Hervé Philippe (Directeur Financier et membre du Directoire de Vivendi)

- ***Norme et Jugement sont-ils compatibles ?***

Juillet 2015, *Note* – par Sophie Chassat

- ***Taux d'intérêt négatifs - Douze regards***

Janvier 2016, *Recueil* – sous la direction de Natacha Valla

- ***Les chiffres dans le débat public : vérités et mensonges***

Décembre 2016, *Note* – par Jean-Marc Daniel (Statisticien, Professeur d'économie à ESCP-Europe-Paris)

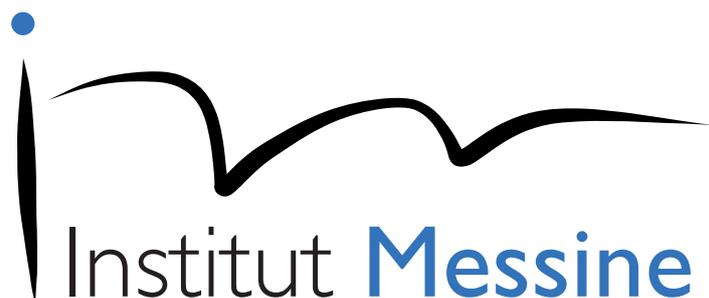
- ***Comprendre et évaluer les entreprises du numérique***

Octobre 2017, *Livre* co-édité avec Eyrolles – par François Meunier

- ***Repenser le travail et faire converger les protections pour réconcilier tous les actifs***

Novembre 2017, *Rapport* – sous la présidence d'Emmanuelle Barbara (Avocat, Associé-Gérant d'August Debouzy, Spécialiste en droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale)

Retrouvez toutes nos publications sur notre site internet :
www.institutmessine.fr



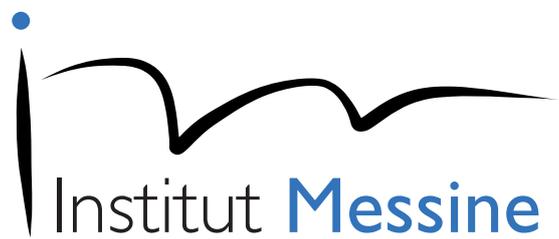
Présentation

Créé au cours de l'année 2014 avec le soutien de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes (CNCC), l'Institut Messine est un *think tank* qui rassemble en son sein des représentants de la société civile et de la profession des commissaires aux comptes qui se sont donné pour mission de réfléchir aux grands enjeux économiques auxquels sont confrontés le pays et ses entreprises. Il ambitionne de formuler puis de soumettre au débat, dans le cadre de publications, des idées et des solutions originales et concrètes susceptibles de nourrir la réflexion et l'action du décideur public.

L'Institut Messine s'efforce de créer les conditions de travail les plus propices au traitement d'un sujet, notamment par la composition de groupes de travail qui réunissent les meilleures compétences pour chacun des thèmes abordés, la diversité du recrutement garantissant une réelle diversité d'analyses. Dès lors, les opinions exprimées dans les Rapports sont celles de la collectivité du groupe, mais elles ne sauraient engager chacun de ses membres en particulier. *A fortiori*, les documents publiés sous l'égide de l'Institut ne l'engagent ni lui-même, ni ses organes de gouvernance, ni la CNCC.

Institut Messine
De l'audit à la société

www.institutmessine.fr



www.institutmessine.fr