

L'alerte éthique depuis 2009

Le point par Nicole-Marie Meyer, chargée du dossier whistleblowing pour TI France

Les définitions

En trente ans, les définitions du whistleblowing [littéralement, *souffler dans le sifflet*] se sont considérablement élargies. Les législations nationales et internationales ont évolué du fait de scandales publics liés aux crises financières, médicales et environnementales contemporaines, passant de l'alerte professionnelle à l'alerte civique, des risques comptables et financiers aux risques sanitaires et environnementaux, de la notion de fraude à celle de risque pour autrui.

TI France définit « *l'alerte éthique comme le geste accompli par un individu, témoin, dans son activité professionnelle, d'actes illicites ou dangereux pour autrui et qui, par civisme, décide d'alerter les autorités ayant le pouvoir d'y mettre fin.* » L'usage du terme « lanceur d'alerte » est désormais établi en français (parlementaires, presse, syndicats, sciences).

La législation française depuis 2009

Prévue dans le cadre de plusieurs conventions internationales et présente dans plus de 50 pays (aux Etats-Unis dès 1863 avec le *False Claims Act*), la protection de l'alerte éthique n'existait pas en France jusqu'à la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption. Cette loi a instauré une protection des lanceurs d'alerte dans le secteur privé, ainsi que des salariés des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), dès lors que l'alerte a été effectuée de bonne foi (art. L 1161-1 du code du travail).

Ce texte, qui constitue une avancée juridique et démocratique indéniable, contient plusieurs mesures dont il faut souligner l'intérêt. La protection du lanceur d'alerte s'applique en effet également en amont de la relation contractuelle de travail, incluant les procédures de recrutement. Enfin, devant le juge, la charge de la preuve incombe à l'entreprise, en cas de sanctions prononcées à l'encontre du salarié.

TI France regrette néanmoins que le législateur n'ait pas saisi l'occasion de renforcer aussi la protection du lanceur d'alerte dans la Fonction publique en cas de représailles. En effet, si la Fonction publique prévoit une obligation de signalement des crimes et délits (art. 40 du Code de procédure pénale), aucune protection explicite ne protège l'agent en contrepartie - hormis une interprétation par la jurisprudence de l'article 11 du *Statut de la Fonction publique* relatif aux agissements hostiles ou agressions contre l'agent. Les fonctionnaires qui signalent des agissements illégaux peuvent dès lors être sanctionnés, voire licenciés pour faute grave. En outre, ils se heurtent souvent à la lenteur des procédures administratives pour défendre leurs droits en cas de sanctions illégitimes : il leur faut attendre deux à trois ans pour obtenir une première décision de justice. L'agent contractuel (20% des effectifs en 2011) peut quant à lui être licencié, ou son contrat non renouvelé, sans possibilité léga-

le de réintégration. A l'instar de ce qui existe dans le secteur privé, une disposition devrait être intégrée dans le statut général de la Fonction publique interdisant toute mesure discriminatoire infligée à un agent public – ou à un agent contractuel – en raison de l'exercice d'une alerte effectuée de bonne foi. En outre, une ouverture de la procédure du référé-liberté* aux agents victimes de représailles suite à une alerte permettrait une intervention plus rapide du juge administratif.

En faisant cette distinction entre secteur public et secteur privé, la France se différencie des autres pays. Parmi la cinquantaine de pays ayant adopté une législation protégeant les lanceurs d'alerte éthique, la France est le seul (à notre connaissance) à ne pas avoir inclus le secteur public. En ces temps d'austérité budgétaire, on peut par ailleurs utilement rappeler que le *False Claims Act* (qui protège le signalement des fraudes commises à l'encontre de l'Etat) a permis au trésor américain de recouvrer de 1986 à 2008 plus de 22 milliards de dollars. L'absence d'un droit d'alerte dans la fonction publique a donc aussi un coût pour la collectivité.

Notons enfin que la CNIL a modifié le 14 octobre 2010 les règles encadrant les dispositifs d'alerte professionnelle dans les entreprises mis en place en 2005. Leur champ d'application a ainsi été restreint aux signalements de faits graves de nature comptable ou financière, à la lutte contre la corruption et aux manquements au droit de la concurrence, excluant d'autres faits graves tels que l'atteinte au droit de l'environnement, le risque pour la sécurité informatique ou l'intégrité physique ou morale des employés.

La législation internationale depuis 2009

Dans son rapport *Une alternative au silence* publié en novembre 2009 en partenariat avec la Commission européenne, **Transparency International** recommande que chaque Etat adopte « *une seule législation, explicite, complète et détaillée, pour la protection des lanceurs d'alerte. Cette législation devrait inclure les secteurs publics et privés. Elle devrait comporter des procédures précises et efficaces d'investigation et de suivi, afin de garantir une enquête indépendante et des mécanismes de pourvoi, mais aussi le juste dédommagement des représailles subies par le lanceur d'alerte* ». Les signalements protégés par cette législation doivent inclure – sans s'y limiter – crimes, délits, erreurs judiciaires, atteintes à la santé, la sécurité ou l'environnement et dissimulations des preuves afférentes, à l'instar du *Public Interest Disclosure Act* en vigueur au Royaume-Uni depuis 1998. Un organisme indépendant doit par ailleurs être le garant du bon fonctionnement de la loi.

Le **Conseil de l'Europe** est sur la même ligne. Suite au rapport de Peter Omtzigt (septembre 2009), l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté le 29 avril 2010 la Résolution 1729 (2010) et la Recommandation 1916

>>>

(2010) sur la protection des « donneurs d'alerte ». Reconnaissant l'importance des lanceurs d'alerte pour la lutte contre la corruption et la mauvaise gestion, l'Assemblée invite ses membres à passer en revue leur législation et à la compléter. Pour le Conseil de l'Europe, « *la définition des révélations protégées doit inclure tous les avertissements de bonne foi concernant divers actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme, qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou contribuables, ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privées.* » La législation doit notamment prévoir des incitations appropriées pour les pouvoirs publics et les décideurs privés afin qu'ils mettent en place des procédures internes (enquêtes, protection de l'identité du lanceur d'alerte) ainsi que des mesures procédurales de protection (emploi conservatoire, dédommagement financier, possibilité donnée au lanceur d'alerte de contre-attaquer l'auteur des sanctions). La charge de la preuve incombe à l'employeur au-delà de tout doute raisonnable. Enfin, la mise en œuvre de cette législation (suivi et évaluation) doit être garantie par un organisme indépendant.

Suite à cette Résolution, le Conseil de l'Europe, dans un souci d'exemplarité, a adopté un dispositif interne d'alerte éthique en janvier 2011. Neuf pays ont promulgué ou amendé une législation en la matière. Le Luxembourg a ainsi voté le 13 février 2011 une loi sur « *la protection des salariés [des secteurs public et privés] en matière de lutte contre la corruption, le trafic d'influence et la prise illégale d'intérêts* » et désigné la section nationale de TI comme organisme indépendant.

Enfin, au niveau du **G20**, l'engagement a été pris à Séoul en 2010 d'améliorer la protection des lanceurs d'alerte éthique

avant la fin de l'année 2012. Selon le rapport du groupe de travail anti-corruption publié en novembre 2011, une législation protégeant les lanceurs d'alerte dans le secteur privé a été mise en place dans 13 pays membres du G20 et dans 14 pays pour ce qui concerne le secteur public. Parmi ces pays, la France est le seul à ne cibler que le secteur privé. Deux autres pays (Espagne et Allemagne) ne protègent que le secteur public. Le groupe de travail du G20 a également demandé à l'OCDE, afin de parvenir à ses objectifs fin 2012, une étude sur la législation internationale du droit d'alerte, assortie de principes directeurs et d'un guide des pratiques exemplaires. Les premières recommandations de l'OCDE en la matière, approuvées à Bali en mai 2011, constituent, selon Transparency International, une base solide, même si elles ne reprennent pas toutes les propositions des experts et de la société civile.

La recommandation de TI France

A ce jour, ni la Résolution 1729, ni la Recommandation 1916 ni les engagements du G20 n'ont été suivis d'effet en France. Pour TI France, il est nécessaire qu'une nouvelle loi explicite et complète soit adoptée, visant tant le secteur privé que le secteur public et dont le champ d'application ne s'étendrait pas uniquement aux dysfonctionnements comptables ou financiers mais aussi à d'autres questions tout aussi essentielles en matière de la lutte contre la corruption (droits de l'homme, atteintes à la santé, à la sécurité ou à l'environnement). Pour cela, les législateurs pourraient utilement s'inspirer des rapports Larcher (2007), Lepage (2008), de TI, du Conseil de l'Europe ou du G20. ■

* Le référé liberté peut être utilisé par un justiciable si une décision prise à son encontre par une administration ou un organisme chargé d'un service public porte une atteinte grave et manifestement illégale à l'une de ses libertés fondamentales. Le juge se prononce en principe dans un délai de 48h.