

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

www.institutmessine.fr

Fiche de synthèse

À la veille du deuxième anniversaire de la loi « Sapin 2 », dont l'objectif était de créer une protection générale des lanceurs d'alerte dans l'entreprise, l'heure des premiers bilans est venue. Force est de constater que les alertes se multiplient, en particulier dans le cadre professionnel.

Dans le débat sur la place réservée aux alertes dans les démocraties contemporaines, l'entreprise est en première ligne. Premier acteur à recevoir l'alerte, c'est à elle que l'État délègue la charge d'enquêter sur ses propres dysfonctionnements, avérés ou supposés.

Mais comment peut-elle traiter (voire encourager) les alertes tout en se protégeant efficacement contre l'instrumentalisation des procédures par des acteurs malveillants ? À l'heure actuelle, les textes légaux n'apportent pas de réponse pleinement satisfaisante à cette question.

1. Le « millefeuille » : quelles (in)cohérences pour le statut de lanceur d'alerte ?

• Une inflation législative

Le présent Rapport constate, avec regret, une inflation législative en matière d'alertes professionnelles.

La loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 devait ériger une protection *générale* et *unique* du lanceur d'alerte, tout en supprimant les nombreuses protections éparses et incomplètes qui lui préexistaient. L'objectif n'est cependant que partiellement atteint. Si une protection générale du lanceur d'alerte a bien vu le jour, la loi « Sapin 2 » est loin d'avoir harmonisé son statut juridique. Non seulement de nombreux mécanismes d'alertes n'ont pas été supprimés (protection en cas de harcèlement, alerte « danger grave et imminent », alerte « droit des personnes », etc.) mais la loi « Sapin 2 » instaure elle-même deux cas d'alertes supplémentaires : l'alerte anticorruption et l'alerte en matière bancaire et assurantielle. Adoptant un énième dispositif d'alerte à la suite de l'effondrement du *Rana Plaza* au Bangladesh, la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance témoigne encore de cette inflation législative.

Au total, pas moins de treize types d'alertes sont recensées au sein du Rapport. La multiplication des dispositifs légaux a engendré un véritable « millefeuille » des alertes professionnelles.

• *Des contradictions*

De ce « millefeuille », naissent un certain nombre de contradictions. Parmi celles répertoriées, les plus visibles tiennent à l'imprécision des règles applicables et à leur absence d'articulation. À titre d'exemples : l'on distingue mal la différence entre la protection de « l'intérêt général », assurée par la loi « Sapin 2 », et la protection des « droits humains », inaugurée par la loi du 27 mars 2017 ; la personne autorisée à faire le signalement n'est jamais identique (les textes évoquent tantôt les « employés », tantôt les « personnes physiques », etc.) ; l'implication des représentants du personnel reste incertaine ; l'obligation de préserver la confidentialité semble variable ; et les protections tenant aux cas de harcèlement ou de discrimination, toujours en vigueur, s'articulent mal avec la loi « Sapin 2 ».

Alors qu'ils encadrent une même réalité, les dispositifs d'alerte sont pourtant conçus de façon indépendante et encadrés par des règles divergentes, voire contradictoires ! En découle une insécurité juridique et opérationnelle sur le choix des règles que l'entreprise doit observer lorsqu'elle est confrontée à une alerte.

À cette insécurité, s'ajoutent les incertitudes tenant aux pouvoirs importants du juge. En effet, **quand bien même l'auteur d'un signalement ne respecterait pas les conditions posées par la loi « Sapin 2 » pour bénéficier d'une protection contre les représailles, celle-ci pourra, dans certains cas, lui être accordée par le juge sur le seul fondement de la liberté d'expression !** La question de la pertinence des dispositifs légaux mérite alors d'être posée : fallait-il vraiment légiférer alors que le juge dispose, en tout état de cause, du pouvoir de protéger l'auteur d'un signalement de bonne foi au titre de sa liberté d'expression ?

2. La gestion du « millefeuille » par les entreprises

L'entreprise peut très vite se sentir désemparée face à de telles complexités juridiques et techniques. Pour autant, elle ne peut se priver d'un outil efficace de *compliance* afin d'améliorer son fonctionnement. Au demeurant, l'État ne lui laisse aucun choix : l'entreprise doit résoudre les problèmes qui surviennent dans son giron si elle veut éviter une condamnation administrative, judiciaire ou populaire (par la dégradation de son image de marque).

Deux questions fondamentales se posent alors et font l'objet de développements substantiels au sein du Rapport :

- 1) **Comment gérer la protection du lanceur d'alerte ?** Si la protection du lanceur d'alerte contre les représailles est illimitée *dans le temps*, une alerte ne peut complètement priver l'employeur de son pouvoir disciplinaire. Une approche *matérielle* doit être adoptée : l'employeur peut toujours sanctionner le salarié dès lors que la sanction est motivée par des faits distincts et indépendants de l'alerte.
- 2) **Comment traiter un signalement (le recevoir dans les meilleures conditions, déterminer les règles applicables, enquêter et clôturer l'affaire) ?** L'un des problèmes les plus sensibles consiste à concilier l'obligation de traiter le signalement et l'obligation pénalement sanctionnée de préserver la confidentialité. Lorsque l'enquête interne engendre une atteinte à la confidentialité, quelle doit être la priorité pour l'entreprise ? Parce que l'action doit primer sur l'inertie, une vision restrictive du délit d'atteinte à la confidentialité est prônée au sein du Rapport, en accord avec le décret d'application de la loi « Sapin 2 » du 19 avril 2017 qui tolère l'atteinte à la confidentialité pour les stricts besoins de l'enquête.

3. La proposition de directive européenne : vers une modification de la loi « Sapin 2 » ?

Réclamée par les ONG en réponse à la directive « secret des affaires » du 8 juin 2016, une proposition de directive européenne est actuellement à l'étude afin de garantir une protection du lanceur d'alerte dans tous les États membres de l'Union européenne.

Outre la protection des lanceurs d'alerte, la proposition de la Commission européenne prévoit aussi d'imposer aux États qu'ils adoptent des sanctions à l'encontre des auteurs de signalements malveillants. Fortement inspirée de la loi « Sapin 2 », la proposition de la Commission adopte une conception *chronologique* de la procédure de dénonciation (dite « procédure des paliers ») : pour être protégé, l'auteur du signalement doit en principe donner l'alerte prioritairement en interne (palier 1), puis aux autorités administratives ou judiciaires en cas de carence de l'employeur (palier 2), puis au public en cas de carence des autorités (palier 3). Par exception, une alerte peut directement être portée auprès du public en cas de « danger grave et imminent » ou en présence d'un « risque de dommages irréversibles ».

Cependant, le projet de Rapport du Parlement européen s'éloigne sérieusement de l'approche proposée par la Commission européenne. Pour l'essentiel, il s'inspire des droits irlandais et britannique, qui prévoient des paliers d'*intensité* : le lanceur d'alerte aurait *le choix* du mode d'alerte qui lui semble approprié en fonction de la gravité de l'atteinte qu'il dénonce. Le présent Rapport souligne qu'un tel dispositif est porteur d'une grande insécurité juridique, tant pour l'entreprise que pour le lanceur d'alerte.

Sur cette question, la proposition de la Commission européenne paraît plus raisonnable en prévoyant des paliers *en principe* chronologique avec une *exception* en cas d'urgence. Reste à savoir qui, de la Commission ou du Parlement européen, aura le dernier mot.

4. Résumé des « best practices pour les entreprises » en 6 points essentiels

BEST PRACTICE n° 1 : Bien que le terme « alerte » et l'expression « lanceur d'alerte » soient désormais employés de manière générique et constante (notamment dans les médias), ils renvoient pourtant à des situations bien particulières. Ne pas qualifier prématurément d'« alerte » tout signalement ou dénonciation dans l'entreprise afin que cette « pré-qualification » ne se retourne pas contre elle par la suite.

BEST PRACTICE n° 2 : Tenir compte de la protection générale des représentants du personnel (élus ou syndicaux) dans l'exercice de leur mandat, l'idéal étant que les alertes initiées par les représentants du personnel continuent de transiter *via* les procédures d'alertes collectives mieux encadrées que les procédures d'alertes individuelles.

BEST PRACTICE n° 3 : Miser sur une pédagogie équilibrée : 1) l'information des salariés sur la protection qui leur est octroyée en cas d'alerte permet de ne pas dissuader les véritables lanceurs d'alerte ; 2) l'information des salariés sur les sanctions encourues en cas de signalements malveillants est gage de crédibilité des signalements reçus.

BEST PRACTICE n° 4 : Accuser réception du signalement le plus rapidement possible afin que son auteur comprenne qu'il est pris au sérieux, évitant ainsi qu'il ne s'oriente trop tôt vers les « paliers » supérieurs (autorités ou public), avant que l'entreprise n'ait eu le temps de procéder aux investigations nécessaires.

BEST PRACTICE n° 5 : Faire signer, au stade de l'enquête, une convention de confidentialité aux différentes personnes impliquées (*Non Disclosure Agreement*, « *NDA* »), en attirant leur attention sur la confidentialité, pénalement sanctionnée. Entourer les investigations d'un minimum de formalisme (rapport de fin de mission, contreseing des PV d'auditions, ...).

BEST PRACTICE n° 6 : Ne pas se précipiter pour sanctionner un salarié même si ce dernier n'a pas respecté l'une des conditions établies par la loi « Sapin 2 » pour bénéficier de la protection légale (garder à l'esprit qu'une protection peut être octroyée par le juge).