

# COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Working Papers

WPS/2015/14

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

## Le droit d'alerte

René de Quenaudon // \_\_\_\_\_

Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.



# Le droit d'alerte

René de Quenaudon - Professeur à l'Université de Strasbourg  
DRESS (UMR 7354)

Novembre 2015

## ABSTRACT

Is alerting specific to humans? No. But, only humans have a right or an obligation to whistleblow. The legal status of whistleblowing is shaped by two contradictory imperatives: the obligation of transparency on the one hand, and the right to opacity, on the other. In this framework, everything depends on the balance between these two imperatives.

Traditionally, the legal basis of the alert lies in the freedom of expression and its limits relate to the right to secrecy. In a democracy, the transparency obligation weighs usually on the institutions and the right to opacity is recognized to the citizen. Such is at least the first situation, in democracy 1.0. Indeed we are witnessing today a double movement in democracies: first, the law intervenes to expressly enshrine a right to whistleblow for people with information having to be disclosed; second, anyone exercising this right usually takes risks relating to his professional status and his family life, even to his life in general. Hence, today voices are calling for an international protection for whistleblowers.

**KEYWORDS:** whistleblowers, freedom of expression, transparency, professional secrecy, CNIL, e-mail.

## RÉSUMÉ

L'alerte est-elle propre à l'homme ? Non. En revanche, seul l'homme a, soit un droit d'alerte, soit une obligation d'alerter. Le régime juridique de l'alerte est façonné par deux impératifs contradictoires : l'obligation de transparence, d'une part, et le droit à l'opacité, d'autre part. Tout dépend donc, dans ce régime, du point d'équilibre entre ces deux impératifs.

Traditionnellement, le fondement juridique de l'alerte se trouve dans la liberté d'expression et sa limite dans le droit au secret. Dans une démocratie, l'obligation de transparence pèse en principe sur les institutions et le droit à l'opacité est reconnu au citoyen. Telle est du moins la situation première, celle dans la démocratie 1.0. En effet, on assiste aujourd'hui à un double mouvement au sein des démocraties : d'une part, de plus en plus souvent, la loi intervient pour consacrer expressément un droit d'alerte au profit de personnes ayant des informations méritant d'être divulguées; d'autre part, celui qui exerce ce droit, généralement, prend des risques par rapport à sa situation professionnelle, à sa vie familiale quand ce n'est pas quant à sa propre vie. Aussi des voix se font-elles entendre pour que soit mis en place au niveau international un statut protecteur du lanceur d'alerte.

**MOTS CLÉS :** lanceur d'alerte, liberté d'expression, transparence, secret professionnel, CNIL, courriel.

## RÉFÉRENCES DU DOCUMENT

**RÉF.** R. de Quenaudon, Le droit d'alerte, COMPTRASEC-WPS/2015/14, Novembre 2015.

© COMPTRASEC - 2015  
Information et soumission des textes :  
alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr

COMPTRASEC - UMR 5114  
Université de Bordeaux  
Avenue Léon Duguit  
33608 Pessac Cedex  
FRANCE.  
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>

Le COMPTRASEC publie des Working Papers (WPS) en lien avec son séminaire annuel de recherche, reprenant les interventions des conférenciers invités depuis 2012. Les WPS ne constituent pas des contributions finalisées. Ils documentent les thématiques traitées, déterminées selon les axes de recherche qui gouvernent la vie du laboratoire. Le dépôt d'un WPS est une démarche volontaire et facultative de la part des chercheurs invités.

COMPTRASEC publishes Working Papers (WPS) connected with its annual research seminar, containing the speakers's contributions since 2012. The WPS are not finalized papers which document the treated thematic, determined in regard with the COMPTRASEC research area. The submission is voluntary and optional for the visiting scholars.

# Le droit d'alerte

En prenant l'actualité comme porte d'entrée de mon propos, je n'ai que le choix des « affaires » dans lesquelles des lanceurs d'alerte ont fait l'objet d'une forte médiatisation au cours de ces dernières années. Les noms de Julian Asslange et de *WikiLeaks*, d'Edward Snowden et de la NSA, d'Irène Frachon et du Laboratoire Servier fabricant du Mediator, de Denis Robert rendu célèbre par le film « L'enquête » et de bien d'autres lanceurs d'alerte sont connus de tous. Dans les médias, le plus souvent, ces affaires font l'objet d'un traitement plus politique que juridique. Cela n'est pas étonnant. Les considérations juridiques n'intéressent pas ou peu le lectorat de la presse à grand tirage. Il faut aussi dire que pour le juriste, l'étude de ces affaires n'est pas très aisée : d'une part, sauf à avoir des décisions de justice à analyser, il est difficile de procurer des éléments tangibles servant d'appui au raisonnement tant ceux-ci sont gardés loin du grand public ; d'autre part, les règles de droit applicables appartiennent souvent à plusieurs branches du droit, voire ressortent de plusieurs ordres juridiques.

Ceci étant, je souhaite introduire mon propos en choisissant trois « affaires », récentes ou en cours, montrant que les lanceurs d'alerte peuvent être soit une catastrophe, soit un bienfait, soit les deux pour des organisations.

Puis, toujours à titre liminaire, j'essaierai de situer l'alerte par rapport au lanceur d'alerte.

## TROIS AFFAIRES

### Première affaire : le lanceur d'alerte faussaire

Nous sommes le 17 août 2010. Une lettre anonyme arrive dans le bac courrier de responsables de Renault dont le directeur juridique et le directeur de la sécurité. Que dit cette lettre ? Que des cadres du Groupe profitent de leurs fonctions pour toucher des pots de vin. Une enquête interne est diligentée.

Fin 2010, elle aboutit à un rapport rédigé sous l'autorité du directeur de la sécurité de Renault. Ce rapport s'appuie sur les investigations réalisées par un enquêteur privé. Le document aboutit à la conclusion que les cadres dénoncés ont des comptes bancaires à l'étranger alimentés en échange d'informations confidentielles concernant le modèle économique du véhicule électrique de Renault.

Le 3 janvier 2011, rentrant de leurs congés, ces cadres sont immédiatement convoqués à des entretiens séparés à l'issue desquels ils se voient notifier une mise à pied conservatoire.

Trois jours plus tard, la direction de Renault transmet le dossier à la Direction Centrale du Renseignement Intérieur (DCRI).

Le 11 janvier 2011, les cadres mis à pied ont un entretien en vue d'un éventuel licenciement.

Le 14 janvier 2011, « Renault porte plainte contre X pour des faits constitutifs d'espionnage industriel, de corruption, d'abus de confiance, de vol et recel, commis en bande organisée ». Une enquête préliminaire est ouverte par le parquet de Paris. Parallèlement, les cadres concernés reçoivent leur lettre de licenciement pour faute lourde.

Le 19 janvier 2011, en réaction à ces licenciements, l'un des cadres porte plainte pour dénonciation calomnieuse, une autre plainte contre X du chef de « dénonciation calomnieuse », et un troisième dépose une citation directe pour diffamation non publique visant Renault.

Le 14 février 2011, des médias publient des enregistrements d'une rencontre entre le directeur juridique et des membres du service de sécurité de Renault au cours de laquelle des doutes sur la culpabilité des cadres licenciés se font jour.

Dix jours plus tard, une porte-parole de Renault annonce à la presse que son président-directeur général a demandé début janvier au déontologue du groupe un audit interne des fonctions de sécurité et du système d'information. A la même date, un audit interne sur l'affaire d'espionnage est demandé au président du Comité des comptes et de l'audit.

Début mars 2011, Renault envisage avoir été trompée. En effet, selon la DCRI, il n'y a pas de trace d'espionnage ni de compte à l'étranger. L'un des responsables de la sécurité de Renault est mis en examen pour « escroquerie en bande organisée ».

Le 13 mars 2011, le procureur de la République de Paris écarte la thèse piste de l'espionnage. Le n°1 de Renault présente ses « excuses » aux trois salariés « mis en cause à tort » et leur promet « réparation » sous forme de réintégration et d'indemnisation.

Le 14 mars 2011, le président-directeur général de Renault annonce à son conseil d'administration que lui et l'ensemble des cadres dirigeants renoncent à la part variable de leur rémunération pour l'année 2010 et à tout bénéfice de stock-options pour 2011.

Deux jours plus tard, le *Canard enchaîné* révèle que la « source » à l'origine de l'affaire d'espionnage n'existait pas ou plutôt ne faisait qu'un avec le numéro deux du service de sécurité de Renault. C'est ce dernier – celui-là même qui pourchassait ses collègues et avait amené les « preuves » de leur culpabilité – qui avait un compte à l'étranger alimenté par l'argent destiné à rémunérer la prétendue source.

Un mois plus tard, le n° 2 de Renault démissionne de son mandat et le Groupe annonce l'indemnisation des salariés irrégulièrement licenciés ainsi que des changements au sein de la direction de Renault. Dans sa communication, Renault dit avoir été juridiquement irréprochable dans cette affaire, ce qui est inexact.

La façon dont la lettre anonyme a été traitée est la première cause de ce désastre. L'alerte était-elle fondée ou non ? Le service de sécurité de Renault a été chargé de vérifier ce fait. Malheureusement, comme l'un de ses membres était l'auteur de l'alerte anonyme, l'enquête interne était biaisée. Au vu du rapport rendu, il n'est pas certain que la direction de Renault ait été totalement convaincue de la culpabilité des cadres en question. Quoiqu'il en soit, elle a choisi de ne pas prendre de risque industriel. Comme le dira plus tard aux salariés le n° 2 de Renault : « il fallait agir vite, au risque de l'injustice ». A partir de là, le droit du travail a été instrumentalisé. Il apparaît que lors des entretiens préalables avec les salariés, il n'était pas question d'une instruction à charge et à décharge en vue de découvrir la vérité mais de l'obtention d'aveux afin de justifier des licenciements déjà arrêtés. Lorsque le n° 2 de Renault s'est vu reprocher par des syndicats d'avoir plus facilement fait confiance à ce que disait le service de sécurité de Renault qu'aux protestations d'innocence de trois cadres ayant servi loyalement l'entreprise pendant 30 ans, il leur répondit : « Il n'y a malheureusement pas symétrie entre la confiance et la défiance dans une entreprise ». L'une des leçons à tirer de cette première affaire est que le traitement d'une alerte est une opération délicate, chose que va confirmer, pour d'autres raisons, le deuxième exemple que j'ai choisi.

## Deuxième affaire : le lanceur d’alerte qui a raison trop tôt

Nous sommes en 2005. BNP Paribas facilite des transactions avec le Soudan, l’Iran et Cuba. Ces opérations portent sur des milliards de dollars. La banque enfreint-elle la législation américaine sur l’embargo ? La banque ne le pense pas. Elle peut se prévaloir des consultations rendues par trois cabinets d’avocats américains qui lui disent que de telles activités sont licites car effectuées hors du territoire américain, par une banque française, et en conformité avec le droit européen. Pourtant, à la même époque, une opinion contraire se fait entendre. Des responsables juridiques travaillant pour la filiale de BNP Paribas à Genève expriment, devant le directeur général délégué et d’autres hauts responsables du groupe, leurs « réserves » sur les transactions soudanaises de la banque en raison du fait qu’elles enfreignent une loi fédérale américaine sur l’embargo. Le directeur général délégué balaie les remarques qui lui sont faites. Il demande même qu’elles soient retirées du compte rendu de la réunion...

Il est à relever que fin 2005, la banque néerlandaise ABN Amro est poursuivie par la justice étasunienne pour des faits comparables à ceux ayant donné lieu à une alerte auprès de la direction générale de BNP Paribas.

Au printemps 2006, l’inspection générale de BNP Paribas remet un rapport à sa direction générale qui la met en garde contre les risques juridiques auxquels la banque se trouve exposée en raison des embargos américains.

Quelques mois plus tard, le sous-secrétaire au Trésor des Etats-Unis met en garde BNP Paribas contre d’éventuelles relations avec l’Iran. Suite à cet avertissement, la banque consulte à nouveau ses avocats américains. Cette fois-ci, leur diagnostic est l’inverse du précédent. Le droit américain s’applique aux opérations en cause et la banque court le risque de se voir retirée sa licence d’exercer sur le territoire des Etats-Unis.

En 2007, la direction générale de la banque Direction Générale interdit la poursuite des opérations désormais reconnues comme enfreignant la loi étasunienne sur l’embargo. Néanmoins, certains cadres, affirmera plus tard la banque, ne respectent pas cette décision et contournent délibérément les règles américaines.

Alerté sur ces pratiques par un individu, qui restera anonyme du grand public, le procureur de Manhattan lance une poursuite contre BNP Paribas pour violation de la législation sur l’embargo mais aussi du chef de violation de la loi anti-corruption.

Au cours de l’été 2014, au terme de plusieurs mois d’intenses négociations avec ses interlocuteurs, BNP Paribas accepte de plaider coupable devant le juge américain. Au total, cette affaire va lui coûter 8,9 milliards de dollars.

Au-delà de cette colossale somme qui va dévorer le profit annuel du groupe BNP Paribas, c’est l’image de la banque qui est atteinte, c’est-à-dire son cœur. Le risque « réputationnel » est tel que va suivre une intense campagne de communication tous azimuts.

Avant de battre sa coulpe devant ses parties prenantes – notamment clients, actionnaires et salariés – la direction générale va mettre en avant que la gestion du risque auquel elle a été confrontée était très difficile en raison du fait que la jurisprudence américaine, en matière d’embargo, est non seulement complexe mais aussi évolutive.

Cette affaire a eu de profondes conséquences sur la gouvernance de la banque : mise sous « tutelle » de l’administration américaine, réforme en profondeur des procédures de conformité, départ de hauts

dirigeants, répercussions sociales. Citons la réaction de l'un des syndicats. Le syndicat FO Banques BNP Paribas rappelle que « *par les temps qui courent, les licenciements de salariés pour manquement à la conformité ne sont pas si rares. Et ceux-ci n'ont pas forcément atteint l'âge de la retraite, pas plus qu'ils ne bénéficient des mêmes traitements de faveur lors de leur départ ; prime et retraites chapeau !* ». Le syndicat oppose les propos rassurants de la direction générale sur la solidité financière de la banque pour pouvoir faire face à l'amende phénoménale qu'elle doit régler au Trésor américain et ceux de la même instance dirigeante qui, en octobre 2013, déclarait « *qu'aucune marge de manœuvre n'était possible pour permettre une augmentation de salaire pérenne des 40 000 salariés de BNP Paribas SA !* ». Et allant encore plus loin, le syndicat suggère à la direction générale « *de restituer les fortunes qu'elle a perçues en termes de bonus, de primes exceptionnelles et de stock-options entre 2002 et 2009 ?* ».

Evidemment, la question qui nous intéresse ici c'est celle des alertes. Il y en a eu au moins trois dans cette affaire. Nous n'insisterons pas sur celle qui a mis la puce à l'oreille du procureur américain qui a lancé la poursuite contre la banque. Elle a fonctionné à merveille pour le Trésor des Etats-Unis.

En revanche, l'alerte lancée par des juristes de la filiale suisse n'a pas du tout prospéré puisqu'elle a été étouffée par la direction générale.

La seconde alerte interne, celle lancée par l'inspection générale de la banque et confortée par des avocats américains, a abouti à un bilan plus mitigé. En effet, la direction générale l'a prise au sérieux ; malheureusement, elle n'a pas su lui donner plein effet.

La morale de l'histoire, mais elle est toujours facile à faire puisque c'est a posteriori, c'est que les transactions auxquelles se livraient la banque auraient dû s'arrêter dès 2005. Une question que l'on peut se poser alors est de savoir si, devant les blocages internes, l'alerte aurait dû sortir du périmètre de l'entreprise, en d'autres termes si les juristes de la filiale genevoise auraient dû, moralement parlant, faire connaître la situation de leur employeur dans les médias, alerter l'opinion publique alors que leur direction leur intimait l'ordre de continuer les opérations ? Le risque personnel qu'ils auraient pris aurait été alors énorme car, de toute évidence, ils auraient violé le droit applicable à leur situation, c'est-à-dire le droit suisse. Non seulement, ils auraient perdu leur emploi mais aussi, probablement, été pénalement condamnés. C'est la question du lanceur d'alerte désobéissant. On va la retrouver dans la troisième affaire.

### **Troisième affaire : lanceur d'alerte en-deçà des Alpes, désobéissant au-delà**

Nous sommes en mars 2006. Hervé Falciani est, dit-on, un brillant développeur embauché par la filiale d'HSBC PB à Genève. Sa tâche : construire une base de données. Entre 2006 et 2008, il aurait déniché une faille dans le système informatique lors d'un incident durant lequel les listings de la banque n'étaient plus cryptés.

Début de l'année 2008, il dispose de milliers de données sensibles, à savoir les comptes présumés frauduleux de plus de 100 000 personnes. Que va-t-il en faire ? De l'argent ? Il n'est pas exclu que Falciani y songe. En effet, à la même époque, la presse révèle qu'un employé de la banque LGT au Lichtenstein a revendu au fisc allemand un listing, infiniment moins complet que le sien, pour la somme de 5 millions d'euros. Des contacts pris par Falciani avec des banques libanaises accréditent cette hypothèse. Quoi qu'il en soit, il n'y aura pas de vente. Dénoncé aux autorités suisses, Falciani vient se réfugier en France. Il remet au fisc français cinq DVD contenant ses fameuses données. L'affaire des fuites suisses (« *SwissLeaks* ») est née. Elle va être juteuse pour notre Trésor puisqu'à ce jour, ce sont plus de 300 millions d'euros qui ont été recouverts en impôts, intérêts de retard et pénalités. Et le fisc d'autres pays se frotte aussi les mains grâce à la soustraction de données opérée par le franco-italien Falciani et

dont a été victime HSBC. En effet, il ne faut pas oublier que la banque a été victime. Le héros à l'ouest des Alpes et un délinquant à l'est. La justice fédérale helvétique a inculpé Falciani pour « soustraction de données, service de renseignements économiques, violation du secret commercial et violation du secret bancaire ». Devant la Cour pénale fédérale, le procureur fédéral a requis contre lui une peine de six ans de prison ferme. Le jugement sera rendu le 27 novembre 2015.

Falciani, en faisant passer l'argent de la poche de riches fraudeurs dans celle de nos Etats lourdement endettés, se présente comme une sorte de Robin des bois. L'image n'est pas totalement fausse. Les technologies de l'information et de la communication immergées dans la mondialisation ont permis la création d'un espace fiscal non réglementé au sein duquel prospèrent (ou prospéraient) la finance, les banques et les sociétés de l'Internet. Michel Serres nous rappelle qu'au XIII<sup>e</sup> siècle, en Angleterre mais aussi ailleurs, les forêts étaient des espaces de non-droit, très dangereuses. Puis, un jour quelqu'un a mis de l'ordre dans la forêt de Sherwood. Ce personnage, c'est celui qui portait la robe, le robin. Il a inventé un droit dans cet espace de non-droit. C'est un peu ce qu'entend faire Falciani aujourd'hui par la création de ce qu'il appelle une « transorganisation » chargée d'assurer protection juridique et financière aux lanceurs d'alerte où qu'ils soient dans le monde. Une telle structure n'aurait pas pu éviter à Julian Assange son sort de reclus dans l'ambassade d'Equateur à Londres ; mais elle aurait peut-être dispensé Edward Snowden de chercher refuge en Russie. Alors Falciani est-il un lanceur d'alerte ? Cette question invite à s'interroger sur l'origine de cette expression.

## **ALERTE ET LANCEUR D'ALERTE**

L'alerte est une information. Elle n'a pas besoin du droit ni même des hommes pour appartenir au monde du réel. Le lanceur d'alerte est un personnage produit par la modernité ; il s'inscrit dans une histoire. Reprenons cette distinction.

L'alerte désigne généralement un signal qui prévient d'un danger imminent. En soi, elle n'est pas propre à la société des hommes. Nombreuses sont les autres espèces vivantes qui la pratiquent et lui doivent leur survie. Depuis des millénaires, les hommes mettent à leur profit la capacité des animaux de faire le guet. Tite-Live raconte comment, par leurs cris et le battement de leurs ailes, les oies sacrées de Junon ont donné l'alerte contre une attaque nocturne de Gaulois et assuré ainsi la victoire militaire des Romains. Les autres guetteurs, en revanche, n'avaient rien vu ni entendu. C'était notamment le cas des chiens. On sait par Plin l'Ancien que l'événement capitolin fut célébré chaque année, glorieusement pour les oies, dont une descendante était transportée sur une luxueuse litière ; cruellement pour les canidés puisque des chiens étaient crucifiés vivants, payant ainsi pour la négligence de ceux de leur espèce qui n'avaient pas aboyé quand le Capitole était menacé.

Deux mille ans plus tard, même si les animaux alerteurs n'ont pas disparu, ce sont de plus en plus des « alerteurs algorithmiques » qui travaillent pour notre compte (songeons aux objets connectés) et surtout sur notre compte, notamment en faisant de l'informatique prédictive.

Ceci étant au moins deux importantes différences séparent la situation où l'alerte est le fait d'un homme et celle où elle provient d'un animal ou d'un robot. La première différence, c'est l'indétermination dans laquelle se trouve l'alerteur humain. En l'état de nos connaissances scientifiques, cela est propre à l'homme. L'animal et le programme informatique ne se demandent pas s'il faut ou non signaler le danger. L'homme, lui, généralement, se pose cette question, hésite et réfléchit. Les faits, objets de l'alerte, sont-ils avérés ? Quelles vont être les conséquences de l'alerte pour lui, alerteur, et pour les autres ? Il y a encore une autre différence importante ; elle est juridique. Le droit évidemment

ne s'adresse pas à l'animal ou à la machine mais à son maître pour lui imposer des règles, des règles tirées du droit pénal et du droit civil lorsque les cris de l'animal nuisent au voisinage, des règles de la loi « Informatique et Libertés » ou du Code du travail lorsque l'alerte peut être donnée par une machine. En revanche, lorsque l'alerteur est un être humain, c'est lui qui répond moralement et juridiquement de son alerte.

Si le mot « alerte » a plusieurs siècles d'existence, le concept « lanceur d'alerte » n'est apparu dans le vocabulaire français que très récemment, soit au cours des dernières lueurs du XX<sup>e</sup> siècle. Le concept a été forgé, semble-t-il, par des juristes du CNRS et des sociologues de l'Ecole des hautes études en sciences sociales (EHESS). Puis, il a été repris par d'autres chercheurs et popularisé par des journalistes et des militants associatifs, avant d'être consacré par des instances internationales et le Parlement français. L'émergence de ce concept est due au besoin de protéger ceux qui lancent une alerte bénéfique pour la société et qu'à défaut de mieux nous qualifions d'alerte d'intérêt général. Le critère qui doit permettre de déclencher la protection du lanceur d'alerte est donc la finalité de celle-ci. Les exemples foisonnent. On songe à celui qui alerte parce qu'un droit fondamental est violé, parce qu'un péril menace la santé ou la sécurité des salariés dans une entreprise ou encore parce que la situation économique et financière de celle-ci lui apparaît périlleuse et donc compromettante pour l'avenir de l'emploi. C'est également la situation de la personne qui fait connaître la dangerosité pour la population ou une partie d'entre elle d'un produit en vente dans le commerce. C'est aussi le cas lorsque quelqu'un dénonce des pratiques d'entreprise qui relèvent du droit pénal (fraude, corruption, blanchiment d'argent...). Pour autant, peut-on faire abstraction du motif qui anime le lanceur d'alerte et qui peut-être la jalousie, la vengeance, la haine de son pays ou de l'autre, le racisme... ? Il est tentant d'exclure de la protection du droit le délateur, le traître, le cafardeur, le balanceur, le mouchard, le rapporteur, le cafteur... Pourtant, aller dans ce sens serait confondre les critères objectif (la finalité de l'alerte) et subjectif (la raison de l'alerte). Aussi, il nous semble que deux situations doivent être distinguées. La première apparaît lorsque la personne qui lance l'alerte sait ou ne peut ignorer que les faits graves dénoncés à sa hiérarchie, à la presse ou à la justice n'existent pas. Dans un tel cas, rien ne justifie que le droit protège la personne imprudente ou malveillante. En revanche, si ces faits graves sont avérés, le bénéfice que la société tire de l'alerte justifie la protection de son lanceur et donc le choix d'ignorer le motif qui l'a animé. C'est ainsi que l'article 391 de notre code des douanes prévoit la rémunération des « aviseurs », lesquels peuvent agir pour un motif inavouable. En résumé, le lanceur d'alerte est une personne ou un groupe de personnes qui fait connaître un danger ou un risque grave.

En signalant, l'individu fait un choix ; souvent, il tranche entre garder sa tranquillité et être exécuté professionnellement si ce n'est physiquement. Souvenons-nous de la chanson « La vérité », dans laquelle Guy Béart prévient que « Le premier qui dit se trouve toujours sacrifié ». Lancer une alerte, c'est donc presque inévitablement prendre des risques. Il est donc important que le lanceur d'alerte potentiel connaisse les règles qui s'appliquent pour sonner le tocsin à bon escient. Notre droit connaît pléthore de règles s'appliquant au lanceur d'alerte. Un premier ensemble de règles est ancien : ce sont les règles qui assurent la liberté d'expression et donc la transparence dans une démocratie, mais ce sont aussi les règles qui protègent l'opacité, le secret. Ces règles ne sont donc pas spécifiques au lanceur d'alerte. Elles peuvent s'appliquer à son cas comme elles peuvent aussi s'appliquer à d'autres situations.

Il y a aussi un autre ensemble de règles ; elles sont en lien avec des préoccupations qui habitent les démocraties occidentales en ce début du 21<sup>e</sup> siècle. On prend de plus en plus conscience que la production sociale de richesses forme un couple avec la production sociale de risques. Ces risques sont de toutes sortes : environnementaux, sanitaires, sociaux, économiques, financiers... N'appellent-ils pas la mise en place de vigies, en somme de lanceurs d'alerte, afin d'empêcher qu'ils ne se réalisent ou d'en limiter les effets s'ils viennent à se réaliser ? Se conjuguent aussi avec cela deux autres phénomènes.



D'une part, le citoyen est mieux formé et mieux informé. D'autre part, il y a une crise de la démocratie représentative, une perte de confiance des gens dans leurs représentants. Et si de nouveaux lanceurs d'alerte apparaissent, si le législateur encourage les citoyens à prendre une telle responsabilité, il revient aussi au droit d'assurer leur protection. Ces nouvelles règles sur le lanceur d'alerte nous les appellerons celles de la démocratie 2.0 (II).

## **I/ LE LANCEUR D'ALERTE ET LA DÉMOCRATIE 1.0**

La démocratie est indissociable des idées de transparence – la France vient de se doter d'une Haute autorité pour la transparence dans la vie publique - mais aussi d'opacité, de transparence des institutions dans leur façon de fonctionner, et d'opacité en ce qui concerne la vie privée du citoyen. La transparence ne va pas de soi car le pouvoir s'exerce plus facilement dans l'ombre que dans la lumière. La liberté d'expression est donc un cadre qui peut servir à l'individu, épris d'intérêt général, pour dénoncer ce qui peut gravement nuire au corps social. Ce faisant il contribue à alimenter la confiance que les citoyens ont dans leurs institutions (A). Toutefois, il y a à cela deux limites. La première est due à la confiance fait à autrui lorsqu'on lui livre des éléments de sa vie privée, lorsqu'on porte à sa connaissance des faits qui relèvent de l'intimité. La seconde limite vient de la défense de l'intérêt général. Même en démocratie, il y a des secrets à préserver pendant un temps. Dans ces deux cas, la confiance suppose l'opacité, le secret. L'alerteur est alors en principe muselé (B).

### **A/ Le lanceur d'alerte et la transparence démocratique**

A travers la liberté d'expression, voire la liberté de la presse, le lanceur d'alerte trouve un cadre protecteur, tant devant le juge français (1) que devant le juge européen de Strasbourg (2).

#### **1) Devant le juge français**

L'une des premières affaires qui a défrayé la chronique est celle de cet ouvrier caoutchoutier travaillant chez un fabricant de pneus de Montluçon qui, en 1986, révéla à la presse un certain nombre de faits se rapportant à sa vie dans l'entreprise et, notamment, l'incompétence des contrôleurs de fabrication. La société le licencia pour faute grave. Mal lui en pris ! Les juges considérèrent que ce salarié avait utilisé sa liberté d'expression et donc que le licenciement, décidé en violation de l'exercice de cette liberté, était nul ; aussi le salarié devait-il être réintégré. Avec cette décision, la Cour de cassation est passée « du salarié-citoyen au citoyen-salarié » selon l'expression de Philippe Waquet. Il faut rappeler que le contexte social français s'y prêtait et qu'un fort mouvement doctrinal et politique poussait dans le sens d'une reconnaissance des droits fondamentaux dans l'entreprise. Aujourd'hui, il est clairement admis par la Cour de cassation que « le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors d'elle, de sa liberté d'expression ». Il peut en faire usage tant pour critiquer l'entreprise que pour lancer une alerte. Si l'employeur le sanctionne, la mesure prise à son encontre est, en principe, nulle et la réintégration peut être obtenue. Mais il y a des limites ! Il y a celles que l'employeur peut poser à condition qu'elles soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Il y a surtout la frontière de l'abus. Elle est franchie lorsque les critiques du salarié sont injurieuses, diffamatoires ou excessives. Il en va de même lorsque, s'agissant d'une alerte, le salarié est de mauvaise foi. Il revient alors à l'employeur d'établir que la dénonciation était mensongère et que le donneur d'alerte le savait (intention de nuire) ou aurait dû le savoir (légèreté blâmable).

Une autre affaire, particulièrement topique, est celle de cet ingénieur chimiste travaillant sur la toxicité des éthers de glycol pour le compte de l'Institut national de recherche et de sécurité (INRS) pour la prévention des maladies professionnelles et des accidents du travail, organisme chargé de l'évaluation de certains risques encourus dans le cadre professionnel. Le conflit se noua entre le salarié et sa hiérarchie sur la manière de mener la recherche et d'en divulguer les résultats, la dangerosité de cette famille de produits faisant l'objet de controverses. Le salarié fut licencié pour faute grave en raison de son insubordination. Mais il obtint gain de cause devant les juges du fond ainsi que devant la Cour de cassation et le licenciement fut jugé sans cause réelle et sérieuse. Cette affaire montre la difficulté qu'il y a à être lanceur d'alerte en matière de santé publique. Certes, lorsque le péril est avéré, le salarié est toujours protégé s'il refuse d'exécuter un ordre illégal. Mais le lanceur d'alerte va généralement dénoncer une simple suspicion, un fait scientifique controversé et non un fait avéré déjà constitué en illégalité et là les choses sont moins évidentes, tant pour lui lorsqu'il prend sa décision que pour le juge ultérieurement.

Il arrive aussi que le lanceur d'alerte soit poursuivi pour diffamation et se prévale de la liberté de la presse. En l'occurrence, le lanceur d'alerte n'était pas un salarié, mais il aurait pu très bien pu en être un. Il s'agissait d'un journaliste d'investigation qui avait divulgué, notamment dans un reportage diffusé sur Canal +, ce qui allait devenir l'affaire Clearstream. La Cour d'appel l'avait condamné pour diffamation. Son arrêt fut cassé par la Chambre criminelle qui estima que l'intérêt général du sujet traité et le sérieux constaté de l'enquête autorisaient le propos et les imputations litigieuses, pour lesquels il avait été condamné. Le lanceur d'alerte fut donc relaxé. Dans le visa de son arrêt, la Cour de cassation s'appuyait notamment sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il arrive que le lanceur d'alerte journaliste, poursuivi pour violation du secret de l'instruction, invoque le secret des sources. En effet, l'article 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse prévoit que ce secret « est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public ». Cependant, cette parade n'est pas sans faille car le secret peut être écarté si deux conditions cumulatives sont réunies : d'une part, l'existence d'un « impératif prépondérant d'intérêt public » et, d'autre part, il faut que l'atteinte soit nécessaire et proportionnée au but légitime poursuivi. Cette position de notre droit s'inscrit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui voit dans le secret des sources « l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse ».

## 2) Devant la Cour européenne des droits de l'homme

On sait que la Cour européenne des droits de l'homme donne de cet article 10 une interprétation large. Ainsi, dans son arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, elle affirme :

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve des restrictions mentionnées, notamment dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, elle vaut non seulement pour les informations ou les idées accueillies avec faveur, ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'y a pas de société démocratique ».

La Cour de Strasbourg reconnaît la liberté d'expression aussi bien aux lanceurs d'alerte qui sont des agents publics que ceux qui sont des salariés.

Concernant les premiers, dans l'affaire *Guja contre Moldavie*, il s'agissait du directeur du service de presse du parquet général qui avait transmis à la presse une lettre du vice-président du Parlement, qui visait à entraver le cours de la justice. Le fonctionnaire avait été révoqué pour cette raison. La Cour de Strasbourg rappelle que le droit à la liberté d'expression s'applique à la sphère professionnelle. Après avoir vérifié si l'agent remplissait les conditions pour en bénéficier, la Cour conclut que l'atteinte portée à la liberté d'expression de M. Guja n'était pas nécessaire dans une société démocratique.

Concernant les salariés, la Cour adopte un raisonnement semblable. Par exemple, dans l'affaire Martchenko contre Ukraine, il s'agissait d'un responsable syndical qui avait transmis au parquet et à l'organisme de contrôle des comptes publics des allégations d'agissements délictueux de la directrice de l'école où il travaillait. L'intéressé avait été condamné car ni le parquet ni l'organisme de contrôle n'avait trouvé de preuves suffisantes. Mais la Cour de Strasbourg estime que les juridictions, « en condamnant le requérant pour les lettres qu'il avait envoyées au parquet et à l'organisme de contrôle et en prononçant une longue peine de prison avec sursis, ont dépassé ce qui aurait constitué une ingérence nécessaire dans sa liberté d'expression ».

## **B/ Le lanceur d'alerte et l'opacité démocratique**

Opacité démocratique ? Dans son livre *Eloge du secret*, Jean Lacouture écrit : « *Une société pourrait d'un excès d'ombre, une société peut pourrir aussi d'une surexposition, de rage panoptique. C'est le péril où conduit d'abord un journalisme qui prétend se substituer à la police et à la justice, et qui de ses proies, fait un spectacle. Un monde se définit par la qualité de secrets qu'il est capable de préserver sans porter atteinte à la liberté* ».

Des différents secrets protégés par notre droit, je m'en tiendrai, pour une raison de temps, au seul secret professionnel, même s'il est vrai que le lanceur d'alerte peut, dans certains cas, se trouver confronté à d'autres secrets.

Il importe que celui qui est en contact avec un professionnel, susceptible de détenir des secrets intimes, puisse faire confiance en la discrétion de son interlocuteur, lui dévoiler ses arrières pensées, des détails sur sa vie intime. C'est pourquoi le code pénal réprime la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire s'il s'agit du secret professionnel ou par un dépositaire ou un non-dépositaire s'il s'agit d'atteinte au secret de la défense nationale (secret que nous ne faisons que mentionner). Le Code du travail réprime la violation du secret de fabrication (secret que là encore nous ne faisons que mentionner car il ne semble pas y avoir de jurisprudence faisant état d'une telle violation par un lanceur d'alerte) (1). Toutefois, dans des cas exceptionnels, la loi autorise la violation du secret : c'est alors que le lanceur d'alerte intervient en toute légitimité (2).

### 1) Le lanceur d'alerte bâillonné par le secret professionnel

La liste des personnes tenues par profession au secret professionnel comprend les représentants des professions sanitaires (professions médicales et paramédicales) et des professions judiciaires (magistrats, participants au service public de la justice et auxiliaires de justice). S'y ajoutent également les ministres du culte. Quant aux journalistes, la question du secret professionnel est controversée.

La liste des personnes tenues par mission ou par fonction au secret professionnel comprend d'abord les agents de la fonction publique et notamment les fonctionnaires civils des administrations de l'État et des collectivités territoriales. Y sont également tenus les membres d'un grand nombre d'institutions, telle la CNIL ; ceux des agences, comme l'agence française de sécurité sanitaire des aliments, l'agence française de sécurité sanitaire des produits de santé ou encore l'agence française de sécurité sanitaire environnementale.

A ces deux listes, il convient d'ajouter les très nombreuses personnes tenues par le secret bancaire. Il est à remarquer que celui qui est assujéti au secret du banquier est tenu non seulement envers le client mais aussi parfois envers un tiers. Ainsi le conseiller financier qui alerte son client d'une réquisition de police sur son compte est coupable de violation du secret professionnel. Par ailleurs, il faut relever que le secret bancaire connaît de nombreuses dérogations.

### Quels sont les éléments constitutifs de l'infraction ?

Il faut d'abord qu'il s'agisse d'une information à caractère secret, c'est-à-dire ayant pour objet des faits concernant la vie privée. Il faut ensuite qu'il s'agisse d'une information dont la personne a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de sa profession. Si la divulgation se rapporte à un fait dont la personne a eu connais-

sance dans des circonstances totalement indépendantes de son activité professionnelle, l'obligation au silence n'est pas violée.

La violation du secret professionnel est un délit intentionnel. Mais il suffit de démontrer que le prévenu a accompli en connaissance de cause tous les éléments matériels constitutifs de l'infraction (dol général). L'intention de nuire ou la volonté de porter atteinte aux intérêts d'autrui (dol spécial) ne sont nullement requis.

À supposer que le délit de l'article 226-13 soit constitué, le prévenu peut parfois prétendre à l'impunité parce qu'il se trouve confronté à des circonstances de telle nature que la révélation est exceptionnellement licite. En d'autres termes, le professionnel ayant révélé un secret peut parfois démontrer qu'il bénéficie d'un fait justificatif.

## 2) Le lanceur d'alerte libéré du secret professionnel

Généralement le détenteur du secret a juridiquement le choix entre garder le silence et donc ne pas violer le secret, et alerter et donc transgresser son secret professionnel. Nous ne pouvons ici que donner quelques exemples de cette « option de conscience ». Celui qui est le plus connu est relatif aux médecins. Le code de la santé publique les autorise à transmettre des données individuelles dans trois cas :

- en cas de maladie qui nécessite une intervention urgente locale, nationale ou internationale ;
- en cas de maladie prévue par décret ;
- lorsque le patient est affaibli au point de nécessiter un régime de protection des majeurs au sens du Code civil.

Il y a aussi pour les agents publics le célèbre article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale. Ce texte constitue un fait justificatif pour ces agents dès lors qu'ils décident de révéler un secret professionnel dans l'hypothèse de constatation d'une infraction.

Il y a également les textes du Code pénal qui imposent aux justiciables de dénoncer aux autorités des faits graves dont la révélation a une importance essentielle pour l'ordre public. Dans tous ces cas, la personne astreinte au secret professionnel a le choix entre alerter et garder le silence.

En ce qui concerne la protection d'un mineur de quinze ans ou d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique et qui a été victime de privations ou de sévices, y compris d'atteintes sexuelles, l'article 226-14-1° du Code pénal permet alors à toute personne tenue au secret professionnel d'informer les autorités judiciaires, médicales ou administratives. Il s'agit de ce qu'en pratique on nomme un signalement. Le signalement peut être adressé au procureur de la République, au juge des enfants, mais aussi à un policier, un médecin ou un proviseur. Mais il est à relever que la mise en œuvre de cette alerte est délicate et risquée. Elle est délicate car la qualité de personne vulnérable devra être démontrée par le professionnel de même que la réalité, ou tout au moins l'apparence sérieuse, de mauvais traitements graves. Elle est risquée car le signalement d'un fait que l'on sait totalement ou partiellement inexact peut conduire à des poursuites pour dénonciation calomnieuse.

Toutefois, il arrive que le choix soit retiré à celui qui sait et donc qu'il soit obligé d'alerter. Une obligation d'alerter est fort connue : c'est lorsqu'il s'agit du secours à une personne en danger ; dans ce cas, le professionnel n'a pas d'option : il doit procéder au signalement sous peine d'être condamné pour non-assistance à personne en danger. Pour cela, il faut un vrai péril, un danger grave et imminent pour la victime, c'est-à-dire un péril vital ou irréversible. Il faut aussi que l'alerte soit sans risque pour autrui.

## II/ LE LANCEUR D'ALERTE ET LA DÉMOCRATIE 2.0

Ce sont sans doute les Etats-Unis d'Amérique qui ont été les premiers à mettre en place des dispositifs pour sécuriser les lanceurs d'alerte, la loi la plus emblématique en la matière étant celle du 30 juillet 2002, plus connue sous le nom de « loi SOX ». Faisant suite à la faillite de grands groupes dont les comptes, bien que régulièrement contrôlés et audités, s'étaient finalement révélés des comptabilités erronées, infidèles, voire mensongères, cette loi a obligé les plus grandes entreprises ayant leur siège sur le sol américain ainsi que leurs filiales à l'étranger à mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle.

Selon la CNIL, « un dispositif d'alerte professionnelle est un système mis à la disposition des employés d'un organisme public ou privé pour les inciter, en complément des modes normaux d'alerte sur les dysfonctionnements de l'organisme, à signaler à leur employeur des comportements qu'ils estiment contraires aux règles applicables et pour organiser la vérification de l'alerte ainsi recueillie au sein de l'organisme concerné ».

Si l'on se tourne du côté du droit français, on s'aperçoit qu'il n'échappe pas à ce mouvement A).

Cette dynamique connaît-elle son aboutissement ? La réponse est négative. Ici où là des voix s'élèvent pour demander la reconnaissance par la loi d'autres lanceurs d'alerte, voire une refonte de tout le dispositif normatif (B).

### A/ Les droits d'alerte spécifiques en droit français

Après les avoir rappelés (1), il conviendra de faire état du « parcours du combattant » du lanceur d'alerte salarié (2).

#### 1) Panorama des dispositions sur les lanceurs d'alerte en droit français

Nombreuses sont les dispositions du droit français qui se rapportent aux lanceurs d'alerte, même si ce n'est pas toujours en consacrant cette expression (1). Par ailleurs, il y a une réglementation propre aux dispositifs d'alerte professionnelle (2).

##### a) Rappel des dispositions existantes



### Les droits d'alerte spécifiques mis en place le Code du travail

Les premiers lanceurs d'alerte mis en place par le Code du travail ont été les représentants du personnel. Il s'agit :

- du délégué du personnel lorsqu'il y a « une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise » ;
- du comité d'entreprise en matière économique ;
- des membres du C.H.S.C.T.

Il faut aussi noter que le Code du travail prévoit qu'un salarié sans mandat puisse être un lanceur d'alerte. En effet, tout salarié en situation d'exercer son droit de retrait a le droit et même le devoir de lancer une alerte. Il faut dire que cette dernière obligation est également prévue par la Convention n°155 de l'OIT et par la directive européenne du 12 juin 1989.

La loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007, relative à la lutte contre la corruption, a introduit un article dans le Code du travail se rapportant aux lanceurs d'alerte en matière de corruption. Ce dispositif fait suite à la Convention civile du Conseil de l'Europe contre la corruption du 4 novembre 1999 et à la Recommandation du Conseil de l'OCDE visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée le 26 novembre 2009.

Un autre cas a été ajouté par 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'alerte. Cette loi, née d'une « proposition de loi relative à la création de la Haute Autorité de l'expertise scientifique et de l'alerte en matière de santé et d'environnement » déposée le 28 août 2012 par des sénateurs appartenant au parti « Europe Écologie Les Verts » reconnaît une nouvelle alerte au représentant du personnel au CHSCT.

Il convient aussi de mentionner la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Dans une section intitulée « Protection des lanceurs d'alertes », elle a introduit dans notre droit des dispositions non codifiées protégeant les salariés (mais aussi les candidats à un recrutement, les stagiaires...) lorsqu'ils sont témoins de fait relatifs à un conflit d'intérêt. La mesure prise à l'encontre d'un tel lanceur d'alerte est nulle de plein droit. Selon l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, « constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction ». Les personnes visées par le texte sont les membres du gouvernement (art. 4), nombre de personnes disposant d'un mandat politique, les membres des cabinets ministériels et les collaborateurs du Président de la République, les collaborateurs du président de l'Assemblée nationale et du président du Sénat, les membres des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et toute autre personne exerçant un emploi ou des fonctions à la décision du Gouvernement pour lesquels elle a été nommée en conseil des ministres.

La règle de preuve est semblable à celle applicable aux discriminations ou aux harcèlements. La charge de la preuve pour le salarié est allégée en faisant peser sur l'employeur la justification de sa décision.

Enfin une sanction pénale possible lorsque le lanceur d'alerte est de mauvaise foi ou a agi avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés. Il encourt alors les peines prévues au premier alinéa de l'article 226-10 du Code pénal.

Quelques mois plus tard, la loi 2013-1117 du 6 décembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière, a ajouté dans le Code du travail une disposition qui vise l'alerte donnée sur l'existence d'un crime ou d'un délit. Le lanceur d'alerte doit être protégé « pour avoir relaté ou témoigné, [...] de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». La formulation est générale et vise tous ces types d'infraction, pas seulement ceux en matière de fraude fiscale et de grande délinquance économique et financière.

### Le droit d'alerte spécifique mis en place par le Code de commerce

Il convient de signaler l'existence d'une procédure d'alerte concernant le commissaire aux comptes. Par exemple, dans les sociétés anonymes, si le commissaire aux comptes constate l'existence de faits de nature à compromettre la poursuite de l'exploitation, il doit en informer le dirigeant puis, le cas échéant, le conseil d'administration, puis l'assemblée générale des actionnaires. Si des mesures efficaces ne sont pas décidées pour améliorer la situation, il doit informer de ses démarches le président du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance, selon le cas. Le comité d'entreprise est informé de la mise en œuvre de l'alerte.

### Les droits d'alerte spécifiques mis en place par le Code de la santé publique

La loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011, dite « Bertrand », relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a introduit deux dispositions relatives à l'alerte dans le Code de la santé publique.

La première pose une obligation d'alerter sous peine de sanction financière.

« Constituent un manquement soumis à une sanction financière : [...] 2° le fait pour toute personne exploitant un médicament ou produit mentionnés à l'article L. 5121-1 ou pour tout titulaire de l'autorisation prévue à l'article L. 4211-6 ayant eu connaissance d'un effet indésirable suspecté de s'abstenir de le signaler sans délai selon les modalités définies par voie réglementaire à l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé. Lorsque ce manquement est également susceptible de faire l'objet d'une pénalité financière au titre de l'article L. 5421-6-1, les pénalités peuvent se cumuler dans la limite du montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».

La seconde institue une protection du lanceur d'alerte salarié qui relate ou témoigne, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. La disposition ou la mesure prise à l'encontre d'un tel lanceur d'alerte est nulle de plein droit.

À côté de ces dispositions éparses prévues par le législateur français, les entreprises, sous la pression d'un législateur étranger ou pour se conformer à la pratique suivie par des concurrents, mettent en place des dispositifs d'alerte professionnelle (DAP).

#### b) Focus sur les dispositifs d'alerte professionnelle

Suite à la loi SOX, de plus en plus de groupes transnationaux ont introduit dans leurs documents d'entreprise, notamment dans des codes de conduite des affaires, une procédure d'alerte que les salariés doivent suivre lorsqu'ils ont connaissance de faits pouvant nuire à l'entreprise comme des faits de corruption.

Puisque cette pratique de l'entreprise a des conséquences sur la vie de ses salariés, le ministère du Travail a été conduit à rédiger une circulaire qui rappelle aux inspecteurs du travail les règles que l'employeur doit suivre lorsqu'il instaure un dispositif d'alerte professionnelle (DAP).

Par ailleurs, puisque ces procédures font appel à un traitement de données à caractère personnel, la CNIL, sous le contrôle du juge, a été conduite à mettre en place des règles encadrant l'alerte professionnelle. En somme, le responsable du traitement est devant l'alternative suivante : soit son dispositif remplit les conditions posées par le « cahier des charges » de la CNIL et il lui suffit d'envoyer à la CNIL [la Commission ci-après] un engagement de conformité, soit son dispositif n'est pas conforme à l'autorisation unique édictée par la CNIL et il doit alors demander une autorisation spécifique à cette autorité.



Le périmètre de l'autorisation unique recouvre les domaines suivants :

- financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption ;
- pratiques anticoncurrentielles ;
- lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail ;
- santé, hygiène et sécurité au travail ;
- protection de l'environnement.

Le responsable du traitement est en conformité dès lors que la mise en œuvre de ces traitements répond à une obligation légale ou à un intérêt légitime dans ces domaines.

Les règles instituant des alertes spécifiques sont-elles suffisantes ? Des améliorations doivent-elles leur être apportées ?

## 2) Le « parcours du combattant » du lanceur d'alerte salarié

Il peut paraître curieux de parler de « parcours du combattant » pour le lanceur d'alerte lorsqu'il est un représentant du personnel. En effet, il est peu probable que l'inspecteur du travail, saisi d'une demande d'autorisation de licenciement d'un représentant du personnel ayant exercé à bon escient son droit d'alerte, donne son « feu vert » à l'employeur qui entend licencier ce salarié. Par ailleurs, l'employeur qui se dispenserait de solliciter une telle autorisation commettrait le délit d'entrave. Cependant le droit ne dit pas tout du vécu d'un représentant du personnel qui exerce son droit d'alerte ou qui, tout simplement, accomplit son mandat. Ce sont des enquêtes, comme celles réalisées par le Groupe Alpha, qui montrent que les représentants du personnel sont sujets plus que les autres salariés aux risques psychosociaux.

Le lanceur d'alerte peut être aussi un salarié « ordinaire », voire une personne qui n'appartient pas à l'organisation dans laquelle se déroulent les faits justifiant l'alerte. L'ONG *Transparency international*, dans un document de 2014, pointe le parcours du combattant du lanceur d'alerte salarié. Voici ce que les conseils donnés au salarié qui veut être lanceur d'alerte.

- Ne pas alerter sans prendre au préalable un conseil juridique interne [délégué du personnel, représentant syndical] et externe pour s'informer de la législation française, des risques encourus, de la stratégie à adopter pour que l'alerte soit prise en compte sans mettre son emploi ou sa famille en danger.
- Ne pas téléphoner ou envoyer un courriel concernant une alerte professionnelle de son lieu de travail et/ou téléphoner ou envoyer un courriel de son domicile ou de son portable personnel. Privilégiez un café internet, un téléphone public, un portable non identifiable. Pour tout contact avec un journaliste, exigez la confidentialité : la presse est tenue à la protection de ses sources. Attention, une publication sur un blog ne bénéficie pas de la protection des sources.
- Ne pas s'isoler : la solitude peut fragiliser psychologiquement le lanceur d'alerte et achever de le marginaliser.
- Recensez les relais internes, les associations ou ONG liés au champ de votre alerte, les journalistes et parlementaires susceptibles de porter votre alerte ou de proposer une modification de la législation. Recherchez les personnes ayant vécu une expérience ou effectué une alerte similaire. Créez éventuellement votre association.
- Ne pas faire le jeu de l'adversaire : outre le licenciement, vous pouvez être poursuivi sous divers chefs d'accusation, agir aux dépens de vos intérêts (sans preuves ni stratégie), laisser vos soutiens, perdre votre famille, si vous laissez l'émotion vous dominer.
- Demeurez sur le terrain des faits que vous pouvez prouver. Une fois l'alerte traitée et un jugement prononcé (notamment en cas de licenciement), il faut lâcher prise, reconstruire. Le lanceur d'alerte, obsessionnel, peut être son pire ennemi.

## B/ Des propositions pour améliorer le droit positif

Elles sont de deux ordres, soit tournées vers des propositions de mesures ponctuelles (1), soit vers des propositions de mesures globales (2).

### 1) Des propositions pour des mesures ponctuelles

*Un lanceur d'alerte en matière de protection des données à caractère personnel ?*

La loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, dite « Foyer », a été modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 afin de transposer (enfin !) en droit français la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. La loi de 2004 a introduit en droit français un nouveau personnage au sein des entreprises : le correspondant à la protection des données à caractère personnel, appelé par la CNIL le correspondant informatique et libertés ou encore CIL. Le décret n° 2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi « Foyer » dispose que le CIL « informe le responsable des traitements des manquements constatés avant toute saisine de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ». Il est donc alerteur en matière de protection de données à caractère personnel. Souvent le CIL est un salarié du responsable du traitement. La logique voudrait qu'il soit protégé au même titre qu'un représentant du personnel mais le législateur a refusé d'entrer dans cette voie. La loi se contente d'affirmer que le CIL « ne peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions » et qu'« il peut saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses missions ».

Dans son étude annuelle datant de 2014 et intitulée « Le numérique et les droits fondamentaux », le Conseil d'État ne préconise pas le renforcement du statut du CIL. Il propose toutefois d'organiser un droit d'alerte en matière de protection des données personnelles. Selon lui, il existe dès lors deux bases légales possibles pour organiser un droit d'alerte en matière de protection des données personnelles :

- Ce droit d'alerte pourrait se fonder sur le droit d'alerte général pour tout crime ou délit issu de la loi du 6 décembre 2013. En effet, la plupart des manquements à la législation sur les données personnelles font l'objet en France d'incriminations pénales prévues par les articles 226-16 à 226-24 du code pénal, notamment le fait de procéder à un traitement sans respecter les formalités préalables à sa mise en œuvre ou de collecter des données par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite. La CNIL aurait seulement à indiquer que le droit d'alerte peut être exercé, dans un premier temps devant le CIL de l'organisme lorsque celui-ci en est doté, puis devant elle, pour les infractions à la législation sur les données personnelles (les dispositions issues de la loi du 6 décembre 2013 ne précisent pas auprès de quelle autorité le droit d'alerte doit être exercé). Elle aurait également à mettre en place un mécanisme de signalement (par exemple sur une page dédiée de son site web) et à présenter aux salariés les garanties dont ils bénéficient en vertu de la loi du 6 décembre 2013.
- La seconde base légale, dit le Conseil d'État, serait que le législateur instaure un nouveau droit d'alerte spécifique. Ce droit pourrait alors couvrir l'ensemble des manquements à la législation sur les données personnelles, y compris ceux qui ne font pas l'objet d'une incrimination pénale. Il pourrait s'exercer devant le correspondant informatique et libertés de l'entreprise, concomitamment ou préalablement à la saisine de la CNIL.

En définitive, le Conseil d'État avoue avoir une préférence pour la première voie afin de ne pas augmenter encore le nombre de droits d'alerte spécifiques créés au cours des dernières années. Une communication active de la CNIL est préconisée pour faire connaître ce nouveau droit.

## *Un lanceur d'alerte en matière de responsabilité sociale des entreprises ?*

Dans l'exposé des motifs de la proposition de loi n°2578 du 11 février 2015 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, il est dit que :

« [le plan de vigilance] devra comporter les mesures raisonnables propres à prévenir les atteintes et risques préalablement identifiés. Ce plan pourra inclure a minima les éléments suivants : cartographie des risques pays par pays, contractualisation des obligations RSE, procédure d'alerte et mesures de protection des lanceurs d'alerte, audits sociaux et environnementaux à tous les niveaux de la chaîne de valeur, adhésion à des initiatives sectorielles et à des référentiels internationaux, mesures de prévention de la sous-traitance en cascade, mesures d'information et de consultation des organisations syndicales, formation des salariés. Il devra faire l'objet d'une concertation entre l'entreprise et ses parties prenantes, entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par ses activités (au sens de la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 [ ]) ».

Qui pourrait être lanceur d'alerte dans ce cas ? On songe, bien entendu, aux salariés de la société qui édicte le plan de vigilance (société mère ou société donneuse d'ordre) mais il est évident qu'il faut aller plus loin et inclure ceux des filiales de la société mère et ceux des sous-traitants de la société donneuse d'ordre.

Si les salariés sont *a priori* les mieux placés pour être lanceurs d'alerte, c'est parce que ce sont eux qui ont généralement accès aux informations se rapportant à l'entreprise. Cependant, en élargissant le cercle des personnes ayant accès aux dites informations, on peut aussi étendre celui des lanceurs d'alerte potentiels. Mais comment justifier cette extension ? Par la notion de parties prenantes. Même s'ils occupent une place méritant une considération particulière, les salariés ne sont qu'une des catégories des parties prenantes de l'entreprise. Il y en a d'autres parties prenantes, comme les ONG, qui aimeraient accéder à plus d'informations sur l'entreprise pour pouvoir mieux exercer leur rôle de lanceur d'alerte. C'est ainsi que Sherpa demande que les ONG aient accès à des informations sociales et environnementales qui ne figurent dans l'obligation de reporting ESG auquel les plus grandes sociétés sont soumises. Cette ONG demande également l'accès à des informations en cas de projet d'investissement industriel ou de survenue d'un accident.

### **2) Des propositions en vue d'un dispositif global**

Pour trouver remède aux carences du droit français en matière de lanceurs d'alerte, on pourrait s'inspirer de certaines législations étrangères. Les exemples ne manquent pas, notamment dans les pays anglo-saxons, qu'il s'agisse du Royaume-Uni ou des États-Unis.

Dépassant dans une proposition le périmètre national, l'ONG Sherpa suggère que soit adopté un statut international des lanceurs d'alerte pour les protéger face aux pressions. Plus précisément, l'idée serait de confier, dans chaque pays, à une institution *ad hoc* la mission d'appliquer ce statut international. Pour ce faire, elle devrait disposer d'un pouvoir de coercition sur les entreprises ou organisations en prenant des mesures de mise à l'écart, ainsi que des moyens permettant aux lanceurs d'alerte en difficulté de poursuivre leur travail.

En conclusion, le droit des lanceurs d'alerte est encore largement une page blanche dans le champ de la démocratie participative.

# COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

## Pour aller plus loin

### **P.-J. Bouton**

«Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français», *Revue de droit du travail*, 2014, p.471.

### **E. Alt**

«Lanceurs d'alerte : un droit en tension», *La Semaine Juridique, Édition Générale* n° 43, 20 octobre 2014.

### **R. de Quenaudon, M.-J. Gomez-Mustel**

«La mise en place mondiale d'un dispositif d'alerte professionnelle est-elle juridiquement possible ?», *Revue de droit du travail*, 2012, p. 39-42.

### **R. de Quenaudon, M.-J. Gomez-Mustel**

«L'ambiguïté des dispositifs d'alerte professionnelle en France», *Bulletin social Francis Lefebvre*, n°4, 2010, p. 167-176.

Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.



# COMPTRASEC

// Centre de droit comparé du travail et de la sécurité sociale //

Ce Working Paper peut être librement téléchargé. Toute autre reproduction ou diffusion sous quelque format que ce soit nécessite l'accord préalable de son ou ses auteur(s) et du laboratoire COMPTRASEC. Le format de citation est précisé à la page suivante (références du document) et doit comporter le nom de l'auteur, le titre, COMPTRASEC-WPS/l'année de publication/le numéro de publication, tels qu'ils figurent dans le cadre ci-dessus.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/working-papers>

© COMPTRASEC - 2015  
Information et soumission des textes :  
[alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr](mailto:alexandre.charbonneau@u-bordeaux.fr)

COMPTRASEC - UMR 5114  
Université de Bordeaux  
Avenue Léon Duguit  
33608 Pessac Cedex  
FRANCE  
<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/>



RÉF. R. de Quenaudon, Le droit d'alerte, COMPTRASEC-WPS/2015/14, Novembre 2015.