

Colloque « Lanceurs d’alerte. La sécurisation des canaux et des procédures ».
Assemblée Nationale, le 4 février 2015.

Les limites du dispositif français, par Lionel Benaïche

La France s’est montrée longtemps réticente à la mise en place de dispositifs d’alertes efficaces avant de s’engager, dans le prolongement de ses engagements internationaux et sous l’impulsion de plusieurs scandales de nature diverse, dans une vaste réforme de sa vie publique. Les nombreuses lois votées en 2013 et les projets de loi en gestation au Parlement introduisent en droit français des dispositifs de protection du lanceur d’alerte éthique dans les secteurs public et privé.

I. Les fondements juridiques de l’alerte éthique en France

A. L’alerte dans le secteur public : une obligation paradoxale non sanctionnée

Dans le secteur public, l’administration dispose de l’article 40, alinéa 2 du Code de procédure pénale (CPP) qui prévoit que « 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 ».

B. L’alerte dans le secteur privé : une mosaïque de mécanismes facultatifs

Dans le secteur privé, aucun texte de loi n’oblige les salariés à révéler la violation des règles applicables au sein de leur entreprise, sauf lorsque cette violation est constitutive d’une infraction de nature criminelle commise dans les conditions de l’article 434-1 du Code pénal ². Toutefois, les entreprises françaises cotées aux États-Unis ou constitutives de filiales d’entreprises cotées aux États-Unis y sont contraintes en application de l’effet extraterritorial de la loi américaine « Sarbanes-Oxley » et du « Bribery Act » britannique.

II. Les réformes françaises : vers un système global, opérationnel et protecteur du lanceur d’alerte

L’analyse du droit positif et des réformes récentes nous permet de définir trois

pôles d'amélioration du droit français de l'alerte.

A. Créer un régime juridique global de l'alerte

Aujourd'hui, le droit français de l'alerte est caractérisé par sa très grande fragmentation. Ce droit très sectoriel s'adresse rarement à l'ensemble des citoyens et concerne le plus souvent l'alerte au sein d'un domaine particulier : santé publique, environnement, corruption, conflits d'intérêts, etc. De plus, sa mise en œuvre est difficile. Si certaines distinctions sont entièrement justifiées et doivent perdurer, d'autres ont essentiellement pour effet d'opacifier le droit. Il serait ici opportun d'insérer dans le Code civil un droit d'alerte auprès de l'autorité judiciaire pour tout citoyen et dont l'exercice serait encadré par l'infraction pénale de dénonciation calomnieuse.

B. Mettre en place un système institutionnalisé, opérationnel et efficace

Il importe de construire des mécanismes d'alerte réels et effectifs permettant de recueillir les signalements, sélectionner les informations pertinentes, prendre les mesures nécessaires en découlant et garantir la confidentialité du lanceur d'alerte. Le dispositif mis en place 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, bien qu'éminemment perfectible, en est un exemple.

C. Mettre en place un système incitant à alerter

Clef de voûte du système, le lanceur d'alerte doit être incité à alerter et plusieurs mesures permettraient d'atteindre ce résultat.

i. Assurer une protection réelle du lanceur d'alerte dans les secteurs public et privé

Pour alerter volontairement, le lanceur d'alerte doit être assuré de sa protection. Celle-ci doit être légale et l'on note en la matière une potentielle amélioration juridique au regard des textes les plus récents. Cette protection doit être aussi concrète : un organisme indépendant pourrait être chargé d'informer le lanceur d'alerte de ses droits, le recevoir en garantissant la confidentialité de son identité, le conseiller, s'assurer du respect de ses droits et l'accompagner pendant la procédure judiciaire si elle a eu lieu. De plus, la création d'une association ou fondation de

soutien aux lanceurs d'alerte, véritable contre-pouvoir, serait bénéfique.

Dans le domaine de la prévention et de la lutte contre la corruption, la loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007, adoptée dans le prolongement du rapport Antonmattei-Vivien, a créé l'article L. 1161-1³ dans le Code du travail.

Par cette disposition, le législateur a opéré un véritable renversement de la charge de la preuve au profit du salarié « lanceur d'alerte », en cas de litige avec son employeur, lorsque ce litige est susceptible de pouvoir être rattaché à la dénonciation de faits de corruption. Mais sept ans plus tard, le bilan d'application de cette disposition novatrice est mitigé et les praticiens du droit confirment son inefficacité, tant en ce qui concerne la protection du salarié contre toute sanction disciplinaire ou mesure de licenciement que l'externalisation des faits de corruption détectés par le salarié au sein de son entreprise auprès d'une autorité extérieure indépendante, qu'elle soit de nature juridictionnelle ou administrative.

ii. Réformer le dispositif de l'article 40, alinéa 2 du CPP dans le secteur public et construire un dispositif de signalement des infractions au procureur de la République cohérent, efficace et protecteur des droits des citoyens français

L'article 40, alinéa 2 du CPP doit être remis à plat pour construire un dispositif de signalement des infractions au procureur de la République cohérent, efficace et protecteur des droits des citoyens français. Les pouvoirs publics, malgré leur réticence et leur frilosité à aborder, dans un climat de crise sociale et économique avéré, la réforme d'un dispositif qui concerne directement les quelques 6 millions d'agents publics français ainsi que les élus et membres du Gouvernement, ne pourront plus faire indéfiniment l'économie d'un débat public et citoyen sur ce mécanisme d'alerte essentiel. Et puisqu'ils se proposent de moderniser en profondeur la fonction publique française, ils ont le devoir d'introduire ce débat dans le cadre de l'examen par le Parlement du projet de loi n°1278 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

iii. Mettre en place des dispositifs de prévention des comportements non éthiques constitutifs d'infractions pénales au sein des entités publiques et privées

Dans ce domaine, le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) préconise d'introduire une véritable obligation de conformité en droit français sur le modèle des lois anglaises et américaines précitées qui se traduirait par une obligation générale de moyen - et non de résultat - de prévention de la corruption pesant sur l'entreprise publique ou privée, dont le défaut serait sanctionné pénalement. Les dispositifs de prévention de la corruption mis en œuvre pourraient être évalués et certifiés par un organisme tiers indépendant.⁹

Dans le secteur public, de tels dispositifs sont indispensables pour assurer la remontée des informations en interne et leur externalisation sur le fondement de l'article 40, alinéa 2 du CPP, lorsqu'elles constituent des indices tangibles et objectifs d'infractions pénales. À l'heure actuelle, plusieurs établissements publics en sont dotés et organisent des formations de sensibilisation aux risques de la corruption à l'intention de leurs agents mais des progrès restent à accomplir.

iv. Assortir le mécanisme de l'alerte d'une sanction pénale dans les secteurs public et privé

Assortir le dispositif de l'article 40, alinéa 2 du CPP d'une sanction pénale pose la question de son articulation avec les dispositions générales du Code pénal (principes généraux, responsabilité pénale et peine) et celles du Statut général de la fonction publique (droits et obligations des fonctionnaires, discipline). Certains auteurs y sont réticents et soulèvent l'inutilité, voire le danger d'une sanction pénale. Certains parlementaires ainsi que plusieurs organisations et institutions nationales de lutte contre la corruption, tel le SCPC, y sont favorables et ont proposé de créer un délit de non dénonciation d'atteintes à la probité dont se rendraient coupables les agents publics.

v. Mettre en place un dispositif d'externalisation de l'alerte

1 Au près d'un service de l'administration

2 Au près d'une autorité administrative indépendante

L'exemple de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique

Créée par les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) est une autorité administrative indépendante (AAI) chargée de promouvoir la probité des

responsables publics. À ce titre, elle reçoit et contrôle les déclarations de situation patrimoniale et d'intérêts des 8 000 plus hauts responsables publics (membres du Gouvernement et du Parlement, grands élus locaux, collaborateurs du Président de la République, des ministres et des présidents des Assemblées ou dirigeants d'organismes publics). Elle peut également être consultée par les élus sur des questions de déontologie relatives à l'exercice de leur fonction et émettre des recommandations à la demande du Premier Ministre ou de sa propre initiative sur toute question relative à la prévention des conflits d'intérêts. Elle publie un rapport annuel remis au Président de la République, au Premier Ministre et au Parlement et peut formuler des recommandations pour l'application de la législation en matière de conflits d'intérêts.

3 Auprès d'une Commission spéciale

L'exemple de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement

La Commission est chargée de veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Dans l'attente d'un décret en Conseil d'État établissant la composition de cette Commission, la loi précise qu'y siègeront notamment des députés, des sénateurs, des membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, du Conseil économique, social et environnemental ainsi que des personnalités qualifiées. Elle dispose de pouvoirs tendant à faire d'elle un repère ainsi qu'un moteur dans le paysage déontologique français. La loi énonce que la Commission émet des recommandations générales sur les principes déontologiques propres à l'expertise et les diffuse. Elle est consultée sur les Codes de déontologie mis en place dans les établissements et organismes publics ayant une activité d'expertise ou de recherche dans le domaine de la santé ou de l'environnement et est destinataire des rapports annuels de leurs comités de déontologies lorsqu'il en existe. Elle identifie les bonnes pratiques en France et à l'étranger et émet des recommandations concernant les dispositifs de dialogue entre les organismes scientifiques et la société civile sur les procédures d'expertise scientifique et les règles de déontologie qui s'y rapportent. En outre, elle rédige un rapport annuel adressé au gouvernement et au Parlement, rendu public et accessible sur Internet, qui évalue les suites données à ses recommandations et aux alertes dont elle a été saisie ainsi que la mise en œuvre des procédures d'enregistrement des alertes par les établissements et organismes publics et formule éventuellement

des recommandations sur des réformes possibles.

4 Auprès de l'autorité judiciaire

Conclusion

Force est de constater que les membres de la société civile et les responsables publics sont encore très réticents à utiliser les mécanismes d'alerte existants. Sans doute cette réticence tient-elle à l'insuffisante protection effective des lanceurs d'alerte offerte par les textes actuels, malgré d'indéniables avancées législatives récentes. Soulever la question de l'alerte éthique conduit aussi à se poser la question des suites qui lui sont données par son destinataire. Lorsque le signalement est effectué en interne, la question est celle de « l'externalisation » ou non des faits qui ont été relevés au sein d'une entité de nature publique ou privée.