



HAL
open science

Ce que l'alerte fait aux frontières de l'entreprise

Olivier Leclerc

► **To cite this version:**

Olivier Leclerc. Ce que l'alerte fait aux frontières de l'entreprise. Revue de droit du travail, 2022, 5, pp.281-285. <halshs-03681069>

HAL Id: halshs-03681069

<https://shs.hal.science/halshs-03681069v1>

Submitted on 30 May 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC 4.0 - Attribution - Non-commercial use - International License

Ce que l'alerte fait aux frontières de l'entreprise

Olivier Leclerc

Directeur de recherche au CNRS

Centre de théorie et analyse du droit (CTAD UMR 7074)
CNRS, Université Paris Nanterre, École normale supérieure

Paru in *Revue de droit du travail*, n° 5, 2022, pp. 281-285

La transposition de la directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte marque-t-elle une rupture ou une continuité avec le droit français en vigueur ? Formellement, la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 modifie, pour l'essentiel, les textes existants, en particulier la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi Sapin 2. Ce faisant, elle en épouse en partie les logiques, qu'elle précise et consolide. Mais, sous l'influence de la directive n° 2019/1937 du 23 octobre 2019, dont elle assure la transposition, la loi du 21 mars 2022 marque aussi de profondes inflexions dans la compréhension de l'alerte, emportant avec elle une image renouvelée du « cadre professionnel » dans lequel se projette l'activité de l'entreprise. Aussi peut-on procéder par gradation, en montrant comment la loi du 21 mars 2022 consolide (1), précise (2), renouvelle (3) le droit français de l'alerte.

La loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 consolide la protection des lanceurs d'alerte

Ainsi que l'indique son intitulé – « loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte » – la loi du 21 mars 2022 renforce la protection offerte aux lanceurs d'alerte par le droit positif. De ce point de vue, la loi s'inscrit dans la continuité de la législation existante, qui est d'abord une législation sur la protection des lanceurs d'alerte. La loi du 21 mars 2022 surélève les digues, construit de nouveaux remparts, colmate les brèches. Elle surélève les digues en augmentant les sanctions encourues par les auteurs de représailles contre les lanceurs d'alerte. Ainsi, la loi majore encore l'amende civile encourue par la personne qui engage de manière abusive ou dilatoire une action en justice contre un lanceur d'alerte (cette amende passe de 30 000 à 60 000 euros). La loi construit de nouveaux remparts en réécrivant assez substantiellement les dispositions qui déclarent nulles les mesures de représailles prises contre un lanceur d'alerte (elle fait du nouvel article L. 1121-2 du Code du travail le pivot de la protection des salariés lanceurs d'alerte), en élargissant la liste des mesures de rétorsion prohibées (nouvel art. 10-1 de la loi Sapin 2), en créant une nouvelle immunité civile pour les dommages causés par un signalement licite dont l'auteur avait des motifs raisonnables de croire que la divulgation de ces informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause (même article). Enfin, la loi colmate certaines des brèches apparues au cours des dernières années dans la protection des lanceurs d'alerte. Ainsi, cette protection est étendue aux « menaces » et « tentatives » de représailles (art. 10-1), l'immunité pénale de l'article 122-9 du Code pénal est accordée à la personne « qui soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont [elle] a eu connaissance de manière licite ».

L'amélioration de la protection des lanceurs d'alerte est bienvenue. On n'aura pas la naïveté de penser que ces derniers sont dorénavant à l'abri de toutes représailles, mais convenons que leur protection est considérablement renforcée. Tout au plus peut-on déplorer que le fonds de soutien un temps envisagé au bénéfice des lanceurs d'alerte (Défenseur des droits, avis n° 20-12, 16 déc. 2020) n'ait pas été mis en place (mais la création d'un tel fonds ne pouvait résulter d'une proposition de loi et reste donc possible par la suite) et que n'ait pas pu être promulguée la disposition étendant le domaine de l'amende civile encourue par la partie civile ayant déclenché une action pénale contre un lanceur d'alerte de manière abusive ou dilatoire (C. proc. pén., art. 392-1) au cas où le tribunal correctionnel a été saisi à l'issue d'une information ouverte sur plainte avec constitution de partie civile et non plus seulement par voie de citation directe (cette possibilité, prévue à l'article 11 de la loi du 21 mars 2022 a été censurée par le Conseil constitutionnel en raison de sa non-conformité à l'exercice du droit d'amendement : Cons. const. 17 mars 2022, n° 2022-839 DC).

La loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 précise le traitement de l'alerte

D'abord tourné vers la protection des lanceurs d'alerte, le droit français donnait jusqu'à présent peu d'indications sur le traitement que doivent recevoir les alertes. Dans les entités tenues, en application de la loi Sapin 2, de mettre en place un canal de signalement interne (concernant les entités de droit privé, il s'agit de celles employant au moins 50 salariés), le décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 (art. 5) impose à l'auteur du signalement de fournir « les faits, informations ou documents quel que soit leur forme ou leur support de nature à étayer son signalement lorsqu'il dispose de tels éléments » et « les éléments permettant le cas échéant un échange avec le destinataire du signalement ». Ces indications laissent une grande marge de manœuvre aux entreprises concernées pour organiser le recueil et le traitement des alertes. Des rapports parlementaires ont, du reste, relevé que bon nombre des entités privées et publiques tenues de créer un registre interne de recueil des alertes manquaient à cette obligation ou ne s'y conformaient pas de manière satisfaisante (R. Gauvain et O. Marleix, *Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 »*, Ass. Nat., 7 juill. 2021, p. 143 et s.), et que ces procédures étaient parfois confondues avec celles mises en place au titre de la loi du 27 mars 2017 (C. Dubost et D. Potier, *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*, Ass. Nat., 24 févr. 2022, p. 70).

Cette latitude laissée aux entreprises pour organiser le traitement des signalements pouvait faire craindre que les alertes reçues ne soient étouffées, ou plus simplement négligées. La directive du 23 octobre 2019 a constitué un puissant aiguillon pour préciser la procédure de recueil imposée par la loi Sapin 2. La directive indique en effet que les signalements doivent être suivis d'un accusé de réception dans un délai de 7 jours, faire l'objet d'un suivi diligent, d'un retour d'information vers leur auteur dans un délai n'excédant pas trois mois après qu'il en a été accusé réception. La loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 suit la voie ouverte par la directive. Là où la loi du 9 décembre 2016 parlait de « procédures appropriées de recueil des signalements » (art. 8 III), la loi du 21 mars 2022 évoque des procédures « de recueil *et de traitement* des signalements » (art. 8 modifié). Cependant, la loi du 21 mars 2022 renvoie le détail de ces procédures à un décret en

Conseil d'État qui devra, notamment, définir « les garanties d'indépendance et d'impartialité de cette procédure et les délais du retour d'informations fait à l'auteur du signalement, dans les conditions prévues par la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 précitée. Il détermine les modalités de clôture des signalements et de collecte et de conservation des données ainsi que les conditions dans lesquelles le recueil des signalements peut être confié à un tiers » (art. 8, I, B). Ce décret devra également préciser la procédure de recueil et de traitement des signalements adressés à une autorité externe. Les dispositions de ce décret auront une importance toute particulière. Elles devront établir une procédure transparente et permettre la circulation des informations pertinentes, tout en assurant la confidentialité de l'identité des lanceurs d'alertes et des personnes mises en cause.

La loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 émancipe l'alerte du « cadre professionnel »

Un paramètre central pour concevoir un système d'alerte est de savoir dans quelle mesure il est pensé *pour et par référence* au rapport d'emploi. En simplifiant, on peut opposer deux conceptions antagoniques. La première consiste à envisager la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre du rapport d'emploi : c'est parce qu'ils sont soumis au pouvoir de sanction de l'employeur que les salariés doivent être protégés contre les mesures de rétorsion. Le comité des ministres du Conseil de l'Europe suit cette voie lorsqu'il « recommande aux Etats membres de disposer d'un cadre normatif, institutionnel et judiciaire pour protéger les personnes qui, *dans le cadre de leurs relations de travail*, font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général » (CM/Rec(2014)7). De même, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'existence d'un lien de subordination du lanceur d'alerte vis-à-vis de son employeur, et le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion qui en découle, constitue « une caractéristique particulière de la notion de lancement d'alerte » (CEDH, 11 mai 2021, req. 21884/18, *Halet c. Luxembourg*, § 91). Dans cette perspective, le contrat de travail justifie la protection des lanceurs d'alerte et en constitue la limite. A l'opposé, une autre conception détache la protection des lanceurs d'alerte du cadre professionnel : cette protection n'est pas réservée aux personnes soumises au pouvoir de direction de l'employeur, mais s'étend à celles qui interviennent dans le cadre de l'activité de l'entreprise hors de tout rapport d'emploi, voire à des personnes qui ne contribuent aucunement à cette activité.

Entre ces pôles opposés, la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 avait adopté une position ambiguë. D'une part, dans son article 6, elle définissait le lanceur d'alerte sans faire référence à la qualité de salarié ou de fonctionnaire (« une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi » certains faits). Mais d'autre part, la protection établie par la loi était conditionnée au fait d'avoir exercé l'alerte dans certaines conditions impliquant, sauf danger grave et imminent ou risque de dommages irréversibles, de porter d'abord le signalement à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci (art. 8 I) – une condition qui, de fait, ne pouvait être remplie que dans un cadre professionnel. En effet, la loi Sapin 2, dans sa version encore en vigueur jusqu'au 1^{er} septembre 2022, réserve l'accès au canal interne de signalement aux membres du personnel et aux collaborateurs extérieurs et occasionnels (art. 8 III). Le Conseil constitutionnel avait jugé que ce hiatus entre une définition des lanceurs d'alerte sans

restriction au rapport d'emploi et une protection supposant *de facto* un cadre professionnel ne rendait pas la loi inintelligible, puisque « cette définition [de l'article 6] a vocation à s'appliquer non seulement aux cas prévus par l'article 8, mais aussi, le cas échéant, à d'autres procédures d'alerte instaurées par le législateur, en dehors du cadre professionnel ».

A première vue, la directive du 23 octobre 2019 semblait retenir une conception étroite des lanceurs d'alerte, en s'appliquant « aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel » (art. 4). Mais la position retenue était en réalité bien plus ouverte, le « contexte professionnel » étant entendu très largement par la directive. C'est également cette voie qu'emprunte la loi du 21 mars 2022 : elle détache la protection des lanceurs d'alerte du cadre professionnel, dont elle retient en tout état de cause une acception très englobante. En premier lieu, elle cesse de conditionner, comme le faisait la loi Sapin 2 dans sa version initiale, la protection des lanceurs d'alerte à l'exercice d'un signalement interne. Dorénavant, l'auteur de signalement peut choisir d'exercer un signalement interne ou un signalement externe à l'autorité judiciaire, à un organe de l'Union européenne compétent à cette fin ou à une autorité qu'il reviendra à un décret en Conseil d'État de désigner. Le Défenseur des droits orientera le lanceur d'alerte s'il en éprouve le besoin. Ainsi, il n'est plus nécessaire, pour bénéficier de la protection des lanceurs d'alerte, que le signalement ait été fait par un canal interne. Tout au plus faut-il, « lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles », que le lanceur d'alerte en ait eu « personnellement connaissance » (art. 6, I de la loi Sapin 2 modifiée). Inversement, si des lanceurs d'alerte choisissent de passer par un canal de signalement interne, il faudra que les informations signalées aient été obtenues « dans le cadre de leurs activités professionnelles » (art. 8, I A de la loi Sapin 2 modifiée) afin qu'il existe une concordance entre le canal de signalement choisi et la capacité du destinataire de l'alerte à lui donner effectivement suite. En deuxième lieu, la loi du 21 mars 2022 ouvre très largement la possibilité d'exercer un signalement interne. Le canal interne de signalement n'est pas réservé aux salariés ou aux candidats à l'emploi, mais peut aussi accueillir les alertes provenant des actionnaires, associés et titulaires de droits de vote au sein de l'assemblée générale de l'entité, des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance, des collaborateurs extérieurs et occasionnels, et enfin des cocontractants de l'entité concernée, leurs sous-traitants, les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de ces cocontractants et sous-traitants et les membres de leur personnel (art. 8 I A de la loi Sapin 2 modifiée). En troisième lieu – innovation particulièrement remarquable – la loi du 21 mars 2022 accorde le régime protecteur des lanceurs d'alerte à des personnes qui n'ont pas lancé l'alerte mais peuvent néanmoins être affectées par des représailles consécutives à l'alerte. C'est le cas 1° des « facilitateurs », entendus comme toute personne physique ou toute personne morale de droit privé à but non lucratif qui aide un lanceur d'alerte à effectuer un signalement ou une divulgation dans le respect des articles 6 et 8 ; 2° des personnes physiques en lien avec un lanceur d'alerte qui risquent de faire l'objet d'une mesure de représailles dans le cadre de leurs activités professionnelles de la part de leur employeur, de leur client ou du destinataire de leurs services ; 3° des entités juridiques contrôlées, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, par un lanceur d'alerte, pour lesquelles il travaille ou avec lesquelles il est en lien dans un contexte professionnel (art. 6-1 de la loi Sapin 2 modifiée). En cohérence avec cet élargissement

des personnes protégées, la loi du 21 mars 2022 donne une liste enrichie des mesures de rétorsion prohibées, qui ne sont plus seulement pensées par référence à un rapport d'emploi mais incluent d'autres mesures, telles que les atteintes à la réputation de la personne, les pertes d'activité ou de revenu, la mise sur liste noire, la résiliation anticipée ou l'annulation d'un contrat pour des biens ou des services, l'annulation d'une licence ou d'un permis, l'orientation abusive vers un traitement psychiatrique ou médical (art. 10-1 de la loi Sapin 2 modifiée).

A travers l'alerte, c'est donc une nouvelle compréhension du « cadre professionnel » qui se donne à voir. L'alerte cesse d'être conçue par référence aux seuls salariés qui devraient obligatoirement adresser leur signalement à l'employeur ou à son représentant, qui s'exposeraient de ce fait à des représailles dans le cadre du contrat de travail, et qui devraient donc être protégés de ce fait comme ils le sont contre d'autres motifs de discrimination. L'alerte s'affirme au contraire comme une forme d'expression ouverte à une très large palette de personnes qui concourent à l'activité de l'entreprise – aussi bien les salariés que les membres des organes de direction, les collaborateurs occasionnels, les sous-traitants et leurs salariés, etc. – et qui doit faire l'objet d'un traitement approprié. La loi du 21 mars 2022 révèle ainsi un périmètre de l'entreprise qui n'est ni réductible aux personnes liées par un contrat de travail, ni même à un « nœud de contrats » incluant d'autres contrats civils (vente, services...), mais qui s'étend aussi loin que peuvent porter les représailles consécutives à une alerte. Ainsi compris, le cadre professionnel s'entend de la sphère dans laquelle l'entreprise exerce son action et son influence, ici envisagée comme une capacité de nuire au lanceur d'alerte ou à des personnes qui sont liées à ce dernier. De même que la loi du 17 mars 2017 dessine un vaste domaine dans lequel s'exerce le devoir de vigilance des sociétés soumises aux dispositions de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce (« l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou sociétés qu'elle contrôle »), la loi du 21 mars 2022 saisit dans toute son ampleur la sphère d'influence de l'entreprise pour imposer, dans cet espace, le traitement des alertes et prohiber les mesures de rétorsion prises contre les lanceurs d'alerte.