



HAL
open science

Chapitre 6. Salariés, lanceurs d’alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ?

Josépha Dirringer

► To cite this version:

Josépha Dirringer. Chapitre 6. Salariés, lanceurs d’alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ?. Marion Bary. L’entreprise et la reddition de compte en matière sociale et environnementale. Regards croisés droits français, de l’Union européenne et brésilien, IODE (UMR CNRS 6262), pp.141-155, 2023, Amplitude du droit, 978-2-9581843-2-2. halshs-04034281

HAL Id: halshs-04034281

<https://shs.hal.science/halshs-04034281v1>

Submitted on 17 Mar 2023

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 Attribution 4.0 International License

Chapitre 6. Salariés, lanceurs d’alerte : quelle efficacité pour la reddition de compte des entreprises en matière sociale et environnementale ?

Josépha DIRRINGER

Maître de conférences HDR, Univ Rennes, CNRS IODE – UMR 6262, France

Résumé : Le succès et la diffusion des droits d'alerte dans la législation sociale masquent mal la vulnérabilité des salariés lanceurs d’alerte. Cette obscure clarté révèle l'ambivalence des dispositifs d'alerte, et plus largement de l'idée de responsabilité sociale des entreprises (RSE) auxquels ils donnent corps. Le concept de responsabilité sociale des entreprises est en effet empreint tout à la fois d’une logique préventive et d’une logique punitive. Sans dispositifs d’alerte, une entreprise ne saurait prétendre être socialement responsable. Outil indispensable de prévention, la RSE est aussi un outil de révélation de la vérité et de publicité d’actes constitutifs de violations aux droits fondamentaux et/ou d’atteinte à l’environnement. C’est précisément cette double dimension qui permet de comprendre que les dispositifs d’alerte soient tout à la fois encouragés et craints par les entreprises et les pouvoirs publics. Cette ambivalence rejaille sur le régime juridique des procédures d’alerte et sur la protection accordée aux lanceurs d’alerte. La loi Wasserman et les améliorations que cette loi apporte au statut juridique des lanceurs d’alerte cherchent à dissiper cette ambivalence sans toutefois la faire disparaître.

Mots-clés : lanceurs d’alerte, salariés, démocratie, prévention des risques, procédures, statut protecteur

Incarnation moderne du courage, les salariés lanceurs d’alerte sont pourtant souvent stigmatisés, voire poursuivis en justice. Comme le relevait la Commission européenne, « loin d’être perçue comme l’acte positif d’un “bon citoyen”, même dans le contexte du travail, l’alerte expose son auteur à des accusations de manque de loyauté envers ses collègues ou son employeur » (Conseil de l’Europe, 2014). Ainsi, pour la même raison qui fait d’eux des personnes courageuses, l’opprobre est parfois jeté sur eux, qualifiés de délateurs ou de « sycophantes » (Adam, 2006).

En réalité, la réflexion sur l’efficacité de ces dispositifs peut être menée à plusieurs niveaux. Elle est d’abord une interrogation sur l’efficacité, en tant que telle, de ces dispositifs par rapport à l’objectif de sauvegarde des droits fondamentaux et de protection de l’environnement. On tiendra cette efficacité pour acquise. Certes, à elle seule l’alerte sociale et environnementale est insuffisante pour protéger les droits sociaux, l’environnement et la santé publique ; elle est un outil parmi d’autres qui a démontré son efficacité. Vient ensuite la réflexion sur l’effectivité des dispositifs existants dont on a pu parfois déplorer qu’ils ne soient pas davantage mobilisés. Ainsi

une alerte aurait-elle pu peut-être éviter certaines catastrophes comme celle de Lubrizol¹. Pour le juriste, il est difficile d'évaluer la connaissance que les acteurs ont des dispositifs d'alerte et l'usage qu'ils en font. Il pourra toutefois constater, à l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, qu'un nombre limité de décisions a été rendu sur le fondement des dispositifs d'alerte existant dans le Code du travail². De cette observation il n'est pas interdit de penser qu'un usage limité est encore fait de cette prérogative reconnue aux salariés. Ces limites étant posées, reste un troisième niveau d'analyse pour apprécier l'efficacité des droits d'alerte reconnus aux salariés. Il est en effet possible d'interroger leur efficacité au regard des finalités qui leur sont assignées par la loi, à savoir de permettre que soit révélée une atteinte aux droits fondamentaux et/ou à l'environnement dans le but d'y mettre fin et de réparer les éventuels préjudices. Ici se pose seulement la question du caractère suffisant des garanties que la loi a prévues pour assurer l'effectivité des différents droits d'alerte. C'est à ce dernier niveau d'analyse que la présente étude se situe.

L'interrogation autour de l'efficacité de ces dispositifs dans la manière dont ils sont juridiquement protégés amène à pointer une ambivalence qui entoure le concept de responsabilité sociale des entreprises (RSE) et qui rejaillit sur les dispositifs d'alerte. Le concept de RSE est empreint tout à la fois d'une logique préventive et d'une logique punitive. Dans une perception essentiellement préventive, l'entreprise socialement responsable est celle qui se soumet volontairement à des mécanismes de contrôle en vue de prévenir les atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement. La RSE participe de « cet idéal du capitalisme raisonnable » (Bazzoli, Kirat, 2010) et constitue un instrument du droit de la *compliance*. De cette manière, l'entreprise respecte un devoir de vigilance et se met en conformité dans un but de protection des droits autant que dans un but de performance économique. Les dispositifs visant à prévenir tout risque d'atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement sont nombreux : audits d'évaluation des risques, expertises, inspections, enquêtes, informations et formations, *reporting*, etc. Les entreprises sont incitées à les mettre en œuvre dans toutes les entités relevant de leur sphère d'influence, à tous les niveaux et à tous les stades de la chaîne productive. C'est l'objet de la norme ISO 26000 que d'identifier les mesures permettant à une entreprise de définir et de suivre la « bonne ligne de conduite » et *in fine* d'exercer son activité de manière responsable. Dans le panel de mesures, outre celles déjà évoquées, il importe également de prévoir des dispositifs d'alerte. Ceux-ci sont l'ultime manière de prendre connaissance de la réalisation d'un risque grave, de faire en sorte de le supprimer ou de limiter autant que possible les conséquences néfastes pour les droits fondamentaux, la santé publique ou l'environnement. Pour cette raison, les dispositifs d'alerte sont devenus des rouages essentiels dans le cadre des politiques de RSE des entreprises. Sans dispositifs d'alerte, une entreprise ne saurait prétendre être socialement responsable.

1. La nuit du 26 septembre 2019, des entrepôts de Lubrizol et de Normandie Logistique, contenant d'importantes quantités de produits chimiques, ont pris feu.

2. Une quarantaine de décisions ont été rendues sur le fondement de l'alerte pour danger grave et imminent, une quarantaine sur le fondement de l'alerte en cas d'atteintes aux droits et libertés individuelles, une seule décision a été rendue sur le fondement de l'alerte pour risque grave sur la santé publique ou l'environnement.

La RSE a également un versant davantage punitif renvoyant à un objectif de transparence et de moralisation de la vie publique. Elle implique de la part de l'entreprise de devoir rendre des comptes en cas d'atteinte aux droits sociaux fondamentaux ou à l'environnement. Elle doit faire face à sa responsabilité, quand bien même ce n'est pas elle directement qui a commis une telle atteinte. Dès lors qu'elle a pu tirer profit d'une telle action, elle doit être en mesure d'en rendre compte et, le cas échéant, d'être appelée à réparer les préjudices qui en ont résulté. Dans cette perspective, la notion de responsabilité sociale et son corollaire, le devoir de vigilance, constituent des techniques juridiques qui permettent d'imputer les conséquences d'un acte répréhensible sur une personne autre que celle qui en est l'auteur. Ainsi, la RSE permet de tempérer le caractère en principe personnel de la responsabilité en engageant celle de la personne qui dispose du pouvoir d'organisation de l'activité économique et qui, en fin de compte, en a tiré profit. Dans cette conception plus punitive de la RSE, l'alerte remplit une autre fonction. Elle a vocation à rendre publiques les violations faites aux droits fondamentaux ou à l'environnement en obligeant l'entreprise et ses dirigeants à en rendre compte, non seulement à l'égard des victimes, mais aussi à l'égard de la société tout entière. L'alerte est alors un outil de révélation de la vérité sur les violations faites aux droits fondamentaux ou à l'environnement, vérité qui a pu être ignorée, masquée, voire dissimulée. L'alerte remplit donc une fonction essentielle dans un État de droit. Elle sert à ce que nul dans la société ne puisse fermer les yeux sur l'existence de faits graves ni prétendre qu'il ne savait pas. Jacques Toubon dira de l'alerte qu'elle « s'inscrit dans un mouvement global de transparence » (Lagesse, Toubon, 2019). Le lanceur d'alerte contraint, d'une part, les entreprises à reconnaître et à réparer les conséquences résultant d'une activité dont elles ont tiré profit et, d'autre part, les pouvoirs publics à les poursuivre³, à ouvrir une enquête, à révéler l'étendue et la gravité des faits et de leurs conséquences, et à les condamner civilement voire pénalement.

Cette dualité qui caractérise la RSE confère donc à l'alerte une double dimension. Outil indispensable de prévention, elle est aussi un outil de révélation de la vérité et de publicité d'actes constitutifs de violations aux droits fondamentaux et/ou d'atteinte à l'environnement. C'est précisément cette double dimension qui permet de comprendre que les dispositifs d'alerte soient tout à la fois encouragés et craints par les entreprises et les pouvoirs publics.

Cette ambivalence rejaillit sur le régime juridique des procédures d'alerte et sur le statut protecteur accordé aux lanceurs d'alerte. D'un côté, les entreprises se montrent relativement enclines à mettre en place des procédures d'alerte en leur sein et les pouvoirs publics ont très largement cherché à le leur imposer. D'un point de vue purement procédural, les salariés sont ainsi encouragés à être vigilants et à recourir aux procédures d'alerte mises en place au sein des entreprises qui les emploient. Ce point de vue conduit à constater le succès des procédures d'alerte. Il est devenu un mode de prévention des atteintes aux droits fondamentaux et à l'environnement reconnu (1). D'un autre côté, cependant, il s'avère que nombre de salariés lanceurs d'alerte restent victimes de ripostes patronales. C'est ici que se trouve posée la question de leur protection juridique. Victimes de discrimination ou de tentatives d'intimidation, les lanceurs d'alerte sont encore très exposés

3. En particulier dans le cadre de l'article 40 du Code de procédure pénale.

et mal protégés juridiquement. La fragilité de leur protection oblige à être plus circonspect quant à la capacité des dispositifs d'alerte à contraindre les entreprises à rendre des comptes en cas de violations des droits fondamentaux ou d'atteintes à l'environnement (2).

1. Le succès des dispositifs d'alerte ouverts aux salariés

Le succès des dispositifs d'alerte apparaît tout d'abord par la diversité des cadres juridiques qui ont été institués facilitant la possibilité pour un salarié de lancer une alerte (1.1). La diversité des cadres juridiques ne doit pas faire oublier ce qu'il y a de commun à l'ensemble des dispositifs dont l'unité procédurale contribue à favoriser l'essor de cette technique juridique particulière (1.2). Enfin, ce succès s'explique également par la manière dont il est régulé. Reposant sur une normativité souple et fluide, les dispositifs d'alerte sont aux mains de tous et de personne à la fois. Pour cette raison, ils sont un instrument normatif facilement appropriable par les acteurs et les individus (1.3).

1.1. La promotion des dispositifs d'alerte par la loi

Pour se rendre compte du succès des dispositifs d'alerte reconnus aux salariés, il suffit de remarquer la multiplication des cadres juridiques s'y rapportant depuis quelques années⁴. Certains de ces dispositifs sont déjà anciens en droit du travail, le Code du travail prévoyant plusieurs cadres permettant aux salariés ou à leurs représentants de lancer une alerte. D'autres dispositifs, plus récents, ont désormais une portée plus large et sont ouverts à toute personne. Cela étant, c'est souvent à l'occasion de son travail qu'une personne est amenée à devenir lanceuse d'alerte. Ces nouveaux cadres juridiques s'ajoutent ainsi à ceux prévus par le Code du travail.

En premier lieu, la loi prévoit désormais un cadre juridique général applicable à tout lanceur d'alerte, y compris celui qui la déclenche dans le cadre de sa relation de travail. Ainsi, tout salarié, qu'il soit ou non titulaire d'un mandat de représentation, peut exercer le droit d'alerte institué par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 et complété par un décret du 19 avril 2017.

Le législateur européen a également ajouté sa pierre à l'édifice. Ainsi, la directive n° 2019/1937 du 23 octobre 2019 définit une protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union dans des domaines définis par la directive. Comme la loi Sapin 2, la directive concerne toute personne. Le champ d'application *ratione personae* de la directive est en effet large s'agissant des alertes menées dans un contexte professionnel. Il s'agit de toutes les personnes ayant le statut de travailleur au sens de l'article 45, paragraphe 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), y compris les fonctionnaires, les personnes ayant le statut de travailleur indépendant, les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou

4. Auquel on peut ajouter des alertes dans d'autres domaines et secteurs de la société. Par exemple, les lanceurs d'alerte sont protégés dans le cadre de la lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013.

de surveillance d'une entreprise, les stagiaires et les bénévoles, les personnes travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs.

L'existence d'une législation européenne permet d'harmoniser les régimes offerts par les différents États membres, ce qui réduit au passage le risque d'insécurité juridique lié à l'empilement législatif dénoncé par certains (Thiebart, 2016). Surtout, la législation européenne participe indéniablement à diffuser ce mécanisme juridique et à le normaliser, signe assurément de son succès. En effet, comme le relevait l'ancien défenseur des droits Jacques Toubon, « la transposition de la directive européenne fournira [...] l'occasion d'une véritable harmonisation des régimes de protection des lanceurs d'alerte et ce faisant favorisera le développement des alertes éthiques ». Il est encore difficile de faire le bilan de la loi de transposition adoptée en mars 2022, mais il est d'ores et déjà certain que cette nouvelle loi contribue à la promotion de ce mécanisme juridique de protection des droits fondamentaux.

En second lieu, les alertes prévues par le Code du travail sont principalement des prérogatives reconnues aux représentants des salariés, en particulier aux représentants du comité social et économique (CSE) qui, depuis 2017, s'est substitué aux anciennes institutions de représentation des salariés dans l'entreprise. La première procédure d'alerte fut reconnue au profit du comité d'entreprise en 1982. Il s'agit de l'alerte économique que les représentants des salariés peuvent lancer à propos de tout fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation de l'entreprise. Près de dix ans plus tard, transposant la directive-cadre n° 89/391/CE du Conseil du 12 juin 1989, la loi du 31 décembre 1991 a reconnu aux salariés et aux membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) un droit d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail, lorsqu'ils constatent une situation révélant un danger grave et imminent. Un an plus tard, la loi du 31 décembre 1992 créera cette fois un droit d'alerte au profit des délégués du personnel en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise. De manière plus récente, la loi du 16 avril 2013 a créé une alerte en cas de risque grave pour la santé publique et l'environnement qui a été reconnu à tout salarié et aux membres du CHSCT. Toutes ces procédures d'alerte ont été maintenues et ont donc été confiées, à la suite de la réforme de la représentation élue des salariés, au comité social et économique⁵.

À tous ces dispositifs d'alerte prévus par la loi, il faut ajouter ceux que l'entreprise peut décider de mettre en place par voie de décision unilatérale ou d'accord collectif de travail. L'article 8.1 de la directive prévoit que « les États membres veillent à ce que les entités juridiques des secteurs privé et public établissent des canaux et des procédures pour le signalement interne et pour le suivi, après consultation, des partenaires sociaux et en accord avec ceux-ci lorsque le droit national le prévoit ». S'agissant en particulier des entreprises transnationales visées par la loi

5. Article L. 2312-59 et suiv. du Code du travail. Le droit d'alerte pour danger grave et imminent est repris à l'article L. 4132-1 du Code du travail tandis que celui pour risque grave sur la santé publique et l'environnement est repris à l'article L. 4133-1 et suiv. du Code du travail.

n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, les procédures d'alerte doivent être définies par le plan de vigilance⁶.

1.2. La diffusion de l'alerte comme mécanisme juridique de protection des droits fondamentaux

Il existe évidemment des différences importantes de régime entre les divers dispositifs d'alerte offerts aux salariés. Ainsi peut-on relever des différences quant au statut du lanceur d'alerte (salariés titulaires d'un mandat de représentation ou non); des différences quant aux procédures mises en place, notamment en fonction de l'objet de l'alerte; des différences quant aux sources qui ont vocation à les régir, qui peuvent être des normes légales et/ou des normes d'origine professionnelle; ou encore des différences quant au champ d'application qui peut être uniquement national ou bien avoir vocation à s'appliquer à une échelle transnationale. De même, les finalités qui sont assignées aux procédures d'alerte ne sont pas toujours les mêmes, ce qui donne une coloration différente aux alertes selon le cadre dans lequel elles s'inscrivent. Ainsi, les alertes prévues en droit du travail et exercées par les représentants des salariés visent d'abord à encadrer le pouvoir de direction de l'employeur et à éviter le risque d'arbitraire. Les dispositifs d'alerte plus récents et inspirés de la RSE ont une visée plus large : le rôle du lanceur d'alerte est pensé au-delà de la relation de travail, car ce qui est en jeu c'est d'abord l'effectivité des droits fondamentaux. Par ailleurs, certaines alertes, notamment celles qui intéressent les domaines de la santé, de la sécurité ou de l'environnement, s'inscrivent davantage dans une logique qui se veut préventive. Leur but est d'éviter la survenance du risque grave. Les autres s'inscrivent davantage dans une démarche qui est aussi punitive, où il s'agit de déployer tous les moyens possibles pour prévenir, mais aussi sanctionner les violations faites aux droits fondamentaux.

De telles différences ne retirent pas ce qu'elles ont de commun. Mieux vaut considérer qu'il s'agit d'espèces différentes d'une même catégorie : l'alerte. Un même dispositif d'alerte peut donc relever de plusieurs cadres juridiques différents, ces derniers n'étant pas nécessairement exclusifs les uns des autres. On dira alors de ces dispositifs qu'ils sont hybrides. Toutefois, une forme d'harmonisation apparaît entre les différents cadres juridiques, favorisant la diffusion de ce dispositif. Mises bout à bout, ces différentes lois ont diffusé une même technique juridique d'encadrement du pouvoir et de garantie des droits fondamentaux et de l'environnement. D'un texte à l'autre, d'un ordre juridique à l'autre, des notions et des règles ont circulé et sont devenues communes aux différentes procédures d'alerte. En retour, l'unité de régime qui se dégage permet de faire de l'alerte, quel que soit son objet et quelle que soit la particularité de la procédure prévue, un mécanisme juridique particulier de protection des droits fondamentaux au sein des sociétés démocratiques. Les principes qui structurent ce mécanisme contribuent à son rayonnement et à son acculturation au sein de notre ordre juridique.

6. Article L. 225-102-4 du Code du commerce.

Quels sont ces principes structurants ? Il en est deux : l'exigence de justification à laquelle est soumise l'alerte et le séquençement des procédures d'alerte.

L'alerte doit tout d'abord être justifiée par l'existence d'une situation, de risques, de dangers, revêtant un certain caractère de gravité et d'urgence. Cette exigence de motivation, voire de justification, confère à l'alerte sa légitimité de manière à protéger son auteur. Cela figure clairement dans la directive. En effet, l'article 6 conditionne la protection au fait que les auteurs des signalements aient eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement. Cela ressort également d'un arrêt rendu par la Cour de cassation dans laquelle elle conditionne l'application du statut protecteur au fait que le salarié ait « relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit ou d'un crime⁷ ». Cependant, la gravité de l'alerte est parfois sous-tendue par la violation dénoncée. Cela constitue d'ailleurs une évolution notable apportée par la loi de mars 2022. En effet, s'agissant des atteintes aux engagements internationaux ou des atteintes à l'intérêt général, il n'est plus nécessaire que le lanceur d'alerte démontre l'existence de violations « graves et manifestes » pour les premières ou de « menaces graves » pour les secondes. Non seulement le législateur a allégé le fardeau probatoire du lanceur d'alerte, mais encore il entend indiquer que les atteintes aux engagements internationaux ou à l'intérêt général sont en soi graves.

L'exigence de justification est aussi et surtout le moteur procédural de l'alerte. Elle sert en effet à ce que le détenteur du pouvoir décisionnel soit contraint d'agir et éventuellement de rendre compte de ses actions. Il doit alors agir prestement, en adoptant toutes les mesures nécessaires compte tenu de la gravité du risque porté à sa connaissance. Cette exigence est essentielle aussi bien dans la perspective de la logique préventive que dans celle de la logique punitive. Dans la logique préventive, la gravité et l'imminence du risque révélé par le lanceur d'alerte justifient d'accélérer le processus décisionnel interne dans l'entreprise afin d'éviter la survenance du risque. Ainsi, dans le cas de l'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes, l'article L. 2312-59 indique que l'employeur « procède sans délai à une enquête⁸ ». Ou encore, lors d'une procédure d'alerte pour danger grave et imminent initiée par un représentant du CSE, l'employeur doit « immédiatement » mener une enquête avec le représentant auteur du signalement et, en cas de divergence de point de vue, réunir « d'urgence, dans un délai n'excédant pas vingt-quatre heures » le CSE⁹. Cet élément n'est pas non plus absent de la logique punitive. Dans le cadre du régime de droit commun protégeant tout lanceur d'alerte, la condition relative à l'existence d'un risque grave et imminent justifie cette fois que le lanceur d'alerte rende directement publique l'alerte sans avoir à passer par la procédure interne (article 8). En définitive, la justification tenant à la gravité et à l'urgence de la situation a possiblement deux conséquences. D'abord, elle impose à l'employeur d'agir vite et bien pour

7. Cass. soc., 4 novembre 2020, FS-P+B, n° 18-15.669.

8. Article L. 2312-59, alinéa 2 du Code du travail.

9. Article L. 4132-3 du Code du travail.

prévenir le risque. Ensuite, elle l'obligera à rendre des comptes de son action auprès de ceux qui l'ont alerté, notamment auprès des représentants des salariés et auprès des autorités saisies, en particulier auprès du juge.

L'autre élément commun aux différents cadres juridiques concerne le déroulement de la procédure d'alerte. Chaque fois, la loi prévoit un découpage qui est à la fois spatial et temporel. Chaque niveau spatiotemporel intervient selon un certain ordre. Ainsi parle-t-on d'un principe de gradation. Le schéma est globalement le suivant : l'alerte débute par un signalement ouvrant une phase en interne au cours de laquelle le salarié alerte son employeur ou son responsable¹⁰ ; en cas d'inaction ou de désaccord sur l'existence du risque ou sur les mesures à prendre, le salarié peut alerter les autorités extérieures qui sont, selon les cas, le juge, l'Inspection du travail, le préfet ou encore le défenseur des droits. Enfin, la divulgation publique est l'ultime phase de l'alerte qui ne peut être déclenchée qu'en cas d'échec de l'intervention des acteurs qui ont été saisis en interne ou en externe¹¹. Selon le cadre juridique, la gradation est prévue de manière plus ou moins rigide et impérative. Il existe en particulier des différences quant à l'obligation d'en passer par la phase interne. Sur ce point, la directive de 2019 entend précisément tendre vers une plus grande harmonisation et vers davantage de souplesse dans l'exercice du droit d'alerte. Ainsi encourage-t-elle les États à développer les procédures de signalement interne prévoyant des canaux pour la réception des signalements, un accusé de réception, la désignation d'une personne ou d'un service impartial compétent pour en assurer le suivi diligent, le traitement dans un délai raisonnable et la mise à disposition d'informations claires et facilement accessibles concernant les procédures de signalement externes (article 9). Cette configuration dans le temps et dans l'espace des procédures d'alerte rend compte du dualisme de ces fonctions. La priorité donnée à la phase interne se justifie en raison de la fonction préventive remplie par l'alerte, tandis que la possibilité de révéler des faits à l'extérieur de l'entreprise assure sa fonction punitive obligeant l'entreprise à rendre des comptes des violations dénoncées autant que de son inaction lorsqu'elle en a été informée.

Cependant, imposer d'en passer d'abord par la procédure interne de l'alerte a pu se transformer en piège pour les lanceurs d'alerte. C'est pourquoi la priorité de la phase interne a été très largement assouplie ; ce n'est plus qu'un encouragement et non plus une obligation. À la suite de la directive européenne et de la loi Wasserman, le lanceur d'alerte peut désormais choisir ou bien de porter son alerte en interne ou bien d'adresser son signalement à une autorité externe. Seule la divulgation publique demeure subordonnée à la nécessité d'avoir fait un signalement préalable, sauf à démontrer l'existence d'un danger grave et imminent ou un risque de représailles.

10. La procédure est définie par le décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022 qui modifie le décret du 19 avril 2017.

11. Cela résulte notamment de la jurisprudence de la Cour EDH : « Un employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente. Ce n'est que lorsque cela s'avère clairement infaisable que les informations, en dernier ressort, peuvent être portées à la connaissance du public » (Cour EDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c/ Allemagne*, n° 28274/08).

1.3. L'appropriation des dispositifs d'alerte par les pouvoirs normatifs

Le succès procédural des dispositifs d'alerte résulte enfin de leur appropriation possible par les différents pouvoirs normatifs, qu'ils soient publics ou privés. Les dispositifs d'alerte sont en effet le résultat d'une corégulation impliquant une diversité de sources du droit qui sont à la fois des normes supra-étatiques, des normes étatiques et des normes internes aux entreprises (Igalens, 2013). Tout en étant désormais institués par la loi, les dispositifs d'alerte demeurent régis par des normes décentralisées élaborées au sein des entreprises. Ces normes ont une vertu pédagogique : en rappelant leur existence aux salariés de l'entreprise, elles assurent une meilleure effectivité des dispositifs d'alerte. Ce faisant, il s'agit de contribuer à améliorer l'application des mécanismes assurant la protection des droits fondamentaux. Parallèlement à cet objectif, les normes élaborées par l'entreprise permettent à ces dernières de les adapter et de les intégrer à leur organisation. Du point de vue des entreprises, les dispositifs d'alerte sont un rouage du processus décisionnel de l'entreprise s'inscrivant dans une logique d'« autoréglementation » de cette dernière. Finalement, le déploiement des dispositifs d'alerte sert aussi bien les intérêts individuels, les intérêts collectifs des organisations que l'intérêt général.

L'implication de plusieurs autorités normatives n'est pas la seule chose. Les dispositifs d'alerte témoignent d'une transformation plus fondamentale du droit où l'effectivité du droit n'est plus assurée par l'application et la sanction d'une norme juridique ; elle consiste de plus en plus dans l'élaboration de processus continus s'inscrivant dans des « flux normatifs ». Cela est particulièrement vrai s'agissant de la logique préventive. Celle-ci repose sur un modèle procédural désormais bien rodé, en particulier au sein des entreprises. Venu des sciences de gestion, ce modèle, circulaire, est le suivant : la prise de décision s'effectue à la suite d'un diagnostic, prend place dans un plan d'action, fait l'objet d'une vérification, en particulier dans le cadre des alertes et est soumise en fin de compte à une évaluation en vue de l'actualisation de la décision. Le déclenchement de l'alerte sert alors à pallier une défaillance dans l'analyse des risques, à rectifier – et non sanctionner – la situation, permettant à l'entreprise d'améliorer sans cesse ses processus décisionnels. Au demeurant, cette fluidité normative est aujourd'hui renforcée par le développement des outils numériques relevant des Civictech. Ces outils numériques permettent de recueillir les signalements et d'en automatiser le traitement¹². Ils servent aussi à sécuriser le traitement des signalements, tout en permettant de diffuser les données simultanément à plusieurs autorités, de sorte que les actions résultant d'un signalement peuvent possiblement être multiples et globales. Ici, le numérique peut conférer une résonance encore plus grande à l'alerte.

Devant un tel succès des dispositifs d'alerte promus aussi bien par les autorités publiques que par les acteurs privés, comment comprendre la défiance que rencontrent nombre de lanceurs d'alerte ?

12. Il conviendra alors de prendre en compte le référentiel adopté par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en 2019 relatif au traitement des données à caractère personnel destiné à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles, [https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/referentiel-alertes-professionnelles_dec_2019.pdf], consulté le 30 août 2022.

2. La vulnérabilité des salariés lanceurs d'alerte

La vulnérabilité des salariés lanceurs d'alerte résulte de deux facteurs. D'une part, même si elle existe, la protection juridique des salariés lanceurs d'alerte demeure insuffisante, car elle reste trop aveugle à la subordination des salariés (2.1). D'autre part, la fragilité de leur situation tient à la durée souvent longue des procédures initiées, laissant le lanceur d'alerte seul et dans l'incertitude face au doute qui plane sur la véracité de son signalement et face au risque de représailles (2.2).

2.1. Un statut protecteur trop aveugle à la subordination

Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. À travers cette définition, le lanceur d'alerte est d'abord considéré comme un citoyen, comme un membre actif de la vie démocratique. L'alerte éthique est un outil d'implication citoyenne au service de l'intérêt général ou, pour reprendre la formule d'un auteur, elle « concrétise une nouvelle vigilance citoyenne » (Oberdorff, 2016).

La protection reconnue au lanceur d'alerte l'est en considération de l'objet de ses révélations plutôt qu'en considération de sa relation avec l'auteur des faits que le lanceur d'alerte dénonce. Cela ressort notamment de la recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte. Selon cette recommandation, il s'agit d'ancrer fermement la protection des lanceurs d'alerte dans le champ des principes démocratiques et de la préservation de l'intérêt général.

Une telle approche constitue une des faiblesses de la protection juridique du lanceur d'alerte qui ne tient pas suffisamment compte de la relation juridique qui lie la personne lanceuse d'alerte et l'auteur des faits révélés. S'agissant en particulier de la relation salariale, la liberté du salarié est juridiquement très limitée. La réalité juridique de la relation salariale entache nécessairement la capacité du salarié à mettre en œuvre les dispositifs d'alerte mis en place. Soumis au pouvoir disciplinaire de l'employeur et étant en situation de dépendance économique vis-à-vis de ce dernier, le salarié est dans une situation juridique qui *a priori* rend difficile pour lui la faculté d'exercer son droit d'alerte. Comment peut-il se considérer comme libre de révéler des faits graves constitutifs d'atteinte à la santé, aux droits fondamentaux ou à l'environnement alors qu'il est subordonné et soumis contractuellement à une obligation de loyauté ? En d'autres termes, c'est l'existence même du lien de subordination, inhérent à la relation salariale, qui constitue le premier, si ce n'est le plus important, frein à l'effectivité des dispositifs d'alerte. C'est en raison même de cette subordination qu'il est important de garantir les salariés lanceurs d'alerte contre les risques de représailles et contre le risque de perte d'emploi.

Cela suppose de prendre en compte l'existence du lien de subordination de manière à adapter proportionnellement le niveau de protection et fixer corrélativement des limites, voire des barrières, supplémentaires au pouvoir patronal.

Or, force est de constater que la loi n'a pas prévu de protections graduées en considération du pouvoir auquel une personne est assujettie. La loi prévoit une protection identique, quelle que soit la situation dans laquelle se trouve le lanceur d'alerte. À ce jour, ce dernier bénéficie ainsi d'une immunité contre les poursuites judiciaires¹³, d'une protection contre les mesures discriminatoires¹⁴ et d'une garantie de confidentialité¹⁵. La loi Wasserman de mars 2022 renforce cette immunité ainsi que le soutien dont peut bénéficier le lanceur d'alerte. De même est-il prévu de renforcer les sanctions à l'encontre de toute personne qui chercherait à faire pression, à menacer ou à dissuader un lanceur d'alerte en prévoyant une amende civile (de 60 000 euros, sans préjudice des dommages et intérêts et de l'abondement du compte personnel de formation que peut obtenir le lanceur d'alerte). Notons encore qu'un aménagement de la charge de la preuve par le lanceur d'alerte est prévu ainsi que la possibilité d'obtenir une provision pour frais d'instance en fonction de la situation économique respective des parties et du coût prévisible de la procédure engagée ou à l'occasion de la procédure visant à contester la mesure de représailles. S'ajoutent enfin les mesures de soutien. Ainsi la loi, invitée en cela par la directive, prévoit une assistance, notamment juridique, financière, mais aussi psychologique, au profit des lanceurs d'alerte.

La loi a aussi rendu possible que l'alerte soit anonyme comme cela est prévu par la loi américaine Sarbanes-Oxley. En effet, « on peut raisonnablement douter de la protection d'un salarié lanceur d'alerte non anonyme si son employeur fait partie des destinataires » (Benaïche, 2014). Pour ce faire, l'alerte peut être portée par un représentant de confiance. L'intervention d'un « mandataire » permet de créer une sorte de « paravent » qui garantit au lanceur d'alerte de rester anonyme vis-à-vis du détenteur du pouvoir de direction et d'impliquer un acteur qui n'est pas dans un rapport de subordination vis-à-vis de ce dernier. C'est là une mesure issue de la directive qui prévoit l'intervention de tiers appelés « facilitateurs ». Selon la directive, les facilitateurs aident « un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel ». La directive prévoit en particulier que « les représentants syndicaux ou les représentants des travailleurs devraient bénéficier de la protection prévue par la présente directive, tant lorsqu'ils effectuent un signalement en tant que travailleurs que lorsqu'ils ont fourni des conseils et une aide à l'auteur de signalement ». Cependant, l'article 5.8 limite le statut de facilitateur aux seules personnes physiques, ce qui constitue une restriction regrettable. Suivant le souhait exprimé par

13. Article 122-9 du Code pénal. Sur le plan civil, la loi prévoit également une immunité. Ainsi l'article 10-1 introduit par la loi Wasserman prévoit désormais que « les personnes ayant signalé ou divulgué publiquement des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 ne sont pas civilement responsables des dommages causés du fait de leur signalement ou de leur divulgation publique dès lors qu'elles avaient des motifs raisonnables de croire, lorsqu'elles y ont procédé, que le signalement ou la divulgation publique de l'intégralité de ces informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause ».

14. Article L. 1132-3-3 du Code du travail.

15. Article 9 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

la Commission nationale consultative des droits de l'homme¹⁶ ainsi que par le défenseur des droits dans son avis rendu le 16 décembre 2020¹⁷, la loi Wasserman a élargi le statut des facilitateurs aux personnes morales. Ce faisant, les syndicats ou des associations peuvent se substituer à la personne du salarié pour porter son signalement, lui garantissant ainsi son anonymat.

Même améliorée, cette protection reste encore insuffisante pour assurer efficacement le salarié contre le risque de licenciement. Et ce risque est d'autant plus fort que le salarié aura choisi de porter son signalement dans le cadre de la procédure interne. Certes, le salarié peut contester son licenciement et obtenir son annulation¹⁸. Cependant, il lui faudra attendre le temps de la procédure, souvent longue en matière prud'homale, pour être rétabli dans ses droits. Dès lors, avoir lancé une alerte restera pour lui une épreuve et une injustice.

Une garantie supplémentaire est ici nécessaire pour limiter efficacement le pouvoir de l'employeur et les conséquences néfastes pour le salarié lanceur d'alerte. Il conviendrait, à l'instar des salariés titulaires d'un mandat de représentation, de soumettre le licenciement d'un lanceur d'alerte à l'autorisation préalable de l'Inspection du travail. Cette garantie est en effet l'élément essentiel du statut protecteur de représentant des salariés pour garantir leur indépendance vis-à-vis de leur employeur¹⁹ et les protéger contre les risques de représailles. En somme, il s'agirait de reconnaître aux salariés lanceurs d'alerte le statut de salarié protégé issu des articles L. 2411-1 et suivants du Code du travail.

2.2. Un parcours du combattant long et incertain

La fragilité de la situation du lanceur d'alerte tient à la longueur des procédures mises en œuvre à la suite de son signalement. Cela tient en partie au séquençage des procédures d'alerte voulu par le législateur. Comme nous l'avons expliqué, l'alerte s'inscrit dans des « flux normatifs » qui sont à la fois ceux de l'entreprise et ceux des autorités publiques qui ont été alertées. Le lanceur d'alerte doit alors attendre et faire preuve de patience. Le temps que l'entreprise agisse, le temps que l'administration agisse, le temps que la justice agisse, tous ces temps pendant lesquels le sort du lanceur d'alerte est suspendu et pendant lesquels il est particulièrement vulnérable au risque de représailles.

La loi Wasserman a précisé les délais de traitement des signalements de manière à donner une meilleure prévisibilité au lanceur d'alerte. À compter du signalement, l'entité qui a reçu le signalement dispose de sept jours pour en accuser réception, amorçant un délai de trois mois pour communiquer, par écrit, à l'auteur du signalement, des informations sur les mesures envisagées ou prises pour évaluer l'exactitude des allégations et, le cas échéant, remédier à l'objet du signalement.

16. Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte, 24 septembre 2020.

17. Avis n° 20-12.

18. Articles 11 et 12 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016. Voir Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557 ; Cass. soc., 7 juillet 2021, FS-B, n° 19-25.754.

19. Il s'agit d'ailleurs d'une exigence à valeur constitutionnelle. Voir décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996, cons. 9.

Cela ne signifie pas pour autant que l'alerte soit définitivement traitée. De plus, à l'issue de ce traitement, l'alerte peut très bien déboucher sur des procédures judiciaires qui sont parfois très longues, sans compter celles nées des mesures de représailles subies par le lanceur d'alerte.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation précédemment cité permet de prendre la mesure de cette problématique²⁰. L'affaire concerne un salarié licencié en 2012 pour insuffisance professionnelle alors qu'il s'apprêtait à dénoncer des faits pénalement répréhensibles. Le salarié a été mis à pied puis licencié en 2012. Il lui aura fallu attendre 2021 et la solution de la Cour de cassation pour obtenir gain de cause. Mais l'affaire n'est au demeurant pas terminée puisque la nullité de son licenciement et son indemnisation n'interviendront qu'une fois rendue la décision par la cour d'appel de renvoi. Nous ignorons ce qu'il est advenu de son alerte. Mais, le concernant, une décennie entière aura été nécessaire pour qu'il soit rétabli dans ses droits. Inutile de dire qu'un tel récit est de nature à dissuader plus d'une personne à se risquer à devenir lanceur d'alerte !

Comment faire en sorte d'alléger un tel fardeau ? Reconnaître des « canaux » de signalement alternatifs permettra aux lanceurs d'alerte d'accélérer le processus et de limiter le risque de représailles. Le recours aux facilitateurs apporte en effet à cette difficulté une solution dans la mesure où le facilitateur peut d'une certaine manière prendre le relais de l'auteur du signalement en se substituant à lui dans le cadre des différentes procédures. Au surplus, le lanceur d'alerte n'est plus isolé. Il conviendrait, comme cela existe déjà en droit du travail, de prévoir des actions en substitution qui permettent aux facilitateurs d'ester en justice en lieu et place du lanceur d'alerte²¹. L'alerte prévue par le droit du travail en cas d'atteinte aux droits des personnes esquisse cette possibilité. En effet, l'article L. 2312-59 du Code du travail prévoit qu'en cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de l'atteinte, le représentant des salariés peut saisir le bureau de jugement du conseil des prud'hommes. Celui-ci statue alors selon la procédure accélérée au fond et peut enjoindre à l'employeur de prendre toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte. Une telle procédure permet non seulement de protéger le salarié qui a pu alerter le représentant au CSE, mais encore le libère du fardeau procédural qui en résulte en le confiant à son représentant qui dispose de davantage de moyens et de temps pour mener à son terme les actions nécessaires à la révélation des faits qui sont l'objet de l'alerte.

Enfin, de manière plus institutionnelle, un « guichet unique » géré par le défenseur des droits permettra d'orienter les signalements et de faire en sorte que l'alerte ne se perde pas dans les méandres des canaux de signalement et que le soutien apporté ne soit pas disparate.

En réalité, l'ambivalence qui entoure les dispositifs d'alerte n'a pas entièrement disparu. Ainsi, si la protection reconnue aux lanceurs d'alerte a été substantiellement améliorée par rapport au régime issu de la loi Sapin 2, toutes les difficultés n'ont pas disparu. Peut-être s'agit-il d'une volonté de légiférer de manière progressive afin d'acculturer les entreprises et leurs dirigeants

20. Cass. soc., 7 juillet 2021, FS-B, n° 19-25.754.

21. Étant rappelé que, constitutionnellement, un droit d'opposition à une telle action doit pouvoir être exercé à propos des actions en défense d'un intérêt individuel.

à ce nouveau mécanisme de contrôle de leur activité. Mais on ne peut pas ignorer non plus la force des lobbys et le cynisme calculateur de certaines entreprises. Pour celles-ci, les dispositifs d'alerte sont bons pour faire du *socialwashing* et du *greenwashing*, mais elles excluent catégoriquement que ces dispositifs puissent servir à limiter leur pouvoir économique, nuire à leurs intérêts et les contraindre à rendre des comptes sur les violations du droit qu'elles sont prêtes à commettre ou à couvrir pour leur réputation, leur compétitivité et leurs profits. Ces raisons ne laissent pas insensibles les décideurs. Surtout, on attend toujours du lanceur d'alerte de la mesure et de l'éthique auxquelles on subordonne sa protection. Un sentiment perdue : la situation du lanceur d'alerte est vouée à demeurer fragile et irrémédiablement précaire. Elle restera toujours limitée dans l'objectif de préserver les intérêts des entreprises, en particulier ceux protégés par le secret des affaires. Cet équilibre entre les deux, et voulu par les autorités européennes, laissera toujours planer sur le salarié lanceur d'alerte la peur d'une riposte. Cette peur est d'autant plus réelle que l'on rappellera l'arrêt rendu dans l'affaire *Luxleaks* en mai 2021 par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) dans laquelle elle a estimé que la sanction pécuniaire prononcée à l'encontre d'un lanceur d'alerte « ne produit pas un effet réellement dissuasif sur l'exercice de la liberté du requérant ni d'autres salariés²² ». Et c'est sans doute cette peur qui constitue la principale raison de l'ineffectivité des dispositifs d'alerte qui, bien que mis en place et largement promus, demeurent encore trop rarement mis en œuvre par les salariés.

Bibliographie

ADAM P., 2006, « Le retour des sycophantes ? (à propos du *whistleblowing*) », *Le droit ouvrier*, n° 695, p. 281-296

BARRIÈRE F., 2017, « Les lanceurs d'alerte », *Revue des sociétés*, n° 4, p. 191-197

BAZZOLI L., KIRAT T., 2010, « Le capitalisme raisonnable, l'emploi et la responsabilité sociale de l'entreprise selon J. R. Commons et l'école du Wisconsin », [halshs-00680088], consulté le 30 août 2022

BENAICHE L., 2014, « Le droit de l'alerte en France », *Les tribunes de la santé*, vol. 45, n° 4, p. 79-98

CONSEIL D'ÉTAT, 2016, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La Documentation française

CONSEIL DE L'EUROPE, 2014, « Protection des lanceurs d'alerte », Recommandation CM/Rec(2014)7 et exposé des motifs

DRIGUEZ L., 2020, « Un cadre général européen pour la protection des lanceurs d'alerte », *Semaine sociale Lamy*, n° 1933

IGALENS J., 2013, « Corégulation », dans N. POSTEL, R. SOBEL (dir.), *Dictionnaire critique de la RSE*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, p. 89-93

LAGESSE P., ARMILLEI V., 2019, « Le statut du lanceur d'alerte. État des lieux et proposition de directive européenne », *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, n° 2, étude 64

22. Cour EDH, 11 mai 2021, *Halet c/ Luxembourg*, n° 21884/18.

LAGESE P., TOUBON J., 2019, « Le régime "général" de protection des lanceurs d'alerte est-il l'expression d'un droit fondamental ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1862

MAISON DES LANCEURS D'ALERTE, 2021, « Pour une loi qui défend les lanceurs d'alerte », [<https://loi.mlalerte.org/je-signe/>], consulté le 30 août 2022

OBERDORFF H., 2016, « Contribution sur la notion d'alerte éthique », dans CONSEIL D'ÉTAT (dir.), *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La Documentation française

THIEBART P., 2016, « La loi Sapin 2 soumet le lanceur d'alerte à un parcours du combattant », *Liaisons sociales Quotidien. L'actualité*, n° 17220