Contribution du rapporteur d'application.

Cécile Untermaier

Après l'arrivée tardive en France du concept de lanceur d'alerte et l'éparpillement des dispositions dans différents textes législatifs, la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin II, laquelle a unifié le statut du lanceur d'alerte et son régime de protection, a constitué un premier texte ambitieux. La transposition de la directive européenne du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union nous oblige davantage dans le soutien et la protection que nous devons aux auteurs de signalement.

I Deux propositions de loi entérinant des avancées majeures

Tout l'enjeu des deux propositions de loi réside dans l'articulation de la transposition de la directive européenne et le maintien des avancées inscrites par la loi Sapin II. Une transposition simple aurait eu pour conséquence la réduction du champ d'application prévu actuellement dans le droit interne. Le périmètre de la directive se limite en effet aux informations obtenues dans un contexte professionnel et aux infractions faites au droit de l'Union européenne dans des domaines variés – marchés publics, services financiers, prévention du blanchiment de capitaux, entre autres. La loi du 9 décembre 2016, plus englobante, ne se cantonne pas au cadre professionnel, ni à des secteurs d'activité spécifiques. La proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte a réussi ce travail de haute-couture juridique en adoptant le champ d'application élargi du droit interne actuel, tout en reprenant les critères de définition, l'organisation des signalements et la protection de leurs auteurs introduits par la directive.

La définition du lanceur d'alerte est désormais plus large et protectrice, grâce à la suppression de l'exigence d'une violation d'une norme « *grave et manifeste* », de la connaissance personnelle des faits - bien que la commission des Lois ait réintroduit cette exigence pour les informations obtenues hors du cadre professionnel - et l'introduction des termes « *informations portant sur un crime ou un délit* » et « *tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international* ». L'intégration de l'interdiction de contrepartie financière directe, qui s'entend, à notre sens, avec la notion de bonne foi, bien connue des juristes, ne doit pas insuffler le doute du législateur sur une démarche d'alerte. La volonté du rapporteur est légitime en ce qu'elle tend à écarter les chasseurs de primes et nous partageons

ce souci. Ce terme ne sera toutefois pas sans poser des difficultés d'appréciation. La lanceuse d'alerte, Francesca Haugen, lors de son audition à l'Assemblée nationale, a bien précisé être rémunérée par des dons financiers en contrepartie de son engagement.

La hiérarchisation des canaux de signalement -canal interne, externe, puis divulgation publique- disparait, laissant ainsi la possibilité au lanceur d'alerte de passer par la voie de son choix, avancée majeure introduite par la directive. La divulgation publique des informations reste toutefois très encadrée et soumise à l'épuisement des voies interne et externe. Le présent texte règle au surplus le problème de la cohabitation simultanée de plusieurs dispositifs de signalement, en particulier dans le secteur public où la mise en œuvre des canaux internes de signalement reste inachevée. Outre le mécanisme prévu par la loi Sapin II, un agent public pouvait également effectuer un signalement en application de l'article 40 du code de procédure pénale et ainsi contourner l'obligation de saisir le canal interne en alertant directement le procureur de la République. En supprimant la hiérarchie des canaux de signalement, la coexistence de ces deux dispositifs est désormais clarifiée.

Enfin, le renforcement du régime de protection est à saluer. Les personnes liées à l'auteur du signalement, à l'instar des facilitateurs, sont davantage protégées, tout comme les lanceurs d'alerte, dans le cadre de leur travail, lesquels ne peuvent faire l'objet de mesures en réponse à leur action. De même, les sanctions pour représailles ou procédures bâillons, visant à faire obstacle aux lanceurs d'alerte sont plus dissuasives. Une action dilatoire ou abusive contre un lanceur d'alerte peut être désormais punie jusqu'à 60 000 euros, tandis que la prise de représailles est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. L'élargissement et la majoration des sanctions étaient demandés depuis des années notamment par l'association Sherpa, qui regrettait un montant trop peu dissuasif pour les grandes entreprises.

II Des évolutions législatives à parfaire

Les travaux en commission des Lois ont mis l'accent sur des modifications souhaitables des deux propositions de loi. La définition du lanceur d'alerte, aurait pu être précisée, non pas de manière négative, mais au contraire en en apportant les éléments explicites traduisant la bonne foi, tels que le dit la directive. L'élargissement du champ d'application aux « soupçons raisonnables » et aux « violations potentielles » de normes n'a également pas été retenu, au motif que cela était satisfait. D'une manière générale, nous trouvons assez déroutant de

considérer que ce que précise une directive européenne n'a pas lieu d'être en droit interne… Notons que les tentatives de dissimulation d'une norme et pas seulement d'un engagement international ont été intégrées à la définition.

Concernant les procédures de signalement, bien que le texte se rapproche à grands pas de la directive européenne, les avis ont été unanimes : l'article 3 manque de lisibilité. Le Conseil d'Etat recommande même de scinder ce dernier en quatre articles, qui, pour le premier expliciterait les conditions à respecter pour bénéficier de la protection attachée au lanceur d'alerte, à savoir répondre à la définition et respecter la procédure de signalement, et pour les trois suivants, préciseraient plus clairement les règles de signalement *via* le canal interne, externe et enfin la divulgation publique. **Le rapporteur en a pris acte et a clarifié l'articulation entre les différents canaux de signalement, soulignant la non-hiérarchisation et encourageant la saisine prioritaire des canaux internes, fidèlement à la directive.**

De nombreuses mesures relatives à la procédure sont prévues par décret en Conseil d'Etat. Tel est le cas des délais relatifs à l'accusé de réception et au temps de traitement du signalement. **A notre sens, il appartient au législateur d'inscrire dans la loi ces exigences qualitatives du suivi du signalement de l'alerte.**

Il a été convenu utile de préciser dans le texte de loi que **la clôture d'une procédure menée en interne ou en externe, doit faire l'objet d'une décision motivée notifiée au lanceur d'alerte**. Cette exigence de justification oblige la personne ou le service en charge du traitement des alertes à étudier de manière approfondie l'opportunité de donner suite à ces dernières et d'organiser un retour argumenté à l'auteur du signalement. Enfin, il a été acté, pour les entités de moins de 249 agents, de la possibilité de mutualiser la réception et le traitement des signalements, leur taille pouvant justifier la nécessité pour certaines de partager leurs ressources et de faciliter la mise en place de ce dispositif.

Les catégories d'autorités externes compétentes sont désormais précisées dans la loi, comme le préconisait le Conseil d'Etat. Le détail, la réévaluation des procédures de signalement ou encore la formation des personnels seront par ailleurs fixés par décret.

La proposition de loi ne traite pas du problème du déploiement encore inachevé des canaux internes dans les administrations, notamment territoriales. A la fin de l'année 2018,

moins de 30% des collectivités de plus de 30 000 habitants respectaient cette obligation. Cette carence concerne surtout les communes. Il convient donc d'accélérer le déploiement de ce dispositif. Nous avons proposé des amendes administratives en cas de non-respect de cette obligation, sous réserve que l'Agence Française anticorruption ne soit pas déjà en mesure de prononcer de telles sanctions. Il ne nous semble pas à ce stade d'analyse que l'AFA soit en capacité de le faire.

La meilleure protection des facilitateurs qui diffusent une alerte à la demande des lanceurs d'alerte est demandée par les associations et les auteurs de l'alerte. **Les personnes morales, en particulier les associations loi 1901, jouent un rôle clef dans le processus d'alerte.** Elles contribuent à la protection des lanceurs d'alerte en permettant à ces derniers de rester anonyme et de ne pas s'exposer en faisant relayer leur alerte par d'autres structures. Certes, le présent texte, suivant la directive européenne, étend le régime de protection aux facilitateurs, mais ce dernier ne s'applique qu'aux personnes morales offrant une assistance juridique aux lanceurs d'alerte, et non à celles qui permettent aux lanceurs d'alerte de rester anonyme en relayant pour leur compte une alerte.

Enfin, une clarification s'impose concernant les représailles lesquelles doivent être en cohérence et en lien avec le droit du travail comme le droit de la fonction publique.

III Deux propositions de loi ouvrant la voie à une réforme encore plus ambitieuse

L'examen des deux propositions de loi a ouvert la réflexion à des questions plus larges. Le statut de lanceur d'alerte ne concerne en l'état du droit, que les personnes physiques et exclut de fait les personnes morales. Une association ne peut donc se prévaloir de ce statut, et est considérée comme « facilitateur ». La directive européenne ne comporte pas cette évolution et nous n'en faisons pas reproche au rapporteur, la priorité étant la protection de lanceurs d'alerte dont les vies ont été broyées à raison de divulgations faites et servant l'intérêt général.

Se pose également la question de l'éthique du lanceur d'alerte. Le présent texte, dans la suite de la loi Sapin II intègre déjà des exigences déontologiques : l'auteur doit faire preuve de bonne foi, ne pas recevoir de contrepartie financière directe, passer *via* les canaux prévus par la loi. Il n'encourt aucune responsabilité pénale quant à l'obtention et le stockage d'informations, tant que ces derniers ne constituent pas une infraction autonome ou si l'intérêt général le justifie. Qu'en est-il de l'auteur d'un signalement qui récupère des informations oubliées par son

employeur dans la photocopieuse, sur son lieu de travail, par exemple. La réflexion déontologique doit accompagner le lanceur d'alerte, non pas pour le freiner dans sa démarche, mais pour lui permettre d'en apprécier toute la légitimité. **C'et pourquoi, nous avions proposé que le référent déontologue, qui existe dans les centres de gestion de la fonction publique territoriale et qui est d'ailleurs de plus en plus sollicité par les agents, puisse être identifié comme un possible acteur éclairant et utile pour le lanceur d'alerte.**

La médiatisation de certains lanceurs d'alerte, à l'instar de celle de Frances Haugen, ancienne cadre de Facebook, que nous venons d'auditionner à l'Assemblée nationale, **ne doit pas faire passer au second plan le contenu même de l'alerte**. L'effectivité du traitement des alertes doit rester au cœur de nos préoccupations. Le présent texte met l'accent sur la phase correspondant au déclenchement de l'alerte. Nous savons qu'il et indispensable que l'instruction de l'affaire soit rapidement engagée par l'autorité compétente Cette dynamique participe de la protection du lanceur d'alerte.

Enfin, le lanceur d'alerte doit être soutenu financièrement. La création d'un fonds *ad hoc*, ne peut être présenté ici, à raison de l'article 40 de la Constitution. Pourtant, une telle aide pourrait être proposée en deux temps, comme l'indique le rapport d'information du 7 juillet 2021 sur l'évaluation de loi Sapin II : *a priori* pour compenser les pertes de revenus immédiates et les frais liés aux procédures et *a posteriori* pour indemniser la prise de risque et les sacrifices opérés dans l'intérêt général. L'attribution d'un fonds de soutien financier par le Défenseur des droits avait déjà fait l'objet de l'article 14 de la loi Sapin II, lequel avait été censuré par le Conseil constitutionnel. La présente loi, à l'article 9, dispose que les autorités compétentes externes apportent le soutien financier et psychologique nécessaire. **Toutefois, ces dernières sont dans l'incapacité de le mettre en place.**

La proposition de loi organique **confirme et précise le rôle du Défenseur des droits**, **en matière de signalement d'alerte.** Le législateur a pris en compte le risque d'inconstitutionnalité. Il serait opportun, comme le Défenseur le souligne dans son avis, de **dégager des moyens humains et budgétaires suffisants afin de développer des actions de sensibilisation** pour rendre le droit d'alerte effectif. Il ne peut actuellement consacrer qu'un seul ETP au suivi des lanceurs d'alerte, alors que le nombre de saisines se situe en moyenne entre 60 et 90 par an.

En conclusion, il nous reste à remercier le rapporteur, les administrateurs et l'ensemble de nos collègues qui ont participé à la présente réflexion. L'information du public reste à faire. La loi Sapin II est toujours méconnue, cinq ans après son adoption. La démocratisation de la procédure et les garanties qui s'y attachent, permettant à tout citoyen d'user de son droit d'alerte au service de l'intérêt général, signent la qualité de l'état démocratique d'un pays. Ainsi que nous l'avons affirmé dès l'introduction de nos travaux, **nous approuvons ce texte et nous le voterons lors de la prochaine séance publique.**