

Yves Gounin: L'individu face à l'État : statut et rôle du lanceur d'alerte
Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 56, 1/2019., str. 23.- 34.

Yves Gounin
Chargé des relations internationales du Conseil d'État

L'INDIVIDU FACE À L'ÉTAT : STATUT ET RÔLE DU LANCEUR D'ALERTE

UDK: 323.2
Primljeno: 1. rujna 2018.
Izvorni znanstveni rad

L'institut des dénonciateurs a pour but de mettre publiquement en garde contre les actes illégaux commis par certaines personnes dans le secteur public. Le terme «dénoncateur» désigne une personne ou un individu assez courageux, par conviction morale et malgré les risques auxquels elle s'expose, pour son intégrité personnelle qui décide de parler ouvertement et publiquement d'un comportement illégal ou contraire à l'éthique de la part de leurs supérieurs. Historiquement, les pays anglo-saxons ont davantage tendance à protéger et à reconnaître les lanceurs d'alerte que les pays continentaux. Par exemple, aux États-Unis, en 1863, la False Claim Act a été adoptée dans le but de protéger contre la corruption de fournisseurs publics. Les droits des lanceurs d'alerte aux États-Unis d'Amérique sont spécifiques. Ils soulignent l'importance de récompenser, notamment en matière de fraude fiscale et financière. L'auteur décrit des exemples du Royaume-Uni, du Canada, d'Italie, d'Allemagne, de Bosnie-Herzégovine. En République française, le lanceur d'alerte a un statut, une cohérence et une efficacité particuliers, acquis grâce aux réformes législatives de 2016. Depuis des années, les organisations internationales mettent en avant l'importance des cadres institutionnels et normatifs régissant la réglementation des lanceurs d'alerte. L'affirmation de l'institut des lanceurs d'alerte a été particulièrement soulignée dans la recommandation du Conseil de l'Europe de 2014 sur la protection des lanceurs d'alerte. Cela suggère que les États membres mettent en place un cadre global pour la protection de ceux qui signalent des irrégularités dans le cadre de relations de travail. Des principes tels que des directives pour aider à la formulation sont également énoncés. Le 14 février 2017, dans le cadre de l'Union européenne, le Parlement européen a adopté la résolution sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne, faisant référence au programme européen global pour la protection des lanceurs d'alerte.

Mots clés: *individu, contrôle de l'État, dénonciateur en tant que gardien de l'intérêt public*

Le lanceur d'alerte est celui qui choisit de révéler des faits dont il a personnellement connaissance parce qu'ils menacent le bien commun¹. Généralement, il doit cette connaissance à son appartenance à la collectivité ou à l'institution à l'origine des faits en cause ou aux étroites relations qu'il entretient avec elle. La dénonciation

¹ F. Chateaurayraud, « Lanceur d'alerte » in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, disponible en ligne, définissant le lanceur d'alerte comme la personne ou le groupe qui rompt le silence pour signaler des faits de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général.

suppose donc, de sa part, à tout le moins, la méconnaissance d'une « *obligation informelle de loyauté et de solidarité* »². Donner l'alerte est donc un choix courageux et difficile ; c'est celui « *que fait l'individu pris à l'intérieur d'un conflit de devoirs et soumis à des injonctions contradictoires* »³ de faire « *prévaloir sa conscience sur le devoir d'obéissance parce qu'il considère qu'il a le devoir éthique de dire la vérité sur ce qu'il a eu à connaître* »⁴.

Traditionnellement, une connotation négative s'attache à l'idée même de dénonciation. Elle est particulièrement marquée dans les pays qui ont connu des dictatures⁵ : un tel passé peut expliquer que la dénonciation soit assimilée à une forme de collaboration avec un pouvoir illégitime. Mais précisément, ne faut-il pas revoir cette conception lorsque le pouvoir en question est d'origine démocratique et qu'il s'inscrit dans le cadre de l'État de droit ? Cet idéal ne doit-il pas l'emporter sur les intérêts particuliers de quelque collectivité, de quelque institution que ce soit ? Car il en va du bon fonctionnement de notre démocratie, qui suppose que « *chaque citoyen [prenne] sa part dans la défense de l'intérêt général* », en exerçant sa « *vigilance* » et en faisant preuve de courage civique⁶. En effet, la démocratie ne se résume pas à l'élection régulière des représentants ; elle s'étend au contrôle continu des gouvernés sur les gouvernants. Le philosophe Alain disait qu'elle « *réserve au peuple un pouvoir de regard et de jugement. Il n'en faut pas plus. Tous les abus sont secrets* »⁷. D'autant que le lanceur d'alerte est tout sauf un dissident, un « *opposant radical à la collectivité ou à l'institution dont il fait partie* »⁸ : il se borne à en signaler les dérives pour les faire cesser, contribuant ainsi à améliorer le fonctionnement collectif⁹.

L'émergence récente du concept de lanceur d'alerte témoigne d'une évolution des mentalités, liée à celle du rapport à l'autorité. Longtemps, le respect de l'autorité ne se discutait pas. Mais, de nos jours, il ne va plus de soi. Il est conditionné par le respect de principes, de valeurs supérieures. C'est la dialectique toujours recommencée de Créon et Antigone : respect de la loi positive d'un côté, de la loi naturelle de l'autre. « *Un trop grand silence me paraît aussi lourd de menace qu'un explosions de cris* »¹⁰, s'alarme le messager dans la pièce de Sophocle. L'utilité de l'alerte s'inscrit en faux contre le principe de loyauté.

² D. Lochak, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014 p. 2236.

³ D. Lochak, précité.

⁴ « Contribution du professeur Henri Oberdorff sur la notion d'alerte éthique », in Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Paris, La Documentation française, p. 111.

⁵ *A contrario*, les pays anglo-saxons, qui n'ont pas un tel passé, disposent d'une tradition ancienne de protection des lanceurs d'alerte, comme le montre F. Chaltiel Terral dans *Les lanceurs d'alerte*, Paris, Dalloz, 2018.

⁶ H. Oberdorff, précité, pp. 112-113.

⁷ Alain, *Propos de politique*, Rieder, Paris, 1934, p. 324.

⁸ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, pp. 11-12.

⁹ D. Lochak, précité.

¹⁰ Sophocle, *Antigone*, Paris, G-F, 1999, p. 97.

Mais l'alerte comporte des risques d'atteinte aux intérêts des personnes qu'elle vise, voire de déstabilisation des institutions et de la démocratie elle-même¹¹, car une dénonciation publique non fondée peut s'avérer dévastatrice¹². Ces risques sont accrus par l'évolution des techniques de communication, qui augmentent considérablement les possibilités d'expression du lanceur d'alerte¹³ ainsi que leur impact. Il est donc indispensable d'encadrer l'alerte pour ménager un équilibre entre la liberté d'expression au nom de l'intérêt général et la protection des autres intérêts en jeu.

Les pays anglo-saxons apparaissent historiquement plus favorables à la protection et à la reconnaissance des lanceurs d'alerte que les pays continentaux. Aux États-Unis, le premier texte législatif en la matière est ancien. Il s'agit du *False Claim Act*, voté en 1863, afin de combattre les fraudes des fournisseurs du gouvernement pendant la guerre de Sécession. Néanmoins, le droit des lanceurs d'alerte aux États-Unis est très spécifique. Il donne une importance centrale à l'idée de récompense, et s'applique surtout aux cas de fraude fiscale ou financière. Le Royaume-Uni s'est doté d'un mécanisme relativement équilibré et complet, avec l'adoption en 1998 du *Public Interest Disclosure Act*. Sont ainsi mis en place des dispositifs de prévention et de réparation, sans pour autant accorder de récompense. Le lanceur d'alerte y est protégé en amont, avec un référé conservatoire d'emploi, et en aval, avec le dédommagement des frais exposés, de la perte de revenus, et du préjudice moral. Le *Public Interest Disclosure Act* concerne le secteur public et le secteur privé, contrairement au Canada, par exemple, qui ne protège que les fonctionnaires (hors militaires)¹⁴

Les pays européens continentaux ne partagent pas nécessairement la culture du lanceur d'alerte comme elle existe dans les pays anglo-saxons, et leur protection s'avère plus sectorielle. L'Italie protège notamment les agents publics divulguant des éléments pouvant servir à la lutte contre la corruption (loi du 6 novembre 2012). L'Allemagne a longtemps été réticente à la possibilité d'un droit des lanceurs d'alerte. La décision *Heinisch* de la Cour européenne des droits de l'Homme du 21 juillet 2011, remet d'ailleurs en cause une décision de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe ayant privilégié la notion de loyauté professionnelle à celle de protection du lanceur d'alerte. Malgré tout, les lanceurs d'alerte y sont protégés dans le secteur financier. En Bosnie, le législateur, conscient d'un contexte de corruption amenant une application effective très aléatoire d'une loi de protection des lanceurs d'alerte (intimidations, dissimulations de preuves...), a prévu l'octroi d'un statut pour le lanceur d'alerte, qui bénéficie par la suite d'une protection du ministère de la Justice contre certaines mesures de rétorsions, et choisit le canal de diffusion de ses révélations.

¹¹ F. Chaltiel Terral, précité, p. 10.

¹² F. Chaltiel Terral, précité, p. 25.

¹³ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, pp. 11-12.

¹⁴ Loi du 15 avril 2007 sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles.

En droit français, des garanties ont d'abord été accordées en ordre dispersé (I) avant de faire place à une construction d'ensemble (II).

I. DES GARANTIES ACCORDÉES AU LANCEUR D'ALERTE EN ORDRE DISPERSÉ

Les garanties accordées au lanceur d'alerte ont d'abord été sectorielles. Des mécanismes traduisant le souci de protection du lanceur d'alerte existent de longue date (A). Dans la période récente, ils se sont rapidement multipliés (B). Il en est résulté une faible cohérence d'ensemble (C).

A. Des mécanismes sectoriels anciens de protection du lanceur d'alerte

La France ne connaît pas de véritable tradition de protection du lanceur d'alerte comparable à celle de pays anglo-saxons¹⁵ comme par exemple les Etats-Unis¹⁶ ou le Royaume-Uni¹⁷. On peut néanmoins en trouver des racines dans le droit de résistance à l'oppression consacré par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ; mais les contours de ce droit sont, par nature, difficiles à cerner¹⁸.

Quelques mécanismes sectoriels anciens ne sont toutefois pas sans lien avec la protection du lanceur d'alerte. Aux termes de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale : « *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* ».

Des dispositions du droit du travail et de la fonction publique instaurent un droit d'alerte en vue de préserver la santé et la sécurité au travail¹⁹. Depuis la loi du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT), le représentant du personnel au sein dudit comité dans l'entreprise, lorsqu'il « *constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment*

¹⁵ F. Chaltiel Terral, précité, pp. 3-4 et 40.

¹⁶ N. Lenoir, « Les lanceurs d'alerte – Une innovation française venue d'outre-Atlantique », *La Semaine juridique Entreprise et Affaires*, n° 42, 15 octobre 2015, p. 1492.

¹⁷ Le *Public Interest Disclosure Act (PIDA)* du 29 juin 1998 est une législation globale instaurant un signalement gradué par paliers et un double mécanisme de protection, à la fois de prévention (référé conservatoire d'emploi) et de réparation (du dommage subi) et modifiant la loi relative aux droits fondamentaux des salariés (*The Employment Rights Act (ERA)* de 1996. Sa révision du 25 juin 2013 recentre la définition du signalement sur la notion d'intérêt général en remplaçant l'exigence de bonne foi par celle que l'alerte soit faite dans l'intérêt du public et introduisant des sanctions pénales contre les auteurs de représailles.

¹⁸ H. Oberdorff, précité, p. 112.

¹⁹ F. Chaltiel Terral, précité, pp. 17-22.

par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur ». Ce dispositif s'applique aussi à la fonction publique²⁰. Depuis la loi du 31 décembre 1992, le délégué du personnel, lorsqu'il « constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, en saisit immédiatement l'employeur ».

B. Une multiplication rapide des régimes de protection du lanceur d'alerte

L'adoption de tels mécanismes s'est brusquement accélérée par l'adoption de dispositions visant à lutter contre les discriminations dans le monde du travail en protégeant ceux qui les signalent en matière :

- de harcèlement sexuel (loi du 2 novembre 1992)
- de discriminations (loi du 2 novembre 2001)
- de harcèlement moral (loi du 17 janvier 2002).

Le droit d'alerte du délégué du personnel, précédemment mentionné (voir *supra* I.A.) a été élargi par la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement moral, aux faits de harcèlement moral et de discriminations, pour inclure « toute mesure discriminatoire en matière d'embauche, de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de classification, de promotion professionnelle, de mutation, de renouvellement de contrat, de sanction ou de licenciement ». S'agissant des fonctionnaires, la loi du 26 juillet 2005 a inclus les faits d'agissement contraires au principe de non-discrimination y compris à l'égard du sexe, celle du 9 mai 2001 a inclus ceux constitutifs de harcèlement sexuel, celle du 17 janvier 2002 ceux de harcèlement moral.

La loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale a mis en place un dispositif de protection des personnes procédant au signalement de faits de maltraitances dont sont victimes les enfants et les adultes vulnérables accueillis dans les institutions sociales ou médico-sociales. D'autres dispositifs ont été adoptés en matière de signalement :

- de faits de corruption dans le secteur privé (loi du 13 novembre 2007)
- de faits relatifs à la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (loi du 29 décembre 2011)
- de risques graves pour la santé publique et l'environnement (loi du 16 avril 2013)
- des conflits d'intérêts dans la vie publique (loi du 11 octobre 2013)

²⁰ Par le décret du 28 mai 1982 pour la fonction publique d'Etat et par celui du 9 mai 1995 pour la fonction publique territoriale et par l'article L. 4111-1 du Code du travail pour la fonction publique hospitalière.

La loi du 24 juillet 2015 relative au renseignement a prévu une protection spécifique pour les agents des services de renseignement signalant des faits susceptibles de constituer une violation manifeste de la loi, auprès de l'autorité de régulation de cette activité, la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement (CNCTR).

C. Une faible cohérence d'ensemble

Le Premier ministre a demandé au Conseil d'Etat, en 2016, de réaliser une étude dressant un bilan critique de ces divers mécanismes et formulant des propositions pour en améliorer l'efficacité²¹.

Dans son étude adoptée le 25 février 2016 *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, le Conseil d'État a constaté qu'en se multipliant, les mécanismes de protection des lanceurs d'alerte en étaient venus à former un ensemble disparate présentant une « faible cohérence d'ensemble ». Il a estimé qu'une approche globale était préférable aux démarches sectorielles qui avaient été adoptées jusque là, du point de vue de sa lisibilité et de sa sécurité juridique notamment²².

Il a donc recommandé de définir un « socle de dispositions communes » applicables à tout lanceur d'alerte, consistant non seulement dans la définition de ce dernier mais encore dans celle des procédures qu'il doit suivre pour lancer l'alerte, des protections dont il bénéficie et des modalités selon lesquelles le destinataire de l'alerte doit traiter celle-ci²³.

Ce faisant, le Conseil d'Etat a jeté les fondations d'un véritable statut du lanceur d'alerte. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin²⁴ II », s'est largement inspirée de ses recommandations.

II. LA CONSTRUCTION D'ENSEMBLE D'UN STATUT DU LANCEUR D'ALERTE

La loi « Sapin II » adopte la démarche globale préconisée par le Conseil d'Etat en définissant le « socle commun » d'un statut du lanceur d'alerte (A). Elle instaure une procédure visant à ménager un équilibre entre les divers intérêts en jeu (B) dont le respect conditionne les garanties qu'elle accorde à tout lanceur d'alerte (C).

²¹ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 12.

²² Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 46.

²³ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, proposition 1.

²⁴ Du nom de Michel Sapin, ministre de l'économie et des finances du gouvernement dirigé par Manuel Valls, à l'origine de ce projet.

A. La définition du « socle commun » d'un statut du lanceur d'alerte

La loi définit le lanceur d'alerte comme 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, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves dont elle a eu personnellement connaissance²⁵.

Elle couvre un champ d'application large dont sont seuls exclus les domaines couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret professionnel des avocats. En ces matières, le Conseil d'Etat a appelé à préciser, par des dispositions *sectorielles*, les modalités de la conciliation à opérer entre les dispositions relatives au droit d'alerte et chacun des secrets pénalement protégés, en déterminant les conditions dans lesquelles il est possible d'y déroger pour lancer une alerte²⁶.

La question du respect du secret de la défense nationale s'est notamment posée à plusieurs reprises ces dernières années aux Etats-Unis. Il s'agissait alors de déterminer si la menace terroriste justifiait une surveillance de masse, parfois à la limite de la légalité, et souvent au seuil de l'immoralité. Lorsqu'Edward Snowden, par exemple, dévoile des informations hautement confidentielles sur les systèmes d'écoutes à grande échelle de la NSA de citoyens américains et du monde entier, il révèle manifestement des secrets n'ayant pas vocation à être diffusés. Et malgré le fait que les pratiques qu'il dénonce soient tout à fait illégales d'un point de vue du droit américain, il se voit dans l'obligation de trouver l'asile politique en Russie, mettant au jour le dilemme du lanceur d'alerte, entre loyauté patriotique et dénonciation d'une injustice. La précarité de sa situation – la Russie lui a octroyé en 2013 l'asile temporaire puis, en 2014, un permis de résidence de trois ans prolongé en 2017 pour la même durée – illustre l'insuffisance d'un socle commun international « désétatisé » de protection des lanceurs d'alerte.

En matière médicale, le décret du 27 avril 2016 relatif à la création de l'Agence nationale de santé publique prévoit que le comité d'éthique et de déontologie de ce nouvel organisme peut être saisi dans son champ de compétence notamment par tout agent de l'agence. Il organise ainsi un droit d'alerte dans un domaine qui peut être couvert par le secret médical.

B. L'instauration d'une procédure visant à ménager les intérêts en jeu

De par la procédure qu'elle instaure, la loi met en œuvre la « gradation des canaux »²⁷ préconisée par le Conseil d'Etat²⁸ en prévoyant que le lanceur d'alerte doit d'abord s'adresser, selon son statut, à son supérieur hiérarchique ou à son employeur et que c'est seulement faute de diligences effectuées par les premiers destinataires

²⁵ Article 6 de la loi.

²⁶ Proposition 8 de l'étude.

²⁷ Article 8 de la loi.

²⁸ Proposition 2 de l'étude.

de l'alerte qu'il peut se tourner, selon le cas, vers l'autorité administrative, judiciaire ou l'ordre professionnel compétent, la divulgation de l'information au public n'intervenant qu'en dernier ressort. La loi garantit également la confidentialité du traitement des signalements en ce qui concerne les personnes visées et les informations en cause²⁹, conformément aux préconisations de l'étude³⁰.

Pour assurer la mise en œuvre de ce principe, la loi a posé que « *des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* »³¹.

Le décret d'application relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat a été pris le 19 avril 2017. Il définit les modalités selon lesquelles ces procédures de recueil de signalements doivent être établies. Il dispose³² que ces dernières précisent les dispositions prises pour informer l'auteur du signalement de la réception de ce dernier, du délai nécessaire à son examen et des modalités selon lesquelles il sera informé des suites qui lui seront données, conformément à la préconisation du Conseil d'Etat d' « *instituer (...) l'obligation pour le responsable saisi d'accuser réception de l'alerte, puis de tenir informé le lanceur d'alerte des suites données à sa démarche* »³³. En effet, la perspective que l'alerte sera effectivement prise en compte est une motivation essentielle du lanceur d'alerte. Elle est donc importante pour inciter le lanceur d'alerte à respecter la procédure et, partant, pour assurer l'effectivité de celle-ci.

Le décret du 19 avril 2017 prévoit également l'obligation pour tout organisme de diffuser la procédure de recueil des signalements qu'il a établie, de manière à la rendre accessible non seulement aux membres de son personnel mais également à ses collaborateurs extérieurs ou occasionnels³⁴, mettant ainsi en œuvre une préconisation de l'étude³⁵. Par ailleurs, la loi organique du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits³⁶ – une autorité constitutionnelle – a confié à ce dernier deux missions nouvelles : celle d'aider tous les lanceurs d'alerte à s'orienter et celle de protéger leurs droits et libertés. La première mission

²⁹ Article 9 de la loi.

³⁰ Proposition 5 de l'étude.

³¹ Article 8 III de la loi.

³² Article 5 du décret.

³³ Proposition 10 de l'étude.

³⁴ Article 6 du décret.

³⁵ Proposition 3 de l'étude.

³⁶ Le Défenseur des Droits est une autorité constitutionnelle créée par la révision du 23 juillet 2008 chargée de veiller au respect des droits et libertés par les pouvoirs publics.

procède de la mise en place d'un portail pour les personnes ne sachant à quelle autorité s'adresser³⁷. La seconde mission met en œuvre la préconisation d'étendre les compétences du Défenseur des droits à la protection des lanceurs d'alerte contre toute mesure de représailles³⁸. En juillet 2017, le Défenseur des droits a publié sur son site un guide relatif à ces deux nouvelles missions, « Orientation et protection des lanceurs d'alerte », exposant la procédure devant être suivie pour procéder à un signalement et celle suivie par le Défenseur des droits lorsqu'il est saisi par un lanceur d'alerte s'estimant victime de mesures de rétorsions ou de représailles.

Il est en effet indispensable de protéger le lanceur d'alerte en lui accordant des garanties. Leur bénéfice est subordonné au respect de la procédure de signalement instaurée, comme préconisé par le Conseil d'Etat³⁹.

C. Des garanties accordées au lanceur d'alerte

Une première garantie consiste à protéger les lanceurs d'alerte contre les poursuites pénales dont ils pourraient faire l'objet en raison des informations qu'ils auraient divulguées dans le respect de la loi. La loi Sapin II du 9 décembre 2016⁴⁰ a ajouté un article 122-9 au code pénal à cette fin, aux termes duquel : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 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* ».

Une seconde garantie consiste dans la protection des lanceurs d'alerte contre toute mesure de rétorsion qu'un employeur, qu'il soit public ou privé, pourrait prendre à leur encontre pour les mêmes motifs. La loi ajoute à cette fin une nouvelle disposition dans le code du travail⁴¹, aux termes de laquelle : « *aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 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* ». Des

³⁷ Proposition 9 de l'étude.

³⁸ Proposition 15 de l'étude.

³⁹ Proposition 12 de l'étude.

⁴⁰ Par l'article 7 de la loi.

⁴¹ Il s'agit d'un nouvel alinéa à l'article L. 1132-3-3 du Code du travail.

dispositions similaires concernant les personnels civils et militaires sont ajoutées au Code de la défense⁴² et aux statuts de la fonction publique⁴³

Le droit américain prévoit de nombreux mécanismes afin de récompenser les lanceurs d'alerte. Les dispositifs compensatoires prennent principalement deux formes :

- les lois *qui tam*, qui permettent au lanceur d'alerte d'agir en justice au nom du gouvernement américain et d'obtenir en récompense une partie des fonds qu'il aide à recouvrer (lorsqu'en 2009, Pfizer est condamné à payer 2,3 milliards de dollars de pénalités au gouvernement américain, une centaine de millions de dollars de cette pénalité est octroyée aux lanceurs d'alerte)
- les lois compensatoires classiques qui récompensent toute information utile transmise par un lanceur d'alerte aux autorités publiques (dans le cadre, notamment, du *Dodd-Franck Act* de 2010).

Au contraire, le législateur français n'a pas prévu de mesures de ce type. Il s'est rangé à l'avis du Conseil d'Etat⁴⁴, pour lequel les incitations financières auraient risqué de favoriser les alertes malveillantes, en violation de la raison d'être de l'alerte lancée dans l'intérêt général, et non afin d'obtenir une rémunération. Cette position s'appuie sur la motivation de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Guja c. Moldova* du 12 février 2008, selon lequel « *un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection élevé* ».

S'agissant des agents publics, la loi du 9 décembre 2016 étend, comme le Conseil d'Etat l'avait préconisé⁴⁵, le pouvoir d'injonction du juge administratif en prévoyant que celui-ci peut ordonner la réintégration effective de l'agent évincé à raison de l'alerte qu'il a lancée dans le respect de la loi.

La confidentialité du traitement des signalements en ce qui concerne l'identité des lanceurs d'alerte, prévue par la loi⁴⁶ conformément aux préconisations de l'étude⁴⁷, est également une garantie pour ces derniers.

CONCLUSION : DES RÈGLES COMMUNES À ÉTABLIR

Le lanceur d'alerte est aujourd'hui doté d'un statut en droit français qui a beaucoup gagné en cohérence et en effectivité grâce à la réforme législative de 2016.

⁴² Il s'agit d'un nouvel alinéa de l'article L. 4122-4 du Code de la défense.

⁴³ Il s'agit d'un nouvel alinéa de l'article 6 ter A de loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

⁴⁴ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 76.

⁴⁵ Proposition 13 de l'étude.

⁴⁶ Article 9 de la loi.

⁴⁷ Proposition 5 de l'étude.

Il conviendra, dans quelques années, de dresser un bilan de son application ; car en la matière, c'est surtout au regard de l'utilisation qui en est faite qu'il conviendra de l'apprécier.

La protection du lanceur d'alerte s'inscrit aussi dans un environnement juridique international qui se saisit de plus en plus de la question. La protection internationale du lanceur d'alerte procède pour l'heure surtout du droit souple. Le Conseil de l'Europe s'est saisi de la question dès 2000⁴⁸. Le G20 a émis des principes directeurs en 2010. L'OCDE a rendu en 2016 un rapport *S'engager pour une protection efficace des lanceurs d'alerte*⁴⁹.

Toutefois, un standard européen de protection minimale sur le fondement de la liberté d'expression garantie par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales émerge de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg⁵⁰. Une partie de la doctrine propose d'aller plus loin en consacrant un nouveau droit dans la Convention par voie de protocole additionnel⁵¹.

De plus, dans le cadre de l'Union européenne, le Parlement européen a adopté le 14 février 2017 une résolution *Sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne*, appelant à un programme européen complet de protection des lanceurs d'alerte et invitant la Commission à émettre des propositions. Il a adopté un rapport sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics le 10 octobre 2017. L'adoption d'une législation européenne en la matière ne serait pas dénuée d'intérêt dès lors que « les risques dépassent souvent les frontières nationales et le lanceur d'alerte peut, par son action, se trouver face à des acteurs non seulement dans son État d'origine et lieu du lancement de l'alerte, mais aussi face à des acteurs se situant dans d'autres États »⁵².

THE INDIVIDUAL IN OPPOSITION TO THE STATE : STATUS AND ROLE OF PROTECTOR OF PUBLIC INTEREST (WHISTLE-BLOWER)

The institute of whistle-blower's aim is to publicly warn of the illegal actions of certain individuals in public sector activity. The word « whistle-blower » denotes a person or individual brave enough, out of moral beliefs and despite the risks they are putting themselves under, for personal integrity who decides to openly and publicly speak out about some illegal or unethical behavior by their

⁴⁸ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, précité, p. 6

⁴⁹ Résumé du rapport disponible en ligne sur le site de l'OCDE.

⁵⁰ Voir par exemple l'arrêt précité du 12 janvier 2008 *Guja contre Moldova* n° 14277/04 et l'arrêt *Heinisch c. Allemagne* n° 28274/08.

⁵¹ F. Chaltiel Terral, précité, pp. 129-130.

⁵² F. Chaltiel Terral, précité, p. 124.

superiors. Anglo-Saxon countries historically have a greater tendency to protect and acknowledge whistle-blowers than continental countries. For example, in the United States in 1863 the *False Claim Act* was brought in with the aim of protecting against the corruption of government suppliers. Whistle-blowers' rights in the United State of America are specific. They stress the importance of rewarding which particularly relates to taxation and financial fraud cases. Author describes examples of United Kingdom, Canada, Italy, Germany, Bosnia and Hercegovina. In the Republic of France, the whistleblower has special status, coherence and efficiency, which s/he has acquired thanks to legislative reforms of 2016. For years, international organizations have been promoting the importance of institutional and normative frameworks for regulating whistleblowers. Affirming the institute of whistle-blowers was particularly stressed by the Council of Europe Recommendation of 2014 on the protection of whistle-blowers. This suggests member states establish an all-inclusive framework for the protection of those who report irregularities in the context of work relations. Also stated are principles such as directives to assist in formulation. Within the framework of the European Union, the European Parliament on 14 February 2017 adopted the Resolution on the role of whistle-blowers in the protection of the financial interests of the European Union, referring to the all-inclusive European Program for the protection of whistleblowers.

Key words: *Individual, checking the state, whistleblower as public interest guardian*

POJEDINAC SPRAM DRŽAVE: STATUS I ULOGA ZAŠTITINIK A JAVNOG INTERESA (ZVIŽDAČA)

Institut zviždača javno upozorava na nezakonite radnje pojedinih osoba u javnom sektoru. Riječ «zviždač» označava osobu ili pojedinca dovoljno hrabra, koji se iz moralnih uvjerenja i unatoč rizicima za osobni integriteta javno progovara nezakonitom ili neetičnom ponašanju svojih nadređenih. Anglosaksonske zemlje povijesno imaju veću tendenciju da štite i priznaju zviždače nego kontinentalne zemlje. Američki *Public Interest Disclosure Act* (1863) donese je s ciljem zaštite od korupcije vladinih dobavljača. Prava zviždača u SADi su specifična. Naglašavaju važnost nagrađivanja koje se posebno odnosi na slučajeve oporezivanja i finansijskih prijevара. Autor navodi primjer Ujedinjene Kraljevine, Kanade, Italije, Njemačke, Bosne i Hercegovine. U Republici Francuskoj zviždač ima poseban status, koherentnost i učinkovitost, koje je stekao zahvaljujući zakonodavnim reformama iz 2016. godine. Međunarodne organizacije već godinama promiču važnost institucionalnih i normativnih okvira za reguliranje zviždača. Potvrđivanje instituta zviždača posebno je naglašeno u *Preporuci Vijeća Europe* iz 2014. o zaštiti zviždača. To sugerirapotrebu da države članice uspostave sveobuhvatni okvir za zaštitu onih koji prijavljuju nepravilnosti u kontekstu radnih odnosa. Navedeni su i principi poput smjernica koje pomažu u formuliranju. U okviru Europske unije, Europski parlament je 14. veljače 2017. usvojio *Rezoluciju o ulozi zviždača u zaštiti finansijskih interesa Europske unije*, pozivajući se na sveobuhvatni europski program zaštite zviždača,

Ključne riječi: *pojedinaac, kontrola države, zviždač kao čuvar javnog interesa*