

Commission nationale consultative des droits de l'homme

Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte

NOR : CDHX2025773V

(Assemblée plénière – 24 septembre 2020 –
Adoption : 37 voix « pour », une voix « contre »)

La France devra transposer d'ici la fin de l'année 2021 la directive relative aux personnes qui signalent des violations du droit de l'Union. En raison des améliorations qu'elle renferme, tant pour le statut du lanceur d'alerte, que pour la simplification de la procédure de signalement, la CNCDH recommande au législateur d'assurer une transposition de la directive qui, d'une part, élargisse le champ de l'alerte aux personnes morales, notamment à des organisations syndicales et des associations, et d'autre part, s'applique à l'ensemble des faits visés par la loi Sapin 2, y compris les menaces graves pour l'intérêt général.

Par ailleurs, la directive réserve aux Etats membres une marge d'appréciation pour certains aspects : la CNCDH invite le législateur à retenir des options favorables à la protection effective des lanceurs d'alerte (par exemple, l'octroi d'une assistance financière et psychologique). Bien que la directive ne l'évoque pas, la CNCDH estime que les lanceurs d'alerte de nationalité étrangère devraient également bénéficier du droit d'asile.

1. La directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (ci-après « la directive ») a été définitivement adoptée par le Conseil le 7 octobre 2019 (1). Elle considère les lanceurs d'alerte comme des acteurs permettant le respect de la légalité et l'application du droit de l'Union car les « signalements et les divulgations publiques des lanceurs d'alerte constituent une composante en amont de l'application du droit et des politiques de l'Union » (2). Elle insiste sur leur utilité non seulement pour les citoyens de l'Union, pour les consommateurs mais aussi pour les entreprises (3).

2. De son côté, la CNCDH rappelait en 2016, lors de l'examen du projet de loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite « loi Sapin II ») à l'origine d'un dispositif général de protection des lanceurs d'alerte, que « la liberté d'expression et le droit de rechercher et de recevoir des informations sont indispensables au fonctionnement d'une véritable démocratie » ; qu'en conséquence une protection effective des lanceurs d'alerte ne peut que « contribuer à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique » (4).

3. Alors que l'Etat devra transposer la directive au plus tard le 17 décembre 2021, la CNCDH entend exercer la mission que le législateur lui a attribuée, à savoir « de sa propre initiative, appeler publiquement l'attention du Parlement et du Gouvernement sur les mesures qui lui paraissent de nature à favoriser la protection et la promotion des droits de l'homme » (5).

4. Les nombreuses auditions menées par la CNCDH ont permis de dresser un bilan mitigé de la loi Sapin II. Cette loi a incontestablement représenté un progrès pour la protection des lanceurs d'alerte, en retenant une définition large des faits susceptibles d'être signalés, qui inclut notamment les menaces pour l'intérêt général aux côtés des violations de la loi, en imposant aux grandes entreprises et aux administrations (6) la mise en place d'une procédure de signalement, et en améliorant les mesures de protection auxquelles le lanceur d'alerte peut prétendre. Cependant, l'obligation de signaler au préalable les faits à l'employeur, cumulée à la protection incertaine contre des mesures de représailles à l'issue d'une procédure judiciaire longue et coûteuse, n'ont pas permis de garantir une protection effective des lanceurs d'alerte.

5. La directive introduit une différence notable par rapport à la loi Sapin II s'agissant de la procédure de signalement : alors que l'information de l'employeur constitue un préalable obligatoire à l'heure actuelle en droit français, elle n'est envisagée qu'à titre facultatif dans la directive, le lanceur d'alerte pouvant s'adresser directement à l'autorité en charge du traitement des alertes. Si cette évolution facilitera incontestablement les alertes, pour le reste, la directive ne prévoit pas de différences majeures par rapport au dispositif français, mais elle ouvre toutefois la voie à un certain nombre d'aménagements. Sa transposition doit donc être l'occasion d'une réflexion plus générale sur les améliorations à apporter au dispositif français. Par le présent avis, la CNCDH entend y contribuer en formulant un certain nombre de recommandations destinées à renforcer la protection des lanceurs d'alerte.

I. – Sur le champ d'application de la directive et les modalités de sa transposition

6. La CNCDH note que la directive diffère de la loi Sapin II quant à la définition du lanceur d'alerte et des matières pour lesquelles une protection est prévue.

7. S'agissant du champ des personnes concernées, la loi française 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 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 graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance » (7). La directive a un champ d'application beaucoup plus large. S'agissant des personnes physiques, la directive n'exige pas expressément qu'elles agissent « de manière désintéressée et de bonne foi ». En outre, elle ne se limite pas aux personnes physiques, puisque l'article 4 énumère de façon très large les personnes concernées (8).

8. La CNCDH souligne que la directive permet à nombre de personnes morales de bénéficier de la protection du statut de lanceur d'alerte (9), notamment des organisations syndicales ou des associations. Elles peuvent ainsi jouer le rôle de « porteur de l'alerte » en se substituant à l'auteur du signalement, souvent fragilisé et isolé.

9. La directive a un champ d'application matériel beaucoup plus restreint que la loi Sapin II. Cette dernière a une portée générale, les exclusions étant expressément prévues par l'article 6 alinéa 2 qui dispose que « les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte ». La directive en revanche ne porte que sur certains domaines du droit de l'Union européenne (10) : les marchés publics ; les services, produits et marchés financiers et la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ; la sécurité et la conformité des produits de sécurité des transports ; la protection de l'environnement ; la radioprotection et la sûreté nucléaire ; la sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, la santé et le bien-être des animaux ; la santé publique ; la protection des consommateurs ; la protection de la vie privée et des données à caractère personnel, et la sécurité des réseaux et des systèmes d'information. A cela s'ajoutent les violations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (11) et les violations relatives au marché intérieur (12).

10. La directive prévoit toutefois la possibilité pour les Etats membres d'étendre au-delà de ces seules matières le champ d'application de son dispositif de protection. Par ailleurs, la directive précise qu'elle « n'affecte pas la responsabilité qu'ont les Etats membres d'assurer la sécurité nationale, ni leur pouvoir de protéger leurs intérêts essentiels en matière de sécurité. En particulier, elle ne s'applique pas aux signalements de violations des règles relatives aux marchés publics comportant des aspects touchant à la défense ou à la sécurité, à moins que les actes pertinents de l'Union ne les régissent » (13).

11. La directive comporte une clause de non-régression, encourageant les Etats membres à « adopter ou maintenir des dispositions plus favorables aux droits des auteurs de signalement » et rendant impossible une transposition qui aurait pour effet de diminuer le niveau de protection déjà offert par les Etats membres (14). La directive ne fait pas obstacle à ce que le législateur substitue un autre régime de protection des lanceurs d'alerte à celui actuellement en vigueur, issu de la loi Sapin II, dès lors que sont respectés les objectifs fixés par la directive. Néanmoins, les modifications de la législation en vigueur ne doivent pas aboutir à priver de garantie légale des exigences de caractère constitutionnel (15). Si la protection des lanceurs d'alerte n'a pas été rattachée par le Conseil constitutionnel à la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle l'a été par la Cour européenne des droits de l'homme. La restriction du champ de la protection légale aux matières énumérées par l'article 2 de la directive aurait pour conséquence de rétablir l'état du droit antérieur à la loi Sapin II pour les matières ne relevant pas de la directive. Pour ces matières, il y aurait lieu d'appliquer la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, issue de l'arrêt *Guja contre Moldova* (16). Or, les critères posés par cette jurisprudence laissent place à une appréciation délicate au cas par cas, et ne permettent pas au lanceur d'alerte de s'assurer clairement avant l'alerte qu'il disposera d'une protection efficace. Pour ces raisons, la CNCDH estime que, en limitant la protection des lanceurs d'alerte au seul champ fixé par l'article 2 de la directive, le législateur priverait de garanties légales l'exercice d'un droit fondamental.

12. Compte tenu de ce qui précède, il ne peut être procédé à la transposition de la directive que selon deux modalités. Le législateur pourrait ne transposer la directive que pour la protection des matières énumérées par son article 2 ; les dispositions de la loi Sapin II resteraient alors en vigueur, mais seulement pour les matières non expressément visées par la directive. Cette solution aurait l'inconvénient de rendre le dispositif d'alerte plus complexe et d'éloigner davantage le droit français de l'objectif de simplification du régime de l'alerte que la loi Sapin II visait.

13. La seconde modalité consiste également à modifier la loi Sapin II afin, d'une part d'élargir le champ d'application personnel de l'alerte aux personnes morales et, d'autre part, de substituer à la procédure d'alerte actuellement en vigueur celle prévue par la directive. Le champ d'application matériel du dispositif d'alerte actuel serait maintenu. La CNCDH constate que cette seconde solution (17) est la seule qui n'introduise pas un élément de complexité supplémentaire et qui permette de satisfaire pleinement aux objectifs de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Cela implique la suppression de l'exigence que le signalement soit opéré par le lanceur d'alerte « de manière désintéressée et de bonne foi », prévue actuellement par l'article 6 de la loi Sapin II, et la disparition de l'obligation de signalement interne voire, dans certains cas, de l'obligation de signalement externe (18).

Recommandation n° 1 : La CNCDH recommande de retenir une transposition de la directive qui, d'une part, élargisse le champ de l'alerte aux personnes morales, notamment des organisations syndicales et des associations, et, d'autre part, ne réduise pas le champ matériel du dispositif d'alerte tel qu'il est actuellement prévu par la loi Sapin II.

II. – Sur le statut des organisations facilitatrices

14. La directive prévoit la notion de facilitateur qu'elle définit comme « une personne physique qui aide un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel et dont l'aide devrait

être confidentielle » (19). Au même titre que les lanceurs d'alerte, ces facilitateurs doivent bénéficier des mesures de protection prévues par la directive (20). De son côté, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe suggère de « permettre à des personnes morales de lancer l'alerte sur des pratiques illégales ou de bénéficier d'une protection en tant que "facilitatrices d'alerte" » (21).

15. Dans le même sens, la CNCDH considère qu'il faut élargir le statut de facilitateur à toute personne morale, notamment syndicat, association à but non lucratif, fondation. Un tel élargissement permet concrètement d'apporter à la personne physique auteur de signalement une aide, un soutien financier et une protection. En conséquence, l'élargissement du statut de facilitateur constitue une garantie supplémentaire apportée au lanceur d'alerte.

16. La CNCDH estime qu'il convient de mentionner expressément les organisations syndicales. Cela donnera la possibilité au salarié de bénéficier d'un accompagnement et au facilitateur de bénéficier des mêmes protections que le lanceur d'alerte.

Recommandation n° 2 : La CNCDH recommande d'élargir le statut de facilitateur à toute personne morale, notamment les syndicats.

17. La CNCDH rappelle que les organisations syndicales ne peuvent pas être réduites au seul rôle de facilitatrices d'une alerte. Le Préambule de la Constitution de 1946 prévoit que « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » (alinéa 6) et que « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » (alinéa 8). Ces dispositions de valeur constitutionnelle donnent aux syndicats un rôle indépendamment de toute alerte.

18. La directive « n'affecte pas les règles nationales relatives à l'exercice par les travailleurs de leur droit de consulter leurs représentants ou leurs syndicats, et à la protection contre toute mesure préjudiciable injustifiée suscitée par une telle consultation, ainsi qu'à l'autonomie des partenaires sociaux et à leur droit de conclure des conventions collectives. Cela est sans préjudice du niveau de protection accordé par la présente directive » (22). La CNCDH estime que la directive ne saurait être interprétée comme impliquant une modification des prérogatives des syndicats et des représentants du personnel. Il appartiendra au législateur, lors de la transposition de la directive, de s'assurer que les droits liés à l'alerte ne se substituent pas au régime général régi par le Code du travail. L'exercice du droit des travailleurs de consulter leurs représentants ou leurs syndicats, et la protection contre toute mesure préjudiciable injustifiée découlant d'une telle consultation doivent être garantis d'autant plus qu'ils ont un fondement constitutionnel dans le Préambule de la Constitution de 1946.

19. La CNCDH estime de plus que lors de la mise en place d'un dispositif d'alerte en entreprise relevant de la détermination des conditions de travail, l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946 impose l'obligation de négociation avec les représentants du personnel.

Recommandation n° 3 : La CNCDH recommande d'introduire dans la loi l'obligation de négociation avec les institutions représentatives du personnel concernant la mise en place dans l'entreprise du dispositif d'alerte ainsi que son suivi par le biais de l'information-consultation annuelle.

20. La CNCDH estime que la mise en œuvre du dispositif d'alerte suppose, pour être efficace, que les personnes recevant les alertes aient reçu une formation adaptée, et qu'une réflexion doit être menée sur l'articulation entre le lien de subordination du salarié ou de l'agent et l'exigence de garantir l'indépendance nécessaire à l'exercice de sa mission.

Recommandation n° 4 : La CNCDH recommande que les personnes déléguées à recevoir les alertes et à assurer leur traitement aient reçu une qualification adaptée. Dans l'exercice de cette fonction, leur indépendance doit être garantie ; elles ne doivent rendre compte directement qu'au sommet de la hiérarchie de l'entreprise ou de l'administration concernées.

21. La Commission de l'Union européenne a déclaré le 1^{er} octobre 2019 que « lors du réexamen effectué conformément à l'article 27 de la directive, la Commission envisagera la possibilité d'étendre son champ d'application à certains actes fondés sur les articles 153 et 157 du TFUE [traité sur le fonctionnement de l'Union européenne], après consultation des partenaires sociaux, le cas échéant, conformément à l'article 154 du TFUE ».

22. La CNCDH recommande que, lors de l'éventuelle extension de la procédure d'alerte de la directive aux actes de droit dérivé fondés sur l'article 153 du TFUE, notamment en matière de conditions de travail et de représentation collective, le Gouvernement veille à ce que soient préservés le régime de protection, ainsi que les prérogatives des syndicats et des représentants du personnel dont le fondement est constitutionnel.

Recommandation n° 5 : La CNCDH recommande que, lors de l'éventuelle extension de la procédure d'alerte de la directive aux actes de droit dérivé fondés sur l'article 153 du TFUE notamment en matière de condition de travail et de représentation collective, le Gouvernement veille à ce que soient préservés les prérogatives des syndicats et des représentants du personnel, dont le fondement est constitutionnel. Elle recommande également que les régimes de protection des lanceurs d'alerte, et ceux des syndicats et des représentants du personnel, ne soient pas exclusifs l'un de l'autre.

III. – Sur l'autorité compétente prévue par l'article 11 de la directive et ses prérogatives

23. L'article 11 de la directive dispose que les Etats doivent désigner des « autorités compétentes » investies d'un certain nombre de compétences : établir des canaux de signalement externe indépendants et autonomes pour la réception et le traitement des informations sur des violations ; recevoir et suivre les signalements ; fournir un

retour d'information aux auteurs des signalements et les informer des résultats de l'enquête ; informer, le cas échéant, les institutions de l'Union européenne concernées.

24. L'article 5 définit l'autorité compétente comme étant « *toute autorité nationale désignée pour recevoir des signalements (...) et fournir un retour d'informations à l'auteur de signalement, et/ou désignée pour exercer les fonctions prévues par la présente directive, notamment en ce qui concerne le suivi* ». Le considérant 64 de la directive précise que « *ces autorités compétentes pourraient être des autorités judiciaires, des organismes de réglementation ou de surveillance compétents dans les domaines spécifiques concernés, ou des autorités dotées de compétences plus générales à un niveau central au sein d'un Etat membre, des services répressifs, des organismes de lutte contre la corruption ou des médiateurs* ». L'article 20 de la directive relative aux mesures de soutien prévoit, quant à lui, que les « *mesures de soutien visées dans le présent article peuvent, le cas échéant, être apportées par un centre d'information ou une autorité administrative indépendante unique et clairement identifiée* ». La CNCDH estime que les garanties données aux lanceurs d'alerte ne sont pas effectives en l'absence de mesures de soutien financier et psychologique.

Recommandation n° 6 : La CNCDH recommande qu'une assistance financière et psychologique soit accordée aux lanceurs d'alerte.

25. La directive n'exige pas des Etats que les autorités compétentes envisagées à l'article 11 et le centre d'information ou l'autorité administrative indépendante, envisagés à l'article 20, soient une seule et même institution, mais elle ne l'interdit pas. Pour plus de clarté et de simplicité du dispositif, la CNCDH considère qu'une autorité unique est souhaitable pour exercer l'ensemble de ces missions.

Recommandation n° 7 : La CNCDH recommande que la mission de protection des lanceurs d'alerte relève d'une autorité publique indépendante unique. Pour garantir la protection effective des lanceurs d'alerte, cette autorité publique indépendante doit non seulement être chargée d'informer les lanceurs d'alerte, de recevoir et de traiter les signalements, mais aussi s'assurer l'attribution d'une assistance financière et d'un soutien psychologique.

26. La CNCDH estime que l'application de l'article 27 de la directive, relatif à l'évaluation de sa mise en œuvre et à son réexamen, serait facilitée par l'établissement d'un réseau européen des autorités en charge de la protection des lanceurs d'alerte, afin d'évaluer l'application des lois nationales, de partager les bonnes pratiques et, ainsi, de contribuer plus efficacement à la lutte contre les atteintes à l'intérêt général.

Recommandation n° 8 : La CNCDH recommande au Gouvernement de promouvoir l'établissement d'un réseau européen des autorités en charge de la protection des lanceurs d'alerte.

IV. – Sur la divulgation publique par l'intermédiaire de journalistes

27. La CNCDH estime essentiel le rôle joué par les journalistes dans le processus d'alerte, rappelant que la première garantie des lanceurs d'alerte découle de la liberté garantie par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (23). Elle souligne que l'article 15 par. 1 de la directive envisage la possibilité de divulgation publique sans procéder à un signalement interne au préalable lorsque « *la violation peut représenter un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public, comme lorsqu'il existe une situation d'urgence ou un risque de préjudice irréversible* » ou lorsque « *il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu'il soit véritablement remédié à la violation, en raison des circonstances particulières de l'affaire, comme lorsque des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou lorsqu'une autorité peut être en collusion avec l'auteur de la violation ou impliquée dans la violation* ».

28. La CNCDH estime que la violation des droits et libertés fondamentaux constitue un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public. Elle invite le législateur à reconnaître explicitement des voies de divulgation publique, notamment par l'intermédiaire de la presse et des journalistes qui sont soumis à des règles déontologiques et des mécanismes de responsabilité encadrant celle-ci.

Recommandation n° 9 : La CNCDH recommande que le législateur précise explicitement que la divulgation publique, notamment par l'intermédiaire de la presse et des journalistes, est possible en cas d'atteinte grave et manifestement illégale aux droits et libertés fondamentaux, notamment dans le cadre du droit à la liberté d'expression.

V. – Sur la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte

29. La confidentialité des lanceurs d'alerte est le plus souvent la meilleure protection dont ils peuvent disposer en vue d'éviter de faire l'objet de représailles. Quand la confidentialité du lanceur d'alerte parvient à être assurée, les diverses mesures de protection prévues par les articles 19 à 24 de la directive n'ont pas lieu d'être mises en œuvre.

30. La directive prévoit l'obligation d'assurer la confidentialité des auteurs de signalement (24) dans le cadre des procédures de signalement interne et externe (25). Au surplus, la protection du secret des sources des journalistes, garantie par l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881, peut être considérée comme couverte par l'article 15 §2 de la directive.

31. Il revient à l'Etat de s'assurer que la confidentialité sera assurée, l'article 6§ de la directive prévoyant que « *les Etats membres veillent à ce que l'identité de l'auteur de signalement ne soit pas divulguée sans le consentement exprès de celui-ci à toute personne autre que les membres du personnel autorisés compétents pour recevoir des signalements ou pour en assurer le suivi* ». L'article 23 §1 ajoute que « *les Etats membres prévoient des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables aux personnes physiques ou morales qui (...)*

manquent à l'obligation de préserver la confidentialité de l'identité des auteurs de signalement, telle qu'elle est visée à l'article 16 ».

32. La CNCDH recommande de maintenir les dispositions de l'article 9 de la loi Sapin II, relatives à la confidentialité pour l'auteur de signalement ainsi que pour la personne mise en cause, qui répondent aux exigences fixées par la directive en la matière. Elle recommande toutefois d'adapter les sanctions aux personnes morales.

Recommandation n° 10 : La CNCDH recommande de maintenir les dispositions de l'article 9 de la loi Sapin II, relatives à la confidentialité pour l'auteur de signalement ainsi que la personne mise en cause, sous réserve de les adapter aux personnes morales.

VI. – Sur l'obligation de réparation intégrale

33. La directive prévoit que « *les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que des recours et une réparation intégrale soient accordés pour les dommages subis par les personnes visées à l'article 4 conformément au droit national* » (26). L'obligation de réparation des dommages causés par une faute découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (27).

34. Compte tenu de cette obligation de valeur constitutionnelle, l'incise « *conformément au droit national* » n'ouvre pas au législateur la faculté de s'abstenir d'une réparation intégrale du dommage subi par l'auteur de l'alerte. Le législateur devra s'assurer que tous les aspects des préjudices soient réparés (reconstitution de carrière dans la fonction publique ; reconnaissance d'un préjudice moral, etc.).

Recommandation n° 11 : La CNCDH recommande d'intégrer le principe de la réparation intégrale du dommage subi par le lanceur d'alerte et de s'assurer que tous les aspects des préjudices soient réparés (reconstitution de carrière dans la fonction publique ; préjudice moral, etc).

35. La directive prévoit que « *les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour interdire toute forme de représailles contre les personnes visées à l'article 4, y compris les menaces de représailles et tentatives de représailles, notamment (...) le licenciement* » (28).

36. La CNCDH rappelle que la jurisprudence de la Cour de cassation a considéré que le licenciement d'un lanceur d'alerte était atteint de nullité (29). En conséquence, l'article L. 1235-3 du Code du travail n'est pas applicable au licenciement d'un lanceur d'alerte. La CNCDH recommande de mentionner expressément dans le code du travail que le licenciement d'un lanceur d'alerte étant atteint de nullité, l'article L. 1235-3 du Code du travail n'est pas applicable.

Recommandation n° 12 : La CNCDH recommande d'exclure explicitement l'application de l'article L. 1235-3 du Code du travail en cas de licenciement d'un lanceur d'alerte.

VII. – Sur la prévention des fausses alertes et le renversement de la charge de la preuve

37. La principale victime de la fausse alerte est le lanceur d'alerte lui-même. D'autant plus que c'est *a posteriori* qu'il risque de découvrir qu'il n'y a pas lieu à alerte et donc qu'il ne dispose pas de protection et risque même de faire l'objet de sanctions (30).

38. La directive envisage une possibilité pour l'Etat de prévoir un mécanisme de « *certification* » pour les personnes bénéficiant du régime de protection des lanceurs d'alerte. » (31) Lors de la transposition de la directive, l'Etat n'est pas obligé de prévoir un tel mécanisme. La CNCDH estime pourtant que ce dernier est un instrument qui permet au lanceur d'alerte de s'assurer qu'il bénéficie de la protection prévue par la directive. Elle recommande donc au législateur d'adopter une telle certification, et d'en confier la délivrance à l'autorité administrative indépendante qu'elle estime nécessaire ou, le cas échéant, au Défenseur des droits.

Ce mécanisme de certification ne doit avoir aucun caractère obligatoire. Il s'agit seulement de permettre au lanceur d'alerte de s'assurer préalablement à son alerte qu'il bénéficiera de toutes les protections prévues par la loi

Recommandation n° 13 : La CNCDH recommande d'adopter le mécanisme de certification envisagé par l'article 20§1 de la directive, et d'en confier la délivrance à l'autorité indépendante compétente ou, le cas échéant, au Défenseur des droits.

39. Le considérant 28 de la directive précise qu'il est possible aux Etats membres de prévoir « *l'introduction de mesures de protection dans d'autres types de droit procédural national, en particulier le renversement de la charge de la preuve dans les procédures nationales en matière administrative, civile, ou de travail* ». S'agissant des litiges survenant en matière de droit du travail et de droit de la fonction publique, la CNCDH estime que la protection offerte par l'article L. 1132-3-3 du code du travail et l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983, qui prévoient le renversement de la charge de la preuve, est suffisante. Il conviendrait toutefois d'étendre ce régime probatoire favorable aux lanceurs d'alerte à l'ensemble des procédures juridictionnelles civiles, administratives et commerciales.

L'appréciation des faits permettant de présumer que la personne a lancé une alerte de bonne foi, lui ouvrant le bénéfice de l'aménagement de la charge de la preuve, relève bien évidemment de l'appréciation souveraine des juges. Toutefois, la CNCDH considère que l'existence d'une certification, telle qu'elle est envisagée par l'article 20§1 de la directive, pourrait constituer un élément objectif susceptible de justifier un renversement de la charge de la preuve au profit du lanceur d'alerte.

Recommandation n° 14 : La CNCDH recommande que, dès lors qu'un lanceur d'alerte bénéficie de la certification envisagée par l'article 20§1 de la directive, la charge de la preuve appartienne à la personne à qui la violation est imputée dans les procédures contentieuses civiles, commerciales et administratives.

40. L'article 4, par 1 c) donne aux actionnaires le droit de se prévaloir du statut de lanceur d'alerte. La CNCDH s'inquiète de voir des « actionnaires activistes », du type « fonds vautours », invoquer le bénéfice de ces dispositions afin de couvrir des opérations de manipulation de cours, en particulier dans le cadre de vente à découvert. Ce risque constitue un danger d'atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété.

41. La CNCDH recommande l'adoption sur la base de l'article 23§2 d'une obligation de réparations des dommages suffisamment élevés pour dissuader les actionnaires activistes du type « fonds vautours ». Cette obligation de réparation doit aussi couvrir les dommages subis par les actionnaires, la société elle-même et ses salariés.

Recommandation n° 15 : La CNCDH recommande l'adoption d'une obligation de réparation des dommages permettant de couvrir les dommages subis par les actionnaires, la société elle-même et ses salariés.

VIII. – Sur la nécessité d'une procédure spécifique en cas d'alerte touchant à la défense nationale

42. La directive précise qu'elle « n'affecte pas la responsabilité qu'ont les Etats membres d'assurer la sécurité nationale, ni leur pouvoir de protéger leurs intérêts essentiels en matière de sécurité. En particulier, elle ne s'applique pas aux signalements de violations des règles relatives aux marchés publics comportant des aspects touchant à la défense ou à la sécurité, à moins que les actes pertinents de l'Union ne les régissent » (32). La CNCDH s'inquiète d'une transposition littérale de la notion de sécurité nationale qu'elle estime trop large. Elle propose de s'en tenir à la notion de Défense nationale mentionnée par la loi Sapin II.

Recommandation n° 16 : La CNCDH recommande de ne pas transposer la notion de « sécurité nationale » mentionnée par la directive, et de conserver la notion de « secret de la défense nationale ».

43. L'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe préconise de s'« assurer que les personnes travaillant dans le domaine de la sécurité nationale bénéficient d'une législation spécifique permettant de mieux encadrer les poursuites pénales pour violation du secret d'Etat en articulation avec une exception de défense d'intérêt public ; et que les juges qui doivent trancher la question de savoir si l'intérêt public justifie l'alerte ont eux-mêmes accès à toutes les informations pertinente » (33).

44. Compte tenu de l'exclusion prévue par la loi Sapin II, la CNCDH rappelle que dès lors qu'une alerte touche le secret de la défense nationale les lanceurs d'alerte ne sont susceptibles de bénéficier que de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, issue de l'arrêt *Guja contre Moldova* (34). Elle estime que cette situation n'est protectrice ni des impératifs de la défense nationale, puisqu'elle conduit au risque de divulgation publique de faits et d'éléments qui devraient rester secrets, ni des lanceurs d'alerte eux-mêmes. La CNCDH considère qu'il serait plus protecteur tant des intérêts de la défense nationale que des lanceurs d'alerte eux-mêmes que le législateur adopte une procédure spécifique.

Recommandation n° 17 : La CNCDH recommande l'établissement d'une procédure spécifique pour les signalements d'alerte touchant le secret de la défense nationale.

IX. – Sur la durée de conservation des données personnelles

45. Le règlement général sur la protection des données (RGPD) prévoit que les données personnelles ne peuvent être « conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées (que) pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées » (35). D'après la directive, le RGPD est applicable aux lanceurs d'alerte (36). L'article 7§2 précise que « les données à caractère personnel qui ne sont manifestement pas pertinentes pour le traitement d'un signalement spécifique ne sont pas collectées ou, si elles le sont accidentellement, sont effacées sans retard injustifié ». Le référentiel de la CNIL du 18 juillet 2019 applicable aux traitements de données destinées à la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte professionnel estime que « lorsqu'aucune suite n'est donnée à une alerte rentrant dans le champ du dispositif, les données relatives à cette alerte sont détruites ou anonymisées par l'organisation chargée de la gestion des alertes, dans un délai de deux mois à compter de la clôture des opérations de vérification » et que « lorsqu'une procédure disciplinaire ou contentieuse est engagée à l'encontre d'une personne mise en cause ou de l'auteur d'une alerte abusive, les données relatives à l'alerte peuvent être conservées par l'organisation chargée de la gestion des alertes jusqu'au terme de la procédure ou de la prescription des recours à l'encontre de la décision » (37). Le référentiel ajoute que « les données peuvent être conservées plus longtemps, en archivage intermédiaire, si le responsable du traitement en a l'obligation légale (par exemple, pour répondre à des obligations comptables, sociales ou fiscales) ».

46. La CNCDH estime qu'une durée de conservation extrêmement courte des données n'est pas adaptée à toutes les situations. Jusqu'à ce que les faits allégués faisant l'objet de signalement soient prescrits, il n'est pas exclu qu'une personne accusée de violation du droit de l'Union doive se justifier de la façon dont l'alerte a été traitée. Par ailleurs, compte tenu du risque pour un lanceur d'alerte ou un facilitateur de voir sa responsabilité civile ou pénale engagée sur la base de l'article 23 §2 de la directive, la destruction immédiate des données est susceptible de le mettre dans l'impossibilité de se défendre. La CNCDH estime que dans de telles situations, la conservation des données doit être considérée comme nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées.

X. – Sur la recommandation 2162 (2019) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe

47. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande que « pour éviter un nouveau clivage juridique dans ce domaine relevant directement des trois priorités du Conseil de l'Europe, l'Assemblée réitère son invitation au Comité des ministres de lancer les préparatifs pour négocier un instrument juridique contraignant sous la forme d'une convention du Conseil de l'Europe dans le prolongement de sa Résolution 2060 (2015) et de sa Recommandation 2073 (2015) ». Elle ajoute que « ce texte devrait s'inspirer de la directive européenne susmentionnée, tout en prenant en compte les précisions et les compléments proposés dans la Résolution 2300 (2019) ».

48. La CNCDH salue la volonté de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe de renforcer la protection des lanceurs d'alerte. Elle recommande au Gouvernement de veiller, lors des travaux préparatoires et au moment des négociations, à ce que la convention envisagée soit dans la ligne de la Résolution 2300 (2019) « Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe ».

Recommandation n° 18 : La CNCDH recommande au Gouvernement de veiller à ce que la convention envisagée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe soit dans la ligne de la Résolution 2300 (2019) « Améliorer la protection des lanceurs d'alerte partout en Europe ».

XI. – Sur le droit d'asile des lanceurs d'alerte

49. Au-delà de l'asile qu'un Etat souverain sur son territoire peut accorder discrétionnairement à toute personne et donc aux lanceurs d'alerte de nationalité étrangère ou apatrides, ceux-ci ont en France un droit constitutionnel de demander asile, et peuvent prétendre au statut de réfugié. Les persécutions dont ils peuvent se prévaloir pour leur combat en faveur de la liberté leur ouvrent droit à cette qualité, tant au titre de l'asile constitutionnel consacré par l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 en vertu duquel « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République », qu'au titre de la convention de Genève de 1951 dont l'article 1 A (2) reconnaît comme réfugié toute personne « qui, par suite d'événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner ». Dans la mesure où la reconnaissance de cette qualité est conditionnée par l'exigence posée par le juge français de la présence du demandeur d'asile sur le territoire (38), la CNCDH rappelle que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a, dans sa résolution aux fins de protéger les lanceurs d'alerte, demandé de « faire bénéficier les lanceurs d'alerte du droit d'asile, en permettant, dans des cas exceptionnels, que les lanceurs d'alerte introduisent la demande depuis leur lieu de séjour à l'étranger ; le niveau de maturité de la législation de protection des lanceurs d'alerte dans le pays d'origine doit être pris en compte ; ces procédures spécifiques aux lanceurs d'alerte pourraient être créées sous l'égide du Conseil de l'Europe ; en tout état de cause, il est essentiel de mener une réflexion sur le droit d'asile pour l'adapter aux nouveaux enjeux des lanceurs d'alerte » (39).

Recommandation n° 19 : La CNCDH estime que les lanceurs d'alerte doivent pouvoir bénéficier du droit d'asile sur la base de l'alinéa 4 du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Convention de Genève de 1951. Elle recommande que les lanceurs d'alerte puissent présenter la demande depuis leur lieu de séjour à l'étranger.

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

Patrice ADAM, professeur de droit du travail.
Sophie BINET, co-secrétaire générale de la CGT des cadres et techniciens (UGICT-CGT).
Nayla YAZBECK GLAISE, CGT.
Antoine DELTOUR, lanceur d'alerte (« Lux Leaks »).
Jean-Philippe FOEGLE, coordinateur de la Maison des lanceurs d'alerte (MLA).
Claire HÉDON, défenseure des droits, accompagnée de **Constance RIVIÈRE**, secrétaire générale.
Marin JEFFLÉN, président d'Eurocadres.
Christophe LEFEVRE, CFE-CGC.
Nicole-Marie MEYER, chargée de mission à la Maison des lanceurs d'alerte.
Géraldine MUHLMANN, professeur de sciences politiques, Journaliste.
Laura ROUSSEAU, responsable du pôle flux financiers illicites à SHERPA.
Franca SALIS-MADINIER, secrétaire nationale de la CFDT Cadres, membre du Conseil économique et social européen (CESE).
Joëlle SIMON, directrice générale adjointe Juridique, Ethique et Gouvernance des entreprises au MEDEF.
Pia VOISINE, directrice de mission Pôle Social au MEDEF.
Grégoire GUINAND, chargée de mission senior Pôle Economie/International au MEDEF.
Siham SAIDI, chargée de mission senior Pôle Social/Affaires Européennes et Internationales au MEDEF.
Christian VIGOUROUX, président de section honoraire au Conseil d'Etat.

Emmanuel VIRE, secrétaire général du SNJ-CGT.

Sylvain WASERMAN, député, membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, rapporteur de la résolution 2300 sur la protection des lanceurs d'alerte (2019).

- (1) JOUE L 305, 26.11.2019, p. 17-56.
- (2) Cons. n° 2.
- (3) Cons n° 6.
- (4) CNCDH, Avis sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, adopté par l'assemblée plénière du 26 mai 2016, JORF n° 0287 du 10 décembre 2016 texte n° 111.
- (5) Loi n° 2007-292 du 5 mars 2007 relative à la Commission nationale consultative des droits de l'homme, JORF n° 55 du 6 mars 2007 ; page 4215, art. 1, al. 1.
- (6) « *Des procédures appropriées de recueil des signalements (...) 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 (...)* » : 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, art. 8, III.
- (7) Art. 6.
- (8) « 1. La présente directive s'applique aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel, y compris au moins : a) les personnes ayant le statut de travailleur, au sens de l'article 45, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris les fonctionnaires ; b) les personnes ayant le statut de travailleur indépendant, au sens de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; c) les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, y compris les membres non exécutifs, ainsi que les bénévoles et les stagiaires rémunérés ou non rémunérés ; d) toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs.
« 2. La présente directive s'applique également aux auteurs de signalement lorsqu'ils signalent ou divulguent publiquement des informations sur des violations obtenues dans le cadre d'une relation de travail qui a pris fin depuis.
« 3. La présente directive s'applique également aux auteurs de signalement dont la relation de travail n'a pas encore commencé dans les cas où des informations sur des violations ont été obtenues lors du processus de recrutement ou d'autres négociations précontractuelles.
« 4. Les mesures de protection des auteurs de signalement énoncées au chapitre VI s'appliquent également, le cas échéant, aux : a) facilitateurs ; b) tiers qui sont en lien avec les auteurs de signalement et qui risquent de faire l'objet de représailles dans un contexte professionnel, tels que des collègues ou des proches des auteurs de signalement ; et c) entités juridiques appartenant aux auteurs de signalement ou pour lesquelles ils travaillent, ou encore avec lesquelles ils sont en lien dans un contexte professionnel. »
- (9) Art. 4 § 4 c).
- (10) Art. 2 §1 a).
- (11) Visés à l'article 325 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et précisés dans les mesures pertinentes de l'Union (Directive sur la protection des lanceurs d'alerte, art. 2 §1 b).
- (12) Visé à l'article 26, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et rappelé dans la directive (art. 2 §1 c).
- (13) (art. 3§ 2).
- (14) Art. 25 de la directive.
- (15) Décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, § 27 ; décision n° 2010-4/17 QPC du 22 juillet 2010, Alain C, §15.
- (16) CEDH 12 février 2008, *Guja c. République de Moldova*.
- (17) Solution envisagée par l'article 3 §2 de la directive.
- (18) Art. 15 de la directive.
- (19) Articles 5 et 8.
- (20) Article 4 §4 a).
- (21) Résolution 2300 (2019), § 12.1.
- (22) Art. 3 §4.
- (23) CEDH 12 février 2008, *Guja c. République de Moldova*.
- (24) Art. 16.
- (25) Respectivement art. 8 §6 et art. 9 §1 a).
- (26) Art. 21 § 8.
- (27) Décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016, cons. 5.
- (28) Art. 19 a).
- (29) « *En raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est atteint de nullité* », Cour de Cassation, Chambre Sociale 30 juin 2016, n° 15-10557.
- (30) *Les Etats membres prévoient des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables aux auteurs de signalement lorsqu'il est établi qu'ils ont sciemment signalé ou divulgué publiquement de fausses informations. Les Etats membres prévoient également des mesures d'indemnisation pour les dommages résultant de ces signalements ou divulgations publiques conformément au droit national* » (article 23 § 2 de la directive).
- (31) Art. 20 § 1 b : « *Les Etats membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 4 bénéficient, s'il y a lieu, de mesures de soutien et notamment des mesures suivantes : (...) une assistance effective de la part des autorités compétentes devant toute autorité pertinente associée à leur protection contre les représailles, y compris, lorsque le droit national le prévoit, la certification du fait qu'elles bénéficient de la protection prévue par la présente directive* ».
- (32) Art. 3 §2.
- (33) Résolution 2300 (2019), n° 12.2.

(34) CEDH 12 février 2008, 34 Guja c. République de Moldova.

(35) Article 5 §1 e) du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(36) Art. 17 §1.

(37) CNIL, Délibération n° 2019-139 du 18 juillet 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles, §7.1.

(38) CE, Ord., 9 juillet 2015, n° 391392.

(39) Rés. 2300 (2019), par. 12.8.