



20 mai 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-13

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Auditionné le 16 mai 2016 par le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale sur le projet de loi n°3623 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique,

émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Dans le cadre de l'examen par l'Assemblée nationale du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, le Défenseur des droits a été invité par le rapporteur de la commission des lois à présenter ses observations sur ce texte, en particulier sur les articles 6 et 7 relatifs aux lanceurs d'alerte.

1. Etat de la question

Au lieu d'élaborer un statut du lanceur d'alerte, le législateur français a préféré mettre en place, au gré d'évolutions législatives souvent imposées par la conjoncture, un certain nombre de dispositifs destinés à protéger, dans différents domaines, certains lanceurs d'alerte. En l'absence de définition de la notion, cette multiplication des catégories de lanceurs d'alerte protégés, pas toujours cohérente, soulève un certain nombre de difficultés au regard du champ de compétence du Défenseur des droits.

a) Le cadre juridique international : vers un statut du lanceur d'alerte ?

Si, au sein de l'UE, la question reste encore embryonnaire, le Conseil de l'Europe invite les Etats à adopter des législations exhaustives en la matière (résolutions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 avril 2010, et recommandation du Comité des ministres du 30 avril 2014) ; la CEDH, saisie à trois reprises de sanctions prononcées à l'encontre de magistrats ou de salariés d'organismes publics ou privés ayant divulgué des informations, s'attache quant à elle à définir une sorte de standard de protection du lanceur d'alerte fondé sur « *l'intérêt public à être informé* » des faits divulgués (CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie* ; 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne* ; 8 avril 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*).

b) Le cadre juridique national : la multiplication des catégories de lanceurs d'alerte protégés

Le législateur français a souhaité protéger certaines catégories de lanceurs d'alerte intervenant dans différents domaines. Sont ainsi protégés les salariés dénonçant des faits de corruption (L. 1161-1 du code du travail) et, depuis la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, les salariés (L. 1132-3-3) ou agents publics (article 6 ter A de la loi du 13 juillet 1983) dénonçant l'existence d'un crime ou d'un délit.

Très récemment, la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, a étendu la protection des lanceurs d'alerte aux fonctionnaires, contractuels et militaires ayant relaté, de bonne foi, des faits qualifiables de conflits d'intérêts (article 4).

Au-delà, sont également protégés les salariés ou agents alertant sur la sécurité sanitaire des produits de santé (L. 5312-4-2 du code de la santé publique) ou sur un risque grave pour la santé publique ou l'environnement (article L. 1351-1 du même code), de même que ceux témoignant de mauvais traitements ou privations infligés à une personne accueillie dans un

établissement ou un service social ou médico-social (article L. 313-24 du code de l'action sociale et des familles).

Ces dispositifs soulèvent d'autant plus de difficultés qu'ils doivent s'articuler avec un certain nombre de principes ou de dispositions de nature à limiter leur portée, en particulier dans le domaine de la fonction publique (le principe hiérarchique, l'obligation de secret professionnel -article 26 de la loi du 13 juillet 1983) ou appelés à régir des situations connexes, telles que l'obligation pour l'agent public de donner « *avis sans délai au procureur de la République* » de faits délictueux (article 40 du code de procédure pénale) dont la proposition de loi n° 1252 déposée le 16 juillet 2013 vise à sanctionner pénalement le non-respect.

En juillet 2015, le Conseil d'Etat s'est vu confier par le Premier ministre le soin de dresser un bilan et de faire des propositions sur la problématique d'ensemble des lanceurs d'alerte.

Cette étude a été adoptée en février 2016¹. « *Le Conseil d'État fait quinze propositions pour améliorer et faciliter l'accès à ces dispositifs, tant dans les administrations que dans les entreprises. Il préconise l'adoption d'un socle de dispositions communes applicables à toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquement grave à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer une alerte dans l'intérêt général*² ».

2. Le projet de loi en discussion

a) Un objet initialement délimité

Il convient de relever d'emblée que la question des lanceurs d'alerte est périphérique dans ce projet de loi. De plus, elle n'est abordée dans ce texte que sous l'angle organique (création d'une agence dédiée) de la seule lutte contre la corruption, n'étant visé que les lanceurs d'alerte qui peuvent agir dans le domaine des atteintes à la probité (*extrait du compte rendu du Conseil des ministres du 30/03/16*). Concrètement, le chapitre II comprend des mesures relatives au statut des lanceurs d'alerte. L'**article 6** dispose que la protection juridique susceptible d'être prise en charge financièrement par le service chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption puisse être financée par des contributions émanant de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC).

¹http://www.conseil-etat.fr/content/download/59086/527939/version/1/file/2016%20ce_etude_droit%20d%20alerte.pdf

²http://www.conseil-etat.fr/content/download/59089/527967/version/1/file/Dossier%20de%20presse_droitdalerte_13042_016_VF.pdf

L'**article 7** quant à lui met en place un régime spécifique de protection des lanceurs d'alerte qui s'applique aux personnes signalant ou faisant l'objet d'un signalement à l'AMF ou à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution à raison de manquements aux obligations issues de certains textes européens relatifs au secteur financier (règlement sur les abus de marché, directive sur les marchés d'instruments financiers, etc.).

b) Un véritable statut législatif ?

De deux sources est encouragée l'idée que la discussion autour de ce projet de loi soit une occasion d'aller plus loin dans la reconnaissance d'un statut légal du lanceur d'alerte et la mise en œuvre d'un dispositif de traitement des alertes et de protection de leurs auteurs.

D'une part, le secteur associatif, notamment dans la mouvance de la branche française de l'ONG Transparency international et de sa branche française. Cf. communiqué de presse du 21 avril 2016 + pétition en ligne ayant rassemblé près de 50 000 signataires.

D'autre part, le Conseil d'Etat, légitimement désireux de voir prospérer les conclusions de son rapport.

Le Défenseur des droits est spectateur pour le moment.

- Le secteur associatif paraît privilégier la création d'une AAI qui piloterait un dispositif d'ensemble consacré au traitement des alertes et à la protection de leurs auteurs.
- Le Conseil d'Etat propose un dispositif fractionnant les compétences de plusieurs intervenants à différents stades de la procédure. Dans ce cadre, la proposition 15 prévoit d' « étendre les compétences du Défenseur des droits à la protection, dès le lancement de l'alerte, des lanceurs d'alerte s'estimant victimes de représailles ».

3. Points à aborder quant au rôle éventuel du Défenseur des droits

Auditionné par le Conseil d'Etat au cours de l'été 2015, le Secrétaire général de l'institution a fait part de notre expérience dans ce domaine et exposé que le Défenseur des droits ne pouvait intervenir que dans le cas de lanceurs d'alerte (à tout le moins de personnes soutenant l'être) faisant l'objet de discriminations au sens légal du terme et, dans ce cadre, en s'appuyant sur les textes de droit commun qui permettent d'intervenir en cas de représailles fondées sur la dénonciation de telles discriminations.

De manière plus générale, le Secrétaire général a indiqué que faute, à ce stade, de disposer d'une définition générique du lanceur d'alerte, de connaître la procédure qui aboutirait à lui conférer un véritable statut, de savoir ce que recouvrirait la notion de « protection » de ce lanceur d'alerte statutaire, il était très difficile de prendre une position de principe quant au rôle que pourrait alors jouer le Défenseur des droits, étant souligné qu'en tout état de cause, il y aurait lieu de modifier la loi organique du 29 mars 2011 pour aller au-delà de l'action indirecte aujourd'hui.

Le Défenseur des droits, par vocation, ne peut qu'être attentif aux réflexions des uns et des autres et s'en remet au Parlement quant aux choix qui lui paraîtront le plus appropriés. S'il se trouvait impliqué, il ne se déroberait pas à ces nouvelles responsabilités.

C'est dans cet esprit qu'il souhaite apporter les précisions suivantes.

a) Position du problème

- **En premier lieu, notre réflexion se place dans l'hypothèse de travail retenue par le Conseil d'Etat, à savoir qu'une définition légale du lanceur d'alerte soit établie et que des dispositifs de filtrage appropriés soient mis en place afin d'écartier les situations qui n'entrent pas ce champ.**
- **En deuxième lieu, notre réflexion ne saurait pleinement aboutir sans que nous sachions exactement ce que l'on entend par la notion de « protection » des lanceurs d'alerte.**

En effet, la protection des lanceurs d'alerte contre les mesures de rétorsion ou de représailles dont il pourrait faire l'objet relève a priori du juge, judiciaire ou administratif selon les cas. Le Conseil d'Etat dans son étude écrit : *« Au stade précontentieux, il pourrait également être envisagé de permettre au Défenseur des droits de faire valoir les droits des personnes s'estimant victimes de mesures de rétorsion à raison des signalements qu'elles émettent dans les champs prévus par la loi. Il pourrait ainsi organiser un débat contradictoire avant celui qui aurait lieu, le cas échéant, devant le juge. Elle serait, là encore, de nature à prévenir la multiplication de contentieux, en mobilisant les compétences et l'expérience acquise par le Défenseur des droits en matière de lutte contre les discriminations ainsi que le réseau de correspondants dont il dispose sur l'ensemble du territoire ».*

Rappelant les pouvoirs d'investigation qui sont les nôtres, le Conseil d'Etat insiste sur notre compétence en matière de lutte contre les discriminations pour souligner que nous exerçons déjà *« un rôle de protection des lanceurs d'alerte envers les personnes ayant signalé des faits de discrimination ».*

Les dispositions relatives au Défenseur des droits ne prévoient de protection qu'à l'égard des personnes révélant à l'institution des informations couvertes par le secret professionnel.

L'article 20 de la loi organique du 29 mars 2011 dispose en effet, en son 4^{ème} alinéa, que *« Les personnes astreintes au secret professionnel ne peuvent être poursuivies en application de l'article 226-13 du code pénal pour les informations à caractère secret qu'elles ont pu révéler au Défenseur des droits, dès lors que ces informations entrent dans le champ de compétence de ce dernier tel que prévu à l'article 4 de la présente loi organique ».*

Outre le fait que cette protection ne joue qu'en matière pénale et ne vise pas le champ disciplinaire, alors même qu'il pourrait être le premier moyen mis en œuvre pour adopter des mesures de représailles, il convient de souligner que cette protection se limite aux

professionnels susceptibles de communiquer au Défenseur des droits des informations dans le cadre de ses pouvoirs d'investigation.

Cette protection est justifiée par l'existence d'un délit d'entrave prévu l'article 12 de la loi ordinaire relative au Défenseur des droits, qui précise qu'« *est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait de ne pas déférer aux convocations du Défenseur des droits, de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ou de l'empêcher d'accéder à des locaux administratifs ou privés, dans des conditions contraires à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits* ». Or, ces dispositions ne semblent s'appliquer qu'aux personnes mises en cause ou concernées par l'instruction menée par le Défenseur des droits.

Ainsi, s'agissant des réclamants s'adressant au Défenseur des droits, aucune protection particulière n'a été prévue par le législateur.

En réalité, la protection dans les cas de discrimination évoquée par le Conseil d'Etat est une exception prévue par le droit commun. En effet, d'une part, le Code du travail prévoit la protection des victimes et des témoins de discrimination contre les sanctions et le licenciement (article L.1132-3 du Code du travail) et d'autre part, la loi de 2008 protège les personnes ayant témoigné sur des cas de discrimination.

Article L. 1132-3 du code du travail

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux [articles L. 1132-1 et L. 1132-2](#) ou pour les avoir relatés.

Article 3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

Aucune personne ayant témoigné de bonne foi d'un agissement discriminatoire ou l'ayant relaté ne peut être traitée défavorablement de ce fait.

Aucune décision défavorable à une personne ne peut être fondée sur sa soumission ou son refus de se soumettre à une discrimination prohibée par l'article 2.

Indépendamment du débat sur le présent projet de loi, il conviendrait donc de prévoir, pour l'ensemble des domaines de compétence du Défenseur des droits, un dispositif légal de protection des réclamants contre d'éventuelles mesures de représailles, notamment au plan disciplinaire. A fortiori s'il s'agissait de protéger des lanceurs d'alerte. Sans doute faudrait-il en passer par une nouvelle rédaction de l'article 20 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

b) Conséquences

- **Cette orientation implique une modification de la loi organique qui régit le Défenseur des droits.**

On reprendra ici également la suggestion du CE : « *L'un des moyens d'étendre, à cet égard, les compétences du Défenseur des droits aux lanceurs d'alerte pourrait ainsi consister à qualifier de discrimination, par la loi, les mesures de représailles prises contre des personnes à raison des signalements qu'elles ont émis. Un tel ajout reviendrait à adjoindre un nouveau critère de discrimination aux critères énumérés par l'article 1er de la loi du 27 mai 2008* ». Mais d'ajouter : « *Il ne va toutefois pas de soi de regarder une mesure de représailles prise à raison d'un signalement émis par une personne comme une discrimination au sens strict, dans la mesure où la discrimination s'exerce normalement en raison de l'être de la personne en cause (son âge, son sexe, son ethnie, etc.) et non en raison de ses actes. La présente étude ne propose donc pas de modifier l'article 1er de la loi du 27 mai 2008, mais d'ajouter, dans l'article 4 de la loi organique relative au Défenseur des droits, une nouvelle compétence portant sur la défense des droits des personnes faisant l'objet de mesures de représailles à raison de signalements émis dans les champs prévus par la loi* ».

On relèvera simplement la question de principe que soulève l'extension du champ de compétences du Défenseur des droits non pas vers un nouveau domaine (comme les relations avec les services publics ou la déontologie de la sécurité) ou un nouveau public précis (les « enfants » i.e. les mineurs ou les victimes de discrimination au sens de la loi) mais vers un public plus flou et qui renvoie à la question préalable du statut de lanceur d'alerte.

- **Le rôle attendu du Défenseur des droits, « faire valoir les droits des personnes concernées » à « un stade précontentieux » selon la formule retenue par le Conseil d'Etat, à supposer qu'elle soit reprise par le législateur, soulève une série de questions.**

Outre la problématique d'ensemble de la protection des personnes qui saisissent le Défenseur des droits, se pose la question de l'exercice de ses pouvoirs :

- Le Défenseur des droits conservera-t-il son pouvoir de saisine d'office, pour les cas où le lanceur d'alerte reconnu se verrait empêché de saisir le Défenseur des droits ? Le Défenseur des droits interviendra-t-il en concurrence ou en complémentarité du juge ? Comment s'articuleront ses prérogatives et celles du juge, notamment pénal lorsque la situation aura donné lieu à une enquête préliminaire ou de flagrance ou encore, qu'une information judiciaire aura été ouverte ou que des poursuites judiciaires auront été engagées ?
- Le Défenseur des droits sera-t-il compétent pour la protection des lanceurs d'alerte « catégoriels » tels que prévus aujourd'hui par différentes législations et notamment la catégorie prévue par l'article L. 861-3 du code de la sécurité intérieure, et si tel est le cas, comment s'articuleront ses prérogatives avec celles de la Commission nationale de contrôle des techniques de renseignement ?

- Le Défenseur des droits conservera-t-il la faculté d'apprécier les faits et, le cas échéant, de façon motivée, de ne pas donner suite à une saisine ;
- Le Défenseur des droits se bornera-t-il à « recommander », notamment recommander de prendre des sanctions contre un agent public à l'origine de représailles contre un lanceur d'alerte ou disposera-t-il de la possibilité de prononcer lui-même de telles sanctions ?
- Le Défenseur des droits pourra-t-il faire usage de son pouvoir de transaction pénale ?

Le Défenseur des droits, depuis 2011 a souhaité placer son action sous le signe de la rigueur dans l'application des textes qui le régissent, qu'il s'agisse de loi organique, de la loi ordinaire ou du décret qui le concernent, mais également de son règlement de procédure qui vise à garantir le caractère contradictoire de celle-ci, source de l'impartialité de l'institution.

Dès lors, c'est dans le même esprit qu'il souhaite aborder ce nouveau domaine de compétence, si celui-ci lui était confié. Quel que soit le champ de son intervention au service des lanceurs d'alerte, il entend pouvoir exercer pleinement la mission qui lui serait confiée à partir du moment où les personnes concernées ont obtenu le statut légal de lanceur d'alerte.

Concrètement, cela signifie qu'une fois le rôle du Défenseur des droits défini, il conviendrait de se livrer à un examen attentif de la loi organique du 29 mars 2011 pour en tirer toutes les conséquences.

En outre, on ne saurait omettre d'évoquer les conséquences financières pour le Défenseur des droits. Dans le présent projet de loi, le ministre des finances a prévu un dispositif ingénieux (contributions de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués) mais pour financer un objet plus limité. Il conviendrait de faire preuve de la même imagination pour assurer au Défenseur des droits les moyens dont il aurait besoin pour mener à bien cette nouvelle mission.