

Paris, le 17 juin 2016

Avis du Défenseur des droits n°16-17

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 ;

Vu l'avis du Défenseur des droits n°16-13 ;

Auditionné le 16 juin 2016 par le rapporteur de la commission des lois du Sénat sur projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (articles 6A à 6G) et sur la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte

Émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

En l'état, ces textes sont imprécis et ne permettent pas de comprendre la procédure de signalement et de protection que prévoit de mettre en œuvre la loi, ni le rôle exact du Défenseur des droits.

L'articulation entre la proposition de loi organique et le projet de loi ordinaire n'est pas assurée. La loi ordinaire supprime au surplus le dispositif de protection contre les représailles prévu par la loi du 27 mai 2008 en matière de lutte contre les discriminations ...

La constitutionnalité du dispositif envisagé est même incertaine, notamment au regard du statut du Défenseur des droits et de la garantie des droits de la défense.

1. Le dispositif relatif aux lanceurs d'alerte introduit par le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (art. 6A à 6G)

Le Défenseur des droits n'est pas à l'origine de la demande de création d'une législation consacrée aux lanceurs d'alerte ni de la volonté de lui en confier une bonne part de la mise en œuvre. Dès lors qu'il est impliqué, il ne peut que se livrer à un examen attentif du dispositif dans son ensemble.

- ***Les articles 6A et 6B établissent une définition de l'alerte***

La définition de l'alerte est imprécise (6A), même si des restrictions sont apportées au titre de la protection de certains secrets (6B).

La portée de la définition de l'alerte est incertaine par suite de la rédaction de l'article 6A et suscite de nombreuses questions.

1. A ce stade, alors qu'un crime ou un délit sont des notions connues et définies, la portée de l'alerte devient plus délicate à appréhender s'agissant de l'appréciation de « faits présentant des risques ou des préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé ou la sécurité publique ». Qu'entend-on par « faits » ou « risques ou préjudices graves » ? Qu'entend-on par « sécurité publique » ?
2. La rédaction est ambiguë. Faut-il distinguer, d'une part, les crimes ou délits ou manquement grave à la loi ou au règlement et d'autre part, des faits présentant des risques ou des préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé ou la sécurité publiques, ou bien au contraire, le texte ne vise-t-il que les crimes, délits etc...en tant qu'ils ne concernent que l'environnement, la santé ou la sécurité publiques ?

3. Si l'on admet que les deux champs sont dissociés, ce qui semble ressortir des échanges en séance publique devant l'Assemblée nationale (mais ne satisfait pas les ONG actives dans ce domaine), quelle est la signification par rapport au droit commun de ce dispositif s'agissant de la divulgation, dans l'intérêt général et de bonne foi, d'un crime ou d'un délit, d'un manquement grave à la loi ou au règlement ?

Entend-t-il protéger toute personne qui dénonce une violation de la loi ? Se substitue-t-il au dispositif de la plainte pénale ? En est-il concurrent ? A quel recours donne-t-il lieu ? Quel est le contradictoire mis en œuvre ? Quand et dans quelles circonstances intervient un tribunal ?

Au total, envisagerait-on un dispositif « hors-sol », hors procédure, ouvert à des personnes acquérant le statut de lanceurs d'alerte par voie d'auto-déclaration, le Défenseur des droits ayant vocation à valider et accompagner leur intervention ?

4. Quelle est la portée de la réserve relative au fait que l'alerte ne doit apporter aucun « *avantage propre* » ? Est-ce que cela veut dire que le lanceur d'alerte ne doit pas témoigner de faits relatifs à son contexte professionnel ou à l'exécution de ses fonctions ? Est-ce que cela veut dire qu'une personne potentiellement victime du crime ou des faits au sujet desquels elle veut alerter sera exclue du dispositif au profit d'un *lanceur d'alerte par procuration* ? Au cas particulier des fonctionnaires, comment s'articule ce système avec son obligation de signalement prévue par l'article 40 du CPP ?
5. Les articles 6 A et 6 B fixent des restrictions en matière de secret-défense, de secret médical, de secret de la relation entre l'avocat et son client. Dans l'hypothèse d'une intervention du Défenseur des droits, comment s'articuleraient ces restrictions avec le fait qu'aucun secret ne peut être opposé au Défenseur des droits, « *sauf en matière de secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou la politique extérieure* » (art. 20 de la loi organique du 29 mars 2011). Sur ce point, le sort réservé aux lanceurs d'alerte serait moins favorable que celui qui est fait à l'ensemble des autres réclamants qui s'adressent au Défenseur des droits. Est-ce le but recherché ?

- **L'art. 6 C (I) expose le mécanisme de « lancement » de l'alerte**

L'alerte intervient d'abord dans un cadre interne (qui devra être construit, cf. II). En cas d'échec, d'autres acteurs, dont le Défenseur des droits, peuvent être saisis.

- L'alinéa 2 de l'article 6 C énonce la possibilité pour le lanceur d'alerte de saisir neuf acteurs **(de la personne de confiance aux associations, en passant par l'autorité**

administrative et judiciaire et le Défenseur des droits...)¹ « si aucune suite n'est donnée à l'alerte », acteurs dont ni les compétences, ni les rapports ne sont clairement définis.

Considérant que le Défenseur des droits est placé au même niveau que les instances de représentation du personnel ou les associations, quelles suites devraient donner ces différentes instances à ces alertes alors qu'elles n'ont ni le même statut, ni les mêmes fonctions, ni les mêmes prérogatives ?

Quel est le mécanisme de validation du processus d'alerte menant au statut de lanceur d'alerte et à la compétence du Défenseur des droits prévue par l'article 4 de la loi organique du 29 mars 2011 ?

Enfin comment s'articule ce processus avec la compétence des autorités administratives et des juridictions sur les situations dénoncées ?

- L'alinéa 3 de l'article 6 C précise qu'« à défaut de prise en compte (...) ou en cas d'urgence » l'alerte pourra être rendue publique...

D'une part, qu'entend-on par « à défaut de prise en compte » ? Cette formule ouvre subrepticement une nouvelle voie de recours au Défenseur des droits qui échappe à la loi organique. Si celle-ci devait perdurer, elle requerrait d'être introduite dans la loi organique puisqu'aux termes de l'article 71-1 de la Constitution, le Défenseur des droits ne peut être saisi que « dans les conditions prévues par la loi organique ».

Sur le fond, cela signifie-t-il que la personne doit recevoir une décision rejetant sa demande et dans quel délai ? Comment ce mécanisme s'articule-t-il avec la règle du « silence vaut acceptation » ?

D'autre part, qu'entend-on par la formule « en cas d'urgence » ? Qui appréciera les cas d'urgence et selon quels critères ? Le lanceur d'alerte lui-même ? L'autorité ou l'organisme saisi ?

De la même façon, la loi parle de « délai raisonnable » après lequel « l'alerte peut être rendue publique », mais qu'entend-on par là ? A partir de quel moment, le lanceur d'alerte ou un tiers pourra estimer qu'il n'y aura pas de suite donnée à l'alerte ? Et qui peut la rendre

¹ Selon les échanges intervenus devant l'Assemblée nationale en séance publique, il faut comprendre que les termes « autorités administratives » recouvrent également la catégorie des AAI et API, hormis le **Défenseur des droits**... Il y aurait lieu, selon le Défenseur des droits, de préciser les choses.

publique ? Ne peut-on y voir dans certaines circonstances un risque de chantage alors même que personne n'aura été en mesure d'apprécier le bien-fondé de sa démarche ?

- **L'article 6 D prévoit les conditions dans lesquelles est garanti l'anonymat du lanceur d'alerte**

La précision selon laquelle « les éléments de nature à identifier la personne physique mise en cause par une alerte ne peuvent être divulgués qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte » induit nécessairement qu'entre la phase de « prise en compte » de l'alerte évoquée à l'article précédent et cette étape, « quelqu'un » a établi ce « caractère fondé de l'alerte ». Quid ? **Il y a donc un chaînon manquant, d'autant que l'article suivant passe directement à la phase de protection du lanceur d'alerte.**

Par ailleurs, l'obligation de mettre en place un dispositif de protection de la confidentialité exigera-t-il que le système informatique du Défenseur des droits isole ces dossiers et prévoit une chaîne de traitement spécifique ? Les précautions juridiques à prendre nécessiteront *a minima* le point de vue de la CNIL et les conséquences budgétaires d'un tel dispositif devront être prises en compte.

- **L'article 6 E élabore un régime de protection contre les représailles**

Cet article détaille les mesures de représailles dont il faut protéger le lanceur d'alerte et, à l'instar de ce qui est prévu en matière de lutte contre les discriminations, aménage la charge de la preuve.

Cependant, s'agissant de la protection contre les mesures de représailles, **le dispositif oublie complètement le Défenseur des droits** et paraît reposer exclusivement sur les juridictions dont on ne sait cependant pas à quel moment elles interviennent dans le processus de lancement de l'alerte.

A cet égard, **un statut plus protecteur pourrait être imaginé de la manière suivante :**

- pour les salariés du privé, la mise en place d'un statut comparable à celui des salariés protégés pour lesquels le licenciement est rendu plus difficile (autorisation de licenciement) ;
- pour les agents publics, il y aurait lieu de souligner l'importance des garanties offertes par la procédure disciplinaire et surtout par le dispositif de la protection fonctionnelle, dont les lanceurs d'alerte pourraient tirer un bénéfice certain dès lors que les conditions de sa mise en œuvre (une forme d'automatisme pour les personnes ayant la qualité de lanceurs d'alerte) et son articulation avec le dispositif prévu par la proposition de loi organique seraient approfondis.

Ainsi, le Défenseur des droits pourrait mener la mission qui est la sienne et pour laquelle, à l'origine, on a souhaité l'attirer dans le dispositif, à savoir traiter les situations de représailles.

Enfin, la rédaction de ces dispositions conforte l'idée qu'il aurait été plus simple d'inverser le raisonnement et d'écrire que toute mesure ou traitement défavorable infligé(e) à un lanceur d'alerte pour ce motif doit être considéré(e) comme une discrimination par détermination de la loi, le droit commun des discriminations pouvant dès lors s'appliquer et la compétence du Défenseur des droits être mobilisée, sans qu'il y ait lieu, au surplus, de modifier la loi organique.

- *Les articles 6 FA, FB et FC, qui notamment renforcent les pouvoirs du juge n'appellent pas de commentaire du Défenseur des droits*

- *L'article 6 F est crucial en tant qu'il confère au Défenseur des droits une responsabilité tout à fait inédite*

Le texte prévoit que le Défenseur des droits « peut accorder, sur demande du lanceur d'alerte personne physique, une aide financière destinée à la réparation des dommages moraux et financiers que celui-ci subit pour ce motif et à l'avance des frais de procédure exposés en cas de litige relatif à l'application du I de l'article 6 E. Son bénéfice peut être exceptionnellement accordé aux personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France. »

Compte tenu des conséquences budgétaires et structurelles d'un tel dispositif sur l'organisation du Défenseur des droits, on ne peut que s'inquiéter du vague dans lequel sont restés tant le rapporteur du texte que le ministre des finances au cours de la séance publique à l'Assemblée nationale. Au plan juridique, on peut se poser plusieurs questions.

- Dès lors qu'il s'agit d'une faculté offerte au Défenseur des droits (« peut » et non « doit »), sur quels critères décidera-t-il s'il accorde ou non son soutien ? Il convient en effet d'écartier tout système qui, sur un malentendu, laisserait à penser qu'un appui financier de l'Etat pourrait être obtenu sur la base d'une simple déclaration ou allégation qualifiée par l'auteur de l'alerte...
- On observe un glissement des termes, « *soutien financier* » dans la proposition de loi organique et « *indemnisation* » dans le projet de loi ordinaire, alors qu'ils n'ont pourtant rien d'équivalent.
- Par ailleurs, si l'on peut imaginer ce que recouvre la notion d'**avance de frais de procédure**, on s'interroge tout de même sur leur ampleur potentielle si, par exemple, on songe aux frais dans le domaine environnemental ou sanitaire...

- Encore plus imprécise est la formule « ***réparation de dommages moraux et financiers*** » :
- s'agit-il, en fin de procédure, de dommages attribués par une juridiction ayant jugé qu'une illégalité avait été commise (par un employeur par exemple) ?
- s'agit-il, en cours de procédure, de dommages allégués par la seule victime (résultant par exemple d'un licenciement ou d'une sanction) considérant que c'est à raison de l'alerte qu'il a lancée ? La question est d'autant plus importante que, dans ce cas, il ne s'agit pas d'une avance et que le Défenseur des droits est subrogé dans les droits de la victime en vue d'un remboursement...

En outre, la conduite de cette mission impliquerait un processus d'enquête spécifique sur l'évaluation des dommages, dont la lourdeur pourrait se révéler très significative notamment dans le cas des personnes morales.

- **Par ailleurs, à la différence du mécanisme d'indemnisation des victimes d'actes terroristes, ce dispositif d'indemnisation portant subrogation, porterait sur des faits et des dommages relatifs à des faits non avérés, devant faire l'objet d'une enquête, d'un contradictoire et d'une décision portant grief, soit à l'encontre du prétendu lanceur d'alerte car elle pourrait rejeter sa demande, soit à l'encontre du mis en cause. Elle serait donc susceptible de recours devant le tribunal administratif.**
- De plus, ce dispositif reste imprécis quant à sa portée et son articulation avec l'assurance chômage en cas de licenciement.
- Enfin, car on ne peut écarter *a priori* l'hypothèse de l'existence d'un lanceur d'alerte malveillant dont il aurait été établi par un juge qu'il s'agissait d'une « fausse alerte », qui rembourserait alors le Défenseur des droits (l'Etat ...) des sommes ainsi engagées ?

Ce mécanisme de subrogation ainsi que la défense des droits et libertés au bénéfice d'une personne dont les droits n'ont pas encore été reconnus semblent conduire le Défenseur des droits sur le terrain de la qualification de l'alerte, et modifier substantiellement le positionnement institutionnel du Défenseur des droits en tant qu'autorité administrative indépendante, qui n'interviendrait plus comme tiers sachant *sui generis* devant le tribunal mais qui représenterait les intérêts de la partie après un processus d'enquête contradictoire et une décision portant grief.

Ceci induit un changement de rôle, si ce n'est de nature, de l'institution dont on peut :

- mettre en cause la constitutionnalité eu égard au cumul des fonctions et au respect des droits de la défense, ainsi qu'au regard du texte constitutionnel qui fonde le Défenseur des droits ;
- douter de l'opportunité du point de vue de son impact sur les modalités d'intervention de l'Institution et des conséquences budgétaires².

Par ailleurs, eu égard aux pratiques d'enquête, aux méthodes de travail, à la relation de l'institution avec les acteurs judiciaires (notamment avocats), et à l'ampleur de l'activité contentieuse, de tels changements modifieraient en profondeur les paradigmes de fonctionnement de l'institution.

- ***L'article 6 G abroge toute une série de textes, ce qui n'est pas non plus sans soulever des interrogations***

- Dispositions relatives aux lanceurs d'alerte militaires (L. 4122-64 du code de la défense) ;
- Dispositions relatives aux lanceurs d'alerte dans le domaine de la santé (L. 1351-1 et L. 5312-4-2 du code de la santé publique) ;
- Dispositions relatives aux lanceurs d'alerte dans le domaine de la corruption (L. 1161-1 du code du travail) de la santé publique et de l'environnement (L. 4133-5 du code du travail) ;
- Dispositions relatives aux lanceurs d'alerte en matière de conflit d'intérêt (art. 25 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique).

Plus notable, le texte abroge plusieurs dispositions de la **loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte**, concernant la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement. Cette dernière se voit ainsi amputée de deux de ses missions:

- celle de définir « *les critères qui fondent la recevabilité d'une alerte ainsi que les éléments portés aux registres tenus par les établissements et organismes publics mentionnés au 2°* » ;
- celle de transmettre « *les alertes dont elle est saisie aux ministres compétents, qui informent la commission de la suite qu'ils réservent aux alertes transmises et des éventuelles saisines des agences sanitaires et environnementales placées sous leur*

² Le Québec est en train de voter un projet de loi sur les lanceurs d'alerte dans le seul secteur public dans une Province de 7 millions d'habitants. Pour mener une mission clairement identifiée, le Protecteur du citoyen, notre homologue doit être doté de 10 postes ...

autorité résultant de ces alertes. Les décisions des ministres compétents concernant la suite donnée aux alertes et les saisines éventuelles des agences sont transmises à la commission, dûment motivées. La commission tient la personne ou l'organisme à l'origine de la saisine informé de ces décisions ».

A la lecture de ces dispositions qui figurent dans le droit positif, on constate, qu'il y a trois ans, le législateur a considéré que, dans les domaines de la santé et de l'environnement en tout cas, une alerte ne relevait pas de l'auto-affirmation mais requérait un examen reposant sur la base de critères en vue de décider de son bien-fondé. Plus particulièrement, rien n'est dit sur « *les critères qui fondent la recevabilité d'une alerte* ». Les domaines de la santé et de l'environnement étant très directement concerné par l'actuel projet de loi, on a le sentiment d'une baisse du niveau d'exigence et, en tout état de cause, d'une contradiction entre l'option prise par la loi ne 2013 et celle qui semble prévaloir en 2016.

Le problème des modalités de la reconnaissance de la qualité de lanceur d'alerte reste entier.

- ***L'article 6 G constitue une autre difficulté extrêmement préjudiciable à la lutte contre les discriminations puisqu'il affecte le dispositif actuel de protection contre les représailles dans ce domaine***

Il prévoit en effet d'abroger l'article 3 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, sur les discriminations en général, qui dispose :

« 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 ».

Cette abrogation est incompréhensible. Elle supprime, dans les situations non couvertes par le code du travail, la protection légale contre les représailles prévue par les directives européennes dont bénéficient les victimes éventuelles de discriminations que sont les agents publics, les fonctionnaires et tous les litiges relevant de l'accès aux biens et services.

Or, les dispositions du présent projet de loi ne sauraient prétendre mettre en place un dispositif se substituant à ce texte, une personne victime de discrimination n'étant pas assimilable à un lanceur d'alerte au regard de la définition même que la loi introduit, puisque par nature une personne discriminée défend légitimement sa cause au nom de son intérêt personnel et non de l'intérêt général, espérant en tirer un avantage propre.

II. Les modifications apportées à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Apprenant le dépôt en urgence d'une proposition de loi organique modificative de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a essayé d'apporter des contributions à la rédaction de la proposition.

La proposition de loi organique (PPO) « *relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte* » procède à cinq modifications de la loi organique du 29 mars 2011.

1. Une extension des compétences du Défenseur des droits vis-à-vis des lanceurs d'alerte (article 4 LO)

La PPO prévoit une triple intervention du Défenseur des droits au soutien des lanceurs d'alerte : orientation, protection et soutien financier. A priori, le Défenseur des droits ne devrait avoir à connaître que de situations de personnes « *ayant* » la « *qualité* » de lanceurs d'alerte, mais, comme on l'a évoqué précédemment, ni la PPO ni le projet de loi sur les lanceurs d'alerte ne précisent le dispositif de qualification des lanceurs d'alerte.

La PPO et le projet de loi ne précisent pas davantage quelles sont « *les autorités compétentes* » vers qui orienter les lanceurs d'alerte. Ces textes ne disent pas en quoi, au cas d'espèce, consiste la mission de « *veiller aux droits et libertés* » alors même que pour les compétences du Défenseur des droits relatives aux droits de l'enfant, à la lutte contre les discriminations et au respect de la déontologie de la sécurité, la loi organique prend soin de renvoyer à des normes juridiques relativement précisés.

Les deux textes sont enfin muets sur les pouvoirs dévolus au Défenseur des droits pour assurer ces missions originales.

2. Une ouverture concomitante des modalités de saisine du Défenseur des droits (article 5 LO).

On relève que seule une personne « *ayant* » le statut de lanceurs d'alerte est censée pouvoir saisir le Défenseur des droits. En revanche, cette condition de filtrage n'est pas retenue pour les associations, ce qui constitue un déséquilibre flagrant et risque d'encourager au détournement de procédure.

Cette modification se heurte à la même impasse que la précédente puisque la loi ordinaire ne précise pas quel est le dispositif chargé de déterminer si la personne peut bénéficier de la « *qualité* » de lanceurs d'alerte.

En revanche, la loi ordinaire dans son article 6C (nouveau) prévoit à côté de la saisine prévue par la PPO, une autre modalité de saisine, puisque « *si aucune suite n'est donnée à l'alerte dans un délai raisonnable* », celle-ci peut être adressée au Défenseur des droits, qui doit la « *prendre en compte* », sans autre précision ...

3. Instauration d'un verrou à la saisine (ou à la saisine d'office du Défenseur des droits) (article 10 LO)

Le Défenseur des droits a proposé d'introduire cette disposition avec le souci, constant, de n'accueillir que les personnes ayant déjà acquis le statut de lanceur d'alerte. Ce texte est cependant en contradiction avec ce que prévoit le reste du dispositif (dès lors qu'aucun mécanisme d'examen du bien-fondé de l'alerte et de qualification de lanceur d'alerte de son auteur n'est prévu).

4. Création d'un nouveau collège de 8 membres placé sous la vice-présidence de l'adjoint chargé de la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité (article 11 LO)

L'article 11 de la PPLO précise que le collège est chargé de « *l'orientation* » et de la « *protection* » du lanceur d'alerte, sans préciser, là encore, en quoi consiste celles-ci. Ces formules ne paraissent pas adaptées au fonctionnement d'un collège purement consultatif qui, à l'instar des trois autres qui fonctionnent depuis 2011, n'a pas vocation à se réunir pour l'examen de chaque dossier mais seulement pour donner son avis sur les projets de décisions envisagées par les services du Défenseur des droits.

5. Adoption d'un dispositif général de protection des personnes qui saisissent le Défenseur des droits (article 20 LO)

Cette disposition, que le Défenseur des droits a réclamée, vise à offrir une protection contre les représailles ou les mesures de rétorsion de l'ensemble des personnes qui le saisissent, quel qu'en soit le motif. Cette protection ne pourrait être levée que s'il était établi que le réclamant est à l'initiative d'une dénonciation calomnieuse.

Au final, concernant la loi organique, on aboutit à un texte qui n'est plus cohérent dès lors qu'il manque une pièce centrale au dispositif, comme l'a révélé l'examen du projet de loi ordinaire.

*

Conclusion : de lourdes incertitudes quant à la portée de l'intervention du Défenseur des droits

En l'état des textes, l'extension des compétences du Défenseur des droits à l'égard des lanceurs d'alerte semble avoir connu un glissement sensible depuis la publication du rapport du Conseil d'Etat sur le droit d'alerte, qui suggérait 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 mesures de représailles* ». De la même manière, la PPLO prévoyait d'introduire à l'article 4 de la loi organique une disposition chargeant le Défenseur des droits de « *défendre les droits des personnes faisant l'objet de mesures de rétorsion à raison des alertes émises dans les champs définis par la loi* ».

Or, en l'état actuel de la PPLO, le Défenseur des droits est chargé « *d'orienter vers les autorités compétentes toute personne ayant la qualité de lanceur d'alerte* », de « *veiller [à ses] droits et libertés* » et de lui « *assurer un soutien financier* », assisté d'un collègue en charge de « *protéger* » le lanceur d'alerte (article 11 de la PPLO). Et l'article 6C du projet de loi ordinaire lui donne pour mission de « *prendre en compte* » l'alerte.

Au titre du projet de loi ordinaire, le Défenseur des droits peut également être saisi si aucune suite n'est donnée à l'alerte et le « *soutien financier* » devient financement du recours et indemnisation des dommages financiers et moraux moyennant subrogation.

Cette évolution appelle trois séries de remarques.

- **En premier lieu, le glissement de la protection des lanceurs d'alerte victimes de mesures de représailles vers une intervention en amont du dispositif est de nature à amener le Défenseur des droits à prendre directement en charge cette orientation**, alors que l'intention initiale visait uniquement à faire bénéficier les lanceurs d'alerte de l'expérience acquise par l'institution en matière de protection contre les représailles des personnes ayant dénoncé des faits de discriminations. Il y a donc un **changement de nature du projet**.

On doit s'interroger sur la cohabitation de ce système avec le droit commun du fonctionnement du Défenseur des droits, ses procédures et ses acteurs principaux, juges et avocats en particulier.

- **En deuxième lieu, paradoxalement, le projet de loi ne prévoit pas la saisine du Défenseur des droits en cas de représailles**, mais se borne seulement, à l'article 6C, à renvoyer son intervention (dans les conditions aussi peu définies que l'on a évoquées) à un second niveau de signalement dans le cas où aucune suite n'a été donnée.

Or, d'une part, cette prise en compte de l'alerte expose également le Défenseur des droits à certains risques (politiques, contentieux) plus marqués que la seule protection contre les représailles.

D'autre part, techniquement, cette saisine en cas de non prise en compte de l'alerte, en deuxième étape, contredit l'hypothèse de la PPLO qui confie au Défenseur des droits une mission d'orientation vers les « autorités compétentes » (article 4 de la loi organique), ce qui signifierait qu'il interviendrait bien en amont de la procédure.

Dans cette hypothèse du lanceur d'alerte en quelque sorte ignoré, le Défenseur des droits deviendrait son quasi « représentant », en contravention avec sa logique d'intervention à équidistance du réclamant et du mis en cause, dans l'attente de l'aboutissement de son enquête.

Il y a là une potentielle dénaturation de la mission du Défenseur des droits et de l'attitude d'impartialité qui confère à ses décisions un caractère difficilement contestable.

- **Enfin, impliquer le Défenseur des droits dans la représentation, le soutien financier et l'indemnisation (article 6 F) des lanceurs d'alerte, fait dériver ses fonctions en deçà du cadre constitutionnel propre aux autorités administratives indépendantes (AAI)**, dont l'autorité est fondée sur l'indépendance, la neutralité et l'impartialité du processus décisionnel.

Dans son rapport public de 2001 sur les AAI, le Conseil d'Etat soulignait que la première justification à la création des AAI était d'offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'Etat eu égard à la méfiance à l'égard du pouvoir politique et administratif (page 275). D'où le recours à la création d'administrations non subordonnées au gouvernement (page 284).

Par ailleurs, l'indépendance d'une AAI emporte, pour l'exécution de ses prérogatives de puissance publique, une obligation de neutralité et un pouvoir de décision, qui requiert qu'elle n'ait pas pour mission de prendre fait et cause pour certains publics qui s'adressent à elle, mais qu'elle agisse dans le périmètre de missions construites dans le respect du contradictoire³ (p. 296), en accord avec le respect des conditions d'une apparence d'impartialité et d'indépendance (p. 290). L'indépendance doit aussi s'entendre d'une garantie d'impartialité par rapport aux publics et aux professionnels des secteurs visés par l'exercice de ses missions (p. 295).

³ Décision n° 89-260 DC du 28 juillet 1989

Or, le projet actuel transforme le Défenseur des droits en orienteur, en protecteur, en financeur...le cas échéant pour un même lanceur d'alerte, opérant un cumul de compétences dont on pourrait attaquer la conventionalité au regard des droits de la défense et qui va exactement à l'encontre de son objet, de ses règles actuelles de fonctionnement et de son éthique.

En effet, intervenant en cours de traitement de l'alerte, son devoir d'impartialité et le fait d'adopter des décisions faisant grief imposeront qu'il soit contraint à **enquêter sur l'alerte elle-même et sur les dommages allégués**, des domaines dépassant largement son expertise.

Une compétence limitée aux représailles l'amènerait au contraire à enquêter sur la causalité entre la mesure défavorable et l'alerte, objet d'enquête tout à fait comparable à la compétence qu'il a développé en matière de discrimination.

On constatera, en résumé, que :

- **les missions d'accompagnement et de soutien financier qu'entend conférer le projet de loi au Défenseur des droits pourraient porter atteinte aux règles de composition, d'organisation et de fonctionnement de l'Institution qui assurent, depuis sa création, son efficacité, son autorité et son indépendance ;**
- **le Défenseur des droits ne paraît pas saisi de la même chose et avoir les mêmes missions selon la proposition de loi organique et selon le projet de loi ordinaire ;**
- **la loi ordinaire ne détermine pas une procédure de qualification du statut de lanceur d'alerte alors que la loi organique dispose que le Défenseur des droits ne se charge que des lanceurs d'alerte ayant obtenu ce statut ;**
- **les 3 nouvelles « missions » confiées au Défenseur des droits dans la loi organique (article 4 par. 5°) ne sont pas claires : on ignore vers qui le Défenseur des droits est censé orienter le lanceur d'alerte qui l'a saisi ; on ne voit pas quelles mesures de protection spécifiques il est chargé de mettre en œuvre par rapport aux autres réclamants victimes de discrimination ; on ne saisit pas exactement la portée du soutien financier qu'il « peut » accorder ;**
- **ces missions sont exercées en parallèle de l'intervention d'autres acteurs (administratifs, judiciaires, représentants du personnel ...) sans qu'aucune articulation ne semble avoir été prévue ;**

- le droit de la non-discrimination en ressort, à ce stade, très affaibli faisant craindre au Défenseur des droits de voir son action déstabilisée au service de la politique d'égalité à laquelle le gouvernement souhaite donner une nouvelle vigueur.

Le Défenseur des droits souhaite donc que le texte soit repris dans la discussion parlementaire pour que l'ambition de mettre en place un système de protection des lanceurs d'alerte efficace soit réellement atteinte et qu'à la place qui est la sienne, il puisse apporter toute son expertise à une protection efficace des lanceurs d'alerte contre les représailles dont ils pourraient faire l'objet.