

« LANCEURS D'ALERTE » : REVELATEURS BIENFAISANTS OU DENONCIATEURS MALFAISANTS ?

1. Introduction

1. Depuis plusieurs années, l'espace politico-médiatique, belge ou international, est secoué de façon régulière par des « affaires » impliquant des organismes (publics ou privés), au départ de divulgations opérées par des personnes y travaillant ou y ayant travaillé.

Ainsi doit-on à ces personnes, aujourd'hui communément appelées « lanceurs d'alerte », les affaires Wikileaks (2006), Snowden (2013), LuxLeaks (2014), SwissLeaks (2015), Panama Papers (2016) ou, plus près de nous, Publifin (2016), et bien d'autres encore...

2. Ces « lanceurs d'alerte » ont en commun d'avoir été témoins d'actes illicites et dissimulés (corruption, fraude fiscale, etc.) portant atteinte à l'intérêt public et de les avoir ensuite révélés dans le but de le protéger.

La plupart du temps, ces personnes ont fait l'objet de représailles immédiates de leur employeur, sous forme de licenciement, rétrogradation et autres procédures (judiciaire et/ou disciplinaire). S'est alors inévitablement posée la question de l'équilibre à trouver entre, d'une part, la liberté de divulguer des informations d'intérêt public au nom de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, et, d'autre part, les devoirs de loyauté et de confidentialité auxquels les employés sont tenus envers leur employeur.

3. Aussi, avant même que des législations protectrices des « lanceurs d'alerte » soient adoptées, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) avait-elle rendu plusieurs décisions exigeantes qu'on procède à l'examen de la légalité des mesures prises à leur encontre, et ce à la lumière de divers critères définis¹ :

- Les révélations incriminées présentent-elles un intérêt public ?
- Sont-elles authentiques ?
- Interviennent-elles en dernier ressort, c'est-à-dire alors qu'il est manifeste qu'il est impossible d'agir autrement ?
- Le « lanceur d'alerte » est-il de bonne foi ?
- L'intérêt du public d'obtenir l'information est-il supérieur au dommage causé à l'employeur par la révélation ?

¹ Voy. C.E.D.H., 12 février 2008, GUJA/MOLDAVIE, n°14277/04, § 69 ; C.E.D.H., 11 mai 2021, HALET/LUXEMBOURG, § 21 et suivants.

- La sanction du « lanceur d'alerte » est-elle proportionnée (et non uniquement dissuasive) ?

Selon la Cour, si, nonobstant le caractère d'intérêt public des révélations, la sanction infligée au « lanceur d'alerte » était proportionnée et raisonnable, cette mesure ne pouvait être considérée comme violant l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

4. A l'évidence, cette jurisprudence n'offrait pas aux « lanceurs d'alerte » une protection absolue contre les mesures de rétorsion pouvant être prises à leur égard (licenciement, poursuites pénales, etc.) en raison de leurs divulgations.

A titre d'exemple, l'employé de la société PRICEWATERHOUSECOOPERS (PwC), qui avait divulgué de nombreux cas de fraudes fiscales dans le cadre du scandale « LuxLeaks » n'a pu échapper à une condamnation pénale sur plainte de son employeur car elle a été jugée proportionnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme².

2. La directive 2019/1937 du 23 octobre 2019

5. Face à l'augmentation du nombre de ces « affaires », vu l'effet souvent dissuasif des mesures de représailles sur les potentiels « lanceurs d'alerte » et compte tenu des différences de traitement existant entre Etats membres, l'Union européenne a adopté une réglementation spécifique : la **Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union**³.

Cette directive a pour objectif d'offrir un socle de protection minimale et efficace aux « lanceurs d'alerte » et de favoriser le signalement des violations du droit de l'Union dans les secteurs d'activité listés à l'article 2 de la directive (santé publique, sécurité et conformité des produits, sécurité des transports, protection de l'environnement, etc.)⁴.

A cet égard, le premier considérant de la directive précise que : « en *signalant des violations du droit de l'Union qui portent atteinte à l'intérêt public, ces personnes agissent en tant que « lanceurs d'alerte » et jouent ainsi un rôle clé dans la révélation et la prévention de ces violations et dans la préservation du bien-être de la société* ».

6. Les « lanceurs d'alerte » y sont identifiés comme des « *auteurs de signalements* », c'est-à-dire une personne physique qui signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations qu'elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles⁵.

Sont concernés, les auteurs de signalements travaillant dans le secteur privé ou public, qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel, qu'ils aient le statut de travailleur, travailleur indépendant, actionnaire, membre de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise, ainsi que les bénévoles et les

² C.E.D.H., 11 mai 2021, HALET/Luxembourg.

³ Directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, J.O. 305/17, 26 novembre 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L1937&from=FR>

⁴ Article 2 de la directive.

⁵ Article 5 de la directive.

stagiaires rémunérés ou non et toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs⁶. Sont également concernés, les auteurs de signalement lorsqu'ils signalent ou divulguent publiquement des informations sur des violations obtenues dans le cadre d'une relation de travail qui depuis lors a pris fin.

7. Les auteurs de ces signalements bénéficient de la protection accordée par la directive (voy. infra, n°8) dans les conditions suivantes⁷ :
 - l'auteur doit avoir eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement et que ces informations entraient dans le champ d'application de la directive ;
 - L'auteur a effectué préalablement soit un signalement interne à l'entreprise soit un signalement externe auprès d'une autorité ad hoc, lorsque ceux-ci sont disponibles, sans qu'aucune mesure appropriée n'ait été prise.
8. La mesure protectrice principale de la directive est **l'interdiction des représailles ou menaces de représailles contre les auteurs de signalements**, tels que les suspensions, mises à pied, licenciements, rétrogradations, transferts de fonctions, mesures disciplinaires, etc.⁸

En outre, les Etats doivent mettre en place des mesures de soutien à l'égard des « lanceurs d'alerte », telles que des campagnes d'informations, un assistance effective devant toute autorité pertinente associée à leur protection contre des représailles et une assistance juridique dans le cadre de procédures pénales et civiles, y compris transfrontalières⁹.

9. Afin d'assurer l'effectivité de ces protections, la directive prévoit également des sanctions à l'égard de ceux qui entravent ou tentent d'entraver les signalements, qui exercent des représailles contre les auteurs de signalements ou qui intentent des procédures abusives contre ces personnes¹⁰.

3. Transposition de la directive en droit belge

10. La directive 2019/1937 est entrée en vigueur le 14 décembre 2019, et devait être transposée en droit interne pour le 17 décembre 2021 au plus tard.

La Belgique n'a cependant pas respecté ce délai, et la Commission Européenne a entamé une procédure d'infraction à son encontre du fait de ce manquement.

A la suite à cette action, la Belgique a adopté en Conseil des Ministres, le 25 février 2022, un avant-projet fédéral transposant la directive pour le secteur privé.

Cet avant-projet fédéral transpose fidèlement la directive, même s'il comprend certaines particularités qu'il convient de relever.

⁶ Article 4 de la directive.

⁷ Article 6 de la directive

⁸ Article 19 de la directive

⁹ Article 20 de la directive

¹⁰ Article 20 de la directive

a. Champ d'application limité au secteur privé.

11. L'avant-projet de loi ne concerne que le secteur privé. Concernant le secteur public, un second avant-projet de loi est en cours de préparation, qui est relatif aux fonctionnaires fédéraux.

b. Champ d'application matériel élargi.

12. Allant au-delà de la liste des secteurs d'activités visés par la directive¹¹, l'avant-projet de loi étend le champ d'application de la protection aux signalements relatifs à la lutte contre la fraude fiscale et la fraude sociale¹².

Si, dans l'avant-projet, les professionnels du chiffre - comptables, conseillers fiscaux, réviseurs - se voient délier du secret professionnel afin de pouvoir jouer le rôle de « lanceur d'alerte », en revanche, **les renseignements recueillis par les avocats auprès de leurs clients demeurent explicitement couverts par ce secret**, au même titre que les informations protégées par le secret médical¹³.

c. Consultation des partenaires sociaux pour l'établissement des canaux internes de signalement.

13. Conformément à la directive, les organismes privés qui comptent plus de 50 travailleurs ont l'obligation de mettre en place des canaux internes de signalement en concertation avec les partenaires sociaux. L'avant-projet prévoit que ces canaux ne sont pas ouverts qu'aux seuls travailleurs, mais le sont aussi aux sous-traitants, prestataires et collaborateurs¹⁴.

Les entreprises qui occupent moins de 50 travailleurs ne sont pas soumises à cette obligation de canaux internes. Le projet prévoit toutefois que dans certains secteurs particuliers tels que les marchés financiers, les domaines des services, produits, ou le domaine de la prévention du blanchiment de capitaux et de financements du terrorisme, cette obligation est bien d'application.

d. Mise en place de moyens de signalement externes au niveau fédéral.

14. L'avant-projet de loi prévoit que ce sont les médiateurs fédéraux qui seront chargés de la gestion des signalements externes dans le secteur privé¹⁵.

e. Devoir de confidentialité

15. L'avant-projet de loi prévoit que ceux qui recevront, via les divers canaux, les informations du lanceur d'alerte seront tenus à un devoir de confidentialité en ce qui concerne l'identité de l'auteur du signalement¹⁶.

¹¹ Voy. Article 2 de la directive

¹² Voy. Article 2 de l'avant-projet de loi

¹³ Voy. Article 6 de l'avant-projet de loi

¹⁴ Voy. Article 12 de l'avant-projet de loi

¹⁵ Voy. Article 19 de l'avant-projet de loi

¹⁶ Voy. Article 21 de l'avant-projet de loi

f. Mesures de protection

16. L'avant-projet de loi est fidèle à ce que prévoit la directive en ce qui concerne les listes de représailles possibles.

Il désigne le coordinateur fédéral comme étant l'organisme auprès duquel une personne protégée peut s'adresser en vue de déposer une plainte en cas de menaces à son égard¹⁷.

Aucune action civile, pénale ou disciplinaire ne peut être engagée à l'encontre de l'auteur du signalement du fait de ce signalement ou de sa divulgation au public pour autant que l'auteur ait eu des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation au public de telles informations était nécessaire pour révéler une violation visée par la loi¹⁸.

L'auteur est également en droit d'obtenir une indemnisation spécifique en réparation des représailles subies suite à un signalement. Dans certains secteurs d'activité, l'auteur du signalement est en droit d'obtenir sa réintégration¹⁹.

17. De surcroît, L'avant-projet de loi met en place une présomption en faveur de l'auteur du signalement, en ce que toute mesure prise à son encontre sera présumée, sauf preuve contraire, être une mesure de représailles interdite²⁰.

Il appartiendra donc, à celui qui a initié ces représailles, d'établir que ces mesures étaient justifiées.

Enfin, il sera possible d'infliger une amende administrative à ceux qui auront pris des mesures préjudiciables à l'égard de l'auteur d'un signalement, la possibilité d'une condamnation pénale étant également prévue²¹.

A l'inverse, l'auteur du signalement pourra lui aussi se voir infliger une sanction pénale s'il a sciemment signalé ou rendu publiques de fausses informations.

18. **La loi sera d'ordre public.** Il ne sera donc pas possible contractuellement d'obtenir que l'employé (ou le collaborateur) impliqué renonce aux droits et recours que prévoit la législation.

Cet avant-projet de loi doit encore être examiné par le Parlement, le Conseil d'Etat, et faire l'objet d'avis en provenance d'autres institutions. Il ne s'agit donc pas d'un texte définitif : il est sujet à modifications.

Dans l'intervalle, la directive ne manquera d'avoir des effets directs dans les relations entre les individus et les autorités compétentes, puisque ses dispositions sont claires, précises et inconditionnelles.

¹⁷ Voy. Article 24 de l'avant-projet de loi

¹⁸ Voy. Article 27 de l'avant-projet de loi

¹⁹ Cette indemnité ne pourra toutefois être cumulée avec un dédommagement obtenu pour licenciement abusif.

²⁰ Voy. Article 29 de l'avant-projet de loi

²¹ Voy. Article 33 de l'avant-projet de loi

Cependant, quel que soit son contenu final, Il ne manquera pas de produire un impact majeur sur les relations professionnelles au sein des entreprises.

Il est dès lors recommandé de d'ores et déjà préparer la mise en place des canaux de signalement au sein des entreprises comptant plus de 50 travailleurs. D'y réfléchir, en tout cas...

Il conviendra, par ailleurs, de vérifier comment cette législation s'articulera avec d'autres réglementations importantes, telles que le règlement général sur la protection des données (RGPD) et l'article 32 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, sanctionnant de nullité tout élément de preuve obtenu irrégulièrement...

Thameur ELLOUZE
Avocat associé

**Thameur ELLOUZE – Avocat au Barreau de Liège
actéo Cabinet d'avocats**

