

## « Corruption, conflits d'intérêts : la France protège-t-elle suffisamment ses lanceurs d'alerte ? »

### L'alerte éthique en France – Intervention de Nicole Marie Meyer, expert près Transparency International

Nous abordons un sujet sensible, complexe, mal connu sinon longtemps maudit en France, qui se trouve, suite à l'onde de choc Cahuzac, au cœur du chantier législatif, parce qu'aucune loi ne peut être appliquée ni aucune démocratie perdurer, si le citoyen ou le salarié qui obéit à la loi et fait son devoir n'est pas protégé. Si l'intérêt général et la liberté d'expression ne sont pas préservés.

Or, la France est ce pays paradoxal où un ministre du Budget pratique la fraude fiscale, mais où un commandant de police est révoqué pour avoir signalé un usage illicite de fichiers par son administration, un diplomate licencié pour avoir rendu à sa hiérarchie un rapport confidentiel sur des dysfonctionnements financiers avérés, un fonctionnaire territorial menacé pour avoir signalé en interne des marchés publics irréguliers ; un pays où un médecin s'est suicidé, un chercheur et un vétérinaire ont été licenciés, des médecins ou agents harcelés pour avoir dévoilé la nocivité de pratiques ou substances ; un pays où un chirurgien-dentiste est interdit à vie d'exercer, pour avoir averti des usages frauduleux de son ordre.

C'est la géographie humaine et la vacance législative où nous nous situons, sachant que le droit d'alerte, extension de la liberté d'expression, existe depuis 1863, que la France a ratifié des conventions internationales, contraignantes en la matière - l'une prescrivant notamment la protection des « personnes », l'autre des « employés » signalant des faits de corruption -, mais qu'elle n'a à ce jour qu'une seule loi en vigueur depuis 2008, qui protège contre toutes représailles le seul salarié du secteur privé, dans le seul champ comptable et financier. L'agent public quant à lui, qui a le devoir de signaler crimes et délits (article 40, al. 2 du code de procédure pénale), ne dispose d'aucune protection explicite en contrepartie. La France est ainsi la seule au monde, parmi 60 pays dotés du droit d'alerte, à ne pas protéger l'agent public signalant des faits de corruption, raison pour laquelle le rapport à paraître du Secrétariat International de Transparency sur les 27 pays d'Europe, réalisé pour l'Union Européenne, la décrit comme « *an international oddity* ».

**Les sources récentes**, pour ceux qui voudront approfondir ce sujet délicat : le rapport 2009 du Conseil de l'Europe sur les donneurs d'alerte qui suggère une différence culturelle entre pays occupés et pays demeurés libres ; le magistral *Rapport 2011* du Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) qui donne le cadre international et national, avec une étude sur les limites de l'article 40 ; l'enquête 2012 de Paul Stephenson et Michael Lévi pour le Conseil de l'Europe avec, notamment, les arrêts de la cour européenne en faveur des lanceurs d'alerte et une étude de faisabilité d'un instrument juridique européen ; le guide 2012 de nos *Principes directeurs pour une législation de l'alerte*, mon rapport 2012 sur la France ; le *Droit des conflits d'intérêts* (Lionel Benaïche et Marion Touzellier) ; le rapport 2013 à paraître de TI sur les dispositifs européens, qui prépare une recommandation du Conseil de l'Europe sur les donneurs d'alerte, devant être suivie d'une convention-cadre entre les Etats parties pour un statut européen du lanceur d'alerte.

#### Quelques définitions

Pour mémoire, Transparency International définit la corruption comme le fait « *d'abuser d'un pouvoir reçu en délégation à des fins privées* ». Pour Transparency France, le conflit d'intérêt dans la vie publique naît « *d'une situation dans laquelle un agent titulaire d'une charge publique a un intérêt*

*personnel de nature à influencer ou paraître influencer sur l'exercice impartial et objectif de ses fonctions officielles* ». Enfin, la définition de l'alerte éthique (ou whistleblowing « souffler dans le sifflet ») s'est élargie en 30 ans au fil des crises, passant de l'alerte professionnelle à l'alerte citoyenne, et des fraudes comptables et financières à la notion de risque pour autrui. Pour l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe [Résolution 1729 (2010)] : « *le donneur d'alerte est toute personne qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter des risques pour autrui* ». **Pour Transparency International (2012) « l'alerte éthique est le geste d'un individu, témoin d'un acte illégal, illicite ou dangereux pour autrui, touchant à l'intérêt général, et qui décide d'alerter les instances ayant le pouvoir d'y mettre fin ».**

Hors l'actualité brûlante, nous avons tous en mémoire le Dr Jiang Yanyong en Chine, révélant l'épidémie de SRAS qu'il avait ordre de taire, sauvant des millions de vies ; Sherron Watkins aux Etats-Unis, licenciée d'Enron pour avoir alerté sa hiérarchie et dont le rapport mena à l'arrestation du Conseil d'administration ; parmi nous aujourd'hui, citons notamment le chercheur André Cicoella, licencié en 1993 pour avoir dénoncé le danger des éthers de glycol et qui créa l'Agence française de sécurité sanitaire, Jacques Poirier et le dossier en instance de l'héparine contaminée (prion de l'ESB), des lanceurs d'alerte précités, deux banquiers limogés pour avoir signalé en interne infractions ou produits financiers toxiques, ou encore Irène Frachon pour le Mediator (qui a causé 2000 morts).

Contrairement au délateur, qui monnaie un profit personnel, le lanceur d'alerte, œuvrant pour l'intérêt général, se trouve en conflit de devoirs (obéissance hiérarchique, loyauté envers son employeur, devoir de réserve) et en risque de tout perdre (emploi, famille, crédit). Il peut être licencié, poursuivi en justice, mis sur listes noires, menacé, agressé ou tué. Il peut aussi se suicider (tel le Dr Jean-Jacques Melet, pionnier ayant alerté sur la nocivité du mercure dentaire, et dont l'œuvre et la vie furent détruites). C'est pourquoi conventions internationales et législations nationales s'attachent à le protéger des représailles, qui peuvent être subtiles, sachant qu'il inscrit une éthique de la responsabilité au sein de l'activité économique, permet la prévention de tragédies, la mise à jour de la corruption et la mise en œuvre des réformes nécessaires, soit une meilleure gouvernance des Etats comme des entreprises.

Quelques chiffres : selon la Banque Mondiale, le coût de la corruption est estimé à 5% du PIB dans le monde ; selon les enquêtes de Transparency International, 64% des salariés se taisent de peur de perdre leur emploi ; selon le rapport d'Ernst & Young 2012, 40% des fraudes sont révélées par les lanceurs d'alerte. Enfin, dans le cadre du *False Claims Act* (dispositif d'alerte fédéral), 22 milliards de dollars ont été recouverts par le trésor américain de 1986 à 2008, 13,3 milliards de dollars de 2009 à 2012 et 4,9 milliards pour la seule année 2012. L'absence d'un droit d'alerte et d'un dispositif d'alerte fiable a donc un coût tant moral que financier pour la collectivité.

### **Les conventions internationales et nos principes directeurs**

Sans remonter à Solon et aux grecs, le droit d'alerte, né en 1863, est régi par des conventions et recommandations internationales (Convention ONU-OIT 1982, Charte sociale européenne 1996 (article 24-3-c), Conseil de l'Europe 1999 [article 9] et 2010 (Résolution 1729 et Recommandation 1916), Nations Unies 2003 [CNUCC, articles 8-4 et 8.5, 13 et 33], OCDE 1997 et 2009, associant fédérations patronales [TUAC] et syndicales [BIAC]). Il fait par ailleurs l'objet du point 7 du Plan Anti-corruption du G20 de Séoul (2010), assorti de principes directeurs en 2011.

Voici brièvement les conventions contraignantes :

#### **I/ Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999, entrée en vigueur en France le 1<sup>er</sup> août 2008.**

L'article 9 prévoit la protection des employés signalant des faits de corruption.

**II/ Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 dite de Mérida, entrée en vigueur en France le 14 décembre 2005.**

L'article 8 [codes de conduite des agents publics] prévoit **des dispositifs d'alerte dans la fonction publique pour les faits de corruption (alinéa 4) et l'obligation pour tout agent de signaler toute activité, tout emploi, tous avoirs ou dons d'où pourrait résulter un conflit d'intérêt (alinéa 5).**

L'article 13.2 prescrit **des organes de prévention connus du public et accessibles pour tout signalement d'infraction « y compris sous-couvert d'anonymat » ;**

L'article 33 prévoit **la protection de « toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables »** des faits de corruption.

En 2009, Transparency International a publié *Une alternative au silence*, étude sur 10 pays européens et ses *Principes directeurs pour une législation de l'alerte*, revus en 2012. Elle recommande une seule législation, explicite, complète et détaillée, pour la protection des lanceurs d'alerte des secteurs publics et privés. Cette législation doit comporter des canaux sécurisés de recueil de l'alerte (internes et externes), des procédures précises et efficaces d'investigation et de suivi, garantir une enquête indépendante et des mécanismes de pourvoi, tout comme le juste dédommagement des représailles subies par le lanceur d'alerte. **Les signalements protégés par cette législation doivent inclure, sans s'y limiter, crimes et délits, erreurs judiciaires, atteintes à la santé, la sécurité ou l'environnement, abus de pouvoir, usage illicite des fonds et biens publics, graves erreurs de gestion, conflits d'intérêts et dissimulation des preuves afférentes (soit un champ plus large que le *Public Interest Disclosure Act, RU 1998*).** La charge de la preuve incombe à l'employeur au-delà de tout doute raisonnable. Un organisme indépendant doit être le garant du bon fonctionnement de la loi.

En 2010, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté sur la même ligne sa Résolution 1729 sur la protection des « donneurs d'alerte », invitant ses membres à passer en revue leur législation, qui doit être complète (droit du travail, droit pénal, droit des media, mesures spécifiques de lutte contre la corruption prévues par la *Convention civile sur la corruption* [STE n°174] du Conseil de l'Europe). La résolution précise : « *La définition des révélations protégées doit inclure tous les avertissements de bonne foi concernant **divers actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme, qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou contribuables, ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privées.*** » Elle doit offrir une alternative sûre au silence, en prévoyant notamment des incitations appropriées pour les pouvoirs publics et les décideurs privés afin qu'ils mettent en place canaux de signalement et mesures de protection. La résolution prévoit le même renversement de la charge de la preuve ainsi qu'une mise en œuvre de la loi garantie par un organisme indépendant.

En 2011, le G20 cite pour sa part comme bonne pratique « ***l'adoption d'une législation spécifique, dans un souci de clarté, pour garantir la sécurité juridique et pour éviter une approche fragmentaire*** ». Le Royaume-Uni avec le *Public Interest Disclosure Act* de 1998 « *semble tenir lieu d'exemple dans ce domaine du droit* » (APCE). Afrique du Sud, Irlande, Italie, Luxembourg, Japon, Norvège et Slovénie s'en sont notamment inspirés.

Le droit d'alerte est aujourd'hui présent dans plus de 60 pays, soit sous la forme d'une loi globale, soit sous la forme fragmentaire de dispositions sectorielles.

### **Où en est la France ?**

S'il semble acquis au plan international que les lanceurs d'alerte constituent une priorité pour tous les États engagés dans la lutte contre la corruption ; si selon l'OCDE, « *le risque de corruption augmente significativement dans les environnements dans lesquels le signalement de méfaits n'est pas encouragé ou protégé* » ; si la France a ratifié les conventions internationales les protégeant,

signé en 2010 le Plan Anti-corruption du G20 de Séoul où elle s'engageait à promulguer et mettre en œuvre d'ici fin 2012 une législation du droit d'alerte pour les secteurs public et privé ; si elle a assuré en 2011 la coprésidence du groupe anticorruption du G20, le paradoxe veut que la France ne possède pas à ce jour de dispositif général protecteur des lanceurs d'alerte. Il n'existe de fait en France ni obligation générale qui s'imposerait à l'ensemble des citoyens de signaler crimes et délits, atteintes à l'intérêt général ou la santé publique, ni définition légale du lanceur d'alerte ni protection globale des lanceurs d'alerte, ni jusqu'à fort récemment débat public en la matière. Il n'existe à ce jour ni organisme indépendant de contrôle, ni fondation ou organisme caritatif de soutien aux lanceurs d'alerte, alors même que leur situation de vulnérabilité est préoccupante. **Plus paradoxalement encore, vu le poids de son service public, la France est le seul pays au monde à ne pas protéger l'agent public qui signale des faits de corruption.**

Les réserves, réticences, la résistance culturelle à l'alerte ont été élevées. Elles n'ont cédé que fort récemment suite à la multiplication des crises sanitaires et une prise de conscience de la société civile (que l'on peut dater de l'affaire du Mediator), mais aussi suite à une réflexion sur les chartes et codes d'éthique menée dès les années 90 au sein des entreprises, à la confluence entre responsabilité sociale et environnementale, bonne gouvernance et gestion des risques – avec les ambiguïtés inhérentes au genre (greenwashing ou besoin de normes dans un monde que régirait de plus en plus la cupidité.) N'oublions pas les rapports Larcher (2007) et Lepage (2008), qui ont accompagné l'évolution des sensibilités. Enfin, les syndicats français, divisés mais alertés notamment par leurs collègues africains des multinationales, s'y sont tardivement ralliés, signant en 2012 un *Manifeste pour une gestion responsable en temps de crise* - demandant l'inscription du droit d'alerte dans les conventions de l'OIT. Le concept d'alerte a ainsi peiné à s'imposer en droit français. La législation, adoptée sous la pression internationale (loi de 2007) ou l'urgence émotionnelle (loi de 2013) est tardive, fragmentaire, limitée et, en l'absence de contrôles institués et de moyens dédiés, faiblement opérationnelle.

### **Notre législation : trois lois votées, une seule en vigueur, des paradoxes**

En vertu du code pénal (article 434-1), toute personne avertie d'un crime qui peut encore être prévenu a le devoir de le signaler au Procureur de la République, devoir assorti d'une sanction pénale. La sanction est néanmoins encourue uniquement en cas de crimes spécifiques contre la Nation ou les personnes protégées (terrorisme ou pédophilie), non en cas de corruption.

Selon le Code de procédure pénale (article 40), l'agent public est tenu de « signaler crimes et délits » mais aucune sanction pénale ne l'y contraint et il ne dispose d'aucune protection spécifique contre les représailles s'il obéit à la loi. Dans ce cas, il risque en revanche sanction disciplinaire, placard, révocation ou licenciement, selon les tribunaux, le SCPC et les ONG. **Jusqu'au 1<sup>er</sup> mars 2008, le salarié français du secteur privé, protégé de toutes discriminations ou harcèlement sexuel ou moral, n'était pas protégé d'un licenciement s'il signalait des faits de corruption.**

Depuis la loi du 13 novembre 2007 – adaptation de la Convention des Nations Unies contre la corruption (2003) – qui crée l'article L1161-1 du code du travail en vigueur au 1<sup>er</sup> mars 2008, le salarié du secteur privé est protégé de toutes représailles s'il signale de bonne foi des faits de corruption constatés dans l'exercice de ses fonctions. La loi opère également un renversement de la charge de la preuve. Depuis la loi du 29 décembre 2011 « *relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé* », qui crée l'article L 5312-4-2 du code de la santé publique, le signalement de faits relatifs à la sécurité des produits est également protégé, avec renversement de la charge de la preuve. Enfin, depuis la loi du 17 avril 2013 « *relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte* » [à l'initiative d'André Cicoella, de la Fondation des sciences citoyennes et de la Sénatrice Marie-Christine Blandin], une première définition restreinte du lanceur d'alerte intègre notre corpus

législatif et les employés des secteurs public et privé disposent d'une protection contre toutes représailles (Titre 1, article 1 et Titre V article L1351-1), s'ils signalent tout risque grave affectant la santé publique ou l'environnement. Là-aussi, la loi prévoit un renversement de la charge de la preuve. A noter qu'il n'y a ni décret d'application pour ces deux dernières lois, ni échéancier.

### Dispositifs d'alerte dans le secteur privé

Outre la loi de 2007, un dispositif d'alerte professionnelle, était mis en place en entreprise dès 2005 dans le cadre de l'application de la loi américaine Sarbanes-Oxley (ou SOX), soumis à autorisation de la CNIL, facultatif et strictement restreint depuis 2010 aux « *signalements de faits graves de nature comptable ou financière, de lutte contre la corruption ou encore relatifs à des manquements au droit de la concurrence* ». Sont exclus tous les faits graves, hors ce champ, « *tels atteinte au droit de l'environnement, risque pour la sécurité informatique ou l'intégrité physique ou morale des employés*. » Vous noterez ce paradoxe : deux lois viennent d'être votées pour le signalement de faits graves dans les domaines de la santé et l'environnement, mais le dispositif d'alerte en ces domaines n'est pas autorisé.

A ce jour, 2577 entreprises ont souscrit un engagement de conformité à ce dispositif. Mais aucune donnée n'a été publiée par la CNIL depuis 2008, ni répertoire ni suivi de ces dispositifs.

### Le chantier législatif 2013: 3 avant-projets de lois, 2 ajouts au statut du fonctionnaire.

Le projet de loi relatif à la transparence de la vie publique et la prévention des conflits d'intérêt du 17 avril prévoit, par son article 17, la protection des lanceurs d'alerte qui signalent « **des faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts** », avec renversement de la charge de la preuve.

Le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière du 24 avril 2013 prévoit, dans son article 9 septième, la protection des lanceurs d'alerte témoignant « **de faits constitutifs d'une infraction pénale** », avec [ce qui est remarquable] à la fois la création d'un article L.1132.3.3 du code du travail et l'ajout d'un article 6 ter A à la loi dite Le Pors. Avec renversement de la charge de la preuve. L'agent contractuel est néanmoins insuffisamment protégé [omission du « renouvellement de contrat »].

Enfin, l'avant-projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires ne protège [article 3, alinéa 3] que le signalement « **de faits susceptibles d'être qualifiés de conflits d'intérêts** », ce qui est très décevant. Ce projet ne prévoit pas le renversement de la charge de la preuve et ne protège pas suffisamment l'agent contractuel [même omission]. Tout le champ de la probité devrait être protégé. Nous avons cependant espoir qu'il le soit, puisque, dans son discours du 12 Juin, la ministre de la fonction publique Marilyse Lebranchu a annoncé, en présence de Peter Eigen, fondateur de Transparency International, l'adoption de l'alerte éthique dans la fonction publique afin de combler la lacune ouverte par l'article 40. Nous attendons donc avec un vif intérêt cet amendement.

### Recommandations : législation complète, contrôle indépendant, soutien aux personnes

La recommandation de Transparency International France demeure, au vu de cette législation fragmentaire [nouveau millefeuille], sans contrôles institués ni moyens dédiés [pas de contre-pouvoir institutionnel], que les Conventions internationales, les résolutions du Conseil de l'Europe (2010) ou du G20 (2010) donnent lieu en France à **une loi explicite et complète pour les secteurs public et privé** et que le champ d'application des dispositifs d'alerte professionnelle soit étendu et rendu obligatoire.

Dans l'intervalle, une protection de l'agent public couvrant tout le champ de la probité, au-delà du seul signalement du conflit d'intérêt, serait prioritaire ; une simplification et harmonisation des 3 projets de loi sur le mieux disant (définition, liste des représailles, renversement de la charge de la preuve) est recommandée.

**Une autorité indépendante** – agence anti-corruption ou bureau de l'alerte (saisine, expertise, investigation, suivi, publication des données) – devrait être instituée. Le SCPC aurait pu être, avec des moyens renforcés, cette autorité ; il pourrait recueillir l'alerte de tout citoyen, gérer un portail autorisant l'anonymat (à l'instar du Kenya ou Maroc) ; développer ses actions de formation. Une parenthèse : l'Instance centrale de prévention de la corruption marocaine a des moyens notamment humains cinq fois supérieurs à ceux de son homologue français.

Les Etats-Unis avec l'*Office of Special Counsel* ou les Pays-Bas avec la Commission de conseils et d'informations aux donneurs d'alerte (CAVK) disposent par ailleurs d'une instance indépendante de conseil financée par le gouvernement. Le Défenseur français des droits devrait pouvoir être saisi, y compris par l'agent public, dans le cadre de la loi organique.

La création annoncée d'une Haute-Autorité de la Transparence, qui surajoute un organe, plutôt que l'évaluation avec renforcement des moyens des différents organes déjà existants, devra donc être suivie attentivement. La Commission nationale consultative des droits de l'homme vient de rendre un avis similaire (*Assemblée plénière du 27 Juin 2013*).

Enfin, compte tenu de l'absence de tout appui institutionnel aux lanceurs d'alerte, **une fondation caritative** devrait être créée, à l'instar des autres pays (Allemagne, Afrique du Sud, Australie, Canada, Royaume Uni, Suisse etc.). La fondation britannique *Public concern at work* ou *80 Centres d'assistance juridique et d'action citoyenne* de Transparency International offrent ainsi, dans le monde, conseil et assistance gratuits et confidentiels aux victimes. Les Pays-Bas viennent de déposer un projet de loi pour une maison des lanceurs d'alerte.

Cette fondation caritative française ne pourra être que le fruit d'une maturation de la société civile, prenant conscience du soutien nécessaire à apporter à ces « éveilleurs de conscience » - pour citer Mendès France, à ceux qui risquent, pour nous, leur carrière ou leur vie.

[Afin d'y contribuer, Transparency France pourrait animer un groupe de travail transversal sur les lanceurs d'alerte.]