



HAL
open science

L'alerte éthique au service de la déontologie ?

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. L'alerte éthique au service de la déontologie?. Alexis Zarca. Les outils au service de la déontologie. Regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise, Dalloz, pp.157-170, 2020, Thèmes & Commentaires, 978-2-247-19610-4. hal-02114304

HAL Id: hal-02114304

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-02114304v1>

Submitted on 1 Feb 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'alerte éthique au service de la déontologie ?

par Danièle Lochak,
professeure émérite de droit public de l'université Paris Nanterre
(CREDOF)

in Alexis Zarca (dir.), *Les outils au service de la déontologie. Regards croisés dans la fonction publique et dans l'entreprise*,
Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2020, pp. 157-170

L'intitulé de cette contribution appelle quelques commentaires liminaires. L'expression « alerte éthique » ne figure dans aucun des textes législatifs ou réglementaires destinés à protéger le lanceur d'alerte¹. Mais elle est couramment utilisée dans la littérature sociologique, militante ou médiatique qui s'intéresse au phénomène de l'alerte. Le qualificatif « éthique » laisse entendre, au moins de façon subliminale, que l'alerte est essentiellement dictée par des impératifs de conscience, par l'idée que le lanceur d'alerte se fait du bien ou de la justice, tandis que l'expression « alerte civique », qu'elle a supplantée, met plutôt l'accent sur le fait que le lanceur d'alerte, soucieux du respect de la légalité et de l'intérêt général, agit en tant que citoyen responsable.

Comment, dès lors, s'articulent conceptuellement l'éthique et la déontologie ? Si l'éthique penche incontestablement du côté des valeurs, la déontologie suppose elle aussi le respect d'un certain nombre de valeurs telles que le désintéressement, la probité, l'honneur, la loyauté. Mais ce respect s'impose par la médiation des règles qui établissent les devoirs et obligations régissant l'exercice d'une profession, sachant que la violation de ces règles, dotées d'une portée impérative, peut donner lieu à des sanctions professionnelles, parfois même pénales. Alors que les contraintes déontologiques sont imposées de l'extérieur, les pratiques et comportements dictés par l'éthique sont *a priori* le fruit d'une décision individuelle et autonome. *A priori*, précisons-nous, parce qu'il arrive que l'éthique soit à son tour formalisée, à l'image des lois dites, justement, « de bioéthique », qu'elle devienne, en somme, à son tour, « normative ».

Si l'éthique excède le seul champ de l'exercice des professions, elle peut néanmoins y trouver sa place. À la différence de la déontologie, composée de règles formelles et explicites, l'éthique professionnelle revêtirait « des formes plus diffuses » et serait dotée d'une fonction critique, visant par exemple à arbitrer certains dilemmes moraux auxquelles la déontologie ne donne pas de réponses².

Mais la différence entre l'éthique, qui serait « personnelle, réflexive et facultative », et la déontologie, « collective, fixée et obligatoire », pour reprendre les oppositions suggérées par Alexis Zarca³, ne tend-elle pas à s'atténuer en même temps que se rapprochent les impératifs de l'entreprise et ceux de l'administration ?

Si la fonction publique est le lieu traditionnel de la « déontologie » (encore que le terme n'ait fait son apparition dans le statut qu'avec la loi du 20 avril 2016, dont le chapitre IV s'intitule désormais « Des obligations et de la déontologie »), on parle plus volontiers d'« éthique » dans le monde de l'entreprise. L'affichage des valeurs serait une façon, dit Alexis Zarca, de « réconcilier le profit et la vertu ». Chartes éthiques ou codes de déontologie : au-delà de la terminologie il s'agit bien dans les deux cas de fixer aux dirigeants comme aux salariés et aux agents des règles de conduite. Les dispositifs d'alerte mis en place doivent permettre de dévoiler les manquements à ces règles et de les faire cesser.

¹ L'expression « alerte éthique » figure dans la description de l'objet du décret du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte, mais non dans le texte lui-même.

² Danièle Siroux, in M. Canto-Sperber (dir.), *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 3^e éd., 2001.

³ Alexis Zarca « L'instrumentation des déontologies de l'activité professionnelle », *supra*, introduction.

Ces préalables rappelés, on montrera que si l'alerte a été aspirée dans la sphère de la déontologie (I), le champ de l'alerte et celui de la déontologie ne se recouvrent que partiellement (II). Parfois même, les obligations déontologiques entravent l'action du lanceur d'alerte quand elles ne se retournent pas contre lui (III). Plus généralement, force est de constater qu'en dépit de la profusion de textes la protection du lanceur d'alerte reste mal assurée (IV) au point qu'on peut se demander – et c'est ce que nous ferons en conclusion – si en prétendant lier l'alerte à la déontologie on ne l'enferme pas dans un carcan qui réduit de beaucoup les marges de manœuvre des lanceurs d'alerte.

I. L'alerte aspirée dans la sphère de la déontologie

Le rattachement de la question des lanceurs d'alerte et de leur protection à celle de la déontologie n'allait pas de soi, car les deux problématiques sont distinctes. Ce rattachement est d'abord formel – puisque la protection des lanceurs d'alerte se trouve incorporée dans des textes relatifs à la déontologie. Il est également matériel dès lors que l'alerte est ici mise explicitement au service du respect de la déontologie. Il est conforté par le fait que le dispositif mis en place inscrit – et enserme – l'alerte dans un cadre institutionnel et professionnel.

La protection accordée aux lanceurs d'alerte – même si l'expression n'était pas utilisée – a été dès le départ inscrite dans des textes exprimant des préoccupations déontologiques. On peut citer la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, la loi du 29 décembre 2011 sur la sécurité sanitaire du médicament qui introduit dans le code de la santé publique des dispositions sur les règles déontologiques visant à assurer la transparence et l'impartialité de l'expertise sanitaire, la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique visant à prévenir les conflits d'intérêts et mettant en place une Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) ou encore la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. La loi du 16 avril 2013 sur l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement a mis en place une « commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement » dont la dénomination atteste de façon plus explicite encore le lien fait par le législateur entre déontologie et alerte : elle a pour double rôle de « veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique et technique et aux procédures d'enregistrement des alertes en matière de santé publique et d'environnement ». Enfin, la loi du 20 avril 2016, relative à la déontologie des fonctionnaires, apporte une protection au fonctionnaire ou au militaire qui a « alerté » en relatant des faits relatifs à une situation de conflits d'intérêts – même si l'expression « lanceur d'alerte » n'est toujours pas utilisée.

Les dispositions protectrices contenues dans ces textes ont été abrogées et/ou reformulées par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2, dont l'objet a incontestablement à voir avec la déontologie, même si le terme n'y apparaît pas directement, puisqu'elle vise à éliminer de la vie économique la corruption, le trafic d'influence, la concussion, la prise illégale d'intérêts, le détournement de fonds publics et le favoritisme. Et le chapitre entier qu'elle consacre à la protection des lanceurs d'alerte figure précisément dans le titre I^{er}, relatif à « la lutte contre les manquements à la probité ».

Le lien formel attesté par la formulation et les intitulés des textes recouvre un lien substantiel puisque l'alerte est présentée, dans les hypothèses que l'on vient de rappeler, comme étant mise au service de la déontologie.

Ce lien est enfin procédural. Ainsi, la loi du 20 avril 2016 prévoit la désignation de « référents déontologues » qui, entre autres missions, sont appelés à jouer un rôle dans le processus d'alerte : le fonctionnaire ou le militaire peut en effet témoigner auprès du référent déontologue des faits constitutifs d'un conflit d'intérêts (art. 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 et art. L. 4122-4 du code de la défense). Le décret du 19 avril 2017 pris pour l'application de la loi Sapin 2, qui organise la procédure de recueil des signalements dans toutes les structures

publiques et privées d'au moins cinquante agents ou salariés⁴, prévoit de même que l'auteur du signalement doit pouvoir adresser celui-ci à un « référent » spécialement désigné qui peut être, dans le secteur public, le référent déontologue. D'une façon générale, la procédure décrite à l'article 8 de la loi Sapin 2 semble inscrire l'alerte dans le cadre institutionnel où s'expriment les contraintes de la déontologie professionnelle : en effet, sauf danger grave et imminent ou risque de dommages irréversibles, le signalement doit d'abord être porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, de l'employeur ou du référent alerte⁵.

De même, à l'exception de l'immunité pénale prévue pour le lanceur d'alerte qui porterait atteinte à un secret protégé par la loi⁶, le dispositif de protection est étroitement lié au cadre professionnel puisqu'il consiste essentiellement dans l'interdiction des discriminations et des sanctions à l'encontre du salarié, du fonctionnaire ou du militaire qui a dénoncé un crime ou un délit, ou des conflits d'intérêts, ou a lancé une alerte.

II. Le champ de l'alerte et le champ de la déontologie ne coïncident pas

Que le champ de la déontologie excède largement le champ de l'alerte, cela semble assez évident. Comme le relève Olivier Dord⁷, le lanceur d'alerte n'est pas le « garant de droit commun de la déontologie de la fonction publique » et son rôle reste subsidiaire pour y faire respecter les règles déontologiques. Le référent déontologue, de son côté, reçoit mission, d'après la loi du 20 avril 2016, d'apporter aux fonctionnaires « tout conseil utile au respect des obligations et des principes déontologiques » et il n'intervient que secondairement dans le dispositif d'alerte. Le cumul des deux fonctions – celle de référent alerte et celle de référent déontologue – n'est du reste pas systématique, comme le rappelle le guide édicté par la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique, et les deux missions sont distinctes : le référent déontologue « conseille et prodigue un accompagnement personnalisé », tandis que le référent alerte « procède à une évaluation, donne une qualification juridique aux faits qui lui sont soumis et décide de la suite à leur donner »⁸.

Si la loi Sapin 2 met plus nettement en exergue le rôle des lanceurs d'alerte et si les nombreuses autorités de contrôle chargées de la lutte contre la corruption et les divers manquements à la probité (Agence française anticorruption, Autorité des marchés financiers, Autorité de contrôle prudentiel, etc.) peuvent, à l'instar de la HATVP, recueillir des signalements, il est clair que leur rôle et leurs moyens d'action ne se réduisent pas à cette possibilité prévue par la loi.

Inversement, on peut aisément démontrer que l'alerte est loin d'avoir pour seule finalité le respect de la déontologie. Dans une conception étroite, l'alerte reste il est vrai liée à une relation de travail : on a ainsi proposé d'appréhender le lanceur d'alerte comme la personne qui, dans son champ professionnel, constate l'existence d'un danger grave et collectif et qui, après avoir

⁴ Les personnes morales de droit privé d'au moins cinquante salariés – de même que les personnes morales de droit public d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'État, les communes de plus de 10 000 habitants, les départements et les régions – sont tenus de mettre en place des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels.

⁵ C'est seulement dans un second temps et à défaut de réaction du destinataire de l'alerte que celle-ci est adressée à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels. Et finalement, dans un troisième et dernier temps, à défaut de traitement de l'alerte dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public. On reviendra plus loin sur les limites de ce dispositif pour la protection des lanceurs d'alerte.

⁶ L'article 7 de la loi introduit dans le code pénal un article 122-9 ainsi rédigé : « N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la 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. »

⁷ Olivier Dord, « La rénovation du cadre déontologique de la fonction publique », *RFDA* 2018, p. 411

⁸ *Guide déontologique. Manuel à l'usage des responsables publics et des référents déontologues*, p. 65. Téléchargeable ici : <https://www.hatvp.fr/presse/guide-deontologique/>

en vain cherché à faire intervenir ceux qui ont compétence pour y parer, entre dans des stratégies de résistance au risque de s'attirer des mesures de rétorsion⁹.

Mais cette alerte qu'on peut qualifier de professionnelle n'en est qu'une des figures possibles. La représentation dominante du lanceur d'alerte est même sans doute plus proche de celle à laquelle renvoie cette définition : « Toute personne qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général »¹⁰ – ou même, dans une conception encore plus englobante : « Toute personne concernée qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui »¹¹. Il est clair que, dans cette conception élargie, le lien entre alerte et déontologie tend à se distendre jusqu'à éventuellement disparaître.

Le lien entre l'alerte et la déontologie varie donc en fonction de la personne qui alerte et du contenu de ce qui est divulgué : il est plus étroit lorsque l'alerte porte sur des faits imputables à l'institution ou à ses agents, lorsque ces faits enfreignent clairement les règles auxquelles ils doivent se soumettre et qu'elle émane d'un membre de cette institution.

Cette dernière précision n'exclut toutefois pas que des lanceurs d'alerte « externes » puissent concourir au respect des règles déontologiques. Dans l'étude que le Conseil d'État a consacrée en 2016 au « droit d'alerte »¹² il est par exemple rappelé que l'inspection générale de la Gendarmerie nationale (IGGN) a mis en accès libre sur le site internet du ministère de l'intérieur un formulaire de réclamation pouvant être rempli par toute personne souhaitant porter à la connaissance de ce corps de contrôle des faits contraires à la déontologie de la gendarmerie. C'est aussi le cas de l'inspection générale de la Police nationale (IGPN), dont la plateforme de signalement, accessible sur internet, permet à toute personne s'estimant « victime ou témoin d'un comportement susceptible de mettre en cause des agents affectés dans un service de la police nationale » de le signaler à l'IGPN en remplissant un formulaire en ligne.

Dans son article 1^{er}, désormais abrogé¹³, la loi du 16 avril 2013 ouvrait à toute personne, y compris donc des personnes extérieures aux organismes mis en cause, le droit d'alerter sur des comportements susceptibles d'entraîner des risques graves pour la santé publique ou pour l'environnement¹⁴ et plusieurs établissements publics se sont dotés de registres permettant de consigner les alertes dont ils sont saisis en matière de santé publique et d'environnement. On pourrait émettre un doute quant à savoir si on est bien ici dans le champ de la violation des obligations déontologiques, mais le fait d'avoir prévu, pour y veiller, la mise en place d'une Commission nationale *de la déontologie* et des alertes indique que, au moins aux yeux du législateur, il en va bien ainsi.

Il est clair, en revanche, que la définition donnée du lanceur d'alerte par la loi Sapin 2, résultats de longues discussions à l'Assemblée nationale et au Sénat, excède largement le périmètre de la déontologie. Le souci de couvrir le maximum d'hypothèses l'a finalement emporté sur celui d'éviter le flou en énumérant de façon précise les motifs de signalement et la nature des risques qui le justifient, ce qui a abouti à cette formulation très large :

⁹ Christine Noiville et Marie-Angèle Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », EDP Sciences/Natures Sciences Sociétés 2006/3.

¹⁰ Francis Chateauraynaud, « Lanceur d'alerte », in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, consultable en ligne: www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte.

¹¹ Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, Protection des « donneurs d'alerte » de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹² Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Les études du Conseil d'État, 2016, p. 45.

¹³ L'article 6 de la loi Sapin 2 qui définit le lanceur d'alerte ne fait plus explicitement référence aux risques pour la santé publique ou l'environnement, mais sa formulation est suffisamment générale, ont estimé les parlementaires, pour inclure cette hypothèse (voir plus loin).

¹⁴ Art. 1^{er} : « Toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement ».

« Un lanceur d'alerte est 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 ».

La référence à la menace grave pour l'intérêt général permet d'inclure la dénonciation d'actes qui ne seraient pas – ou pas encore – interdits par les textes, telle l'optimisation fiscale, dont l'exemple a servi de boussole aux parlementaires.

Cette définition extensive du lanceur d'alerte, qui excède à la fois le champ de la relation de travail et celui de la déontologie, est cohérente avec la conception défendue par les ONG ainsi qu'avec la recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui évoque « les personnes qui font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général »¹⁵. Mais du coup le contraste, pour ne pas dire le hiatus, entre cette définition large de l'article 6 et la procédure décrite à l'article 8 que doit respecter le lanceur d'alerte, tout entière enfermée dans un cadre institutionnel, est frappant, au point de poser des questions d'interprétation. C'est ce qu'ont tenté de faire valoir les sénateurs auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel : à leurs yeux, l'article 8 méconnaissait l'objectif d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi. Le Conseil constitutionnel en a jugé autrement : il a confirmé que la définition de l'article 6 excédait le champ de l'article 8 dont les dispositions – comme celles des articles 10 à 12 qui protègent le lanceur d'alerte contre les mesures de rétorsion – ne s'appliquent qu'aux signalements émanant de personnes ayant un lien professionnel avec l'organisme concerné ; mais il a considéré que les dispositions contestées n'étaient pas pour autant inintelligibles, dès lors que la définition de l'article 6 peut trouver à s'appliquer à d'autres procédures d'alerte instaurées par le législateur en dehors du champ professionnel.

III. La déontologie contre le lanceur d'alerte

S'il est entendu que l'alerte peut être mise au service de la déontologie, elle peut, paradoxalement, se heurter aux obligations déontologiques auxquelles est soumis le lanceur d'alerte dans l'institution – entreprise ou administration – à laquelle il appartient : secret des affaires, secret professionnel, réserve, obéissance, loyauté. De sorte que le signalement effectué au nom du droit d'alerte court le risque d'être interprété comme la violation d'une obligation déontologique. Le paradoxe, certes, n'en est pas tout à fait un dans la mesure où c'est précisément la conscience du risque pris par le lanceur d'alerte qui justifie la mise en place d'un dispositif de protection ; mais cette contradiction potentielle fragilise la protection accordée.

S'agissant des fonctionnaires, la difficulté de concilier l'alerte avec les obligations déontologiques inhérentes à leur statut a été mainte fois soulignée¹⁶ : l'alerte est difficilement compatible avec l'obligation d'obéissance hiérarchique qui suppose que l'agent applique les ordres de ses supérieurs aussi longtemps qu'ils ne sont pas manifestement illégaux et que leur exécution n'est pas de nature à compromettre gravement un intérêt public ; elle se concilie mal avec le secret professionnel et l'obligation de discrétion professionnelle, qui interdisent de divulguer des faits ou informations dont les agents ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, en vue de protéger les secrets de l'administration –

¹⁵ « Protection des lanceurs d'alerte », Recommandation CM/Rec(2014)7, adoptée le 30 avril 2017.

¹⁶ Tous les auteurs convergent sur ce point. Voir par exemple : S. Pringault, « L'obligation de réserve des agents publics face au devoir de dénonciation des infractions pénales. Une inadaptation du droit français à la problématique du whistleblowing », *Droit administratif*, n° 4, avril 2012, étude 8 ; J.-F. Foegle et S. Slama, « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], URL : <http://revdh.revues.org/628> ; S. Dyens, « La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-elles compatibles ? », *Act. Jur. Coll. Terr.* 2012, p. 557 ; Samuel Dyens, « Le lanceur d'alerte dans la loi "Déontologie", un traitement toujours insuffisant », *AJ Collectivités Territoriales* 2016 p. 301.

ceux-là mêmes que le signalement dévoile au grand jour ; elle entre en conflit avec le devoir de réserve lorsqu'elle donne une publicité aux comportements critiquables de l'administration à laquelle on appartient. La Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que l'obligation de discrétion très stricte imposée aux fonctionnaires était justifiée, dès lors qu'en raison de leur position ils « ont souvent accès à des renseignements dont le gouvernement, pour diverses raisons légitimes, peut avoir un intérêt à protéger la confidentialité ou le caractère secret »¹⁷.

L'agent peut même être soumis à des injonctions contradictoires quand la loi lui impose une obligation de signalement, comme c'est le cas de l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale. La question s'est notamment posée de savoir comment s'articulait cette obligation avec la discrétion professionnelle à laquelle ils sont tenus et avec l'obéissance hiérarchique. Le Conseil d'État a jugé qu'un agent public avait pu, sans commettre de faute, transmettre directement au procureur de la République la relation de faits dont il avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions sans en référer à l'autorité hiérarchique¹⁸. Mais, comme le relève Christian Vigouroux, si la voie hiérarchique n'est pas obligatoire, il est naturel, compte tenu de l'importance et des conséquences d'une telle dénonciation pour le bon fonctionnement de l'administration, que la hiérarchie entende organiser et orienter les politiques de signalement à la justice¹⁹. Dans les faits, la dénonciation faite au parquet n'est pas sans danger pour son auteur : outre qu'elle peut être considérée par ses collègues ou par sa hiérarchie comme intempestive et entraîner des mesures de rétorsion, elle peut aussi, *a fortiori* si les preuves apportées ne suffisent pas à convaincre le parquet d'y donner suite, être assimilée à un manquement au devoir de réserve justifiant une sanction disciplinaire pour avoir jeté l'opprobre sur le service. De telles hypothèses n'ont rien de fantasmagique : le législateur n'aurait pas, sinon, jugé utile d'inscrire dans la loi, sur le modèle de la protection accordée aux lanceurs d'alerte, l'interdiction de léser un agent public dans sa carrière « pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions », autrement dit pour s'être conformé à l'obligation prévue dans le CPP²⁰.

La loyauté, enfin, apparaît comme une obligation déontologique exigée aussi bien des salariés d'une entreprise que du fonctionnaire. Or l'alerte, dont on a pu dire qu'elle « intégrait au cœur de la relation de travail une logique d'insubordination »²¹, a toutes les chances d'être ressentie comme une remise en cause de la loyauté normalement due à l'institution à laquelle on appartient. Révéler une information, c'est rompre un secret, porter atteinte à la relation de confiance et de solidarité qui doit prévaloir dans une collectivité. La Cour européenne des droits de l'Homme, se situant sur le terrain de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention et des limites qui peuvent lui être apportées, a reconnu la légitimité de l'obligation de loyauté imposée tant aux fonctionnaires (*Guja c. Moldova*, 2008²²) qu'aux salariés du secteur privé (*Heinisch c. Allemagne*, 2010²³). Elle en a déduit que celui qui veut divulguer des informations doit s'adresser prioritairement à ses supérieurs, éventuellement à une autre autorité compétente. Elle a néanmoins jugé, dans la première affaire, qu'un agent était fondé à alerter l'opinion publique par la voie de la presse face à l'inaction prolongée de sa hiérarchie pour faire cesser les agissements litigieux, dès lors que la divulgation de ces agissements, faite de bonne foi, servait l'intérêt général ; et, dans la seconde, elle a considéré qu'à partir du moment où l'employeur avait été averti à mainte reprise, mais en vain, de l'existence de graves

¹⁷ Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, n° 14277/04

¹⁸ CE, 15 mars 1996, *Guigon*, n° 146326, mentionné aux tables.

¹⁹ Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2^e éd., 2012, p. 496.

²⁰ Art. 6 *ter*, A de la loi du 13 juillet 1983, dans sa version issue de la loi du 6 décembre 2013 et encore en vigueur.

²¹ Olivier Leclerc, « La protection du lanceur d'alerte », in Emmanuel Dockès (dir.), *Au cœur des combats juridiques*, Dalloz, 2007, p. 298

²² Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, n° 14277/04, précité.

²³ Cour EDH, 21 juillet 2010, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28174/08

carences dans le fonctionnement de l'institution, susceptibles de recevoir une qualification pénale, l'employée était déliée de son obligation de loyauté et qu'elle avait pu décider, usant de sa liberté d'expression, de divulguer les faits au public, fût-ce au prix de l'atteinte portée à la réputation de l'entreprise.

Le caractère tout en nuances de cette jurisprudence reflète la difficulté de concilier des impératifs contradictoires : d'un côté, l'intérêt qui s'attache au signalement de faits délictueux ou de pratiques néfastes ; de l'autre, le souci de protéger les secrets ou la réputation d'une institution et de ne pas affaiblir l'autorité en son sein.

IV. Une protection insuffisamment assurée

On comprend, compte tenu de ce qui a été dit précédemment, que celui qui lance un signalement ne puisse jamais être certain de la qualification qui sera finalement donnée à son acte et donc qu'il pourra bénéficier de la protection prévue par les textes. Or les lois adoptées récemment ne permettent pas d'éliminer cette incertitude, à la fois en raison du flou des formulations utilisées et du fait qu'elles subordonnent l'acceptabilité de l'alerte au respect d'un formalisme très contraignant.

Tous les commentateurs se sont accordés pour souligner l'incertitude de l'objet sur lequel peut porter l'alerte légitime tel qu'il est formulé à l'article 6 de la loi Sapin 2²⁴. L'objectif louable d'ouvrir très largement le champ de l'alerte, d'une part, d'harmoniser le régime de protection en unifiant des dispositifs jusque-là éparpillés, d'autre part, a conduit le législateur à opter pour des formules « balais » généralisantes, plutôt que d'énumérer les objets pouvant faire l'objet de signalements²⁵. Ainsi, la loi inclut dans l'alerte légitime le signalement d'un crime ou d'un délit – mais non d'une contravention : cela suppose que le lanceur d'alerte soit en mesure de qualifier pénalement les pratiques qu'il dévoile. Le texte évoque ensuite la « violation grave et manifeste d'engagements internationaux » : le champ virtuellement couvert par cette expression est extrêmement large et seuls des spécialistes pointus sont à même d'avoir une vision (à peu près) exacte des obligations qui découlent de façon certaine des engagements internationaux de la France. À cela s'ajoute l'utilisation du qualificatif « grave ou manifeste », qui rend toute appréciation ex-ante périlleuse : il s'agit là de « standards »²⁶, et c'est au juge qu'il reviendra de dire, ex-post, si la violation était ou non « grave et manifeste ».

La remarque vaut plus encore s'agissant de la révélation d'une « menace ou [d'] un préjudice graves pour l'intérêt général ». On a relevé plus haut la raison d'une telle insertion dans la loi, telle qu'elle ressort des débats parlementaires : elle vise à protéger des personnes qui révèlent des pratiques scandaleuses mais ne tombant pas sous le coup des normes en vigueur. Ici, il incombera au lanceur d'alerte à la fois d'apprécier la notion – vague s'il en est – d'intérêt général puis de soupeser la gravité de la menace ou du préjudice auxquels il entend parer par son alerte. Ce n'est qu'après coup, là encore, qu'il saura s'il a eu raison ou tort de faire son signalement, si celui-ci répondait bien aux critères légaux qui lui procureront la protection prévue par les textes ou s'il s'expose à être sanctionné. Comme l'a relevé un auteur, la situation est assez proche de celle du fonctionnaire qui se demande si l'ordre reçu de son supérieur

²⁴ Citons, parmi de multiples commentaires : Samuel Dyens, « Le lanceur d'alerte dans la loi “Sapin 2” : un renforcement en trompe-l'œil », *AJ Collectivités Territoriales* 2017 p.127 ; Emmanuel Daoud, Solène Sfoglia, « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi Sapin II », *AJ Pénal* 2017 p.71 ; François Barrière « Les lanceurs d'alerte », *Revue des sociétés* 2017 p.191.

²⁵ Ont ainsi été abrogés (art. 15 de la loi Sapin 2) les dispositions du code de la santé publique sur l'alerte en matière de santé publique et d'environnement ou de sécurité sanitaire, les dispositions du code du travail relatives au signalement de faits de corruption. Subsiste en revanche, dans le statut de la fonction publique et dans le code de la sécurité publique, la référence spécifique au signalement des conflits d'intérêts.

²⁶ On entend par là des notions sans contenu déterminé qui sont simplement des instruments d'évaluation des situations concrètes. Ils induisent nécessairement une démarche casuistique débouchant sur des jugements d'espèce, au détriment de la sécurité juridique.

hiérarchique est « manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public » et s'il est donc autorisé à y désobéir²⁷.

La terminologie utilisée par le législateur n'est donc guère compatible avec l'objectif de sécurité juridique. Et surtout, autant d'incertitudes risquent de s'avérer très dissuasives en pratique.

L'autre raison pour laquelle la protection semble insuffisamment assurée, c'est qu'elle est conditionnée par le respect des procédures, parfois très précises et contraignantes, prévues par les textes. C'est le cas de l'immunité pénale, inscrite désormais à l'article 122-9 du code pénal accordée à la personne qui, par la divulgation de certains faits, a porté atteinte à un secret protégé par la loi²⁸. Pour en bénéficier, il faut que cette atteinte soit « proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause » (proportionnalité qui sera appréciée par le juge, là encore, ex-post), que son auteur réponde aux critères de définition du lanceur d'alerte posée à l'article 6 de la loi Sapin 2, et enfin qu'elle intervienne dans le respect des procédures prévues par la loi²⁹.

C'est le cas également des garanties accordées au lanceur d'alerte contre les mesures de rétorsion dont il pourrait être victime. Le salarié est protégé par les dispositions de l'article L. 1132-3-3 du code du travail qui interdisent toute sanction ou mesure discriminatoire à l'encontre d'une personne qui aurait « relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions » ou « signalé une alerte dans les conditions prévues par les articles 6 à 8 de la loi Sapin 2 ». Toute mesure prise en méconnaissance de ces dispositions est nulle de plein droit. En cas de litige, l'intéressé bénéficie de l'allègement de la charge de la preuve sur le modèle qui prévaut en matière de lutte contre les discriminations³⁰. Dans les mêmes hypothèses ou lorsqu'ils dénoncent une situation de conflit d'intérêts, les fonctionnaires et les militaires sont protégés respectivement par l'article 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983 et l'article L. 4122-4 du code de la sécurité, dont la rédaction est proche de celle du code du travail. Enfin, le juge peut ordonner la réintégration de la personne qui aurait fait l'objet d'un licenciement, d'un non renouvellement de son contrat ou d'une révocation, le cas échéant en référé³¹.

Mais cette protection disparaît si le signalement a été effectué sans respecter les contraintes imposées par la loi, notamment la procédure graduée détaillée à l'article 8 de la loi Sapin 2³².

²⁷ Samuel Dyens, « Le Lanceur d'alerte dans la loi "Sapin 2" ... », précité.

²⁸ Voir *supra*, note 6.

²⁹ Donc pas nécessairement dans le respect de la procédure décrite à l'article 8 de la loi Sapin 2, ce qui est logique puisque l'immunité pénale a vocation à s'appliquer au-delà du périmètre de l'alerte professionnelle, d'une part, que les contraintes imposées aux fonctionnaires et aux militaires peuvent s'éloigner de ce modèle, d'autre part : voir plus loin.

³⁰ Art. L. 1132-3-3, al. 3 : « En cas de litige [...], dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, ou qu'elle a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

³¹ Cette faculté, introduite par la loi Sapin 2, figure à l'article L. 911-1-1 du code de justice administrative. La loi a par ailleurs précisé, à l'article 12, que le salarié pouvait, en cas de rupture du contrat de travail, saisir le juge des référés qui peut ordonner toute mesure conservatoire ou de remise en état, y compris la réintégration du salarié (art. R. 1455-6 et 1455-7 du code du travail). Le conseil des prud'hommes de Lyon, dans un jugement du 17 avril 2019, a fait une première application de ces dispositions (v. Juliette Alibert et Jean-Philippe Foegle, « Première victoire d'un lanceur d'alerte en référé sous l'empire de la loi « Sapin II ». », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], <http://journals.openedition.org/revdh/6313>)

³² En dépit de la définition de l'article 6 qui inclut dans les objets de l'alerte le signalement d'un crime ou d'un délit, la dénonciation de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime n'est pas subordonnée à la procédure de l'article 8 et elle n'implique pas l'obligation, pour le fonctionnaire, d'avoir alerté au préalable l'autorité hiérarchique, comme on l'a relevé plus haut (v. *supra*, III et note 18). La cour de cassation, de son côté, rattachant à la liberté d'expression le droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, a jugé que « le fait pour un salarié de porter à la connaissance du procureur de la République des faits

Ces contraintes ne paraissent pas par elles-mêmes contraires à la jurisprudence de Strasbourg déjà citée : la Cour, pour donner raison à des lanceurs d'alerte sanctionnés pour avoir dénoncé publiquement des pratiques délictueuses, a souligné dans chaque affaire que la divulgation publique faisait suite à l'inaction prolongée des autorités hiérarchiques. Reste que l'existence de ces contraintes procédurales, outre qu'elle allonge considérablement la durée du processus au risque d'entraver l'efficacité de l'alerte, peut avoir un effet dissuasif ou aboutir, si elles n'ont pas été scrupuleusement respectées – et alors même qu'elles ne sont pas sans poser des problèmes d'interprétation³³ –, à priver l'auteur du signalement de la protection inscrite dans les textes.

Rappelons les trois étapes du signalement posées par la loi Sapin 2. Il doit impérativement, dans un premier temps, être porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. Cette obligation constitue à l'évidence un premier frein et peut même représenter un obstacle dirimant aux yeux du lanceur d'alerte potentiel. Dans un second temps, en l'absence de diligence, dans un délai raisonnable, de la personne destinataires de l'alerte, celle-ci est adressée à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels. Là encore, la notion de délai raisonnable est trop imprécise pour être sécurisante, alors qu'elle conditionne la possibilité légale de passer à la seconde étape. Enfin, à défaut de traitement dans un délai de trois mois par les autorités saisies – ici le délai est précisé, mais on peut penser qu'il est bien long... –, le signalement peut être rendu public. Aucune précision là non plus sur les modalités acceptables de cette publicité, alors qu'on se trouve ici face à un des aspects les plus sensibles en matière d'alerte, comme l'ont montré une série d'affaires phares, puisque la publicité va enfreindre frontalement l'obligation de discrétion ou l'obligation de réserve. La première étape peut être ignorée « en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles » – autant de « standards » dont l'appréciation finale reposera entre les mains du juge – et le signalement peut être porté directement devant l'autorité judiciaire ou administrative. Il peut, ajoute la loi, être rendu public, sans qu'on sache comment s'articulent la saisine des autorités et la publicité donnée à l'alerte et si elles sont concomitantes, consécutives ou alternatives. Toutes ces incertitudes signifient pour le lanceur d'alerte autant de risques qu'il lui faudra beaucoup de courage pour braver.

*

Que le législateur ait entendu mettre l'alerte au service de la déontologie n'est pas douteux. Mais cette alerte-là, étroitement finalisée, strictement encadrée, n'a qu'un lointain rapport avec l'« alerte éthique » telle que la thématique en a surgi dans l'espace public il y a maintenant un peu plus d'une dizaine d'années. S'est ainsi trouvée valorisée la figure du lanceur d'alerte qui, en prenant le risque d'obéir à ce que lui dicte sa conscience, en utilisant pleinement sa liberté d'expression, contribue à rendre effectif le droit à l'information et à renforcer la démocratie.

Il n'est pas illégitime de vouloir utiliser les procédures d'alerte pour faire reculer la corruption, les conflits d'intérêts, la fraude fiscale ou pour mieux se prémunir contre les risques sanitaires et environnementaux. Mais les dispositifs mis en place, au-delà de cette fonction affichée, ont une fonction latente : ils visent à renforcer la légitimité des institutions publiques ou privées, en mettant en avant l'existence d'un contrôle plus efficace sur la conformité de leurs

concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitu[ait] pas en soi une faute » et que le licenciement du salarié était donc entaché de nullité (Cass. soc. 30 juin 2016, n° 15-10557).

³³ Plusieurs commentateurs ont par exemple souligné les incertitudes concernant l'articulation entre la loi déontologie et la loi Sapin 2 : ainsi, l'alinéa 2 de l'article 6 *ter* A, issu de la loi Sapin 2, subordonne la protection contre les mesures de rétorsion au respect de la procédure graduée décrite à l'article 8, tandis que l'alinéa 4, issu de la loi déontologie, dit seulement que dans les cas d'un conflit d'intérêt le fonctionnaire doit avoir alerté en vain l'autorité hiérarchique ou le référent déontologue avant de lancer l'alerte.

pratiques aux exigences de la loi, de la déontologie et de l'éthique. Or cette fonction latente ne l'emporte-t-elle pas sur la fonction première dès lors que, justement, l'efficacité du dispositif d'alerte est loin d'être garantie ? Car, comme on a tenté de le démontrer dans les développements qui précèdent, la reconnaissance officielle des lanceurs d'alerte a eu pour contrepartie un encadrement strict des procédures de signalement de nature à brider leur élan. Comme, par ailleurs, cet encadrement laisse subsister trop d'incertitudes pour écarter les risques de représailles auxquels tout lanceur d'alerte s'expose, on peut craindre que les vocations ne soient finalement plus rares que ne l'espérait le législateur.