

TEXTE DE COMPROMIS DU TRILOGUE DU 14 MARS 2019

PROPOSITION DE DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL SUR LA PROTECTION DES PERSONNES DENONÇANT LES INFRACTIONS AU DROIT DE L'UNION.

Le 23 Avril 2018, la Commission Européenne, qui a l'initiative législative, présentait la proposition de directive mentionnée. Le 20 Novembre, la Commission juridique du Parlement Européen adoptait le rapport amendé de la rapporteure Virginie Rozière. Le 25 Janvier 2019, le Coreper (pour le Conseil de l'Union Européenne) s'accordait à son tour sur un texte amendé, en retrait de celui du Parlement, et le 29 janvier 2019 il entamait ses négociations avec le Parlement dans le but de parvenir à un texte unique, qui pourrait être voté lors de la dernière plénière du Parlement avant les élections européennes (le 16 avril 2019).

Dans la nuit du 11 au 12 Mars 2019, notamment grâce à l'intervention de la société civile et d'une coalition de 80 ONG (dont TI), les trois institutions européennes (Commission, Parlement, Conseil) se sont accordées sur un texte de compromis répondant à nos principes directeurs et la majeure partie de nos recommandations (note de position du 2 août 2018).

Le point principal de blocage, à savoir une procédure de signalement graduée à trois paliers, à laquelle la France était attachée (avec l'Allemagne, l'Italie et le Portugal puis la Hongrie, l'Autriche et la Suède), a en effet été levé. Le texte adopte une procédure de signalement graduée à deux paliers 1/ voie interne ou externe [autorités compétentes], 2/ révélation publique) et élargit la possibilité de divulgation publique au-delà de la procédure d'urgence. Cette souplesse des paliers conforme à nos recommandations (pour la loi Sapin 2 comme pour la directive) permettra, lors de la transposition de la directive, une clarification et un amendement du dispositif français - dans le cadre du champ matériel restreint de la directive (les « manquements à la loi »), ou du champ matériel étendu à la définition française (loi Sapin 2, incluant « menace ou préjudice graves pour l'intérêt général »).

Avec la suppression de la sanction pour « signalements malveillants ou abusifs », à laquelle se substitue une sanction pour signalement ou révélation « sciemment mensongers », disparaissent ainsi les deux failles préoccupantes que nous avons détectées dans le texte de la Commission.

La seule exception à nos recommandations demeure le caractère restreint du champ matériel, excluant en sus « emploi, conditions de travail, droits des travailleurs, principe d'égalité des chances et du traitement hommes/femmes au travail » (amendement du Parlement en vertu des articles 153 et 157 du TFUE¹)), mais cette extension du champ matériel est envisagée dans l'article traitant de la révision de la directive.

A noter par ailleurs que le champ personnel est limité à la personne physique, dans le cadre de la relation de travail (au sens large).

Enfin si le principe de la réparation intégrale des dommages, trop souvent oublié, exclu des arbitrages politiques mais adopté par la Commission juridique du Parlement le 20 novembre 2018, semblait acquis, son effectivité est paradoxalement brouillée par la précision concomitante « conformément à la législation nationale » - laquelle législation est comme on le sait variable en termes de réparation. Intégrale (et sans plafond) en cas de licenciement suite à une alerte au Royaume Uni ou en France, elle peut être sinon limitée de 6 mois à 5 ans, selon le droit procédural national. Cette ambiguïté pourra être levée dans le cadre des transpositions par les Etats membres.

Pour mémoire, voir la position détaillée et les recommandations du mouvement TI [ici](#).

¹ Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne

I. CHAMP MATERIEL

En vertu du principe de subsidiarité, **le champ matériel**² demeure restreint :

aux manquements à la loi » (breach of law) : « actes ou omissions contraires au droit de l'Union ou contraires à l'objet ou à la finalité des règles du droit de l'Union»

a/ dans le champ défini par l'Annexe (Part I et II) et les 12 domaines suivants: passation des marchés publics ; services, produits et marchés financiers, prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme ; sécurité des produits ; sécurité des transports ; protection de l'environnement ; sûreté nucléaire ; sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, santé et bien-être des animaux ; santé publique ; protection des consommateurs ; protection de la vie privée et des données personnelle, sécurité des réseaux et des systèmes d'information.

b/ ou affectant les intérêts financiers de l'Union (article 325 du TFUE)

c/ ou relatifs au marché intérieur (article 26(2) du TFUE)

Les Etats membres peuvent étendre le champ matériel de cette protection en vertu de leur législation nationale.

*Lors la transposition par la France, TI France et les ONG devront être particulièrement vigilants quant à la traduction de « **breach of law** », manquements, infractions à ou violations de la loi, soit la synthèse d'activités illicites et d'abus du droit (texte de la Commission). A noter qu'en droit français par ex la définition de « l'abus de droit », récemment modifiée par la loi de finances 2019³, pourrait inclure l'optimisation fiscale agressive..*

Sont exclus du champ de la directive :

Au plan national : la « sécurité nationale » et notamment les manquements relatifs à la défense ou la sécurité.

Au plan européen et national : l'information classifiée, le secret médical et le secret de la relation client-avocat, le secret des délibérations judiciaires et des règles de procédure pénale.

La directive n'affecte pas le cadre législatif national relatif aux droits des travailleurs de consulter leurs représentants ou les syndicats, **ou relatif à l'autonomie des partenaires sociaux** et leurs droits de conclure des accords collectifs.

II CHAMP PERSONNEL

1/ Un large **champ d'application personnel**⁴, qui s'applique aux **personnes physiques et aux secteurs public et privé - dans le contexte de la relation de travail**, passée, présente ou future: incluant anciens salariés ou candidats, travailleurs indépendants, bénévoles, stagiaires, administrateurs ou actionnaires mais aussi contractants, sous-traitants et fournisseurs.

² Le champ d'application matériel : ce que vous pouvez signaler (canal interne ou autorités compétentes) ou révéler (divulgaration publique).

³ Article L 64 du livre des procédures fiscales.

⁴ Champ d'application personnel : qui peut signaler.

Les mesures de protection peuvent être étendues si nécessaire : au facilitateur (toute personne physique aidant l'informateur dans le cadre du travail, et dont le conseil est confidentiel), aux tierces parties (collègues ou familles) et personnes morales (en lien dans le cadre du travail).

Le champ personnel exclut donc la personne morale en tant que lanceur d'alerte, mais la protection peut être étendue à la personne morale (détenue par l'informateur, pour laquelle il travaille ou avec laquelle il est de quelque manière que ce soit en relation dans le cadre du travail).

2/ La protection est conditionnée par deux critères préalables : la bonne foi (la croyance raisonnable que l'information est vraie au moment de l'énoncé et qu'elle entre dans le champ de la définition) et **le respect de la procédure de signalement.**

Les conditions de la protection incluent donc deux critères préalables également présents dans la loi Sapin 2, mais non le troisième (la connaissance personnelle des faits), sachant nonobstant que l'information recevable est limitée à l'information recueillie dans le cadre du travail.

3/ Anonymat. Hors les obligations inscrites dans le droit de l'Union, la recevabilité ou non des rapports anonymes est du ressort des Etats membres. Cependant les informateurs anonymes dont l'identité se voit ultérieurement dévoilée bénéficient de la protection accordée par la directive (*notre recommandation*).

III PROCEDURE DE SIGNALEMENT

1/ **Le signalement interne** doit être encouragé par les Etats membres.

Des dispositifs d'alerte internes sécurisés sont obligatoires pour les secteurs public et privé :

- pour toute entité publique (ou détenue ou contrôlée par une entité publique)
- pour toute entreprise d'au moins 50 salariés
- au choix des Etats membres, pour toute entreprise de moins de 50 salariés selon la nature de leurs activités et des risques induits, *notamment pour l'environnement et la santé publique*

avec obligation d'un référent « impartial et compétent » (interne ou externe), obligation d'une stricte confidentialité, obligation d'un accusé de réception sous 7 jours et d'un retour diligent au lanceur d'alerte (dans un délai raisonnable qui ne peut excéder 3 mois suivant l'accusé de réception).

Les Etats membres peuvent exempter de cette obligation les municipalités de moins de 10 000 habitants, et toute entité de moins de 50 employés. Les municipalités peuvent mutualiser leurs dispositifs.

Les entreprises de 50 à 249 employés peuvent mutualiser leurs dispositifs.

Les dispositifs doivent pouvoir recueillir des signalements oraux ou écrits, être accessibles aux employés et collaborateurs ou salariés externes (dans le cadre du travail), et fournir toute information sur les autorités compétentes nationales ou européennes légalement aptes à recueillir un signalement externe.

2/ **Le signalement externe (autorités compétentes nationales ou de l'Union)** est autorisé, soit à l'issue d'un signalement interne vain, soit directement.

Les Etats membres doivent désigner les autorités compétentes pour le recueil et traitement des signalements, les doter des ressources nécessaires et s'assurer que ces autorités mettent en place des dispositifs d'alerte indépendants, autonomes et sécurisés (pour des signalements oraux ou écrits), avec obligation de stricte confidentialité, obligation d'un accusé réception sous 7 jours, de traitement diligent du dossier et de retour au lanceur d'alerte dans un délai raisonnable qui ne peut excéder 3 mois (ou 6 mois en des cas « dûment justifiés »). Les équipes doivent être formées.

Les Etats membres peuvent prévoir qu'après examen attentif, les autorités peuvent décider qu'un signalement est « clairement mineur » et ne demande aucun suivi – sans préjudice du traitement de ce

signalement dans le cadre normal du droit national et sans préjudice de la protection accordée par la directive. Auquel cas cette décision motivée est notifiée à l'informateur.

Ils peuvent prévoir de même que des signalements répétitifs et sans éléments nouveaux (légaux ou factuels) sur des dossiers déjà classés ne nécessitent pas de suivi. Ils peuvent également prévoir une priorisation du traitement des dossiers en fonction de leur gravité et urgence, sans préjudice du temps légal de retour dû au lanceur d'alerte. Enfin ils doivent s'assurer que tout signalement reçu par une autorité dénuée de cette compétence est transmis avec diligence à l'autorité compétente, en informant le lanceur d'alerte.

L'information sur ces dispositifs doit être accessible sur les sites web et mentionner notamment la définition et les conditions de la protection garantie, les contacts utiles, la confidentialité des identités et informations, les protections offertes dont l'irresponsabilité civile et pénale, la possibilité d'un conseil confidentiel.

A noter une obligation de révision tous les 3 ans des procédures et dispositifs des autorités compétentes.

3/ La révélation publique est autorisée, si l'une des conditions suivantes est remplie :

- **l'alerte interne ou externe est demeurée vaine** au terme du délai mentionné (3 mois, 3 à 6 mois)
- **le lanceur d'alerte a des motifs raisonnables de croire** que :
le manquement à la loi peut constituer **un danger imminent et manifeste**, telle une situation d'urgence ou de risque de dommage irréversible ; ou
en cas d'alerte externe, s'il y a un risque de représailles ou une faible probabilité de traitement effectif de l'alerte, en raison des circonstances de l'espèce, telle le risque que les preuves soient dissimulées ou détruites, ou si ladite autorité est elle-même en collusion avec l'auteur du manquement à la loi ou impliquée dans celui-ci.

La directive est évidemment sans incidence sur toute information transmise à la presse en vertu de clauses spécifiques du droit national relatives à la liberté d'expression et d'information.

Enfin la directive, conformément à notre recommandation, consacre un article distinct (13 bis) à la clause de stricte confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte et informations relatives à son identité (mais ni de l'identité de la personne concernée ni de toutes les informations). La levée de cette confidentialité est clairement circonscrite.

A noter que si le seuil français de 50 employés est maintenu pour toute entreprise, l'obligation de dispositif d'alerte est étendue à toute organisation publique, mais avec une possibilité d'exemption de cette obligation par les Etats membres pour les communes de moins de 10 000 habitants et les organisations de moins de 50 salariés (soit le dispositif français Sapin 2).

Le texte adopte en revanche une procédure de signalement graduée à deux paliers (1/ voie interne ou externe [autorités compétentes], 2/ révélation publique) conforme à nos recommandations, conforme à la procédure française en cas de signalement de crimes ou délits (mais avec une définition plus large que les seules infractions pénales) mais différente de la procédure Sapin 2 ordinaire à trois paliers (1/ voie interne, 2/ autorités compétentes, 3/ révélation publique). D'une part la procédure sectorielle à deux paliers (crimes ou délits) se trouvera ainsi clairement intégrée au régime général, d'autre part à l'occasion de la transposition de la directive, cette procédure plus souple à deux paliers pourrait être étendue au régime général. Transparency France qui avait notamment soutenu une telle procédure à deux paliers au travers de la PPL Galut, puis de tous les débats parlementaires de la loi Sapin 2, sera particulièrement vigilante sur ce point.

Enfin le texte élargit la possibilité de divulgation publique au-delà de la procédure d'urgence française (reformulée), puisqu'elle ajoute en cas d'alerte externe les deux dérogations britanniques ou irlandaises (risque de représailles ou risque de dissimulation ou de destruction de preuves) et la dérogation française portée par TI et la coordination des ONG alerte, puis reprise par l'AFA, de compromission des hiérarchies [des autorités] avec l'auteur du délit.

A noter également que pour le canal de signalement interne (palier 1), si la législation française ne précise pas le « délai raisonnable » à l'issue duquel l'employé peut utiliser la voie externe (palier 2), le texte du

trilogue retient 3 mois (délai administratif médian en Europe, proposé par la Commission). Si la législation française prévoit un délai de 3 mois pour la réponse des autorités avant révélation publique (palier 3), le texte du trilogue le fixe à 3 mois ou 6 mois « en des cas dûment justifiés ». Avec la différence majeure qu'ici le lanceur d'alerte peut indifféremment choisir la voie interne ou externe.

IV MESURES DE PROTECTION contre les REPRESAILLES

Interdiction de toutes représailles, y compris menaces et tentatives, directes ou indirectes.

Obligation d'accès à une information et un conseil indépendants et gratuits, à une assistance effective des autorités, à une aide légale en cas de procédures pénales ou civiles (civiles transfrontières). Possibilité de soutien financier ou psychologique.

Obligation de prendre toutes mesures de protection contre les représailles :

- **Irresponsabilité civile et pénale.** La directive prévoit une irresponsabilité civile et pénale en cas de rupture de toute restriction à divulgation ou de tout secret protégé (y compris le secret des affaires), sous réserve que le lanceur d'alerte ait eu des motifs raisonnables de croire que la divulgation de cette information était nécessaire à la révélation d'un manquement à la loi dans le champ de la directive.
- **Renversement de la charge de la preuve.** Dès lors que le lanceur d'alerte présente des éléments de fait indiquant qu'il a lancé une alerte et subi des représailles, il est présumé que les représailles sont la conséquence du signalement ou de la révélation.
- **Référé conservatoire d'emploi**
- **Réparation intégrale des dommages** subis par le lanceur d'alerte, « conformément au droit national ».

La directive est plus protectrice que la législation française en matière notamment d'information, de soutien et d'assistance légale. A la différence de la législation française, l'irresponsabilité pénale n'est pas conditionnée par le principe de proportionnalité, mais par la bonne foi (la croyance raisonnable de la nécessité de la divulgation).

Conformément à nos recommandations, le principe du renversement de la charge de la preuve a été reformulé. (Contrairement aux standards internationaux, le motif de causalité des représailles était précédemment à la charge du lanceur d'alerte, il est désormais à la charge de l'auteur des représailles).

Comme déjà indiqué supra, le paradoxe de la double affirmation de la réparation intégrale des dommages et de sa restriction dans le cadre national, dû à l'intangibilité du droit procédural national, devra être levé par chaque Etat membre lors de la transposition.

V. SANCTIONS

1/ La directive prévoit l'obligation de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives pour les personnes physiques ou morales en cas d'entrave ou tentative d'entrave au signalement ; mesures de représailles contre les lanceurs d'alerte (et facilitateurs, tierces parties ou personnes morales en lien dans le cadre du travail) ; procédures vexatoires envers les mêmes personnes ; rupture de confidentialité de l'identité ou des informations relatives à l'identité du lanceur d'alerte.

2/ La directive prévoit l'obligation de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives pour les personnes qui auraient fait sciemment des signalements ou révélations mensongers, et des dommages et intérêts afférents conformément au droit national.

Le texte (article 17) prévoit donc deux sanctions nouvelles vis-à-vis de la législation française (en cas de représailles et de procédures vexatoires envers le lanceur d'alerte) mais non des sanctions pour

toutes les obligations prescrites par la directive comme nous le demandions, ou tout au moins des sanctions pour procédures abusives en diffamation (dits procès baillons) comme prévues par la loi Sapin 2, des sanctions pour absence de dispositifs internes, non traitement de l'alerte et pour non information du lanceur d'alerte

Comme déjà mentionné, nous saluons la suppression des sanctions contre les signalements « abusifs ou malveillants », qui créait une confusion dommageable de l'alerte éthique (intérêt général) avec la dénonciation calomnieuse ou la diffamation, alors que de telles législations existent déjà en droit européen et au plan national.

VI. TRAITEMENT plus FAVORABLE et CLAUSE de NON REGRESSION

Conformément à nos préconisations, outre la possibilité offerte à tout Etat membre d'adopter des clauses plus favorables que celles prévues par la directive, une clause de non régression a été ajoutée, ainsi rédigée :

« La transposition de cette directive ne peut en aucune manière constituer un motif de dégradation du niveau de protection déjà accordé par les Etats membres dans les secteurs et domaines visés par la directive ».