

09 Mars 2021

L'assistance financière du lanceur d'alerte

La directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil, adoptée le 23 octobre 2019 et entrée en vigueur le 16 décembre 2019 devra être transposée par les États membres au plus tard au 17 décembre 2021. Elle porte sur la protection des personnes qui signalent les violations du droit de l'Union Européenne. Elle prévoit au Chapitre VI des mesures de protection et de soutien psychologique et financier au lanceur d'alerte.

L'article 20 de la Directive dispose que « 1. Les États membres veillent à ce que les personnes visées à l'article 4 bénéficient, s'il y a lieu, de mesures de soutien et notamment des mesures suivantes:

- a) des informations et des conseils complets et indépendants, qui sont facilement accessibles au public et gratuits, sur les procédures et les recours disponibles, sur la protection contre les représailles, ainsi que sur les droits de la personne concernée;
- b) une assistance effective de la part des autorités compétentes devant toute autorité pertinente associée à leur protection contre les représailles, y compris, lorsque le droit national le prévoit, la certification du fait qu'elles bénéficient de la protection prévue par la présente directive; et
- c) une assistance juridique dans le cadre des procédures pénales et civiles transfrontières conformément à la directive (UE) 2016/1919 et à la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil et, conformément au droit national, une assistance juridique dans le cadre d'autres procédures ainsi que des conseils juridiques ou toute autre assistance juridique.

2. Les États membres peuvent prévoir une assistance financière et des mesures de soutien, notamment psychologique, pour les auteurs de signalement dans le cadre des procédures judiciaires.

3. Les mesures de soutien visées dans le présent article peuvent, le cas échéant, être apportées par un centre d'information ou une autorité administrative indépendante unique et clairement identifiée. »

-La consultation publique initiée par le Ministère de la Justice et qui prend fin au 21 mars 2021 sur la transposition de la Directive en droit français pose clairement la question de savoir si ces mesures d'accompagnement sont envisageables et, si oui, de quelles façons.

Si les mesures de soutien psychologique ne posent pas de difficulté particulière, le principe d'assistance financière est plus délicat. L'article 6 de la Loi Sapin II du 9 décembre 2016 qui instaure le principe de la protection du lanceur d'alerte précise bien que : « 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. »

S'agissant des personnes physiques, la Directive n'exige pas expressément qu'elles agissent « de manière désintéressée et de bonne foi ».

Dans son avis sur la transposition de la directive du 4 octobre 2020, la Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme (CNCDH) confirme les dispositions de la Directive en recommandant qu'une « assistance financière et psychologique » soit accordée aux lanceurs d'alerte¹.

Quelles formes pourraient prendre cette assistance ?

-**Le droit américain** prévoit plusieurs dispositifs de récompense financière pour les lanceurs d'alerte. Ces dispositifs prennent deux formes principales : des lois « qui tam », qui permettent au lanceur d'alerte de porter plainte au nom du gouvernement, et des lois compensatoires qui octroient une somme d'argent à un lanceur d'alerte si les informations qu'il a fournies ont conduit à un recouvrement de fonds par l'État. Ces récompenses sont d'un montant significatif. Ainsi depuis 2011, près de 2 milliards de dollars de sanctions ont été infligés à des sociétés telles que Facebook Fiat Chrysler ou Mylan grâce aux lanceurs d'alerte aux USA avec des rémunérations à la hauteur des enjeux : 700 millions de dollars de primes à la dénonciation ont été payés à 66 personnes depuis 2012. Le Bureau des lanceurs d'alerte a dû gérer en 2019 un nombre record de demandes. «*Nous nous sommes efforcés de rationaliser et d'accélérer considérablement l'évaluation des demandes d'indemnisation des dénonciateurs, et nous nous attendons à voir des améliorations substantielles au cours de l'exercice 2020* », indique la SEC. Des cabinets spécialisés aux USA (ex : le cabinet Zuckerman) démarchent des lanceurs d'alertes principalement européens pour tenter de transférer les dossiers aux USA dont l'extra-territorialité du droit se veut une arme d'intelligence économique et juridique.

La Directive ne semble pas suivre le modèle américain à ce stade en ce qu'elle évoque la possibilité d'une assistance financière et non d'une récompense.

- **Le marché de l'assurance** : La Directive a un champ d'application plus large que les dispositions de la Loi Sapin II, l'article 4 énumère de façon très large les personnes physiques concernées parmi lesquelles figurent les dirigeants d'entreprise². Certaines polices d'assurance Responsabilité civile des mandataires sociaux (ci-après RCMS) prévoient des mécanismes de garantie aux frais de soutien psychologique, frais de protection de l'e-réputation et de réhabilitation de l'image des assurés personnes physiques dont la responsabilité serait mise en cause.

Une extension de garantie RCMS d'accompagnement des entreprises en difficultés peut prévoir le paiement des frais de défense objet d'un accord préalable exprès de l'assureur, de tout expert mandaté par le souscripteur et/ou toute filiale pour accomplir une mission en lien direct avec une procédure d'alerte introduite de façon restrictive pendant la période de validité du contrat à l'initiative :

¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042393830>

² « 1. La présente directive s'applique aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel, y compris au moins : a) les personnes ayant le statut de travailleur, au sens de l'article 45, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris les fonctionnaires ; b) les personnes ayant le statut de travailleur indépendant, au sens de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; c) les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, y compris les membres non exécutifs, ainsi que les bénévoles et les stagiaires rémunérés ou non rémunérés ; d) toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs. »

- du commissaire aux comptes du souscripteur et/ou de toute filiale (art L 234-1 et s. du code de commerce) ou
- des associés ou des actionnaires du souscripteur et/ou de toute filiale (art L 223-36³ et L 225-232⁴ du Code de commerce)
- du président du tribunal de commerce (art L 611-2,1 du Code de commerce) convoquant les dirigeants du souscripteur et/ou de toute filiale ou
- du comité d'entreprise ou des délégués du personnel du souscripteur et/ou de toute filiale (art L 234-3 du Code de commerce).

Ces extensions de garantie ne sont pas des standards marché et ne correspondent pas aux exigences visés par la Directive.

-Des mécanismes de financement : des associations telles que la Maison des lanceurs d'alertes organisent des mécanismes de financement avec le soutien de fondations philanthropiques.

Au-delà de ces initiatives privées la Défenseure des droits⁵ a publié l'avis 20-12 relatif à la transposition en France de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2019 précisant qu'afin de rompre l'isolement des lanceurs d'alerte deux mesures devraient être mises en œuvre :

- un fonds de soutien devrait être créé notamment par les amendes prononcées en cas de manquement à l'obligation de mettre en place des procédures de signalement. Cette aide pourrait être accordée par le fonds à la personne auteur du signalement remplissant les conditions pour bénéficier du régime de protection des lanceurs d'alerte ou sur la base d'une certification donnée par le Défenseur des droits. (ce dernier point serait délicat à mettre en œuvre dans la mesure où toute certification ne pourrait intervenir que post décision judiciaire).
- un mécanisme d'aide juridictionnelle sans condition de ressources devrait leur être accordé dès lors qu'ils remplissent les conditions pour bénéficier du régime de protection des lanceurs d'alerte ou sur la base d'une certification établie par le Défenseur des droits.

La Défenseure des droits jouerait le rôle de garant de cet accompagnement avant même la mise en œuvre de la protection à laquelle ils ont droit en cas de représailles.

Rappelons que les dispositions de l'article 14 de la Loi Sapin II qui portaient sur l'aide ou le secours financier apporté dans certains cas par le Défenseur des droits à un lanceur d'alerte ont été déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.⁶

³ Art L 223-36 du Code de commerce : « Tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes. » (cas des SARL)

⁴ Art L 225 232 du Code de commerce : « Un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse est communiquée au commissaire aux comptes, s'il en existe. » (cas du contrôle des SA)

⁵ Autorité administrative indépendante créée par une loi organique du 29 mars 2011

⁶ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016741DC.htm>