

Novembre 2021

La réforme de la Loi Sapin 2 et la transposition en droit français de la Directive (UE) n°2019/1937 sur le lanceur d’alerte : quels impacts pour les entreprises ?

La France procède à la transposition de la directive européenne du 23 octobre 2019 sur les lanceurs d’alerte¹ alors que ces résultats en matière de lutte contre la corruption stagnent à la 23ème place du classement de Transparency International sur la perception de la corruption, soit la même place qu’en 2015. C’est dans ce contexte que le 16 décembre 2020, la commission des Lois de l’Assemblée nationale a confié aux députés M. Raphaël Gauvain et à M. Olivier Marleix une mission d’évaluation 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.

-Une grande partie des dispositions de la Proposition de Loi n°4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption enregistrée le 19 octobre 2021² porte sur les droits de la défense renforcés et concerne les personnes morales de droit public (administrations publiques, collectivités territoriales et établissements publics). Les axes de propositions visent à :

- ✓ Garantir l’organisation institutionnelle de la politique de lutte contre la corruption et développer des obligations de conformité adaptées aux acteurs publics
- ✓ Favoriser le recours à la convention judiciaire d’intérêt public
- ✓ Renforcer la protection des lanceurs d’alerte
- ✓ Améliorer la transparence des décisions publiques

-Le texte est composé de trois parties et comporte 50 propositions :

- Le Titre Ier rassemble les dispositions relatives à la lutte contre la corruption et les autres atteintes à la probité
- Le Titre II comporte les dispositions relatives à la justice négociée
- Le Titre III porte sur les représentants d’intérêts (lobbying.)

- Ce texte n’est pas isolé mais doit être rattaché dans son analyse à la Proposition de loi n°4398 du 21 juillet 2021 visant à transposer en droit français la directive (UE) 2019/1937 sur la protection du lanceur d’alerte ainsi que la Proposition de loi organique visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d’alerte du 15 juillet 2021³.

- Quelles sont les avancées ou points de blocage identifiés des 50 Propositions faisant l’objet de débats à l’Assemblée Nationale ? Quels sont les impacts concrets pour les acteurs privés ?

¹ La directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil, adoptée le 23 octobre 2019 et publiée au JOUE du 26 novembre 2019 est entrée en vigueur le 16 décembre 2019. Elle doit être transposée par les États membres au plus tard le 17 décembre 2021. Elle porte sur la protection des personnes qui signalent les violations du droit de l’Union. Elle vise à offrir une protection unifiée aux lanceurs d’alerte au sein de l’Union européenne.

² [Proposition de loi n° 4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption \(assemblee-nationale.fr\)](https://www.assemblee-nationale.fr/15/la-proposition-de-loi-n-4586-2021-2022-2023)

³ Modifie la loi organique n° 2011 333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

-Sur la cinquantaine de propositions une vingtaine d'entre elles sont susceptibles d'avoir un impact concret sur la vie d'une entreprise privée.

-Proposition n°1 : Supprimer la condition tenant à la localisation en France du siège social de la société mère, afin de soumettre aux obligations prévues par l'article 17 de la loi Sapin 2 les petites filiales de grands groupes étrangers établies en France, dès lors que la société mère dépasse les seuils prévus par la loi.

Cette mesure novatrice renforce la portée extra-territoriale de la Loi Sapin 2 (article 21) dans le cadre d'une compétition mondiale face au lobbying des Etats-Unis au sein de l'OCDE dont le rapport d'évaluation sur le dispositif français de lutte anti-corruption est attendu pour décembre 2021.

-Propositions n°4 et 5 : Privilégier des contrôles AFA plus courts et ciblés des dispositifs anti-corruption.

Les contrôles des entreprises assujetties ont permis à l'AFA de s'ajuster et de modifier son questionnaire de préparation en 2021 pour y apporter plus de précisions. Les entreprises doivent mettre en œuvre des mesures de conformité anticorruption et se doter d'un dispositif de prévention et de détection des atteintes à la probité dont la robustesse doit être régulièrement testée dans le cadre des dispositifs de contrôle et audit internes avant d'être évaluée par une autorité régulatrice comme l'AFA, par un partenaire commercial assujetti à l'article 17 de la loi conformément à son obligation d'évaluation de l'intégrité des tiers, ou par un partenaire financier (banque ou investisseur).

-Proposition n°11 : Transférer à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) les missions d'appui et de contrôle de l'AFA, afin de créer une grande autorité compétente en matière d'éthique publique et de prévention de la corruption, la Haute Autorité pour la Probité.

Les fonctions de conseil et de contrôle des acteurs publics seraient transférées à la HATVP, une commission des sanctions de l'HATVP est ainsi créée sur le modèle de celle de l'AFA⁴. Les autres missions de l'AFA, qui n'est pas une autorité administrative indépendante, ne seraient pas modifiées s'agissant des acteurs privés. En revanche, l'Agence serait à présent compétente pour les "acteurs économiques" au sens large, un concept économique non défini dans le projet de Loi.

-Proposition n° 15 : Étendre le champ des infractions concernées par le dispositif au délit de favoritisme.

Cette mesure doit être suivie avec attention en ce qu'elle est susceptible d'avoir un impact sur les appels d'offres des marchés publics.⁵

-Proposition n° 16 : (dans le cadre de la CJIP) Porter à une durée de 5 ans la durée maximale de 3 ans prévue par la loi pour la mise en conformité des entreprises soumises à un contrôle de l'AFA.

Cette mesure permet au Parquet de demander à rallonger la durée du programme de mise en conformité et de modifier le plafond de frais associés avec l'accord de la personne morale, afin de permettre l'exécution complète des obligations du programme de mise en conformité. Cette demande serait soumise à la validation du juge. Le

⁴ L'article 4 donne des pouvoirs de contrôle et de sanction à la Haute Autorité et crée à cet effet trois articles 25 à 25-2 dans la loi n° 2013 907 du 11 octobre 2013

⁵ Délit de favoritisme – Ref Art. 432-14 du code pénal

texte s'aligne ainsi sur la durée maximale de la peine de programme de mise en conformité prévue aux articles 131-39-2 du code pénal⁶ et 764-44 du code de procédure pénale⁷ créés par l'article 18 de la Loi Sapin 2.

-Proposition n° 19 : Étendre aux mesures et procédures à déployer dans le cadre d'un programme de mise en conformité la huitième mesure prévue à l'article 17 de la loi Sapin 2, relative au dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

-Proposition n° 25 : Assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales. Le texte vise en revanche à étendre cette responsabilité au cas où un défaut de surveillance par la personne morale conduirait à la commission d'une ou plusieurs infractions par un salarié (ajout d'un alinéa à l'art. 121-2 du code pénal)

-Proposition n° 26 : Créer une procédure de CRPC spécifique aux faits de corruption qui ne pourrait être proposée qu'en cas de révélation spontanée des faits et de pleine coopération de la personne physique aux investigations, et dont les modalités d'homologation seraient plus encadrées.

Il n'existe aucune disposition légale permettant de coordonner les mécanismes de CJIP (Convention Judiciaire d'intérêt public) pour les personnes morales et de CRPC (Comparution avec Reconnaissance Préalable de Culpabilité) pour les dirigeants dans une même affaire de corruption.

Le législateur vise ici à renforcer et rééquilibrer les mécanismes relatifs à la justice négociée suite à la jurisprudence Bolloré du 23 février 2021 pour leur donner plus de prévisibilité. Dans ce dossier le tribunal correctionnel de Paris avait refusé d'homologuer les accords trouvés entre les prévenus personnes physiques et le Parquet National Financier dans le cadre des CRPC sollicitées, tout en validant une CJIP au bénéfice de la personne morale poursuivie dans la même affaire. La solution proposée par le législateur vise non pas à étendre la CJIP aux dirigeants comme aux Etats-Unis mais à créer une nouvelle CRPC ad hoc proposée à un dirigeant en cas de révélation faite par ce dernier dans le cadre d'une auto-dénonciation, en pleine coopération avec la justice et sous le contrôle du juge de l'homologation. Le dirigeant ne pourrait dès lors plus poursuivre ses fonctions de dirigeant.⁸

-Proposition n° 27 : Favoriser le recours à l'enquête interne en encadrant davantage son usage et en offrant plus de garanties aux personnes physiques.

L'article 7 de la Proposition renforce les droits de la personne physique au cours d'une enquête interne. Il crée à cet effet six articles 706-183 à 706-188 ainsi qu'un nouveau titre dans le code de procédure pénale.

- ✓ L'article 706-183 précise que les garanties prévues sont applicables dans le cas où une personne morale est mise en cause pour un ou plusieurs délits et diligente une enquête interne portant sur les mêmes

⁶ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033563257/ « I. – Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un délit peut être sanctionné par l'obligation de se soumettre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, pour une durée maximale de cinq ans, à un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures définies au II (...) »

⁷ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000033563506/

⁸ Les mécanismes de CJIP et CRPC ont aussi été introduits dans la lutte contre la fraude fiscale par la loi du 23 octobre 2018 complétée par une Circulaire du 4 octobre 2021 fixant les lignes directrices de la politique pénale en la matière.

faits. Il ne concerne donc pas les enquêtes internes diligentées par une personne morale en l'absence de toute procédure pénale.

- ✓ L'article 706 -184 prévoit le respect d'un délai raisonnable pour convoquer une personne physique, et ouvre des droits à la personne entendue qui doivent lui avoir été indiqués à l'occasion de la notification de la convocation.
- ✓ L'article 706-185 précise que toute audition donne lieu à la rédaction d'un procès-verbal, relu et signé par la personne auditionnée. Ce point est conforme à une jurisprudence constante de la chambre sociale de la Cour de Cassation sur le respect du contradictoire⁹.
- ✓ Les articles 706-186 et 706-187 permettent aux personnes soupçonnées de consulter le dossier et d'être informées de la clôture de l'enquête.
- ✓ L'article 706-188 prévoit de permettre la nomination d'un mandataire ad hoc ou d'un comité spécial chargé de conduire l'enquête interne afin de prévenir le risque de conflits d'intérêts.

-Proposition n° 28 : Renforcer la confidentialité des avis juridiques et réfléchir à l'instauration d'un « legal privilege » à la française.

Encore faut-il que la réforme attendue depuis si longtemps sur le statut d'avocats en entreprise évolue positivement...

-Propositions n° 30 à 40 sur le lanceur d'alerte :

- ✓ Proposition n°30 : Retirer le critère du désintéressement et préciser le critère de la bonne foi en considérant qu'elle se définit comme le fait d'« *avoir des motifs raisonnables de croire, à la lumière des circonstances et des informations dont ils disposent au moment du signalement, que les faits qu'ils signalent sont véridiques* ». Préciser éventuellement que le signalement ne peut avoir pour motivation de nuire à autrui.
- ✓ Proposition n°31 : Assouplir la hiérarchie des canaux d'information en permettant de saisir directement les autorités publiques sans procédure interne préalable, y compris en l'absence de danger grave et imminent, et préciser les conditions des divulgations publiques.

La suppression du premier niveau d'alerte en interne auprès d'un référent compétent, indépendant sans lien hiérarchique avec le lanceur d'alerte (par exemple : le Responsable juridique ou Conformité) vise à protéger le lanceur d'alerte de représailles internes. Mais elle priverait aussi l'entreprise de pouvoir procéder à une première analyse des éléments de circonstance de l'alerte avant qu'une autorité judiciaire ou administrative ne soit saisie.

Par ailleurs, cette proposition semble contredire la Proposition de loi n°4398 du 21 juillet 2021 qui laisse le choix entre le canal interne ou externe pour les sociétés de moins de 50 salariés et conserve pour les sociétés de plus de 50 salariés « *une procédure interne de recueil et de traitement des signalements conformément aux conditions fixées par décret en Conseil d'État. Ce décret fixera notamment les conditions en matière d'indépendance du canal interne et des délais du retour d'informations fait à l'auteur du signalement.* » Faut-il comprendre que le choix d'un canal d'alerte repose sur le nombre de salariés et non sur la nature et l'enjeu d'une alerte ? Concrètement une alerte en matière de fraude majeure, entente ou corruption qui pourrait avoir pour conséquences des procédures judiciaires

⁹ Ex : C Cass. Civ. Chambre Sociale 01 juillet 2020,18-24.125 Inédit

« baillon » initiées par l'entreprise quelle que soit sa taille pour étouffer l'alerte, ne présente pas le même enjeu qu'une alerte pour harcèlement moral ou sexuel.

- ✓ Proposition n°32 : Rendre obligatoire et effective l'information du lanceur d'alerte sur les suites données à son signalement lorsqu'il a le droit d'en connaître et qu'il en fait la demande.
- ✓ Proposition n° 33 : Préciser les garanties d'indépendance et de collégialité des dispositifs de recueil et de traitement des alertes et favoriser l'utilisation d'une plateforme numérique pour favoriser les échanges avec le lanceur d'alerte tout en préservant son anonymat.

Outre la proposition visant l'utilisation d'une plateforme numérique dont les critères restent à définir, on observe ici une incohérence avec la Loi Sapin 2 qui défend le principe de confidentialité dans son article 9, principe repris dans la version modifiée par la Proposition de loi n°4398 du 21 juillet 2021.¹⁰

- ✓ Proposition n° 36 : Prévoir une modalité de reconnaissance du statut de lanceur d'alerte au moyen d'une certification par le Défenseur des droits ou d'une procédure incidente devant le juge judiciaire.

Dans quelles conditions et sur quels critères cette certification serait-elle établie ? Que vaut la certification par un Défenseur des droits qui n'est tenu ni par la confidentialité ni par le secret de l'instruction ?

- ✓ Proposition n° 38 : Créer un fonds ad hoc de soutien aux lanceurs d'alerte accessible lorsque le statut de lanceur d'alerte a été certifié par le juge ou le Défenseur des droits et que le signalement a eu une conséquence financière sur le lanceur d'alerte.

La suppression du critère de désintéressement initialement prévu à l'article 6 de la Loi Sapin II permet une mesure de financement du lanceur d'alerte. Le texte visait à l'origine une aide financière a priori avec une prise en charge immédiate des avocats en proportion du train de vie du lanceur d'alerte, de la nature et de l'ampleur de l'alerte, ainsi qu'un mécanisme d'indemnisation a posteriori pour compenser notamment la perte d'emploi. Les dispositions ne précisent pas à ce stade les conditions et les modalités de financement et d'activation de ce fonds ad hoc mais on comprend d'ores et déjà qu'elle sera soumise à deux conditions cumulatives : une certification par le juge ou le Défenseur des droits et la justification par le lanceur d'alerte des conséquences financières subies du fait de son signalement (ex : pertes de revenus suite à une perte d'emploi).

La Proposition de loi organique visant à renforcer le rôle du Défenseur des droits en matière de signalement d'alerte du 15 juillet 2021 n'apporte pas plus de précision sur le sujet, on comprend donc que le Défenseur des droits n'aura pas qualité pour gérer ce fonds ad hoc, et pour cause, 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 avaient été déclarées non conformes à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.¹¹

¹⁰ « 1° Les deux premiers alinéas du I sont ainsi rédigés : I. – Les procédures mises en œuvre pour recueillir et traiter les signalements, dans les conditions mentionnées à l'article 8, garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci, de tout tiers mentionné dans le signalement et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement. »

¹¹ <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2016/2016741DC.htm> - Point 136

La Proposition de loi n°4398 du 21 juillet 2021 complète ce dispositif avec une grande prudence. Ainsi :

- Art.5 V-« À l'occasion d'une instance, une partie qui justifie avoir signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 et soutient que la procédure engagée contre elle ou la mesure qu'elle conteste dans le cadre de cette procédure constitue une mesure de représailles, peut demander au juge de lui allouer, à la charge de l'autre partie, une provision pour frais de l'instance en fonction de la situation économique respective des parties (!) et du coût prévisible de la procédure. »(...)
- Art. 14-1. « Les autorités externes compétentes mentionnées au premier alinéa du II de l'article 8 assurent la mise en place, le cas échéant en commun, de mesures de soutien psychologique à destination des personnes ayant adressé un signalement conformément aux articles 6 et 8, et leur accordent un secours financier temporaire si elles estiment que leur situation financière s'est gravement dégradée en raison du signalement. »

On est bien loin du modèle américain¹² qui récompense les lanceurs d'alerte au risque de sur-inciter les alertes fondées ou non, en plus d'interdire des mesures de représailles à leur égard. 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 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 Défenseure des droits¹³ avait publié l'avis 20-12 relatif à la transposition en France de la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 précisant qu'afin de rompre l'isolement des lanceurs d'alerte deux mesures devraient être mises en œuvre, à savoir, la création d'un fonds de soutien financé par les amendes prononcées en cas de manquement à l'obligation de mettre en place des procédures de signalement, et un mécanisme d'aide juridictionnelle sans condition de ressources. La Défenseure des droits proposait de jouer 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. Elle n'a pas vraiment été suivie.

En France le lanceur d'alerte n'est pas financé contrairement à l'aviseur fiscal qui peut être indemnisé par l'administration fiscale¹⁴ un rééquilibrage s'avérerait donc nécessaire, il n'est pas certain que l'objectif soit atteint...

¹² Aux USA on distingue les lois « qui tam », qui permettent au lanceur d'alerte de porter plainte au nom du gouvernement, 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.

¹³ Autorité administrative indépendante créée par une loi organique du 29 mars 2011

¹⁴ Article 109 de la Loi Sapin 2 et au Décret n° 2017-601 du 21 avril 2017

- ✓ Proposition n° 39 : Prévoir une sanction civile dissuasive pour l'ensemble des procédures « baillons » engagées à l'encontre d'un lanceur d'alerte aboutissant à un non-lieu, qu'elle concerne une plainte pour diffamation ou une autre forme de représailles (violation du secret professionnel par exemple).

L'objectif était d'augmenter les quantum pour sanctionner toute entreprise ou acteur public ayant engagé des procédures pour faire taire un collaborateur. Là encore, si le texte prévoit une sanction pénale à l'égard d'une personne physique (ex : un dirigeant) en cas de représailles, les amendes civiles prévues aux termes de la Proposition de loi n°4398 du 21 juillet 2021 qui modifie l'article 13 de la Loi Sapin II ¹⁵ semblent bien peu importantes pour être réellement dissuasives.

- ✓ Proposition n° 40 : Afin d'éviter que les lanceurs d'alerte ne soient poursuivis pour vol, autoriser l'obtention et le stockage d'informations confidentielles lorsque cela est nécessaire à la divulgation de l'alerte.

Ce point est d'autant plus important, au regard du RGPD, si les documents récupérés par le lanceur d'alerte contiennent des données personnelles et/ou sensibles et/ou confidentielles de salariés ou de tiers collectées à leur insu alors qu'ils ne sont pas directement impliqués dans une affaire. La CNIL a adopté un Référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles en 2019 ¹⁶ sur lequel les entreprises peuvent s'appuyer. Rappelons que conformément à l'article 14 du RGPD, le responsable de traitement doit informer la personne visée par une alerte (par exemple en tant que témoin, victime ou auteur présumé des faits) dans un délai raisonnable ne pouvant pas dépasser un mois à la suite de l'émission d'une alerte. Néanmoins, conformément à l'article 14-5-b du RGPD, cette information peut être différée lorsqu'elle est susceptible de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement par exemple lorsque la divulgation de ces informations à la personne visée compromettrait gravement les nécessités de l'enquête en présence d'un risque de destruction de preuves. L'information doit alors être délivrée aussitôt le risque écarté.

Pour conclure ces observations préliminaires, il était nécessaire de faire évoluer les dispositions de la Loi Sapin II mais il reste encore du chemin à parcourir notamment s'agissant d'un dispositif de protection efficace des lanceurs d'alerte en entreprise. A suivre...

¹⁵ « Toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive contre un lanceur d'alerte, en raison des informations signalées ou divulguées, peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60.000 € (...) L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive. (...) III. – La prise de représailles à l'égard d'une personne en raison de sa qualité de lanceur d'alerte au sens de l'article 6 de la présente loi est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45.000 euros d'amende. » L'article 7 de la Proposition de loi n°4398 du 21 juillet 2021 dispose quant à lui que « Le conseil des prud'hommes peut, en plus de toute autre sanction, obliger l'employeur à abonder le compte professionnel de formation du salarié ayant lancé l'alerte jusqu'à son plafond mentionné à l'article L. 6323-11-1 du code du travail ».

¹⁶ Délibération n° 2019-139 du 18 juillet 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles.