La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne

Tania Racho

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2344>

DOI : 10.4000/revdh.2344

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Tania Racho, « La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 28 juin 2016, consulté le 22 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2344> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2344>

Ce document a été généré automatiquement le 22 juillet 2020.

Tous droits réservés

La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne

Tania Racho

- 1 Dans une proposition de résolution concernant les programmes de surveillance¹, le Parlement européen rappelle que « dans les États démocratiques et ouverts, fondés sur l'état de droit, les citoyens ont le droit d'avoir connaissance des atteintes graves à leurs droits fondamentaux et de les dénoncer » et « qu'il est impératif de se doter de procédures permettant aux lanceurs d'alertes de dénoncer les violations graves des droits fondamentaux et d'offrir à ces personnes la protection dont elles ont besoin ». Le Parlement européen prend acte de la nécessité d'offrir un cadre normatif aux lanceurs d'alerte à la fois pour permettre l'alerte et pour protéger celui qui la lance.
- 2 La résolution démontre également l'intérêt de l'Union européenne, tout du moins du Parlement européen pour la question. Même si l'extrait évoque une réaction à l'encontre des révélations de Snowden, concernant des écoutes de la NSA qui avaient, entre autre, ciblé directement l'Union européenne, le Parlement s'est intéressé à la protection des lanceurs d'alerte dans d'autres domaines, dans lesquelles l'Union européenne n'était pas directement impliquée. En effet, il semble pertinent de défendre la création d'un statut protecteur au niveau de l'Union européenne notamment pour uniformiser les multiples encadrements nationaux qui peuvent par ailleurs être disparates ou inexistants. L'idée d'une uniformisation est parfois déjà suivie au niveau national, lorsque les législations internes sont trop nombreuses, souvent créées dans un domaine spécifique. C'est le cas de l'Irlande qui a adopté une loi générale en 2014² mettant fin à un encadrement éclaté dans 12 lois sectorielles³. L'État a opté pour une généralisation de la protection, sans doute pour une meilleure lisibilité et accessibilité de la protection des lanceurs d'alerte.
- 3 L'Union européenne ne pourrait-elle pas suivre ce modèle ? Si les États avancent dans le sens d'une uniformisation à leur niveau il pourrait être intéressant ensuite d'assurer une même protection sur le territoire des 28 États membres. En effet, il suffit de se

rattacher à des exemples récents d'alertes pour comprendre que le niveau national est vite dépassé.

- 4 D'une part, l'alerte peut porter sur la structure même de l'Union européenne. L'emblématique affaire Snowden est un exemple évident avec les écoutes de la NSA dans les bureaux du Conseil européen. Mais des dénonciations peuvent être internes à l'Union, comme dans le cas de Maria Bamieh⁴, une procureure britannique faisant partie de la mission EULEX Kosovo qui, en novembre 2014, a alerté la presse sur la possibilité d'actes de corruptions. Pourtant, la mission EULEX a notamment pour but d'assurer la mise en place d'un État de droit non corrompu...En attendant les résultats d'une enquête en cours, Maria Bamieh a été suspendue et affirme faire l'objet de pression. Enfin, des fonctionnaires européens⁵ ont aussi pu alerter sur des faits de discrimination au sein des institutions. D'autre part, des lanceurs d'alerte au sein d'entreprises qui opèrent sur le territoire de l'Union ou internationalement pourraient nécessiter une protection qui ne serait pas que nationale. Les exemples de dénonciation de mauvaises pratiques soit commerciales soit managériales dans le monde de l'entreprise sont multiples. En France, on peut, par exemple, citer le cas de Stéphane Legros qui a dénoncé des mauvaises pratiques en matière de contrat d'assurance vie chez Axa, l'affaire du Médiateur mis en avant par Irène Frachon, ou encore le cas de l'évasion fiscale par UBS dénoncé par Stéphanie Gibaud ensuite licenciée. On peut aussi penser à Antoine Deltour qui part de chez PWC avec des documents ouvrant la voie au Luxleaks. Toutes ces entreprises ont une dimension qui dépasse largement le cadre français.
- 5 Il semble donc plus logique de chercher à assurer une même et unique protection de ce lanceur d'alerte dans l'Union européenne, que ce soit parce qu'il a ciblé directement un dysfonctionnement de l'Union dans sa dénonciation ou encore parce que son entreprise a une dimension européenne, voire internationale, et qu'il serait donc pertinent que la même protection lui soit appliquée dans les différentes filiales de l'entreprise, par exemple.
- 6 La pertinence d'une action de l'Union est donc assez évidente mais la question suivante et centrale dans cette présentation est de savoir si les traités de l'Union européenne offrent la possibilité d'adopter une réglementation en matière de protection des lanceurs d'alerte. Le plus intéressant serait de poser directement un cadre général (I) permettant la protection des lanceurs d'alerte. La possibilité d'une approche globale n'étant pas garantie il faut tout de même se pencher sur l'éventualité de réglementations sectorielles qui auraient le défaut de créer un éparpillement du cadre de protection mais serait plus simple à adopter. Enfin, la question peut être abordée de manière plus pragmatique mais aussi plus efficace en s'interrogeant sur la création d'un guichet unique au niveau de l'Union européenne, guichet unique qui permettrait de recevoir l'alerte, déterminer quelle protection est pertinente et s'appuyer sur des structures nationales afin d'asseoir la protection (II).

I- L'éventualité d'une protection générale au niveau de l'Union européenne : une action pertinente mais difficile

- 7 Afin que soit adopté un cadre protégeant les lanceurs d'alerte au niveau de l'Union, dans le but d'uniformiser - ou créer pour certains États - les approches concernant cette question, il faut que la Commission propose une mesure (A). Elle peut être invitée par d'autres instances mais cela implique nécessairement qu'il existe une base juridique pouvant servir de support pour une telle législation (B).

A- L'initiative législative : l'inaction de la Commission

- 8 En principe et selon l'article 17 TUE, c'est la Commission européenne qui a le quasi-monopole de l'initiative législative dans l'Union européenne. Pour l'instant, la Commission s'est très peu positionnée sur la question de la protection des lanceurs d'alerte. Au sujet précis de la sécurité et de la santé des travailleurs, la Commission, en réponse au Parlement européen, a indiqué qu'elle n'abordera pas « une éventuelle législation européenne protégeant les lanceurs d'alerte : la Commission, qui avait été invitée à soumettre une proposition à ce sujet, évalue pour l'instant les informations disponibles »⁶. Faut-il en déduire qu'une évaluation d'impact⁷, préalable à la proposition d'une norme, est en cours ? Ou que la Commission est réticente à s'engager sur la question de la protection des lanceurs d'alerte ? Si l'on considère cette protection comme un droit fondamental, il est possible de comprendre la timidité de la Commission car les États membres ont bien martelé leur refus de céder à l'Union européenne toute compétence en matière de droits fondamentaux. Ainsi, la Commission ne peut pas proposer de normes régulant les droits fondamentaux. Mais la question même de la dimension du droit à une protection pour les lanceurs d'alerte n'est pas entièrement fixée. Ainsi, la Commission pourrait plutôt prendre le parti de considérer que l'absence de protection peut être une entrave aux libertés de circulation, des personnes, des établissements ou encore de la prestation de service. Avant de développer justement les bases juridiques disponibles, il faut envisager la possibilité que la Commission soit poussée à agir. Deux options peuvent particulièrement être étudiées : la Commission peut être invitée à agir par les citoyens directement par l'outil d'initiative citoyenne ou indirectement par leurs représentants au sein du Parlement européen.
- 9 La première possibilité est l'initiative citoyenne européenne, qui est mise en place depuis le 1er avril 2012⁸. L'initiative a pour but de permettre aux citoyens européens provenant de différents États membres de se réunir autour d'un même objectif. Le projet doit être présenté par un comité représentant *a minima* sept États membres et soutenu par un million de signataires provenant d'au moins un quart des États membres⁹ pour forcer la Commission à étudier le projet. L'institution est ensuite obligée de rendre un rapport sous forme de communication¹⁰, au mieux une proposition législative. Cette communication de la Commission permet de connaître exactement la position de l'institution qui n'a pour l'instant pas émis d'avis sur la possibilité d'un encadrement juridique par l'Union de la protection des lanceurs d'alerte¹¹. L'idée que la volonté de protéger les lanceurs d'alerte vienne des citoyens serait intéressante.

- 10 À défaut, l'article 225 TFUE permet au Parlement européen d'inviter la Commission, par le biais d'une résolution¹², à présenter une proposition lorsqu'il estime qu'une législation de l'Union est nécessaire pour contribuer à mettre en œuvre les traités. Si la Commission refuse de présenter une proposition, elle doit motiver son refus. Cette éventualité a déjà été utilisée par le Parlement qui, au cours de débats sur des matières précises, comme pour la santé et sécurité des travailleurs, a signalé l'utilité d'une législation européenne sur la protection des lanceurs d'alerte¹³. Le Parlement européen a aussi adopté une résolution en matière de surveillance massive des citoyens de l'UE, suite aux révélations d'Edward Snowden, le 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA. La résolution « attire l'attention sur la situation difficile des lanceurs d'alerte et de leurs soutiens, y compris des journalistes, à la suite de leurs révélations ; invite la Commission à examiner si une future proposition législative établissant un programme européen efficace et global de protection des lanceurs d'alerte, tel que l'a déjà demandé le Parlement dans sa résolution du 23 octobre 2013, devrait inclure également d'autres domaines de la compétence de l'Union, avec une attention toute particulière portée à la complexité du lancement d'alertes dans le domaine du renseignement »¹⁴. A priori cette résolution est laissée sans réponse par la Commission. Il est intéressant de noter que le Parlement se demande également si à partir de la question de la surveillance la protection potentielle peut être élargie à d'autres domaines de l'Union¹⁵. L'adoption d'un cadre dans un programme européen, qui devrait d'ailleurs accorder une attention particulière à la « complexité du lancement d'alerte dans le domaine du renseignement » selon le Parlement, semble néanmoins assez peu normatif et vague donc peu contraignant mais a le mérite de présenter un premier pas vers un cadre général.
- 11 Si la Commission agissait, sur invitation ou d'elle-même, sur quelle base juridique devrait-elle se fonder afin d'adopter une mesure générale de protection des lanceurs d'alerte ? Comme envisagé rapidement, il faut rappeler que l'objet de l'Union n'a jamais été la protection des droits fondamentaux mais le rapprochement d'États par des outils économiques. Néanmoins, l'utilisation de ces outils a fait apparaître des conflits pratiques en matière de droits fondamentaux, nécessitant donc une réaction de l'Union européenne et les matières économiques se sont considérablement élargies de façon à rencontrer les nouveaux droits fondamentaux tels que la protection des consommateurs, des données personnelles ou de l'environnement. Par conséquent, il est possible de considérer que l'absence de protection des lanceurs d'alerte peut constituer une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur et entraîner des difficultés d'application du droit de l'Union. Ainsi, pour que la protection des lanceurs d'alerte intéresse l'Union européenne il faut idéalement lier la question au marché intérieur, afin de respecter le principe d'attribution des compétences, ou sinon considérer que la protection des lanceurs d'alerte permet d'atteindre un objectif de l'Union.

B- Des bases juridiques envisageables mais fragiles

- 12 Tout d'abord, l'article 114 TFUE¹⁶ pourrait servir de base juridique. Il permet d'adopter des mesures « relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ». C'est donc un fondement pour harmoniser les mesures nationales qui permettrait la protection des lanceurs d'alerte à condition à

nouveau que le défaut de protection soit considéré comme une entrave. En pratique, les mesures adoptées sur le fondement de l'article 114 TFUE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne sont très techniques. Une seule mesure va dans le sens de cette idée de se fonder sur cet article, même si cette norme a en réalité plusieurs bases juridiques¹⁷. Il s'agit d'un règlement de 2013 pour un programme 2014-2020 « Droits, égalité et citoyenneté »¹⁸. Le programme a pour but de financer des actions au niveau européen en matière d'apprentissage ou d'analyse qui concernent les droits des citoyens ou plus largement l'information sur les politiques de l'Union. C'est donc surtout une mesure d'attribution de budget pour des actions nationales mais le sujet est généraliste et concerne les droits des citoyens, comme la protection des lanceurs d'alerte.

- 13 Encore plus général, l'article 352 TFUE¹⁹ peut être utilisé pour atteindre un objectif de l'Union quand aucun pouvoir spécifique n'a été précisé dans les traités. L'exemple le plus frappant est la création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne sur ce fondement²⁰. L'Agence a un rôle limité d'information en matière de droits fondamentaux mais l'idée pourrait être suivie soit pour un cadre général de protection soit pour mettre en place un organe qui recueillerait les alertes et pourrait ensuite assurer la protection la plus adéquate. Autre norme fondée sur l'article 352 TFUE, qui reste un article rarement utilisé, un programme général « droits fondamentaux et justice » pour la période 2007-2013²¹, qui n'est pas sans rappeler l'appel du Parlement pour un « programme européen efficace et global de protection des lanceurs d'alerte ». En revanche, les mesures adoptées sur le fondement de cet article suivent une procédure législative spéciale nécessitant l'unanimité du Conseil et la seule approbation du Parlement qu'il serait dommage de ne pas inclure davantage dans cette démarche, contrairement à l'article 114 TFUE qui suit la procédure législative ordinaire.
- 14 Si l'une de ses deux bases fonctionne il faut ensuite que la proposition respecte les principes de subsidiarité et de proportionnalité car les questions relatives au fonctionnement du marché intérieur relèvent d'une compétence partagée²². C'est principalement autour du principe de subsidiarité que le débat peut être posé pour les lanceurs d'alerte. Les objectifs de l'action seront-ils mieux réalisés par l'Union ou au contraire, le niveau étatique est-il plus pertinent ? Au niveau du principe de subsidiarité il s'agit de prendre en compte des indicateurs qualitatifs d'une part²³, à savoir pourquoi l'action au seul niveau national serait contraire aux exigences du traité, donc s'il y a bien une valeur ajoutée et des indicateurs quantitatifs d'autre part, s'il y a bien des aspects transnationaux, ce qui n'implique pas que tous les États membres soient effectivement concernés. A priori, le même encadrement sur tout le territoire européen serait pertinent quand l'Union européenne est ciblée par l'alerte ou quand l'entreprise dénoncée a une dimension européenne ou nationale. Toujours dans le cadre du principe de subsidiarité, le traité de Lisbonne a attribué une place spéciale aux parlements nationaux qui peuvent rendre un avis motivé soulignant le non-respect du principe, d'ailleurs appelé « mécanisme d'alerte ». La première utilisation de ce mécanisme a eu lieu en septembre 2014 sur la proposition de création d'un parquet européen dont le processus a été ralenti par les parlements nationaux²⁴. Ce premier exemple n'est pas encourageant car la création d'un parquet européen pourrait être pertinente pour recevoir des alertes et permettre ensuite une protection uniforme.

- 15 Finalement, il semble assez difficile d'adopter une législation générale sur la protection des lanceurs d'alerte pour plusieurs raisons. D'abord car la question est délicate si la protection est présentée comme un droit fondamental, les États membres ayant insisté sur l'incompétence de l'Union dans ce domaine. Ensuite, la Commission ne semble pas prête à s'engager dans le processus de proposition de norme pour protéger les lanceurs d'alerte. Enfin, les bases juridiques disponibles pour une norme générale sont trop rarement utilisées pour permettre d'asseoir une réglementation forte en la matière.
- 16 Il faut donc se pencher sur une solution plus pragmatique mais moins satisfaisante : celle d'une approche sectorielle de la protection des lanceurs d'alerte et envisager une alternative par l'attribution d'un rôle de guichet unique pour la réception des alertes dans une instance de l'Union qui saisisrait ensuite des entités nationales compétentes pour assurer une protection au lanceur d'alerte.

II- Des solutions pragmatiques : l'éventuelle approche sectorielle ou la création d'un guichet unique

- 17 Avant de se pencher sur la possibilité de centraliser les alertes au niveau de l'Union européenne (B), il peut être intéressant d'étudier les différents domaines dans lesquels une réglementation de protection des lanceurs d'alerte pourrait être pertinente (A).

A- La solution facile : une approche sectorielle qui s'accompagne du risque d'un éparpillement

- 18 Le Parlement européen a déjà signalé son intérêt en faveur d'une protection des lanceurs d'alerte en matière de santé et sécurité des travailleurs²⁵. Plus largement, l'article 168 TFUE²⁶ permet une action de l'Union en matière de santé publique, complétant les politiques nationales, notamment pour « la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé [ET] l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci ». C'est le seul article qui mentionne expressément le terme alerte, ce qui permettrait donc de s'appuyer dessus pour adopter une norme sur les alertes en matière de santé publique. Cet article couvrirait des situations comme celle d'Irène Frachon dans l'affaire du Médiateur, mettant en cause l'entreprise Servier. Pour l'instant, aucune mesure ni proposition législative dans ce sens n'a été adoptée dans ce sens.
- 19 Autre domaine qui pourrait faire l'objet d'une réglementation protégeant les lanceurs d'alerte : le droit de la concurrence européen et surtout son programme de clémence qui permet à une entreprise de ne pas être inquiétée d'une amende à condition de collaborer entièrement lorsqu'elle dénonce une distorsion de concurrence. Il est intéressant de relever que ce programme de clémence est entièrement fondé sur de la soft Law puisqu'il est rendu possible par une communication de la Commission. On pourrait ainsi imaginer une première étape de protection des lanceurs d'alerte par le biais de la soft Law dans le domaine du droit de la concurrence, à condition de considérer qu'une alerte peut être lancée au nom d'une entreprise et pas seulement par une personne physique à l'encontre de son entreprise. Dans ce cas, la protection concernerait plus les entreprises que les individus, ce qui a pour conséquence de s'éloigner de l'idée actuelle du lanceur d'alerte²⁷. Pourtant, le Parlement européen avait

évoqué un amendement, qui ne sera finalement pas adopté, pour modifier une directive qui porte sur les règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence. Dans un rapport de février 2014, le Parlement européen estimait ainsi que « Même s'il existe parfois des affaires de concurrence qui sont rendues possibles grâce à un lanceur d'alerte, aucune référence à cette réalité n'est faite dans la proposition de la Commission. La protection des lanceurs d'alerte ne concerne que leur identité et non pas les informations fournies. Aujourd'hui, l'identité des lanceurs d'alerte est protégée au titre de la législation des États membres. Afin de garantir la prévisibilité et la cohérence des décisions de justice, une référence aux données à caractère personnel devrait être ajoutée dans la proposition de la Commission »²⁸. Il est intéressant de noter que le Parlement considère que tous les États membres protègent l'identité des lanceurs d'alerte, ce qui n'est pas la position de Transparency international dans son rapport²⁹ et également de souligner que c'est sur le terrain de la protection des données personnelles³⁰ que le Parlement européen se positionne. Plus que la simple protection de leur identité, il faut en effet garantir la protection des données relatives à l'alerte et au lanceur d'alerte.

- 20 Sur un thème plus classique, le domaine du marché intérieur offre également des possibilités de protection sectorielle. Deux exemples sont particulièrement explicites. D'une part, dans un avis portant sur la communication de la Commission concernant « Une vision pour le marché intérieur des produits industriels » de novembre 2014³¹, le Comité économique et social européen « soutient la création d'un dispositif de « surveillance en ligne » du marché unique permettant à des lanceurs d'alerte de bonne foi de transmettre confidentiellement aux autorités des non-conformités dont ils sont témoins lors de la conception, de la fabrication ou de l'importation du produit industriel. Les lanceurs d'alerte de bonne foi doivent être protégés contre les poursuites ou sanctions éventuelles, comme le licenciement s'ils sont salariés ». Le Comité se saisit donc de la question des lanceurs d'alerte dans ce domaine et souhaite à la fois une possibilité de déposer l'alerte par un dispositif de surveillance en ligne et envisage la protection ensuite notamment contre des licenciements. Aucune mesure sur cette question n'a pour l'instant été adoptée. Toujours dans le domaine du marché intérieur, dans un rapport du Parlement européen du 24 février 2014, un amendement était envisagé sur une proposition de règlement qui concerne les informations accompagnant les virements de fonds³². L'amendement indique qu'il est nécessaire d'adopter une protection appropriée des lanceurs d'alerte et des personnes qui signalent des infractions réelles ou supposées, amendement maintenu en première lecture au Parlement européen mais qui est absent du texte final³³.
- 21 Enfin, la proposition de directive en discussion sur la « Protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites »³⁴ propose une harmonisation des législations nationales pour mieux protéger les secrets commerciaux. Ainsi, dans la version de l'Union européenne³⁵ de la norme « secret d'affaires », un article 4 est prévu qui exclut l'activité des lanceurs d'alerte de la sanction en cas de violation du secret d'affaires avec une condition : l'utilisation ou divulgation du secret d'affaire est nécessaire dans l'intérêt du public. Bien sûr, le débat portera ensuite sur la question de savoir si une divulgation a bien été faite dans l'intérêt du public afin de déterminer si celui qui révèle le secret doit être sanctionné ou non. Il faudra dans l'idéal préciser quelque peu

la notion avant l'adoption du texte, à défaut, le juge devra statuer pour affiner la détermination de l'intérêt public.

- 22 Ces quelques exemples de domaines de compétence de l'Union ont au moins le mérite de montrer que la question des lanceurs d'alerte est de plus en plus régulièrement visée, surtout par le Parlement européen mais aussi par le Comité économique et social européen. Ce dernier a de nouveau invité la Commission à réagir sur la question précise de la corruption, le 15 janvier 2016 : « La Commission européenne devrait chercher de nouveaux moyens d'encourager la protection des lanceurs d'alerte, réaliser une étude de faisabilité concernant la création d'instruments au niveau de l'Union européenne, éventuellement un règlement ou une directive, en tenant compte des lignes directrices internationales et sectorielles et des résolutions pertinentes du Parlement européen »³⁶. Malheureusement, les différents amendements proposés et les avis des institutions n'ont pour l'instant pas abouti à une norme de l'Union européenne. En revanche, il faut souligner que même si l'adoption de mesures sectorielles semble plus facile, elle a le défaut de créer un éparpillement dans les secteurs faisant l'objet d'une réglementation. De plus, l'éventuelle mesure sectorielle de l'Union aura pour but de créer un socle minimum commun, ce qui impliquera que les États membres n'offriront pas le même degré de protection, même si l'existence d'une protection sur le territoire des 28 États membres serait déjà un progrès.
- 23 Cette absence d'harmonisation au sein de l'Union européenne est assez ironique lorsque que l'on considère que la Commission n'hésite pas à inviter les États candidats à l'adhésion à adopter une législation de protection des lanceurs d'alerte³⁷. Il faut aussi noter que la question de la protection des lanceurs d'alerte est plus présente au sein du Conseil de l'Europe. En effet, l'avant-dernière convention du Conseil de l'Europe sur les manipulations sportives de septembre 2014 envisage la question : « Chaque Partie encourage les organisations sportives à adopter et à mettre en œuvre des mesures appropriées en vue de garantir (..) des mécanismes efficaces pour faciliter la divulgation de toute information concernant les cas potentiels ou réels de manipulation de compétitions sportives, y compris une protection adéquate des lanceurs d'alertes »³⁸. Le Conseil de l'Europe semble ainsi plus actif dans ce domaine³⁹, ce qui est déjà positif mais l'Union européenne serait plus pertinente pour une action car elle dispose de moyens plus coercitifs pour imposer une législation en matière de protection des lanceurs d'alerte⁴⁰.

B- La possibilité d'un guichet unique : une solution satisfaisante

- 24 Ainsi, même si la législation sectorielle est possible elle n'est pas forcément suffisante pour avoir une protection efficace. Concrètement, la protection adéquate dépend de chaque cas mais peut consister en un maintien dans l'emploi, ou peut être offrir la possibilité d'une mutation volontaire, voire d'une protection physique du lanceur d'alerte en cas de menaces. À nouveau, les différentes dimensions de la protection peuvent être nécessaires dans un cadre dépassant l'État d'origine du lanceur d'alerte mais les mesures seront probablement mieux exécutées par des instances nationales. Finalement, si l'on ne se pose pas directement la question du domaine dans lequel une mesure peut s'exprimer pour protéger les lanceurs d'alerte, on peut se demander s'il ne serait pas plus simple de créer une entité européenne chargée de recueillir les alertes et d'assurer une protection des lanceurs d'alerte.

- 25 Malgré la variation des situations des lanceurs d'alerte, il est intéressant de penser à instaurer un guichet unique comme dans certains États. En Allemagne c'est le médiateur qui est en charge de cette question, les Pays-Bas passent par une maison des lanceurs d'alerte, aussi en débat en France ou encore le Royaume-Uni, précurseur en la matière avec une haute Autorité dédiée aux *whistleblowers*. Il faudrait alors adapter cette pratique au niveau de l'Union européenne avec un organe européen qui fonctionne de façon décentralisée par un réseau d'autorités nationales également compétentes en matière de lanceurs d'alerte. Ainsi, l'autorité européenne pourrait déterminer le ou les États devant protéger le lanceur d'alerte ou éventuellement assurer une protection dans le cas où le dysfonctionnement signalé affecte directement l'Union européenne.
- 26 Dans ce cadre, certaines agences ou organes de l'Union européenne pourraient endosser ce rôle mais il faudrait élargir leurs mandats actuels. Par exemple, l'Organe de Lutte Anti-fraude (OLAF) est compétent pour lutter contre la corruption et les fautes graves au sein des institutions de l'Union mais rien n'est spécifiquement prévu pour des alertes concernant ces questions. Cette absence a d'ailleurs été soulignée dans le rapport d'activité du comité de surveillance de l'OLAF⁴¹. Le rapport évoque les différents types de plaintes qui peuvent être reçues par l'OLAF, comprenant les « complaints from whistle-blowers (concerning either OLAF's obligation to inform them on the action taken following their fraud reporting or the protection of their identity) ». Le rapport demande également l'établissement de lignes directrices sur la question des lanceurs d'alerte, démontrant une nouvelle fois que le sujet doit être traité. Eurojust est une autre entité qui pourrait être saisie pour la protection des lanceurs d'alerte. L'organe s'intéresse à la coopération judiciaire dans l'Union en matière de criminalité transfrontalière mais ne possède qu'un pouvoir de proposition qui permet par exemple de demander aux États d'entamer une enquête qu'ils peuvent refuser en motivant leur position. Eurojust ne peut donc pas déclencher d'office des poursuites. Il faudrait alors élargir son mandat, ce qui pourrait être fait à l'occasion d'une nouvelle proposition pour la création d'un parquet européen, qui serait composé de procureurs nationaux et d'un procureur européen, qui pourrait être compétent pour la protection des lanceurs d'alerte. En tout cas, cela permettrait de maintenir une compétence des États tout en assurant une approche au niveau de l'Union européenne. Même si le projet d'un parquet européen a été ralenti par le contrôle du respect du principe de subsidiarité par les parlements nationaux, il reste en discussion devant les institutions de l'Union⁴².
- 27 En conclusion, des outils existent dans l'Union européenne qui a pour l'instant choisi d'ignorer l'importance d'une protection des lanceurs d'alerte à son niveau. Une mesure générale de protection permettrait une harmonisation dans les 28 États membres à l'image de l'exemple irlandais mais la compétence d'une telle démarche peut manquer. En revanche, l'adoption de plusieurs mesures sectorielles est possible, notamment en matière de surveillance ou de santé publique, mais crée un éclatement de la protection qui ne paraît pas souhaitable. La mise en place d'un guichet unique présente l'avantage d'une centralisation des alertes et de permettre une protection dans plusieurs États membres, ou au niveau de l'Union européenne, selon les cas et par le support d'instances nationales. L'existence d'un unique lieu d'accueil permettrait de déterminer au cas par cas si la personne doit être protégée, et comment elle doit l'être après avoir alerté sur un dysfonctionnement. La législation de l'Union se concentrerait

alors simplement sur la mission de l'Agence ou encore du réseau pour assurer efficacement la protection que le lanceur d'alerte mérite.

NOTES

1. Proposition de résolution du Parlement européen, Programme de surveillance de l'agence nationale de sécurité américaine (NSA), les organismes de surveillance de plusieurs États membres et leur impact sur la vie privée des citoyens de l'Union (2013/2682(RSP)).
2. « Protected Disclosure Act » du 8 juillet 2014.
3. À ce sujet, voir N. M. Meyer, Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débat dans le monde, AJDA, 2014, p. 2242.
4. Voir par exemple, EU Kosovo mission accused of trying to silence whistleblower, article « The Guardian » du 3 août 2015 disponible en ligne.
5. Voir V. CADOR, La fonction publique européenne à l'épreuve du whistleblowing, RAE, 2014/1, p. 119.
6. Questions parlementaires, réponse de la Commission du 14 février 2013, JOUE n° C 321 E du 7 novembre 2013.
7. Voir les lignes directrices concernant l'analyse d'impact de la Commission du 15 janvier 2009, SEC(2009) 92.
8. Voir l'article 11 TUE et le règlement (UE) n° 211/2011 du Parlement européen et du Conseil relatif à l'initiative citoyenne du 16 février 2011, JOUE n° L 65 du 11 mars 2011, p. 1.
9. Article 3 du règlement (UE) n° 211/2011 : « 2. Les organisateurs constituent un comité des citoyens composé d'au moins sept membres résidant dans au moins sept États membres différents ».
10. Pour l'instant la Commission a rendu une communication sur trois propositions, l'une sur l'assainissement de l'eau pour laquelle l'institution a indiqué quelles mesures allaient être proposées au vote, une deuxième baptisée « Un de nous » qui concerne le respect de l'embryon humain dans la recherche mais n'a débouché sur aucune proposition législative et « Stop vivisection » qui demandait l'abrogation d'une directive qui a également été refusée.
11. L'initiative citoyenne européenne (ICE) doit d'ailleurs être revue afin de permettre de s'ouvrir un peu plus. La possibilité d'une réforme a notamment été débattue à l'occasion de la Journée de l'ICE, le 13 avril 2015, organisée par le Comité économique et sociale européen.
12. Pour les modalités concrètes, voir l'article 133 du règlement du Parlement européen.
13. Questions - réponses, enquête du Parlement sur la surveillance massive des citoyens de l'Union du 11 mars 2014 : « La résolution propose-t-elle des mesures pour protéger les lanceurs d'alerte ? Oui. Les députés appellent à un « programme européen efficace et global de protection des lanceurs d'alerte », qui accorderait une attention particulière à la « complexité du lancement d'alertes dans le domaine du renseignement ». Ils demandent aussi aux pays de l'UE « d'examiner de manière approfondie la possibilité d'octroyer aux lanceurs d'alerte une protection internationale contre les poursuites ». De plus, les parlementaires proposent un « habeas corpus numérique européen », qui inclut des mesures pour assurer une protection renforcée des lanceurs d'alerte ».
14. Résolution du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits

fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures (2013/2188(INI)), § 88.

15. Les eurodéputés du groupe Les Verts sont allés plus loin en rédigeant une proposition de directive de protection générale des lanceurs d'alerte qu'ils ont envoyé à la Commission en mai 2016. Le texte se fonde sur les articles 151 et 153 TFUE qui concernent la politique sociale de l'Union. L'idée est d'assurer une protection générale aux lanceurs d'alerte, sur le terrain du travail, qu'il s'agisse de personnes travaillant dans le secteur privé ou le secteur public. Le texte est disponible sur le site : http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/Images/Transparency_campaign/WB_directive_draft_for_consultation_launch_May_2016.pdf

16. Article 114 TFUE : « Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur ».

17. Il faut noter que les bases juridiques sont multiples mais s'appuient aussi sur les dispositions relatives à la citoyenneté (articles 19 à 21 TFUE), la santé publique (article 168 TFUE), la protection des consommateurs (article 169 TFUE) ou encore la coopération administrative (article 197 TFUE). L'avantage est d'utiliser la procédure législative ordinaire qui inclut le Parlement européen qui a déjà l'air intéressé par la question.

18. Règlement (UE) n° 1381/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant un programme « Droits, égalité et citoyenneté » pour la période 2014-2020, JOUE n° L354 du 28 décembre 2013, p. 62.

19. Article 352 TFUE : « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen ».

20. Règlement (CE) n° 168/2007 du Conseil du 15 février 2007 portant création d'une Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, JOUE n° L 53 du 22 février 2007, p. 1.

21. Décision du Conseil 2007/252/JAI du 19 avril 2007 établissant pour la période 2007-2013, dans le cadre du programme général Droits fondamentaux et justice, le programme spécifique Droits fondamentaux et citoyenneté, JOUE n° L110 du 27 avril 2007, p. 33.

22. Voir article 4 TFUE : « 2. Les compétences partagées entre l'Union et les États membres s'appliquent aux principaux domaines suivants : a) le marché intérieur ». Article 5 TUE : « 3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

23. Voir A. Raccach, *Le traité de Lisbonne : de nouvelles compétences pour l'Union*, L'Harmattan, Paris, 2012, spéc. p. 115.

24. Voir à ce sujet H. Labayle, *Parquet européen et contrôle de subsidiarité : premier carton jaune pour l'Espace de liberté*, article mis en ligne le 8 janvier 2014 sur le site www.gr-elsj.eu.

25. Résolution du Parlement européen du 14 janvier 2014 sur des inspections du travail efficaces à titre de stratégie pour l'amélioration des conditions de travail en Europe (2013/2112 (INI)).

26. Article 168 TFUE § 1 alinéa 2 : « L'action de l'Union, qui complète les politiques nationales, porte sur l'amélioration de la santé publique et la prévention des maladies et des affections humaines et des causes de danger pour la santé physique et mentale. Cette action comprend

également [...] ainsi que la surveillance de menaces transfrontières graves sur la santé, l'alerte en cas de telles menaces et la lutte contre celles-ci ».

27. Voir, pour l'évolution de la définition du whistleblower, S. Slama, Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ?, AJDA, 2014, p. 2229. Pour l'idée d'inclure les personnes morales voir par exemple une définition dans la loi française n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte l'article 1 : « 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 ».

28. Rapport 4 février 2014 sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit interne pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, (COM(2013)0404 - C7-0170/2013 -2013/0185(COD)).

29. Rapport de Transparency International de 2013, Whistleblowing in Europe. Legal protections for whistleblowers in the EU.

30. La protection des données personnelles dans l'Union européenne a fait l'objet de jurisprudences importantes. Voir par exemple l'arrêt CJUE, Digital Rights Ireland, 8 avril 2014, Aff. C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238 qui a abouti à l'annulation de la directive 2006/24/CE qui concernait la conservation des données ; voir également l'arrêt CJUE, Schrems, 6 octobre 2015, Aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 annulant la décision de la Commission permettant le transfert de données personnelles vers les États-Unis.

31. Avis du Comité économique et social européen sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, Une vision pour le marché intérieur des produits industriels, COM(2014) 25 final, JOUE n° C 424 du 26 novembre 2014, p. 20.

32. Rapport 24 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les informations accompagnant les virements de fonds (COM(2013)0044-C7-0034/2013-2013/0024(COD)). La directive a été approuvée par le Parlement européen en avril 2016.

33. Règlement (UE) n° 2015/847 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 sur les informations accompagnant les transferts de fonds et abrogeant le règlement (CE) n° 1781/2006, JOUE n° L 141 du 5 juin 2015, p. 1.

34. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2011 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 2013/0402(COD).

35. La possibilité d'introduire une législation française relative au secret d'affaires avait été évoquée mais n'a pas été adoptée. Voir par exemple par D. Cosnard, Secret d'affaires : le gouvernement retire son projet, 30 janvier 2015, disponible sur Lemonde.fr.

36. Avis du Comité économique et social européen, Propositions visant à lutter contre la corruption dans l'Union européenne : prise en compte des préoccupations des entreprises et de la société civile, JOUE n° C 13 du 15 janvier 2016, p. 63.

37. C'est par exemple le cas pour la Serbie, voir la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 8 octobre 2014, Stratégie d'élargissement et principaux défis 2014-2015.

38. Convention du Conseil de l'Europe sur la manipulation de compétitions sportives du 18 septembre 2014, STCE n° 215. Voir l'article 7 § 2.

39. Voir la résolution 1729 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 29 avril 2010 et les recommandations du Comité des Ministres des 30 avril et 27 novembre 2014.

40. Procédure de manquement, voir les articles 258 TFUE et suivants.

41. Voir les annexes du rapport d'activité du comité de surveillance de l'OLAF (février 2013-janvier 2014).

42. Résolution du Parlement européen du 29 avril 2015 sur la proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen (COM(2013)0534-2013/0255(APP)).

RÉSUMÉS

Plusieurs raisons peuvent justifier la nécessité d'une réglementation pour protéger les lanceurs d'alerte au niveau de l'Union européenne. Les alertes médiatisées concernent des dysfonctionnements aux dimensions européennes voire internationales comme par exemple avec les affaires révélées par Snowden ou le Luxleaks. La pertinence d'une action de l'Union européenne est évidente et permettrait alors d'accorder une protection minimale identique sur le territoire des 28 États membres. Néanmoins, la question est de savoir si une telle réglementation est possible ? Ainsi, il faut explorer les différentes options pouvant être disponibles pour adopter une réglementation générale ou à défaut sectorielle. Enfin, l'Union européenne pourrait également ou au moins ouvrir une plateforme commune aux 28 États membres pour dénoncer les dysfonctionnements et assurer la protection des lanceurs d'alerte.

They are many reasons why whistleblowers would benefit of an European level protection instead of several national ones. Famous whistleblowing cases had an European or international impact such as the revelation made by Snowden or Antoine Deltour with the Luxleaks. A uniformed protection of those whistleblowers would definitely be relevant but the question is here to determine if the European Union has the ability to adopt such regulation. Thus, it is necessary to explore the available legal bases in order to understand if the European Union can propose a general protection or only a partial one. Finally, the European Union could at least offer a platform for the alert and for the whistleblower's protection.

INDEX

Mots-clés : union européenne, base juridique, directive, résolution, parlement européen, commission européenne, lanceurs d'alerte, parquet européen, subsidiarité

Keywords : EU legal basis, directive, resolution, european parliament, european commission, whistleblowers, european prosecutor, subsidiarity.

AUTEUR

TANIA RACHO

Docteure en droit à l'Université Paris II Panthéon-Assas