

Strasbourg, 20 décembre 2012

CDCJ(2012)9FIN

LA PROTECTION DES DONNEURS D'ALERTE

Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique
sur la protection des employés qui divulguent
des informations dans l'intérêt public

préparé par

Paul Stephenson

Ancien agent du ministère de la Justice (RU), expert anti-corruption

et

Michael Levi

Professeur de criminologie à l'université de Cardiff

Les opinions exprimées dans cette étude sont celles de ses auteurs et ne reflètent pas nécessairement les opinions du Conseil de l'Europe ou de ses Etats membres.

Ce rapport a été commandité par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe à la demande du Comité européen de coopération juridique (CDCJ) afin de déterminer la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public (« donneurs d'alerte »). Le rapport a été présenté au CDCJ durant sa 87ème réunion plénière (Strasbourg, 18-20 juin 2012), lors de laquelle, le comité a décidé d'approuver sa publication sous la responsabilité de ses auteurs. Lors de cette même réunion, le comité a décidé de démarrer les travaux relatifs à un avant-projet d'instrument juridique.

Sommaire

1	INTRODUCTION.....	4
2	QUESTIONS DE DROITS DE L'HOMME	6
3	LÉGISLATIONS NATIONALES.....	11
4	MESURES INTERNATIONALES ET ARGUMENTS POUR UN NOUVEL INSTRUMENT DU CONSEIL DE L'EUROPE.....	23
5	PRINCIPES.....	27
	Annexe A - PROJET DE RECOMMANDATION	39
	Annexe B - ABRÉVIATIONS	42
	Annexe C - ROYAUME-UNI : LOI DE 1998	
	SUR LES SIGNALEMENTS DANS L'INTÉRÊT GÉNÉRAL (« PIDA »).....	43
	Annexe D - SOURCES (BIBLIOGRAPHIE).....	45
	Annexe E - REMERCIEMENTS.....	48

1 INTRODUCTION

Champ de l'étude

1.1 La présente étude a été commandée en mars 2012 par le Comité européen de coopération juridique du Conseil de l'Europe (CDCJ), qui souhaitait qu'elle lui soit remise pour le 1^{er} mai. Elle s'inscrit donc clairement dans le contexte des précédentes initiatives du Conseil de l'Europe, dont la protection des employés prévue par la Convention civile sur la corruption (1999). D'après le rapport explicatif de cette Convention, « les affaires de corruption sont difficiles à détecter et à instruire et les employés ou les collègues (du secteur public ou privé) des personnes impliquées sont souvent les premiers à découvrir ou à suspecter quelque chose d'anormal ». Pour avoir donné l'alarme, ces employés risquent de perdre leurs moyens de subsistance. C'est particulièrement vrai lorsqu'une personne fraîchement embauchée détecte une conduite répréhensible chez ses supérieurs.

1.2 Nous verrons au chapitre 4 que la Convention de 1999 s'appuyait sur d'autres initiatives, à commencer par la Convention de 1982 de l'OIT, qui affirme qu'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur ne constitue pas un motif valable de licenciement. Cependant, à mesure que les incitations à signaler les cas de corruption se développent, il est de plus en plus à craindre que les instruments internationaux existants ne soient pas assez exhaustifs ou pas assez efficaces. Dans son Examen à mi-parcours de la stratégie européenne 2007-2012 pour la santé et la sécurité au travail, le Parlement européen appelle l'UE à « proposer une directive protégeant les personnes qui alertent à juste titre sur des risques SST [santé et sécurité au travail] non reconnus, notamment en informant l'inspecteur du travail compétent ». L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) préconise une approche transversale couvrant « tous les avertissements de bonne foi à l'encontre de divers types d'actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme ». Dans le même esprit, nous formulerons ici des propositions pouvant s'appliquer aux avertissements sur toutes sortes d'actes illicites et de la part de tout travailleur, dans le secteur public comme privé.

1.3 Pourquoi limiter la protection au monde du travail ? Comme l'a récemment affirmé Transparency International Suède, « les clients, les patients et les élèves méritent eux aussi une protection juridique contre les représailles ». Ce point est indéniable, mais les différents problèmes qu'il soulève nécessiteraient une étude à part, qui suggérerait peut-être une réforme de la législation sur les consommateurs. Il n'est pas illogique de traiter à part le monde professionnel, puisqu'il relève de la responsabilité des employeurs et se trouve régi par une branche spécifique du droit, le droit du travail.

1.4 Dans le cadre de cette étude sur la faisabilité d'un instrument de protection des employés, le CDCJ nous a chargés d'examiner la situation des défenseurs des droits de l'homme. Nous concluons qu'il est important qu'ils soient couverts par un instrument juridique, qui devrait prévoir pour eux les mêmes dispositions que pour les travailleurs qui dénoncent d'autres problèmes d'intérêt général.

La notion d'alerte

1.5 Nous utilisons dans cette étude la définition adoptée par Calland et Dehn dans « Whistleblowing Around the World » (2004):

« Moyens à la disposition d'un employé pour exprimer ses préoccupations face à des actes répréhensibles sur son lieu de travail. Il s'agit de dénoncer des actes qui menacent autrui, et non des griefs personnels. L'alerte peut être donnée de différentes manières, en partageant ses préoccupations avec ses supérieurs, avec les responsables de l'organisation, avec des instances de contrôle ou avec le public ».

1.6 Le terme de *whistleblowing* est rarement utilisé dans les législations nationales ; il n'est donc pas indispensable de le traduire précisément. En anglais, on « donne un coup de sifflet ». D'autres langues ont des expressions pittoresques, comme le néerlandais avec ses *klokkenluiders* (« sonneurs de cloche »). Pour le législateur, le principal est de trouver un terme évoquant un avertissement lancé par des employés dans l'intérêt général. Il est important d'éviter les termes aux implications sociales négatives : en anglais par exemple, un *informant* est plutôt une personne qui se livre à des activités illégales et divulgue des informations pour atténuer sa propre responsabilité ou pour se faire rémunérer par la police. Notre étude ne couvre pas de tels cas. Toujours en anglais, le terme d'*informer* évoque un Etat policier. En français, on utilise « donneur d'alerte » pour éviter le terme de « dénonciateur », trop connoté. Le donneur d'alerte signale des actes illicites aux autorités d'un pays démocratique ; il n'est donc pas à confondre avec un dénonciateur, qui livre à un Etat policier des informations sur ses opposants.

L'importance des alertes

1.7 L'expérience pratique et les études antérieures confirment le rôle crucial joué par les donneurs d'alerte pour détecter ou décourager des actes répréhensibles dissimulés ou restés impunis. En 2011, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a affirmé partager l'avis de l'Assemblée selon lequel les donneurs d'alerte jouaient un rôle important pour accroître la responsabilisation et renforcer la lutte contre la corruption et la mauvaise gestion, reconnaissant que leur protection devait être assurée.

1.8 L'accent mis sur la responsabilisation est important. Les employeurs ont de plus en plus conscience qu'il est dans leur intérêt d'encourager leurs employés à signaler des risques à leur hiérarchie, pour qu'il puisse y être répondu assez tôt pour empêcher des dommages sérieux. Les recherches montrent que la plupart des donneurs d'alerte utilisent d'abord les procédures internes. Lorsque ces voies n'aboutissent pas ou n'ont aucune chance d'aboutir, les instances de contrôle (vérificateurs, inspecteurs etc.) ou les représentants de la loi sont susceptibles d'être les bons interlocuteurs, puisqu'ils ont le pouvoir et les compétences nécessaires pour étudier le problème et ont même besoin de telles révélations pour s'acquitter correctement de leur tâche. Ils ont également intérêt à donner suite aux informations qu'ils reçoivent pour s'assurer la confiance de la population.

1.9 La décision de s'adresser à la presse, aussi vitale soit-elle, n'est prise (ou devrait n'être prise) qu'en dernier ressort. La presse peut très bien rendre un sujet brûlant sans faire la lumière dessus. La plupart des donneurs d'alerte hésitent à utiliser cette voie ; ils le font plutôt, comme l'expérience le montre, lorsqu'aucun autre moyen clair ne paraît disponible. La Cour européenne des droits de l'homme (« Cour de Strasbourg ») précise bien que l'existence

de voies alternatives compte parmi les facteurs qu'elle prend en compte dans l'étude des affaires soulevées par des donneurs d'alerte. Le développement de législations nationales offrant des moyens de signalement, assortis de mécanismes destinés à leur donner suite, aurait pour triple effet de protéger les donneurs d'alerte, de renforcer l'efficacité des procédures de responsabilisation et d'améliorer le respect des règles dans une société européenne de plus en plus mondialisée, où tant d'entreprises opèrent au-delà des frontières.

2 QUESTIONS DE DROITS DE L'HOMME

2.1 Comme l'a dit en 2009 Thomas Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, « les droits de l'homme ne vont pas de soi, il faut les conquérir encore et encore ». Les donneurs d'alerte, aux côtés de médias libres et d'un système de justice et de répression indépendant, jouent un rôle important dans ce combat. M. Hammarberg souligne, en citant les mémoires d'Andreï Sakharov, que la menace d'une révélation freine les atteintes aux droits de l'homme. Lorsque les signalements responsables sont protégés, par la loi et par des mesures pratiques, on peut s'attendre à ce que les violations des droits de l'homme diminuent.

2.2 Il n'existe aucun pays où les donneurs d'alerte – qu'ils signalent une violation des droits de l'homme ou d'autres faits – ne subissent jamais de représailles. La Cour de Strasbourg joue ici un rôle crucial, puisque dans tous les pays du Conseil de l'Europe sauf un¹, les donneurs d'alerte peuvent être amenés à déposer une requête en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme. Cela s'applique aux employés aussi bien qu'aux défenseurs des droits de l'homme. S'il n'y a pas eu de procès équitable dans un délai raisonnable, l'article 6 peut s'appliquer, mais dans la pratique les affaires concernant des donneurs d'alerte se sont jusqu'ici concentrées sur l'article 10 (liberté d'expression).

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

2.3 La Cour de Strasbourg a rappelé que « l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé [...] » et que « l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées » (*Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, 29 février 2000, paragraphe 38).

2.4 L'article 10 est assorti de restrictions. Les ingérences dans la liberté d'expression d'un donneur d'alerte sont donc autorisées, à condition :

- d'être prévues par la loi
- de poursuivre un but légitime (comme la protection de la réputation ou des droits d'autrui ou pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles) ; et
- d'être « nécessaires dans une société démocratique ».

Ce dernier critère est habituellement celui qui soulève les questions les plus complexes.

¹ Le Bélarus n'a pas signé la Convention européenne des droits de l'homme.

2.5 Dans *Steel et Morris c. Royaume-Uni* (n° 68416/01, ECHR 2005-II, paragraphe 87), la Cour rappelle que l'adjectif « nécessaire » au sens de l'article 10.2 suppose un « besoin social impérieux », poursuivant : « Les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour juger de l'existence d'un tel besoin, mais elle se double d'un contrôle européen [...]. La Cour a donc compétence pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une « restriction » se concilie avec la liberté d'expression que protège l'article 10 ».

2.6 Il est établi que la Cour doit déterminer « si l'ingérence incriminée correspondait à un « besoin social impérieux », si elle était « proportionnée au but légitime poursuivi » et si les motifs fournis par les autorités nationales pour la justifier étaient « pertinents et suffisants ». Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés à l'article 10, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents (*Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 1), 26 avril 1979, série A n° 30, paragraphe 62).

Tillack c. Belgique (n° 20477/05, 27 novembre 2007)

2.7 Hans Martin Tillack, journaliste, publia en 2002 des articles faisant état d'irrégularités commises au sein d'Eurostat et de l'Office européen pour la lutte anti-fraude (OLAF), articles qui semblaient reposer sur des informations fournies par un agent de l'OLAF. Une enquête interne ne lui ayant pas permis d'identifier cet agent, l'OLAF déposa plainte auprès des autorités judiciaires belges pour corruption présumée d'un fonctionnaire européen.

2.8 Dans ses conclusions, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les perquisitions et saisies opérées par la police belge au domicile du journaliste et sur son lieu de travail constituent une violation de l'article 10. Elle note que les allégations de l'OLAF selon lesquelles l'agent concerné aurait touché de l'argent se fondent « sur de simples rumeurs », ce qui a déjà valu à l'OLAF les critiques du Médiateur européen. La Cour souligne que le droit des journalistes à protéger leurs sources n'est pas « un simple privilège qui leur serait accordé ou retiré », mais un élément essentiel de la liberté de la presse. La marge d'appréciation nationale est limitée par l'intérêt d'assurer et de maintenir cette liberté dans une société démocratique. Comme l'affirme l'APCE dans son rapport de 2009 sur la protection des donneurs d'alerte, « cet arrêt devrait inciter les législateurs de toute l'Europe à réfléchir à l'importance des médias en tant que porte-parole des donneurs d'alerte ». L'affaire illustre aussi les difficultés rencontrées par les donneurs d'alerte au sein des institutions internationales. En tout état de cause, elle montre clairement que lorsqu'une personne se confie à un journaliste, ce dernier ne peut être tenu – sauf circonstances exceptionnelles – de révéler son identité (même si l'expérience montre qu'elle peut finir par être découverte). Il est difficile de savoir comment la Cour aurait conclu s'il y avait eu des preuves tangibles de corruption de la part du journaliste.

Guja c. Moldova (n° 14277/04, 12 février 2008)

2.9 Iacob Guja dirigeait le service de presse du parquet général moldave. Après l'abandon des poursuites contre des policiers soupçonnés d'avoir maltraité des suspects, il adressa à la presse deux lettres sur cette affaire qui laissaient entendre que les poursuites avaient été abandonnées sans raison valable. L'une de ces lettres émanait d'un parlementaire de haut rang. M. Guja fut licencié au motif que les lettres étaient confidentielles (même si elles n'en portaient pas la mention) et qu'il n'avait pas consulté ses supérieurs avant de les transmettre à la presse.

2.10 Cet arrêt de Grande chambre énonce six critères permettant de déterminer si une ingérence dans les droits garantis par l'article 10 est « nécessaire dans une société démocratique ». (Ces critères ne sont pas toujours cités dans le même ordre : nous suivons celui adopté dans le dernier arrêt en date, *Heinisch c. Allemagne*).

1. L'intérêt public que présentent les informations divulguées. « Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique. L'intérêt de l'opinion publique pour une certaine information peut parfois être si grand qu'il peut l'emporter même sur une obligation de confidentialité imposée par la loi ».
2. L'existence d'autres moyens de dénoncer les agissements.
3. L'exactitude des informations divulguées. La Cour rappelle que l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et responsabilités, et que quiconque choisit de divulguer des informations doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'elles sont exactes et dignes de crédit.
4. La motivation de l'employé. « Par exemple, un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé ».
5. Le dommage que la divulgation risquait de causer à l'employeur, mis en regard de l'intérêt public de cette divulgation.
6. La sévérité de la sanction prise contre le requérant et ses conséquences.

2.11 Concluant à la violation de l'article 10, la Cour estime dans son arrêt que compte tenu des circonstances, une divulgation à l'extérieur, « même à un journal », pouvait se justifier. Elle note en particulier :

- qu'il s'agit de questions très importantes, relevant du débat politique dans une société démocratique, dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée. Des organisations internationales se disaient en effet préoccupées par le dysfonctionnement de la séparation des pouvoirs et le manque d'indépendance de la justice en Moldova, et
- que ni la législation moldave ni le règlement intérieur du parquet général ne contenaient de dispositions concernant la divulgation d'irrégularités par des salariés, et qu'aucun élément ne venait invalider la thèse du requérant selon laquelle les autres moyens (ses supérieurs ou le Parlement) n'auraient pas été effectifs dans les circonstances particulières de l'affaire.

2.12 Iacob Guja se vit octroyer un dédommagement de 10 000 euros (il en demandait 15 000). C'était la première affaire portant sur la divulgation d'informations par un fonctionnaire. Comme l'affirme la Cour dans son arrêt, « la dénonciation par [des agents de la fonction publique, qu'ils soient contractuels ou statutaires] de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances. Pareille protection peut s'imposer lorsque l'agent concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail et est donc le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique ». La Cour renvoie au rapport explicatif de la Convention civile sur la corruption. Il semble clair que s'il existait des lois précisant les modalités de la divulgation d'informations, conformément à l'article 9 de cette Convention, des affaires comme *Guja c. Moldova* auraient moins de chances de se produire.

Marchenko c. Ukraine (n° 4063/04, 19 février 2009)

2.13 Mykhaylo Marchenko, enseignant et responsable syndical, transmet en 1997 au parquet et à l'organisme de contrôle des comptes publics d'Ukraine des allégations d'agissements délictueux de la part de la directrice de l'école où il travaillait. Aucune des deux instances saisies ne trouva de preuves suffisantes. Marchenko participa ensuite à une manifestation où l'on pouvait voir des pancartes hostiles à la directrice. Il fut poursuivi pour diffamation et condamné à une amende et à une peine d'un an de prison avec sursis.

2.14 Dans son arrêt, la Cour affirme : « Bien qu'en vertu des obligations positives découlant de l'article 8 de la Convention, les Etats parties aient la possibilité – parfois même le devoir – d'encadrer l'exercice de la liberté d'expression pour que la loi protège correctement la réputation personnelle, ils ne doivent pas le faire d'une manière qui entrave indument le débat public sur les sujets d'intérêt général ». Elle reconnaît, concernant la manifestation à laquelle a participé le requérant, que les juridictions nationales ont agi dans le cadre de leur marge d'appréciation en le condamnant pour diffamation. La Cour estime cependant qu'il y a eu violation de l'article 10 car ces juridictions, en condamnant le requérant pour les lettres qu'il avait envoyées au parquet et à l'organisme de contrôle et en prononçant une longue peine de prison avec sursis, ont dépassé ce qui aurait constitué une ingérence « nécessaire » dans sa liberté d'expression.

Kudeshkina c. Russie (n° 29492/05, 26 février 2009)

2.15 Olga Kudeshkina était juge dans une affaire portant sur des abus de pouvoir présumés de la part d'un enquêteur de police de haut rang, M. Zaytsev. Accusée par le procureur de manquer d'objectivité, elle fut dessaisie de l'affaire par la présidente du tribunal de Moscou. Par la suite, elle se mit temporairement en réserve de sa fonction de juge pour se présenter (sans succès) aux élections à la Douma, faisant campagne pour une réforme judiciaire, et évoqua l'affaire dans des entretiens avec les médias. Elle déposa également une plainte contre la présidente du tribunal de Moscou, plainte qui fut rejetée, malgré le soutien des deux jurés qui avaient participé à l'affaire. Après une longue procédure disciplinaire portant sur ses entretiens avec les médias, Mme Kudeshkina fut démise de ses fonctions de juge pour fausses déclarations, atteinte au système de justice et aux tribunaux et expression publique d'une opinion susceptible d'influencer l'issue de l'affaire Zaytsev, toujours en cours. La sanction fut confirmée par le tribunal de Moscou puis, en appel, par la Cour suprême, qui rejeta les affirmations de la requérante selon lesquelles il pouvait y avoir des doutes sur l'impartialité du tribunal.

2.16 La Cour de Strasbourg conclut à la violation de l'article 10. Elle relève que les candidats aux élections législatives devraient pouvoir exercer sans entrave leur liberté d'expression ; le récit fait par la requérante de son expérience dans l'affaire Zaytsev devrait être considéré comme une présentation de faits inséparable des opinions exprimées dans ses entretiens. En outre, les procédures nationales n'ont pas permis d'écarter de façon convaincante les allégations de la requérante selon lesquelles on aurait fait pression sur elle. « Même si la requérante s'est permis un certain degré d'exagération et de généralisation, caractéristiques de l'agitation qui précède une élection, ses affirmations n'étaient pas entièrement infondées [...] et n'étaient donc pas à considérer comme des attaques personnelles gratuites, mais comme des remarques valables sur un sujet d'une grande importance publique ». La Cour constate également que les garanties de procédure n'ont pas été respectées, l'éventuelle partialité du tribunal de Moscou à l'encontre de Mme Kudeshkina n'ayant pas été reconnue. La sanction, enfin, était disproportionnée.

Poyraz c. Turquie (n° 15966/06, 7 décembre 2010)

2.17 Dans cette affaire, l'ingérence dans la liberté d'expression d'un donneur d'alerte a été considérée comme justifiée. Yilmaz Poyraz, inspecteur en chef du ministère de la Justice turc, rédigea en avril 1996 un rapport qui mettait sérieusement en cause le comportement professionnel du juge Y.K.D., notamment pour des allégations de partisanisme politique et de harcèlement sexuel. En mai 1996, Y.K.D. fut élu membre de la Cour de cassation, qui décida en 1997 que son nouveau titre rendait nul et non avenu le rapport du ministère de la Justice. En 1998, ce rapport filtra dans la presse (sans que l'on sache exactement comment). Le requérant fit des déclarations à ce sujet à la télévision, ajoutant de nouvelles allégations. Y.K.D. engagea une procédure civile contre le ministère de la Justice ; il eut gain de cause et en 2000, le ministère lui versa des dommages et intérêts. Il engagea aussi une procédure contre le requérant, qui n'aboutit qu'en 2005. Le tribunal de grande instance d'Ankara se prononça contre le requérant, doutant de sa bonne foi : des témoins entendus par le tribunal avaient déclaré que le requérant leur avait extorqué des dépositions contre Y.K.D. sous la menace d'un licenciement.

2.18 Dans son arrêt, la Cour de Strasbourg remarque que M. Poyraz a défendu le contenu de son rapport dans les médias, même s'il n'est pas certain qu'il soit à l'origine des fuites ; or la plus grande discrétion s'impose aux autorités judiciaires, qui ne devraient pas utiliser la presse, même pour répondre à des provocations. Une vigilance accrue doit être observée par les fonctionnaires dans l'exercice de leur droit à la liberté d'expression sur une enquête en cours, en particulier lorsqu'ils sont eux-mêmes chargés de conduire l'enquête. L'ingérence des autorités dans la liberté d'expression du requérant était justifiée, les moyens employés étant proportionnés au but visé, à savoir la protection de la réputation ou des droits d'autrui. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 10. Il y a cependant eu violation de l'article 6, compte tenu du fait que la procédure devant le tribunal de grande instance a duré plus de sept ans.

Heinisch c. Allemagne (n° 28274/08, 21 juillet 2011)

2.19 Brigitte Heinisch, infirmière, était employée dans un foyer pour personnes âgées. Après avoir signalé à plusieurs reprises de graves lacunes dans les soins aux patients, sans réaction de la part de son employeur, elle déposa une plainte pénale pour tromperie. Elle fut alors licenciée. Les juridictions allemandes jugèrent ce licenciement justifié, arguant que le dépôt d'une plainte pénale constituait une réaction disproportionnée au refus de son employeur de reconnaître les lacunes et un manquement au devoir de loyauté envers l'employeur.

2.20 Dans son arrêt, la Cour confirme que les employés ont une obligation de loyauté. « Par conséquent, un employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente. Ce n'est que lorsque cela s'avère clairement infaisable que les informations, en dernier ressort, peuvent être portées à la connaissance du public ». Examinant l'affaire à la lumière des principes établis dans *Guja*, la Cour conclut à la violation de l'article 10. Elle relève en particulier les points suivants :

- la requérante n'a pas seulement abordé le problème du manque de personnel avec ses supérieurs, elle a aussi averti sa direction de l'éventualité d'une plainte pénale, par le biais de son avocat. Dans les circonstances de l'espèce, une divulgation extérieure, par le biais d'une plainte pénale, pouvait se justifier. « Si l'employeur ne met pas fin à une pratique illicite alors même qu'un employé l'a portée à son attention, [...] cet employé n'est plus lié par une obligation de loyauté envers son employeur » ;

- la requérante a agi de bonne foi, « même en acceptant que l'amélioration de ses propres conditions de travail aient pu constituer pour elle une motivation supplémentaire ». Selon la Cour, cette conclusion est encore corroborée par le fait que la requérante, une fois convaincue qu'un signalement extérieur était nécessaire, ne s'est pas tournée vers les médias, mais en premier lieu vers les autorités judiciaires ;
- l'intérêt du public à connaître les lacunes dans les soins prodigués à des personnes âgées dans un foyer géré par une entreprise publique l'emporte sur la protection de la réputation et des intérêts de cette entreprise.

Sosinowska c. Pologne (n° 10247/09, 18 octobre 2011)

2.21 Božena Sosinowska, pneumologue, fut déclarée en 2005 coupable de comportement contraire à la déontologie pour avoir adressé au consultant régional une lettre dans laquelle elle s'inquiétait des décisions prises par sa supérieure et de la qualité des soins médicaux prodigués à ses patients. L'antagonisme entre les deux médecins était de longue date. Mme Sosinowska reçut un blâme. Dans son arrêt, la Cour juge qu'une telle réaction à des opinions critiques contre un collègue risque de décourager le personnel médical d'informer objectivement les patients sur leur état de santé et sur le traitement qu'ils reçoivent. La Cour souligne que l'avis donné par la requérante était une évaluation critique, à caractère médical, de la prise en charge des patients par un autre médecin. Mme Sosinowska ne cherchait pas à discréditer sa supérieure : ses actions étaient motivées par le souci du bien-être des patients. L'enjeu était donc d'intérêt public, et la procédure disciplinaire engagée contre elle a constitué une violation de l'article 10.

3 LÉGISLATIONS NATIONALES

3.1 Nous résumerons dans ce chapitre les conclusions générales des enquêtes sur les législations nationales englobant des pays du Conseil de l'Europe. Nous reviendrons plus en détail sur certaines législations, soit parce qu'elles sont citées en exemple, soit parce qu'elles ont récemment évolué (ou les deux) : Croatie, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Moldova, Pays-Bas, Norvège, Roumanie, Serbie, Slovénie, Suède, Ukraine et Royaume-Uni. Nous englobons les États-Unis, pays dont la législation a eu beaucoup d'influence au niveau international et qui est membre observateur du Conseil de l'Europe et membre du GRECO.

Enquêtes plurinationales

Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE)

3.2 L'étude menée en 2009 par l'APCE se fondait sur un questionnaire auquel vingt-six États membres ont répondu². Elle conclut que la plupart « ne disposent pas de texte législatif complet pour la protection des « donneurs d'alerte », même si bon nombre d'entre eux ont dans leurs systèmes juridiques des réglementations couvrant différents aspects de la question et régissant les relations de travail, la procédure pénale, les médias, ainsi que des mesures spécifiques de lutte contre la corruption ». Les seuls pays dotés d'une législation spécifique à ce sujet sont la Belgique, la France, la Norvège, les Pays-Bas, la Roumanie et le Royaume-Uni. En outre, certaines lois concernent uniquement la corruption, d'autres encore ne s'appliquent qu'au secteur public.

² Allemagne, Autriche, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Estonie, ex-République yougoslave de Macédoine, France, Géorgie, Grèce, Italie, Lituanie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Royaume-Uni, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse et Turquie.

3.3 Grâce aux représentants nationaux membres du CDCJ principalement, nous avons été informés de nouvelles initiatives juridiques intervenues depuis cette étude. Les projets de loi en question en sont à différents stades. Lorsque nous en connaissons la teneur, ces propositions de réformes sont mentionnées ci-dessous (c'est le cas pour l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Serbie, la Suède et le Royaume-Uni). Des projets de loi sont aussi à l'étude en République tchèque et dans l'ex-République yougoslave de Macédoine. Le délai imparti pour la présente étude ne nous a pas permis d'obtenir un tableau complet de la situation ; cependant, les améliorations louables qui ont été apportées (décrites plus loin) ne modifient pas la conclusion générale du rapport de l'APCE, à savoir qu'« il reste beaucoup à faire au niveau des législations nationales des pays européens ».

3.4 Pour expliquer cet état des choses, l'APCE évoque « des attitudes culturelles profondément ancrées depuis les régimes sociopolitiques de dictature et/ou de domination étrangère sous lesquels il était tout à fait normal de se méfier des « informateurs » des autorités méprisées ». Elle constate par ailleurs que « la protection des données personnelles et le respect de la vie privée sont d'autres facteurs contribuant à la réticence à légiférer spécifiquement dans ce domaine ».

3.5 Le rapport conclut en résumant les bonnes pratiques législatives, avec cette remarque importante : « Les gouvernements devraient comprendre que les lois sur la protection des témoins sont insuffisantes pour protéger les « donneurs d'alerte », en raison principalement du fait que ces derniers doivent être protégés contre toutes représailles éventuelles dès le moment de leur signalement et non seulement après l'ouverture d'une action en justice, qu'un mécanisme effectif de signalement serait en mesure d'éviter dans bien des cas ». Il recommande l'adoption d'une résolution de l'APCE invitant les Etats membres à revoir leur législation sur la protection des donneurs d'alerte et énonçant des principes directeurs. Cette résolution a été adoptée en 2010 ; nous en reparlerons au paragraphe 4.8 et au chapitre 5.

GRECO (2006 et 2009)

3.6 Lors de son deuxième cycle de suivi, le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) a partiellement examiné la législation sur les donneurs d'alerte dans ses Etats membres, dans le cadre de son suivi des codes de déontologie de la fonction publique conformément au principe n° 9 des Vingt principes directeurs du Conseil de l'Europe pour la lutte contre la corruption. Les conclusions provisoires sont exposées dans le Septième Rapport général d'activités du GRECO (2006). Notant que la généralisation des règles imposant aux fonctionnaires de signaler les faits de corruption ne semble pas avoir eu beaucoup d'impact, le GRECO invite ses membres à prendre des mesures supplémentaires, et notamment :

- à veiller à ce que la loi protège contre tous les types de représailles (et non uniquement le licenciement) ;
- à prévoir des personnes de confiance chargées d'aider les employés qui souhaitent donner l'alerte ;
- à légiférer sur les éventuels conflits entre l'alerte à donner et la communication d'informations confidentielles ;
- à veiller à ce que les textes de loi soient promulgués de façon adéquate, afin que les employés en aient connaissance.

3.7 Ces travaux ont été mis à jour en 2009 dans un rapport de Christophe Speckbacher, « The protection of whistleblowers in the light of GRECO's work » ; il apparaissait alors clairement qu'il restait beaucoup à faire et que certaines des mesures prises n'étaient pas jugées satisfaisantes par le GRECO.

Transparency International (2009)

3.8 Parue en 2009, l'étude de TI intitulée « Alternative to silence: Whistleblower protection in 10 European Countries » couvre la Bulgarie, l'Estonie, la Hongrie, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, la République tchèque, la Roumanie et la Slovaquie. Elle constate que « la législation sur les donneurs d'alerte dans ces pays est généralement fragmentaire et peu appliquée. Sauf en Roumanie, il n'existe aucun cadre législatif unique et complet ». Elle remarque aussi, point important, que la protection se limite aux salariés, laissant de côté les travailleurs informels, les consultants, les contractuels ou les fournisseurs.

Législations nationales

Croatie

3.9 En 2008, la réforme de la loi sur les fonctionnaires a renforcé la protection des agents qui signalent des faits de corruption aux autorités : tous les actes de représailles sont désormais couverts, et non uniquement le licenciement. Autre nouveauté, l'anonymat des donneurs d'alertes est garanti dans les affaires graves et l'application de mesures de rétorsion est expressément considérée comme un grave manquement aux devoirs. En vertu d'une disposition ajoutée en 2009 à la loi sur le travail, si un donneur d'alerte montre qu'il a été discriminé, la charge de la preuve pèse sur l'employeur.

France

3.10 Aux termes d'un article ajouté en 2007 au Code du travail, « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit ». Aucune donnée n'est fournie sur l'application de cet article, mais une jurisprudence existe : notamment, dans son arrêt du 8 décembre 2009 sur l'alerte professionnelle chez Dassault Systèmes, la Cour de cassation a jugé que l'article ne s'appliquait qu'aux signalements d'infractions de corruption.

3.11 En 2007, il n'a pas été jugé nécessaire d'élargir la protection des fonctionnaires, l'article 40 du Code de procédure pénale étant considéré comme suffisant. Cet article impose aux fonctionnaires qui soupçonnent un crime ou un délit (y compris de corruption) d'en aviser directement le procureur de la République ; ils ne sont donc pas tenus d'obtenir l'accord de leurs supérieurs.

3.12 En France, ce sont les comités d'entreprise, les délégués du personnel et les syndicats qui se chargent de recueillir le témoignage des employés et de diffuser des informations. Ils peuvent à tout moment demander des explications sur les comptes ou sur le fonctionnement de l'entreprise. Ils peuvent aussi recueillir des informations et les transmettre à qui de droit. Les entreprises françaises disposent ainsi de moyens ouverts, capables de jouer le rôle d'un système de vigilance, si bien que les autorités ne jugent pas nécessaire de recourir à des outils couvrant spécifiquement les donneurs d'alerte.

Irlande : projet de loi sur les signalements protégés dans l'intérêt général (2012)

3.13 Ayant décidé dans un premier temps d'inscrire la protection des donneurs d'alerte dans les réglementations sectorielles, l'Irlande a revu sa position à la lumière des critiques, notamment de la part de sa Commission sur les normes de la fonction publique. Le rapport rendu en 2012 par le tribunal Mahon (créé en 1997 pour enquêter sur les allégations de versement de pots-de-vin à des responsables politiques) constate que la fragmentation des règles sur la protection des donneurs d'alerte a engendré un système opaque et complexe, susceptible de dissuader certaines personnes de signaler des faits de corruption. Depuis, le gouvernement a annoncé la création d'un cadre unique assurant la même protection aux donneurs d'alerte dans tous les secteurs de l'économie.

3.14 Bien que la loi ne soit pas encore entièrement rédigée, on en trouve le plan détaillé sur Internet. Elle s'inspire de l'expérience d'autres pays, comme le Royaume-Uni (loi de 1998 sur les signalements dans l'intérêt général), l'Afrique du Sud et la Nouvelle Zélande (lois sur les signalements protégés, toutes deux adoptées en 2000), ainsi que des principes du G20. Elle va au-delà de la loi PIDA en couvrant des sujets supplémentaires, dont au premier chef l'usage illicite, corrompu ou irrégulier de financements publics. La mention de l'usage irrégulier des financements semble dépasser le champ des infractions pénales (qui sont traitées séparément). Le projet de loi couvre aussi les cas où « un acte, une omission ou le comportement d'un agent public constitue une oppression, une discrimination injustifiée, une grave négligence ou une grave erreur de gestion ».

3.15 D'après le texte, les signalements ne sont pas protégés lorsque leurs auteurs savent que les informations divulguées sont fausses ou trompeuses ou lorsqu'ils ont agi imprudemment, sans vérifier que leur signalement n'était pas faux, trompeur, abusif ou vexatoire. Les signalements anonymes ne sont pas protégés.

3.16 Le texte prévoit l'immunité contre les poursuites civiles et pénales et introduit la notion de « responsabilité des dommages » (*tortious liability*), qui permet aux donneurs d'alerte d'ouvrir une procédure civile contre un tiers pour avoir pris des mesures de rétorsion contre eux.

3.17 Aux termes du texte, les destinataires d'un signalement protégé ou les personnes qui en ont connaissance ne doivent pas divulguer d'informations révélant l'identité du donneur d'alerte, sauf si ce dernier y consent ou si une telle divulgation est essentielle pour que l'enquête sur les allégations soit efficace, pour empêcher un préjudice grave ou pour se conformer aux principes généraux du droit.

3.18 La loi prévoira des règles spéciales pour les organismes publics, y compris la police et l'armée, qui ont accès à des informations secrètes touchant à la sécurité de l'Etat : elle limitera les voies de signalement internes et exclura toute divulgation de ces informations à l'extérieur, tout en conservant le principe clé de l'accès à un tiers indépendant en créant un nouveau moyen de signalement, un « chargé du recueil des plaintes » qui relaiera l'information auprès du Premier ministre.

Italie

3.19 Un projet de loi « pour la prévention et la répression de la corruption et de l'illégalité dans l'administration publique » est en cours d'examen par le Parlement. Il ne couvre pas le secteur privé. L'article 4 prévoit :

1. Sauf s'il s'est rendu coupable de calomnie ou de diffamation, un fonctionnaire qui dénonce un comportement illicite dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ne peut être sanctionné, licencié ou soumis à des mesures discriminatoires, directes ou indirectes, affectant ses conditions de travail pour des motifs directement ou indirectement liés à sa dénonciation.
2. Sans préjudice des obligations de signalement prévues par la loi, l'identité de l'auteur du signalement ne peut être révélée sans son consentement, sauf en vue de contester une procédure disciplinaire ouverte contre lui.

3.20 Le paragraphe 1 énonce des réserves en cas de diffamation (compte tenu de la nécessité de protéger la réputation des personnes accusées à tort) et de calomnie (entrave à la bonne administration de la justice). Le paragraphe 2 garantit l'anonymat des donneurs d'alerte, à la condition (qui ne s'applique qu'à certaines personnes) qu'ils en informent la justice, jusqu'à ce qu'une procédure disciplinaire soit ouverte contre eux. Il faut l'interpréter ainsi :

- premièrement, si les faits signalés constituent une infraction pénale, l'obligation qu'ont les fonctionnaires d'en avertir les autorités judiciaires s'accompagne de l'obligation de révéler (à ces autorités) l'identité de l'informateur, nécessaire aux fins de l'enquête, puisque le Code de procédure pénale italien interdit le recours à des plaintes ou signalements anonymes ;
- deuxièmement, si le signalement s'avère calomnieux ou diffamatoire, l'identité de l'informateur doit être révélée aux autorités judiciaires en charge de la procédure indépendamment des mesures disciplinaires qui ont pu être engagées.

Luxembourg : loi du 13 février 2011 sur la lutte contre la corruption

3.21 Cette loi a modifié le Code du travail et la législation applicable aux fonctionnaires pour protéger des représailles les salariés qui signalent à un supérieur hiérarchique ou aux autorités compétentes des faits de prise illégale d'intérêts, de corruption ou de trafic d'influence. Si son contrat de travail est résilié, l'employé peut demander à la juridiction du travail l'annulation de cette résiliation. (Les conséquences en cas de représailles autres que le

licenciement ne sont pas clairement précisées). Si un salarié établit avoir été victime de représailles, que ce soit de la part de l'employeur, de collègues de travail ou de personnes extérieures en relation avec l'employeur, il incombe à l'employeur de prouver que ces faits sont justifiés par d'autres éléments objectifs.

Moldova : loi du 27 décembre 2011

3.22 A la suite de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Guja*, trois importantes modifications ont été apportées à la loi :

1. Droit des fonctionnaires à divulguer de bonne foi des informations sur des faits de corruption (y compris l'acceptation de pots-de-vin et les atteintes aux règles concernant la déclaration de revenus ou les conflits d'intérêts). Les informations peuvent être divulguées au supérieur hiérarchique, à l'autorité de contrôle, au parquet, à des ONG ou aux médias.
2. Mesures de protection des fonctionnaires : présomption de bonne foi, confidentialité des données personnelles et prévention des mutations abusives. Aucune sanction disciplinaire ne peut être prise contre un fonctionnaire au motif qu'il a dévoilé des faits de corruption (ou des comportements tels que signalés ci-dessus).
3. Sanctions prévues contre les supérieurs qui n'assurent pas la protection des donneurs d'alerte. La loi prévoit désormais une amende comprise entre environ 64 et 194 euros.

Pays-Bas : règlement sur les donneurs d'alerte pour le gouvernement central et la police

3.23 Ce règlement est entré en vigueur en 2010. Des dispositions du même type ont été adoptées pour le secteur de la défense et pour l'administration locale. Les principaux progrès sont les suivants :

- Obligation, pour les supérieurs, de veiller à ce que le donneur d'alerte puisse continuer à s'acquitter de ses tâches sans aucun obstacle, y compris en empêchant tout acte de vengeance de la part de collègues.
- Nomination au sein de chaque service gouvernemental d'un « conseiller confidentiel pour l'intégrité », auquel il est possible de signaler confidentiellement les cas d'inconduite ou d'atteinte aux règles déontologiques susceptibles de porter gravement atteinte à la chose publique. Si un donneur d'alerte se tourne vers l'un de ces conseillers, les réponses qui lui sont données doivent passer par ce conseiller. Elles doivent comprendre des informations sur l'avancement et les conclusions de l'enquête (dans les douze semaines suivant le signalement), en précisant quelles autres démarches le donneur d'alerte peut entreprendre.
- Obligation, pour tous les responsables d'une entreprise participant au signalement d'un cas d'inconduite, de garder secrète l'identité du donneur d'alerte s'il en fait la demande.

- Possibilité de donner l'alerte sur une pratique répréhensible dans un service ou une organisation où l'on n'est pas soi-même employé. Les anciens salariés peuvent aussi dénoncer de mauvaises pratiques au sein de leur ancienne organisation (jusqu'à deux ans après la fin de leur contrat).
- Si un donneur d'alerte ou un conseiller confidentiel souhaite contester les conclusions d'une enquête interne ou externe et porter l'affaire en justice, les frais de procédure lui sont partiellement remboursés – les frais d'assistance juridique, par exemple (jusqu'à 5 000 euros).

3.24 Si les conclusions de l'enquête interne ne sont pas satisfaisantes, si l'enquête s'avère trop longue (plus de douze semaines) ou en présence de motifs valables, il est possible de signaler ses préoccupations à la Commission pour l'intégrité (composée d'experts indépendants mais nommée par le ministre de l'Intérieur). (Ce qui peut constituer un « motif valable » n'est pas précisé). La Commission pour l'intégrité doit garder secrète l'identité du donneur d'alerte, sauf si ce dernier tient à ce qu'elle soit connue. Elle doit aussi, à l'issue d'une enquête, demander aux autorités responsables de rectifier les pratiques répréhensibles. Les signalements aux médias ne sont pas protégés.

3.25 En vertu d'une décision gouvernementale, une instance indépendante, la Commission de conseils et d'informations aux donneurs d'alerte (CAVK), sera créée en 2012. Elle conseillera les personnes qui ont donné ou souhaitent donner l'alerte, dans le secteur public comme privé. Elle vérifiera s'il existe des moyens de soulever le problème en interne ; dans le cas contraire, elle aidera le donneur d'alerte à préparer un dossier à présenter à un organisme extérieur. L'identité de l'intéressé est protégée. La CAVK n'a pas de pouvoirs d'enquête : elle joue le rôle d'un « lieu sûr » pour les donneurs d'alerte potentiels, offre des conseils indépendants, mène des actions de sensibilisation et conseille également les employeurs. La CAVK s'inspire de l'organisation Public Concern at Work (Royaume-Uni), à ceci près qu'elle est financée par le gouvernement. Elle sera évaluée au bout de deux ans, après quoi une législation plus formelle sur le signalement pourrait être adoptée. Des discussions sont en cours sur d'autres actions, notamment concernant le secteur privé.

Norvège : amendements à la loi sur l'environnement de travail

3.26 La Norvège a adopté fin 2006 des amendements à sa loi sur l'environnement de travail sur le thème du *varsling* (« notification » en norvégien). Tous les employés, du secteur public comme privé, ont désormais le droit de signaler des soupçons d'inconduite au sein de leur organisation. L'inconduite ne doit pas nécessairement porter atteinte à la loi : elle englobe toutes les situations « critiquables ». La question clé est de savoir si la procédure suivie par le donneur d'alerte était « appropriée » ; ce point fait l'objet d'une évaluation générale. Il revient à l'employeur de montrer que la procédure n'était pas appropriée. Par principe, un signalement interne ou auprès des pouvoirs publics est toujours jugé approprié. S'agissant de révélations publiques (par exemple dans les médias), les critères essentiels sont le fait que l'employé ait ou non soulevé le problème en interne, l'intérêt des informations pour le public et la bonne foi de l'employé quant à l'exactitude de ces informations. Une part de mauvaise foi dans les motivations de l'employé ne rend pas automatiquement le signalement illégal ; inversement, l'intérêt général ne signifie pas en soi que la procédure était appropriée. Tous les facteurs pertinents doivent être pris en compte.

3.27 Les représailles contre un donneur d'alerte, c'est-à-dire tout traitement défavorable représentant une conséquence directe du signalement ou une réaction au signalement, sont interdites. Si des faits (exposés par l'employé) laissent soupçonner des représailles, elles sont réputées avoir eu lieu jusqu'à ce que l'employeur prouve le contraire. Si les représailles sont avérées, l'employé a droit à une indemnisation dont le montant n'est pas plafonné. En l'absence d'accord entre les parties, ce montant est fixé par les juridictions civiles.

3.28 Aspect novateur, la loi norvégienne protège aussi les employés qui *préviennent* qu'ils comptent signaler des soupçons d'inconduite, par exemple en reproduisant des documents ou en affirmant qu'ils feront connaître une pratique illicite s'il n'y est pas mis fin. La loi norvégienne couvre ainsi la phase préalable au signalement proprement dit. Elle impose aussi aux organisations (publiques comme privées) de mettre en œuvre des procédures qui facilitent le signalement.

Roumanie : loi n° 571/2004

3.29 Cette loi a été élaborée par le ministère roumain de la Justice et par TI Roumanie. Elle vise à protéger les employés qui signalent officiellement des soupçons de corruption, de pratiques non déontologiques ou de violations de la loi contre les mesures administratives négatives que pourraient prendre leurs supérieurs. En vertu de la loi, l'identité du donneur d'alerte reste secrète et il est présumé de bonne foi jusqu'à preuve du contraire.

3.30 La loi tient compte des différents leviers qui doivent être utilisés en Roumanie pour contester effectivement des cas de corruption (à la fois réelle et perçue). Elle demandait aux organismes publics d'ajuster leur réglementation avant février 2005 pour se conformer aux nouvelles dispositions ; cependant, il n'était prévu ni sanctions ni incitations et très peu d'organisations se sont exécutées dans la pratique.

3.31 La loi comprend une définition du terme de donneur d'alerte: « Par donneur d'alerte (*avertizor*), on entend une personne qui révèle des violations de la loi commises au sein d'institutions publiques par des détenteurs de l'autorité publique ou par des agents de ces institutions ». Le donneur d'alerte doit être un employé de la fonction publique. Cette définition doit être lue en conjonction avec celle de « signalement dans l'intérêt général », à savoir le fait de signaler de bonne foi tout acte portant atteinte à la loi, à la déontologie professionnelle ou aux principes de bonne administration, d'efficacité, de rentabilité, d'économie et de transparence.

3.32 La loi comporte une liste de personnes, de responsables officiels et d'organisations auxquels les signalements peuvent être adressés, dont les médias et les ONG. Les signalements adressés aux médias, aux ONG et aux organisations professionnelles sont donc protégés exactement de la même manière que les signalements internes. La loi oblige également les organismes publics à inviter les médias à assister aux audiences disciplinaires si le donneur d'alerte en fait la demande.

3.33 La loi n'englobe pas le secteur privé, ni les poursuites engagées par des acteurs privés. Elle ne prévoit pas non plus de reclassement et/ou d'indemnisation lorsque le donneur d'alerte ne peut être maintenu au même poste. Elle demande au donneur d'alerte d'être pleinement convaincu de ses accusations, critère peut-être strict, mais en fait difficile à invalider aussi bien qu'à démontrer.

Serbie

3.34 Il n'existe pas de loi spécifique sur le signalement et le cadre réglementaire n'a pratiquement pas changé depuis 2009, année où un projet de loi couvrant entre autres les donneurs d'alerte, présenté par le Médiateur, a été rejeté par le Parlement. Dans son rapport de 2010, le GRECO affirme que les mesures législatives prises à ce jour ne représentent qu'une première étape. Cependant, une loi sur les entreprises adoptée en 2011 impose de protéger les employés qui transmettent un secret commercial aux autorités compétentes en vue de dévoiler un acte illégal. En 2011 également, l'Agence de lutte contre la corruption a publié un « Manuel sur la protection des donneurs d'alerte » qui explique en détail à quelle autorité notifier un soupçon de corruption dans le secteur public et selon quelles modalités. L'Agence a recommandé l'adoption d'une loi spécifiquement consacrée au signalement.

Slovénie : loi sur l'intégrité et la prévention de la corruption (2010)

3.35 Cette loi protège les personnes qui signalent des faits de corruption à la Commission slovène de lutte contre la corruption (KPK) ou à toute autre autorité compétente. La communication d'informations classées à la KPK ou aux autorités judiciaires ne constitue pas une atteinte à la législation sur ce type d'informations. L'identité des donneurs d'alerte n'est pas dévoilée. La KPK vérifie qu'ils ont signalé les faits de bonne foi et qu'ils étaient raisonnablement convaincus de leur véracité. Si un donneur d'alerte subit des représailles, il peut demander une indemnisation à son employeur ; la KPK l'aide à établir le lien de cause à effet entre les représailles et son signalement. En outre, lorsqu'un employé présente des faits qui laissent présumer qu'il a subi des représailles de la part de son employeur pour avoir divulgué des informations, la charge de la preuve pèse sur l'employeur.

Suède

3.36 D'après les dispositions constitutionnelles suédoises, le principe de la liberté d'information suppose le droit de tous à transmettre aux médias, sans conséquences pénales, des informations destinées à être publiées (y compris si elles sont confidentielles, en règle générale). (Il existe des exceptions spécifiques, notamment pour éviter de graves atteintes à la sécurité nationale ou la divulgation de documents secrets). Les autorités et autres organismes publics ne peuvent enquêter sur l'identité de la personne ayant transmis les informations si elle a choisi de rester anonyme, ni exercer de quelconques représailles à son encontre. Par conséquent, un employeur public ne peut (sous réserve des exceptions ci-dessus) engager de mesure disciplinaire contre un employé parce qu'il a transmis des informations aux médias. Le même principe s'applique aux employés des entreprises municipales et à ceux de certaines entités énumérées dans l'annexe à la loi sur le secret officiel. Enfin, depuis janvier 2011, tous les employeurs concernés peuvent être condamnés à une amende ou à une peine de prison s'ils prennent des mesures de rétorsion contre un employé qui a donné l'alerte.

3.37 La situation dans le secteur privé est décrite dans le rapport de 2009 de l'APCE. En résumé, le licenciement n'est possible que pour des raisons objectives et les employés ont le droit de critiquer leur employeur à condition d'adresser leurs critiques à l'autorité compétente. Les informations factuelles doivent être raisonnablement fondées et l'employé doit d'abord demander des mesures correctives à son employeur avant de rendre ses critiques publiques. Une réforme législative est actuellement à l'étude pour faciliter les signalements de la part d'employés d'entreprises privées qui sont rémunérés à partir de financements publics (par exemple dans les foyers pour personnes âgées).

Ukraine

3.38 Une nouvelle loi sur l'accès aux informations publiques a été adoptée le 13 janvier 2011. Elle prévoit qu'un fonctionnaire ne peut s'exposer à des poursuites judiciaires pour avoir révélé des informations sur des actes illicites ou sur des risques pour la santé ou la sécurité des citoyens ou de l'environnement, à condition d'avoir agi avec de bonnes intentions et de pouvoir démontrer sa conviction que les informations étaient exactes (article 11).

3.39 Aux termes de la loi, « la responsabilité des personnes ayant participé à la diffusion d'informations en accès restreint n'est pas engagée si un tribunal juge que ces informations étaient d'utilité publique » (article 30). L'expression « d'utilité publique » signifie que les informations présentent un intérêt pour la société et que le droit du public à les connaître l'emporte sur les dommages susceptibles d'être causés par leur diffusion. Ce sont notamment des informations concernant des risques pour la souveraineté nationale, la mise en œuvre de droits, libertés et obligations prévus par la Constitution, de possibles violations des droits de l'homme, des dommages écologiques ou d'autres conséquences négatives de l'action ou de l'inaction de personnes physiques ou morales.

Royaume-Uni : loi sur les signalements dans l'intérêt général (1998)

3.40 Dans son rapport de 2009, l'APCE affirme que « le Royaume-Uni semble tenir lieu d'exemple dans ce domaine du droit ». La *Public Interest Disclosure Act* ou loi « PIDA », qui couvre la plupart des travailleurs, vise à protéger contre les licenciements injustifiés ou toute autre mesure de rétorsion (*detriment*) les personnes qui ont signalé des soupçons d'actes répréhensibles à leur employeur ou aux autorités de contrôle. Lorsqu'une plainte est déposée auprès d'une juridiction du travail en vertu de la loi PIDA, le dossier est transféré, avec l'accord du plaignant, aux autorités de contrôle compétentes, qui décident d'enquêter ou non sur les faits dénoncés (fraude, non-respect de la législation sur la santé et la sécurité etc.). Le terme de *detriment*, utilisé dans la loi, est très large : en vertu de la jurisprudence, même l'absence d'enquête sur une préoccupation soulevée peut constituer une mesure de rétorsion. La législation PIDA est complexe ; on en trouvera une présentation à l'annexe C. Nous nous concentrerons ici sur l'expérience pratique issue de son application et sur les propositions de réforme.

3.41 Dans les dix années suivant son entrée en vigueur, le nombre de plaintes déposées en vertu de la loi PIDA a augmenté progressivement, passant de 157 en 1999 à 1 761 en 2009. Cela ne représente qu'une petite partie des plaintes auprès des juridictions du travail (moins de 1 %). Plus de 70 % de ces plaintes ont été résolues ou retirées sans audience publique. Sur les 30 % restantes, moins d'un quart (22 %) ont abouti à donner raison au plaignant. Nous ne disposons que d'informations partielles sur les indemnités versées ; dans les cas connus, elles s'élevaient en moyenne à 113 000 livres (l'indemnité la plus élevée dépassant 3,8 millions de livres). Le montant total des indemnités connues s'élève à 9,5 millions de livres.

3.42 En 2007, une enquête d'Ernst & Young a montré que 86 % des cadres supérieurs britanniques travaillant dans des multinationales disaient se sentir libres de signaler des cas de fraude ou de corruption, contre une moyenne de 54 % en Europe continentale. La loi PIDA n'y est probablement pas pour rien ; cependant, elle peut encore être améliorée. En 1998 par exemple, on découvrit qu'un médecin, le docteur Shipman, mettait fin aux jours de ses patients âgés. La commission créée pour enquêter sur cette affaire a montré que plusieurs personnes le soupçonnaient mais n'avaient rien dit par peur des conséquences. Après étude des facteurs qui avaient pu décourager les signalements, elle a conseillé d'apporter certaines modifications à la loi PIDA.

3.43 La loi PIDA demande que les donneurs d'alerte soient « raisonnablement convaincus » de leurs allégations. La commission Shipman a jugé que cette exigence (plus contraignante que le critère des « soupçons raisonnables » prévu par la Convention civile sur la corruption) « pouvait aller à l'encontre de l'intérêt général, en particulier lorsque le travailleur n'a accès qu'à des informations incomplètes ou de seconde main ». (Elle a toutefois reconnu que des conditions plus strictes pouvaient se justifier concernant les révélations dans les médias). La loi demande aussi la « bonne foi ». Ses rédacteurs y voyaient l'équivalent d'une « honnête conviction », mais certains ont fait valoir avec succès que dans le contexte de la loi PIDA, cette notion devait être élargie. D'après un arrêt de la Cour de cassation britannique, un travailleur peut être jugé de mauvaise foi, et donc ne plus être protégé par la loi PIDA, si un tribunal conclut que la première motivation de son signalement était sans lien avec les objectifs d'intérêt général prévus par la loi (s'il a agi par malveillance, par exemple). La commission Shipman conclut : « Si les employeurs peuvent creuser les motivations du messenger et jeter le doute sur elles [...], beaucoup de messages n'arriveront jamais ». Elle préconise de supprimer le critère de bonne foi.

3.44 Le gouvernement britannique prévoit d'apporter des modifications techniques à la loi pour souligner encore l'intérêt général. La Cour d'appel du travail a considéré qu'il n'y avait pas de raison d'opérer une distinction entre obligations légales selon qu'elles découlaient d'un contrat de travail ou d'un autre texte. Cette décision a ouvert la possibilité que toute plainte portant sur un aspect d'un contrat de travail ouvre droit à un signalement protégé, ce qui est contraire à l'intention de la loi. D'après la modification prévue, les signalements devraient aller dans le sens de l'intérêt général, ce qui excluait les signalements pouvant être considérés comme de nature personnelle. Les donneurs d'alerte devront démontrer qu'ils étaient convaincus de l'intérêt public de leur signalement, la juridiction du travail devant décider si cette conviction était raisonnable ou non. L'intention est de revenir à l'objectif premier de la loi PIDA en excluant les plaintes fondées sur des motifs personnels.

3.45 A la lumière de l'expérience, l'organisation Public Concern at Work (« PCaW ») a également rédigé des propositions de modifications, notamment les suivantes :

- Prévoir la responsabilité du fait d'autrui. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation britannique a affaibli la protection des donneurs d'alerte en jugeant qu'un employeur n'était pas responsable des vexations commises par ses employés contre un autre employé auteur d'un signalement.
- Revoir les catégories de faits répréhensibles couverts par la loi pour envisager d'y inclure les graves erreurs de gestion, l'évident gaspillage de fonds et l'abus de pouvoir.
- Assurer une justice transparente : pour que la loi joue à plein son rôle de responsabilisation, il est nécessaire que les plaintes transmises à la juridiction du travail fassent l'objet d'un contrôle extérieur. A l'heure actuelle, le problème soulevé peut ne jamais devenir public et ne rester connu que de l'employeur et de l'employé concerné.
- Veiller à ce que les donneurs d'alerte sachent que les accords de règlement amiable ou de cessation d'emploi ne peuvent comporter de clause les obligeant à garder le silence ou leur interdisant de faire un signalement conformément à la loi.

3.46 Il reste également un problème de sensibilisation. En 2006, le GRECO a constaté que le gouvernement britannique n'avait que partiellement appliqué sa recommandation de prendre davantage de mesures pour encourager les donneurs d'alerte. Une enquête commandée en 2011 par Public Concern at Work a montré que 77 % des adultes au Royaume-Uni ignoraient l'existence de la loi PIDA ou pensaient qu'il n'existait aucune loi de protection des donneurs d'alerte.

3.47 La loi PIDA n'est pas la seule mesure destinée à encourager les signalements au Royaume-Uni. Le Code de gouvernance des entreprises (C.3.4) impose aux entreprises cotées à la Bourse de Londres de veiller à ce que des mécanismes soient en place pour que leur personnel puisse signaler de façon confidentielle d'éventuelles irrégularités et pour que ces préoccupations fassent l'objet d'un suivi indépendant et proportionné. Cette règle concerne à la fois des entreprises britanniques et d'autres entreprises présentes au Royaume-Uni.

Etats-Unis

3.48 Le rapport de 2009 de l'APCE estime que « dans ce domaine, l'Europe a beaucoup à apprendre des Etats-Unis ». Certaines des lois étasuniennes ont en outre une portée internationale. La loi Sarbanes-Oxley (« SOX ») s'applique directement à toutes les entreprises cotées à la Bourse de New York et indirectement aux filiales européennes des entreprises américaines cotées en bourse. Elle impose aux entreprises de mettre en place en interne des comités d'audit indépendants et de permettre aux employés de procéder à des signalements internes protégés, et s'ils le souhaitent anonymes, sur les questions de nature comptable ou financière (art. 301). Dans le même temps, la loi SOX prévoit (art. 806) des sanctions pénales et une obligation de réparation pour les auteurs de représailles contre des donneurs d'alerte. Le texte vise en priorité la protection des intérêts des actionnaires, et non du grand public.

3.49 Aux Etats-Unis, la principale loi pertinente est la loi de protection des donneurs d'alerte (« WPA »), adoptée à la suite de la catastrophe de la navette Challenger en 1986. Elle ne couvre que les agents du secteur public au niveau fédéral, mais la plupart des Etats ont adopté leur propre législation de protection des donneurs d'alerte. La divulgation d'une information est protégée si son auteur soupçonne et prouve raisonnablement la violation d'une loi ou d'un règlement ou s'il met en évidence une grave erreur de gestion, un évident gaspillage de fonds, un abus de pouvoir ou un risque substantiel et spécifique pour la santé et la sécurité. Le mécanisme de mise en œuvre prévu par la loi WPA est robuste et aisément accessible : les donneurs d'alerte, victimes de représailles peuvent déposer plainte auprès d'un organisme indépendant d'enquête et de poursuite (le Bureau du conseiller spécial), qui examine l'affaire et demande à l'employeur de prendre des mesures de réparation si les accusations s'avèrent fondées.

3.50 Il est interdit de divulguer des informations devant être tenues secrètes dans l'intérêt de la défense nationale ou de la politique étrangère. L'auteur de telles divulgations n'est pas protégé, sauf s'il s'adresse à l'Inspection générale de son organisme ou au Bureau du conseiller spécial.

3.51 Concernant d'éventuelles représailles, la charge de la preuve repose avant tout sur l'employeur. L'employé doit seulement établir les points suivants : 1. il a dévoilé un comportement entrant dans une catégorie d'agissements répréhensibles prévue par la loi ; 2. il s'est adressé pour cela à la bonne personne ou entité ; 3. son signalement allait au-delà du simple accomplissement de ses fonctions ou dépassait le cadre des procédures habituelles ; 4. il a adressé son signalement à quelqu'un d'autre que la personne fautive ; 5. il était raisonnablement convaincu des agissements dénoncés ; 6. une mesure de personnel lui portant préjudice a été prise. Si l'employé établit ces éléments, il revient à l'employeur de montrer qu'il aurait pris la même mesure si le signalement n'avait pas eu lieu.

3.52 La loi étasunienne sur les allégations fallacieuses (*False Claims Act*), qui a également fait beaucoup parler d'elle, est considérée comme l'une des lois les plus généreuses et les plus efficaces au monde concernant les donneurs d'alerte, en raison de ses clauses dites de *qui tam*. Un citoyen capable de prouver que le gouvernement a été victime de tromperie peut en poursuivre l'auteur pour le compte du gouvernement afin de recouvrer les sommes dérobées. En compensation des risques pris et des efforts engagés pour déposer plainte, le donneur d'alerte peut recevoir une part des sommes recouvrées, entre 15 et 25 pour cent le plus souvent. D'après le ministère de la Justice des Etats-Unis, la loi sur les allégations fallacieuses a permis au pays de recouvrer plus de 21 milliards de dollars américains depuis 1986.

4 MESURES INTERNATIONALES ET ARGUMENTS POUR UN NOUVEL INSTRUMENT DU CONSEIL DE L'EUROPE

4.1 Nous examinerons dans ce chapitre l'intérêt d'un instrument juridique protégeant les travailleurs du secteur public et privé qui divulguent des informations dans l'intérêt général. Après avoir passé en revue les précédents les plus pertinents pour l'Europe, nous concluons qu'une recommandation du Conseil de l'Europe énonçant les principes sur lesquels devraient se fonder les lois et les politiques nationales est à la fois réalisable et souhaitable. Il serait cependant préférable d'en entamer la rédaction fin 2012, à l'issue de travaux de préparation complémentaires.

Conventions

4.2 Aux termes de la Convention de l'ONU-OIT de 1982, le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes, ne constitue pas un motif valable de licenciement. On trouve une disposition similaire dans l'annexe à la Charte sociale européenne de 1996 (article 24-3-c).

4.3 La première convention qui ait reconnu le rôle particulier des donneurs d'alerte dans la lutte anti-corruption et élargi leur protection pour couvrir toute sanction injustifiée est la Convention civile sur la corruption, adoptée en 1999 par le Conseil de l'Europe. Son article 9 dispose :

« Chaque Partie prévoit dans son droit interne une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables ».

4.4 Cette convention a été ratifiée par trente-quatre Etats ; cependant, l'article 9 reste assez flou sur la nature d'une protection « adéquate ». Comme nous l'avons vu, elle n'a pas entraîné l'adoption généralisée de lois sur les donneurs d'alerte. Elle a cependant eu un effet sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (voir le paragraphe 2.12).

4.5 On trouve aussi un article pertinent dans la Convention pénale sur la corruption (1999) : l'article 22 (« Protection des collaborateurs de justice et des témoins »), mais il est moins ciblé que l'article 9 de la Convention civile puisqu'il concerne toutes les personnes qui coopèrent avec les enquêteurs. Aucune de ces dispositions n'a fait l'objet d'un suivi par le GRECO, mais comme nous l'avons vu dans le chapitre 3, il y a des raisons de penser qu'elles sont très diversement appliquées.

4.6 La Convention des Nations Unies contre la corruption (« UNCAC ») comprend elle aussi une disposition pertinente, l'article 33 :

« Chaque Etat Partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention ».

4.7 Une simple obligation d'« envisager » reste toutefois relativement faible. L'article ne met pas non plus l'accent sur le monde du travail ; il est donc peu ciblé. La mise en œuvre de l'UNCAC est actuellement suivie par l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime.

Principes

Conseil de l'Europe

4.8 La Résolution 1729 (2010) de l'APCE invite tous les Etats membres à passer en revue leur législation sur la protection des donneurs d'alerte, en gardant à l'esprit certains principes directeurs. Elle a été suivie de la Recommandation 1916 (2010), qui recommande au Comité des Ministres d'élaborer un ensemble de lignes directrices pour la protection des donneurs d'alerte en tenant compte des principes énoncés par l'Assemblée.

G20

4.9 Au Sommet de Séoul, en 2010, les dirigeants du G20 ont identifié la protection des donneurs d'alerte comme l'un des domaines prioritaires de la politique mondiale de lutte contre la corruption. Ils ont demandé à l'OCDE de rédiger une étude sur les bonnes pratiques en la matière. Parue en 2011, cette étude renseigne sur la législation et les pratiques dans les pays du G20, dont cinq des six Etats membres du Conseil de l'Europe, également membres du G20 : l'Allemagne, la France, l'Italie, le Royaume-Uni et la Russie (manque donc la Turquie). Elle se conclut par un résumé des bonnes pratiques et par des principes directeurs pour la législation sur la protection des donneurs d'alerte. Tous les pays du G20 se sont engagés à mettre ces principes en œuvre dans leur législation.

Autres

4.10 Comme nous l'avons vu au paragraphe 2.10, la Cour européenne des droits de l'homme a défini des principes dans son arrêt sur l'affaire *Guja*. Transparency International recommande une série de principes dans sa « Policy Position » n° 1/2010.

Intérêt d'un nouvel instrument du Conseil de l'Europe

4.11 Le rapport de 2009 de l'APCE affirme qu'il reste encore beaucoup à faire au niveau national dans les Etats membres. Concernant l'UE, la Commission conclut de même dans sa communication du 6 juin 2011 : « Le cadre juridique régissant cet aspect dans l'Union est inégal et complique le traitement des dossiers comportant une dimension transnationale. La Commission procédera à une évaluation [...] afin de préparer de futures actions de l'UE ». La nature de ces actions reste à préciser : bien que le Parlement européen ait appelé à harmoniser la législation, une telle mesure semble peu probable à court terme. Même si l'UE adoptait une directive, il faudrait encore traiter la situation dans les autres pays membres du Conseil de l'Europe. Bien que beaucoup de systèmes juridiques présentent des aspects positifs, il n'existe pas de modèle unique qui les réunisse tous. La volonté d'agir est là mais les orientations manquent. Dans ce contexte, un nouvel instrument juridique du Conseil de l'Europe pourrait avoir un effet significatif, à la fois comme outil pratique et comme déclaration d'intention. L'enrichissement de la législation sur les donneurs d'alerte pourrait aussi aider à clarifier le droit et donc à réduire la charge de travail de la Cour européenne des droits de l'homme.

Une convention

4.12 L'APCE a proposé l'élaboration d'une convention-cadre sur les donneurs d'alerte. Dans sa réponse de 2011, le Comité des Ministres explique qu'il reviendra peut-être sur cette question une fois qu'il aura pris une décision sur l'éventuelle mise au point de lignes directrices.

4.13 Une convention représente la mesure la plus forte et la plus positive que le Conseil de l'Europe puisse adopter. Transparency International Suède plaide en faveur de cette solution, arguant qu'« il reste encore beaucoup de points à éclaircir s'agissant des demandes concrètes à adresser aux pays européens concernant la protection des donneurs d'alerte et les dispositions les concernant ». En revanche, la négociation d'une convention est un processus long et laborieux, probablement plus encore dans un domaine aussi large, pour lequel les Etats membres ont adopté des solutions très diverses. Enfin, même une fois la convention adoptée, il faut plusieurs années avant qu'elle soit ratifiée. Comme nous l'avons vu, des conventions existantes comportent déjà des dispositions sur les donneurs d'alerte. La plus précise, celle de la Convention civile contre la corruption, a été adoptée il y a plus de dix ans (en 1999), mais il a fallu quatre ans avant qu'elle n'entre en vigueur et plusieurs acteurs majeurs – dont l'Allemagne, l'Italie et le Royaume-Uni – ne l'ont toujours pas ratifiée.

Une recommandation

4.14 Il nous semble donc, sans exclure l'élaboration d'une convention à plus long terme, qu'une recommandation constituerait le moyen le plus rapide et le plus faisable de compléter les mesures existantes au Conseil de l'Europe. Elle énoncerait des principes encourageant les Etats membres à agir, y compris en légiférant, tout en leur laissant une grande marge d'appréciation.

Le but ne serait pas d'uniformiser, mais de donner des orientations sur les normes minimales. Cette approche semble raisonnable étant donné que chaque pays devra tenir compte des mécanismes déjà en place, comme par exemple les autorités de contrôle habilitées à recevoir des signalements et l'existence d'un tribunal compétent pour traiter ces affaires ou la possibilité de créer un tel tribunal.

4.15 Comme nous l'avons déjà noté, plusieurs séries de principes cohabitent à l'heure actuelle. En faut-il encore d'autres ? Les principes du G20 sont restés limités aux pays du G20 ; une recommandation du Conseil de l'Europe aurait une application plus large et pourrait en outre être suivie par le GRECO. Les principes existants représentent un travail précieux, dont il faut bien sûr s'inspirer pour formuler une recommandation, bien que leurs différences empêchent d'en faire la synthèse. Les délibérations en vue de l'adoption d'une recommandation viseraient à résoudre les points controversés et à rendre le résultat plus légitime aux yeux des Etats membres.

4.16 Les recommandations ne font pas habituellement l'objet d'un suivi, bien que les Etats membres soient invités à présenter un rapport sur leurs actions au bout de trois ans. Le GRECO ne s'est pas encore penché sur l'application des dispositions sur les donneurs d'alerte qui figurent dans les conventions anti-corruption du Conseil. Si une recommandation était adoptée, elle pourrait être comprise dans cet examen. Les cycles d'évaluation du GRECO peuvent inclure tout instrument juridique international « adopté en application du Programme d'action [de 1996] contre la corruption ».

Objectif

4.17 Le premier objectif de la recommandation devrait être d'aider les Etats membres à mettre en place ou à améliorer des lois nationales protégeant des représailles les personnes qui divulguent, dans l'intérêt général, des informations dont elles ont eu connaissance dans le cadre de leur travail. L'accent doit être mis sur le message plus que sur le messenger. Comme l'a dit la commission d'enquête sur l'affaire Shipman, « l'intérêt général peut être servi même dans les cas où les motivations du messenger n'étaient pas totalement altruistes ». En soulignant l'« intérêt général », on montre que l'objectif n'est pas d'aider à résoudre les litiges individuels sur le lieu de travail, qui relèvent plutôt des procédures de ressources humaines et des mécanismes de traitement des contentieux professionnels.

Travaux supplémentaires

4.18 Il existe un manque général de recherches sur les expériences européennes dans ce domaine. L'UE a récemment commandé à Transparency International une étude sur la législation concernant les donneurs d'alerte dans les vingt-sept pays membres de l'Union. Si le CDCJ estime que la recommandation ne peut être préparée sans informations supplémentaires sur les systèmes nationaux, il serait envisageable d'attendre les résultats de cette étude (qui devrait être achevée fin 2012) et de se concentrer dans l'intervalle sur les Etats membres du Conseil de l'Europe qui ne sont pas membres de l'UE. Il serait aussi utile d'analyser le rapport coûts/bénéfices (financiers et autres) des législations sur les donneurs d'alerte dans les pays qui en ont l'expérience.

5 PRINCIPES

5.1 Ce chapitre est consacré aux questions qui devraient être abordées dans une recommandation du Conseil de l'Europe, en tenant compte des principes déjà énoncés par l'APCE et par le G20. (On trouvera à l'annexe A une première ébauche de recommandation).

Type de législation

5.2 Selon les principes de l'APCE, « la législation pour la protection des donneurs d'alerte devrait être complète ». Le G20 cite comme bonne pratique « l'adoption d'une législation spécifique, dans un souci de clarté, pour garantir la sécurité juridique et pour éviter une approche fragmentaire ». Une législation à part constitue le meilleur moyen de couvrir le sujet de façon exhaustive, et elle est plus facile à diffuser auprès de tous les intéressés – y compris dans la phase de consultation, moment où le projet de loi doit emporter l'adhésion de la société. Cependant, nous n'y voyons pas une obligation de principe. Une approche sectorielle n'est pas à exclure, bien qu'il faille noter que l'Irlande, après avoir choisi cette solution, a jugé nécessaire de changer de voie et doit maintenant harmoniser dans un cadre unique les différentes dispositions déjà prises dans divers secteurs.

5.3 Il est possible de traiter séparément le secteur public et le secteur privé (comme en Suède et aux Etats-Unis). D'un autre côté, la Norvège, le Royaume-Uni, le Luxembourg, la Slovaquie et maintenant l'Irlande ont jugé préférable d'aborder les deux secteurs dans la même loi. Cette voie paraît non seulement plus simple, mais aussi plus en cohérence avec les nombreux recouvrements entre secteur public et privé qui existent dans le monde d'aujourd'hui. Par exemple, beaucoup de pays délèguent des prestations de service public au secteur privé, et il faut que le droit précise clairement quelles règles s'appliquent. Certes, les fonctionnaires peuvent avoir des obligations de signalement peu communes dans le secteur privé, mais les donneurs d'alerte devraient être protégés dans tous les cas, qu'ils aient ou non une obligation de signalement.

5.4 Le premier principe du G20 affirme la nécessité d'« une législation claire et d'un cadre institutionnel efficace ». Les moyens d'assurer clarté et efficacité sont à étudier dans le contexte national. Ces deux qualités n'ont pas de délimitation claire : tout est une question de degré, et un cadre institutionnel et juridique n'engendre pas à lui seul des signalements efficaces.

5.5 Il est essentiel de revoir les autres lois pour s'assurer, sous réserve des exceptions énoncées au paragraphe 5.34 ci-dessous, qu'aucune contradiction ne risque d'affaiblir la protection ou d'amener les employés à craindre pour leur sécurité au point de renoncer à parler. Il peut s'agir de lois sur la diffamation, le secret officiel ou la protection des données, de la législation du travail concernant les mesures disciplinaires ou le licenciement et des dispositions sur les donneurs d'alerte prévues dans d'autres textes.

Objets des signalements

5.6 D'après les principes de l'APCE, « la définition des révélations protégées doit inclure tous les avertissements de bonne foi à l'encontre de divers types d'actes illicites, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme, qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus ». Les principes du G20 recommandent de couvrir les révélations portant sur « une violation de la loi ou d'une réglementation, de graves erreurs de gestion, un évident gaspillage de fonds, un abus de pouvoir, un risque substantiel et spécifique pour la santé et la sécurité ou des agissements qui relèvent de la corruption au regard de la législation nationale ».

5.7 Bien que l'intérêt du dernier point ne soit pas évident, la corruption étant illégale et donc déjà couverte, nous ne jugeons pas inutile de la mentionner expressément. En tout état de cause, les principes du G20 vont sur certains aspects au-delà des actes illicites, ce qui n'est pas le cas des principes de l'APCE. Nous doutons que cela fasse vraiment une différence. L'idée fondamentale est que l'alerte est particulièrement efficace lorsqu'elle est préventive, c'est-à-dire lorsque le donneur d'alerte prend les devants pour éviter que ceux qui ne sont pas en position de se protéger subissent un préjudice. Elle ne peut porter uniquement sur des faits déjà accomplis. Or, si rien ne s'est encore produit, l'employé peut avoir du mal à savoir quelle loi risque d'être enfreinte. L'une des solutions, retenue en Norvège, consiste à ne pas mentionner les problèmes pouvant être signalés mais à autoriser la dénonciation de toutes les « situations critiquables » sur le lieu de travail.

5.8 Si les problèmes pouvant être signalés sont énumérés, la liste doit être soigneusement étudiée pour ne pas exclure des signalements essentiels. Certains risques pour la santé et la sécurité, un vieux câble électrique oublié par exemple, peuvent ne rien avoir d'illégal et ne pas paraître inquiétants mais entraîner des accidents mortels (comme dans l'accident de train de Clapham, au Royaume-Uni). Nous ne pensons pas qu'il faille craindre d'encourager des signalements futiles ou sans intérêt : l'effet d'une loi sur les donneurs d'alerte sera plutôt d'assurer aux employés qu'aucune mesure formelle ne sera prise contre eux s'ils attirent l'attention sur les problèmes spécifiés. Les organisations gardent toute latitude pour rejeter rapidement les signalements sans intérêt. N'oublions pas, par ailleurs, que la crainte d'une stigmatisation professionnelle ou sociale à plus long terme (risques pour l'avancement et même pour l'employabilité) décourage les signalements quelle que soit la protection juridique prévue.

5.9 Les « graves erreurs de gestion » et l'« évident gaspillage de fonds » ne sont pas nécessairement illégaux, mais toute organisation responsable a clairement intérêt à en avoir connaissance. Compte tenu de la fréquence des simples erreurs de gestion, l'adjectif « grave » paraît indiqué.

5.10 Les erreurs judiciaires, bien qu'elles puissent se produire sans qu'il y ait atteinte à la loi (du fait d'une erreur dans un laboratoire de médecine légale par exemple), constituent clairement un sujet de préoccupation général, quelle que soit leur ampleur. Les atteintes à l'environnement, qui suscitent de plus en plus d'inquiétude, recouvrent le plus souvent une atteinte à la loi, mais il peut y avoir des situations préoccupantes sans qu'aucune loi ne soit enfreinte. (Dans certains pays, les fuites accidentelles de substances polluantes ne sont sanctionnées par aucune loi). Ces deux aspects figurent dans la loi PIDA et dans le projet de loi irlandais.

Employés visés par la législation

5.11 L'APCE recommande que la législation couvre « les donneurs d'alerte des secteurs à la fois public et privé, y compris les membres des forces armées et des services de renseignement ». D'après les principes du G20, la protection devrait englober « non seulement les salariés permanents et les fonctionnaires, mais aussi les consultants, les personnes sous contrat, les travailleurs temporaires, les anciens employés, les bénévoles etc. ».

5.12 On peut avancer que des bénévoles ne craindront pas de signaler un problème puisqu'ils ne tirent pas leur subsistance de l'activité en question. Ils peuvent cependant y être psychologiquement attachés ; parfois, un stage non rémunéré est même un passage obligé pour faire carrière. Nous pensons que les travailleurs non rémunérés devraient être couverts, bien qu'il faille peut-être ajuster le montant des indemnités pour refléter leur statut. Il paraît également fondé d'englober les anciens employés, comme le propose l'APCE, mais il serait peut-être judicieux de limiter la protection aux agissements signalés alors qu'ils étaient encore employés (même si les représailles se sont poursuivies ou ont commencé plus tard).

5.13 Le rapport de 2009 de l'APCE affirme : « Dans certains cas, comme dans les services secrets et/ou dans l'armée, des normes et procédures spéciales peuvent s'avérer nécessaires. Mais étant donné que, dans ces instances, les abus sont possibles et avérés, et que leur exposition peut très bien être dans l'intérêt collectif, leurs membres ne devraient pas être exclus d'emblée des lois sur la protection des donneurs d'alerte ». Ce point est controversé. Comme l'a affirmé en 2009 la Rapporteuse spéciale de l'ONU sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, « certains Etats tendent à invoquer systématiquement la sûreté nationale et la sécurité publique pour restreindre la portée des activités des défenseurs ». Nous partageons l'avis que les donneurs d'alerte travaillant dans la fonction publique devraient être protégés quelle que soit leur branche, tout en reconnaissant que les Etats peuvent souhaiter prévoir des voies de signalement spécifiques pour les services de renseignement, compte tenu de leur situation juridique particulière et des risques auxquels ils s'exposent. Il reste essentiel que toutes les lois qui s'appliquent à ces services soient publiques, comme l'APCE le précise dans sa résolution 1551 (2007).

5.14 En droit norvégien, même les personnes qui ont l'intention de donner l'alerte et n'ont pas encore divulgué d'information sont couvertes, ce qui semble judicieux. Les personnes identifiées à tort comme des donneurs d'alerte devraient aussi être couvertes. Si elles subissent des représailles, elles devraient être traitées comme des donneurs d'alerte ayant respecté les procédures.

Motivations

5.15 Comme nous l'avons vu au paragraphe 2.10, selon la Cour européenne des droits de l'homme, « un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé ». Nous souscrivons à l'idée sous-jacente que la question de la motivation ne devrait entrer en jeu qu'au moment d'évaluer l'indemnisation : elle peut influencer sur le montant octroyé, mais non supprimer la protection, faute de quoi ceux qui sentent que leurs motivations pourraient être mises en doute ne parleront pas. En droit norvégien, la mauvaise foi ne rend pas un signalement illégal (voir paragraphe 3.26), moyen de reconnaître qu'il est dans l'intérêt général qu'un employé divulgue des soupçons raisonnables même si ses motivations personnelles sont malveillantes.

Fondement

5.16 La Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe demande que l'alerte ne soit donnée que « sur la base de soupçons raisonnables ». Les donneurs d'alerte ne sont pas censés jouer les détectives amateurs, mais simplement signaler leurs soupçons. Il est largement reconnu, ce qui constitue un point fondamental, qu'un donneur d'alerte qui avait des motifs raisonnables de soupçonner un fait répréhensible devrait être protégé par la loi même s'il s'est trompé.

Bonne foi

5.17 La Convention civile, comme l'UNCAC et le premier principe du G20, énonce le critère supplémentaire de la « bonne foi ». Les principes de l'APCE précisent : « Tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraires à l'éthique ». Le dernier segment, qui ouvre la possibilité de discussions sur les motivations du donneur d'alerte, pourrait être utilisé par les avocats des employeurs. Le terme de « bonne foi » ne poserait pas problème si la loi précisait qu'elle signifie « honnêtement ». Il est également souhaitable que le donneur d'alerte soit présumé de bonne foi jusqu'à preuve du contraire (comme en Roumanie).

Signalements internes

5.18 Nous recommandons une « approche échelonnée », le signalement devant être de plus en plus fondé à chaque niveau. Cela ne signifierait pas qu'il serait interdit d'omettre les premières étapes. Dans tous les cas, confronté à une absence de réaction, un donneur d'alerte aurait clairement le droit de passer au niveau suivant. Les modalités des signalements internes devraient être les plus simples possible, le critère des soupçons raisonnables étant jugé suffisant. Non seulement toute organisation responsable a intérêt à encourager ces signalements et peut les faciliter, mais ils sont aussi la voie instinctivement choisie par la plupart des donneurs d'alerte. 71 % des personnes ayant appelé le numéro mis en place par Public Concern at Work avaient auparavant soulevé le problème en interne.

Signalements à des autorités extérieures

5.19 Aux termes de la Résolution de l'APCE, « lorsqu'il n'existe pas de voies internes pour donner l'alerte, ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement, voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le donneur d'alerte, il conviendrait de la même manière de protéger celui qui utilise des voies externes, y compris les médias ». Parmi les bonnes pratiques, le G20 affirme que les signalements transmis directement aux autorités responsables de l'application des lois devraient être protégés. Il mentionne aussi séparément « l'autorisation des révélations par des voies extérieures : médias, organisations de la société civile etc. ».

5.20 Il faut établir une distinction claire entre les signalements à des autorités publiques extérieures officiellement habilitées à traiter le problème (et qui peuvent travailler confidentiellement si nécessaire) et les révélations publiques plus larges. Cette distinction est conforme à l'affirmation de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Heinisch* : « Un employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente. Ce n'est que lorsque cela s'avère clairement infaisable que les informations, en dernier ressort, peuvent être portées à la connaissance du public ». Les autorités compétentes peuvent être les organes chargés de l'exécution de la loi ou des instances de contrôle (commissaires aux comptes, inspecteurs, médiateurs ou commissions de lutte contre la corruption quand elles existent). Il serait utile de spécifier les autorités appropriées, qui peuvent varier en fonction du problème soulevé (ces précisions devraient toutefois être données sous une forme facile à mettre à jour si nécessaire). Une solution, encore jamais appliquée à notre connaissance, serait de mettre en place un guichet unique qui se chargerait de transmettre le signalement au bon destinataire.

5.21 Afin d'orienter les problèmes exprimés vers les bons interlocuteurs et de souligner la valeur des signalements internes, il est judicieux de demander que l'employé soit suffisamment convaincu que les informations transmises relevaient de la compétence de l'autorité saisie et qu'il n'était pas déraisonnable de les transmettre à cette autorité.

Révélation publiques

5.22 Donner l'alerte et faire fuiter des informations confidentielles dans la presse sont deux choses différentes. Certains thèmes sont à juste titre confidentiels, que ce soit pour le gouvernement, pour la justice et les forces de l'ordre ou pour un particulier, et ce qui intéresse le public n'est pas forcément d'intérêt public. Les révélations médiatiques peuvent nuire aux véritables mesures de réparation : par exemple, la divulgation publique prématurée d'éléments de preuve peut saper le droit à un procès équitable. Autre raison essentielle de préférer d'autres voies, la protection des donneurs d'alerte englobe à juste titre les soupçons qui peuvent s'avérer par la suite injustifiés : leur publication prématurée dans la presse peut porter atteinte aux droits d'autrui.

5.23 Dans certains cas cependant, le problème est d'une telle ampleur que le droit comme l'intérêt collectif imposent d'offrir une protection aux donneurs d'alerte même lorsqu'ils recourent aux médias (ou utilisent d'autres voies susceptibles d'aboutir à des révélations publiques, comme des ONG militantes). Ce droit doit exister, dans des démocraties où la liberté des médias représente un important outil de responsabilisation. L'arrêt de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Guja* a clairement montré que la communication directe de documents confidentiels aux médias pouvait se justifier dans certaines circonstances. Nous pensons que la loi devrait prévoir le critère plus contraignant de « conviction raisonnable » (plutôt que de soupçon) et demander que la divulgation elle-même soit raisonnable, en gardant à l'esprit les critères énoncés dans l'arrêt *Guja* (voir le paragraphe 2.10).

Récompenses

5.24 Il existe des mécanismes, bien établis aux Etats-Unis et récemment instaurés en Lituanie et en Hongrie, qui prévoient des récompenses financières pour les donneurs d'alerte. D'après les préconisations de Transparency International, les donneurs d'alerte « devraient bénéficier d'une certaine forme de reconnaissance professionnelle ou sociale pour avoir empêché des dommages excessifs pour leur organisation ou pour la société. Un tel mécanisme, pouvant englober des récompenses financières, devrait être conçu avec précaution, en tenant compte des particularités du contexte national et juridique ».

5.25 L'idéal est d'encourager une culture où il soit naturel d'attirer l'attention sur des actes répréhensibles, avec pour motivation le souci de l'intérêt général ; mais il ne peut y avoir d'objection à ce que l'employeur ou une autorité publique, après les faits, récompense le donneur d'alerte en reconnaissance de sa bonne conduite. Les médias ont un rôle essentiel à jouer pour montrer tout l'intérêt de signalements responsables. Cependant, le fait qu'un organe de presse verse une récompense à un donneur d'alerte peut discréditer l'ensemble des donneurs d'alerte, encourager des signalements inappropriés et saper les efforts pour mettre en place un mécanisme d'alerte réfléchi et équilibré. En règle générale, le « journalisme au chéquier » n'est pas à encourager. La loi PIDA exclut de la protection les révélations publiques motivées par le gain ; la plupart des autres lois n'ont pas de disposition à ce sujet. Les points de vue pouvant largement diverger d'un pays à l'autre, nous suggérons de ne pas énoncer de principe sur cette question.

5.26 Par ailleurs, la Cour de Strasbourg estime dans son arrêt *Guja* qu'« un acte motivé par [...] un gain pécuniaire ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé ». Selon la Cour donc, cet aspect a une incidence sur le montant de l'indemnisation mais n'exclut pas une protection. Cela signifie que la question des paiements illicites peut être couverte par d'autres lois et que si en principe, un employé peut faire l'objet de mesures disciplinaires – et même de poursuites – pour avoir indument accepté une somme d'argent, ses révélations dans l'intérêt général lui donnent toujours droit à une protection. Il est clair que les paiements reçus et leur légalité doivent être pris en compte dans les décisions sur une éventuelle indemnisation.

Ouverture, anonymat et confidentialité

5.27 Selon les principes de l'APCE, la législation devrait prévoir « que l'identité du donneur d'alerte ne soit divulguée qu'avec son consentement, ou si cela permet d'éviter des menaces graves et imminentes pour l'intérêt public ». Le G20 cite comme bonne pratique « la protection de l'identité à travers la possibilité d'un signalement anonyme ».

5.28 Nous pensons que la valeur de signalements ouverts devrait être soulignée. La protection juridique est un important moyen de rassurer les employés, de leur montrer qu'il est légitime de soulever des problèmes d'intérêt général normalement, c'est-à-dire sans anonymat. Une loi de protection des donneurs d'alerte équilibrée et bien pensée devrait avoir pour effet de légitimer et de déstigmatiser les signalements honnêtes et responsables. Cependant, assurer aux employés qu'ils seront protégés peut ne pas suffire, et la confidentialité (le fait de ne révéler l'identité des donneurs d'alerte qu'avec leur accord) peut offrir la garantie supplémentaire qui les décidera à s'exprimer. Les signalements anonymes, dont l'auteur ne révèle son identité à personne (la lettre non signée glissée sous une porte) resteront toujours possibles, quoi qu'en dise la loi.

5.29 Il est important d'opérer une distinction entre anonymat et confidentialité, deux notions qui sont souvent confondues et utilisées l'une pour l'autre. Les révélations anonymes posent des problèmes juridiques et sociaux : il est rare que des informations anonymes puissent être admises comme preuves devant un tribunal. Il est arrivé qu'un donneur d'alerte, en restant anonyme, provoque le licenciement d'un collègue soupçonné à sa place. Le Groupe « Protection des données » de l'UE a par ailleurs affirmé qu'en vertu de la directive pertinente, les auteurs d'une révélation devraient avoir l'assurance que leur identité restera confidentielle et les signalements anonymes ne devraient être acceptés que dans des circonstances exceptionnelles. Enfin, des recherches ont montré que les autorités de contrôle jugeaient moins crédibles les informations transmises de façon anonyme et approfondissaient moins les enquêtes à leur sujet (Hunton et Rose 2011).

5.30 Certains systèmes de signalement utilisent des moyens techniques conçus pour garantir l'anonymat de l'informateur, s'il le souhaite, tout en lui permettant de dialoguer avec les enquêteurs. Ils fonctionnent comme une sorte de « boîte aux lettres banalisée » où les deux parties peuvent déposer des messages. A mesure que les échanges progressent, le donneur d'alerte peut gagner en assurance : pour que ses informations s'avèrent vraiment efficaces, il devra s'identifier auprès des autorités à un moment ou à un autre. Cependant, la promotion de tels systèmes anonymes est controversée. On peut considérer qu'à long terme, ils risquent d'empêcher que l'organisation concernée puisse dûment rendre des comptes, en interne comme à l'extérieur. Il serait utile que les entités qui recourent à de tels systèmes précisent que leur seul objectif est de libérer la parole de personnes qui autrement se seraient tues et de les rassurer suffisamment pour qu'elles se tournent vers des dispositifs non plus anonymes, mais confidentiels ou ouverts.

5.31 Lorsqu'un signalement ouvert n'est pas possible ou pas réaliste, la confidentialité, alternative sûre au silence ou à l'anonymat, devrait être garantie à ceux qui en font la demande. La connaissance de l'identité du donneur d'alerte est strictement réservée aux quelques personnes qui en ont besoin pour étudier le dossier. (Le degré de confidentialité dépend des circonstances, et il relève du devoir de précaution de l'employeur de procéder à une évaluation des risques). S'il est parfaitement clair que la confidentialité sera dûment respectée et garantie, les donneurs d'alerte auront moins de raisons de s'exprimer sous couvert d'anonymat. Si les employeurs étaient tenus d'aborder la question de la confidentialité avec les donneurs d'alerte et de respecter cette confidentialité, sauf si l'employé y renonce en toute connaissance de cause, une culture professionnelle plus sécurisante pourrait se mettre en place. De tels conseils sont importants pour veiller à ce que les auteurs de signalements mesurent bien l'étendue de la garantie de confidentialité (c'est-à-dire pour qu'ils comprennent qu'elle n'empêche pas leurs collègues de deviner qui a soulevé le problème).

Conseils

5.32 Le fait que les employés qui envisagent de donner l'alerte aient accès précocement à des conseils confidentiels peut résoudre beaucoup de problèmes. Les points de contacts internes peuvent être efficaces, à condition que les employés leur fassent confiance, mais il devrait aussi être possible de solliciter confidentiellement des conseils indépendants. Ils peuvent être fournis par la Commission anti-corruption, lorsqu'elle existe, ou par des services d'accueil téléphonique confidentiel comme ceux actuellement assurés par Public Concern at Work ou par les centres d'assistance juridique et d'action citoyenne de Transparency International (ALAC), ou encore bientôt par la CAVK aux Pays-Bas (voir le paragraphe 3.25). Les employés devraient au moins pouvoir obtenir des conseils auprès de syndicats et d'avocats. Le secret professionnel auquel ces derniers sont tenus permet aux donneurs d'alerte de leur exposer leurs préoccupations sans conditions préalables. Il conviendra de préciser que l'avocat reste tenu à la confidentialité et ne peut transmettre aucune information sans l'accord du donneur d'alerte. En Allemagne, les entreprises offrent un accès à des juristes extérieurs, rémunérés par l'entreprise mais qui agissent sur l'instruction du donneur d'alerte et ne peuvent rediriger les informations vers les voies de recours internes qu'avec son consentement.

Equilibre entre devoir de réserve et intérêt général

5.33 Les employés peuvent être tenus à la réserve, et les lois sur les donneurs d'alerte doivent préciser les liens entre leurs dispositions et cette obligation. Les lois sur le blanchiment d'argent ont familiarisé les Etats membres avec l'idée que le devoir de signaler des soupçons d'actes répréhensibles aux autorités pouvait l'emporter sur les obligations de loyauté habituelles. Le droit anglais énonce un principe utile, établi lors d'une affaire de 1856 (*Gartside c. Outram*) et qui pourrait être généralisé : « Le devoir de réserve s'arrête là où commence l'iniquité ». Il devrait être précisé dans la législation sur les donneurs d'alerte que cette législation l'emporte sur toutes les obligations de confidentialité qui peuvent lier le travailleur à son employeur. Cela doit également s'appliquer aux accords de licenciement ou de règlement amiable, afin d'éviter que l'employeur ne fasse promettre à l'employé qu'il taira le problème à l'avenir.

5.34 Il devrait cependant y avoir quelques exceptions à cette règle. Parmi les bonnes pratiques, le G20 suggère que la protection ne s'applique pas « aux révélations qui sont interdites en droit interne dans l'intérêt de la défense nationale ou de la conduite des affaires étrangères, sauf si elles s'adressent aux entités désignées par le droit national et respectent les modalités spécifiées ». Enfin, le secret professionnel des professions juridiques et médicales devrait être maintenu.

Formes de protection

5.35 L'éventail des mesures de représailles que peut subir un donneur d'alerte est large. Certains textes (comme le projet de loi irlandais) les énumèrent, mais il peut être préférable et plus simple d'employer un terme général couvrant toutes les formes de représailles, à préciser au cas par cas (comme en Norvège). Il serait raisonnable que la responsabilité de l'employeur s'étende aux cas où les actes de représailles sont le fait de collègues (comme aux Pays-Bas) ou de tierces parties liées à l'employeur (comme au Luxembourg). Reste le problème des représailles de la part de tiers non nécessairement liés à l'employeur. En général, ce type de représailles est moins subtil et tombe sous le coup du droit commun. Cependant, l'article 257 du Code pénal hongrois punit d'emprisonnement les actes de vengeance contre un donneur d'alerte, et la nécessité de dispositions spécifiques comme celle-ci mérite d'être étudiée. D'après l'APCE, « l'option la plus efficace pour empêcher les représailles pourrait être d'engager la responsabilité personnelle des personnes qui ont enfreint la législation relative au signalement au regard de toute indemnité punitive accordée contre l'employeur ». L'Irlande prévoit de permettre aux donneurs d'alerte de porter plainte (pour « responsabilité des dommages » (*tortious liability*), dans le projet de loi) contre les tiers auteurs de représailles contre eux. Cette question relève du droit pénal et/ou civil.

5.36 Le G20 et l'APCE proposent l'immunité contre les poursuites civiles. Nous ne sommes pas certains que l'immunité soit la bonne voie, compte tenu de la nécessité de protéger les droits et la réputation d'autrui conformément à l'article 8 CEDH. Il faut qu'il soit possible de se défendre contre des allégations révélées de manière irresponsable et qui peuvent s'avérer fausses. Il semblerait donc indiqué que les poursuites civiles pour diffamation restent possibles. L'APCE recommande également la protection contre les poursuites pénales pour diffamation ou violation du secret commercial ou du secret d'Etat. Comme expliqué plus haut, nous estimons qu'il est dans l'intérêt général de garder secrètes certaines catégories d'informations strictement définies. Selon nous, la solution consiste à interdire les poursuites civiles ou pénales pour des actes conformes à la législation relative aux donneurs d'alerte, c'est-à-dire que les intéressés ont dû accomplir pour donner l'alerte. Pour exposer leurs préoccupations, par exemple, ils peuvent ne pas avoir d'autre choix que de risquer d'enfreindre la législation sur la diffamation, la confidentialité ou les droits d'auteur. Il ne s'agirait pas d'une immunité contre les autres poursuites possibles, par exemple pour corruption, si la personne a accepté une somme induue. Donner l'alerte n'a pas à devenir une activité rémunérée.

Tribunal

5.37 Un donneur d'alerte victime de représailles doit pouvoir se défendre devant un tribunal impartial, avec un droit de recours. Il est souhaitable que la procédure soit simple et rapide et que l'affaire soit examinée par des spécialistes des questions de signalement. L'idéal serait une juridiction spécialisée habilitée, comme le recommande le rapport de l'APCE, à enquêter et à chercher à obtenir réparation auprès de l'employeur. Si elle n'a compétence que pour demander réparation, comme au Royaume-Uni, l'accent risque d'être trop mis sur l'indemnisation pour les représailles subies et pas assez sur la question de l'intérêt général. Une juridiction spécialisée pourrait accumuler de l'expérience et recevoir des orientations spécifiques – par exemple, sur la transmission des dossiers aux instances de contrôle lorsque nécessaire. En l'absence d'une telle juridiction, il pourrait être préférable de recourir aux juridictions du travail plutôt qu'aux juridictions civiles ordinaires. L'idéal serait qu'un organisme public se charge d'aider les donneurs d'alerte qui le souhaitent à préparer leur dossier, comme c'est le cas en Slovénie et aux Etats-Unis.

Suites données aux signalements

5.38 Comme le relève le rapport de l'APCE, les recherches montrent que la principale raison pour laquelle les donneurs d'alerte potentiels gardent le silence est qu'ils pensent que leurs avertissements resteront sans suite ; la crainte des représailles ne vient qu'après. Le suivi est donc essentiel, et l'une des conséquences de la loi devrait être de permettre aux employeurs et aux autorités de contrôle de travailler plus efficacement. Il est cependant souhaitable de préciser que l'inaction d'un employeur face à un signalement peut être considérée comme une mesure de représailles.

Renversement de la charge de la preuve en cas de représailles

5.39 Il est difficile, pour un donneur d'alerte, de prouver que ses révélations ont suscité des représailles. L'APCE et le G20 recommandent de renverser au moins en partie la charge de la preuve à ce sujet, comme le font déjà les lois en vigueur en Norvège, au Luxembourg, en Slovénie, en Croatie, au Royaume-Uni et aux Etats-Unis.

Mesures de réparation

5.40 D'après les principes de l'APCE, la législation devrait « demander à l'employeur de remédier à la situation, y compris temporairement, en attendant que toute la lumière soit faite, et par le biais d'un dédommagement financier approprié, si les conséquences des représailles ne peuvent pas être raisonnablement annulées ». Des mesures temporaires peuvent aider à préserver la relation de travail et à éviter qu'elle ne se rompe complètement. Un donneur d'alerte occupant un poste élevé peut très bien perdre son travail du fait de son signalement ; il est donc souhaitable que le dédommagement corresponde au préjudice financier réellement subi, et ne soit donc pas plafonné. Si l'employeur est incapable de verser la somme fixée, c'est l'Etat qui devrait s'en charger. Compte tenu de la possibilité que l'employeur échappe à ses responsabilités financières en se déclarant en faillite, il ne serait pas infondé de recommander d'ériger en infraction pénale les représailles contre un donneur d'alerte (comme en Suède).

Responsabilité sociale des entreprises

5.41 Le G20 note que pour une entreprise mettant en place un programme interne de conformité, la protection des donneurs d'alerte représente un élément important, capable de montrer aux actionnaires et aux autorités que l'entreprise s'engage pour prévenir et détecter les actes répréhensibles. Il recommande la bonne pratique consistant à « imposer aux entreprises de mettre en œuvre des mesures de contrôle qui permettent et facilitent les alertes, ou les y inciter fortement ».

5.42 Pour les entreprises, la décision devrait être vite prise, quand on sait qu'une étude menée en 2007 par KPMG a montré que 25 % des fraudes découvertes dans les entreprises l'ont été grâce à des donneurs d'alerte. Par ailleurs, certaines entreprises européennes cotées à la bourse de New York ou de Londres sont déjà soumises à de telles exigences, en vertu de la loi Sarbanes-Oxley (Etats-Unis) ou du Code de gouvernance des entreprises (Royaume-Uni) (voir 3.47 et 3.48). Il serait souhaitable que les Etats membres appliquent des incitations en ce sens partout où c'est possible. Une mesure simple et utile consisterait à inscrire dans la loi qu'au moment d'étudier une affaire liée à un donneur d'alerte, le tribunal tient compte des politiques menées par l'entreprise à l'attention de ses employés.

5.43 La Résolution de l'APCE appelle la mise en place de « procédures internes [...] pour que les dénonciations concernant des problèmes possibles fassent l'objet d'une véritable enquête et que les informations pertinentes soient transmises à la direction en temps voulu, en contournant, si nécessaire, la hiérarchie normale ». Les principes du G20 prévoient : « Afin de faciliter le signalement de soupçons de corruption, la législation définit clairement les procédures et les voies à suivre et encourage le recours à des modes de signalement protégés et aisément accessibles ».

5.44 Dans le secteur public comme privé, il est de l'intérêt de toutes les organisations, en particulier compte tenu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de veiller à ce que des procédures internes claires soient définies et appliquées et à ce qu'elles permettent de contourner la hiérarchie lorsque nécessaire (par exemple lorsqu'un employé soupçonne sa hiérarchie immédiate d'être impliquée). Si parmi les faits à examiner pour décider si une révélation publique était raisonnable et mérite d'être protégée, la loi cite déjà l'existence d'une procédure interne qui aurait pu ou dû être utilisée, l'obligation juridique de mettre en place de telles procédures dans l'entreprise pourrait s'avérer inutile (elle n'aurait probablement qu'un effet déclaratoire).

La meilleure solution pourrait consister à prévoir des incitations. Il existe déjà des orientations sur la conception des politiques internes (notamment dans le Code de conduite adopté en 2008 par la British Standards Institution (BSI), l'organisme de normalisation national britannique). L'engagement de la direction est essentiel, tout comme la reconnaissance de l'obligation de diligence qui incombe à l'employeur : une fois qu'il a reçu un signalement, il doit veiller à ce que le donneur d'alerte ne fasse pas l'objet de représailles sur le lieu de travail.

Sensibilisation

5.45 Pour bien fonctionner, la loi doit être connue. Il est également essentiel de la promouvoir largement au sein du grand public et des milieux professionnels, pour faire évoluer les esprits et pour que le signalement ne soit plus perçu comme un acte de déloyauté, mais de préservation de l'intérêt général.

Evaluation

5.46 Il est important d'évaluer l'efficacité de la loi en vigueur. Cette évaluation devrait être dûment menée à bien par un organisme indépendant, transmise au parlement et publiée. Elle devrait dans l'idéal prendre la forme d'une enquête « avant/après », pour mieux mesurer les changements apportés par la loi.

Affaires transfrontalières

5.47 Les signalements transfrontaliers peuvent soulever des problèmes, comme cela a été le cas pour les informations transmises à des autorités fiscales étrangères – parfois contre rémunération – par des employés de banque en Suisse et au Liechtenstein. La loi PIDA s'applique aux personnes employées sous un contrat de travail britannique, indépendamment du lieu où se déroulent les faits soupçonnés et de la législation qu'ils enfreignent (celle du Royaume-Uni ou celle qui s'applique dans un autre pays). Cette approche, retenue par le projet de loi irlandais, peut être recommandée pour assurer une couverture complète et cohérente des affaires transfrontalières. Dans ces deux exemples, les autorités de contrôle habilitées à recevoir des signalements sont des autorités nationales, mais si elles reçoivent des informations concernant des agissements illégaux à l'étranger, on peut s'attendre à ce qu'elles les transmettent aux autorités concernées.

5.48 Même lorsque des normes minimales seront en place dans les pays du Conseil de l'Europe, un problème pourrait se poser si leurs ressortissants sont employés hors d'Europe. Des mesures pourraient être prises pour éviter que les entreprises ne soient tentées de les employer sous contrat étranger pour échapper aux normes.

Organisations gouvernementales internationales (OGI)

5.49 La Recommandation 1916 (2010) de l'APCE préconise un solide mécanisme interne d'alerte couvrant le Conseil de l'Europe lui-même et tous ses « accords partiels » (tels que le GRECO). Nous partageons l'avis qu'il est soit important que le Conseil donne l'exemple et montre la voie aux autres OGI. Bien que les principes que nous recommandons ne s'appliquent pas officiellement aux OGI, il est souhaitable qu'elles les observent autant que possible (cela vaut aussi pour le Code de conduite mentionné au paragraphe 5.44). Il conviendra d'étudier particulièrement quel type de surveillance extérieure indépendante pourrait leur être appliqué en étant politiquement accepté. En l'absence de dispositions satisfaisantes, le nombre d'affaires liées à des révélations anonymes dans la presse, comme l'affaire *Tillack*, pourrait augmenter (voir le paragraphe 2.7).

Conclusion

5.50 Nous nous sommes efforcés, pour cette étude, d'utiliser les meilleures informations disponibles. Nous espérons qu'elles aideront le Conseil de l'Europe à élaborer une recommandation sur les donneurs d'alerte, dans le cadre de sa mission historique de sauvegarde et de promotion des droits de l'homme dans ses Etats membres.

Annexe A - PROJET DE RECOMMANDATION

Il est déjà arrivé que le Comité des Ministres adresse aux Etats membres des recommandations visant principalement à faire adopter des principes, comme dans la Recommandation CM/Rec(2009)11 « sur les principes concernant les procurations permanentes et les directives anticipées ayant trait à l'incapacité ». La présente annexe propose une première version des principes qui, selon nous, devraient figurer dans une recommandation sur les donneurs d'alerte si le CDCJ décide de procéder ainsi. Ces principes énonceraient des normes minimales, les Etats membres restant libres d'aller plus loin. Ils s'appliquent tous également aux défenseurs des droits de l'homme. Les références entre parenthèses renvoient aux paragraphes du chapitre 5, dans lequel les principes sont examinés.

Principe 1 – Cadre applicable aux signalements

Les Etats devraient veiller à ce qu'une législation claire et un cadre institutionnel efficace soient mis en place pour encourager le signalement en contexte professionnel dans l'intérêt public, et à ce que la protection des donneurs d'alerte ne soit pas menacée ou compromise par d'autres lois internes (5.2-5.5).

Principe 2 – Objets des signalements

La législation devrait couvrir les avertissements ou les signalements sur toute violation d'une obligation légale, y compris une violation des droits de l'homme. Elle devrait aussi couvrir d'autres questions présentant un intérêt public, même si aucune violation de la législation n'est établie, parmi lesquelles les erreurs judiciaires, les risques pour l'environnement, l'atteinte à la santé ou à la sécurité publique, les graves erreurs de gestion, le gaspillage évident de fonds publics et l'abus de pouvoir (5.6-5.10).

Principe 3 – Employés visés par la législation

3.1 La loi devrait couvrir les employés des secteurs public et privé, et non seulement les salariés permanents mais aussi les stagiaires, les consultants, les personnes sous contrat, les travailleurs temporaires, les anciens employés et les bénévoles. Elle devrait aussi inclure l'armée et les services secrets, avec des ajustements si nécessaire (5.11-5.13).

3.2 Elle devrait aussi protéger les personnes ayant l'intention de signaler des faits et celles qui sont à tort identifiées comme des donneurs d'alerte (5.14).

Principe 4 – Bonne foi

Un signalement « de bonne foi » devrait être défini comme un signalement ayant été fait « honnêtement », et les auteurs de signalements devraient être présumés de bonne foi jusqu'à preuve du contraire (5.17).

Principe 5 – Signalements internes

Concernant les signalements internes, la loi devrait simplement exiger que le donneur d'alerte ait des motifs raisonnables de soupçonner un acte répréhensible et que le signalement ait été fait honnêtement (de bonne foi) (5.18).

Principe 6 – Signalements à des autorités extérieures

Dans le cas des signalements à une autorité publique extérieure, il peut en outre être exigé de l'employé qu'il ait la conviction que les informations révélées entrent dans la compétence de l'autorité en question et qu'il n'était pas déraisonnable de les signaler à cette autorité (5.19-5.21).

Principe 7 – Révélations publiques

A condition que le donneur d'alerte ait des motifs valables de soupçonner un acte répréhensible, qu'il divulgue les faits honnêtement (de bonne foi) et que cette divulgation soit raisonnable en la circonstance, la loi doit protéger les révélations publiques, y compris auprès des médias. Elles seront jugées raisonnables ou non en fonction de la gravité du problème et au regard du fait que d'autres voies n'existaient pas, n'ont pas fonctionné ou n'avaient aucune chance de fonctionner. On pourra aussi tenir compte de l'existence ou non d'un paiement illégal (5.22-5.23).

Principe 8 – Obligation de confidentialité

Une organisation qui reçoit un signalement à caractère confidentiel devrait être tenue de ne pas divulguer d'informations permettant d'identifier le donneur d'alerte, sauf 1) si elle a dûment expliqué l'obligation au donneur d'alerte et si celui-ci consent à ce que son identité soit révélée ou 2) si cela permet d'éviter des menaces graves et imminentes pour l'intérêt public (5.27-5.31).

Principe 9 – Conseils

La loi devrait permettre de demander conseil à des interlocuteurs appropriés, tels que des syndicats ou des avocats. Elle devrait aussi préciser les liens entre ses dispositions et le secret professionnel (5.32).

Principe 10 – Equilibre entre devoir de réserve et intérêt général

Il devrait être clairement indiqué dans la loi qu'elle prévaut sur toute obligation ou tout devoir de confidentialité entre l'employé et son employeur. Une exception pourra être faite pour les révélations interdites par la loi parce qu'elles engagent des intérêts essentiels tels que la sûreté nationale et les relations étrangères (5.33-5.34).

Principe 11 – Formes de protection

11.1 La loi doit protéger les donneurs d'alerte qui respectent les procédures de signalement contre toute forme de représailles de la part de leur employeur ou de leurs collègues. Elle doit aussi préciser que le fait d'avoir respecté la législation relative aux signalements met à l'abri de toute action civile ou pénale (par exemple pour diffamation, violation du secret professionnel ou atteinte aux droits d'auteur) (5.35-5.36).

11.2 Les Etats membres devraient par ailleurs étudier la nécessité de renforcer la protection des donneurs d'alerte contre les représailles venant de personnes extérieures à leur lieu de travail (5.35).

Principe 12 – Tribunal

La loi devrait permettre aux donneurs d'alerte, victimes de représailles d'engager rapidement une action devant un tribunal impartial et spécialisé (5.37).

Principe 13 – Suites données aux signalements

Les suites données aux signalements devraient être efficaces et proportionnées et les donneurs d'alerte devraient en être tenus informés. Tout défaut d'un employeur en la matière devrait pouvoir être considéré par le tribunal comme une forme de représailles (5.38).

Principe 14 – Renversement de la charge de la preuve en cas de représailles

La loi devrait indiquer que si le donneur d'alerte peut montrer avoir subi des mesures de représailles pour avoir signalé des faits, il appartient à son employeur de prouver que ces mesures étaient motivées par d'autres raisons (5.39).

Principe 15 – Mesures de réparation

Le tribunal doit pouvoir ordonner à l'employeur de prendre des mesures de réparation provisoires dans l'attente d'un jugement définitif, de verser une indemnisation et d'annuler autant que possible les effets des représailles (5.40).

Principe 16 – Responsabilité sociale des entreprises

Les Etats devraient encourager les entreprises à développer des politiques de responsabilité sociale. La loi devrait indiquer que, lors de l'examen des affaires, le tribunal tient compte des éventuelles politiques de signalement mises en place par l'employeur (5.41-5.42).

Principe 17 – Actions de la part des employeurs

Les organisations devraient mettre en place des dispositifs internes de signalement afin de garantir que ceux-ci puissent être faits ouvertement et en confiance et que les informations parviennent aux plus hautes autorités de direction en temps utile, si nécessaire sans passer par la voie hiérarchique normale (5.43-5.44).

Principe 18 – Sensibilisation

Les Etats devraient s'employer efficacement à faire connaître la loi (5.45).

Principe 19 – Evaluation

Les Etats devraient commander et publier une évaluation indépendante de l'efficacité de la loi quelque temps après son entrée en vigueur (5.46).

Annexe B - ABRÉVIATIONS

APCE - Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
CAVK - Commission de conseils et d'informations aux donneurs d'alerte (Pays-Bas)
CDCJ - Comité européen de coopération juridique
CEDH - Convention européenne des droits de l'homme
GRECO - Groupe d'Etats contre la corruption (Conseil de l'Europe)
KPK - Commission de lutte contre la corruption (Slovénie)
OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques
OLAF - Office européen pour la lutte anti-fraude (Commission européenne)
ONU - Organisation des Nations Unies
PCaW - Public Concern at Work (« Préoccupations publiques au travail », Royaume-Uni)
PIDA - *Public Interest Disclosure Act*, loi de 1998 sur les signalements dans l'intérêt général (Royaume-Uni)
SOX - Loi Sarbanes-Oxley (Etats-Unis)
TI - Transparency International
UE - Union européenne
UNCAC - Convention des Nations Unies contre la corruption
WPA - *Whistleblower Protection Act*, loi de protection des donneurs d'alerte (Etats-Unis)

Annexe C - ROYAUME-UNI : LOI DE 1998 SUR LES SIGNALEMENTS DANS L'INTÉRÊT GÉNÉRAL (« PIDA »)

C1 La loi PIDA, pour *Public Interest Disclosure Act*, émane de la société civile. En 1993, à la suite de plusieurs accidents tragiques qui auraient pu être évités si quelqu'un avait donné l'alerte, plusieurs personnes se réunirent pour créer l'organisation Public Concern at Work (PCaW), destinée à encourager les signalements dans l'intérêt général. Il fallut cinq ans pour concevoir la loi PIDA et la faire adopter au Parlement. Dans l'intervalle, ses défenseurs étudièrent les objections à la loi et y répondirent. Lorsque le projet de loi fut présenté au Parlement, Lord Nolan, président de la Commission indépendante de déontologie publique, salua ses auteurs « pour avoir judicieusement trouvé l'équilibre aussi délicat qu'essentiel entre l'intérêt public et les intérêts des employeurs ».

C2 La loi a été conçue pour s'insérer dans le système judiciaire britannique, et son bon fonctionnement s'explique en partie par l'existence des juridictions du travail (Employment Tribunals), qui peuvent être facilement saisies et assurent un traitement rapide des dossiers présentés par des donneurs d'alerte. Si les plaintes devaient être déposées devant les juridictions civiles du pays, leur traitement serait beaucoup plus long et plus coûteux, avec un effet dissuasif. Cela n'a pas empêché d'autres pays, dont l'Afrique du Sud et le Japon, d'adopter avec succès des lois inspirées du modèle britannique.

C3 Les principaux points de la loi PIDA sont les suivants :

La plupart des travailleurs sont couverts : employés, personnes sous contrat, stagiaires, travailleurs temporaires, agents de police.

La définition des agissements répréhensibles est large. Elle englobe la divulgation d'informations concernant des faits de corruption ou toute autre infraction pénale, des infractions civiles (négligence, non-respect de contrats ou du droit administratif...), des erreurs judiciaires, des risques pour la santé, la sécurité ou l'environnement et, point important, le fait de couvrir l'un de ces agissements. L'auteur du signalement n'est pas tenu de prouver ses allégations, qui doivent par ailleurs être prises en compte indépendamment du fait que les destinataires du signalement en aient déjà connaissance ou non.

La loi protège les signalements effectués en interne : auprès de l'employeur ou du ministère de tutelle le cas échéant, et à l'extérieur : auprès d'une des nombreuses instances de contrôle énumérées, de la police pour les affaires graves et des médias dans certaines circonstances, en particulier si les autres voies n'ont pas abouti et si les agissements se poursuivent.

Plus on monte dans cette « échelle des signalements », plus le donneur d'alerte doit remplir de conditions pour être protégé. Bien qu'il ne soit pas obligatoire de parcourir cette échelle dans l'ordre, le but est d'encourager les signalements en interne, les médias constituant le dernier recours.

Toute disposition d'un accord entre un travailleur et son employeur visant à empêcher le travailleur d'effectuer un signalement conformément à la loi PIDA est réputée nulle et non avenue.

Les signalements qui constituent une infraction pénale ne sont pas protégés. Dans la pratique, cette exception se limite aux secrets officiels, selon la définition étroite qui en est faite au Royaume-Uni. Elle ne couvre que les divulgations qui portent atteinte à l'intérêt national au regard de la sécurité de l'Etat ou des relations internationales, ou qui ont pour effet de faciliter une infraction pénale.

Une compensation est prévue en cas de licenciement ou de toute autre mesure de rétorsion (*detriment*), y compris le préjudice moral. Les personnes licenciées peuvent demander, dans les sept jours, une mesure provisoire leur permettant de rester à leur poste ; s'il s'avère qu'elles ont été licenciées sans motif pour avoir soulevé un problème, elles sont indemnisées de toutes leurs pertes financières (sans plafonnement).

C4 Notons que la loi britannique sur les signalements ne mentionne pas les divulgations confidentielles ou anonymes. L'objectif est d'encadrer les signalements, de lever le tabou qui pesait sur eux et d'encourager le personnel à exprimer ses préoccupations dans l'exercice normal de son travail.

C5 Aujourd'hui, Public Concern at Work offre des conseils confidentiels et gratuits aux travailleurs qui voudraient tirer la sonnette d'alarme mais ne savent pas s'ils doivent vraiment le faire et comment s'y prendre. Tous les conseillers ont une formation juridique et leurs conseils sont couverts par le secret professionnel, ce qui signifie que leurs entretiens ne peuvent être publiés qu'avec leur consentement exprès. Ils aident les intéressés à étudier les solutions possibles et peuvent, sur demande, donner l'alerte à leur place. Les conseillers de l'association ont traité plus de 20 000 appels depuis 1993. 71 % des appels venaient de personnes qui avaient déjà discuté du problème avec leurs supérieurs.

Annexe D - SOURCES (BIBLIOGRAPHIE)

Conseil de l'Europe

Charte sociale européenne (révisée), Strasbourg, 3.V.1996
Vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption (Résolution 97(24))
Convention pénale sur la corruption, STE n° 173 (1999)
Convention civile sur la corruption, STE n° 174 (1999)
Résolution 1354 (2003) de l'APCE et rapport sur la condamnation de Grigory Pasko (doc. 9926)
Rapports d'évaluation de deuxième cycle du GRECO
Rapport d'activités 2006 du GRECO
Résolution 1551 (2007) de l'APCE sur l'équité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat
Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (2008)
Déclaration du Comité des Ministres sur l'action du Conseil de l'Europe pour améliorer la protection des défenseurs des droits de l'homme et promouvoir leurs activités (2008)
« The protection of whistleblowers in the light of GRECO's work », Christophe Speckbacher (2009)
La protection des « donneurs d'alerte ». Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'APCE (rapporteur : M. Pieter Omtzigt) (2009, doc. n° 12006)
Résolution 1729 (2010) et Recommandation 1916 (2010) de l'APCE sur la protection des « donneurs d'alerte »
Réponse du Comité des Ministres à cette résolution (CM/AS(2011)Rec1916 final) (doc. 12479)

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

Tillack c. Belgique (n° 20477/05, 27 novembre 2007)
Guja c. Moldova (n° 14277/04, 12 février 2008)
Marchenko c. Ukraine (n° 4063/04, 19 février 2009)
Poyraz c. Turquie (n° 15966/06, 7 décembre 2010)
Heinisch c. Allemagne (n° 28274/08, 21 juillet 2011)
Sosinowska c. Pologne (n° 10247/09, 18 octobre 2011)

UE

Directive sur la protection des données (95/46/CE)
« Whistleblowing, fraud and the European Union », rapport rédigé par Guy Dehn (PCaW) pour la Commission européenne (1996)
Protéger et soutenir les défenseurs des droits de l'homme. Orientations de l'UE (doc. 10056/1/04, 9 juin 2004)
Rapport du Groupe article 29 sur la protection des données, 1^{er} février 2006, p.11 (00195/06/EN)
« Whistleblowing Rules: Best Practice, Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions » (2006) ; « Corruption and conflict of interest in the European Institutions - the effectiveness of whistleblowing » (2012), études commandées par la Commission du contrôle budgétaire du Parlement européen
Communication de la Commission sur la lutte contre la corruption dans l'Union européenne (6 juin 2011, COM (2011) 308)
Résolution du 15 septembre 2011 du Parlement européen sur les efforts de l'Union dans la lutte contre la corruption (B7-0481/2011, 15 septembre 2011)

ONU

Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement (1982)

Déclaration de l'Assemblée générale sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus (Résolution 53/144 (A/RES/53/144), 8 mars 1999)

Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC) (2003)

Rapport de la Rapporteuse spéciale de l'ONU sur la situation des défenseurs des droits de l'homme, Margaret Sekaggya (2009)

OCDE

Recommandation sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public (1998)

Lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans le service public (2003)

Recommandation sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (2009)

Documents de PCaW (consultables sur www.pcaw.org.uk)

« Guide to PIDA »

« Where's whistleblowing now? 10 years of legal protection for whistleblowers » (2010)

« Whistleblowing: beyond the law » (2011)

Documents de Transparency International

« Alternatives to Silence: Whistleblower Protection in 10 European Countries » (2009)

« Recommended draft principles for whistleblowing legislation » (2009)

« Whistleblowing: An Effective Tool in the fight against corruption » (2010)

« Whistleblowing », par Per Larsson, rapport de TI Suède n° 1/2012

Textes législatifs nationaux

Croatie

Loi sur le travail, adoptée par le Parlement croate le 4 décembre 2009 (Journal officiel n° 149/09)

Irlande

Projet de plan pour une loi sur les signalements protégés dans l'intérêt général, rapport explicatif et note d'information, ministère des Dépenses publiques et des Réformes (2012)

Pays-Bas

Règlementation sur les donneurs d'alerte à l'attention du gouvernement central et de la police (Bulletin des lois et décrets 2009, n° 572)

Décision sur la CAVK (Bulletin des lois et décrets 2011, n° 427)

Royaume-Uni

Street c. Derbyshire UWC (sur la « bonne foi »)

Parkins c. Sodexho Ltd (2002), IRLR 109 (sur les obligations contractuelles)

Ministère de la Justice, Orientations sur la loi sur la corruption, 2011

Serbie

Loi sur l'Agence de lutte contre la corruption, 2010 (Journal officiel de République serbe, n° 97/08 et 53/10)

Autres sources

Déclaration sur les méthodes de réponse aux pratiques répréhensibles dans les entreprises, adoptée par la Fondation néerlandaise du travail :
http://www.stvda.nl/~media//Files/Stvda/Talen/Engels/2003/en_20030624.ashx.
Commission d'enquête sur l'affaire Shipman, cinquième rapport (Cm 6394, 2004)
« Whistleblowing Around the World: Law, Culture and Practice », Richard Calland et Guy Dehn (Open Democracy Advice Centre, 2004)
KPMG Forensic, « Profile of a Fraudster », enquête, 2007
Code de conduite de la BSI (British Standards Institution) : « Whistleblowing Arrangements Code of Practice », PAS 1998:2008
« Guidelines on whistleblowing programmes for companies », International Chamber of Commerce (ICC) (2008)
« Whistleblowing: International Standards and Developments », par D. Banisar (2009)
« Whistleblowing in Germany », par Guido Strack (http://www.whistleblower-net.de/pdf/WB_in_Germany.pdf)
« Effects of Anonymous Whistle-Blowing and Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-Blowing Allegations by Audit Committee Members », par James E. Hunton et Jacob M. Rose (*Journal of Management Studies* 48:1, 2011).

Annexe E - REMERCIEMENTS

Nous remercions, pour leurs conseils, les interlocuteurs suivants (même s'ils ne partagent pas nécessairement nos conclusions) :

le Secrétariat du CDCJ et les représentants des Etats membres au sein de ce Comité ;
Public Concern at Work, et en particulier Cathy James, directrice générale, Shonali Routray, directrice juridique et Francesca West, directrice des politiques ;
Guy Dehn, de Witness Confident (R-U) ;
Drago Kos, de RUR Business Consultants (Slovénie) ;
Anja Osterhaus et Mark Worth, de TI Allemagne ;
Anna Myers, ancienne directrice adjointe de PCaW (Secrétariat du GRECO) ;
Martin Polaine, de SBP Law (R-U) ;
Guido Strack, de l'association Whistleblower-Netzwerk (Allemagne) ;
Kirsten Trott, consultante indépendante et étudiante en master à l'université nationale de Singapour ;
Rik van Steenbergen, de la FNV (Confédération des syndicats néerlandais), et le Secrétariat du GRECO.