

Nouveau projet de loi sur la protection des lanceurs d'alerte : les entreprises allemandes seront-elles confrontées à de nouveaux durcissements ?

Le délai de transposition de la directive européenne n° 2019/1937 sur les lanceurs d'alerte a expiré le 17 décembre 2021. Une procédure d'infraction a été lancée contre l'Allemagne. Le projet de loi sur la protection des lanceurs d'alerte en date du 13 avril 2022 devrait permettre de mettre en œuvre le processus de transposition, déjà bien tardif. En France, la transposition de la directive dans le droit national a été matérialisée par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022, laquelle entrera en vigueur seulement le 1^{er} septembre 2022. La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite « loi Sapin 2 ») est ainsi largement modifiée.

Modification du champ d'application de la loi de transposition allemande

Le champ d'application matériel du projet de loi allemand (ci-après « HinSchG-E ») a été restreint par rapport à l'ancien projet de loi inabouti. Il va en effet – comme déjà annoncé dans l'accord de coalition – au-delà des exigences posées par la directive. L'ancien projet prévoyait d'inclure dans le champ d'application, outre les infractions au droit européen, également « *toutes les infractions passibles de sanctions pénales ou d'amendes* ». Selon le nouveau projet, les infractions passibles d'amendes ne sont couvertes que « *dans la mesure où la règle violée tend à protéger la vie, l'intégrité physique ou la santé, ou à protéger les droits des travailleurs ou de leurs organes de représentation* ». Il comprend également une liste énumérative d'infractions qui correspondent pour la plupart aux domaines juridiques touchés selon les considérants de la directive.

Le champ d'application personnel est calqué sur les dispositions déjà larges de la directive : les personnes physiques, qui ont obtenu dans le cadre de leur activité professionnelle des informations sur des infractions en vertu de la présente loi, bénéficient d'une protection. Il peut s'agir

aussi bien de salariés propres que, par exemple, de travailleurs indépendants, d'actionnaires ou d'employés de fournisseurs.

Cela constitue une différence majeure par rapport à la transposition française : en France, le lanceur d'alerte doit également être protégé s'il a pris personnellement connaissance des infractions en dehors de son activité professionnelle. Le champ d'application matériel est également défini de façon plus large. Ainsi, l'information peut concerner, outre les crimes (comme en Allemagne), tout délit ainsi qu'une menace ou un préjudice pour l'intérêt général. Le lanceur d'alerte ne doit pas recevoir de prestation financière directe pour son signalement.

Interaction entre les signalements externes et internes

La compétence fédérale pour le signalement externe a été modifiée : dans l'ancien projet, celle-ci devait revenir au Commissaire fédéral à la protection des données (*Bundesdatenschutzbeauftragte*), bien que cette activité aurait été totalement étrangère à ses tâches actuelles et n'aurait pas généré de synergies. Désormais, le service de signalement externe est rattaché à l'Office fédéral de la justice (*Bundesamt für Justiz*).

En outre, la compétence de l'Autorité fédérale de surveillance du secteur financier (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*) et de l'Autorité fédérale de concurrence (*Bundeskartellamt*) pour les signalements externes est maintenue, les deux autorités étant dotées de compétences spéciales.

En France, plusieurs autorités sont compétentes pour les signalements externes. Outre les autorités listées dans un décret pas encore adopté, le Défenseur des droits, l'autorité judiciaire ainsi que les autorités compétentes au niveau européen peuvent également recevoir des signalements.

Le lanceur d'alerte peut toujours choisir de signaler les violations par la voie externe ou interne (à l'entreprise). Seul le paragraphe 7, alinéa 1, phrase 2 HinSchG-E laisse supposer que les services de signalement internes seraient prévus comme guichet principal. Selon cette disposition, « *s'il n'a pas été remédié à une infraction signalée en interne* », « *la personne ayant signalé l'infraction est libre de s'adresser à un service de signalement externe* ». L'article 7, paragraphe 2 de la directive 2019/1937 prévoit toutefois que les États membres encouragent « *le signalement par le biais de canaux de signalement interne avant un signalement par le biais de canaux de signalement externe, lorsqu'il est possible de remédier efficacement à la violation en interne et que l'auteur de signalement estime qu'il n'y a pas de risque de représailles* ». Une telle priorité accordée aux services de signalement internes ne ressort pas du projet de loi allemand. Elle aurait pourtant été bénéfique à la protection des personnes impliquées dans la procédure. Enfin, la clarification externe de soupçons au stade initial de la procédure comporte des risques élevés pour la partie accusée.

La loi française de transposition ne prévoit pas non plus de priorisation des services de signalement. Le lanceur d'alerte a le choix entre trois possibilités (art. 8 de la loi n° 2016-1691) : (1) il peut adresser un signalement uniquement par la voie interne, notamment s'il est possible d'agir efficacement en interne contre la violation et s'il ne craint pas de représailles. (2) Il peut signaler en interne puis en externe ou alors (3) utiliser exclusivement la voie externe.

Absence de responsabilité pour les signalements faisant preuve de simple négligence des lanceurs d'alerte

Le nouveau projet de loi (HinSchG-E) ne prend en compte, pour les demandes d'indemnisation, que les lanceurs d'alerte qui ont signalé ou divulgué des informations inexactes de *manière intentionnelle ou par négligence grave*. Il est indiqué à la page 105 de l'exposé des motifs du projet de loi que la mise en cause de la responsabilité en cas de signalement inexact par négligence serait incompatible avec les dispositions de la directive n° 2019/1937. Or, ce n'est pas ce qui ressort de la directive. En

effet, l'article 6, paragraphe 1, point a), de la directive ne protège d'une répression que les lanceurs d'alerte de bonne foi qui ont eu « *des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement et que ces informations entraînent dans le champ d'application de la présente directive* ». En ce sens, le projet de loi offre une protection plus étendue aux lanceurs d'alerte que la directive en estimant qu'il serait vain de poser des exigences excessives pour les lanceurs d'alerte en matière de vérification de la véracité des informations.

En revanche, les lanceurs d'alerte n'engagent pas leur responsabilité civile en France s'ils avaient, au moment du signalement ou de la divulgation, des *motifs raisonnables* de croire que le signalement ou la divulgation était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause (art. 10-1 I al. 1 de la loi n° 2016-1691). Les lanceurs d'alerte et leurs complices n'ont en principe pas à craindre d'engager leur responsabilité pénale en vertu de l'article 122-9 du code pénal.

Protection des lanceurs d'alerte contre des représailles

Les mesures de protection prévues aux articles 33 à 39 constituent le cœur du projet de loi allemand. Le signalement ou la divulgation d'informations ne doit pas entraîner de désavantages injustifiés pour le lanceur d'alerte tels que des mesures disciplinaires, un licenciement ou d'autres discriminations. Comme son prédécesseur, le projet de loi prévoit un renversement de la charge de la preuve pour démontrer un tel désavantage, sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la personne concernée. Il convient toutefois de noter que le renversement de la charge de la preuve en faveur du lanceur d'alerte ne s'appliquera qu'aux litiges devant le conseil de prud'hommes (*Arbeitsgericht*) et non aux procédures d'amende. Cela augmentera encore les exigences en matière d'obligations de documentation, notamment pour les services de ressources humaines.

La transposition française prévoit un régime similaire de charge de la preuve à l'article 10-1 III de la loi n° 2016-1691. La personne concernée doit présenter des faits démontrant qu'elle a signalé ou divulgué les informations conformément aux articles 6 et 8 de la loi n° 2016-1691. L'employeur devra alors prouver que les représailles sont dûment justifiées.

Signalements anonymes et divulgation au public

Afin de limiter la surcharge, les entreprises ne sont pas tenues d'enquêter sur les dénonciations anonymes. Néanmoins, les lanceurs d'alerte anonymes sont également protégés contre les répressions lorsque leur identité a *priori* cachée est dévoilée.

La confidentialité de l'identité des personnes impliquées dans la procédure est garantie par des règles de protection strictes. La divulgation d'informations sur les violations vis-à-vis du public est soumise à des conditions strictes, conformément aux exigences de la directive : par exemple, la divulgation n'est possible qu'en cas de risque de dommages irréversibles ou lorsque le service de signalement externe n'a pas pris les mesures nécessaires.

Le législateur français n'a pas fait usage de la possibilité, introduite par l'article 6, paragraphe 2, de la directive européenne, de ne pas recevoir et de ne pas donner suite aux déclarations anonymes. Le signalement et la divulgation peuvent être anonymes. Si, toutefois, l'identité du lanceur d'alerte est tout de même révélée par la suite (ex. : journalistes), le lanceur d'alerte initialement « anonyme » bénéficiera des mêmes mesures de protection prévues à l'article 7-1, n° 3, alinéa 2 de la loi n° 2016-1691.

Sanction par les dispositions en matière d'amendes

Le nouveau projet de loi allemand élargit encore le cadre des amendes. Les infractions aux dispositions essentielles de la HinSchG-E sont classées comme des infractions administratives et peuvent être sanctionnées par une amende. Celle-ci peut s'élever à 1 million d'euros pour les entreprises, par exemple en cas d'entrave aux signalements des lanceurs d'alerte. Les entreprises devraient donc mettre en œuvre dès à présent des mécanismes de protection adéquats.

En France, l'amende maximale est de 60 000 euros par infraction, nonobstant d'éventuels dommages et intérêts (art. 13 II de la loi n° 2016-1691). On peut se demander si le législateur français a ainsi prévu des « *sanctions effectives, proportionnées et dissuasives* » et si la transposition répond aux exigences de l'article 23, paragraphe 1 de la directive.

(Ir)recevabilité des systèmes de dénonciation à l'échelle du groupe ?

Il est remarquable que le projet de loi allemand – malgré les avis clairement contraires de la Commission européenne – considère expressément dans son exposé des motifs qu'un système d'alerte à l'échelle du groupe est irrecevable. Selon les avis des 2 et 29 juin 2021 de la Commission européenne, les systèmes de dénonciation à l'échelle du groupe ne satisfont pas aux exigences de la directive. Seule une mise en commun des ressources pour les entreprises de moins de 250 salariés serait – sous certaines conditions découlant de l'article 8, paragraphe 6, de la directive – possible. L'exposé des motifs (p. 85 du projet) concernant l'article 14 de la HinSchG, qui régit les formes d'organisation des services de signalement internes, en dispose autrement: « *Conformément au principe de séparation posé par le droit des groupes, un service indépendant et confidentiel peut également être mis en place dans un groupe (par exemple une société mère, une société sœur ou une filiale) en tant que 'tiers' au sens de*

l'article 8, paragraphe 5, de la directive, qui peut également agir pour plusieurs entreprises indépendantes au sein du groupe. Dans ce cas, il est nécessaire – comme par ailleurs pour l'assistance aux entreprises – que la responsabilité initiale de remédier à une infraction constatée et d'en assurer le suivi reste toujours celle de la filiale respectueuse qui l'a mandatée ». Pour les entreprises appartenant à un groupe, cet écart par rapport aux exigences de la Commission risque de créer des incertitudes supplémentaires dans l'organisation juridique des services de signalement internes en raison d'une possible violation du droit européen.

En France, la situation n'est pas encore empreinte de clarté. En effet, selon l'article 8 IC de la loi n° 2016-1691, une procédure commune de signalement et de suivi pour plusieurs ou toutes les sociétés du groupe est possible. Les modalités sont toutefois encore inconnues et seront fixées par décret.

Manque de clarté au regard des conséquences juridiques

Selon l'article 3, alinéa 2, point 2 HinSchG-E, les « infractions » pouvant être signalées ne doivent pas être illégales. Il suffit qu'elles soient abusives « *parce qu'elles vont à l'encontre de l'objectif ou de la finalité des règles contenues dans les dispositions ou les domaines juridiques qui relèvent du champ d'application matériel selon l'article 2* ». Une réglementation des conséquences possibles d'une telle « infraction légale » est absente de la loi sur la protection des lanceurs d'alerte.

Il reste à voir si le projet de loi du gouvernement à venir saisira l'opportunité pour apporter des améliorations au projet de loi allemand ici commenté. Celles-ci seraient possibles – comme développé ci-dessus – à différents niveaux. Le décret attendu prochainement apportera également de précieuses clarifications en France. Nous vous tiendrons au courant des futures évolutions.

Votre contact



Isabel Hexel

Associée • Avocate spécialisée en droit du travail

Konrad-Adenauer-Ufer 23 • 50668 Cologne

T +49 221 2091 348 • M +49 172 1476 657

isabel.hexel@oppenhoff.eu

Oppenhoff & Partner Rechtsanwälte Steuerberater mbB
info@oppenhoff.eu · www.oppenhoff.eu

Oppenhoff