

# Doctrine

## PREMIER REGARD SUR LE PROJET DE LOI CONCERNANT LES LANCEURS D'ALERTE

JEAN-LUC PUTZ

MAGISTRAT



I. INTRODUCTION .....	2
A. Finalité de la législation .....	3
B. L'accueil de la directive par les partenaires sociaux .....	4
C. État des lieux du cadre existant .....	4
1) Législation existante dans le domaine financier .....	4
2) Législation existante en droit du travail .....	5
II. CHAMP D'APPLICATION DES NOUVELLES RÈGLES .....	5
A. Champ d'application personnel – les personnes concernées .....	5
1) Du côté des acteurs concernés (côté patronal) .....	5
2) Du côté des lanceurs d'alerte (côté salarial) .....	6
B. Champ d'application matériel – les infractions visées .....	7
1) Cas d'exclusion .....	7
2) Concept d' « information » .....	7
3) Limitation au contexte professionnel .....	8
4) Objet de l'information : un acte ou une omission illicite .....	8
5) Pas d'exigence de gravité et de désintéressement ? .....	9
III. LE LANCEMENT DE L'ALERTE .....	10
A. Signalement interne .....	11
1) Conditions de recours au signalement interne .....	11
2) Forme du signalement .....	12
3) Obligation de mettre en place une procédure interne .....	12
4) Contrôle en cas de non-respect .....	13
5) Conséquences en cas de non-respect .....	13
6) Implication obligatoire de la délégation du personnel .....	13
B. Signalement externe .....	14
1) Conditions de recours au signalement externe .....	14
2) Autorités compétentes .....	14
3) Les absents de la liste .....	15
4) Procédure de traitement des signalements externes .....	15
5) Pouvoir d'investigation des autorités compétentes .....	16
6) Pouvoir de sanction des autorités compétentes .....	17
C. Divulgence publique .....	18
D. Mesures de sensibilisation et d'information .....	19
IV. LA PROTECTION DU LANCEUR D'ALERTE .....	19
A. Protection de l'identité .....	19
B. Protection contre les représailles et limitation de la responsabilité .....	20

1) Conditions de la protection .....	20
2) Protection contre les représailles .....	21
3) Exclusion de la responsabilité .....	25
V. LE LANCEUR D'ALERTE NON COUVERT PAR LA LOI .....	27
A. Cas envisageables .....	27
B. Sanction du signalement fait de mauvaise foi .....	28
1) Sur le plan pénal .....	28
2) Sur le plan disciplinaire .....	29
3) Sur le plan civil .....	29

## SOMMAIRE

Un projet de loi vient d'être déposé pour transposer la directive européenne sur les lanceurs d'alerte (*whistleblowing*). Le but est de protéger les lanceurs d'alerte contre toutes les formes de représailles qui pourraient les dissuader ou les intimider. Si cette nouvelle protection s'applique également dans le secteur public et aux indépendants, elle intéressera cependant en tout premier lieu les salariés.

Tandis que la directive ne couvre que la révélation d'informations sur la violation d'un certain nombre de textes européens, le gouvernement luxembourgeois entend étendre le champ d'application à toute violation de la loi. Ne sont cependant couvertes que des informations obtenues dans un contexte professionnel.

La protection s'applique à condition que le lanceur d'alerte soit de bonne foi et ait choisi un canal de signalement approprié. Il doit avoir eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées étaient véridiques et que leur révélation était nécessaire. Si tel est le cas, toute sanction et mesure prise à son égard, tel un licenciement, est présumée être faite à titre de représailles liées à son signalement et susceptible d'être annulée ou de donner lieu à des dommages-intérêts. Par ailleurs, il n'encourt aucune responsabilité civile et pénale. Il ne peut par exemple pas être condamné pour violation du secret professionnel, et n'est pas tenu d'indemniser le préjudice réputationnel qu'il a causé à l'entreprise par ses révélations.

Le lanceur d'alerte de mauvaise foi, qui révèle des informations fausses, encourt une peine d'emprisonnement et d'amende et peut être tenu civilement responsable du dommage qu'il a causé.

À titre de canaux de divulgation, le signalement en interne dans l'entreprise est la voie à privilégier. Sous conditions, le signalement peut être effectué en externe auprès d'un certain nombre d'autorités compétentes. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une protection est accordée à ceux

qui choisissent la voie de la divulgation publique, par exemple dans la presse ou dans les médias sociaux.

Les entreprises privées occupant 50 personnes ou plus seront obligées de mettre en place des procédures de signalement interne. Elles s'exposent à des sanctions administratives lorsque ces procédures ne sont pas instaurées, lorsqu'elles entravent un signalement ou lorsqu'elles ne collaborent pas avec les autorités.

Si le projet cherche à introduire un cadre de référence cohérent pour les lanceurs d'alerte, il subsiste cependant en parallèle un certain nombre d'autres textes protégeant les dénonciateurs et la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'homme restera une référence importante.

## I. INTRODUCTION

Le lanceur d'alerte authentique est guidé par sa conscience et la volonté de ne pas se taire et de ne pas laisser passer les faits dont il a connaissance ; sa démarche relève de la liberté d'expression. Encourager les citoyens, et notamment les salariés, à dénoncer des violations de la loi qu'ils ont constatées peut également contribuer à découvrir les infractions et à renforcer ainsi le respect de la loi. Ces considérations plaident en faveur d'une forte protection des lanceurs d'alerte. D'un autre côté, il faut éviter qu'une culture de la suspicion et de la délation ne s'installe dans les entreprises et dans la société. Le lancement d'alerte ne doit ni porter sur de fausses accusations ni servir à nuire à autrui. De même, il faut éviter que les salariés n'abusent de ce statut protecteur pour se protéger indûment contre le licenciement et d'autres sanctions disciplinaires.

C'est entre ces considérations contradictoires que la loi doit jongler lorsqu'il cherche à encadrer le statut des lanceurs d'alerte. Le législateur luxembourgeois est contraint de se pencher sur le dossier, puisqu'il doit transposer une directive européenne afférente adop-

tée en 2019<sup>1</sup>. Le délai de transposition a expiré le 17 décembre 2021<sup>2</sup>. C'est donc avec un peu de retard que le gouvernement a adopté et déposé en ce début d'année 2022 le projet de loi correspondant, portant le numéro 7945<sup>3</sup>. Il reste cependant à voir si ce projet pourra être voté rapidement parce qu'il n'est pas sans soulever des questions et risque de rencontrer l'opposition des partenaires sociaux, surtout du côté patronal.

La finalité de notre contribution est de jeter un premier regard sur le projet de transposition. Même si la loi s'applique également dans le secteur public et pour certains indépendants, nous nous concentrerons cependant sur la relation entre employeurs et salariés.

Une grande partie du projet constitue, conformément à une pratique désormais bien établie, une transposition textuelle de la directive européenne. Nous nous limiterons par conséquent à en présenter un résumé, faute de spécificités luxembourgeoises à commenter. Sur certains points, le Luxembourg a cependant décidé de ne pas s'en tenir strictement à la directive. Le choix le plus osé a été d'étendre le statut du lanceur d'alerte au-delà des infractions visées par la directive à toute infraction à la loi<sup>4</sup>. Le champ d'application de la protection est ainsi considérablement élargi. Cette démarche ne devrait pas poser de problème de conformité au droit européen, puisque les États membres ont le droit d'aller au-delà des exigences minimales de la directive<sup>5</sup>. Elle risque cependant de poser problème pour l'application pratique de la future loi et sera certainement au centre des débats parlementaires.

## A. Finalité de la législation

La directive et le projet de loi s'inscrivent dans le cadre du respect, mais aussi de l'encadrement de la liberté d'expression, qui est fondamentalement en jeu lorsqu'il s'agit de lancer l'alerte. Les auteurs du projet soulignent que cette liberté englobe le droit de recevoir et de communiquer des informations ainsi que la liberté et le pluralisme des médias<sup>6</sup>.

La question est en effet de savoir si la personne qui dénonce une situation, nuisant ainsi à son employeur, violant éventuellement des règles civiles, contractuelles et

pénales, peut être sanctionnée de ce fait ou si son acte est légitime. La révélation de l'information peut s'avérer légitime si elle est couverte par la liberté d'expression. Si la directive et le projet de loi se réfèrent à juste titre aux articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, il ne faut cependant pas oublier que l'article 24 de notre Constitution garantit également la liberté de manifester ses opinions.

Le but clairement affiché est de s'aligner sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « Cour eur. D.H. ») en matière de lanceurs d'alerte<sup>7</sup>. Or, tout d'abord, il nous semble que la position des juges strasbourgeois va au-delà des règles fixées par la directive. En outre, si la formalisation dans une loi de l'état actuel de la jurisprudence peut augmenter la lisibilité du droit et la sécurité juridique, elle risque cependant également de freiner l'évolution jurisprudentielle, voire de conduire à des situations dans lesquelles la jurisprudence ne sera plus en accord avec la loi – ce qui nuit à la sécurité juridique.

Les articles 1<sup>er</sup> de la directive et du projet de loi énoncent la finalité recherchée, à savoir de « protéger les auteurs de signalement<sup>8</sup> qui signalent une violation [...] contre toutes formes de représailles »<sup>9</sup>. La directive part du constat que les lanceurs d'alerte jouent un rôle clé dans la révélation et la prévention des violations de la loi et dans la préservation du bien-être de la société ; ils sont cependant souvent dissuadés de signaler leurs inquiétudes ou leurs soupçons par crainte de représailles<sup>10</sup>.

Le programme de coalition avait déjà souligné l'attachement du gouvernement luxembourgeois au statut du lanceur d'alerte<sup>11</sup>. Comme nous le verrons, le Luxembourg étend considérablement le champ d'application de la directive. Le but est d'offrir un cadre légal d'ensemble cohérent aux lanceurs d'alerte. On peut cependant se demander si ce projet apporte effectivement « davantage de sécurité juridique, tant pour les lanceurs d'alerte que pour les employeurs »<sup>12</sup>. En effet, il subsiste de nombreux cas non couverts par la future loi, par exemple au niveau du type d'information divulguée, du cadre dans lequel l'information a été obtenue ou de l'administration à

1. Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, *J.O.*, L 305, 26 novembre 2019.

2. Art. 26 (1) de la directive.

3. Projet de loi n° 7945 portant transposition de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, déposé le 10 janvier 2022.

4. La future loi mériterait de ce fait de changer d'intitulé, puisqu'il ne s'agit pas simplement de transposer une directive relative aux violations du droit de l'Union.

5. Art. 25 (1) et considérant n° 104 de la directive.

6. Projet de loi, p. 2.

7. Considérant n° 31 de la directive : « la présente directive s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » ; Projet de

loi, p. 23 : « dans la continuité du champ d'application de la jurisprudence actuelle ». Il est notamment renvoyé aux arrêts *Heinisch* et *Guja*.

8. La loi couvre non seulement le signalement (interne et externe), mais également la divulgation publique.

9. S'il est d'usage que les directives contiennent un article précisant leur objectif, la démarche est moins fréquente et plus critiquable pour les lois nationales. En effet, cette disposition n'a pas d'effet normatif en soi.

10. Considérant n° 1 de la directive.

11. Accord de coalition 2018-2023 : « La proposition de directive relative à la création d'une législation européenne uniforme visant à protéger les lanceurs d'alerte ("whistleblowers") sera appuyée et le nécessaire sera fait en vue d'une transposition rapide de cette directive en droit luxembourgeois. La législation nationale couvrira le champ d'application défini par la jurisprudence nationale en la matière ainsi que par celle de la Cour européenne des droits de l'homme ».

12. Projet de loi, p. 24.

laquelle le signalement a été fait. La jurisprudence de la Cour eur. D.H. continuera donc à jouer un rôle important et couvrira toutes les situations qui se situent en dehors du champ de la future loi.

Le but recherché est d'aboutir à une « détection efficace »<sup>13</sup> des violations du droit. Le gouvernement luxembourgeois cherche ainsi à mettre en place une politique très généralisée de « speak up » dans les administrations et les entreprises ; toute la population active est appelée à devenir des auxiliaires pour aider les administrations à faire respecter la loi.

Si la volonté du gouvernement de renforcer et de clarifier la protection des lanceurs d'alerte peut être saluée, le projet de loi soulève cependant encore certaines questions de transposition<sup>14</sup> et de nombreuses interrogations sur le fond ; le texte mériterait d'être lissé au cours de la procédure législative.

## B. L'accueil de la directive par les partenaires sociaux

Dans le cadre de la procédure législative qui vient d'être entamée, de nombreux acteurs, dont la Chambre des salariés et les Chambres patronales, devront donner leur avis. L'avis qui a été émis dans le cadre de l'élaboration de la directive permet cependant d'avoir une idée des positions respectives.

Le **salariat**, à travers la Chambre des salariés (CSL) considérait que le projet de directive est un pas dans la bonne direction<sup>15</sup>. La Chambre regrettait cependant que la directive ne prenne pas explicitement appui sur la compétence de l'Union en matière de politique sociale, et que les infractions de droit du travail individuel et collectif ne soient ainsi pas incluses dans le mécanisme d'alerte. Au vu du projet de loi qui a été déposé, cette critique n'a plus d'objet.

La Chambre des salariés regrettait encore que le projet ne vise pas en premier lieu la protection des travailleurs, mais cherche à instrumentaliser les lanceurs d'alerte pour en faire un outil de l'application de la loi. Elle désapprouvait la priorité donnée aux signalements internes et estimait que les procédures de signalement interne et externe devraient être mises sur pied d'égalité. Enfin, un renversement de la charge de la preuve ainsi qu'une protection en cas de signalement anonyme devraient être introduits.

Le **patronat**, plus précisément la FEDIL<sup>16</sup>, avait exprimé son adhésion aux finalités poursuivies par le projet de directive et la nécessité de contribuer au respect de la législation (européenne) et d'assurer la protection des lanceurs d'alerte, tout en attirant cependant l'attention sur la charge bureaucratique additionnelle, surtout pour les petites entreprises. En outre, la FEDIL jugeait que la directive n'établit pas un juste équilibre entre la protection des lanceurs d'alerte et celle des employeurs. Elle regrettait le manque de garde-fous contre l'utilisation abusive de ce cadre de protection et la divulgation d'informations sensibles aux concurrents. Par contre, elle saluait le fait que les alertes doivent en principe suivre dans un premier temps une procédure interne, tout en estimant qu'il ne devrait pas y avoir de protection en cas de divulgation publique après rejet de la dénonciation par une autorité externe.

## C. État des lieux du cadre existant

Le projet de loi rappelle que le cadre général qu'elle introduit ne remplace pas les régimes plus spécifiques qui peuvent exister et qui restent donc en vigueur. De telles procédures sont en effet en place, notamment dans le secteur financier et en droit du travail.

### 1) Législation existante dans le domaine financier

En matière de **lutte anti-blanchiment**, une législation très exigeante et en permanente évolution, que nous ne pourrions détailler ici, impose d'un côté la dénonciation des opérations de blanchiment en tant que telles et d'un autre côté la mise en place d'une procédure pour signaler les violations des obligations professionnelles. En contrepartie, l'identité de la personne ayant procédé à la dénonciation reste protégée. Les professionnels doivent aussi élaborer des politiques, contrôles et procédures pour atténuer et gérer efficacement les risques de blanchiment et de financement du terrorisme.

Dans le **secteur bancaire**, la CSSF et les entités surveillées doivent mettre en place des procédures de signalement dans des domaines très divers, par exemple en matière d'audit et de réviseurs d'entreprise, de marchés financiers, d'organismes de placement collectif, d'abus de marchés, etc. Les obligations européennes à charge des entreprises réglementées sont reprises à l'article 38-12 de la loi sur le secteur financier<sup>17</sup> et par quelques textes particuliers. Ainsi, les établissements doivent mettre en place des procédures appropriées, permettant à leur personnel

13. Considérant n° 2 de la directive.

14. Dans une appréciation globale de la transposition de la directive, on ne peut nier qu'un certain effort a été réalisé. Si les travaux parlementaires offrent certaines explications et illustrations, il s'agit cependant le plus souvent d'extraits copiés des considérants de la directive. Il faut regretter aussi à de nombreux endroits que la transposition ait été faite textuellement, ce qui intègre dans l'ordre juridique luxembourgeois des notions inconnues et vagues.

15. Chambre des salariés, *Protection des lanceurs d'alerte*, avis du 17 octobre 2018.

16. Position de la FEDIL – cadre de protection européen des lanceurs d'alerte : <https://www.fedil.lu/positions/cadre-de-protection-europeen-des-lanceurs-dalerte/>.

17. Art. 38-12 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier ; pour les abus de marché, voy. aussi l'article 8 (2) de la loi du 23 décembre 2016.

de signaler en interne les violations potentielles de certains textes réglementaires.

La signalisation doit se faire par une filière spécifique, indépendante et autonome. Les procédures doivent prévoir une protection appropriée contre les représailles, les discriminations ou d'autres types de traitement inéquitable. De même, la protection des données personnelles doit être assurée tant pour la personne qui dénonce que pour la personne physique prétendument responsable. Enfin, des règles claires garantissant la confidentialité de la personne qui signale des violations doivent être établies, sauf si la divulgation d'informations est légalement requise.

## 2) Législation existante en droit du travail

La Code du travail énonce un certain nombre de règles de protection contre les représailles en cas de dénonciation.

- En matière de **sécurité au travail**, tout salarié a le droit de signaler à ses supérieurs ou personnes en charge tout problème de sécurité et peut faire toutes propositions afférentes à l'employeur (L.312-7 (1), pt 2). Plus délicates sont les affaires dans lesquelles le salarié s'adresse, soit directement, soit après ne pas avoir obtenu satisfaction en interne, à des autorités extérieures. On peut cependant déduire de l'article L.614-2 que les salariés ont le droit de s'adresser à l'Inspection du travail et des mines pour toutes questions relevant du droit du travail en général et de la sécurité et de la santé en particulier. En cas de révélation publique, il faut mettre en équilibre le devoir de loyauté et de réserve du salarié et sa liberté d'opinion et d'expression.
- En matière de **harcèlement sexuel** et de **discrimination**, le Code du travail précise que le salarié ne peut faire l'objet de représailles en raison de ses protestations ou refus opposés à certains actes<sup>18</sup>. De même, aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles pour avoir témoigné de tels agissements ou pour les avoir relatés.
- En matière de **harcèlement moral**, un projet de loi en cours d'adoption envisage de mettre en place une protection contre les représailles inspirée des précédentes<sup>19</sup>.
- Dans le cadre de la lutte contre la **corruption**<sup>20</sup>, le salarié ne peut faire l'objet de représailles en raison de

ses protestations ou refus opposés à un fait qu'il considère, de bonne foi, comme étant constitutif de prise illégale d'intérêts, de corruption ou de trafic d'influence aux termes du Code pénal, que ce fait soit l'œuvre de son employeur ou de tout autre supérieur hiérarchique, de collègues de travail ou de personnes extérieures en relation avec l'employeur. De même, aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles pour avoir signalé un tel fait à un supérieur hiérarchique ou aux autorités compétentes ou pour en avoir témoigné.

- Un projet de loi en cours<sup>21</sup> vise par ailleurs à instaurer une protection générale de tous les salariés contre des représailles en réaction à une **action en justice**<sup>22</sup>.

Certains de ces textes du Code du travail ont leur correspondant en droit de la fonction publique.

## II. CHAMP D'APPLICATION DES NOUVELLES RÈGLES

### A. Champ d'application personnel – les personnes concernées

#### 1) Du côté des acteurs concernés (côté patronal)

Le projet de loi ne définit pas de champ d'application spécifique concernant les acteurs concernés, donc ceux dont les informations et secrets risquent d'être divulgués et qui pourraient être tentés de se livrer à des représailles. Le texte ne s'applique cependant que dans un contexte professionnel. Des acteurs purement privés ne sont dès lors pas concernés. La future loi n'intéressera dès lors pas celui qui dénonce le voisin violent envers son épouse ni l'étudiant qui dénonce une fraude massive aux examens.

Tous les acteurs économiques par contre sont concernés et en particulier toute entreprise qui occupe des salariés ou qui recourt à des indépendants. Le secteur public est également couvert. Puisque la protection s'étend aux bénévoles (voy. ci-après), le secteur associatif devrait relever du « contexte professionnel ».

Une distinction entre ces acteurs économiques n'est faite que pour la question de savoir s'ils sont obligés de mettre en place une procédure interne formelle.

18. Il s'agit de protestations ou de refus opposés :

- à un acte ou comportement de harcèlement sexuel de la part de son employeur ou tout autre supérieur hiérarchique, de collègues de travail ou de personnes extérieures en relation avec l'employeur (L.245-5 (1)) ;
- à un acte ou un comportement contraire au principe de l'égalité de traitement (discrimination sur le sexe), ou en réaction à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement (L.241-8).
- à un acte ou un comportement contraire au principe de l'égalité de traitement (discrimination fondée sur d'autres critères), ou en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement (L.253-1).

19. Projet de loi n° 7864. Voy. à ce sujet l'article J.-L. PUTZ, « Premier regard sur le projet de loi en matière de harcèlement au travail », *R.P.D.S.*, n° 12.

20. Art. L.271-1 et L.271-2 du Code du travail.

21. Projet de loi n° 7901.

22. Selon ce projet sont couvertes toutes les actions en justice pour faire respecter les droits découlant du Code du travail. Toute disposition et tout acte, et notamment tout licenciement, sont nuls « de plein droit ». La nullité du licenciement peut être demandée dans les 15 jours devant le président de la juridiction du travail. Cette initiative repose aussi sur la décision du législateur de procéder à une transposition extensive d'une directive européenne (en l'espèce la directive 2020/1057 dans le cadre du détachement de conducteurs dans le secteur du transport routier). Commentaire des articles, p. 14 : « Afin de garantir une égalité de traitement entre les salariés détachés et les salariés non détachés, le présent article général a été institué ».

## 2) Du côté des lanceurs d'alerte (côté salarial)

Du côté des personnes protégées, le projet reprend le champ d'application « très large »<sup>23</sup> de la directive<sup>24</sup>.

La définition cherche à englober toutes les personnes qui se trouvent dans un lien envers l'entité concernée par l'alerte, et qui sont ainsi exposées à un risque de sanction et de représailles. Il s'agit de toutes les personnes travaillant dans le secteur privé ou public.

Tout d'abord sont couvertes « les personnes ayant le statut de **travailleur**, au sens de l'article 45, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris les fonctionnaires ». Si ce texte reprend fidèlement la directive, il s'agit cependant d'une innovation. En effet, lorsque les directives visent les « travailleurs » au sens européen, le Luxembourg les a jusqu'ici transposées d'un côté pour les « salariés » en modifiant le Code du travail et d'un autre côté pour les fonctionnaires en adaptant leur statut. Il s'agit de la première fois que notre législation fait directement référence au « travailleur » au sens du droit européen. L'exposé des motifs reste muet sur ce choix. En tout cas seront donc couverts, outre les fonctionnaires et les salariés, également les personnes sous contrats spéciaux (p.ex. contrats d'insertion). Sont également visés tous les salariés sous contrat atypique, par exemple les travailleurs à temps partiel, sous contrat à durée déterminée et les intérimaires<sup>25</sup>.

La protection ne s'arrête cependant pas aux travailleurs, mais s'étend à d'autres catégories de personnes :

- Les **indépendants**<sup>26</sup>, et ce notamment parce qu'ils peuvent malgré leur statut se trouver dans une situation de vulnérabilité économique dans le cadre de leurs activités professionnelles<sup>27</sup>, vulnérabilité qui pourrait être exploitée à des fins de représailles.
- Les **actionnaires** et les **dirigeants**, donc les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise<sup>28</sup>.

- Les **bénévoles** et les **stagiaires** rémunérés ou non rémunérés<sup>29</sup>.
- Toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs<sup>30</sup>.

Même si c'est probablement avant tout dans le cadre de relations de travail que le projet de loi trouvera à s'appliquer, son champ d'application dépasse cependant le simple domaine du droit du travail et de la fonction publique. Cela explique qu'il ne sera pas transposé dans le Code du travail, mais dans une loi autonome, présentée par le Ministre de la Justice.

La protection est encore étendue à ceux qui allaient avoir ou avaient par le passé les qualités précitées<sup>31</sup>.

- La protection s'étend tout d'abord également aux auteurs de « signalement »<sup>32</sup> lorsqu'ils signalent ou divulguent publiquement des informations sur des violations obtenues dans le cadre d'une relation de travail<sup>33</sup> qui a pris fin depuis<sup>34</sup>.
- Elle couvre également les auteurs de signalement dont la relation de travail n'a pas encore commencé dans les cas où des informations sur des violations ont été obtenues lors du processus de recrutement ou d'autres négociations précontractuelles<sup>35</sup>.

Elle est encore étendue, au-delà des auteurs de signalement à proprement parler, à des personnes qui gravitent autour d'eux, à savoir<sup>36</sup> :

- 1) Les **facilitateurs**. Il s'agit de personnes physiques qui aident un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel et dont l'aide devrait être confidentielle<sup>37</sup>. Sont envisagés notamment les collègues ou des proches, des représentants de syndicats ou d'associations, ainsi que des journalistes<sup>38</sup>. Il en est de même des délégués du personnel<sup>39</sup>.
- 2) Les **tiers** qui sont en lien avec les auteurs de signalement et qui risquent de faire l'objet de représailles dans un contexte professionnel, tels que des collègues ou des proches des auteurs de signalement.

23. Projet de loi, p. 3.

24. Art. 2 (1) de la future loi.

25. Considérant n° 38 de la directive.

26. Projet de loi, p. 26 : « Cette dernière catégorie de personnes, qui comprend les indépendants qui fournissent des services, les collaborateurs indépendants, les contractants, les sous-traitants, qui font généralement l'objet de représailles pouvant prendre la forme par exemple de résiliation anticipée ou d'annulation de contrat de services, de licence, de perte d'activité, de perte de revenus, de coercition, d'intimidation... ».

27. Considérant n° 39 de la directive.

28. Y compris les membres non exécutifs.

29. À leur égard, les représailles pourraient consister dans le fait qu'on cesse d'utiliser leurs services, qu'on leur remette une attestation de travail négative, ou qu'on porte atteinte à leur réputation ou à leurs perspectives de carrière ; considérant n° 40 de la directive.

30. On peut s'interroger sur la portée de cette catégorie. Quelqu'un qui travaille n'est-il pas nécessairement un travailleur, un indépendant ou un bénévole ? La directive (considérant n° 39), reprise par les auteurs du projet de loi (p. 26), envisage notamment le fait qu'en ce qui concerne la sécurité des produits, les fournisseurs sont beaucoup plus proches de la source d'infor-

mation au sujet d'éventuelles pratiques déloyales et illicites dans la fabrication, l'importation ou la distribution de produits dangereux.

31. La protection leur est offerte puisqu'ils pourraient faire l'objet de représailles, par exemple sous la forme d'une attestation de travail négative, de mise sur liste noire ou de boycottage d'affaires ; considérant n° 39 de la directive.

32. On peut s'interroger si, par conséquent, une « divulgation publique » par ces acteurs n'est pas couverte.

33. On peut s'interroger si les termes « relation de travail » visent seulement les salariés et fonctionnaires ou si cette relation inclut également les indépendants. Vu que les « autres négociations précontractuelles » sont incluses, et que de manière générale, la loi s'applique à toute personne « travaillant » dans le secteur public ou privé, nous plaçons pour une interprétation large.

34. Art. 1 (2) de la future loi ; art. 4 (2) de la directive.

35. Art. 1 (3) de la future loi ; art. 4 (3) de la directive.

36. Art. 1 (4) de la future loi ; art. 4 (4) de la directive.

37. Art. 3, 8°, de la future loi ; art. 5, 8°, de la directive.

38. Projet de loi, p. 26.

39. Considérant n° 41 de la directive.

3) Les **entités juridiques** appartenant aux auteurs de signalement ou pour lesquelles ils travaillent, ou encore avec lesquelles ils sont en lien dans un contexte professionnel.

Sauf pour ce dernier point 3), la loi ne protège que les personnes physiques<sup>40</sup>.

### *B. Champ d'application matériel – les infractions visées*

Le champ d'application matériel de la protection s'étend à l'évidence au champ matériel tel que défini par le projet de loi. Il s'étend cependant au-delà à tous les cas dans lesquels le lanceur d'alerte avait des motifs raisonnables de croire que les informations relevaient du champ d'application de la loi<sup>41</sup>.

Au final, la future loi n'a dès lors pas un champ d'application matériel objectif, mais subjectif. Il faut vérifier si la personne qui invoque sa protection pouvait légitimement croire que la loi était applicable. La loi couvrira donc notamment ceux qui dénoncent des faits qui sont licites mais que le dénonciateur pouvait légitimement croire être illicites.

La directive ne vise que certaines violations spécifiques du droit de l'Union européenne, notamment en matière de marchés publics, de services financiers, de sécurité des produits, de sécurité des transports, dans le domaine de l'environnement et de la chaîne alimentaire, de sécurité des réseaux informatiques ou encore de perception des recettes par l'Union. Elle contient des annexes de plusieurs pages énumérant les textes visés.

Le choix le plus radical fait par le Luxembourg est d'étendre la protection du lanceur d'alerte à toutes les violations. Ce choix ne vient pas par surprise, mais il s'agit d'un choix politique assumé ; il est « motivé par la volonté du gouvernement de garantir un cadre complet et cohérent, aisément compréhensible et accessible, de protection des lanceurs d'alerte »<sup>42</sup>. Il y a donc une très forte volonté d'encourager l'alerte en toutes matières.

Selon les travaux parlementaires, l'idée est de « profiter pleinement des effets bénéfiques à attendre d'une législation protégeant efficacement les lanceurs d'alerte. Il est communément admis que les signalements des lanceurs d'alerte contribuent à consolider les fondements sur lesquels repose l'État de droit et à renforcer la confiance des citoyens dans nos valeurs démocratiques »<sup>43</sup>. Voilà de grandes ambitions !

Aux yeux du gouvernement, toute violation de la loi porte gravement atteinte à l'intérêt public et s'avère préjudiciable pour la société en général<sup>44</sup>. On peut cependant douter d'une affirmation aussi générale, alors qu'il y a un manifestement des violations de la loi de moindre gravité.

#### 1) Cas d'exclusion

Un certain nombre d'informations ne sont pas couvertes par le projet, à savoir<sup>45</sup> :

- les informations ou documents classifiés ainsi que ceux ayant trait à la sécurité nationale ;
- les informations ou documents couverts par le secret médical ;
- les informations ou documents couverts par le secret des relations entre un avocat et son client ;
- les (informations couvertes par) les règles en matière de procédures pénales<sup>46</sup>.

Sauf pour le premier point, une exemption de responsabilité pénale est cependant prévue si le signalement est proportionné et s'avère nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt général.

Le projet précise encore qu'il n'affectera pas les règles nationales relatives à l'exercice par les travailleurs de leur droit de consulter leurs représentants ou leurs syndicats<sup>47</sup>. La future loi ne devra donc pas être interprétée de manière à restreindre le droit des salariés de révéler des informations aux délégués du personnel et aux syndicats.

#### 2) Concept d'« information »

La notion d'« information » est définie comme visant « des informations, y compris des soupçons raisonnables, concernant des violations effectives ou potentielles, qui se sont produites ou sont très susceptibles de se produire dans l'organisation dans laquelle l'auteur de signalement travaille ou a travaillé ou dans une autre organisation avec laquelle l'auteur de signalement est ou a été en contact dans le cadre de son travail, et concernant des tentatives de dissimulation de telles violations »<sup>48</sup>.

La protection est dès lors acquise pour des personnes qui ne fournissent pas d'éléments de preuve positifs, mais qui font part de préoccupations ou de soupçons raisonnables<sup>49</sup>. Selon le considérant n° 43 de la directive, la protection ne devrait pas s'appliquer aux personnes qui signalent des informations qui sont déjà entièrement

40. Voir aussi la définition de l'« auteur du signalement » ; art. 3, 7° de la future loi : « une personne physique qui signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations qu'elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles ».

41. Art. 4 (1) de la future loi.

42. Projet de loi, p. 3.

43. Projet de loi, p. 23.

44. Projet de loi, p. 3.

45. Art. 1 (2) à (4) de la future loi.

46. La transposition luxembourgeoise ne mentionne pas le secret des délibérations judiciaires en matière non pénale, pourtant prévu à l'article 3 (3) c) de la directive.

47. Art. 1 (5) de la future loi ; art. 3 (4) de la directive.

48. Art. 3 (2) de la future loi ; art. 5 (2) de la directive.

49. Considérant n° 43 de la directive.

disponibles dans le domaine public ou des rumeurs ou ouï-dire non fondés. Cette dernière restriction ne se retrouve cependant pas explicitement dans le texte de la directive. Elle pose notamment la question de la protection d'une personne qui dénonce des faits importants tout en ignorant qu'ils sont déjà publiquement connus, par exemple pour avoir été relatés dans la presse spécialisée.

Nous verrons plus loin que le lanceur d'alerte n'est protégé que s'il est de bonne foi. Outre cet élément subjectif, il faut cependant aussi qu'objectivement les faits se soient produits ou soient très susceptibles de se produire.

### 3) Limitation au contexte professionnel

La loi ne s'applique que dans un « contexte professionnel »<sup>50</sup>. Plus précisément, elle ne s'applique qu'à des personnes qui « ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel »<sup>51</sup>. Ce texte n'est pas clair quant à savoir s'il doit s'agir d'informations qui ont été obtenues dans un contexte professionnel ou de violations qui ont lieu dans un contexte professionnel. Or des situations variées peuvent se présenter à cet égard :

- a) le salarié observe le soir dans un café que son patron a remis une importante somme d'argent à un haut fonctionnaire (information d'intérêt professionnel obtenue dans un contexte non professionnel).
- b) En opérant une mise à jour du système informatique, l'informaticien a vu par hasard un message prouvant que son patron a versé de l'argent pour faire autoriser un projet d'extension de sa résidence privée (information non professionnelle obtenue dans un contexte professionnel).

Au vu de la définition de l'auteur du signalement<sup>52</sup>, il est cependant clair que ce sont les informations qui doivent avoir été obtenues dans un contexte professionnel<sup>53</sup>. Le cas donné dans l'exemple a) ne donnerait ainsi par lieu à protection.

Néanmoins, ces informations doivent avoir trait à des violations qui se produisent dans l'organisation dans laquelle l'auteur du signalement travaille ou avec laquelle il a été en contact dans le cadre de son travail. Le cas donné dans l'exemple b) n'est dès lors pas non plus couvert par la future loi.

En résumé, l'information doit donc avoir été obtenue au travail et concerner le travail.

### 4) Objet de l'information : un acte ou une omission illicite

Le projet définit la « violation » comme incluant les actes ou omissions qui<sup>54</sup> :

- a) sont **illicites** ; ou
- b) vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions du droit national ou européen d'application directe, pour autant que la conséquence en est un trouble causé à l'intérêt public.

#### a) Limitation aux questions juridiques ?

Il faut relever que la loi n'utilise pas le terme « illégal », contrairement à la loi, mais le terme « illicite », qui est généralement considéré comme étant plus large.

L'illicéité peut couvrir toute contrariété à une règle de droit. En s'inspirant de l'article 1133 du Code civil, on peut même se demander si elle couvre également tout ce qui est contraire aux bonnes mœurs. Admettre une telle interprétation large aurait pour effet d'étendre le texte au domaine de la moralité, ce qui ne semble pas conforme aux intentions du législateur<sup>55</sup>.

À notre avis, le texte ne devrait ainsi couvrir que les violations du droit positif. Ne sont dès lors pas couverts les lancements d'alerte sur des problématiques morales, donc qui peuvent profondément choquer l'opinion publique, sans être illégaux. Cela ne signifie cependant pas que ces personnes ne seront pas protégées ; elles peuvent l'être sur base de la jurisprudence en matière de droits de l'homme, mais non en vertu des règles plus concrètes de la future loi. Il suffit de rappeler que dans le cadre de l'affaire LuxLeaks, et même si la question peut être discutée, il était admis que la pratique fiscale dénoncée n'était en soi pas illégale. Ce qui justifiait le lancement d'alerte était le fait qu'elle puisse choquer l'opinion publique, sensible à la justice fiscale. On pourrait également imaginer le cas d'une personne qui dénonce une exportation d'armes vers un pays aux pratiques douteuses, sans que cette opération ne soit illégale. En effet, dans la jurisprudence strasbourgeoise, l'alerte ne doit pas nécessairement porter

50. Celui-ci est défini comme suit : « les activités professionnelles passées ou présentes dans le secteur public ou privé par lesquelles, indépendamment de la nature de ces activités, des personnes obtiennent des informations sur des violations et dans le cadre desquelles ces personnes pourraient faire l'objet de représailles si elles signalaient de telles informations » (art. 3 9° du projet).

51. Art. 2 (1) de la future loi ; art. 4 (1) de la directive.

52. « Une personne physique qui signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations qu'elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles ».

53. Voir aussi les versions allemande et anglaise : « who acquired information on breaches in a work-related context » ; « im beruflichen Kontext Informationen über Verstöße erlangt haben ».

54. Art. 3 (1) de la future loi.

55. Le but était d'étendre la directive « aux signalements de l'ensemble des violations du droit national et du droit européen applicable » (projet de loi, p. 23). La directive elle-même ne vise que la violation de règles de droit positif.

sur une infraction pénale ou sur la violation de la loi ; il peut aussi s'agir d'informations heurtant la moralité ou la sensibilité. La future loi ne couvre probablement pas ces hypothèses.

#### b) Règles de droit concernées

Aux yeux des auteurs du projet, les violations du droit sont visées « indépendamment de leur classification en tant qu'infractions de type administratif, pénal ou d'une autre nature »<sup>56</sup>.

Le terme « infraction » renvoie généralement au droit pénal. La notion de « violation du droit » par contre est nettement plus large et couvre toutes les règles non positives qui sont susceptibles d'être sanctionnées juridiquement, par exemple par une nullité ou des dommages-intérêts.

Il n'est pas clair dans quel sens le texte doit être interprété. De nombreux comportements sont illicites sans constituer une infraction, par exemple :

- a) en droit du travail, le fait de signer un contrat à durée déterminée de plus de deux ans ;
- b) en droit du bail, le fait de signer un contrat de bail d'habitation limité dans la durée ;
- c) en droit de la propriété intellectuelle, le fait de violer un brevet<sup>57</sup> ;
- d) en droit procédural, le fait de ne pas exécuter une saisie-arrêt.

De tels comportements « illicites » mais non-infractionnels sont-ils couverts par la future loi ? Vu que le concept est large, il nous semble que tel est le cas.

La loi est censée s'appliquer « aux signalements » de l'ensemble des violations du droit national et du droit européen applicable<sup>58</sup>. Ne sont pas visées les violations purement contractuelles.

- a) la notion de « **droit national** » couvre tout d'abord toutes les lois luxembourgeoises, mais également tout texte de nature réglementaire, et probablement aussi des circulaires émises par les autorités dotées d'un tel pouvoir. Il n'est pas clair si le terme « national » vise uniquement le Luxembourg ou tout simple tout droit étatique<sup>59</sup>. À notre avis, il ferait du sens d'englober toute violation d'une législation étrangère, p. ex. si le

salarié apprend que son entreprise ne respecte pas le droit de la consommation en France, qu'elle a déversé des produits chimiques dans une rivière belge ou qu'elle exerce sans autorisation en Allemagne.

- b) Le **droit européen** couvre toute la législation de l'Union européenne, et non seulement les textes visés par la directive.
- c) Le **droit international** est inclus dans la notion de droit national selon les auteurs du projet de loi<sup>60</sup>.

Outre les violations de la loi à proprement parler, sont également couverts les actes ou omissions qui vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des dispositions du droit national ou européen d'application directe. Une condition supplémentaire est cependant requise dans ce cas<sup>61</sup>, à savoir qu'il faut que la conséquence en soit « un trouble causé à l'intérêt public ». Cette notion, qui ne figure pas dans la directive, a été introduite par les auteurs du projet, sans autre commentaire pour l'expliquer.

#### 5) Pas d'exigence de gravité et de désintéressement ?

La jurisprudence de la Cour eur. D.H. se base sur divers critères pour définir sous quelles conditions la liberté d'expression confère le statut du lanceur d'alerte qui, à son tour, oblige les États à ne pas faire encourir de responsabilité civile et pénale, respectivement à modérer les peines prononcées :

- a) Un des facteurs déterminants est la **motivation** du lanceur d'alerte. Le fait qu'il agit par un grief ou une animosité personnelle réduit, voire anéantit son droit à la protection.
- b) Un autre critère est de savoir si le lanceur d'alerte a un **intérêt personnel** aux faits dénoncés. S'il ne doit pas être complètement désintéressé, le statut du lanceur d'alerte n'est en principe pas conçu pour défendre ses propres intérêts. Le lanceur d'alerte dénonce en principe des faits affectant des tiers ou la communauté en général.
- c) L'information révélée doit être d'une certaine **gravité** et présenter un intérêt pour le public, ou du moins pour une certaine communauté.

Aucun de ces critères ne se retrouve explicitement dans la future loi<sup>62</sup>.

56. Projet de loi, p. 3.

57. Contrairement aux marques et aux droits d'auteur, aucune sanction pénale n'est prévue.

58. Projet de loi, p. 23.

59. Selon l'exposé des motifs, seul le droit luxembourgeois semble visé, puisqu'il s'agit de « mettre en place un cadre plus clairement défini pour les signalements intervenant en cas de violations du droit luxembourgeois » (p. 3).

60. Projet de loi, p. 27 : « Il est entendu que la définition du point 1° couvre non seulement les dispositions législatives et réglementaires nationales et euro-

péennes proprement dites, mais également les instruments juridiques internationaux approuvés et ratifiés par le Luxembourg et qui font partie de l'ordonnement juridique au Luxembourg ».

61. Vu la position du semi-colon, cette condition n'est à notre avis pas applicable aux actes ou omissions qui sont directement « illicites ».

62. Comme indiqué, l'exigence d'un trouble causé à l'intérêt public ne semble s'appliquer que si l'esprit de la loi est enfreint, et non la loi elle-même.

Concernant la motivation, le texte exige seulement que le dénonciateur ait des motifs légitimes de croire en la véracité de sa révélation. Si cette condition est réunie, le fait qu'il soit animé pour le surplus par une volonté de nuire à la personne affectée n'entre pas en ligne de compte.

Les exigences reprises sous b) (absence d'intérêt personnel) et c) (seuil de gravité) sont implicitement contenues dans la directive. Celle-ci ne couvre en effet que certaines violations spécifiques du droit européen, qui sont en général graves et ne concernent pas personnellement le lanceur d'alerte.

Rien de tel ne se retrouve dans la future loi, qui a étendu son champ d'application à toutes les violations du droit.

Si le salarié a constaté, dans un contexte professionnel, que son patron a traversé la rue au feu rouge ou qu'un collègue n'a été payé que le 3 du mois, il s'agit bien d'une violation de la loi. S'il la signale, il devrait bénéficier du statut de lanceur d'alerte. Aucun article ne prévoit d'exclure ou de réduire la portée de la protection au motif que la violation de la loi était mineure et ne méritait pas d'être dénoncée<sup>63</sup>.

Par ailleurs, le salarié sera libre de dénoncer toutes les violations de la loi qui le concernent personnellement, et donc notamment toutes les violations du droit du travail. Si toute la communauté des salariés est concernée, le statut de lanceur d'alerte peut se concevoir, par exemple, si le non-respect de règles de sécurité est dénoncé à l'ITM, si des divergences de salaire entre hommes et femmes sont dénoncées au Centre pour l'égalité de traitement ou si une caméra de vidéosurveillance dans les bureaux est dénoncée à la CNPD. Mais qu'en est-il si le salarié se plaint en interne ou auprès des autorités d'un problème qui ne le concerne que lui, tel que des heures supplémentaires non-autorisées ou des congés refusés à tort<sup>64</sup> ? Qu'en est-il du délégué qui se plaint de ne pas avoir été consulté sur certains sujets ? Bénéficieront-ils du statut de lanceur d'alerte avec une présomption de représailles pour toute mesure que l'employeur prendra dans les mois qui suivent ? Le projet de loi semble l'admettre.

Condition non prévue par la loi, mais qui découle de l'évidence, il faut que la personne qui signale la violation ne

soit pas en même temps l'auteur de celle-ci. Le salarié qui fait l'aveu qu'il vient de commettre une fraude au préjudice de l'entreprise n'est pas protégé en tant que lanceur d'alerte. L'approche peut cependant être plus nuancée à l'égard de comparses qui participent à une fraude collective, mais qui décident de dénoncer les autres, préférablement avant même que l'infraction ne soit commise. En droit pénal, certains textes accordent une exemption ou une réduction de peine à des personnes impliquées qui révèlent les faits, et ce précisément dans le but de les inciter à dénoncer leurs complices.

### III. LE LANCEMENT DE L'ALERTE

Le projet instaure un droit et non une obligation<sup>65</sup> de lancer l'alerte. Celui qui constate une violation de la loi n'est pas obligé de la dénoncer en interne ou en externe. De telles obligations de dénonciation peuvent cependant exister dans des cadres spécifiques. Ainsi, par exemple, tout fonctionnaire est obligé de dénoncer les infractions pénales qu'il constate, tout citoyen doit dénoncer certains crimes<sup>66</sup> et certains acteurs régulés doivent déclarer leurs soupçons de blanchiment. Tout salarié est obligé de signaler immédiatement tout danger grave et immédiat pour la sécurité et la santé au travail<sup>67</sup>.

« L'auteur de signalement devrait pouvoir choisir le canal de signalement le plus approprié en fonction des circonstances »<sup>68</sup>. Néanmoins, la directive et le projet de loi instaurent une nette « hiérarchie entre les différents modes de signalement »<sup>69</sup>. Des critères sont fixés pour déterminer le type de dénonciation admissible. « Ce système par paliers est prévu pour éviter que des signalements abusifs ou malveillants soient directement portés à l'attention du public, produisant un dommage difficilement réversible, même s'il est établi par la suite que les violations dénoncées étaient en fait sans fondement »<sup>70</sup>.

« L'accès à des canaux de signalement interne et externe permettra ainsi d'offrir aux lanceurs d'alerte des modes de signalement plus appropriés, de sorte que la divulgation au public ne devrait être envisagée qu'en dernier ressort en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement »<sup>71</sup>.

Selon notre analyse, les critères peuvent se résumer comme suit :

63. La future loi se réfère certes, à certains égards, à la « nécessité » de révéler l'information. Mais il ne s'agit pas ici d'apprécier la nécessité de faire le signalement au regard de la gravité des faits, mais de déterminer si la quantité d'information divulguée était nécessaire pour signaler ce fait. L'exception prévue pour les violations « manifestement mineures » permet à une autorité compétente de ne pas ouvrir de dossier, mais elle reste sans incidence sur la protection de celui qui a fait la dénonciation.

64. De tels faits constituent des infractions pénales.

65. Voy. p.ex. art. 5 du projet de loi, « Les informations sur des violations peuvent être signalées » ; « Les personnes désirant effectuer un signalement... ».

66. Tout citoyen est obligé de contacter les autorités s'il prend connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés ; art. 140 du Code pénal.

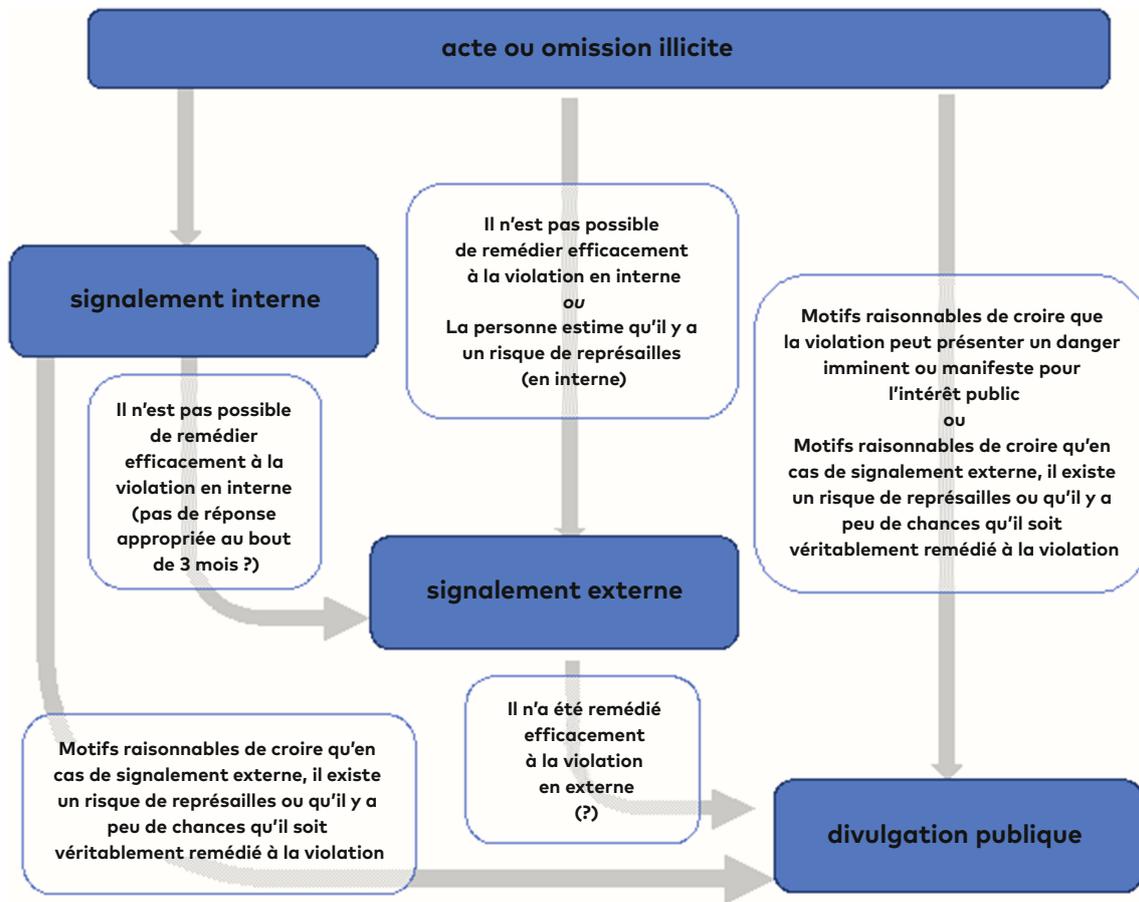
67. Art. L. 313-1 (2) pt. 4 du Code du travail.

68. Considérant n° 33 de la directive.

69. Projet de loi, p. 27.

70. Projet de loi, p. 28.

71. Projet de loi, p. 3.



## A. Signalement interne

### 1) Conditions de recours au signalement interne

Le signalement interne est la voie à privilégier, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il s'agit de la démarche la moins intrusive qui, si l'alerte s'avère infondée ou anodine, cause le moins de préjudice réputationnel. Par ailleurs, c'est en général en interne que les problèmes sont les plus faciles à résoudre<sup>72</sup>, et ce, parce qu'il s'agit du niveau le plus proche de la source du problème et le plus apte à enquêter et à remédier<sup>73</sup>. De même, les lanceurs d'alerte sont plus à l'aise pour dénoncer les faits en interne<sup>74</sup>. Enfin, il s'agit de « favoriser au sein des organisations une

culture de la bonne communication et de responsabilité sociale de l'entreprise »<sup>75</sup>.

La voie interne doit être utilisée « lorsqu'il est possible de remédier efficacement à la violation en interne » et que le lanceur d'alerte « estime qu'il n'y a pas de risque de représailles »<sup>76</sup>.

• Le premier critère est à analyser objectivement. Il faut qu'il y ait une possibilité de remédier en interne. Il n'est pas exigé qu'une procédure formelle de signalement interne soit en place. En effet, tous les acteurs ne sont pas obligés de la mettre en place, et d'autres peuvent manquer à leurs obligations. À notre avis, l'absence de procédure formelle interne n'autorise pas automatiquement le passage au signalement externe. Toute

72. Projet de loi, p. 28 : « Les entités juridiques sont en effet la plupart du temps les mieux à même de remédier efficacement aux violations signalées, de sorte qu'un signalement en interne est à encourager ».

73. Considérant n° 47 de la directive.

74. Projet de loi, p. 29 : « Un auteur de signalement se sent en effet généralement plus à l'aise pour effectuer un signalement en interne. Des études empiriques montrent que les lanceurs d'alerte, dans leur majorité, ont ten-

dance à effectuer un signalement au sein de l'organisation dans laquelle ils travaillent ».

75. Projet de loi, p. 29 ; voy. aussi le considérant n° 47 de la directive qui vise à favoriser « une culture de la bonne communication et de la responsabilité sociale de l'entreprise, les auteurs de signalement étant alors considérés comme des personnes contribuant de manière importante à l'autocorrection et à l'excellence au sein de l'organisation ».

76. Art. 5 (2) de la future loi ; art. 7 (2) de la directive.

entreprise a des procédures internes ou des personnes auxquelles on peut s'adresser, si ce n'est qu'en s'adressant au supérieur hiérarchique.

- Le second critère s'apprécie subjectivement dans l'esprit du dénonciateur. En somme, il s'agit de vérifier si (légitimement) le dénonciateur pouvait craindre des représailles. Le fait que la loi le protège contre les représailles ne permet pas d'exclure d'office ce risque. La gravité des faits dénoncés sera probablement un critère d'appréciation important pour apprécier le risque couru par le dénonciateur.

## 2) Forme du signalement

Le signalement interne est défini comme étant « la communication orale ou écrite d'informations sur des violations au sein d'une entité juridique du secteur privé ou public »<sup>77</sup>. À notre avis, toute déclaration que fait un salarié ne constitue cependant pas un signalement.

- Si une procédure formelle est en place, il n'y a à notre sens « signalement » que si le salarié s'adresse aux personnes désignées par l'employeur. Le signalement pourra être fait par écrit ou oralement (téléphone ou par d'autres systèmes de messagerie vocale ou, sur demande, par une rencontre en personne)<sup>78</sup>. Les trois langues officielles du Grand-Duché doivent être acceptées d'office, et l'entreprise peut accepter toute autre langue.
- Dans les entreprises sans procédure formelle, la question se pose s'il peut malgré tout y avoir un « signalement », par exemple si le salarié s'est adressé à un supérieur hiérarchique capable de répondre à la demande. Le salarié qui s'est adressé oralement à son chef d'équipe pour signaler que sa formation-sécurité a expiré ou pour avertir que sa voisine de bureau se sent harcelée, est-il déjà un lanceur d'alerte ? Qu'en est-il de l'employé du service comptable qui écrit un message à son supérieur pour l'informer que la société est en retard avec la publication des comptes annuels ?

D'après notre lecture du projet de loi, dans les entreprises n'ayant pas de procédure de signalement en place, il ne

peut y avoir de « signalement » au sens de la future loi<sup>79</sup>. Une dénonciation interne ne confère ainsi pas de protection.

## 3) Obligation de mettre en place une procédure interne

Une obligation d'instituer des canaux et procédures de signalement internes est mise à charge :

- Des entités juridiques de droit privé qui comptent 50 travailleurs ou plus. Pour la computation du seuil, il est renvoyé aux règles applicables pour les délégations du personnel<sup>80</sup>.

Pour les entités de 50 à 249 travailleurs, l'obligation de mise en place de ces procédures sera reportée au 17 décembre 2023. Par ailleurs, ces entités peuvent « partager des ressources » (donc organiser un service commun, par exemple au sein d'un groupe de sociétés). Les canaux de signalement peuvent être gérés en interne par une personne ou un service désigné à cet effet<sup>81</sup> ou fournis en externe par un tiers<sup>82</sup>. Aucune qualité ou qualification particulière n'est requise.

- Des « entités juridiques du secteur public, y compris toute entité appartenant à de telles entités ou contrôlée par de telles entités »<sup>83</sup>. Aucune condition de taille n'est prévue, sauf pour les communes, pour lesquelles le seuil a été fixé à 10.000 habitants<sup>84</sup>.

Les entités qui ne sont pas obligées de mettre en place une procédure peuvent le faire, mais dans ce cas les règles de la loi s'appliqueront.

Nous ne détaillerons pas ici les différentes conditions que doit respecter la procédure mise en place et qui sont reprises de la directive<sup>85</sup>.

Le texte insiste notamment sur la nécessité d'obtenir un accusé de réception. Celui-ci peut être d'une importance primordiale lorsque le dénonciateur doit par la suite se défendre devant le tribunal et prouver qu'il a procédé à un signalement.

La procédure doit aussi garantir un suivi du dossier et un retour d'informations dans un délai raisonnable ne devant pas dépasser trois mois. Le but est en effet de four-

77. Art. 3 (4) de la future loi ; art. 5 (4) de la directive.

78. L'obligation consiste à mettre en place « des canaux », donc il faut prévoir en tout cas plus d'un seul canal de signalement.

79. L'article 5 définit le signalement comme celui fait « par le biais des canaux et procédures de signalement interne prévus dans le présent chapitre ». En outre, la loi ne s'applique dans les entreprises de moins de 50 travailleurs que si une procédure de signalement interne est mise en place sur une base volontaire (Art. 6 (6) de la future loi). A contrario, elle ne s'applique pas dans les autres cas.

80. Il est renvoyé aux articles L.411-1 et L.411-2 du Code du travail. Le renvoi ne concerne à notre avis que les modalités de calcul et non la date de calcul, puisqu'il ne ferait aucun sens de se référer à la date des prochaines élections sociales. On observera également la différence entre le terme de « travailleurs » utilisé par le projet de loi et celui de « salariés » utilisé par les articles L.411-1 et L.411-2.

81. Considérant n° 56 de la directive, projet de loi, p. 31 : « Il peut s'agir, par exemple, d'un responsable de la conformité ou d'un chargé des ressources

humaines, d'un responsable juridique ou d'un responsable de la protection de la vie privée, d'un directeur financier, d'un responsable de l'audit interne ou d'un membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de l'entité. Ce choix est évidemment tributaire de la structure et de la taille de l'entité ».

82. Ce texte ne semble, de par sa position, s'appliquer qu'aux entités de droit privé.

83. Cette notion est copiée de la directive, sans avoir été adaptée au droit luxembourgeois. Une société commerciale de droit privé détenue à plus de 50 % par l'État ou une commune semblerait donc être une « entité contrôlée » par celle-ci et devoir mettre en place la procédure nonobstant le seuil de 50 travailleurs.

84. Dix communes sont actuellement concernées, trois pourraient passer le seuil prochainement ; projet de loi, p. 30. L'exemption des petites communes est facultative selon la directive, art. 8 (9).

85. Art. 7 (1) de la future loi ; art. 9 de la directive.

nir au lanceur d'alerte des informations sur le suivi du système général de protection et pour réduire le risque de signalements ou de divulgations additionnelles inutiles<sup>86</sup>. Un manque de confiance dans l'efficacité du signalement pourrait décourager les lanceurs d'alerte potentiels<sup>87</sup>.

#### 4) Contrôle en cas de non-respect

Selon le projet de loi, les autorités compétentes « vérifient » auprès des entités juridiques du secteur privé « relevant de leur champ de compétence respectif », l'établissement des canaux de signalement interne. Il semble donc s'agir d'une obligation active de procéder à cette vérification. À ces fins, les autorités peuvent demander la transmission de toutes les informations nécessaires pour évaluer la conformité des canaux de signalement mis en place<sup>88</sup>.

La référence au « champ de compétence » donne du sens pour la plupart des autorités. Le collège médical n'est par exemple compétent que pour le corps médical et le Commissariat aux assurances ne s'intéressera qu'aux compagnies d'assurance. Certaines autorités sont cependant compétentes pour la (quasi-)intégralité des entreprises luxembourgeoises, par exemple l'Inspection du travail, l'Administration de l'enregistrement ou le Centre pour l'égalité de traitement. La tâche de vérification qui leur est imposée est donc immense.

#### 5) Conséquences en cas de non-respect

Une amende administrative de 1.500 à 250.000 euros peut être imposée lorsque l'entité du secteur privé ne met pas en place de procédure de signalement conforme<sup>89</sup>.

L'absence de mise en place d'une procédure de signalement interne constitue par ailleurs une « omission illicite », qui peut donc faire elle-même l'objet d'un signalement au sens de la future loi.

#### 6) Implication obligatoire de la délégation du personnel

Dans les entreprises occupant au moins 15 salariés, des délégations du personnel doivent être élues. Lorsque l'employeur met en place en interne une procédure de signalement, il doit obligatoirement impliquer les délégués du personnel en vertu des règles qui régissent la mise en place d'un « règlement intérieur ».

La jurisprudence a en effet précisé que le règlement intérieur, qui tombe sous la compétence de décision de la délégation du personnel, est celui qui sert à « déterminer le comportement des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations respectives, découlant du contrat d'emploi »<sup>90</sup>. « La qualification de règlement intérieur pré suppose la mise en place d'obligations positives à charge des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations découlant du contrat d'emploi »<sup>91</sup>.

Il n'y a quasiment pas de jurisprudence en la matière, mais une des affaires tranchées concernait précisément une procédure d'alerte. Un employeur avait mis en place une *guideline* dans laquelle il offrait aux salariés une possibilité de dénoncer des agissements criminels dont ils prenaient connaissance par l'intermédiaire d'une boîte e-mail et d'une ligne téléphonique gérées par un contractant externe.

En première instance<sup>92</sup>, le Tribunal administratif a décidé que cette *guideline* ne relevait pas du règlement intérieur ni donc du pouvoir de co-décision<sup>93</sup>. En appel, la Cour administrative<sup>94</sup> n'a pas été du même avis. Elle a retenu que, si l'entrée dans le système était libre, celle-ci déclenchait, une fois l'entrée effectuée, un mécanisme déterminant le comportement des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations. La *guideline* était donc un règlement intérieur, et par conséquent l'accord de la représentation du personnel<sup>95</sup> était nécessaire.

86. Considérant n° 57 de la directive.

87. Considérant n° 63 de la directive.

88. Art. 6 (8) de la future loi.

89. Art. 7 (3) de la future loi.

90. C.E., 18 décembre 1991, n° 8376, LJUS n° 99115274 ; Trib. adm., 22 octobre 1997, n° 9665 ; Trib. adm., 9 mai 2012, n° 27927 confirmé sur ce point par Cour adm., 22 janvier 2013, n°s 30698C et 30711C.

91. Trib. adm., 9 mai 2012, n° 27927. Le titre et la forme du document importe peu ; des « chartes », « guidelines » ou « instructions au personnel » sont tous des règlements intérieurs.

92. Trib. adm., 9 mai 2012, n° 27927 : « Le tribunal constate qu'en l'espèce le document litigieux intitulé "...", met en place un mécanisme permettant aux salariés de dénoncer un certain nombre de comportements susceptibles de préjudicier le "...". Ainsi, il se dégage de l'article 2 du document litigieux que "This Guideline is intended to provide an opportunity to raise concerns relating to perpetrated or suspected cases of criminal conduct that adversely affect [...] in a way that protects the anonymity of a person under the conditions of this Guideline." Il est certes vrai que le document en question s'applique de manière générale à tous les employés du groupe. Néanmoins, il ne pose aucune obligation à charge des salariés, en ce qu'aux termes du document litigieux ceux-ci ne sont pas obligés de recourir au mécanisme y décrit, mais ont uniquement la faculté de le faire (cf. article 2 : "[...] to

provide an opportunity to raise [...]», cf. article 4.2 "Employees may report [...]". Ledit document ne prévoit par ailleurs aucune sanction en cas de non-recours audit mécanisme, ni aucune autre conséquence pour les salariés n'y recourant pas. S'il est vrai qu'un comportement frauduleux dénoncé peut, suivant le cas, impliquer l'application de sanctions disciplinaires par l'employeur, cette application ne relève pas de la procédure décrite dans la [...], mais du pouvoir disciplinaire général de l'employeur. Dès lors, même si l'opportunité d'un tel mécanisme de dénonciation peut être sujet à discussion et si les objections soulevées par les représentants du personnel en ce qui concerne les risques inhérents à ce mécanisme ne sont pas dénués de pertinence, il n'en reste pas moins que le document n'est pas à considérer comme un règlement intérieur susceptible de tomber dans le champ d'application de l'article L.423-1, point 5, du Code du travail, à défaut de contenir des règles déterminant le comportement des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations respectives découlant du contrat de travail ».

93. Les juges se sont basés sur le fait qu'il s'agissait d'une simple faculté ouverte aux salariés et non d'une obligation à leur charge. Or la qualification de règlement intérieur présupposerait la mise en place d'obligations positives à charge des partenaires sociaux dans l'exécution de leurs obligations découlant du contrat d'emploi.

94. Cour. adm., 22 janvier 2013, n°s 30698C et 30711C.

95. À l'époque, il s'agissait encore du comité mixte.

Il est ainsi clair qu'une procédure de signalement, même si elle n'ouvre qu'une simple faculté aux salariés, relève du règlement intérieur et l'employeur doit impliquer la délégation<sup>96</sup>. Une distinction doit par conséquent être faite en fonction de la taille de l'entreprise :

- Dans les entreprises de moins de 150 salariés, la délégation du personnel est appelée à rendre son avis sur l'élaboration ou la modification du règlement intérieur de l'entreprise<sup>97</sup>. Elle a également le droit de proposer des modifications au règlement intérieur<sup>98</sup>. Une décision sur cette proposition doit être prise endéans les deux mois, décision qui doit immédiatement être communiquée à la délégation.
- Dans les entreprises de 150 salariés ou plus, la décision d'établir ou de modifier le règlement intérieur relève de la co-décision. L'employeur ne peut dès lors décider seul de la mise en place ou de la modification d'une procédure de signalement ou d'alerte ; il doit nécessairement obtenir l'accord de la délégation. Le fait que, dans ces entreprises, la mise en place de la procédure de signalement interne soit imposée par la loi ne change rien aux règles de co-décision.

## B. Signalement externe

### 1) Conditions de recours au signalement externe

Par signalement externe, il faut entendre « la communication orale ou écrite d'informations sur des violations aux autorités compétentes »<sup>99</sup>.

Il est possible de recourir directement au signalement externe s'il n'est pas possible de remédier efficacement à la violation en interne ou lorsque la personne « estime »<sup>100</sup> qu'il y a un risque de représailles<sup>101</sup>.

Il faut probablement admettre que dans les petites entreprises n'ayant pas de procédure interne en place, il n'est pas possible de recourir au signalement externe, de sorte que le salarié peut directement s'adresser aux autorités.

Le texte n'énonce pas clairement dans quelles conditions, à la suite d'un signalement interne, il est possible de passer à l'étape du signalement externe. Contrairement à la divulgation publique, il n'est pas explicitement prévu que cette voie s'ouvre en l'absence de réponse appropriée dans le délai de réaction de 3 mois. Mais, dans une telle hypothèse, la personne peut à notre sens légitimement

admettre qu'il n'est pas possible de remédier efficacement à la violation en interne.

### 2) Autorités compétentes

Les autorités compétentes sont énumérées comme suit dans le projet :

- 1° La Commission de surveillance du secteur financier ;
- 2° Le Commissariat aux assurances ;
- 3° Le Conseil de la concurrence ;
- 4° L'Administration de l'enregistrement et des domaines ;
- 5° L'Inspection du travail et des mines ;
- 6° La Commission nationale pour la protection des données ;
- 7° Le Centre d'égalité de traitement ;
- 8° L'Ombudsman/Contrôle externe des lieux privés de liberté ;
- 9° L'Ombudscomité fir d'Rechter vum Kand ;
- 10° L'Institut luxembourgeois de régulation ;
- 11° L'Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audio-visuel ;
- 12° L'Ordre des avocats (il y en a deux) ;
- 13° La Chambre des notaires du GDL ;
- 14° Le Collège médical ;
- 15° L'Administration de la nature et des forêts ;
- 16° L'Administration de la gestion de l'eau ;
- 17° L'Administration de la navigation aérienne ;
- 18° Le Service national du Médiateur de la consommation ;
- 19° L'Ordre des architectes et des ingénieurs-conseils ;
- 20° L'Ordre des experts-comptables ;
- 21° L'Institut des réviseurs d'entreprise ;
- 22° L'Administration des contributions directes.

Ces autorités doivent mettre en place des procédures de signalement répondant à certains critères, qu'il est inutile de détailler ici, puisqu'il s'agit d'une obligation spécifique à ces autorités et que le texte est tout simplement repris de la directive<sup>102</sup>. L'idée est en somme que les procédures doivent être indépendantes, efficaces et garantir la confidentialité.

Il est possible de s'adresser à ces autorités par écrit ou oralement (téléphone, messagerie vocale, entretien sur demande). Le signalement peut se faire dans une des

96. L'employeur qui ne respecte pas ces compétences de la délégation du personnel s'expose au pénal à une condamnation pour délit d'entrave, donc à une amende de 251 à 15.000 euros (art. L.417-4). En matière de co-décision, si la délégation n'a pas donné son accord, la procédure de signalement ne sera à notre avis pas opposable aux salariés. Aucun reproche ne peut dès lors être fait au salarié qui ne la respecte pas.

97. Art. L.414-3(1), pt 2, du Code du travail.

98. Art. L.414-3(1), pt 2, du Code du travail.

99. Art. 3 (5) de la future loi ; art. 5 (5) de la directive.

100. On observe que le texte se contente du fait que la personne estime qu'il y a un risque de représailles et n'exige pas qu'elle ait des motifs raisonnables pour estimer que tel est le cas.

101. Plus précisément : elle n'estime pas qu'il y a un risque de représailles : il se peut qu'elle n'ait pas d'avis sur la question.

102. Art. 16 et s. de la future loi ; art. 10 et s. de la directive.

trois langues officielles du pays, et chaque autorité peut décider d'accepter d'autres langues<sup>103</sup>.

### 3) Les absents de la liste

Il est surprenant de constater que certaines entités ne sont pas énumérées dans la liste des autorités compétentes. Il devrait en découler que la personne qui adresse un signalement à celles-ci ne bénéficiera pas de la protection en tant que lanceur d'alerte. Nous relevons en particulier trois groupes d'autorités qui ne figurent pas dans la liste :

#### 1) L'administration étatique et communale en général.

Est absente de la liste. Il en est de même de certaines autres entités administratives. Ne devraient par exemple pas bénéficier de protection :

- a) celui qui s'adresse au ministère de la Santé, division de la Pharmacie et des Médicaments, pour dénoncer une mise sur le marché illégale de médicaments ;
- b) celui qui s'adresse à l'ADEM pour dénoncer une fraude au niveau des prestations de chômage ;
- c) celui qui s'adresse à l'Inspection vétérinaire pour dénoncer un scandale de viande avariée ;
- d) celui qui s'adresse à l'Office national de l'enfance pour dénoncer des maltraitements d'enfants.

On peut s'interroger sur la justification des autorités choisies par les auteurs du projet de loi.

Nous observons enfin que l' « Office des signalements », qui sera créé par la future loi (voir ci-après) ne figure pas non plus dans la liste. Le fait de s'être adressé à cet organisme ne confère dès lors pas encore de protection.

**2) Les autorités pénales.** Sur la liste des administrations compétentes ne figure aucune des autorités de poursuite<sup>104</sup> : la police, le parquet, le juge d'instruction ou encore la CRF<sup>105</sup>.

Un signalement notamment sous forme de plainte auprès de la police ne constitue dès lors pas un signalement externe<sup>106</sup>. Le plaignant ne sera pas protégé en tant que lanceur d'alerte.

Par contre, la plus grande partie des administrations compétentes est composée de fonctionnaires d'État et

d'agents publics. Si les faits sont constitutifs d'une infraction pénale, ce qui sera fréquemment le cas, ils seront obligés de dénoncer les faits au ministère public<sup>107</sup>. La procédure administrative devra-t-elle être suspendue en attente de la procédure pénale ou les deux procédures seront-elles menées en parallèle ? Les données recueillies par l'administration, sans stricte observation du droit à ne pas s'auto-incriminer, pourront-elles être saisies et utilisées dans le cadre du dossier pénal ?

Les autorités judiciaires autres que pénales ne sont pas non plus visées, par exemple les juridictions civiles ou le tribunal du travail. Ceci étant, le fait d'introduire une action en justice rend nécessairement publique la dénonciation, de sorte qu'il ne serait être question pas d'un signalement externe à proprement parler. En outre, nous rappelons qu'un projet de loi est en cours pour instaurer une protection contre les représailles en cas d'action en justice<sup>108</sup>. Ce projet ne vise cependant que les actions intentées par des salariés pour des violations du Code du travail.

**3) Les autorités étrangères ?** Une lacune consiste à notre avis dans le fait que la loi ne couvre pas non plus la dénonciation à des autorités étrangères. Qu'en est-il du salarié qui, travaillant au siège de l'entreprise au Luxembourg, découvre une fraude à la TVA auprès d'une filiale belge et la dénonce aux autorités belges ? Il paraît hasardeux de considérer que dans ce cas, le Tribunal luxembourgeois doit statuer en application du droit belge de protection du lanceur d'alerte. L'employeur luxembourgeois serait dans ce cas obligé de se conformer cumulativement à plusieurs législations.

La protection joue par contre lorsque des signalements sont adressés aux organes ou organismes de l'Union européenne<sup>109</sup>. La loi ne couvre cependant pas le signalement à des autorités internationales.

### 4) Procédure de traitement des signalements externes

L'article 19 du projet de loi reprend la manière dont les autorités compétentes doivent traiter les signalements. Étroitement inspirées de la directive, ces règles ne méritent pas d'être paraphrasées dans ces lignes.

<sup>103</sup>. Art. 18 (1) de la future loi. Projet de loi, p. 33 : « l'anglais est une langue de communication usuelle d'un grand nombre d'autorités luxembourgeoises ».

<sup>104</sup>. Les auteurs de la directive avaient cependant explicitement envisagé que les États membres pourraient désigner comme autorités compétentes les « services répressifs » et les « autorités judiciaires » ; considérant n° 64 de la directive.

<sup>105</sup>. Cellule de renseignement financier.

<sup>106</sup>. Le fait de porter plainte ne saurait à notre avis être considéré comme une divulgation publique.

<sup>107</sup>. Art. 23 (2) du Code de procédure pénale.

<sup>108</sup>. Projet de loi n° 7901. Ce texte ne vise cependant que les actions intentées par des salariés pour des violations du Code du travail.

<sup>109</sup>. Art. 4 (3) de la future loi ; art. 6 (4) de la directive. « Les personnes qui signalent auprès des institutions, organes ou organismes de l'Union européenne compétents des violations bénéficient de la protection prévue par la présente loi dans les mêmes conditions que les personnes qui effectuent un signalement externe ». Il faut cependant à notre avis nuancer en ce sens que si c'est une infraction au sein d'un des nombreuses institutions européennes qui est dénoncée au sein de cet organe, il s'agit bien d'un signalement interne et non externe.

L'administration est en principe tenue d'assurer un suivi diligent des signalements qu'elle reçoit. Quelques exceptions sont prévues<sup>110</sup> :

- a) En cas de signalement d'une violation manifestement mineure<sup>111</sup> qui ne requiert pas d'autre suivi que la clôture de la procédure<sup>112</sup>. L'auteur du signalement doit recevoir une décision motivée.
- b) En cas de signalement répétitif et ne contenant aucune nouvelle information significative par rapport au signalement antérieur<sup>113</sup>. Il peut probablement s'agir de signalements émanant de la même personne ou de personnes différentes.

La loi ne vise pas le cas d'un signalement manifestement infondé. Dans ce cas, le dossier devra donc être ouvert, mais pourra être rapidement clôturé au fond.

Si ces exceptions bénéficient aux administrations compétentes, elles ne sont cependant pas applicables aux procédures internes qui doivent être menées même pour des signalements mineurs ou répétitifs.

Tout comme pour la procédure interne, la procédure externe impose un accusé de réception et un retour d'information en temps utile à celui qui a donné l'alerte. En outre, les autorités compétentes maintiennent le contact avec l'auteur du signalement dans le but de lui fournir un retour d'informations et de lui demander des informations complémentaires si nécessaire<sup>114</sup>. Il s'agit en effet d'instaurer la confiance dans ces procédures et de montrer aux lanceurs d'alerte que leur signalement n'a pas fini au fond d'un tiroir.

Les autorités compétentes réexaminent leurs procédures de réception des signalements et de suivi régulièrement, et au minimum une fois tous les trois ans<sup>115</sup>.

### 5) Pouvoir d'investigation des autorités compétentes

Le projet de loi prévoit que, dans l'exercice de leurs missions respectives, les autorités compétentes peuvent demander, par écrit ou oralement, à l'entité visée par le signalement (ou en cas de manquement aux obligations de mettre en place une procédure interne et de mener l'enquête), la communication de tous les renseignements qu'elles jugent nécessaires. Elles doivent dans ce cadre veiller à la confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement<sup>116</sup>.

L'entité qui ne donnerait pas suite à une telle demande peut se faire imposer une amende administrative de 1.500 à 250.000 euros.

Ce texte est une création des auteurs du projet de loi, puisque la directive ne contient pas de telle exigence.

Ce pouvoir d'investigation et d'enquête nous paraît particulièrement exorbitant. Les 22 entités désignées disposeront dès lors, dès qu'un fait leur est signalé, de pouvoirs d'investigation très larges. Si les autorités ne peuvent certes pas accéder aux lieux de l'entreprise pour mener l'enquête, l'amende jusqu'à 250.000 euros qui peut être imposée contraint les entreprises à collaborer. Contrairement au pouvoir d'un officier de police judiciaire, d'un magistrat du parquet ou d'un juge d'instruction, l'exercice de ce pouvoir n'est encadré par aucune garantie procédurale. Au moindre signalement, l'Administration des forêts, le Médiateur de la consommation ou l'Ordre des architectes pourront mener l'enquête. L'enquête portera sur des violations de la loi, et dans de nombreux cas sur des infractions pénales. Le droit au silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination ne semblent pas avoir inquiété les auteurs du projet de loi.

Le **domaine de compétence** des autorités ne paraît pas toujours clairement délimité. Pour certaines des administrations, la notion de « l'exercice de leurs missions respectives » est déterminable avec une certaine précision. Ainsi, par exemple, le Centre pour l'égalité de traitement est compétent pour certaines formes de discrimination et l'Administration de l'enregistrement pour la perception des impôts indirects. Pour les ordres professionnels (avocats, notaires, architectes, etc.), le domaine paraît cependant moins clair. Tout méfait et toute infraction sont susceptibles d'influer sur l'honorabilité professionnelle et donc sur une éventuelle sanction disciplinaire. Le barreau de Luxembourg pourrait-il mener l'enquête sur base de ces textes s'il lui est signalé qu'un avocat s'adonne à des actes de harcèlement, s'il ne paie pas ses impôts ou s'il conduit sans permis ?

Lorsque le signalement ne relève pas de leur compétence, les autorités transmettent « de manière confidentielle et sécurisée » le signalement à l'autorité compétente dans un délai raisonnable<sup>117</sup>. Ce texte peut à notre avis conduire à deux formes de conflits<sup>118</sup> :

110. Ces exemptions sont facultatives aux termes de l'article 11, (3) et (4), de la directive. Le Luxembourg a choisi de les implémenter.

111. Art. 19 (4) de la future loi ; art. 11 (3) de la directive.

112. Le but est de réduire la charge administrative pour les autorités compétentes ; considérant n° 70 de la directive.

113. Art. 19 (5) de la future loi ; art. 11 (4) de la directive.

114. Art. 19 (7) de la future loi ; art. 12 (4) de la directive.

115. Art. 21 de la future loi ; art. 14 de la directive.

116. Art. 18 (2) de la future loi.

117. Art. 19 (2) de la future loi.

118. On peut y ajouter un troisième conflit potentiel, à savoir un conflit d'intérêt, par exemple lorsqu'un problème de non-respect du droit du travail au sein de l'ITM est signalé.

- a) Des conflits positifs, en ce que plusieurs administrations peuvent être compétentes. Dans ce cas, est-ce qu'elles devraient se saisir cumulativement du dossier ? Une discrimination sur le lieu de travail relève par exemple tant de la compétence du Centre pour l'égalité de traitement que de la compétence de l'Inspection du travail. La reprise de données-client d'un concurrent peut intéresser tant le Conseil de la concurrence que la CNPD.
- b) Des conflits négatifs, en ce qu'aucune administration n'est compétente dans le domaine concerné. Ce risque paraît réel au vu de trois éléments, à savoir :
- La définition très large des illicéités couvertes par la loi.
  - Le fait que les autorités de poursuite ne figurent pas dans la liste. Quelle serait par exemple l'autorité compétente si une personne dénonce un fait de banqueroute, un abus de biens sociaux ou des faits de corruption ?
  - Le transfert de dossiers n'est prévu qu'à l'échelle nationale, alors que certains faits dénoncés peuvent relever en tout ou en partie de la compétence d'autorités étrangères.

#### 6) Pouvoir de sanction des autorités compétentes

La directive<sup>119</sup> exige la mise en place de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives<sup>120</sup>. Le Luxembourg a fait le choix d'instaurer des sanctions administratives. Si celles-ci ont effectivement le vent en poupe, elles soulèvent cependant certaines interrogations.

Ainsi, les 22 autorités compétentes seront investies du pouvoir de prononcer<sup>121</sup> des amendes administratives<sup>122</sup>.

L'amende peut aller de 1.500 euros à 250.000 euros. Sauf dans le cas visé sub a), le maximum de l'amende est de 500.000 euros en cas de récidive endéans les 5 ans à partir de la dernière sanction devenue définitive. Il n'est pas clair s'il n'y a récidive que s'il y a une infraction constatée par la même administration. Admettre le contraire obligerait les 22 administrations concernées à tenir un « casier administratif » commun.

Une sanction peut être prononcée dans les cas suivants<sup>123</sup> :

- a) en cas d'omission de mise en place d'une procédure de signalement interne conforme aux exigences ;
- b) en cas d'entrave ou de tentative d'entrave à un signalement (externe et probablement aussi interne<sup>124</sup>) ;
- c) en cas de refus de fournir les renseignements demandés ou en cas de fourniture de renseignements incomplets ou faux (voy. ci-dessus) ;
- d) en cas d'atteinte à la confidentialité dont jouissent les auteurs de signalements ;
- e) en cas de refus de remédier à la violation constatée.

Pour le cas b), il y a en principe un renversement de la charge de la preuve (voy. ci-après). Dans le cadre d'une procédure engagée devant l'autorité compétente, il est en effet présumé que le préjudice causé l'a été en représailles suite au signalement. Dès lors, en cas de mesure défavorable prise à l'encontre du lanceur d'alerte, il devrait être présumé qu'il s'agit d'une mesure de représailles liée au signalement, et donc d'une entrave ou tentative d'entrave. Si l'entreprise ne prouve pas le contraire, elle pourra être condamnée à une amende.

Le cas e) prête à réflexion, en ce que ces autorités administratives vont *in fine* décider si le signalement est justifié ou non et imposer des sanctions en conséquence. Ces administrations recueilleront dès lors le signalement, mèneront l'enquête, décideront s'il y a violation ou non et sanctionneront le comportement en conséquence. Deux cas peuvent à notre avis être distingués et sont chacun problématiques :

- a) Dans la liste des autorités compétentes, de nombreuses d'entre elles disposaient déjà du pouvoir de prononcer des amendes administratives ou d'autres sanctions. La faculté de prononcer une amende pour « refus de remédier à la violation » s'offre comme nouvelle faculté. Elle ne peut probablement pas être exercée cumulativement, puisque le principe *non bis in idem* interdit de prononcer deux sanctions administratives pour une même violation. L'autorité devra dès lors voir si ce nouveau texte peut l'intéresser. L'ALAI<sup>125</sup> ou le directeur de l'ITM<sup>126</sup> qui ne pouvaient jusqu'ici prononcer que des amendes jusqu'à 25.000 euros se réjouiront certainement de la future loi qui décuple le montant de la sanction. La CNPD sera moins impressionnée, puisqu'elle peut d'ores et déjà prononcer des amendes jusqu'à dix, voire vingt millions d'euros<sup>127</sup>.

119. Art. 23 de la directive.

120. Il peut s'agir de sanctions pénales, civiles ou administratives ; considérant n° 102 de la directive.

121. Ce pouvoir de sanction ne peut cependant être exercé qu'à l'égard des « personnes et entités juridiques de droit privé », ce qui paraît trop limitatif au regard de la directive. Selon l'article 23 de la directive, les sanctions doivent être applicables de façon générale « aux personnes physiques ou morales », sans restriction au secteur privé.

122. Art. 7 (3) et 18 (3) du projet de loi.

123. Ces cas sont inspirés de l'article 23 de la directive. La seule hypothèse non reprise, pour laquelle la directive exige des sanctions effectives est celle dans laquelle des « procédures abusives » sont intentées contre les per-

sonnes protégées. Une autorité administrative ne saurait en effet prononcer de sanction en raison d'une procédure abusive intentée devant une autre administration, voire devant les autorités judiciaires. Il appartient le cas échéant à ces dernières de sanctionner le recours illégitime à la procédure, par exemple par une indemnité pour procédure abusive et vexatoire.

124. On observe cependant que l'article 18 (3) se situe sous le chapitre 4 « Signalements externes et suivi ».

125. Autorité luxembourgeoise indépendante de l'audiovisuel.

126. Art. L. 614-13 du Code du travail.

127. Respectivement 2 ou 4 pourcent du chiffre d'affaires annuel mondial, art. 83 du Règlement (UE) 2016/679.

b) D'autres autorités n'avaient jusqu'ici aucun pouvoir coercitif. Ainsi, par exemple, l'Administration de la gestion de l'eau n'a pas de pouvoir sanctionnateur autonome<sup>128</sup>. Le Médiateur ne peut émettre que des recommandations, sa sanction ultime consistant à les rendre publiques<sup>129</sup>. Le Centre pour l'égalité de traitement<sup>130</sup> ne pouvait jusqu'ici que publier des rapports, émettre des avis et aider les victimes. Désormais, il pourra prononcer une amende d'un quart de million d'euros contre une entreprise s'il estime qu'une entreprise s'est livrée à une discrimination. La situation est la même pour l'Ombudscomité fir d'Rechter vum Kand, dont la compétence était jusqu'ici limitée à élaborer des recommandations lorsqu'il constate une violation des droits de l'enfant<sup>131</sup>.

Est-ce justifié de conférer un tel pouvoir à ces autorités ? N'est-ce pas contre-nature de conférer à un *Ombudsman* de pouvoirs coercitifs ?

Nous ne revenons pas ici sur les nombreux problèmes soulevés par les amendes administratives en matière de garanties procédurales et d'impartialité de l'autorité qui inflige l'amende. On observera aussi qu'un grand nombre d'entités se voient ainsi investies d'un pouvoir de sanction, dont certaines qui n'avaient pas jusqu'ici le moindre pouvoir coercitif. La fourchette de l'amende qui peut être imposée est considérable. Bien que le domaine pénal et administratif soient en principe séparés, un problème de *non bis in idem* pourra également se poser lorsqu'une personne a déjà été sanctionnée d'une amende de plusieurs milliers d'euros pour un fait, et qu'elle est ensuite poursuivie au pénal.

### C. Divulgence publique

La divulgation publique est la mise à disposition dans la sphère publique d'informations sur des violations<sup>132</sup>. Il peut s'agir notamment d'une mise à disposition directe du public par des plateformes en ligne ou des médias sociaux ou par une mise à disposition des médias, des représentants élus, des organisations de la société civile, des syndicats ou des organisations professionnelles et commerciales<sup>133</sup>. La directive rappelle notamment le fait que les lanceurs d'alerte sont des sources importantes pour les journalistes d'investigation et qu'il y a lieu d'encourager le lancement d'alerte à travers les médias<sup>134</sup>.

Il faut nuancer tout d'abord cette définition en rappelant que la directive n'affecte pas le droit de prendre conseil auprès des syndicats<sup>135</sup>. Il a toujours été admis qu'un salarié peut s'adresser à son syndicat pour prendre conseil ; dans ce cadre, il est aussi en droit de confier au syndicat

certaines informations confidentielles<sup>136</sup>. Dès lors, à notre avis, le fait de s'adresser au syndicat ne constitue pas en soi une divulgation publique, et le syndicat devrait garder ces données confidentielles. Il y a cependant divulgation publique lorsque le salarié s'adresse au syndicat non pas pour résoudre son problème personnel dans l'entreprise, mais pour que le syndicat intervienne de manière plus générale. Les mêmes principes devraient s'appliquer à l'égard de toutes autres organisations de la société civile.

Une des conditions suivantes doit être remplie pour qu'une personne ayant procédé à une divulgation publique puisse réclamer la protection accordée par la loi :

- 1) La personne a d'abord effectué un signalement interne et externe ou a effectué directement un signalement externe, mais aucune mesure appropriée n'a été prise en réponse au signalement dans les délais imposés, à savoir le retour d'informations qui doit avoir lieu dans les trois mois du signalement<sup>137</sup>. La notion de « mesure appropriée » donnera cependant certainement lieu à discussion. En effet, dans la procédure de signalement interne ou externe, le fait de fournir un retour dans les trois mois ne signifie pas nécessairement qu'une mesure appropriée a été prise.
- 2) La personne a des motifs raisonnables de croire que la violation peut présenter un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public, comme lorsqu'il existe une situation d'urgence ou un risque de préjudice irréversible. La terminologie appelle à une interprétation restrictive.
- 3) La personne a des motifs raisonnables de croire qu'en cas de signalement externe il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu'il soit véritablement remédié à la violation, en raison des circonstances particulières de l'affaire, comme lorsque des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou lorsqu'une autorité peut être en collusion avec l'auteur de la violation ou impliquée dans la violation. Dans la mesure où une certaine confiance nous semble permise dans les autorités luxembourgeoises, ce cas devrait rester exceptionnel.

Le cas 1) permet de procéder à la divulgation publique soit après un signalement interne et externe infructueux, soit après un signalement externe infructueux si l'auteur a pu directement commencer par celui-ci.

Les conditions 2) et 3) permettent dans des cas exceptionnels de procéder directement à la divulgation publique. Ces exceptions pourraient aussi justifier, dans des cas particuliers, de passer du signalement interne infructueux directement à la divulgation publique sans passer par la case du signalement externe. Par contre, il n'est

128. La loi du 19 décembre 2008 relative à l'eau ne prévoit que des sanctions pénales.

129. Loi du 22 août 2003 instituant un médiateur.

130. Art. 8 et s. de la loi du 28 novembre 2006.

131. Loi du 1<sup>er</sup> avril 2020 instituant l'Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher.

132. Art. 3 (6) de la future loi ; art. 5 (6) de la directive.

133. Considérant n° 45 de la directive.

134. Voy. le considérant n° 46 de la directive, qui se réfère aussi au rôle de « sentinelle » du journalisme d'investigation dans les sociétés démocratiques.

135. Art. 3 (4) de la directive.

136. En ce sens, voy. CSJ, 3<sup>e</sup>, 28 avril 2005, 28547.

137. Six mois dans des cas dûment justifiés dans le cadre d'un signalement externe.

pas explicitement prévu que l'étape du signalement externe puisse être omise directement lorsque celle-ci n'a pas donné lieu à une mesure appropriée dans le délai de trois mois.

#### D. Mesures de sensibilisation et d'information

À titre de nouvelle entité administrative, la loi mettra en place un « **Office des signalements** » sous l'autorité du ministre de la Justice. Sa mission est :

- d'informer et aider dans sa démarche toute personne souhaitant effectuer un signalement interne ou externe, notamment en lui précisant les procédures à suivre ;
- de sensibiliser le public à la législation sur la protection des lanceurs d'alerte ;
- d'informer les autorités respectivement compétentes de manquements aux obligations de mettre en place des canaux de signalement interne desquelles l'office a connaissance ;
- d'élaborer des recommandations.

Un rapport d'activité annuel doit être publié.

En outre, chacune des administrations compétentes devra publier des informations, notamment sur les conditions pour bénéficier de la protection de la loi, dont les détails sont repris de la directive<sup>138</sup>. Le Luxembourg a décidé que cette information doit se faire dans une section distincte sur leur site internet, aisément identifiable et accessible. Il y aura donc 22 pages internet avec des informations correspondantes.

#### IV. LA PROTECTION DU LANCEUR D'ALERTE

La pièce maîtresse de la loi en préparation est la protection de la personne qui a procédé à un signalement ou à une divulgation. Cette protection se fait dans un premier temps en gardant l'identité du lanceur d'alerte confidentielle<sup>139</sup>. Si, malgré tout, la personne concernée prend connaissance de cette identité et se laisse guider par la vengeance, le lanceur d'alerte sera protégé contre les représailles.

Selon la directive, la protection du lanceur d'alerte est d'ordre public. Ses droits et recours ne peuvent faire

l'objet d'une renonciation ni être conventionnellement limités<sup>140</sup>. Ce volet n'a pas été explicitement transposé dans le projet de loi<sup>141</sup>.

#### A. Protection de l'identité

La protection de l'auteur d'un signalement se fait dans un premier temps par la protection de son identité.

Un devoir de confidentialité est ainsi imposé à ceux qui sont amenés à traiter les signalements, à savoir tant ceux en charge des procédures internes que ceux en charge des signalements externes auprès des administrations compétentes<sup>142</sup>. Les procédures de signalement doivent être conçues de manière à garantir cette confidentialité. Ce devoir de confidentialité ne s'étend pas à la divulgation publique, donc les cas dans lesquels la personne décide de s'adresser au public. Si le fait de s'adresser au public n'implique pas nécessairement de révéler son identité, et sous réserve d'autres règles (par exemple la protection des sources journalistiques), cette personne sera cependant elle-même responsable de veiller à ce que son identité ne soit pas révélée.

L'obligation de confidentialité impose de ne pas révéler l'identité de l'auteur du signalement sans son consentement exprès. Ce n'est qu'en interne que les membres du personnel autorisé compétents peuvent connaître son identité. La confidentialité couvre aussi toute information à partir de laquelle l'identité de l'auteur du signalement peut être directement ou indirectement déduite. Cette dernière règle sera en pratique difficile à appliquer pour les informations qui ne sont à disposition que d'une poignée de personnes. Lorsque l'entité sera informée de la nature des reproches, elle pourra en déduire l'identité des potentiels révéléurs.

Rappelons que l'entreprise qui, dans sa gestion interne des signalements, porte atteinte à cette confidentialité peut être sanctionnée d'une amende<sup>143</sup>.

L'obligation de confidentialité n'est cependant pas absolue et doit céder dans certains cas. Dans une transposition à notre sens trop littérale de la directive, le projet de loi prévoit des exceptions en cas d'obligation légale de

<sup>138</sup>. Art. 20 de la future loi ; art. 13 de la directive.

<sup>139</sup>. Projet de loi, p. 35 : « Préserver la confidentialité de l'auteur d'un signalement durant la procédure de signalement et les enquêtes déclenchées par le signalement constitue une mesure *ex ante* essentielle pour éviter des représailles ».

<sup>140</sup>. Art. 24 de la directive.

<sup>141</sup>. Les auteurs du projet semblent être d'un avis contraire ; voir la note 165.

<sup>142</sup>. Art. 22 de la future loi ; art. 16 de la directive.

<sup>143</sup>. Tant que la procédure est au stade du signalement interne, la question se pose toutefois de savoir quelle autorité pourrait prononcer une telle amende, puisqu'elle n'est pas encore saisie et ignore le dossier.

révéler l'identité, notamment dans le cadre de procédures judiciaires<sup>144</sup>.

Si une divulgation doit être effectuée, il faut prendre des « mesures de sauvegarde appropriées »<sup>145</sup>. Sauf exception, l'auteur du signalement doit être informé en amont et une explication écrite justifiant la divulgation de données confidentielles doit lui être donnée. Cela concerne tant le cas où son identité est révélée que le cas dans lequel des informations permettant son identification sont révélées.

La directive et par conséquent également le projet de loi fixent un certain nombre de règles concernant le traitement des données à caractère personnel. L'article 23 (1) du projet rappelle que le Règlement européen sur la protection des données est à respecter ; il s'agit d'un simple rappel à l'évidence, sans aucune utilité normative. Les alinéas subséquents fixent quelques règles plus détaillées, y compris sur l'archivage des signalements, ainsi que sur l'enregistrement et la transcription des déclarations orales. Les données manifestement non pertinentes doivent ne pas être collectées, sinon être effacées sans retard.

## B. Protection contre les représailles et limitation de la responsabilité

### 1) Conditions de la protection

Pour être protégé, il faut que le lanceur d'alerte ait effectivement procédé à une dénonciation et qu'il ait été de bonne foi<sup>146</sup>.

#### a) Existence d'un signalement ou d'une divulgation

Pour pouvoir bénéficier de la protection, il faut tout d'abord avoir effectué un signalement interne, externe ou une divulgation publique.

Il semble donc que des représailles et sanctions faites avant que le signalement ne soit fait, pour dissuader un salarié de le faire, ne sont pas couvertes<sup>147</sup>.

Selon le texte, il faut par ailleurs que le signalement ou la divulgation soient faits « conformément » aux règles qui les régissent. Il faut donc supposer que le lanceur d'alerte n'est protégé que s'il a respecté les formes. À notre avis, il ne faut cependant pas tomber dans un excès de formalisme. À titre d'exemple :

- a) n'est pas protégé le salarié qui a dénoncé un fait à une autorité qui n'est pas énumérée dans le projet de loi ;
- b) n'est pas protégé le salarié qui a simplement fait état à des collègues ou supérieurs hiérarchiques de ses soupçons, s'il ne s'agit pas des destinataires prévus par la procédure interne.

Une autre question non clairement résolue est celle de savoir si la protection tombe si le lanceur d'alerte n'a pas respecté la hiérarchie des voies de dénonciation. Tel serait le cas s'il s'est directement adressé aux autorités sans disposer de juste motif pour ne pas avoir entamé dans un premier temps la voie interne. Le problème se pose également pour celui qui s'adresse directement à la presse ou au public, sans pouvoir justifier ce choix.

Il suffit qu'il y ait eu signalement ; le fait qu'un signalement externe ait été classé parce qu'il s'agit d'une violation mineure ou d'un signalement répété sans nouveaux éléments ne devrait pas jouer sur l'applicabilité du régime de protection.

#### b) Bonne foi

Il faut que la personne « ait eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement et que ces informations relèvent du champ d'application de la présente loi ». Le but de cette règle est de ne pas accorder de protection aux signalements malveillants, fantaisistes ou abusifs, tout en protégeant ceux qui sont de bonne foi même si les informations se révèlent ensuite inexacts<sup>148</sup>.

La question n'est dès lors pas de savoir si les faits sont vrais ou non, mais il faut analyser l'état d'esprit subjectif du lanceur d'alerte au moment de la dénonciation.

144. L'article 22 (2) se lit comme suit : « (2) Par dérogation au paragraphe 1<sup>er</sup>, l'identité de l'auteur du signalement et toute autre information visée au paragraphe 1<sup>er</sup> peuvent être divulguées uniquement lorsqu'il s'agit d'une obligation nécessaire et proportionnée imposée par le droit national ou européen d'application directe dans le cadre d'enquêtes menées par des autorités nationales ou dans le cadre de procédures judiciaires, notamment en vue de sauvegarder les droits de la défense de la personne concernée ». Pour les différents cas dans lesquels le droit luxembourgeois (ou européen) prévoit une obligation de révélation, faudra-t-il désormais arbitrer si cette obligation est « nécessaire et proportionnée » par rapport à l'intérêt de protéger l'auteur du signalement ? Qui procédera à cet arbitrage ? À notre avis, le législateur laisse ici ouvertes des questions qu'il aurait dû trancher en transposant la directive.

145. Ici encore, une transposition utile de la directive aurait imposé de préciser quelles sont ces mesures et à les prévoir explicitement dans le texte.

Comment l'Ombudsman ou l'ordre des médecins peuvent-ils accorder une mesure de sauvegarde appropriée lorsqu'ils devront révéler l'identité d'un lanceur d'alerte ?

146. Art. 11 (1) de la future loi ; art. 6 de la directive.

147. Une sanction administrative pour entrave ou tentative d'entrave d'un signalement peut intervenir. Au stade du signalement interne, on peut cependant s'interroger laquelle des 22 autorités serait compétente et comment elle pourrait être au courant de l'incident.

148. Projet de loi, p. 27 : « Cette exigence est une garantie essentielle contre des signalements malveillants, fantaisistes ou abusifs, dès lors qu'elle empêche que les personnes qui signalent délibérément et sciemment des informations qu'elles savent erronées ou trompeuses ne se voient accorder une protection. En même temps, cette exigence garantit que l'auteur de signalement reste protégé lorsqu'il a signalé de bonne foi des informations qui se sont révélées être inexacts par la suite. »

Si un salarié veut nuire à son employeur et dénonce sans la moindre raison des faits de corruption, et que l'enquête révèle par la suite effectivement une corruption, il ne sera pas protégé pour autant.

Reste par contre protégé le salarié qui a alerté les autorités parce qu'il a recueilli un certain nombre d'informations permettant de conclure à une fraude en matière de marchés publics, et qui n'informe pas les autorités lorsqu'il constate par la suite que ses soupçons étaient infondés.

Pour les **dénonciateurs anonymes**, la directive ne tranche pas la question de savoir si les autorités nationales doivent accepter ou non de tels signalements<sup>149</sup>. Le projet de loi n'apportera aucune précision à ce sujet et, à notre connaissance, il n'y a pas non plus de législation sur ce sujet. Chacune des autorités compétentes devra dès lors décider de la manière dont elle traite les dénonciations anonymes.

Par contre, lorsque le signalement ou la divulgation ont été faits de manière anonyme, mais que la personne est « identifiée par la suite et fait l'objet de représailles », elle bénéficie néanmoins de la protection<sup>150</sup>. Il appartient dans ce cas probablement au salarié d'établir que son identité a été révélée, ce qui implique la preuve qu'il est l'auteur de la dénonciation.

c) Charge de la preuve des conditions de la protection

Il faut admettre que la bonne foi est présumée. Il appartient probablement à l'employeur, qui justifie la mesure qu'il a prise, d'établir que le salarié n'avait pas de motifs raisonnables de croire en la véracité des informations dénoncées. Il ne s'agit ici pas de rapporter une véritable preuve, mais de convaincre le tribunal sur l'état d'esprit du dénonciateur.

Par contre, en cas de contestation, il appartient au lanceur d'alerte d'établir qu'il a procédé à un signalement ou à une divulgation publique<sup>151</sup>; il se peut cependant qu'une preuve *prima facie* soit suffisante, donc que le salarié avance des indices permettant de présumer qu'il a fait un signalement<sup>152</sup>. En matière de signalement interne ou externe, l'accusé de réception qui doit lui être remis facilitera

la tâche. La preuve sera cependant moins aisée dans deux cas :

- a) En cas de divulgation publique, lorsque le salarié a caché son identité, par exemple en s'adressant à la presse ou en utilisant les médias sociaux de façon anonyme ou sous pseudonyme. Il devra prouver qu'il est l'auteur de la publication, respectivement qu'il était la source du journaliste.
- b) En cas de divulgation interne dans une petite entreprise n'ayant pas de procédure formelle en place. Le salarié ne disposera donc pas d'accusé de réception, mais devra démontrer qu'il a dénoncé les faits à un supérieur hiérarchique. Si le signalement était oral, la preuve ne sera pas aisée.

## 2) Protection contre les représailles

Si des représailles sont exercées sans être découragées et restent impunies, elles ont un effet dissuasif sur les lanceurs d'alerte potentiels<sup>153</sup>. Pour cette raison, une protection forte contre les représailles sera instaurée.

### a) Notion de représailles

La protection s'étend à toute forme de représailles. Cette notion est définie de façon large pour couvrir « tout acte ou omission direct ou indirect qui intervient dans un contexte professionnel, est suscité par un signalement interne ou externe ou une divulgation publique, et qui cause ou peut causer un préjudice injustifié à l'auteur de signalement »<sup>154</sup>. La protection s'étend aussi aux menaces et tentatives de représailles<sup>155</sup>.

Un comportement qui intervient dans un contexte privé ne sera pas couvert par la loi. Si l'employeur, vexé du fait qu'il a été dénoncé par sa collaboratrice, rompt la liaison amoureuse qu'il entretenait avec elle, il ne s'agit pas de représailles couvertes par la loi ; on imagine de toute façon mal comment un tribunal pourrait annuler cette rupture.

À titre de liste exemplative et non limitative, reprise de la directive, le projet de loi énumère les actes suivants :

- 1) la suspension d'un contrat de travail, la mise à pied, le licenciement, le non-renouvellement ou la résiliation anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ou des mesures équivalentes ;

149. Art. 6 (2) de la directive.

150. Art. 4 (2) de la future loi ; art. 6 (3) de la directive.

151. Voy. notamment le considérant n° 90 de la directive.

152. Voy. en ce sens le considérant n° 93 de la directive et les commentaires du projet de loi, qui se lisent comme suit : « Par conséquent, une fois que l'auteur d'un signalement démontre à première vue qu'il a signalé des violations ou fait une divulgation publique conformément à la présente loi et qu'il a subi un préjudice, la charge de la preuve est transférée à la personne qui a

pris la mesure préjudiciable et c'est elle qui est alors tenue de démontrer que la mesure prise n'était en rien liée au signalement ou à la divulgation publique ».

153. Considérant n° 88 de la directive.

154. Art. 3 (11) de la future loi ; art. 5 (11) de la directive.

155. Art. 23 de la future loi ; art. 19 de la directive. Faite d'avoir été concrétisées, des menaces ou tentatives ne sauraient cependant être sanctionnées d'une nullité. Seuls des dommages-intérêts peuvent dès lors être alloués.

- 2) la rétrogradation ou le refus de promotion ;
- 3) le transfert de fonctions, le changement de lieu de travail, la réduction de salaire, la modification des horaires de travail ;
- 4) la suspension de la formation ;
- 5) les mesures disciplinaires imposées ou administrées, réprimande ou autre sanction, y compris une sanction financière ;
- 6) la non-conversion d'un contrat de travail temporaire en un contrat permanent, lorsque le salarié pouvait légitimement espérer se voir offrir un emploi permanent ;
- 7) la coercition, l'intimidation, le harcèlement ou l'ostracisme ;
- 8) la discrimination, le traitement désavantageux ou injuste ;
- 9) l'évaluation de performance ou l'attestation de travail négative ;
- 10) le « préjudice »<sup>156</sup>, y compris les atteintes à la réputation de la personne, en particulier sur les réseaux sociaux, ou les pertes financières, y compris la perte d'activité et la perte de revenu ;
- 11) la mise sur liste noire sur la base d'un accord formel ou informel à l'échelle sectorielle ou de la branche d'activité, pouvant impliquer que la personne ne trouvera pas d'emploi à l'avenir au niveau du secteur ou de la branche d'activité ;
- 12) la résiliation anticipée ou l'annulation d'un contrat pour des biens ou des services ;
- 13) l'annulation d'une licence ou d'un permis ;
- 14) l'orientation vers un traitement psychiatrique ou médical.

Cette liste est très extensive. Elle vise des sanctions disciplinaires dont un salarié ou fonctionnaire peut faire l'objet, mais aussi des mesures qui peuvent affecter des indépendants.

Dans la perspective du droit luxembourgeois, certains cas peuvent soulever des interrogations<sup>157</sup>. En particulier, le droit luxembourgeois ne connaît pas de principe de renouvellement obligatoire d'un contrat à durée déterminée<sup>158</sup> ni, en principe, de situation dans laquelle un salarié peut prétendre à la conversion de son contrat temporaire en contrat permanent.

#### b) Charge de la preuve

Chose assez inédite, surtout en droit du travail, le projet de loi instaure un renversement de la charge de la preuve<sup>159</sup>. Dans le commentaire des articles, nous lisons que la protection du lanceur d'alerte « serait limitée dans son efficacité si le lanceur d'alerte avait la charge de rapporter la preuve qu'il a fait l'objet de représailles »<sup>160</sup>. En réalité, il ne s'agit cependant pas d'un choix dont notre gouvernement peut se parer<sup>161</sup>, mais d'une solution imposée par la directive européenne<sup>162</sup>.

Ainsi, dans le cadre d'une procédure engagée devant une juridiction ou auprès d'une autorité compétente, et sous réserve que celui-ci établisse qu'il a effectué un signalement ou fait une divulgation publique et qu'il a subi un préjudice, il est présumé que le préjudice a été causé en représailles suite au signalement ou à la divulgation publique.

La présomption s'applique dans le cadre d'une procédure engagée :

- a) Devant une juridiction. La loi semble viser toutes les juridictions. Ainsi, les juridictions civiles pourront connaître des sanctions prises à l'encontre d'indépendants et les juridictions administratives de recours intentés par des fonctionnaires qui ont subi des sanctions. Le Tribunal du travail est compétent pour connaître des recours contre des mesures prises à l'égard d'un salarié. Il est moins clair si la présomption peut s'appliquer devant les juridictions pénales<sup>163</sup>.
  - b) Devant une autorité compétente. La question se pose toutefois dans quels cas l'une des 22 autorités administratives sera appelée à statuer sur la validité de mesures de représailles. Le seul cas que nous voyons est celui dans lequel une amende administrative est prononcée pour entrave ou tentative d'entrave à un signalement<sup>164</sup>.
- La présomption couvre deux aspects :
- a) Il est présumé que l'entreprise (employeur) avait connaissance du signalement et de l'identité de son auteur.
  - b) Il est présumé que la mesure a été prise en raison de ce signalement.

<sup>156</sup>. Il faut comprendre le fait de causer préjudice ; voy. les autres versions linguistiques de l'article 19 de la directive : « Schädigung (einschließlich Rufschädigung) », « harm, including to the person's reputation ».

<sup>157</sup>. Les auteurs du projet de loi la reprennent telle quelle parce qu'ils s'y sentent obligés ; projet de loi, p. 36 : « À noter que la liste des interdictions, sans être exhaustive, constitue cependant une énumération *a minima* qui doit figurer dans le dispositif normatif de transposition de la directive ».

<sup>158</sup>. Abstraction faite du contrat saisonnier.

<sup>159</sup>. Art. 26 (4) de la future loi.

<sup>160</sup>. Projet de loi, p. 37.

<sup>161</sup>. Rappelons que dans le cadre d'un projet de loi sur le harcèlement, qui est également en cours, le Ministre du travail a volontairement choisi de ne pas intégrer de renversement de la charge de la preuve, ni même d'allègement de la charge de la preuve.

<sup>162</sup>. Art. 21 (5) de la directive.

<sup>163</sup>. Le texte semble aussi s'appliquer aux juridictions pénales, mais dans ce domaine, les présomptions sont délicates à mettre en accord avec la présomption d'innocence. De toute manière les cas dans lesquels une juridiction pénale serait appelée à connaître de la validité d'une mesure de représailles dont la justification dépendrait du statut de lanceur d'alerte sont difficiles à imaginer. On pourrait songer au cas d'un délégué du personnel qui (en vertu d'une clause de flexibilité contenue dans son contrat) fait l'objet d'une mutation de son lieu de travail après avoir fait un signalement. Dans ce cas, il serait présumé que la mutation a eu lieu à titre de représailles en raison du signalement, de sorte que le délit d'entrave serait présumé établi et qu'il incomberait à l'employeur de se justifier.

<sup>164</sup>. On pourrait encore imaginer le cas dans lequel l'ITM est saisie d'une plainte contre une sanction disciplinaire prise par l'employeur.

Il n'est pas clair si l'employeur peut se défendre tout simplement en prouvant qu'il n'avait pas connaissance du signalement ou qu'il n'en connaissait pas l'auteur ; une telle preuve psychologique est difficile à apporter. La défense de l'employeur consistera plutôt à démontrer que la mesure prise trouve une autre justification et n'est donc pas liée au signalement. Il pourrait par exemple démontrer que le salarié a commis des fautes qui justifient son licenciement, ou prouver que non seulement le salarié mais toute une équipe ont vu leur lieu de travail ou leurs horaires modifiés.

L'employeur n'est dès lors pas privé de la faculté de prendre des décisions<sup>165</sup>, mais il lui incombe de se justifier.

- Délai pendant lequel la présomption peut être invoquée

La loi ne fixe aucun délai de validité à cette présomption. Autrement dit, elle ne précise pas pendant combien de temps, après le signalement ou la divulgation, il sera présumé que les mesures patronales sont liées à la dénonciation.

À notre sens, la jurisprudence devrait admettre qu'au-delà d'un certain délai, la présomption ne joue plus. À défaut, le salarié ayant fait un signalement serait protégé pour le restant de sa carrière.

- Portée pratique du renversement de la charge de la preuve

Dans la perspective du droit du travail, il ne faut cependant pas surestimer la portée de ce renversement de la charge de la preuve.

Tout d'abord, en effet, certaines preuves sont toujours à charge du salarié, à savoir :

- Comme nous l'avons vu, le salarié devra, toujours établir qu'il bénéficie de la protection, donc qu'il est l'auteur d'un signalement ou d'une divulgation.
- Le salarié devra à notre sens<sup>166</sup> également établir qu'il a fait l'objet d'une mesure négative à son égard. S'il s'agit d'une mesure officielle, telle qu'un licenciement, une rétrogradation ou un transfert, la preuve sera facile. Par contre, la pratique montre qu'il est difficile d'établir qu'on a fait l'objet de discriminations ou d'un

harcèlement. De même, il n'est pas forcément facile de démontrer qu'on a subi une évaluation négative ; celui qui a toujours été évalué « B » est-il évalué négativement s'il estime qu'il méritait cette fois un « A » ? Pour les attestations de travail, il y a tout un art de cacher des critiques derrière des formulations d'apparence positive.

En outre, dans de nombreux cas, la charge de la preuve repose de toute manière sur l'employeur. Tel est notamment le cas pour les mesures disciplinaires. En matière de licenciement, la charge de la preuve repose toujours sur l'employeur, qui devra démontrer que la résiliation repose sur de justes motifs<sup>167</sup>. Il en est de même en présence d'autres sanctions (avertissement, rétrogradation, réduction de salaire), même si celles-ci sont rarement attaquées en justice.

Dans d'autres cas, la question de savoir si la mesure est une mesure de représailles en raison d'un signalement n'a qu'une importance secondaire. En effet, des mesures telles que des discriminations, intimidations ou harcèlements sont en soi illégales, peu importe si elles interviennent à la suite d'un signalement ou non.

La présomption conserve cependant un intérêt pour d'autres mesures, telles que des mutations géographiques ou des transferts de fonctions. De telles mesures seront réputées prises à titre de représailles (et donc nulles), sauf si l'employeur parvient à établir le contraire. Il ne pourra notamment pas se réfugier derrière des clauses de flexibilité qui l'autorisent à modifier unilatéralement le lieu de travail ou les tâches attribuées.

### c) Sanction en cas de représailles injustifiées

Des représailles injustifiées prises par l'employeur (ou l'entrepreneur) peuvent être sanctionnées sur différents plans :

- Sur le plan pénal, le projet de loi ne crée pas d'infraction. Dans des cas exceptionnels, une qualification pénale est cependant envisageable. Par exemple, si un délégué se faisait sanctionner pour avoir donné l'alerte, il y a délit d'entrave.
- Sur le plan administratif, on peut éventuellement considérer<sup>168</sup> que le fait de sanctionner un lanceur d'alerte constitue une « entrave au signalement » et peut ainsi donner lieu à une amende jusqu'à 250.000 euros.

165. Considérant n° 44 de la directive : « La présente directive ne devrait cependant pas empêcher les employeurs de prendre des décisions en matière d'emploi qui ne sont pas suscitées par le signalement ou la divulgation publique ».

166. Les auteurs du projet de loi déclarent, p. 37 : « La protection instaurée par les dispositions précédentes serait limitée dans son efficacité si le lanceur d'alerte avait la charge de rapporter la preuve qu'il a fait l'objet de représailles ». On ne peut cependant aller jusqu'à admettre qu'il y a une présomption que le salarié qui agit en justice a fait l'objet de représailles. Il doit prouver qu'il a fait l'objet d'un traitement défavorable ; il est ensuite présumé qu'il est lié au signalement.

167. Il en serait autrement en cas de licenciement durant la période d'essai. En principe, l'employeur ne doit pas justifier sa décision. À l'égard d'un lanceur d'alerte, il devrait cependant démontrer que sa décision de mettre fin à l'essai ne constitue pas des représailles.

168. Vu que le signalement est fait, il ne peut plus être entravé. Dans une interprétation large, on peut cependant considérer qu'il y a dissuasion/entrave pour ce salarié et pour d'autres de procéder à de futurs signalements, respectivement de passer d'un signalement interne vers un signalement externe ou d'entamer la voie d'une dénonciation publique.

c) Sur le plan civil, qui nous intéressera par la suite, la sanction des représailles injustifiées peut passer par la nullité de la décision prise et/ou par l'octroi de dommages-intérêts.

La directive prévoit encore que les États membres doivent mettre en place des mesures provisoires<sup>169</sup>, dans l'attente de l'issue de la procédure judiciaire, ces mesures revêtant une « importance particulière » pour les auteurs de signalements<sup>170</sup>. Le projet de loi n'envisage cependant pas de mettre en place de telles mesures<sup>171</sup>.

- Nullité des mesures de représailles

Certaines des mesures énumérées (points 1 à 6, 9, 12 et 13<sup>172</sup>) sont « nulles de plein droit » s'il s'agit de représailles (donc s'il n'a pas été démontré qu'il ne s'agit pas de représailles). Il en est éventuellement de même de toutes clauses qui, anticipativement, cherchent à élucider la protection<sup>173</sup>.

Cette nullité ne pose pas de problèmes particuliers pour des mesures telles qu'un licenciement<sup>174</sup>, une rétrogradation, un transfert de fonction, un changement de lieu de travail, une réduction de salaire, une suspension de la formation. Il en est de même pour l'annulation d'un contrat conclu avec un indépendant (point 12) ou l'annulation d'une licence (point 13)<sup>175</sup>. Le but est en effet de permettre une réintégration du lanceur d'alerte dans son ancien statut, puisqu'une simple indemnisation financière à titre de sanction pourrait avoir un effet dissuasif sur les futurs lanceurs d'alerte<sup>176</sup>.

Il est cependant conceptuellement plus difficile de concevoir en quoi pourrait consister la nullité d'un refus de promotion (implique-t-elle la promotion ?), d'une évaluation de performance négative (implique-t-elle une évaluation au maximum ?), d'une attestation de travail négative (implique-t-elle la remise d'une attestation élogieuse) ou d'une mise sur liste noire informelle<sup>177</sup>.

La nullité de « plein droit » est un concept que le Code du travail utilise occasionnellement, mais dont le régime

n'est pas tout à fait clair. Une telle nullité opère en principe d'office et automatiquement, sans que le juge ne doive la constater.

Or la personne « concernée »<sup>178</sup> qui veut invoquer la nullité doit la demander « dans les quinze jours qui suivent la notification de la mesure, par simple requête à la juridiction compétente de constater la nullité de la mesure et d'en ordonner la cessation ». Passé ce délai, elle peut réclamer des dommages-intérêts. Autant dire qu'il ne s'agit pas d'une nullité « de plein droit ».

Ce recours devrait s'ajouter aux autres recours d'ores et déjà offerts par notre législation, et en particulier par le droit du travail. Le salarié réprimandé pourra donc toujours agir endéans les trois mois en licenciement abusif ou réclamer pendant la prescription triennale une réduction de salaire injustifiée.

Le texte vise toutes les « juridictions ». La saisine par voie de requête est l'exception pour la plupart des juridictions. Elle sera désormais ouverte tant devant le tribunal administratif (pour les fonctionnaires) que devant les juridictions civiles (pour les indépendants).

Pour le tribunal du travail, la requête est la voie de saisine normale. On observera toutefois que, dans des cas similaires, ce type de demandes de nullité est à présenter « au président de la juridiction du travail qui statue d'urgence »<sup>179</sup>. En l'absence de mention explicite, le lanceur d'alerte devrait cependant saisir le Tribunal du travail dans sa composition collégiale, et selon la procédure ordinaire et non urgente.

- Dommages-intérêts

Si la nullité n'est pas demandée, une action en dommages-intérêts reste ouverte<sup>180</sup>. Même en l'absence de précision dans le texte, cette action devrait d'office être possible pour les mesures pour lesquelles aucune nullité ne peut être demandée.

169. Art. 21 (6) de la directive.

170. Considérant n° 96 de la directive.

171. Les travaux parlementaires ne précisent pas non plus si les auteurs du projet de loi considèrent que les procédures de droit commun en place (p.ex. les référés) sont suffisantes pour satisfaire aux exigences européennes.

172. On se demande pourquoi l'orientation vers un traitement psychiatrique ne peut pas être annulée.

173. Dans l'esprit des auteurs du projet de loi, la nullité couvre aussi toutes clauses antérieures, par exemple celles qui limiteraient préventivement l'application de la loi. Nous n'avons cependant pas trouvé le reflet de ceci dans le texte proposé. Projet de loi, p. 37 : « La loi sanctionne ainsi de nullité de plein droit non seulement des mesures prises unilatéralement, mais aussi des stipulations contractuelles sanctionnant des représailles sous le couvert d'accord ou tendant à limiter préventivement la protection de la loi ».

174. Projet de loi, p. 37 : « La personne dispose par ailleurs d'une action pour le maintien ou le cas échéant pour la réintégration dans l'entité ». Il est exact

que l'annulation du licenciement implique en principe la réintégration dans l'entreprise. Le texte proposé ne le dit cependant pas aussi clairement que le commentaire des articles le laisse entendre.

175. La nullité de l'annulation fait revivre la licence ou le permis.

176. Considérant n° 96 de la directive.

177. Il ne s'agit pas d'un acte juridique susceptible d'annulation.

178. Il s'agit ici de la personne concernée par les représailles. Il faudrait envisager de changer le texte, puisque l'article 310° du projet de loi définit la « personne concernée » comme étant celle qui est mentionnée dans le signalement ou la divulgation.

179. Cela semble aussi avoir été à la base l'idée des auteurs du projet de loi, mais cela n'a pas été repris explicitement. En effet, dans le cadre du présent projet, ce ne sont pas seulement les juridictions du travail qui sont concernées. Projet de loi, p. 37 : la procédure est « inspirée de celle mise en place dans le cadre de la loi du 13 février 2011 sur la lutte contre la corruption ».

180. Art. 26 (3) de la future loi.

Les dommages-intérêts peuvent couvrir notamment des pertes financières actuelles et futures, par exemple pour les pertes de salaires antérieurs, mais aussi les pertes de revenus futurs, et des coûts liés à un changement de profession, ainsi que l'indemnisation d'autres préjudices économiques, tels que les frais de justice et les frais médicaux, tout comme le préjudice immatériel (moral) tel que douleur et souffrances<sup>181</sup>.

### 3) Exclusion de la responsabilité

La responsabilité tant pénale que civile du lanceur d'alerte est exclue, respectivement limitée, tant en ce qui concerne l'obtention que la révélation de l'information. Il s'agit donc notamment d'une exception de plus aux règles sur le secret professionnel<sup>182</sup>.

Malgré la définition proposée<sup>183</sup>, la portée du terme « information » n'est pas claire. À notre sens, il s'agit à la fois de renseignements et de documents venant confirmer ces renseignements. Il s'agit donc d'analyser à la fois la responsabilité encourue pour avoir pris connaissance d'informations (par exemple l'écoute d'une conversation) que pour avoir rassemblé des preuves et des documents (par exemple la réalisation de copies, l'enregistrement d'une conversation).

#### a) Limitation à ce qui est « nécessaire »

Pour tout acte qui n'est pas lié au signalement et à la divulgation, et pour tout ce qui n'est pas « nécessaire », la responsabilité reste entière<sup>184</sup>.

En effet, la limitation de responsabilité ne joue que si la personne a eu « des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation publique de telles informations était *nécessaire* pour révéler une violation » en vertu de la future loi<sup>185</sup>.

Il n'est pas tout à fait clair s'il faut que la nécessité soit objectivement et subjectivement donnée<sup>186</sup> ou si seul l'état d'esprit subjectif entre en ligne de compte<sup>187</sup>.

Il peut dès lors y avoir des situations dans lesquelles le dénonciateur était de bonne foi quant à la véracité de la violation qu'il dénonce, mais a révélé (de mauvaise foi) des documents qui n'auraient pas été nécessaires. Il pourrait en être ainsi par exemple de celui qui veut dénoncer une fraude bancaire, mais fournit à l'autorité des listings incluant des personnes non concernées.

La révélation n'est pas non plus nécessaire si le problème a été résolu. Si le signalement interne a porté ses fruits, un signalement à l'autorité ne se justifie plus. Si le contact avec l'autorité compétente a permis de mettre fin à la violation de la loi, celui qui en informe malgré tout la presse ne sera pas protégé comme lanceur d'alerte au sens de la future loi.

#### b) Responsabilité liée à la révélation de l'information

La personne concernée ne peut encourir aucune responsabilité « d'aucune sorte » et elle n'est pas considérée comme ayant enfreint une restriction à la divulgation d'informations du fait du signalement ou de la divulgation publique.

- a) Sur le plan de la responsabilité disciplinaire, aucune sanction ne peut dès lors être prise. Ce volet est couvert par la protection contre les représailles.
- b) Sur le plan de la responsabilité civile, il n'est pas possible de réclamer des dommages-intérêts, par exemple pour le préjudice causé à l'image, la perte de revenus ou de clients, ou encore le préjudice moral. Il ne devrait pas non plus être possible d'obtenir des injonctions, par exemple en cessation de la divulgation ou en retrait d'informations d'internet ou des médias sociaux.
- c) Des clauses de confidentialité dans le contrat de travail ou dans d'autres contrats ne peuvent être invoquées.
- d) Sur le plan de la responsabilité pénale, aucune infraction ne peut être retenue à charge du lanceur d'alerte du fait de sa révélation. Il ne peut notamment pas se faire reprocher les infractions de violation du secret (secret professionnel, secret d'affaires) ou de dénonciation calomnieuse.

181. Considérant n° 94 de la directive.

182. Voy. aussi en ce sens le projet de loi, p. 25 : « elle ne fait qu'ajouter à des dispositions d'atténuation du secret professionnel existantes, comme par exemple l'inopposabilité de ce dernier à la CSSF en matière de surveillance prudentielle ou en cas de soupçon de blanchiment ou de financement du terrorisme ».

183. « Les informations sur des violations » sont définies comme étant des « informations, y compris des soupçons raisonnables, concernant des violations effectives ou potentielles, qui se sont produites ou sont très susceptibles de se produire dans l'organisation dans laquelle l'auteur de signalement travaille ou a travaillé ou dans une autre organisation avec laquelle l'auteur de signalement est ou a été en contact dans le cadre de son travail, et concernant des tentatives de dissimulation de telles violations ».

184. Art. 27 (3) de la future loi ; art. 21 (4) de la directive.

185. La protection de la loi dans sa généralité exige ainsi des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient

« véridiques ». Le privilège de responsabilité exige des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation des informations était « nécessaire ».

186. Donc qu'il faut que la révélation soit effectivement nécessaire et qu'en outre le dénonciateur ait été de bonne foi quant à cette nécessité. La combinaison des paragraphes (1) et (3) de l'article 27 pourrait faire conclure en ce sens. De même, selon le considérant n° 91 de la directive, la protection ne devrait pas s'étendre aux informations superflues que la personne a révélées sans avoir de motifs raisonnables.

187. Donc simplement si la personne pouvait croire que la révélation était nécessaire, peu importe si elle l'était effectivement. Ce qui serait plus conforme à l'approche globale du projet de loi. En tout état de cause, il faut à notre sens couvrir les cas dans lesquels la personne ne pouvait pas savoir que la révélation n'était pas nécessaire, par exemple parce que l'autorité compétente disposait déjà de certaines informations.

e) Sur le plan de la responsabilité administrative, aucune sanction administrative, telle une amende administrative ne peut être prononcée.

Rappelons cependant que certains secrets restent opposables (secret défense, secret d'instruction, secret professionnel de l'avocat).

#### c) Responsabilité liée à l'obtention de l'information

Le projet de loi, qui ne fait que refléter la directive<sup>188</sup>, est plus nuancé en ce qui concerne l'obtention des infractions qui sont signalées ou divulguées ainsi que l'accès à ces informations.

L'exclusion de responsabilité ne joue que si cette obtention ou cet accès ne constitue pas une « infraction pénale autonome ». Cette dernière notion n'est pas tout à fait claire<sup>189</sup>. Il convient tout d'abord de rappeler que la future loi ne s'applique qu'aux personnes qui ont « obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel », ce qui n'inclut pas forcément celles qui « sont allées chercher » des informations (et documents). Ne semblent donc couvertes que les informations obtenues dans le cadre normal de l'exercice professionnel. La loi ne donnera pas carte blanche aux salariés pour mener des investigations au sein des entreprises.

Néanmoins, la directive européenne considère que sont couverts tous les documents auxquels les personnes ont accès de façon licite, mais aussi les cas dans lesquels ils font des copies de tels documents ou les emportent hors des locaux de l'organisation dans laquelle ils sont employés, en violation de clauses contractuelles. L'immunité devrait jouer lorsque la responsabilité encourue n'est que civile, administrative ou disciplinaire (droit du travail)<sup>190</sup>. Il devrait y avoir irresponsabilité notamment lorsque le salarié a consulté les courriers électroniques d'un collègue ou des dossiers qu'il n'utilise normalement pas dans le cadre de son travail, en photographiant les locaux ou en accédant à des lieux auxquels il n'a normalement pas accès. Une infraction pénale autonome par contre serait notamment donnée en cas d'atteinte physique aux droits de propriété ou en cas de piratage informatique.

Or certains des faits que la directive considère comme ne relevant pas du domaine pénal (par exemple consulter les emails d'un collègue ou emporter des documents chez

soi) sont susceptibles d'être qualifiés de délit au sens du droit luxembourgeois.

L'obtention d'informations peut en effet dans de nombreux cas constituer une infraction :

- a) Un cel frauduleux<sup>191</sup> peut être donné si on conserve des documents obtenus par hasard, par exemple un courrier égaré.
- b) Un recel<sup>192</sup> peut être donné si on appréhende ou utilise un objet, tel un document, dont on connaît l'origine délictueuse ou criminelle. Tel serait le cas d'un collègue qui remet un document auquel il n'a pas pu y avoir accès légalement.
- c) Un vol est commis en cas de soustraction d'un document. Le fait pour un salarié de saisir temporairement un classeur pour effectuer des copies non autorisées ne constitue pas nécessairement un vol<sup>193</sup>.
- d) Il peut y avoir destruction volontaire (ou bris de clôture) lorsqu'il faut forcer des armoires ou portes pour accéder aux documents ou aux informations. Ces faits peuvent aussi dégénérer en vol avec effraction.
- e) Le fait de se procurer un accès illégitime à des données informatiques constitue un accès frauduleux à un système de traitement d'information. Selon un certain courant jurisprudentiel, tel est également le cas lorsqu'une personne abuse d'un accès légitime pour accéder à des données auxquelles elle n'est pas censée accéder<sup>194</sup>.
- f) Le fait de filmer ou d'enregistrer des événements peut, selon le contexte, être pénalement répréhensible.
- g) Une escroquerie<sup>195</sup> peut être donnée si la remise de documents est obtenue au moyen de manœuvres frauduleuses pour induire en erreur, par exemple en utilisant une fausse qualité.

Certaines de ces infractions, telles que le vol ou le recel, peuvent également porter sur des documents et données informatiques<sup>196</sup>.

Il nous semble que, dans toutes ces situations, il y a une infraction autonome consommée pour obtenir les informations ou accéder aux informations.

Par conséquent, la future loi ne jouera pas de sorte que non seulement la responsabilité pénale, mais également la responsabilité civile<sup>197</sup> pourra être engagée pour ces faits.

Néanmoins, comme en a témoigné l'affaire LuxLeaks, de telles infractions peuvent malgré tout être justifiées si le

188. Art. 27 (2) de la future loi ; art. 21 (3) de la directive.

189. Les auteurs du projet de loi font une interprétation originale et surprenante de ce concept en se référant à une « infraction pénale autonome, c'est-à-dire qui n'est pas en lien avec l'obtention des informations » (projet de loi, p. 39). Or c'est précisément l'obtention des informations qui est censée être l'infraction. Il est difficile de voir quel autre cas serait visé.

190. Considérant n° 92 de la directive.

191. Art. 508 du Code pénal.

192. Art. 505 du Code pénal.

193. CSJ corr., 19 février 2013, 97/13 V.

194. Voy. à ce sujet J.-L. PUTZ, *Cybercriminalité : criminalité informatique en droit luxembourgeois*, Windhof, Larcier Luxembourg, 2019, n° 412.

195. Art. 496 du Code pénal.

196. Voir à ce sujet J.-L. PUTZ, *Cybercriminalité...*, op. cit., p. 98 et s.

197. Il ne sera cependant pas aisé de distinguer entre le préjudice lié à l'obtention délictueuse des informations et celui causé par leur divulgation. L'obtention en tant que telle ne cause que rarement un préjudice important.

lanceur d'alerte a agi de bonne foi et dans l'intérêt désintéressé de révéler une information d'intérêt. La protection conférée par la ConvEDH vient en effet s'ajouter à celle introduite par la future loi.

Ne pas accorder d'immunité pour l'obtention d'informations par des voies pas tout à fait légales risque d'être un fort obstacle pour les lanceurs d'alerte. En effet, s'ils ont connaissance de faits répréhensibles qui méritent dénonciation, mais sans pouvoir produire de pièces à l'appui, ils ne pourront pas démontrer qu'ils avaient des « motifs raisonnables » de croire en leur véracité. Leur statut se trouve ainsi fragilisé.

#### d) Mise en œuvre de l'exemption de responsabilité

Il est précisé que, dans le cadre des procédures judiciaires<sup>198</sup>, les personnes protégées<sup>199</sup> « ont le droit d'invoquer ce signalement ou cette divulgation publique pour demander l'abandon de la procédure ».

Le terme « abandon de la procédure » est inconnu dans nos règles de procédure. S'agirait-il dès lors d'une cause d'irrecevabilité des poursuites civiles et pénales, plutôt que d'une question conduisant au rejet de la demande au fond, respectivement à l'acquiescement au pénal<sup>200</sup> ?

## V. LE LANCEUR D'ALERTE NON COUVERT PAR LA LOI

Le projet de loi s'est donné pour objectif de donner un cadre cohérent aux dénonciations tout en s'inspirant de la jurisprudence de la Cour eur. D.H. Cela ne signifie cependant pas que le cadre de la future loi sera exhaustif. Mis à part quelques régimes de protection spécifique contre les représailles, on pourra prendre appui sur la jurisprudence en matière de droits de l'homme.

Pour cette raison, nous sommes d'avis que la future loi ne pourra jamais être interprétée dans un sens négatif. Elle accorde une protection sous certaines conditions. Si ces conditions ne sont pas réunies, cela ne signifie cependant pas automatiquement que le comportement était fautif et peut être sanctionné au civil, au pénal ou disciplinairement.

## A. Cas envisageables

Une absence de protection par la future loi se conçoit essentiellement dans les cas suivants :

a) Lorsque la personne ne tombe pas dans le **champ d'application personnel** de la loi. Ceci n'implique pas qu'elle ne bénéficie d'aucune protection et qu'elle ne peut pas exercer sa liberté d'expression. On pourrait par exemple imaginer une personne parfaitement tierce par rapport à une entreprise, qui par hasard prend connaissance d'une information importante et qui décide de la révéler aux autorités ou à la presse. Il ne s'agira ni d'un salarié, ni d'un indépendant, ni d'une des autres catégories de personnes protégées par la loi. Néanmoins, elle pourra invoquer la jurisprudence strasbourgeoise pour défendre son acte, lorsque sa responsabilité civile ou pénale est recherchée.

Il pourrait s'agir du retraité qui reçoit par erreur un e-mail d'une entreprise contenant des informations documentant une entente sur les prix et qui décide de les faire suivre à son ami journaliste. S'il est attaqué, par exemple pour recel, il pourra plaider le statut du lanceur d'alerte même s'il n'est pas couvert par la future loi.

b) Lorsque l'information ne tombe pas dans le **champ d'application matériel** du projet de loi. Deux situations peuvent se présenter :

- L'information n'a pas été obtenue dans un contexte professionnel. Même si la loi ne s'applique pas, la protection du lanceur d'alerte peut être reconnue.

- L'information ne concerne pas une illicéité (contrairement à la loi). Nous rappelons l'exemple de l'affaire LuxLeaks qui de ce fait ne serait pas tombée sous le coup de la loi, mais dans laquelle le statut du lanceur d'alerte a été admise et a conduit à l'acquiescement.

c) Lorsque l'information a été adressée à une **autorité autre** que celles énumérées, la loi ne jouera pas. Néanmoins, le comportement peut être justifié sur base du régime plus général du lanceur d'alerte. Tel pourrait être le cas du délégué du personnel qui dénonce au médecin du travail que l'employeur ne procède pas aux examens d'embauche.

d) Lorsque la personne n'a pas respecté la **hiérarchie des signalements** et ne peut donc justifier pourquoi elle est immédiatement passée au signalement externe ou à la divulgation publique. Un salarié qui s'adresse à l'Inspection du travail pour dénoncer un harcèlement d'un collègue de travail, mais qui n'explique pas pourquoi il a craint des représailles ou ne pouvait espérer que le problème soit solutionné en interne, ne sera probablement pas couvert par la future loi. Sa démarche n'est cepen-

198. À titre de liste non limitative, directive et projet de loi énumèrent les procédures « pour diffamation, violation du droit d'auteur, violation du secret, violation des règles en matière de protection des données ou divulgation de secrets d'affaires, ou pour des demandes d'indemnisation fondées sur le droit privé, le droit public ou le droit collectif du travail ». Pourquoi seul le droit du travail collectif et non le droit du travail individuel est visé échappe à toute logique. Dans la version allemande de la directive, il est question de « arbeitsrechtlicher Gerichtsverfahren » en général.

199. Cet article énonce à nouveau la condition « qu'elles aient eu des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation publique était nécessaire pour révéler une violation en vertu de la présente loi ».

200. La version allemande de la directive plaide plutôt pour une appréciation au fond. Elle vise une « Abweisung der Klage » (voy. § 597 ZPO).

dant pas pour autant fautive ni sujette à sanction<sup>201</sup>. Il ne bénéficiera cependant pas du renversement de la charge de la preuve.

e) Lorsque la personne n'avait, au moment du signalement, pas de motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques. Il s'agit en somme du lanceur d'alerte qui n'est pas de bonne foi et pour lequel on peut donc admettre qu'il est de **mauvaise foi** (ou du moins insouciant et inconscient). Ce cas sera traité à part, ci-après, puisque le statut de lanceur d'alerte ne peut lui être reconnu, ni en vertu de la future loi, ni sur un fondement jurisprudentiel.

## B. Sanction du signalement fait de mauvaise foi

Le signalement ou la divulgation ne sont pas protégés si la personne n'avait au moment du signalement (ou de la divulgation publique) pas de motifs raisonnables de croire que les informations étaient véridiques. Outre le fait qu'elles ne sont pas protégées, ces personnes sont à leur tour susceptibles d'être sanctionnées. En effet, il importe de les sanctionner pour prévenir d'autres signalements malveillants et pour préserver la crédibilité du système<sup>202</sup>.

L'hypothèse, rarissime en pratique, dans laquelle les informations étaient malgré tout véridiques, ne connaît pas de réponse claire dans la future loi. Si la protection du lanceur d'alerte ne s'appliquera pas, il serait cependant difficile d'engager la responsabilité civile ou pénale.

Plus réaliste est la situation dans laquelle la personne a dénoncé des faits de mauvaise foi et où ces faits sont effectivement inexacts. Elle encourt des conséquences sur différents plans.

### 1) Sur le plan pénal

Le projet de loi prévoit dans son article 27 (5) que l'auteur d'un signalement qui a « sciemment signalé ou divulgué publiquement de fausses informations »<sup>203</sup>, « pourra »<sup>204</sup> se voir infliger une peine d'emprisonnement de 3 jours à 3 mois de « prison »<sup>205</sup> et une amende de 1.500 euros à 50.000 euros.

En cas de **signalement externe ou interne**, cette infraction se trouvera fréquemment en concours avec la dénonciation calomnieuse. En effet, l'article 445 du Code pénal punit d'un emprisonnement de 15 jours à 6 mois et d'une amende de 251 à 10.000 euros celui qui aura fait par écrit à l'autorité une dénonciation calomnieuse ou diffamatoire. Si tel est le cas, cette infraction l'emportera en raison de la peine d'emprisonnement supérieure.

Néanmoins, il y a un certain nombre de différences entre les deux infractions :

- La dénonciation calomnieuse ne vise que les déclarations écrites ; en cas de signalement oral, elle ne joue donc éventuellement<sup>206</sup> pas.
- La dénonciation calomnieuse vise de nombreuses autorités<sup>207</sup>, et par ailleurs également l'employeur<sup>208</sup> (donc le signalement interne), tandis que le nouvel article se limite aux autorités énumérées.
- Au niveau de l'élément moral, la dénonciation calomnieuse exige une intention méchante<sup>209</sup>, ce qui est plus exigeant qu'un simple dol général (« sciemment »). Un concours est également concevable avec l'infraction de fausse alerte, qui couvre le cas dans lequel une personne, par paroles ou par écrit, aura fait l'annonce d'un danger qu'il sait inexistant, ayant entraîné directement ou indirectement l'intervention de la force publique ou d'un service public<sup>210</sup>.

En cas de **divulgation publique**, le mensonge sur une violation de la loi sera dès lors désormais incriminé. En particulier si des personnes spécifiques sont visées, cette infraction pourra être en concours avec l'injure, la calomnie ou la diffamation. Au-delà toutefois, il sera désormais punissable de mettre à disposition dans la sphère publique d'informations sur des actes ou omissions illicites. Dans un contexte politique marqué par les discussions sur les *fake news*, ce choix du législateur luxembourgeois aurait mérité d'être justifié dans les travaux parlementaires, qui restent cependant muets<sup>211</sup>. Même s'il faut désapprouver la désinformation volontaire, une incrimination aussi générale constitue cependant une forte restriction de la liberté d'expression. Le tribunal deviendra juge de la vérité.

Une question que la jurisprudence devra trancher est de savoir si le terme « sciemment » couvre le dol éventuel, donc s'il suffit que l'auteur de la publication ait envisagé que son contenu était inexact.

201. Un cadre législatif spécifique couvre par ailleurs la dénonciation de faits de harcèlement.

202. Considérant n° 102 de la directive.

203. Le libellé de l'infraction est textuellement repris de l'article 23 (2) de la directive.

204. L'utilisation du conditionnel et du verbe « pouvoir » est rare en matière pénale. En matière de banqueroute simple, le terme « pourra » (art. 574 du Code de commerce) est interprété comme donnant à la juridiction la liberté de ne pas condamner même si l'infraction est établie. À l'article 34 du Code pénal, régissant la responsabilité des personnes morales, le terme « peut » est interprété comme ne donnant aucune marge d'appréciation aux juges du fond, ce terme n'étant que le reflet de l'opportunité des poursuites du ministère public (CSJ, corr., 3 novembre 2021, n° 345/21 X). Dans l'incertitude, mieux vaut éviter le verbe en question.

205. Il s'agit d'une répétition inutile et inhabituelle en droit pénal, le terme « emprisonnement » visant la prison.

206. D'après la future loi, les autorités sont cependant censées transcrire les déclarations orales, donc confectionner un écrit. Or il a été décidé qu'il y a écrit du simple fait que la plainte exposée oralement a été actée par le policier ; CSJ, corr., 27 octobre 2015, 439/15 V. Voy. cependant pour de simples déclarations orales rapportées à la police : CSJ, Ch.c.C., 9 décembre 2016, 1048/16.

207. Il faut que ce soit une autorité qui expose la personne à une sanction pénale, disciplinaire ou administrative ; CSJ, corr., 29 mars 2011, n° 171/11 V.

208. CSJ, corr., 12 janvier 2010, n° 4/10 V.

209. CSJ, corr., 17 décembre 2008, n° 534/08 X.

210. Art. 319 du Code pénal.

211. Il s'agit certes dans une certaine mesure d'une transposition de la directive, mais il faut rappeler que celle-ci n'a qu'un champ d'application très restreint.

Rappelons que les actions en responsabilité tant civile que pénale faites par la voie d'un média se prescrivent après trois mois<sup>212</sup>.

## 2) Sur le plan disciplinaire

Le projet de loi reste muet à ce sujet. Néanmoins, puisque le dénonciateur n'est pas protégé, l'employeur pourra faire usage de son pouvoir disciplinaire. Il lui incombera cependant en tout état de cause de démontrer que la faute commise est suffisamment grave pour justifier la sanction.

## 3) Sur le plan civil

D'après le futur article 27 (6), la responsabilité civile de l'auteur d'un faux signalement sera engagée. L'entité qui a subi des dommages peut demander réparation du préjudice subi devant la juridiction compétente.

Plus encore que la première phrase, la seconde énonce une évidence et n'apporte absolument rien. Cet article précise simplement que le faux signalement constitue une faute susceptible de donner lieu à réparation. Il paraît cependant un peu osé d'affirmer de façon générale que la responsabilité civile « sera engagée », tant les causes d'irresponsabilité et d'exemption qui pourraient être invoquées sont nombreuses.

---

212. À partir de la première mise à disposition du public ; Art. 70 de la loi du 8 juin 2004 sur la liberté d'expression dans les médias.