



Par Bernard Tézé,
associé, DS Avocats

Lanceurs d'alertes et «whistleblowing» en France et au Japon

Le 19 novembre dernier Carlos Ghosn est interpellé par les autorités japonaises et placé en détention provisoire à la suite d'une enquête interne de Nissan déclenchée semble-t-il six mois plus tôt. Les enquêteurs auraient obtenu le témoignage d'un «lanceur d'alerte» détenant des informations sur des irrégularités qui auraient été commises, en échange de la promesse d'une peine allégée selon une nouvelle procédure de «plea bargaining» introduite en juin 2018 au Japon. De son côté, la France a introduit par l'article 22 de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 la «convention judiciaire d'intérêt public», transaction pénale, a reçu sa première application le 14 novembre 2017 avec une convention homologuée entre le parquet national financier et HSBC Suisse pour un montant de 300 millions d'euros sur des faits de blanchiment de fraude fiscale. Cette actualité conduit à s'interroger sur le «whistleblowing» à la française et à la japonaise, deux ans après la loi Sapin II.

Nissan n'est certes pas la première entreprise à faire face à un scandale financier au Japon. Olympus par exemple avait dissimulé des pertes d'environ 1,5 milliard de dollars durant une vingtaine d'années au sein d'une coquille vide et ce n'est qu'en 2011, lorsque Michael Woodford, britannique, fut désigné président du groupe que la fraude comptable a été découverte. Démis de ses fonctions alors qu'il souhaitait révéler cette fraude, Michael Woodford est devenu le premier PDG à lancer l'alerte à propos de son propre groupe... Plus récemment, les pertes considérables de Toshiba également dissimulées suite à l'acquisition malheureuse de Westinghouse aux Etats-Unis a défrayé la chronique même si aucune arrestation spectaculaire de dirigeant n'a eu lieu à ce stade. On se souvient aussi d'Enron, de Parmalate ou avant cela de la BCCI...

C'est à la suite de nombreuses affaires similaires au cours des années 1990-2000 que le Japon a adopté le whistleblower protection act (WPA) de 2004, entré en vigueur le 1^{er} avril 2006. La France qui a adopté plus de 10 ans plus tard la loi Sapin

II protégeant les lanceurs d'alerte, après diverses tentatives en matière sanitaire notamment suite aux scandales du sang contaminé ou de l'amiante et au Grenelle de l'environnement en 2007. Il ne s'agit pas vraiment d'une tradition française, ni japonaise, et cette tendance vient des Etats-Unis qui dès 1863 pendant la guerre de sécession ont adopté le «false claim act» qui récompensait les personnes qui dénonçaient les fraudes des sous-traitants de l'armée. La Grande-Bretagne avec le public interest disclosure act adoptait un statut du «whistleblower» dès 1998.

Ce type de procédure en France s'est longtemps heurté à des réticences liées notamment à la protection de la vie privée, illustrée par exemple par la législation très ancienne (1977!) sur la protection des données nominatives.

1. Les points essentiels du whistleblowing en France et au Japon

La loi Sapin II consacre son chapitre II (articles 6 à 16) à la protection des lanceurs d'alerte. L'article 6 de la loi dispose que :

«Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou

signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international [...], de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

Les faits, informations ou documents, [...] couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte [...].»

L'article 2 de la loi japonaise WPA précise quant à lui «l'expression "dénonciation" s'entend de toute déclaration faite par un travailleur [...], dans un but autre qu'obtenir des avantages illégaux ou causer des dommages à quelqu'un [...], au sujet de tout

acte assujéti à la dénonciation qui se produit ou est sur le point de se produire à l'égard de l'entité dans laquelle le travailleur travaille [...]» (y compris comme détaché ou consultant). Par actes assujétis à la dénonciation il faut entendre les informations relatives à des infractions pénales ou à des violations de la loi par un employeur dans le cadre de la législation stipulée par le WPA. Les deux lois sont relativement courtes : dix articles pour la française complétée par le décret du 19 avril 2017 entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018 et 11 pour la WPA japonaise. Elles portent principalement sur la mise en place de mécanismes de recueil des alertes et de protection des lanceurs d'alerte.

En France comme au Japon, un lanceur d'alerte peut (i) dénoncer des faits illégaux (ii) à diverses personnes ou organismes (qu'il s'agisse d'une dénonciation en interne ou d'une démarche auprès des autorités et organismes compétents), (iii) en bénéficiant d'une forme d'immunité salariale et disciplinaire.

Cependant, il existe des divergences entre les deux textes, pouvant s'expliquer par des traditions juridiques différentes.

2. Les écarts indéniables entre le whistleblowing en France et au Japon

Les deux lois diffèrent tout d'abord sur la définition du lanceur d'alerte.

En France, ce dernier doit révéler ou signaler les faits dont il a connaissance de manière «désintéressée», tandis que la loi japonaise insiste sur «l'absence d'objectif illégal». La dénonciation de Carlos Ghosn n'aurait peut-être pas été protégée par la loi Sapin II puisque le lanceur d'alerte a divulgué certaines informations aux autorités japonaises en échange d'une promesse de sanction moins lourde. Or, s'il n'est pas illégal de négocier sa peine, il ne s'agit là d'un acte désintéressé. La loi française paraît donc plus restrictive dans son champ d'application.

En revanche, une fois dans le champ d'application, la loi française paraît plus répressive avec un recours aux sanctions pénales. La loi Sapin II prévoit en son article 13 que :

«Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement (... soit) punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende».

L'article 9 protège strictement la confidentialité puisque «les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être

divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de celui-ci... Les éléments de nature à identifier la personne mise en cause ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte. Le fait de divulguer les éléments confidentiels (ci-dessus) est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.»

La loi Sapin II impose, enfin, à l'article 8, que toute entreprise

La loi Sapin II impose à l'article 8, que toute entreprise employant plus de 50 personnes instaure un dispositif de recueil des signalements alors que la loi japonaise n'impose pas de procédure.

employant plus de 50 personnes instaure un dispositif de recueil des signalements alors que la loi japonaise n'impose pas de procédure.

La loi japonaise est moins précise sur les modalités et vise essentiellement l'aspect social, tout en imposant, en son article 3, la sanction de la nullité du licenciement du lanceur d'alerte, ce que la loi française ne fait pas. Elle est, par ailleurs, plus complète dans la protection du salarié sur son lieu de travail puisqu'elle prévoit expressément l'interdiction d'un traitement défavorable du lanceur d'alerte (article 5 WPA).

Au niveau des mécanismes, la loi Sapin II impose au lanceur d'alerte de s'adresser dans un premier temps, «à son supérieur hiérarchique direct ou indirect, à son employeur ou à un référent désigné par celui-ci». Ce n'est qu'en l'absence de réaction dans un «délai raisonnable» que l'alerte peut être donnée «à l'autorité judiciaire administrative ou professionnelle» et, à défaut de traitement par ces dernières, «dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public». Au Japon, le WPA, en son article 2, prévoit simplement que le lanceur d'alerte peut s'adresser aux «organes administratifs», à l'entreprise, à l'entité désignée par cette dernière ou à «toute personne réputée nécessaire à prévention du dommage».

Enfin, une différence, qui n'apparaît pas directement dans la loi mais résulte de la pratique a été mise en lumière lors du colloque de la Société de Législation Comparée sur le thème de la Sphère privée en France et au Japon le 3 septembre 2015 à Paris, auquel j'ai eu l'honneur d'intervenir. Un employeur japonais, comme un employeur américain d'ailleurs, peut interdire toute utilisation personnelle de l'ordinateur de l'employé et prendre des sanctions disciplinaires pour usage inapproprié, ce qui est beaucoup plus délicat en France du fait de la protection de la vie privée du salarié. Le lanceur d'alerte est à la fois bénéficiaire en France de la protection traditionnelle de sa vie privée et vu avec une suspicion dès lors qu'il dénonce des comportements qui sortent de la sphère strictement financière et empiètent sur la vie privée de ses collègues.

Ces différences sont le reflet de deux traditions juridiques distinctes. L'une, japonaise, est fortement axée sur l'efficacité économique des lois. L'autre, française, privilégie la protection du salarié et de sa vie privée. ■