

L'informateur dans les institutions de l'Union européenne: l'oiseau est-il apprivoisé?

The author argues that the legal framework for EC whistleblowers put in place in 2004 is paving the way for a more sophisticated system. There are however at present important lacunae, which act as a disincentive to the obligation to report. This state of affairs could be remedied by clarifying concepts such as 'prejudice', defining 'qualifying disclosure' and introducing a 'prescribed regulator' acting as a third party and preserving the anonymity of the whistleblower, whenever this is requested. This would put whistleblowers on an equal footing with EC informants as far as anonymity is concerned.

L'informateur à l'intérieur des institutions ou organisations ne dispose pas de statut spécial dans tous les États membres¹. Dans certains d'entre eux, les «mécanismes internes de dénonciation», «dénonciations de dysfonctionnement» ou «dispositifs d'alerte» (*whistleblowing* en anglais²) ne sont ni entièrement reconnus ni encadrés juridiquement, tandis que dans d'autres, ce phénomène est bien réglementé³. Cependant, le mot «dénonciation» continue de revêtir une connotation émotive, malheureuse et de nature stigmatisante en français, qui incite peu à la protection juridique de cette activité. Clairement, le vocabulaire utilisé a des répercussions importantes. Dernièrement, la notion «d'alerte éthique», inspirée du *whistleblowing* américain à la suite de la loi Sarbanes-Oxley⁴, a ouvert de nouvelles pistes. En effet l'innovation américaine consiste en un dispositif anti-fraude reposant pour une large part sur la dénonciation. Cette dernière est réalisée par un salarié qui peut saisir, directement et de façon confidentielle, un responsable de l'organisation afin de révéler le phénomène de fraude. Notons qu'aux États-Unis ce procédé était, antérieurement à la loi Sarbanes-Oxley, déjà appliqué à la prévention de la corruption.⁵

Qu'on le veuille ou non, l'informateur dans le monde du travail est une source d'information pour les services d'enquête – au besoin de renforcer l'éthique dans le service public⁶ correspond une approche qui puisse à la fois encadrer et banaliser ce phénomène de transmission d'informations.

¹ Voir Communication du Vice-président M. Kinnock à la Commission (2004) «Comment renforcer l'application efficace des règles relatives à la dénonciation des dysfonctionnements et la protection des informateurs», 6 février 2004, SEC(2004) 151/2, page 1.

² Ce qui signifie littéralement «donner un coup de sifflet».

³ Voir par exemple aux Pays Bas le *Rijksambtenarenreglement*.

⁴ Cette loi impose aux sociétés cotées d'établir des procédures permettant aux employés de signaler des fraudes ou malversations comptables ou financières.

⁵ Voir rapport du Service Central de Prévention de la Corruption, rapport d'activités pour l'année 2003, chapitre VI, SCPC Paris, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/scpc2003.pdf

⁶ Voir rapport OCDE (2000) «Renforcer l'éthique dans le service public: les mesures des pays de l'OCDE».

Au niveau des institutions européennes, des précédents ont mené la Commission européenne à adopter quelques règles de base, dans le contexte des règles applicables au personnel des institutions européennes, c'est-à-dire du statut des fonctionnaires et agents des Communautés européennes. On peut se demander dans quelle mesure ces règles sont suffisantes, en premier lieu pour rassurer les informateurs potentiels, tout en les incitant à transmettre tout renseignement utile, et ensuite pour assurer un flux d'informations de bonne qualité vers les services d'enquête et disciplinaires qui sont appelés à s'en charger. Ces deux questions sont à la base de notre brève exploration du système réformé mis en place par la Commission européenne en 2004.

D'abord, il faut noter que le législateur européen n'a pas opté pour l'étiquetage du fonctionnaire en tant que «démonteur». Le fonctionnaire ou agent qui, à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, a connaissance de faits qui peuvent laisser présumer une activité illégale éventuelle, notamment une fraude ou une corruption, préjudiciable aux intérêts des Communautés, ou une conduite en rapport avec l'exercice de ses fonctions pouvant constituer un grave manquement aux obligations des fonctionnaires des Communautés, a un devoir d'informer selon les règles prévues par le statut. L'activité d'information fait donc partie de la panoplie des obligations incombant aux fonctionnaires et agents des Communautés européennes. À première vue, cette approche devrait contribuer à neutraliser la perception négative de cette activité. Encore faudrait-il que cette obligation (qui ne peut être imposée par la force et qui dépend de la bonne volonté des fonctionnaires et agents) soit adéquatement encadrée.

Devoir d'informer

L'activité d'information est encadrée depuis 2004 dans le statut des fonctionnaires et agents des Communautés européennes. Le premier paragraphe de l'article 22 *bis* du statut prévoit:

«Le fonctionnaire qui, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, a connaissance de faits qui peuvent laisser présumer une activité illégale éventuelle, notamment une fraude ou une corruption, préjudiciable aux intérêts des Communautés, ou une conduite en rapport avec l'exercice de ses fonctions pouvant constituer un grave manquement aux obligations des fonctionnaires des Communautés, en informe immédiatement son supérieur hiérarchique direct ou son directeur général ou encore, s'il le juge utile, le secrétaire général, ou toute personne de rang équivalent, ou directement l'Office européen de lutte antifraude.»

Cette obligation est aussi inscrite dans le standard de contrôle interne n° 14. Cela correspond en France à l'obligation faite à tous les fonctionnaires de dénoncer les infractions dont ils ont connaissance dans le cadre de leur activité, conformément aux dispositions de l'article 40 du Code de Procédure Pénale. S'agissant du secteur public, les autorités constituées, les officiers publics ou fonctionnaires (et par conséquent les magistrats eux-mêmes) sont tenus de «donner avis» donc de dénoncer au Procureur de la République les crimes et délits qui viendraient à leur connaissance. Cette obligation est inscrite de longue date dans la loi. Pour certains, la dénonciation directe au Procureur reste la meilleure façon de traiter la corruption interne. Pourtant, d'après le Service Central de la Prévention de la Corruption (SCPC) en France, dans tous les pays pratiquant ce système, un employé ayant dénoncé les pratiques illicites de sa hiérarchie n'est pas resté dans l'entreprise plus d'un an après avoir dénoncé les faits.

Dans le contexte des institutions européennes et des enquêtes internes conduites par l'OLAF, il faut noter que ce devoir d'informer a des effets pervers. L'obligation peut freiner la transmission d'information par des fonctionnaires ou agents témoins qui sont interrogés dans le cours d'une enquête interne, car cette transmission tardive pourrait être considérée un manquement à l'article 22bis du statut.⁷

La nature de l'information

Le statut des fonctionnaires des Communautés européennes précise que les informations doivent être données par écrit⁸. Cependant, il n'est pas clairement indiqué quel niveau d'information l'informateur doit transmettre pour être admis sous le régime de protection prévu par le statut et examiné ci-dessous. Le «niveau de révélation suffisante» (*qualifying disclosure*) n'est pas stipulé dans le statut. Cependant, ce dernier exclut les documents, pièces, rapports, notes ou informations, quel qu'en soit le support, détenus aux fins, créés ou communiqués au fonctionnaire dans le cadre du traitement d'une affaire juridictionnelle, pendante ou clôturée.

Il serait bon de définir les caractéristiques de l'information à communiquer: par exemple en excluant au moins les rumeurs. Cela permettrait d'éviter les informations calomnieuses et aussi, le cas échéant, les sollicitations répétées. Un fonctionnaire devrait satisfaire un «niveau de révélation suffisante» explicite pour bénéficier du régime de protection prévu par le statut; mais une clarification s'impose.

⁷ Commentaire d'un enquêteur de l'OLAF.

⁸ Deuxième alinéa du premier paragraphe de l'article 22 *bis* du statut.

Une deuxième question est de savoir si l'informateur doit étayer par des éléments de preuve les renseignements qu'il transmet. Le manuel des procédures du secrétariat général de la Commission donne quelques indications concernant la nature de l'information à transmettre:

«Les membres du personnel ne sont pas censés prouver l'existence d'un acte répréhensible; de plus, ils ne seront pas privés de la protection qui leur est due du simple fait que leurs inquiétudes s'avèrent inexactes, pour autant qu'ils n'aient pas été en mesure de le savoir. Toutefois, même si l'information fournie n'est pas dépourvue de substance, le fonctionnaire peut perdre la protection dont il bénéficie s'il se livre à des allégations abusives ou préjudiciables sans pouvoir prouver qu'elles sont sincères ou raisonnables.»

Il est donc délicat pour un informateur de s'assurer que l'information ne soit pas calomnieuse.

L'anonymat: une question épineuse

L'anonymat n'est pas prévu par le texte du statut. Cela doit être mis en contraste avec le traitement des informateurs en dehors des institutions européennes: une jurisprudence constante⁹ requiert le respect de l'anonymat par la Commission européenne.

Le *Public Interest Disclosure Act*¹⁰ du Royaume Uni prévoit un intermédiaire neutre (*prescribed regulator*), qui sert de filtre et peut transmettre l'information dans certains cas devenue anonyme à la personne habilitée à la recevoir. Ce système semble être populaire: en 1999/2000, les intermédiaires ont recensé 157 demandes et, en 2006/2007, le nombre de ces demandes s'élevait à 1 356 (avec 1 015 dossiers retenus pendant la même période). Pour l'OLAF, par contre, les règles ajoutées en 2004 au statut des fonctionnaires des Communautés européennes et introduisant un régime de protection pour les informateurs «de bonne foi» n'ont pas mené à un accroissement spectaculaire du nombre d'informateurs internes identifiables qui ont fourni des informations donnant lieu à des enquêtes. En effet, les rapports annuels de l'OLAF démontrent qu'en 2006, l'OLAF n'avait reçu aucun renseignement provenant d'un informateur. En 2008, l'OLAF a été contacté quatre fois. Le flux d'informations anonymes continue cependant d'être important.

⁹ Arrêt 145/83, Adams contre Commission, Rec. 1985, p. 3539, point 34; Arrêt C-94/00, Roquette Frères, Rec. 2002, p. I-9011, point 64; Arrêt T-53/03 du 8 juillet 2008, BPB plc contre Commission, point 36.

¹⁰ <http://www.paw.co.uk:pida:htm>

Un avis¹¹ intéressant, qui émane du groupe de travail «Article 29» sur la protection des données, traite des mécanismes internes de dénonciation et de l'anonymat. Cet avis suggère que la question de savoir si les dispositifs d'alerte professionnelle doivent permettre de faire des signalements anonymes plutôt qu'ouverts (c'est-à-dire une identification de l'auteur mais en respectant en tout cas la confidentialité) mérite une attention particulière. Il est argumenté que l'anonymat n'est peut-être pas toujours une bonne solution, que ce soit pour le dénonciateur ou l'organisation, pour un certain nombre de raisons:

- l'anonymat ne fait pas obstacle à ce que d'autres réussissent à deviner l'identité de la personne qui a soulevé le problème;
- il est plus difficile d'enquêter sur le problème si on ne peut pas poser de questions complémentaires;
- il est plus facile de protéger le dénonciateur contre les représailles en particulier si cette protection est prévue par la loi, si les problèmes sont soulevés ouvertement;
- les signalements anonymes peuvent conduire à une focalisation sur le dénonciateur, en soupçonnant peut-être chez lui une intention malveillante;
- l'organisation risque de développer une culture de signalements anonymes malveillants;
- le climat social dans l'organisation peut se détériorer si les employés savent que des signalements anonymes les concernant peuvent être faits par le biais de ce mécanisme à tout moment.

Le groupe de travail «Article 29» considère que les dispositifs d'alerte professionnelle devraient être conçus de manière à ne pas encourager la perception des signalements anonymes comme étant la règle habituelle. [...] une personne qui entend faire un signalement dans ce cadre doit savoir qu'elle ne subira pas de préjudice en raison de son action. C'est pourquoi il convient d'informer le dénonciateur, dès qu'il a recours au mécanisme, que son identité restera confidentielle à tous les stades du processus et en particulier ne sera pas divulguée à des tiers, que ce soit à la personne mise en cause ou à la hiérarchie de l'employé. Si, malgré ces informations, la personne ayant recours au mécanisme veut toujours rester anonyme, son signalement sera accepté¹².

Protection de l'informateur: trois cas de figure

¹¹ Avis 1/2006 relatif à l'application des règles de l'UE en matière de protection des données aux mécanismes internes de dénonciation des dysfonctionnements dans les domaines de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit, de la lutte contre la corruption et la criminalité bancaire et financière, adopté le 1^{er} février 2006 par le groupe de travail «Article 29» sur la protection des données, 00195/06/FR WP 117.

http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsi/privacy/index_fr.htm

¹² Ibid., page 12.

Ce qui préoccupe souvent l'informateur potentiel, c'est de savoir s'il pourrait être sujet à des représailles (terme non défini dans le statut) à la suite de sa dénonciation. Si, par exemple, un fonctionnaire signale à l'OLAF que son directeur aurait commis des irrégularités impliquant des fonds européens, quelle serait ensuite la réaction de sa hiérarchie?

La question de la protection du fonctionnaire informateur est d'autant plus importante que la dénonciation anonyme ne fait pas partie du dispositif actuel.

Le statut distingue trois cas d'espèces pour la protection des informateurs:

(1) La dénonciation interne des dysfonctionnements

Le fonctionnaire a communiqué l'information selon les voies prescrites par le statut, c'est-à-dire à son supérieur hiérarchique direct ou à son directeur général ou encore, s'il le juge utile, au secrétaire général, ou à toute personne de rang équivalent, ou directement à l'Office européen de lutte antifraude (OLAF). Dans ce cas, le statut prévoit qu'il ne subit aucun préjudice de la part de l'institution, pour autant qu'il ait agi de bonne foi.

Il est à noter que ni la notion de «préjudice» ni celle de «bonne foi» ne sont définies dans le texte du statut. Murawska note qu'aucune procédure n'est prévue pour décider de la bonne foi d'un fonctionnaire¹³. Drew avait déjà noté que rendre la protection de l'informateur conditionnelle à sa motivation présumée (la «bonne foi») n'était pas une méthode fiable; mieux valait prévoir des compensations pour les fonctionnaires qui auraient subi des représailles [de la part de l'employeur]¹⁴.

(2) La dénonciation externe des dysfonctionnements

L'article 22 *ter* du statut protège les dénonciations externes, à savoir les fonctionnaires révélant des informations sur de tels agissements [...] au président de la Commission, du Conseil, du Parlement européen ou de la Cour des comptes ou au Médiateur européen.

Le fonctionnaire qui divulgue des informations pertinentes au président de la Commission, au président de la Cour des comptes, au président du Conseil, au président du Parlement européen ou au Médiateur européen, ne subit aucun préjudice de la part de l'institution à laquelle il appartient, pour autant que les deux conditions énumérées ci-après soient remplies:

¹³ Murawska, A., *Administrative fraud measures within the European Union*, NOMOS, 2008, p. 139-152.

¹⁴ Drew, K., *Whistleblowing and corruption, an initial and comparative review*, Public Services International Research Unit (PSIRU), 2003; <http://www.psir.org>.

- a) le fonctionnaire estime, de bonne foi, que l'information divulguée, et toute allégation qu'elle recèle, sont essentiellement fondées, et
- b) le fonctionnaire a préalablement communiqué cette même information à l'Office européen de lutte antifraude ou à son institution et a laissé à l'Office ou à cette institution le délai fixé par l'Office ou par l'institution, compte tenu de la complexité de l'affaire, pour engager l'action qui s'impose.

(3) La divulgation externe intempestive

Le troisième cas d'espèce est implicite. Le fonctionnaire divulgue des informations et cet acte constitue un manquement au statut. Par exemple, le fonctionnaire a saisi la presse ou une autre institution sans passer par la voie prescrite par le statut, c'est-à-dire la communication avec sa hiérarchie et/ou l'OLAF. Dans ce cas, le fonctionnaire ou agent ne se voit pas octroyer de protection contre un quelconque préjudice. Le devoir de discrétion et de loyauté implique également que la divulgation d'actes répréhensibles graves à l'extérieur de ces institutions (par exemple à la presse) n'est pas autorisée.

Une situation en évolution?

Dans sa décision faisant suite à la plainte 1625/2002/IJH contre l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), le Médiateur européen confirme que l'OLAF doit transmettre à l'informateur en interne les résultats de son enquête. Dans sa décision 140/2004, le Médiateur donne à l'informateur le droit d'être avisé de la durée de l'enquête. Le Tribunal de première instance a aussi clarifié la relation de l'informateur avec l'OLAF: l'informateur ne peut contraindre l'OLAF à ouvrir une enquête. Il continue d'être protégé contre tout préjudice même si l'OLAF décide de clôturer une enquête initialement ouverte sur la base d'informations transmises par le même informateur.

Le Tribunal de Première Instance a clarifié deux aspects de la procédure. Premièrement, un informateur interne ne saurait exiger que l'OLAF ouvre une enquête interne sur la base des informations produites¹⁵. Deuxièmement, un informateur continue de rentrer sous le système de protection prévu par le statut, même si l'OLAF décide de ne pas donner suite aux dénonciations¹⁶. Une décision de l'OLAF de ne pas donner suite ne permet de juger si l'informateur a agi de bonne foi en les transmettant.¹⁷

¹⁵ Arrêt T 4/05 Strack c Commission, paragraphe 39.

¹⁶ Arrêt T 4/05 Strack c Commission, paragraphe 44.

¹⁷ Arrêt T 4/05 Strack c Commission, paragraphe 48.

Si le Tribunal de Première Instance et le Médiateur européen ont contribué à une évolution de l'encadrement de l'activité d'information par les informateurs internes mis en place par le législateur en 2004, des questions fondamentales n'en restent pas moins sans réponse. Elles concernent l'anonymat, la protection contre les représailles et le besoin d'assurer une bonne qualité de l'information au niveau du service d'enquête.