

## **Avis complémentaire du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg**

**sur le projet de loi n° 7945 portant transposition de la DIRECTIVE (UE) 2019/1937 DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union**

**(5 octobre 2022)**

**\*\*\***

Dans le prolongement de son premier avis concernant le projet de loi portant transposition de la Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 (la "**Directive**") sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (le "**Projet de Loi**"),

le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg (le "**Conseil de l'Ordre**") s'est penché, par l'intermédiaire de sa commission droit social, sur les questions plus particulières que soulève le Projet de Loi en droit du travail et a souhaité émettre un avis complémentaire portant sur ces aspects plus particuliers.

### **1. Dispositions générales du Projet de Loi :**

#### **1.1. Champ d'application personnel :**

Le champ d'application personnel du Projet de Loi, tel que prévu à l'article 2 de ce dernier, permet à de nombreuses catégories d'individus de bénéficier d'une protection légale en tant qu'auteur de signalement (si les conditions afférentes sont remplies). Parmi ces catégories, se trouvent notamment les salariés, les personnes en processus de recrutement ou de négociations contractuelles avec un potentiel employeur ainsi que les anciens salariés.

Le Projet de Loi ne crée aucune distinction entre les catégories d'auteurs de signalement (dont ceux mentionnés ci-dessus), notamment en ce qui concerne les conditions de protection. Pourtant, ces auteurs de signalement potentiels sont dans des situations bien différentes, ce qui risque de causer des problèmes de mise en œuvre de la loi. A titre d'exemples, les candidats à l'embauche ne seront pas nécessairement informés de la procédure interne de signalement (avant la conclusion du contrat de travail) et les anciens salariés pourraient ignorer une éventuelle modification de cette procédure intervenue après leur départ de l'entreprise, ce qui pourrait compromettre la confidentialité de l'identité de ces auteurs (qui doit pourtant être garantie aux termes de l'article 7 du Projet de Loi).

Si le Conseil de l'Ordre comprend qu'il est important de protéger toutes les catégories d'auteurs de signalement ayant pu obtenir des informations sur des violations dans un contexte professionnel contre des représailles (tels que le refus d'embauche d'un candidat, le licenciement d'un salarié ou l'intimidation d'un ancien salarié), les dispositions actuelles du Projet de Loi ne favorisent pas les signalements internes par les personnes qui ne font pas ou plus partie de l'entreprise.



Le Conseil de l'Ordre note toutefois que toute adaptation des dispositions du Projet de Loi relatives au champ d'application personnel, qui transposent fidèlement la Directive, notamment aux fins d'exclure certaines catégories de personnes ou de prévoir différentes procédures de signalements spécifiques, risque d'être limitées par les obligations législatives en matière de transposition.

Il appartiendrait ainsi notamment aux entreprises d'anticiper ces problématiques dans le cadre de leur procédure de signalements internes (par exemple, en informant les futurs salariés potentiels de cette procédure à un stade précoce des négociations d'embauche et en signalant aux anciens salariés toute modification éventuelle intervenue). A cet égard, les entreprises ne pourront toutefois que s'interroger sur la durée pendant laquelle elles sont susceptibles de recevoir des signalements après que les personnes concernées aient obtenu les informations en cause (tel que cela est plus amplement développé dans le point 1.3. ci-dessous).

Enfin, il est souhaitable que la protection invoquée judiciairement par certaines catégories d'auteurs (tels que les candidats malheureux à l'embauche) soient analysée par les juridictions avec circonspection pour éviter toute dérive.

### 1.2. Champ d'application matériel :

Le régime de protection prévu par le Projet de Loi s'applique en cas de signalement (dans les conditions fixées par le Projet de Loi) d'une violation, définie au point 1° de l'article 3 comme "*les actes ou omissions qui :*

*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".*

Le gouvernement luxembourgeois a ainsi fait le choix d'étendre le champ d'application matériel de la protection des auteurs de signalement (limité dans la Directive aux violations de certains actes et domaines d'action de l'Union européenne), à l'ensemble du droit national.

Selon le gouvernement (exposé des motifs du Projet de Loi, page 3), cette initiative luxembourgeoise a pour objectif d'apporter "*d'avantage de sécurité juridique, tant pour les lanceurs d'alerte que pour les employeurs*". En effet, le gouvernement relève que la jurisprudence protège déjà les salariés signalant des informations en lien avec des violations du droit national obtenues dans un contexte professionnel, alors même qu'il n'existe pas de cadre légal complet de protection des lanceurs d'alerte.

Si la volonté gouvernementale de prévoir un régime de protection clair et général est parfaitement louable, le Conseil de l'Ordre est cependant d'avis que l'étendue particulièrement large de la définition du champ d'application matériel entraîne un risque important de dérives.

Précisément, à la lecture de la définition des "violations" donnée à l'article 3 du Projet de Loi, il pourrait être interprété que le moindre manquement à une quelconque réglementation, aussi insignifiant soit-il, signalé par un salarié pourrait conférer à ce dernier la protection prévue par le Projet de Loi. Cela entraînerait, aux termes des dispositions du Projet de Loi (commentés au point 3, ci-dessous), en cas de contestation judiciaire, un risque de nullité de toute mesure qui serait prise par l'employeur, tel qu'un licenciement, y compris si cette mesure n'est aucunement liée au signalement du salarié, dès lors que l'employeur ne parvient pas à prouver les motifs réels de cette mesure.



Le Conseil de l'Ordre est ainsi d'avis qu'il conviendrait de limiter la définition des "violations" au point a) de l'article 3 du Projet de Loi, et d'y inclure une exigence de gravité de l'acte ou de l'omission illicite auquel se rapporte les informations signalées par le salarié, du moins lorsque cet acte ou omission concerne le droit national (et non les règles visées par la Directive afin de ne pas réduire le champ d'application de cette dernière).

A tout le moins, il devrait être envisagé, même si cela peut paraître plus subjectif, d'ajouter au point 1° a) de l'article 3 du Projet de Loi, la condition de trouble à l'intérêt public que le gouvernement a posée au point 1° b). En effet, un examen des considérants de la Directive, et notamment du premier considérant, montre que l'idée à la base de l'instauration d'un statut de lanceur d'alerte (justifiant la protection y attachée) est de faire ressortir les possibles menaces ou atteintes à l'intérêt public : « *En signalant des violations du droit de l'Union qui portent atteinte à l'intérêt public, ces personnes agissent en tant que « lanceurs d'alerte » et jouent ainsi un rôle clé dans la révélation et la prévention de ces violations et dans la préservation du bien-être de la société.* » (le Conseil de l'Ordre relève tout de même que la définition des "violations" dans la Directive - article 5, point 1) ii) - ne se réfère pas expressément à l'intérêt public, y compris s'agissant des actes ou omissions allant à l'encontre de l'objet ou de la finalité des règles prévues dans les actes de l'Union visés par la Directive, ce qui, en dépit des considérants précités, interroge sur la régularité de la transposition luxembourgeoise de l'article 3, point 1° b)).

Le lanceur d'alerte a donc une fonction sociale. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) érige d'ailleurs l'intérêt public des informations signalées en condition de la protection (considérant que le signalement constitue l'exercice par l'auteur de son droit fondamental à la liberté d'expression, qui ne peut être restreint par une mesure de représailles que si cette atteinte est "nécessaire dans une société démocratique" – *GUJA c. MOLDOVA*", grande chambre, 12 février 2008 ; voir également "*HALET c. LUXEMBOURG*", troisième section, 11 mai 2021), montrant ainsi la volonté de ne pas considérer comme lanceur d'alerte des personnes défendant un intérêt purement privé. En effet, le salarié dénonçant par exemple une reconduction de sa période d'essai, dénonce bien un « *acte illicite* » au sens du point 1° a) de l'article 3 du Projet de Loi, mais cet acte illicite ne porte préjudice qu'au salarié lui-même, et non à l'intérêt public. Il en irait toutefois différemment du salarié dénonçant une politique de reconduction systématique des périodes d'essai dans son entreprise, qui préjudicie à l'ensemble des salariés et futurs salariés de celle-ci. Ceci ne devrait pas poser de problème pour autant que cela concerne la dénonciation d'infractions pénales, ces dernières portant toujours atteinte à l'intérêt public.

En conséquence de ce qui précède, le point 1° de l'article 3 du Projet de Loi pourrait être rectifié comme suit :

*"les actes ou omissions qui*

*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".*

Dans un souci de clarté, il serait également nécessaire de préciser ce que le législateur entend par droit « *national* ». En effet, comme l'a très justement souligné un auteur à propos du Projet de Loi, le terme pourrait couvrir la violation des législations étrangères qui sont également des législations « *nationales* » (Jean-Luc Putz, "*Premier regard sur le projet de loi concernant les lanceurs d'alerte*",

Revue Pratique de Droit Social 2022/14, page 9). Au vu du contexte international de la place luxembourgeoise, la question est loin d'être théorique : *quid* d'un salarié d'une société luxembourgeoise, filiale d'un groupe international, qui apprend dans le cadre de l'exercice de ses fonctions que la filiale allemande du groupe viole les dispositions du droit allemand sur la protection des consommateurs ? Pourra-t-il bénéficier de la protection légale s'il dénonce cette violation en interne et/ou à défaut d'effet auprès de l'autorité compétente luxembourgeoise ?

Enfin s'agissant du champ d'application matériel du Projet de Loi, le Conseil de l'Ordre relève des erreurs de formulation dans la définition de la notion de "représailles", au point 11 de l'article 3, qu'il conviendrait de rectifier comme suit : *"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"* devrait être rectifié comme suit : *"tout acte ou omission direct ou indirect qui intervient dans un contexte professionnel, **est et** suscité par un signalement interne ou externe ou une divulgation publique, et qui cause ou peut causer un préjudice injustifié à l'auteur **d'un** signalement"*.

### 1.3. Conditions de protection des auteurs de signalement et choix du signalement :

Le Projet de Loi prévoit que la protection des auteurs de signalement est soumise à deux conditions, à savoir : (i) qu'ils aient eu "*des motifs raisonnables*" de croire que les informations signalées sur les violations, entrant dans le champ d'application de la loi, étaient véridiques au moment du signalement, et (ii) que le signalement ait été effectué dans les formes et selon les règles prévues par le Projet de Loi.

A cet égard, le Projet de Loi transpose fidèlement la Directive. Le Conseil de l'Ordre entend toutefois relever que la notion de "*motifs raisonnables*" risque de constituer une source d'insécurité juridique pour les salariés : comment un juge appréciera-t-il si le salarié disposait de tels "*motifs raisonnables*" ? L'analyse sera-t-elle objective ou subjective (le juge devra-t-il, par exemple, tenir compte du niveau d'instruction et de l'expérience professionnelle du salarié) ? Sera-t-il exigé du salarié qu'il procède à des vérifications avant de signaler les informations ?

Il appartiendra dès lors aux juridictions d'apprécier. Une analyse objective serait bien entendu préférable pour les employeurs, dans la mesure où cela réduirait les risques de dérives, résultant, par exemple, de signalements liés à de simples rumeurs.

En outre, l'obligation éventuelle pour l'auteur de signalement de respecter une hiérarchie dans le recours aux canaux et procédures de signalement internes et externes pour bénéficier de la protection aurait également mérité d'être clarifié. L'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 2, du Projet de Loi semble ainsi devoir être interprété en ce sens que l'auteur du signalement peut avoir recours, indifféremment, au signalement interne ou externe pour bénéficier de la protection prévue par le Projet de Loi (l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 2 prévoit uniquement, parmi les conditions de protection des auteurs de signalement, l'obligation d'avoir effectué un signalement interne conformément à l'article 7, un signalement externe, conformément à l'article 19, ou une divulgation publique conformément à l'article 24).

Or, il ressort de l'article 5 du Projet de Loi que le signalement interne doit être privilégié (lorsque cela est possible) au signalement externe. Précisément, selon cet article 5, les auteurs de signalement doivent, en premier lieu, recourir au signalement interne "*lorsqu'il est possible de remédier efficacement à la violation en interne et qu'elles estiment qu'il n'y a pas de risque de représailles*".

Pourtant, l'article 4 ne se réfère aucunement au respect de l'article 5 comme condition à respecter pour bénéficier de la protection des lanceurs d'alerte (uniquement à l'article 7, en matière de signalement interne, qui lui n'aborde pas la question de l'ordre des canaux de signalement). Ainsi, le fait d'avoir recours au signalement externe, sans avoir préalablement fait usage du canal et de la procédure de signalement interne (lorsqu'ils existent), sans raison justifiant un tel contournement, semble ne donner lieu à aucune conséquence. Il ressort d'ailleurs de l'article 7, paragraphe 2, de la Directive que le recours au signalement interne avant un signalement externe doit être uniquement encouragé par les Etats membres.

Il est également surprenant que la protection des auteurs de signalement ne soit pas conditionnée au fait que le salarié ait agi de bonne foi, tel que cela est exigé par la CEDH alors pourtant que le considérant numéro 31 de la Directive indique expressément qu'elle s'inspire de la jurisprudence de celle-ci et que rien ne s'y opposait dans le cadre de la transposition. A la simple lecture de l'article 4 du Projet de Loi, il semblerait qu'un salarié ayant signalé ou divulgué des informations conformément aux deux conditions ((i) et (ii) précitées dans le premier paragraphe de ce point 1.3 ci-dessus), soit protégé, y compris lorsque son signalement a été effectué dans le seul et unique but de nuire à l'employeur. Le Conseil de l'Ordre se permet de renvoyer ici à son commentaire formulé ci-avant dans le cadre du champ d'application matériel concernant la nécessité d'une violation d'une certaine gravité qui pourrait se concrétiser par l'exigence d'une violation susceptible de causer un trouble à l'intérêt public.

Enfin toujours dans l'idée d'éviter les abus et que le signalement soit effectué dans le seul but de nuire à l'entreprise, et afin d'assurer davantage de sécurité juridique pour cette dernière, le Conseil de l'Ordre est d'avis que la protection devrait également être subordonnée à un critère temporel : ne devrait pouvoir bénéficier de la protection que la personne qui dévoile une information dont elle a eu connaissance dans un laps de temps rapproché du signalement. Ce dernier critère ne peut toutefois s'apprécier qu'au cas par cas. Pour s'assurer que l'auteur du signalement ne s'en serve pas comme d'une simple arme contre l'entreprise aux fins de servir ses intérêts personnels (et donc ne détourne ce droit de sa finalité), il est nécessaire qu'il ne s'écoule pas un laps de temps trop important entre la découverte de la violation et sa dénonciation, mais juste le temps nécessaire au salarié pour s'assurer que le manquement est avéré, sinon du moins pour acquérir une croyance « *raisonnable* » que ces violations étaient « *véridiques* » (comme exigé à l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 1 du Projet de Loi).

Au vu des commentaires ci-dessus, l'article 4, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Projet de Loi, qui dispose que : « *les auteurs de signalement bénéficient de la protection prévue par la présente loi aux conditions :*

*1° qu'ils aient 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 ; et*

*2° qu'ils aient effectués un signalement soit en interne conformément à l'article 7, soit externe conformément à l'article 19, ou aient fait une divulgation publique conformément à l'article 24 »,*

pourrait être rectifié comme suit : « *les auteurs de signalement bénéficient de la protection prévue par la présente loi aux conditions :*

*1° qu'ils aient 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 ; et*

2° qu'ils aient effectués un signalement soit en interne conformément à l'article 7, soit externe conformément à l'article 19, ou aient fait une divulgation publique conformément à l'article 24, le tout dans un délai raisonnable à compter de la découverte des informations sur les violations pour leur permettre de vérifier que les conditions du point 1° ci-dessus sont remplies ; et 3. qu'ils aient agis de bonne foi ».

## 2. Signalements :

### 2.1. Signalements internes :

Tel qu'indiqué ci-dessus, l'article 5 du Projet de Loi semble faire peser sur les auteurs de signalement l'obligation d'utiliser les procédures et canaux internes, avant tout signalement externe, lorsque cela est possible et n'entraîne pas, selon les auteurs, un risque de représailles à leur rencontre.

Le Projet de Loi manque de clarté à cet égard, dans la mesure où, à la lumière de l'article 4 du Projet de Loi et de l'article 7 de la Directive, le recours à la procédure et au canal interne ne semble pas obligatoire mais encouragé.

En outre, l'article 6 du Projet de Loi dispose que l'établissement des canaux de signalement interne doit se faire dans le cadre du dialogue social et plus précisément "*après consultation des partenaires sociaux et en accord avec ceux-ci lorsque le droit national le prévoit*".

Cette disposition, qui ressort textuellement de la Directive (article 8, paragraphe 1), pourrait, selon le Conseil de l'Ordre, être transposée plus clairement dans le Projet de Loi. En effet, même si la procédure de signalement interne constituera, très probablement, un règlement interne soumis à la co-décision, sinon à l'information et consultation de la délégation du personnel, selon l'effectif de la société, la formulation de l'article 6, paragraphe 1<sup>er</sup> du Projet de Loi et en particulier la référence aux "partenaires sociaux" (à la place de la délégation du personnel ou des représentants des salariés) pose certaines interrogations : la procédure de signalement interne devra-t-elle être couverte (du moins partiellement) par la convention collective de travail (à l'instar, par exemple des modalités concernant la lutte contre le harcèlement sexuel et moral). A ce stade et au regard des dispositions légales actuelles (dont l'article L.162-12 du Code du travail), il ne semble pas que les règles en matière de signalement interne entrent dans les dispositions impératives des conventions collectives.

Par ailleurs, selon l'article 6, paragraphe 2, du Projet de Loi, la mise en place de canaux et de procédures internes de signalement est une obligation dans le chef des "*entités juridiques de droit privé qui comptent 50 travailleurs ou plus, conformément aux dispositions de computation du personnel prévues aux articles L.411-1 et L.411-2 du Code du travail*" (qui concernent la mise en place des délégations du personnel).

A cet égard, le Conseil de l'Ordre retient que le Projet de Loi se réfère à la notion d'"entités juridiques" alors que les dispositions du Code du travail précitées s'appliquent aux "entreprises" (qui est une notion peu claire, qui ne correspond pas nécessairement à une personne morale à part entière). Le Conseil de l'Ordre comprend cependant que l'entité juridique à laquelle se réfère le Projet de Loi est une personne morale (excluant donc également les entités économiques et sociales). Ainsi, la computation des effectifs, pour les besoins du Projet de Loi, devra être effectuée par personne morale.

Par ailleurs, selon les règles de computation de l'effectif prévues à l'article L.411-1 du Code du travail auquel renvoie l'article 6, paragraphe 2, du Projet de Loi précité, le seuil de salariés à partir duquel l'entreprise est tenue de faire désigner des délégués du personnel doit être atteint "*pendant les douze mois précédant le premier jour du mois de l'affichage annonçant les élections* [des délégués du

personnel]". Cette disposition ne pourra manifestement pas être appliquée telle qu'elle s'agissant de l'obligation des entreprises de mettre en place des canaux et des procédures pour les signalements internes et leur suivi. Ainsi, il conviendrait de préciser dans le Projet de Loi les règles de computation de l'effectif, notamment si ce seuil de 50 salariés doit être atteint pendant une durée de 12 mois consécutifs pour qu'une entreprise soit soumise à l'obligation de mettre en place un canal et une procédure de signalement interne.

L'article 6, paragraphe 2, du Projet de Loi pourrait, par exemple, être modifié comme suit :

*"Sont visées par le paragraphe 1er, les entités juridiques de droit privé qui comptent 50 travailleurs ou plus, conformément aux dispositions de computation du personnel prévues aux articles L. 411-1 et L. 411-2 du Code du travail, étant précisé que ce seuil minimal de 50 travailleurs devra être atteint pendant une période de 12 mois consécutifs. Cette obligation est sans préjudice d'éventuels seuils moins élevés retenus dans des lois spéciales."*

En outre, il doit également être relevé que le Projet de Loi est muet sur les obligations incombant aux entreprises de moins de 50 salariés. Certes, il ressort du Projet de Loi que celles-ci n'ont pas l'obligation de mettre en place un canal de dénonciation interne, mais cela ne signifie pas pour autant qu'elles ne seront pas soumises à la loi et n'auront aucune obligation en matière de signalement et de protection des lanceurs d'alerte (notamment lorsque ces derniers feront usage des canaux et procédures externes). Leurs salariés et anciens salariés, stagiaires, prestataires de services, sous-traitants, fournisseurs, associés, dirigeants, etc., à l'instar de ceux de l'ensemble des entreprises du Grand-Duché de Luxembourg, indépendamment de leur taille, bénéficieront également de la protection offerte aux auteurs de signalement s'ils remplissent les conditions légales à ces fins. Ce problème nous paraît d'autant plus important que comme l'a à juste titre indiqué la Chambre des Salariés dans son avis (7945/03 du 9 février 2022), les petites et moyennes entreprises constituent la majorité des employeurs du Grand-Duché de Luxembourg.

Au regard de ceci, le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il conviendrait d'instaurer une obligation pour les entreprises de moins de 50 salariés de mettre en place une procédure *a minima* ou de permettre explicitement un recours direct à la procédure de signalement externe.

Par ailleurs, il est requis par le Projet de Loi (article 7, paragraphe 1<sup>er</sup>, point 3<sup>o</sup>), parmi les éléments devant être compris dans les procédures de signalement interne, qu'il soit désigné une personne ou un service *"impartial compétent pour assurer le suivi des signalements"*. La possibilité même pour l'employeur de désigner une personne ou un service qui soit réellement impartial est discutable, dans la mesure où la ou les personnes qui seront chargée(s) d'un tel suivi seront nécessairement placées sous la subordination de l'employeur s'il s'agit de salarié(s), ou à tout le moins sous son influence économique s'il s'agit de prestataire(s) externe(s) rémunérés par l'employeur. Il semblerait dès lors qu'il y ait lieu d'entendre, par *"impartial"*, que cette personne ou ce service ne soit pas visé par, ni directement impliqué dans, les informations relatives à des violations signalées par le salarié.

Ce pouvoir de l'employeur sur le salarié ou le prestataire ainsi chargé du suivi des signalements interroge sur la fiabilité avec laquelle cette personne accomplira sa mission (alors même que ses démarches pourraient déplaire à l'employeur et dès lors porter préjudice à la carrière du salarié chargé du suivi des signalements ou aux relations contractuelles et économiques du prestataire avec l'employeur). Ainsi, pour améliorer l'efficacité même de la procédure de signalement interne et permettre aux responsables du suivi d'assurer efficacement leur mission et d'agir en toute indépendance et sans pression de l'employeur, le Projet de Loi (ou tout autre texte législatif ou réglementaire) pourrait prévoir des garde-fous à l'égard de ces personnes chargées du suivi des signalements (à l'instar des règles applicables pour certaines professions réglementées, tels que les

experts-comptables, qui se retrouvent également confrontés à de telles situations lorsqu'ils doivent auditer les comptes des entreprises ou bien encore des délégués du personnel lorsqu'ils doivent accomplir leurs missions), tels que par exemple :

- faire peser sur ces responsables du suivi, des obligations et responsabilités en la matière, et prévoir des sanctions en cas de manquement ;
- en contrepartie, faire bénéficier ces responsables du suivi, d'une protection légale contre les représailles éventuelles de l'employeur
- confier à l'Office des signalements (créé par le Projet de Loi), une mission de supervision, voire d'agrément des prestataires externes en charge du suivi des signalements
- attribuer à la délégation du personnel un pouvoir de suivi des signalements et des procédures y relatives (sans pour autant qu'ils soient informés de l'existence d'un signalement en particulier, de son contenu et de l'identité du lanceur d'alerte).

Enfin, les procédures de signalement internes doivent permettre aux auteurs d'effectuer des signalements tant écrits qu'oraux. Bien entendu, la question de la preuve de l'existence et du contenu des signalements verbaux pourrait se poser, de sorte qu'il pourrait être recommandé aux parties de documenter ce signalement par la rédaction d'un procès-verbal signé. En tout état de cause, il semblerait, conformément aux dispositions du Projet de Loi et en application du principe de faveur, que l'employeur n'est pas autorisé à limiter ses procédures de signalements internes aux seuls signalements écrits.

## **2.2. Signalements externes :**

Le Projet de Loi dispose (article 17) que les autorités compétentes établissent des canaux de signalement externe "*indépendants et autonomes pour la réception et le traitement des informations sur les violations*".

Il s'agit d'une exigence prévue par la Directive, qui ne définit pas concrètement les termes "*indépendants et autonomes*".

Au sens du Conseil de l'Ordre, cela devrait notamment impliquer que les membres des autorités luxembourgeoises saisis d'un signalement externe ne devraient pas intervenir lorsqu'ils sont également membres de l'organisation concernée par les informations signalées. En effet, certaines des autorités compétentes désignées dans le Projet de Loi incluent des membres exerçant par ailleurs des activités professionnelles dans d'autres organisations. Or, compte tenu de la taille du Grand-Duché de Luxembourg, le risque qu'un signalement externe soit adressé à une autorité dont un ou plusieurs membres, en charge du traitement de tels signalements, sont également membres de l'organisation visée par le signalement, est réel. Il serait ainsi judicieux de préciser dans le Projet de Loi que les autorités doivent s'assurer dans le cadre de leurs procédures et canaux de signalements externes de l'impartialité des personnes qui traiteront ces signalements et de l'absence de conflit d'intérêt.

Une telle précision dans le Projet de Loi ne serait, selon le Conseil de l'Ordre, pas contraire à la Directive qui, pour rappel, exige (article 11, paragraphe 2, point a)) que les autorités compétentes mettent en place "*des canaux de signalement externes indépendants et autonomes pour la réception et le traitement des informations sur des violations*".

Le Projet de Loi confère aux autorités compétentes le pouvoir de prononcer une amende administrative, d'un montant allant de 1.500.- EUR à 250.000.- EUR, notamment en cas d'entrave ou tentative d'entraver un signalement (article 18, paragraphe 3, point 1) ou en cas d'atteinte à la confidentialité dont jouissent les auteurs de signalements (article 18, paragraphe 3, point 3). A cet égard, il serait judicieux de préciser que ces amendes ne peuvent être prononcées (notamment dans les deux cas cités ci-dessus) que dans le cadre de signalements externes. Le Projet de Loi ne saurait en effet conférer de tels pouvoirs d'amende à ces autorités lorsqu'elles ne sont pas saisies d'un signalement externe.

Par ailleurs, le Projet de Loi ne précise pas quel recours serait ouvert à l'organisation concernée contre cette amende, excluant ainsi, a priori, l'ouverture d'un recours administratif en réformation. Cependant, au regard notamment du large pouvoir d'appréciation conféré aux autorités compétentes concernant le montant de l'amende pouvant être infligé à l'organisation, il pourrait être intéressant, d'ouvrir à ces dernières la possibilité d'engager un recours en réformation. Ainsi, il appartiendrait finalement aux juridictions de l'ordre administratif de statuer quant au montant de cette amende (qui ne serait dès lors pas uniquement confirmée ou annulée).

Enfin, le Projet de Loi (article 19, paragraphe 4) confère aux autorités compétentes le pouvoir de clôturer une procédure de signalement externe si elles estiment "*qu'une violation signalée est manifestement mineure et ne requiert pas d'autre suivi que la clôture de la procédure, sans préjudice d'autres obligations ou d'autres procédures applicables visant à remédier à la violation signalée.*". Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il conviendrait d'apporter de définir la notion de "*violation manifestement mineure*" pour encadrer les pouvoirs des autorités compétentes et apporter ainsi davantage de sécurité juridique.

### 2.3. Divulgations publiques :

Le Projet de Loi (article 24) prévoit que le fait pour un salarié de divulguer publiquement des informations relatives à des violations ne lui permet de bénéficier de la protection conférée aux lanceurs d'alerte que si l'une de ces deux conditions est remplie : (i) l'auteur a d'abord effectué un signalement interne et/ou externe mais "*aucune mesure appropriée n'a été prise en réponse au signalement*" ou (ii) l'auteur a "*des motifs raisonnables de croire*" que la violation en cause peut représenter un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public, ou en cas de signalement externe, il existe un risque de représailles ou peu de chance qu'il soit véritablement remédié à la situation

Ces dispositions constituent une transposition de la Directive. Il mérite cependant d'être relevé que les conditions de validité des divulgations publiques apportent de l'insécurité juridique. En particulier, la prise d'une "*mesure appropriée*" de la condition (i) n'est pas définie ni clarifiée par le Projet de Loi (par la Directive non plus), de sorte qu'il appartiendra aux juridictions d'apprécier si la prise d'une mesure spécifique par l'organisation ou l'autorité compétente est appropriée ou non.

Ensuite, la condition (ii) semble particulièrement subjective pour l'auteur du signalement, et pose encore une fois la question de l'interprétation des "*motifs raisonnables*" (tel qu'indiqué au point 1.3. ci-dessus). Ainsi, cette insécurité juridique pourrait éventuellement permettre à une personne de trouver facilement une justification à une divulgation publique, qui pourrait toutefois avoir des conséquences très importantes et préjudiciables pour l'organisation concernée.

Le Conseil de l'Ordre relève également que l'article 24 du Projet de Loi inclut un paragraphe 1 mais pas de paragraphe 2. Il conviendrait ainsi de rectifier la numérotation pour éviter toute confusion.

### 3 Mesures de protection :

Il pourrait être judicieux d'ajouter, dans la liste non-exhaustive des représailles interdites citées à l'article 25 du Projet de Loi, des exemples de mesures qui pourraient être prises par les autorités compétentes luxembourgeoises à l'encontre d'auteurs de signalement (par exemple, retrait du droit d'exercer ses activités professionnelles).

Cette modification du Projet de Loi paraît pertinente dans la mesure où la Directive demande aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour interdire toute forme de représailles et où la liste de mesures citées dans la Directive (qui est la même que celle reprise dans le Projet de Loi) n'est pas exhaustive et pourrait dès lors être complétée pour être adaptée aux spécificités luxembourgeoises.

L'article 26 du Projet de Loi prévoit le recours ouvert à la personne ayant fait l'objet d'une mesure de représailles. Cette dernière peut ainsi "*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*". La victime de représailles, qui n'a pas engagé cette procédure de nullité, dispose "*encore*" du droit de réclamer des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi.

Ces dispositions manquent cependant nettement de clarté engendrant une insécurité juridique qu'il conviendrait de rectifier pour éviter que des justiciables voient leurs actions judiciaires déclarées irrecevables en raison d'interprétations divergentes de la loi :

- Le Projet de Loi devrait préciser si cette procédure de nullité doit être engagée devant le président de la juridiction compétente ou devant la juridiction siégeant au fond. Cette imprécision du Projet de Loi risque d'entraîner l'irrecevabilité d'actions judiciaires introduites par des victimes de représailles.
- Le Projet de Loi dispose que l'action judiciaire en nullité doit être engagée par requête. Qu'en est-il cependant lorsque la juridiction compétente doit, en principe, être saisie par un autre acte introductif d'instance ?
- La procédure en indemnisation est-elle complémentaire ou alternative, autrement dit n'est-elle ouverte qu'aux personnes n'ayant pas demandé la nullité ou peut-elle également être engagée par les personnes ayant demandé et obtenu une telle nullité mais ayant tout de même subi un préjudice (tel que, par exemple, un préjudice pécuniaire lié au fait que la victime de représailles a engagé des frais et honoraires d'avocat dans le cadre de sa procédure judiciaire en nullité de la mesure) ? Et dans l'affirmative, le préjudice réparable est-il celui engendré par la mesure de représailles ou doit-elle pouvoir justifier d'un préjudice distinct pour pouvoir être indemnisée ?

Par ailleurs, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou engagée devant une autorité compétente, il est présumé, conformément à l'article 26 du Projet de Loi, que le préjudice subi par un auteur de signalement ou de divulgation a été causé en représailles à la suite du signalement ou de la divulgation publique (pour autant que l'auteur de signalement prouve avoir effectué un signalement et subi un préjudice). Dans ce cas, il incombe à la personne qui a pris la mesure préjudiciable, de prouver les motifs ayant fondé cette dernière.

Le Conseil de l'Ordre est d'avis qu'il conviendrait de limiter le délai pendant lequel cette présomption devrait s'appliquer. En effet, les dispositions actuelles du Projet de Loi pourraient impliquer que tout auteur de signalement ou de divulgation faisant l'objet d'une quelconque mesure défavorable plusieurs mois voire plusieurs années après le signalement ou la divulgation, profiterait de cette

présomption de manière illimitée dans le temps. En pratique, cela pourrait amener les employeurs à devoir expliquer et apporter la preuve des motifs à l'origine de toute décision s'appliquant à des auteurs de signalement ou de divulgation, y compris lorsque l'employeur n'est en principe, et selon le droit du travail, pas tenu à une telle obligation de motivation (par exemple, en cas de résiliation avec préavis du contrat à l'essai, de certains changements dans l'horaire de travail, etc.).

Cependant, cette disposition du Projet de Loi constitue une transposition fidèle de la Directive, qui ne pourrait dès lors pas être restreinte dans le cadre de la loi. Il pourrait ainsi revenir aux juridictions d'encadrer cette présomption afin qu'elle demeure cohérente avec l'objet de loi et constitue un moyen de protéger les auteurs de signalement et de divulgation (et non pas un avantage automatique et injustifié en faveur de personnes ayant signalé des violations plus ou moins graves longtemps après le signalement).

Enfin, il est prévu par le Projet de Loi que les personnes révélant des informations protégées par une quelconque restriction n'encourent aucune responsabilité pour cette révélation *"pour autant qu'elles aient 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 présente loi"*.

Une fois encore, l'existence de "motifs raisonnables" dans le chef de l'auteur du signalement ou de la divulgation est particulièrement subjective. Elle pourrait ainsi permettre à cet auteur de justifier la révélation d'informations confidentielles, comme des secrets d'affaire, ce qui pourrait être particulièrement préjudiciable pour l'organisation, alors même que cette révélation pourrait se fonder sur le ressenti de l'auteur (si une appréciation subjective de la notion de "motifs raisonnables" devait être retenue).

Luxembourg, le 5 octobre 2022



Le Bâtonnier,  
Pit RECKINGER