

Les lanceurs d'alerte : un objet juridique non identifié ?

Elliot Cobbaut, Assistant en droit social à l'Université catholique de Louvain

Ces dernières années, une série d'affaires fortement médiatisées ont contribué à faire connaître la figure du lanceur d'alerte. Elles ont révélé l'intérêt de ces acteurs mais également les difficultés auxquelles ceux-ci doivent faire face suite à leurs révélations. Malgré cette notoriété nouvelle, il faut constater qu'il n'existe aucune définition unanimement acceptée de ce qu'il convient d'appeler « lanceur d'alerte ». Celui-ci demeure une figure que le droit peine à appréhender. De récents scandales, parmi lesquels l'affaire Luxleaks, ont souligné l'insuffisance des législations européennes mais également les difficultés liées à l'application de la jurisprudence protectrice développée par la Cour européenne des droits de l'homme. Face à cette situation, une proposition de directive a été rédigée par la Commission européenne et amendée par le Parlement. Le texte doit aujourd'hui être examiné par le Conseil avant d'être adopté.

Een reeks van sterk gemediatiseerde zaken heeft in de afgelopen jaren bijgedragen tot het bekend worden van de figuur van de klokkenluider. Ze maakten het belang van deze personen duidelijk, maar ook de moeilijkheden die zij ondervinden ten gevolge van hun onthullingen. Ondanks deze nieuwe bekendheid, moet worden opgemerkt dat er geen algemeen aanvaarde definitie bestaat van wat « klokkenluider » wordt genoemd. Het blijft een figuur die de wetgeving moeilijk kan vatten. Recente schandalen, zoals bijvoorbeeld LuxLeaks, hebben de ontoereikendheid van de Europese wetgeving, maar ook de problemen met betrekking tot de toepassing van de beschermende rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, verder benadrukt. Geconfronteerd met deze situatie, werd een voorstel tot richtlijn opgesteld door de Europese Commissie en gewijzigd door het Europees Parlement. De tekst moet nu worden onderzocht door de Raad voordat hij wordt goedgekeurd.

Introduction

1. Ces dernières années, la figure du lanceur d'alerte a régulièrement été sur le devant de la scène. Dans une série d'affaires, ces lanceurs d'alerte ont mis en lumière des pratiques qui, si elles n'étaient pas toujours illégales, pouvaient apparaître comme à tout le moins moralement discutables. Parmi ces affaires, on trouve notamment Wikileaks (2006), Snowden (2013), Luxleaks (2014), Swissleaks (2015), Panama Papers (2016) ou encore PubliFin (2016) et tout porte à croire que la liste ne cessera de s'allonger dans le futur.

Ces différentes affaires permettent de dresser deux constats introductifs.

D'abord, ces révélations successives ont en commun le fait d'avoir souligné le rôle important joué par ces personnes désignées « lanceurs d'alerte ». Sans leurs interventions, des situations qui présentaient un intérêt public important n'auraient sans doute pas été mises en lumière. En cela, les lanceurs d'alerte sont assimilables à des journalistes, permettant au public d'accéder à des pratiques ou des informations

généralement volontairement occultées notamment par des pouvoirs publics ou des entreprises⁽¹⁾.

Ensuite, ces affaires ont révélé les risques encourus par ces personnes. Elles s'exposent à des mesures de rétorsion de la part de leur employeur, voire des autorités publiques lorsqu'elles sont poursuivies en justice. Elles mettent en péril leur carrière et dans certains cas, leur vie. L'affaire Snowden est, sur ce point, révélatrice dès lors que le lanceur d'alerte a été inculpé par le gouvernement américain pour espionnage, vol et utilisation illégale de biens gouvernementaux. Il n'a eu d'autre choix de que fuir les États-Unis pour s'exiler à Hong Kong et ensuite en Russie.

Ces affaires ont permis de mettre en lumière la figure sociologique du lanceur d'alerte et de poser la question de son statut juridique⁽²⁾. Ces révélations ont engendré de nombreux débats dans les instances européennes (tant l'Union⁽³⁾ que le Conseil de l'Eu-

(1) Q. VAN ENIS, « Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ? », in *Le secret*, coll. Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2017, p. 97.

(2) *Ibid.*, p. 123.

(3) Voy. notamment la note du Parlement européen « The U.S. Surveillance programmes and their Impact on EU Citizen's Rights », 2013 ; la résolution du Parlement européen



rope⁽⁴⁾) relatifs à la protection de la vie privée et au rôle à attribuer aux lanceurs d'alerte. Ces discussions ont abouti à s'interroger sur la nécessité de protéger ces lanceurs d'alerte et à l'opportunité de mettre en place des procédures particulières permettant le lancement d'alerte. Cependant, elles ont aussi révélé la difficulté à définir précisément la notion même de « lanceur d'alerte ». À l'heure actuelle, de nombreuses définitions coexistent ce qui aggrave plus encore la confusion autour de cette notion. Il nous paraît dès lors intéressant de nous pencher dans un premier temps sur les origines de la figure du lanceur d'alerte ainsi que les différentes réalités qu'elle recouvre.

Dans le cadre de ces réflexions, l'affaire *Luxleaks* a joué un rôle particulier. Elle a permis de souligner les insuffisances et les difficultés liées à l'interprétation et à l'application des normes protectrices des lanceurs d'alerte. Ainsi, elle a eu un impact important dans la reconnaissance de la nécessité d'élaborer un dispositif légal européen pour encadrer l'alerte et protéger les lanceurs d'alerte.

Dans cette contribution, nous commencerons par dresser un état des lieux des protections actuellement accordées aux lanceurs d'alerte et des évolutions qu'elles ont connues. Nous porterons ensuite notre attention sur les différentes définitions du lanceur d'alerte qui aujourd'hui coexistent. Nous analyserons les textes qui reconnaissent le droit de lancer l'alerte ainsi que la jurisprudence développée en la matière par la Cour européenne des droits de l'homme. Enfin, nous reviendrons sur les décisions rendues par les cours et tribunaux luxembourgeois dans le cadre de l'affaire *Luxleaks* et la manière dont elles ont appliqué les protections existantes. Nous analyserons également si ces lanceurs d'alerte auraient pu bénéficier des protections adoptées depuis lors ou qui sont en cours d'adoption.

§ 1^{er}. La protection des lanceurs d'alerte : état des lieux

A. La protection des lanceurs d'alerte : des origines à nos jours

2. Bien que l'intérêt pour la problématique du lancement d'alerte semble relativement récent en Europe, les premiers textes en la matière ont été adoptés dès le 18^e siècle, outre Atlantique.

1) Aux États-Unis

3. C'est aux États-Unis que l'adoption de législations protectrices des lanceurs d'alerte a été la plus importante et la plus précoce. Une multitude de législations ont été adoptées depuis le 18^e siècle et modifiées ponctuellement⁽⁵⁾. Aujourd'hui, la protection des lanceurs d'alerte est un patchwork de législations sectorielles et fragmentées qui ont, le plus souvent, été adoptées en réaction à des scandales et des fraudes relayés par les médias. Dans ce cadre, se sont succédés les tentatives législatives visant à étendre et améliorer la protection accordée aux lanceurs d'alerte⁽⁶⁾. La première législation de ce type a été adoptée en 1777 pour protéger les personnes qui travaillent pour l'État et dénoncent un comportement immoral, une fraude ou un abus d'autorité commis par une autre personne au service de l'État⁽⁷⁾. Elle devait notamment encourager les membres de l'armée à révéler au Congrès des cas suspects de mauvais traitement de prisonniers⁽⁸⁾. Une seconde législation, le *False Claim Act* (FCA), a été adoptée en 1863. Celle-ci a eu un impact important sur la protection des lanceurs d'alerte⁽⁹⁾. Elle incite tout citoyen qui dispose d'informations sur des fraudes dans le cadre

P7_TA-PROV(2014)0230 du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers États membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures; ainsi que les études du Parlement européen sur les risques et opportunités suscités par les mutations numériques et l'émergence de la surveillance de masse «Mass surveillance, part II- Technology foresight, options for longer term security and privacy improvements» et «Mass surveillance, part I – Risks and opportunities raised by the current generation of network and applications», 2014.

(4) A. DIAZ TERERA, «La sécurité nationale et l'accès à l'information», Conseil de l'Europe, CDCJ(2013)13293, Strasbourg, 2013; P. OMTIZGT, «Les opérations massives de surveillance en Europe», Conseil de l'Europe, CDCJ(2014), AS/Jur(2015)01, Strasbourg, 2015.

(5) S. KOHN, «The Whistleblower's Handbook: A Step-by-step Guide to Doing What's Right and Protecting Yourself», Globe Pequot, 2011.

(6) S.M. BOYNE, «Financial Incentives and Truth-Telling: The Growth of Whistle-Blowing legislation in the United States», in *Whistleblowing – A Comparative Study*, New-York et Londres, Springer, 2016, pp. 279-328.

(7) J.-F. FOEGLE, «Les lanceurs d'alerte – Étude comparée France-États-Unis», *Revue des droits de l'homme*, 2014, pp. 11-13.

(8) D. SCHULTZ et K. HARUTYUNYAN, «Combating Corruption: The Development of Whistleblowing Laws in the United States, Europe, and Armenia», *International Comparative Jurisprudence*, <http://dx.doi.org/10.1016/j.icj.2015.12.005>, p. 5.

(9) Voy. pour plus de détails sur l'histoire de cette loi L. LAHMAN «Bad Mules: A Primer on the Federal False Claims Act», *Okla. B. J.*, 2005, p. 901.

d'un contrat avec l'État fédéral à entamer des poursuites au nom de l'État pour obtenir réparation et toucher une partie des sommes récupérées par l'État. Elle ne protège pas uniquement les lanceurs d'alerte travailleurs du gouvernement mais plus largement ceux qui font état de fraude contre le gouvernement par des contractants du gouvernement. Depuis son adoption, elle a été modifiée à différentes reprises. Ces modifications ont principalement augmenté les incitants financiers pour encourager les signalements et clarifié certaines dispositions de la loi⁽¹⁰⁾. En 2009 et 2010, elle a été modifiée respectivement par le *Fraud Enforcement and Recovery Act* et le *Patient Protection and Affordable Care Act*. Ces lois ont assoupli les conditions pour l'introduction de plaintes, étendu le champ des objets qui pouvaient faire l'objet d'une dénonciation, renforcé l'interdiction des discriminations contre les lanceurs d'alerte et étendu le champ des personnes protégées⁽¹¹⁾.

À partir des années 1970, les législations protégeant les lanceurs d'alertes, ont connu, un développement important, tant dans le secteur privé que dans le secteur public. De nouvelles législations ont introduit de nouvelles protections ou ont étendu le champ des protections existantes.

Concernant le secteur public, une loi englobante et dédiée à la protection des lanceurs d'alerte a été adoptée en 1989, le *Whistleblower Protection Act*. Elle protège la majorité des employés de l'administration fédérale qui dénoncent des activités illégales, des cas graves de mauvaise gestion, de gaspillage, d'abus d'autorité, ou des dangers importants pour la santé publique et la sécurité publique contre les mesures de rétorsion⁽¹²⁾. En 2012, cette législation a été

modifiée par le *Whistleblower Protection Enhancement Act*. Celle-ci a clarifié certaines de ses dispositions, élargi le champ des signalements protégés, élargi le champ de la protection des lanceurs d'alerte à des personnes non encore visées et, enfin, facilité les actions en justice permettant aux lanceurs d'alerte de faire respecter leur droit⁽¹³⁾. À côté de cette législation englobante, d'autres législations couvrent les employés du secteur public fédéral mais présentent un champ d'application plus réduit⁽¹⁴⁾.

Contrairement au secteur public, il n'existe pas de législation protectrice englobante dans le secteur privé. On trouve uniquement des législations couvrant des domaines et des secteurs spécifiques. Suite à d'importantes fraudes sur les marchés financiers, révélées à partir de la fin des années 1990, le Congrès a adopté en 2002 la loi *Sarbane Oxley* (SOX)⁽¹⁵⁾. Celle-ci contient une série de dispositions visant à prévenir les fraudes et, notamment, des dispositions encadrant et protégeant les signalements opérés par des lanceurs d'alerte⁽¹⁶⁾. Cette législation a un champ d'application plus large que celles qui existaient avant son adoption afin d'harmoniser la protection des lanceurs d'alerte⁽¹⁷⁾. Depuis lors, d'autres légis-

of 1989 and the Promise of the Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012», *Review of Public Personnel Administration*, 2013, pp. 70-81.

(13) S. M. BOYNE, «Financial Incentives and Truth-Telling: The Growth of Whistleblowing Legislation in the United States», in *Whistleblowing – A Comparative Study*, New York et Londres, Springer, 2016, pp. 279-327.

(14) Parmi eux, on trouve le *Department of Defense Authorization Act* de 1987 qui vise à interdire les mesures de rétorsion contre les lanceurs d'alerte employés de contractants avec la défense ou encore l'*Intelligence Community Whistleblower Protection Act* de 1998, qui protège des mesures de rétorsion les lanceurs d'alerte travailleurs des services de renseignement.

(15) R. MOBERLY, «Sarbanes-Oxley's Whistleblower Provisions: Ten Years Later», *South Carolina Law Review*, 2012, pp. 1-3.

(16) Ces sociétés devaient mettre en place des canaux permettant de signaler des comportements problématiques au conseil d'administration de la société.

(17) En outre, elle a apporté une série de nouveautés concernant la protection des lanceurs d'alerte, comme la criminalisation des mesures de rétorsion à l'égard des lanceurs d'alerte et un allègement de la charge de la preuve de l'existence de ce type de mesures. Elle a également octroyé aux lanceurs d'alerte deux possibilités de recours: l'un devant une autorité administrative (l'*Occupational Health and Safety Administration*) qui a un pouvoir d'enquête et peut faire appliquer les dispositions de la loi et l'autre via l'introduction d'une plainte devant les juridictions fédérales (D. SCHULTZ et K. HARUTYUNYAN, «Combating Corruption: The Development of Whistleblowing Laws in the United States, Europe,

(10) S. PEPPER *e.a.* «Whistle Where You Work? The Ineffectiveness of the Federal Whistleblower Protection Act of 1989 and the Promise of the Whistleblower Protection Enhancement Act of 2012», *Review of Public Personnel Administration*, 2013, pp. 70-81; D. SCHULTZ et K. HARUTYUNYAN, «Combating Corruption: The Development of Whistleblowing Laws in the United States, Europe, and Armenia», *International Comparative Jurisprudence*, <http://dx.doi.org/10.1016/j.icj.2015.12.005>, p. 6.

(11) Ces législations ont également été adoptées en réaction au développement d'une jurisprudence par les cours et tribunaux américains qui avait réduit le champ d'application du FCA, minant son effectivité. (G. RAPP, «Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act», *Brigham Young University Law Review*, 2012, p. 73; J.-F. FOEGLE, «Les lanceurs d'alerte – Étude comparée France-États-Unis», *Revue des droits de l'homme*, 2014, pp. 11-13.)

(12) S. PEPPER *e.a.* «Whistle Where You Work? The Ineffectiveness of the Federal Whistleblower Protection Act



lations ont été adoptées qui visent le secteur privé, comme le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, adopté de 2010 suite aux scandales qui ont mené au crash économique de 2008. Cette loi a précisé les procédures de plaintes disponibles pour les lanceurs d'alerte victimes de mesures de rétorsion et renforcé la protection des lanceurs d'alerte qui révèlent de mauvaises pratiques, particulièrement concernant les instruments financiers. Elle a, en outre, élargi le champ d'application des dispositions de la SOX et renforcé les dispositions du FCA⁽¹⁸⁾. Ainsi la SOX et les législations postérieures ont étendu les droits et les protections accordés aux individus révélant des fraudes dans le secteur privé⁽¹⁹⁾.

À côté de ces législations, il existe d'autres lois fédérales sectorielles en matière de lutte contre la corruption, de droit de la concurrence, de droit comptable, de protection de l'environnement ou concernant les instruments financiers. Ces législations contiennent des dispositions concernant les lanceurs d'alerte qui accordent une protection aux personnes qui signalent des violations de législations spécifiques⁽²⁰⁾. La majorité de ces dispositions présentent une structure similaire. Elles font en pre-

mier lieu référence à la dénonciation d'une violation de la loi, d'une règle ou d'un règlement⁽²¹⁾. Au-delà des violations de la loi, certaines législations permettent de dénoncer des cas de mauvaise gestion ou des risques substantiels pour la sécurité ou la santé publique. Le plus souvent, elles prévoient que des plaintes peuvent être introduites auprès du *Department of Labour*. Celui-ci doit alors initier une enquête pour déterminer le caractère sérieux de la plainte et peut ensuite ordonner à l'employeur de mettre fin à la violation, de réintégrer le lanceur d'alerte s'il a été licencié ou encore à lui payer une indemnité⁽²²⁾. À côté de ces législations fédérales, on trouve également au niveau des États américains, des législations qui protègent les lanceurs d'alerte. Néanmoins, celles-ci varient fortement d'un État à l'autre et ne sont souvent accordées qu'aux travailleurs du secteur public⁽²³⁾.

Ainsi, les États-Unis ont sans nul doute été précurseurs dans l'élaboration d'un statut et d'une protection du lanceur d'alerte.

2) En Europe

4. Il a fallu attendre la fin des années 1990 pour voir la notion de lanceur d'alerte être intégrée dans d'autres ordres juridiques⁽²⁴⁾, au gré des révélations et de l'attention importante que les médias ont accordé

and Armenia», *International Comparative Jurisprudence*, <http://dx.doi.org/10.1016/j.icj.2015.12.005>, p. 7.)

(18) Il élargi la protection aux collègues et membre de la famille des lanceurs d'alerte et le champ des employeurs couverts pour faire bénéficier de la protection les employés de filiales non cotées de sociétés cotées (S.M. BOYNE, «Financial Incentives and Truth-Telling: The Growth of Whistle-Blowing legislation in the United States», in *Whistleblowing – A Comparative Study*, New-York et Londres, Springer, 2016, pp. 279-328).

(19) D. SCHULTZ et K. HARUTYUNYAN, «Combating Corruption: The Development of Whistleblowing Laws in the United States, Europe, and Armenia», *International Comparative Jurisprudence*, <http://dx.doi.org/10.1016/j.icj.2015.12.005>, p. 8.

(20) On peut notamment citer, le *Military Whistleblower Protection Act* (1998) qui protège les lanceurs d'alerte membres des des forces armées, le *Wendell H. Ford Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century* qui créé un programme de protection des lanceurs d'alerte dans l'aviation fédérale, le *Surface Transportation Assistance Act*, protégeant les lanceurs d'alerte du secteur privé des chauffeurs, ou en matière de protection de l'environnement, le *Clean Air Act*, le *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act*, le *Federal Water Pollution Control Act*, le *Safe Drinking Water Act*, le *Solid Waste Disposal Act*, le *FDA Food Safety Modernization Act*, l'*Energy Reorganisation Act*, le *Federal Railroad Safety Act*, le *Moving Ahead for Progress in the 21st Century Act*, le *National Transit Systems Security Act* et l'*Occupation Safety and Health Act*.

(21) J. SHIMABUKORO et L. WHITAKER, «Whistleblower Protections under Federal Law: an overview», *Congressional Research Service*, 2012.

(22) (S.M. BOYNE, «Financial Incentives and Truth-Telling: The Growth of Whistle-Blowing legislation in the United States», in *Whistleblowing – A Comparative Study*, New-York et Londres, Springer, 2016, pp. 279-328.

(23) Soulignons qu'il existe des législations qui font un lien entre ces deux niveaux notamment le *Deficit Reduction Act* de 2005 qui prévoit des incitants pour les États américains d'adopter des législations anti-fraude sur le modèle de la législation fédérale protégeant les lanceurs d'alerte.

(24) J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'«Europe des droits de l'homme»», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 1 ; Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la post-vérité?» in *Le secret*, Limal, Anthemis, p. 122 ; Il faut néanmoins souligner une exception. La figure du lanceur d'alerte apparaît en Europe dans une première législation suédoise datant de 1766 et consacrée à la liberté de la presse. Selon la professeure de droit public Danièle Lochack, cette loi peut être considérée comme une législation protectrice des lanceurs d'alerte dans la mesure où elle accorde un droit d'accès à l'information, aux documents officiels et la liberté de parole (D. LOCHACK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme: réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016,



à ces lanceurs d'informations. Nous pensons notamment à la crise des *subprimes* en 2008 qui, bien que trouvant son origine aux États-Unis, a eu des répercussions importantes en Europe, ainsi que d'autres affaires aux retentissements davantage nationaux⁽²⁵⁾. L'intérêt européen a aussi été quelque peu forcé par les conséquences extraterritoriales des législations américaines. L'on peut, par exemple, penser à la *Sarbanes-Oxley Act* qui a imposé l'instauration d'une procédure d'alerte dans les sociétés cotées en bourse aux États-Unis, notamment des entreprises européennes⁽²⁶⁾. Les législations américaines ont été non seulement l'un des éléments déclencheurs des réflexions européennes, mais aussi des modèles qui ont influencé les discussions tant au niveau de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe⁽²⁷⁾ et des différents États membres.

À l'heure actuelle, différents États européens ont adopté des législations. Parmi les plus anciennes, on trouve le *Public Interest Disclosure Act*, adopté en 1998 au Royaume-Uni. Celui-ci a été modifié à plusieurs reprises et notamment en 2013, avec l'*Enterprise and Regulatory Reform Act*, et en 2014, avec l'*Amendment*

to the Prescribed Persons Order. D'autres États se sont dotés d'une protection : la Roumanie en 2004, la Slovaquie en 2010, le Luxembourg en 2011, ou encore l'Italie en 2012. En France, la protection accordée aux lanceurs d'alerte découle d'une série de dispositions issues de lois successives qui se sont développées par secteur. Cette protection a fait l'objet de critiques en raison de son caractère disparate et fragmentaire. En effet, ces législations soit se limitaient à certaines catégories de personne, soit ne visaient la divulgation que de certains types d'information⁽²⁸⁾. En 2016, réagissant à ces réserves, la loi dite Sapin II⁽²⁹⁾ a été adoptée afin de mettre de l'ordre dans les dispositions existantes et créer une protection généralisée et uniformisée⁽³⁰⁾. Plus récemment encore, en mars 2017, la France a adopté la loi sur le devoir de vigilance des sociétés-mères et donneuses d'ordre⁽³¹⁾. Cette loi impose aux plus grandes entreprises françaises d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance destiné à identifier et prévenir les risques d'atteintes graves aux droits humains, à la santé-sécurité des personnes et à l'environnement. Ce plan doit notamment comprendre une cartographie des risques, des procédures d'évaluation des situations des filiales, des sous-traitants et des fournisseurs mais également un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements. La situation irlandaise peut être comparée à celle de la France. En effet, au départ, l'Irlande prévoyait une protection des lanceurs éparpillée dans douze lois sectorielles⁽³²⁾. Dans un souci d'efficacité et pour assurer une meilleure visibilité et une meilleure accessibilité du système de protection, une loi générale est adoptée le 8 juillet 2014 (le *Protected Disclosure Act*).

3) En Belgique

5. En Belgique, il n'existe aucune loi générale⁽³³⁾. Néanmoins, depuis 2004, la Flandre s'est

p. 10). Cependant, elle constitue la seule trace européenne d'une protection du lanceur d'alerte à cette époque.

(25) Parmi lesquels on peut citer notamment les révélations des lanceurs d'alerte Stéphanie Gribaud en 2008, Irène Frachon en 2010, Antoine Deltour et Raphaël Hallet en 2012 ou encore Hervé Falciani en 2015.

(26) R. MOBERLY, «Sarbanes-Oxley's Whistleblower Provisions: Ten Years Later», *ExpressO*, 2012.

(27) Ainsi, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a souligné l'importance de l'exemple des États-Unis en cette matière (Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, «La protection des "donneurs d'alerte"», Rapport, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur : M. P. Omtzigt, 2009). De même, le *Government Accountability Project* a décrit les protections des lanceurs d'alerte au sein de l'Union européenne comme marquées par une leadership du Royaume-Uni (T. GUYER et N. PETERSON, «The current state of whistleblower law in Europe», rapport du *Government Accountability Project*, 2013); J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 5; A. TALEB-KARLSON, «Whistle-blowing and Human Rights. European standards and domestic legislations: the scope of legal protections for whistleblowers in UK, France and Sweden», *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme*, Universités de La Sorbonne et de Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 9 avril (Nanterre) et 10 avril 2015; P. ABADIE, «Le salarié lanceur d'alerte en France et aux États-Unis: pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté», *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme*, Universités de La Sorbonne et de Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 9 avril (Nanterre) et 10 avril 2015

(28) D. LOCHAK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme: réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 10.

(29) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *J.O.R.F.* n° 0287, 10 décembre 2016.

(30) Selon Transparency International, cette législation constitue aujourd'hui l'une des plus avancées d'Europe en matière de protection des lanceurs d'alerte.

(31) Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, *J.O.R.F.*, 28 mars 2017.

(32) N.-M. MEYER, «Le droit d'alerte en perspective: 50 années de débat dans le monde», *A.J.D.A.*, 2014, p. 2242.

(33) Une question parlementaire a été posée en 2006 par M^{me} De Roeck (question n° 3-6430 de M^{me} De Roeck du



dotée d'un décret réglementant la dénonciation des irrégularités dans le secteur public qui ne s'applique qu'aux fonctionnaires de l'administration flamande⁽³⁴⁾. En 2013, une loi relative à la dénonciation d'une atteinte suspectée à l'intégrité dans une autorité administrative fédérale par un membre de son personnel a été promulguée⁽³⁵⁾. Elle crée un système de dénonciation en cascade largement inspiré du système flamand. Successivement, toute personne doit s'adresser à son supérieur, son point de contact interne et enfin, son «point de contact central pour les atteintes suspectées à l'intégrité» institué auprès des médiateurs fédéraux⁽³⁶⁾. La loi demeure en revanche totalement muette lorsqu'il s'agit d'effectuer des révélations auprès du public. La Communauté germanophone s'est également dotée d'un système similaire pour ses fonctionnaires⁽³⁷⁾.

Il apparaît néanmoins que ces procédures en cascade demeurent complexes, ce qui peut *in fine* nuire à leur prévisibilité ainsi qu'à leur efficacité générale. En outre, leur champ d'application reste extrême-

ment limité: seule une partie du secteur public est actuellement visée⁽³⁸⁾.

Plus récemment, une procédure a été mise en place en matière financière pour traiter les signalements émanant de lanceurs d'alerte. Une loi du 31 juillet 2017 a inséré dans la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier⁽³⁹⁾ un article 69bis qui impose à la FSMA⁽⁴⁰⁾ de mettre en œuvre des mécanismes efficaces pour permettre le signalement d'infractions à la législation financière dont elle contrôle le respect. Cette loi prévoit également une protection pour les personnes qui signalent de bonne foi ces infractions à cette autorité⁽⁴¹⁾. Elle doit également préserver le caractère confidentiel de l'identité de la personne effectuant le signalement et préciser, via un règlement, les règles de procédure applicables à la réception et au traitement de ces signalements. La FSMA a adopté un tel

15 décembre 2006 et réponse du ministre de l'Emploi du 16 mars 2007, Sénat, *Q.R.*, sess. 2006-2007) sur cette absence de législation. Le ministre de l'Emploi avait répondu qu'il n'y avait en effet pas de protection spécifique mais qu'il existe un certain nombre de principes généraux en la matière parmi lesquels (1) le respect et les égards mutuels que se doivent l'employeur et le travailleur en vertu de l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, (2) à l'interdiction du licenciement abusif (aujourd'hui licenciement manifestement déraisonnable), ou à la réglementation relative à la protection contre le harcèlement au travail. Le ministre a ainsi jugé prématuré d'élaborer un cadre protecteur particulier pour les lanceurs d'alerte. Néanmoins, ces dispositions n'offrent pas un niveau de sécurité juridique suffisant et ne peuvent éventuellement protéger que les lanceurs d'alerte qui auraient déjà fait l'objet de mesures de rétorsion. (Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 146).

(34) Décret du 7 mai 2004 modifiant le décret du 7 juillet 1998 instaurant le service de médiation flamand en ce qui concerne la protection de fonctionnaires qui dénoncent des irrégularités, *M.B.*, 11 juin 2004.

(35) Loi du 15 septembre 2013 relative à la dénonciation d'une atteinte suspectée à l'intégrité au sein d'une autorité administrative fédérale par un membre de son personnel, *M.B.*, 4 octobre 2013.

(36) Concernant la procédure à suivre voy. articles 6 à 9 de la loi du 15 septembre 2013.

(37) Celui-ci est prévu par le décret du 26 mai 2009 instituant la fonction de Médiateur pour la Communauté germanophone, *M.B.*, 7 octobre 2009, p. 66206.

(38) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 148.

(39) Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, *M.B.*, 4 septembre 2002, p. 39121.

(40) Autorité belge des services et marchés financiers.

(41) L'article 69bis, § 2, de la loi du 2 août 2002 prévoit que le lanceur d'alerte de bonne foi «ne peut faire l'objet d'aucune action civile, pénale ou disciplinaire ni se voir imposer aucune sanction professionnelle, qui serait intentée ou prononcée en raison du fait qu'elle a procédé audit signalement. Cette personne n'est pas considérée comme violant une quelconque restriction à la divulgation ou communication d'informations imposée par un contrat ou par une disposition législative, réglementaire ou administrative, et sa responsabilité ne sera aucunement engagée en rapport avec la notification de ces informations». En son § 3, il prévoit que «(l)es représailles, la discrimination et d'autres types de traitement inéquitable ou de mesure préjudiciable consécutifs ou liés au signalement d'une infraction visé au paragraphe 1^{er} sont interdits à l'égard du travailleur qui signale de bonne foi l'infraction ou qui, dans ce signalement, est accusé d'une infraction». En outre, en cas de représailles, discrimination ou tout autre type de traitement inéquitable ou mesure préjudiciable, la charge de la preuve que ce traitement ou cette mesure n'est pas consécutif et n'est pas lié au signalement incombe à l'employeur pendant, en principe, une période de douze mois à compter du signalement. S'il est mis fin à la relation de travail du travailleur qui a signalé ou que les conditions de celle-ci sont modifiées, le travailleur peut demander sa réintégration ou la modification des conditions de travail. S'il n'est pas réintégré, il a droit à une indemnité.



règlement qui a été approuvé par un arrêté royal du 24 décembre 2017⁽⁴²⁾.

B. La protection des lanceurs d'alerte : une situation globalement encore insatisfaisante

6. Cet état des lieux des législations existantes permet de faire le constat que la protection des lanceurs d'alerte reste globalement insatisfaisante. L'une des critiques qui revient systématiquement à l'encontre des législations européennes est le fait qu'elles sont considérées comme trop peu claires, souvent disparates et sectorielles. Les exemples français et irlandais ne se sont malheureusement pas encore généralisés. Le nombre d'États qui dispose d'une protection couvrant à la fois le secteur public et le secteur privé reste – trop – faible. Les législations ne visent généralement pas l'ensemble des champs de l'activité humaine⁽⁴³⁾. Quasiment aucun État n'a adopté de réglementation générale, transversale et transparente, appliquant des procédures communes à l'ensemble des secteurs d'activités et protégeant tous les types de révélations. Ce vœu est peut-être voué à demeurer pieu dès lors qu'on ne peut simplement omettre les difficultés liées à l'établissement de telles législations.

L'analyse des réglementations européennes permet encore de constater la grande disparité dans le niveau de protection. Alors que certains États ne disposent à ce jour d'aucune protection spécifique – voire même d'aucune politique publique cohérente en la matière⁽⁴⁴⁾, quelques auteurs estiment qu'il serait opportun qu'une protection du lanceur d'alerte soit initiée au niveau supranational, au sein de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe,

afin de parvenir à une situation harmonisée, voire uniformisée⁽⁴⁵⁾.

§ 2. Définir la notion de lanceur d'alerte⁽⁴⁶⁾

A. L'absence de définition unanimement acceptée

7. Conceptuellement, il règne un flou important lorsqu'il s'agit d'expliquer et de définir la notion de lanceur d'alerte. Or, bien souvent dans les réglementations accordant des droits et/ou des obligations, la première étape reste celle des définitions, permettant de déterminer un champ d'application. L'analyse des législations existantes révèle l'absence d'une définition unanimement acceptée nationalement ou internationalement du terme lanceur d'alerte. Chaque texte retient sa propre définition se basant sur des conditions différentes pour qu'un individu dénonçant des pratiques puisse être considéré comme un « lanceur d'alerte » et bénéficier d'une quelconque protection.

Plusieurs éléments distincts sont pris en compte et constituent parfois l'élément prépondérant de la définition. Premièrement, le lanceur d'alerte est défini en fonction de l'identité de la personne divulguant des informations. Il peut s'agir de travailleurs de l'organisation, salariés ou collaborateurs indépendants, de fournisseurs ou, plus généralement, de toute personne qui prendrait connaissance de certaines irrégularités. Certaines législations ajoutent en outre le critère de la bonne foi : ne peuvent bénéficier d'une protection que les lanceurs d'alerte qui ne manifestent aucune mauvaise foi c'est-à-dire ceux qui ne cherchent pas un quelconque intérêt personnel en révélant des informations⁽⁴⁷⁾. Deuxièmement, des définitions se fondent sur le type d'informations révélées. Certaines considèrent qu'un lanceur

(42) Arrêté royal portant approbation du règlement de l'Autorité des services et marchés financiers précisant les règles de procédure applicables à la réception et au traitement des signalements d'infractions, *M.B.*, 28 septembre 2017.

(43) D. LOCHAK, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 10.

(44) J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme », *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 5 ; Transparency International a d'ailleurs souligné le caractère éclaté des dispositifs de protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Union européenne (Transparency International, « Whistleblowing in Europe: Legal protection for whistleblowers in the EU », 2013).

(45) T. RACHO, « La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 1 ; D. LOCHAK, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 10.

(46) Notons qu'afin de mieux cerner qui sont les lanceurs d'alerte D. Lochak distingue celui-ci de la désobéissance civile, des associations militantes et des journalistes. Pour une analyse complète voy. D. LOCHAK, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, pp. 3 et s.).

(47) Avec toutes les difficultés que cela implique afin de définir ce que signifie agir de bonne foi dans ce contexte et surtout sur qui doit porter la charge de la preuve de cette bonne foi, qui est particulièrement délicate.



d'alerte peut bénéficier d'une protection lorsqu'il révèle l'existence de faits constitutifs de crimes ou délits, des illégalités en général, des comportements contraires à l'intérêt général ou encore de comportements immoraux. D'autres requièrent simplement l'existence d'une situation d'une certaine gravité ou imminence, apportant inévitablement une dose de subjectivité. Certains textes exigent que la personne qui dénonce ait pris connaissance des faits personnellement et puisse raisonnablement considérer qu'ils soient vrais après avoir mis en œuvre ce qui était en son pouvoir pour en vérifier la véracité. Troisièmement, les définitions de la notion de lanceur d'alerte se distinguent par les modalités de divulgation envisagées. Souvent, les lanceurs d'alerte qui souhaitent bénéficier d'une protection ne peuvent pas directement porter l'alerte à l'extérieur de leur entreprise ou organisation. Un système adopté par de nombreuses législations est celui dit du *Three Tiers*⁽⁴⁸⁾. Il prévoit que, lorsqu'une personne constate une situation problématique, elle doit, en principe, d'abord faire part de ses préoccupations à l'intérieur même de l'organisation, à son supérieur hiérarchique. En l'absence de réaction de celui-ci dans un certain délai ou dans l'hypothèse où il serait impliqué dans la situation problématique, le lanceur d'alerte peut s'adresser à une autorité spécifiquement désignée à cet effet. À nouveau, en cas d'inaction de cette autorité, le lanceur d'alerte peut s'adresser à la presse ou au public en général. L'on retrouve le système de la cascade des réceptacles des informations. L'objectif d'un tel système est de remédier à la situation problématique tout en préservant la réputation de l'entreprise ou l'organisation et en lui évitant de subir le préjudice qui découlerait d'une révélation de la situation au public et aux médias⁽⁴⁹⁾. Sans doute peut-on voir dans le respect de cette procédure un indice de la bonne foi du lanceur d'alerte, celui-ci cherchant dans un premier temps à solutionner l'affaire en interne, et à ne pas l'ébruiter. Cela étant, l'on peut aussi critiquer l'imposition d'un tel canal de diffusion de l'information, laissant croire à une volonté d'étouffer l'affaire.

(48) C'est notamment ce type de système qu'a mis en place la nouvelle loi française adoptée le 9 décembre 2016 (loi Sapin II) dans la mesure où elle prévoit que le lanceur d'alerte doit, sauf danger grave et imminent, suivre un parcours en trois étapes : la voie interne, la communication aux autorités compétentes et la divulgation au public ou à la presse.

(49) D'autant plus que les craintes du lanceur d'alerte pourraient finalement se pas être fondées parce qu'il a fait une erreur ou ne disposait pas de toutes les informations nécessaires

B. La catégorisation des définitions existantes

8. Sur base de ces différentes approches, il est possible de classer les différentes définitions de la notion de lanceur d'alerte. En l'état, il nous paraît possible de distinguer trois «définitions-types» auxquelles les différentes définitions proposées par la doctrine ou promulguées par les législations peuvent être rattachées. Ces trois propositions présentent en outre une gradation dans le champ de ce qui peut entrer dans la notion de lancement d'alerte. Ces trois définitions permettent d'observer à quel point les limites de cette notion peuvent être à dimensions variables et à quel point cette coexistence de définitions est éclairante sur la difficulté à appréhender le phénomène du lancement d'alerte et sa régulation.

Une première définition peut être qualifiée de très restrictive. Elle est proposée par Christine Noiville et Marie-Angèle Hermitte, et indique que le lanceur d'alerte est celui qui «dans son champ professionnel, constate l'existence d'un danger grave et collectif et qui, après avoir en vain cherché à faire intervenir ceux qui ont compétence pour y parer, entre dans des stratégies de résistance au risque de s'attirer des mesures de rétorsion»⁽⁵⁰⁾. On observe qu'elle ne vise que le contexte de la relation de travail. Concernant l'objet de l'alerte, la dénonciation ne peut porter que sur un «danger grave et collectif». Quant à l'expression «chercher à faire intervenir ceux qui ont compétence pour y parer», elle semble indiquer que le signalement ne peut directement être fait au public en général mais doit d'abord être effectué en interne ou auprès d'une autorité compétente.

La deuxième définition-type est plus large. Rédigée par Francis Châteauraynaud, elle considère le lanceur d'alerte comme étant «[t]oute personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général»⁽⁵¹⁾. On observe que le champ n'est plus restreint à l'unique relation de travail. Les travailleurs ne sont plus les seuls à pouvoir bénéficier d'une protection. L'alerte peut en outre être donnée par une personne seule ou par un groupe de personnes.

(50) C. NOIVILLE et M.-A. HERMITTE, «Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte», EDP Sciences – Natures Sciences Sociétés, 2006.

(51) F. CHATEAURAYNAUD, «Lanceur d'alerte», in I. CASILLO avec R. BARBIER, L. BLONDIAUX, F. CHATEAURAYNAUD, J.-M. FOURNIAU, R. LEFEBVRE, C. NEVEU et D. SALLES (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013.

L'objet potentiel de l'alerte est aussi défini bien plus largement : il ne s'agit pas uniquement des comportements qui ne sont pas conformes au droit mais également de ceux qui sont en conflit avec le bien commun et l'intérêt général. La liste des comportements qui peuvent être révélés est donc potentiellement longue.

Enfin, la dernière définition-cadre est beaucoup plus englobante⁽⁵²⁾. Elle a été proposée en 2010 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1729 relative à la protection des «donneurs d'alerte»⁽⁵³⁾. Ce texte définit les lanceurs d'alerte comme «toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui». À l'instar de la deuxième définition proposée, celle-ci ne se limite pas à un type de personne, ni même à un cadre particulier. Cette résolution donne également la priorité aux signalements en interne. Le recours aux voies de signalement externes ne devrait être protégé que «lorsqu'il n'y a pas de voies internes pour donner l'alerte, ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement, voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le donneur d'alerte» (article 6.2.3.). Enfin, l'objet potentiel des révélations est extrêmement large dès lors qu'il peut s'agir : tout agissement «pouvant représenter un risque pour autrui»⁽⁵⁴⁾.

§ 3. Le statut juridique du lanceur d'alerte : existe-t-il un droit d'alerte ?

9. L'analyse du statut et de la protection des lanceurs d'alerte requiert que l'on distingue les textes du Conseil de l'Europe (A.) et ceux de l'Union européenne (B.). Ces deux instances ont en effet déjà eu l'occasion d'apporter, souvent dans des textes dépourvus il est vrai de force contraignante, des indications sur la protection devant être accordée aux lanceurs.

Il convient, dès l'entame de ce paragraphe de revenir sur l'affaire *Luxleaks*. En effet, nous avons souligné qu'il s'agit de l'une des affaires qui a le plus contribué à faire connaître, en Europe, la figure du

lanceur d'alerte. Elle a également mis en lumière les difficultés liées à l'encadrement de l'alerte et à la protection de son auteur qu'il s'agisse de l'insuffisance des législations nationales de certains États membres de l'Union, de la difficulté à interpréter et à appliquer la protection développée par la Cour européenne des droits de l'homme mais également le champ d'application étroit des protections existantes ou en cours d'adoption au niveau de l'Union européenne. Pour cette raison, nous reviendrons brièvement sur les faits de l'affaire et l'inapplicabilité de la législation luxembourgeoise avant d'analyser les difficultés liées à l'application du cadre juridique du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

10. L'affaire *Luxleaks* en guise d'illustration. – Antoine Deltour et Raphaël Hallet sont deux anciens salariés de l'entreprise de consultance PriceWaterhouseCooper Luxembourg. Ces employés ont copié et transmis à un journaliste, Edouard Perrin, des informations confidentielles qui ont permis, en 2014, de révéler des pratiques d'évitement fiscal conclues par plusieurs centaines de multinationales avec l'administration fiscale luxembourgeoise, mettant au jour un vaste scandale d'optimisation fiscale⁽⁵⁵⁾. Poursuivis devant les juridictions luxembourgeoises, les deux lanceurs ont rapidement reconnu la matérialité des faits qui leur étaient reprochés, mais les ont justifiés en déclarant avoir agi en citoyens responsables, comme lanceurs d'alerte. Ils ont requis par conséquent l'acquittement de la part des juges luxembourgeois.

Plusieurs décisions ont été rendues dans cette affaire par les juridictions luxembourgeoises.

En première instance⁽⁵⁶⁾, le tribunal d'arrondissement du Grand-Duché de Luxembourg a reconnu les deux anciens employés coupables de vol, fraude informatique, violation du secret professionnel et du secret d'affaires et de blanchiment-détention. Antoine Deltour a été condamné à 12 mois d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à 1.500 EUR d'amende. Raphaël Halet a écopé de 9 mois d'emprisonnement avec sursis et une amende de 1.000 EUR.

Dans cette décision, le tribunal a d'abord reconnu les infractions établies dans le chef des deux lanceurs d'alerte avant de s'interroger sur le fait de savoir s'ils pouvaient bénéficier du statut de lanceur d'alerte et sur les conséquences qu'il convenait de tirer de ce statut. Il a considéré que tant Antoine

(52) J.-P. FOEGLE, «Les lanceurs d'alerte», *La Revue des droits de l'homme*, 2014, p. 24.

(53) Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, Protection des «donneurs d'alerte» de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

(54) Alors qu'en visant les agissements contraires à l'intérêt général et le bien commun, on reste dans quelque chose de relativement restrictif, cette formulation permet de viser un panel énorme de comportements.

(55) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 95.

(56) Tribunal d'arrondissement Luxembourg, 29 juin 2016, A.M., 2016/3, p. 291.



Deltour que Raphaël Halet étaient des lanceurs d'alerte dont les divulgations relevaient de l'intérêt général. Concernant les conséquences qu'il convenait de tirer de ce statut, le tribunal a constaté qu'ils ne pouvaient pas bénéficier d'une protection en vertu du droit luxembourgeois: en effet, si une législation existe au Luxembourg qui protège les lanceurs d'alerte, elle ne couvre que certaines dénonciations en matière de corruption, de trafic d'influence et de prise illégale d'intérêt⁽⁵⁷⁾. Les divulgations des lanceurs d'alerte dans l'affaire *Luxleaks* ne tombaient pas dans ce champ.

Le tribunal s'est ensuite penché sur les conséquences qui pouvaient découler de ce statut en vertu du droit européen. Au niveau de l'Union européenne, il a souligné que le Parlement, comme la Commission, avaient admis la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte mais qu'il n'existait pas de norme juridique qui garantissait une telle protection. Il ajoutait que la proposition à l'époque d'une directive sur la protection du secret d'affaires entendait même resserrer le cadre de la protection des lanceurs d'alerte.

Concernant les normes existantes au niveau du Conseil de l'Europe, le tribunal a adopté une interprétation plus que surprenante des textes afin de considérer que les deux lanceurs d'alerte n'étaient pas protégés par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, il estimait que le Conseil de l'Europe avait émis une recommandation (CM/Rec(2014)7) soulignant l'insuffisance des normes en vigueur pour protéger efficacement les lanceurs d'alerte et encourageant les États membres à revoir leurs dispositions ou à en adopter. De ce texte, il déduisait que si la Cour européenne des droits de l'homme assurait une protection efficace des lanceurs d'alerte, alors la recommandation n'était pas nécessaire. Il fallait donc interpréter l'article 10 Conv. EDH, non pas comme assurant une protection aux lanceurs d'alerte mais au contraire, comme imposant une condamnation de ceux-ci à condition que la sanction prononcée soit juste et proportionnée. Il ajoutait que dans cette affaire il estimait que l'intérêt public du signalement était insuffisant pour ne pas sanctionner les infractions commises par les deux lanceurs d'alerte car ceux-ci avaient dépassé ce que leur permettait le droit à la

liberté d'expression. En les condamnant, il ne violait à son estime pas l'article 10 Conv. EDH.

Cette décision, qui niait la protection construite par la Cour européenne des droits de l'homme en l'absence de législation nationale, n'a heureusement pas été reprise par la Cour d'appel.

En degré d'appel, la Cour a accueilli le statut de lanceur d'alerte défini par la Cour européenne des droits de l'homme sur base de l'article 10 Conv. EDH et reconnu qu'il pouvait justifier l'octroi d'une protection et justifier la violation de dispositions légales par les lanceurs d'alerte. Néanmoins, elle a appliqué de manière problématique les critères définis par la Cour et confirmé en partie la condamnation des deux lanceurs d'alerte à des peines réduites.

Jugeant incorrectes l'interprétation et l'application des critères de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour d'appel, les deux lanceurs d'alerte ont attaqué cet arrêt devant la Cour de cassation de Luxembourg. Celle-ci a considéré que la Cour d'appel avait fait une mauvaise application de cette jurisprudence concernant Antoine Deltour auquel elle a formellement et en totalité reconnu le statut de lanceur d'alerte. Elle a par contre confirmé la condamnation de Raphaël Halet, considérant que, dans son chef, les conditions de cette jurisprudence n'étaient pas réunies. Elle a ainsi cassé l'arrêt de la Cour d'appel et établi ce que devait être la correcte application de cette jurisprudence⁽⁵⁸⁾. La Cour d'appel nouvellement composée a rendu un arrêt le 15 mai 2018. Elle a déchargé Antoine Deltour de la plupart des chefs d'accusation (vol, utilisation de données confidentielles...). Elle l'a par contre reconnu coupable de vol d'autres données (des documents de formation interne) ainsi que de leurs détention et utilisation. Elle a ordonné une suspension du prononcé de la condamnation pour trois ans et, au civil, elle a confirmé la décision du tribunal d'arrondissement condamnant Antoine Deltour à payer à son employeur un euro symbolique.

Le journaliste Edouard Perrin s'est quant à lui vu reconnaître la cause justificative du «journaliste responsable» et s'est vu acquitté de toutes les préventions mises à sa charge.

Nous analyserons les décisions prises par la Cour d'appel et la Cour de cassation en analysant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de protection des lanceurs d'alerte.

(57) Loi du 13 février 2011 renforçant les moyens de lutte contre la corruption et portant modification du Code du travail, de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut des fonctionnaires de l'État, de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux, du Code d'instruction criminelle et du Code pénal, *J.O.G.D.L.*, 18 février 2011, pp. 347 et s.

(58) Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg, arrêt du 11 janvier 2018.



A. Le Conseil de l'Europe

11. Le Conseil de l'Europe a eu l'occasion, à travers la rédaction et l'adoption de plusieurs textes, de témoigner de l'importance qu'il accorde à la problématique des lanceurs d'alerte et de leur protection. La plupart de ces textes font suite à l'adoption d'un rapport en 2009 dans lequel la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constate que la figure des lanceurs d'alerte emporte de nouvelles problématiques qui n'avaient pas encore été identifiées dans le cadre d'autres réflexions⁽⁵⁹⁾. Le constat porte aussi sur les nombreuses conséquences négatives subies par ces lanceurs, alors même que les révélations faites ne sont pas mensongères. Il y a là, selon ce rapport, une sorte de paradoxe. La Commission ajoute enfin que l'absence de statut, les craintes de poursuites, la conviction que leur signalement ne mènera pas d'office à régler une situation qu'ils estiment problématique, amènent les potentiels lanceurs à préférer garder le silence. Différentes considérations se concrétisent dans une série de textes dépourvus cependant de toute force contraignante. Outre l'analyse de ces textes, nous verrons que la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion, à travers quelques arrêts phares, de tracer les grandes lignes de la protection à accorder aux donneurs d'alerte.

1. Les textes non contraignants du Conseil de l'Europe

12. **La résolution 1729 (2010) et la recommandation 1916 (2010).** – Par ces deux premiers textes, l'Assemblée parlementaire a invité tous les États membres à améliorer la protection des «donneurs d'alerte» dans les secteurs public et privé. Adoptée en 2010, la résolution 1729 souligne l'importance du rôle des lanceurs d'alerte. Ils permettent notamment de «renforcer la responsabilisation et de mieux lutter contre la corruption et la mauvaise gestion, dans le secteur tant public que privé» (§ 1^{er}). Ils constituent, en outre, un moyen de contrôle complémentaire pour les citoyens et renforcent ainsi leur confiance dans le système. Enfin, l'obligation de rendre des comptes devient, par leur entremise, réellement effective pour l'ensemble des acteurs qui viendraient à adopter des pratiques considérées comme contraires à l'intérêt général⁽⁶⁰⁾. Cette résolution retient une définition extrêmement

large du donneur d'alerte, considérant qu'il s'agit de «toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui». Elle ne restreint donc ni le champ d'application *ratione personae*, ni le champ *ratione materiae*. Dans la recommandation 1916, l'Assemblée parlementaire rebondit sur la résolution 1729: elle recommande au Conseil des ministres d'élaborer un ensemble de lignes directrices sur base des principes de cette résolution et d'envisager l'élaboration d'une convention-cadre sur la protection des donneurs d'alerte⁽⁶¹⁾. Néanmoins, à ce jour, le Conseil des ministres ne semble toujours pas avoir donné suite à cette recommandation.

13. **La résolution 1954 (2013) et la recommandation 2014 (2013).** – Ces deux textes concernent un aspect plus particulier de la protection des lanceurs d'alerte. En effet, via ces textes, l'Assemblée parlementaire adhère aux principes de Tshwane sur la sécurité nationale et le droit à l'information⁽⁶²⁾. Ces principes tentent de concilier l'accès du public à l'information gouvernementale avec les efforts légitimes pour protéger les populations des menaces pour la sécurité nationale. Autrement dit, ces principes assurent un équilibre entre le droit de savoir et le secret officiel. Ils ont été élaborés afin de guider les personnes impliquées dans la rédaction, la révision ou la mise en œuvre de lois ou de dispositions liées à l'autorité de l'État en vue de ne pas divulguer certaines informations pour des raisons de sécurité nationale ou de punir la divulgation de telles informations⁽⁶³⁾. Ils précisent les informations

à l'ère dite de la «post-vérité»? » in *Le secret*, Limal, Anthemis, p. 123.

(61) D. LOCHAK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme: réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 13.

(62) Il s'agit de principes élaborés pour guider la rédaction, la révision ou la mise en œuvre des lois ou des dispositions liées à l'autorité de l'État concernant la rétention d'informations pour des raisons de sécurité nationale ou la sanction de la divulgation de telles informations. Ils sont basés sur les lois, normes et bonnes pratiques nationales et internationales, ainsi que sur des publications d'experts.

(63) Les grands axes de ces principes sont (1) le fait que les informations ne doivent être maintenues secrètes que si leur divulgation présente un risque de nuisance grave à un intérêt légitime de sécurité nationale. (2) Les informations relatives à de graves violations des droits humains internationaux doivent toujours être divulguées. (3) Le public doit avoir accès aux informations relatives aux programmes de surveillance. (4) Aucune entité gouvernementale ne doit être catégoriquement exemptée d'exigence de divulgation. (5) Les représentants de l'État qui agissent dans l'intérêt du public

(59) Rapport «La protection des donneurs d'alerte» du 14 septembre 2009, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc. 12006, rapporteur P. Omtzigt.

(60) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité



qui peuvent être maintenues secrètes, celles devant être révélées et définissent les normes pour le traitement des lanceurs d'alerte. Ils reconnaissent que la protection des lanceurs d'alerte et les procédures de lancement d'alerte en ces matières nécessitent un traitement particulier au vu du caractère sensible des informations qui peuvent être révélées. Ajoutons encore que ces principes présentent une importance certaine dans la mesure non seulement où la divulgation d'informations relatives à la sécurité nationale est quasiment systématiquement exclue des législations accordant une protection aux donneurs d'alerte mais également, en raison des efforts importants déployés dans la lutte contre le terrorisme et de l'essor des nouvelles technologies numériques.

14. **La recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des ministres (2014).** – En 2014, le Comité des ministres a adopté une nouvelle recommandation sur la protection des lanceurs d'alerte en reprenant à son compte et en synthétisant les standards internationaux les plus élaborés en matière de lancement d'alerte⁽⁶⁴⁾. Elle définit le lanceur d'alerte comme «toute personne qui fait des signalements ou révèle les informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé». On décèle que cette définition est plus restrictive que celle de la résolution 1729. En effet, seul le lancement d'alerte dans le cadre des relations de travail est pris en compte⁽⁶⁵⁾.

en exposant des abus du gouvernement doivent être protégé contre tout mesure de représailles. Concernant les lanceurs d'alerte, ils prévoient que les lois doivent protéger les agents publics, y compris les militaires et les sous-traitant travaillant pour les services de renseignements, qui révèlent des informations au public, s'ils respectent quatre conditions: (1) l'information à divulguer doit concerner des actes répréhensibles d'un gouvernement ou d'entreprises travaillant avec l'État; (2) la personne doit avoir tenté de signaler un acte répréhensible, à moins qu'il n'ait pas existé d'organisme susceptible d'enquêter avec efficacité ou que le signalement aurait pu présenter un risque significatif de destruction des preuves ou de représailles à l'encontre du lanceur d'alerte ou d'un tiers; (3) la révélation d'information s'est limitée aux informations raisonnablement nécessaires pour mettre au jour l'acte répréhensible; et enfin (4) le lanceur d'alerte avait des motifs raisonnables de penser que la révélation d'informations était plus bénéfique que dommageable pour l'intérêt général.

(64) J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 12.

(65) Néanmoins, la notion de relation de travail est appréciée largement. Elle vise tant le secteur privé que le secteur public. Il peut s'agir d'une relation rémunérée ou bénévole

Le texte suggère ensuite plusieurs pistes aux États membres dans l'instauration et/ou la consolidation de leur législation respective en faveur de la protection des lanceurs d'alerte⁽⁶⁶⁾. Plusieurs principes fondamentaux sont énumérés afin de les guider dans les éventuelles modifications à apporter aux textes. La recommandation tient aussi compte des critiques formulées concernant le caractère disparate et sectoriel des législations en encourageant la mise en œuvre d'une approche transversale et multidisciplinaire pour faciliter les signalements. Les informations qui peuvent être révélées devraient au moins couvrir les violations de la loi et des droits de l'homme ainsi que les risques pour la santé, la sécurité publique et l'environnement⁽⁶⁷⁾. Enfin, le texte recommande de multiplier les voies de signalement afin de permettre un traitement rapide des alertes⁽⁶⁸⁾. Bien que, dans l'esprit de ses rédacteurs, ce texte doit devenir l'un des documents de référence en la matière, il apparaît insuffisant⁽⁶⁹⁾. En effet, il s'agit d'un accord de politique commune mais sans force contraignante pour les gouvernements des États membres. Si la négociation d'une convention-cadre contraignante a été évoquée non seulement dans une recommandation de l'Assemblée parlementaire de 2010⁽⁷⁰⁾, mais aussi dans une note introductive de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme de

et elle peut avoir pris fin ou ne pas encore avoir commencé. (Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?» in *Le secret*, Limal, Anthemis, p. 124.).

(66) J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme*

(67) Sur ce point, on peut relever un élément quelque peu paradoxal: la recommandation plaide pour une approche transversale et multidisciplinaire tout en se limitant, dans sa définition, à viser les seuls lanceurs d'alerte dans le cadre d'une relation de travail.

(68) J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 5.

(69) *Ibid.*, p. 1.

(70) Recommandation 1916 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur la protection des donneurs d'alerte.



la même Assemblée en 2014⁽⁷¹⁾, cette idée a malheureusement été abandonnée⁽⁷²⁾.

15. La résolution 2060 (2015) et la recommandation 2073 (2015). – Ces deux derniers documents invitent le Conseil de l'Europe à déterminer et adopter un instrument juridique contraignant sur la protection des donneurs d'alerte. Ils lancent en outre un appel aux États-Unis pour permettre à Edward Snowden de rentrer dans son pays sans crainte de poursuites pénales. Ces textes – ainsi que cet appel – ont été adoptés suite à la présentation, en 2009, d'un rapport⁽⁷³⁾ qui s'est penché principalement sur le cas *Snowden*. Ces deux textes, adoptés en 2015, visent à améliorer la protection des lanceurs d'alerte par le biais d'une action européenne commune appliquée dans l'ensemble des États membres.

2. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

16. Une protection fondée sur l'article 10 de la Convention. – Malgré les tâtonnements dans l'adoption de textes contraignants ou non, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait office de pionnière en la matière à l'échelle européenne⁽⁷⁴⁾. Le point de départ est un arrêt rendu le 21 février 2008 par la grande chambre de la Cour dans une affaire *Guja c. Moldavie*. D'autres affaires ont ensuite permis à la Cour de dessiner les contours d'une protection pour le lanceur d'alerte. Ces cas d'espèce partent de situations souvent simi-

lares: des révélations sont faites par un employé, causant préjudice à l'employeur (le schéma est identique lorsque l'employeur est une autorité publique). Ce dernier estime que la divulgation de ces informations constitue une violation de l'obligation de loyauté et de confidentialité de son employé, devoir découlant généralement du lien contractuel établi entre eux. S'appuyant sur le non-respect de cette obligation, l'employeur sanctionne l'employé en adoptant à son encontre des mesures de rétorsion, allant du blâme au licenciement, en passant éventuellement pas des sanctions administratives, civiles ou pénales prononcées pour la violation de l'obligation de discrétion ou, simplement, pour diffamation⁽⁷⁵⁾.

Le schéma décrit ci-dessus pose la question de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à toute personne la faculté de s'exprimer sans contrainte. La jurisprudence européenne a déjà eu l'occasion de préciser que cette liberté vaut aussi pour les travailleurs, qu'ils soient dans le domaine privé ou dans le domaine public⁽⁷⁶⁾. De ce fait, les mesures de rétorsion dont font l'objet les lanceurs d'alerte sont qualifiées d'ingérences dans cette liberté d'expression⁽⁷⁷⁾. Sont-elles pour autant d'office illégales? Non. La liberté d'expression n'est pas un droit absolu. Des ingérences sont possibles pour autant qu'elles respectent les exigences imposées par l'article 10, § 2, de la Convention. Elles doivent être prévues par la loi, justifiées par un des buts légitimes repris dans la disposition, et être «nécessaires dans une société démocratique». En cela, le second paragraphe de l'article 10 vise à garantir le respect d'un équilibre avec d'autres intérêts en présence⁽⁷⁸⁾.

(71) Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, «Les opérations massives de surveillance en Europe» et «Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection des donneurs d'alertes», Note introductive rédigées par P. OMTZIGT, 23 janvier 2014, AS/Jur(2014)02.

(72) J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 5.

(73) Rapport «La protection des donneurs d'alerte» du 14 septembre 2009, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Doc. 12006, rapporteur: P. Omtzigt.

(74) Par sa jurisprudence basée sur l'article 10 de la Convention a tenté de pallier l'insuffisance de la protection des lanceurs d'alerte au niveau européen. Elle est donc particulièrement importante dans les États ne disposant pas d'une législation protégeant (suffisamment) les lanceurs d'alerte (Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 131; J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 3.)

(75) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 467.

(76) Voy. parmi d'autres: C.E.D.H., arrêt *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995; *Abmed et autres c. Royaume-Uni* du 2 septembre 1998; *Wille c. Liechtenstein* du 28 octobre 1999; *Fuentes Bobo c. Espagne* du 29 février 2000; *Guja c. République de Moldova* du 12 février 2008; *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011; *Palomo Sanchez et autres c. Espagne* du 12 septembre 2011; *Vellutini et Michel c. France* du 6 octobre 2011; *Szima c. Hongrie* du 9 octobre 2012; *Bucur et Toma c. Roumanie* du 8 janvier 2013; *Matuz c. Hongrie* du 21 octobre 2014; *Marunic c. Croatie* du 28 mars 2017; *Guja c. République de Moldova* (n° 2) du 27 février 2018.

(77) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 467.

(78) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 131.



La Cour a ainsi déjà admis que les intérêts de l'employeur peuvent justifier certaines restrictions⁽⁷⁹⁾, à la liberté d'expression des travailleurs. Ces intérêts varient en fonction de la qualité de l'employeur ou de la nature de la fonction occupée par l'employé alléguant une atteinte à sa liberté d'expression⁽⁸⁰⁾. Par conséquent, l'atteinte à la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte ne peut être validée qu'à la suite d'une subtile mise en balance des intérêts en présence, aboutissant à des solutions au cas par cas⁽⁸¹⁾. Enfin, rappelons que lorsque ces ingérences sont le fait d'une entité privée, la Cour a la possibilité de les imputer à l'État en vertu des obligations positives de celui-ci⁽⁸²⁾. En effet, les États ont une obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression, y compris dans les rapports privés en annulant la mesure de l'employeur ou en y substituant une mesure moins sévère⁽⁸³⁾.

17. Plusieurs arrêts de référence. – Les arrêts *Guja c. Moldavie*, *Heinisch c. Allemagne* et *Bucur et Toma c. Roumanie* peuvent être considérés comme des arrêts de référence de cette jurisprudence. L'arrêt

Guja rendu le 21 février 2008 a permis à la Cour, pour la première fois, de s'intéresser à la protection des lanceurs d'alerte. Elle y a examiné la possibilité pour une fonctionnaire de violer volontairement son obligation de loyauté et de réserve. Il s'agissait d'une fonctionnaire du ministère public moldave qui avait dénoncé des soupçons d'abus de fonction⁽⁸⁴⁾. Elle avait transmis à la presse une copie d'une correspondance confidentielle du Parlement au Parquet par laquelle l'organe législatif semblait quémander à l'organe judiciaire une certaine clémence vis-à-vis d'officiers de police accusés d'abus de pouvoir et de violence. L'affaire *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011 concernait une infirmière, salariée du secteur privé, qui avait déposé plainte au pénal contre son employeur en raison de graves carences qu'elle avait eu l'occasion d'observer au sein de l'établissement de soins gériatriques dans lequel elle travaillait. Dans l'arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie*, les faits concernant un militaire des services secrets roumains qui avait dénoncé des écoutes téléphoniques illégales et classées ultra secrètes au sein de son service de renseignement, ces révélations ayant été faites lors d'une conférence de presse⁽⁸⁵⁾. Dans les trois arrêts brièvement décrits, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 de la Convention, estimant par conséquent que l'ingérence étatique prise à l'encontre de ces donneurs d'alerte ne pouvait être justifiée.

18. Un schéma standard de résolution des affaires concernant les lanceurs d'alerte. – La haute juridiction européenne a adopté, sans doute pour faciliter cette démarche de mise en balance des intérêts, un schéma d'analyse standardisé⁽⁸⁶⁾. Celui-ci lui permet d'apprécier plus facilement – voire plus mécaniquement – si les ingérences respectent les conditions de l'article 10, § 2. Composé de six facteurs d'appréciation qui doivent être successivement examinés, ce schéma a été proposé pour la première fois dans l'arrêt *Guja c. Moldavie* de 2008. Nous proposons une analyse de ces six facteurs tels qu'ils ont été appréhendés par la Cour dans les arrêts précités.

1) Le premier facteur s'inscrit dans une question à laquelle la Cour tente de répondre : le lanceur d'alerte a-t-il dénoncé les irrégularités à l'instance adéquate ou disposait-il d'autres moyens avant de s'adresser à celle-ci ? Afin de déterminer si le lan-

(79) Dans l'arrêt *Guja c. République de Moldova* la Cour a considéré que si l'article 10 Conv. EDH s'applique sur le lieu de travail et aux fonctionnaires, qui bénéficient du droit à la liberté d'expression, les travailleurs ont également un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers leur employeur. C'est particulièrement le cas pour les fonctionnaires car la nature de leur fonction exige que le fonctionnaire soit tenu par un devoir de loyauté et de discrétion (C.E.D.H., *Guja c. République de Moldova* du 12 février 2008, §§70 ; *Vogt c. Allemagne* du 26 septembre 1995, §53 ; *Ahmed et autres c. Royaume-Uni* du 2 septembre 1998, §55).

(80) Dans la fonction publique, la Cour admet l'existence d'un intérêt public à préserver la confiance de la population dans le bon fonctionnement des services publics et la légalité des activités étatiques. Dans le secteur privé les intérêts en cause sont logiquement plutôt de nature privée et peuvent ainsi inclure la protection du succès commercial et de la viabilité des entreprises (V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja* ?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 467.)

(81) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja* ?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 467.

(82) Voy. notamment C.E.D.H., arrêt *Fuentes Bobo* 29 février 2000, §38 et déc. *Bathellier c. France* du 12 octobre 2010, concernant les obligations positives des États en matière de liberté d'expression.

(83) Il en découle que si le droit d'un État membre appréhende de la même manière l'employé licencié pour un motif tenant à sa faute, ses aptitudes professionnelles ou la marche de l'entreprise et celui qui est licencié pour avoir exercé son droit à la liberté d'expression dans l'intérêt public, il viole la Convention européenne des droits de l'homme (V. JUNOD, «La liberté d'expression du whistleblower», *Rev. trim. dr. h.*, 77/2009, p. 242.).

(84) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja* ?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 468.

(85) *Ibid.*, p. 2.

(86) Les trois arrêts cités au point 17 sont considérés comme des décisions de référence. Ce schéma a ensuite été repris par la Cour dans d'autres décisions notamment les arrêts C.E.D.H., arrêt *Soares c. Portugal*, 21 juin 2016 et C.E.D.H., déc. *Bathellier c. France*, 12 octobre 2010.



ceur d'alerte doit bénéficier d'une protection, la Cour vérifie s'il n'existait pas d'autres moyens que la divulgation publique pour remédier à la situation qu'il juge critiquable⁽⁸⁷⁾. À travers sa jurisprudence, l'on s'aperçoit que la Cour organise une dénonciation par paliers, en cascade. Le lanceur d'alerte doit d'abord dénoncer les irrégularités qu'il constate auprès des instances internes désignées par son employeur, s'il en existe. Ce n'est que si celles-ci ne réagissent pas de manière efficace ou s'il apparaît d'emblée qu'elles ne le feront pas qu'il peut alors s'adresser à l'échelon suivant⁽⁸⁸⁾, externe à son entreprise. Le lanceur d'alerte s'adresse alors aux autorités publiques compétentes, qu'il s'agisse d'autorités de surveillance, d'un ministère public, de commissions parlementaires, voire même d'instances pénales. Ce n'est ensuite qu'en dernier ressort⁽⁸⁹⁾ que la dénonciation publique, généralement via les médias, peut être activée. Elle ne peut intervenir que lorsque les auto-

rités publiques n'ont pas été en mesure de mettre fin aux irrégularités ou lorsque la dénonciation s'avère d'emblée vaine⁽⁹⁰⁾.

Ce facteur d'appréciation présente un intérêt important. Dans les affaires décrites ci-avant, l'employé a fait l'objet des mesures de représailles pour s'être adressé aux médias, à la suite de dénonciations infructueuses en interne. Les lanceurs ont donc estimé qu'ils n'avaient d'autre choix que de s'adresser aux médias. En revanche, pour les autorités, il existait d'autres instances vers lesquelles se tourner avant de s'adresser aux médias⁽⁹¹⁾. Dans l'affaire *Guja c. Moldavie*, le fonctionnaire avait prévenu son supérieur. Face à l'absence de réaction de ce dernier endéans un délai de six mois, et compte tenu du fait qu'il n'existait pas, dans la réglementation, de recours et procédure clairs pour donner l'alerte, le lanceur s'était adressé à la presse. Pour la Cour, un tel contact se justifiait et ne constituait pas une faute. Le scénario était identique dans l'arrêt *Heinisch c. Allemagne*. Après plusieurs contacts auprès de ses supérieurs restés sans réaction, l'infirmerie avait déposé plainte et organisé une distribution de tracts dans l'entreprise. Une telle démarche a ensuite fait l'objet d'une couverture médiatique. La Cour a considéré qu'un tel comportement était à nouveau justifié. Dans l'arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie*, le travailleur s'était adressé à ses supérieurs, ces derniers lui avaient répondu de conserver le silence. Le travailleur avait ensuite pris contact avec un membre de la Commission parlementaire chargée de la surveillance de son employeur. Celui-ci lui avait conseillé de dénoncer publiquement les informations qu'il détenait, considérant que la commission ne présentait pas de gages suffisants d'indépendance en raison des liens qu'elle avait avec le service de renseignements dans lequel le lanceur officiait. Dans ces circonstances, la Cour a considéré qu'il était vain de saisir la commission⁽⁹²⁾. En revanche, dans les affaires

(87) *Guja*, § 73 ; *Heinisch*, § 65 ; Q. VAN ENIS, « Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ? », in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 132.

(88) Dans les affaires *Heinisch* et *Bucur et Toma*, la Cour a considéré que, si des voies d'alerte internes n'existent pas ou ne fonctionnent pas convenablement ou encore, qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent en raison de la nature du problème dénoncé, le Cour protège celui qui utilise les voies externes. La Cour a notamment considéré que dans l'hypothèse où les supérieurs sont impliqués dans les irrégularités dénoncées, cet échelon peut être considéré comme voué à l'échec.

(89) C.E.D.H., 19 février 2009, *Marchenko c. Ukraine*, § 51. Dans cette affaire, un professeur accusait une directrice d'école de malversation et avait exercé un recours auprès du parquet mais sa plainte avait été classée sans suite. Il a ensuite exercé un recours externe et proféré une accusation lors d'une manifestation. Dans ces circonstances, la Cour a considéré qu'il n'avait pas exercer tous les moyens à sa disposition pour contester le classement sans suite de sa plainte. Il aurait, en outre, dû alerter sa hiérarchie avant de rendre les accusations publiques. Il résulte que lorsque des recours existent et même si une décision est adoptée, le lanceur d'alerte doit utiliser toutes les voies de recours dont il dispose avant, en dernier recours de rendre l'information publique. Néanmoins, il apparaît que dans un arrêt *Koudechbkina* (C.E.D.H., 22 novembre 2011, *Koudechbkina c. Russie*) la Cour n'a pas analysé ce critère alors que l'affaire mettait en cause un juge révoqué de sa fonction après avoir exprimé des doutes quant à l'indépendance des tribunaux en Russie. Le juge avait révélé à la presse, lorsqu'il était candidat à une campagne électorale, des interférences du parquet sur une affaire pénale. Il avait donc directement alerté la presse mais sa révélation a été considérée comme justifiée selon la Cour européenne des droits de l'homme.

(90) V. JUNOD, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 468.

(91) Selon la jurisprudence de la Cour, pour qu'un lanceur d'alerte doive s'adresser à une instance particulière, il faut que l'information sur cette possibilité lui ait été clairement communiquée. L'employeur doit donc s'assurer que ses employés sachent à qui communiquer leurs soupçons. Dans les affaires *Guja*, *Heinisch* et *Bucur et Toma*, la Cour a constaté que la législation ne prévoyait aucune instance spécifique dans la fonction publique (V. JUNOD, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 468).

(92) V. JUNOD, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 469.



Soares c. Portugal⁽⁹³⁾ et *Bathellier c. France*⁽⁹⁴⁾, la Cour a considéré que ce critère n'a pas été respecté⁽⁹⁵⁾.

Dans l'affaire *Luxleaks*, le respect de ce critère n'a pas été débattu. Les juridictions luxembourgeoises n'ont pas considéré que les deux lanceurs d'alerte auraient pu s'adresser à d'autres instances avant de communiquer leur information à Edouard Perrin. Il aurait pu être considéré dans cette affaire que les autorités compétentes en matière fiscale ainsi que l'employeur étaient impliqués dans les faits dénoncés (la pratique systématique des rescrits fiscaux). En outre, la dénonciation au parquet n'était pas non plus évidente dans la mesure où les pratiques dénoncées étaient *a priori* légales.

2) La Cour s'interroge ensuite sur l'intérêt public des faits dénoncés. Il s'agit de se pencher sur le contenu des révélations. Elle doit apprécier l'intérêt de la société à prendre connaissance de ces informations afin de pouvoir en débattre et, si un tel intérêt est présent, vérifier si celui-ci doit primer sur l'intérêt de l'employeur à la confidentialité. Pour la Cour, plus les irrégularités dénoncées mettent en cause l'intérêt public, plus les ingérences dans l'exercice du droit à la liberté d'expression seront appréciées avec rigueur⁽⁹⁶⁾. Cet intérêt peut se matériali-

ser dans des révélations relatives à des menaces pour la démocratie, des faits de corruption, des atteintes au principe de séparation des pouvoirs ou encore à des violations du droit à la vie privée⁽⁹⁷⁾. Généralement, toutes les informations concernant des actes illicites commis par l'État sont considérées comme étant d'intérêt général⁽⁹⁸⁾. Cependant, des informations de nature davantage privée (discrimination, harcèlement, etc.) peuvent elles aussi être considérées comme d'intérêt général⁽⁹⁹⁾. Il semble encore que le caractère confidentiel des informations révélées n'apparaît pas être une raison suffisante pour écarter la protection des lanceurs d'alerte⁽¹⁰⁰⁾.

Dans les trois arrêts de référence, la Cour a estimé que les informations divulguées étaient d'intérêt public : des accusations d'abus de pouvoir dans l'affaire *Guja c. Moldavie*, des soins inadéquats à des patients dans l'arrêt *Heinisch c. Allemagne*, ainsi que des écoutes illégales par les services secrets pour l'affaire *Bucur et Toma c. Roumanie*. Dans l'affaire *Bathellier c. France*, la Cour a jeté une certaine incertitude à propos de ce deuxième critère. En effet, le requérant dénonçait l'état du réseau électrique d'un département ainsi que la stratégie de développement et les choix d'investissement de l'entreprise pour laquelle il travaillait. Dans sa décision, la Cour a considéré qu'il existait, sur ces questions (de stratégie et de choix de développement), différents points de vue (*a contrario* dans l'affaire *Guja c. Moldova*, la dénonciation portait sur la légalité du comportement d'un responsable public). Sur cette base, la Cour a considéré que le requérant, bien que cadre de cette entreprise, ne pouvait prétendre avoir une vision complète de la situation et de ses enjeux. Cette réflexion de la Cour semble avoir joué un rôle dans l'appréciation du caractère d'intérêt public des révélations. Cela ne va néanmoins pas sans poser certains problèmes. En effet, en tenant un tel raisonnement, la Cour semble faire abstraction du fait que le droit à la liberté d'expression contient le droit de communiquer des *opinions* et des jugements de valeur et non uniquement d'alléguer des faits vérifiables. Différencier les jugements des faits n'est d'ailleurs pas toujours aisé⁽¹⁰¹⁾. Or, dans cette affaire, la Cour a distingué les

(93) C.E.D.H., arrêt *Soares c. Portugal*, 21 juin 2016. Dans cette affaire, un requérant, conscient de l'existence de voies internes dans sa hiérarchie militaire, avait fait part d'accusation grave auprès du service compétent du ministère de l'Intérieur.

(94) Dans la décision *Bathellier c. France*, le requérant avant fait parvenir au préfet, un courrier dans lequel il dénonçait l'état du réseau électrique du département et la stratégie de développement et les choix d'investissement de l'entreprise EDF pour laquelle il travaillait. La Cour a considéré qu'il aurait dû d'abord procéder à la divulgation auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétence, car il avait la possibilité de se plaindre auprès de sa hiérarchie et de sa direction. En l'espèce elle a considéré qu'il avait effectivement fait part de sa position à ses supérieurs hiérarchiques directs mais il ne s'était pas adressé à sa direction avant d'en informer le préfet (C.E.D.H., 12 octobre 2010, déc. *Bathellier c. France*).

(95) Dans l'arrêt *Soares c. Portugal* la Cour a considéré que M. Soares, caporal-chef de la garde nationale ayant dénoncé le commandant du post général, n'avait pas respecté les procédures légales pour ce faire. Ces procédures prévoient que toute plainte d'un membre de la garde nationale contre un officier doit suivre la voie hiérarchique selon une procédure fixée par la loi et le requérant avait écarté cette chaîne et, ainsi, empêché l'officier mis en cause de se défendre devant les instances internes.

(96) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 470.

(97) Voy. notamment l'arrêt *Bucur et Toma*.

(98) Voy. notamment l'arrêt *Guja*.

(99) C'est le cas dans l'arrêt *Heinisch* (carences dans les soins aux personnes âgées considérées comme relevant de l'intérêt public).

(100) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 136.

(101) *Ibid.*



dénonciations qui touchent à des circonstances où différentes opinions peuvent coexister de celles où il existe un réel intérêt à un large débat public et qui mérite une protection plus importante que les premières⁽¹⁰²⁾. Une incertitude persiste également dans l'hypothèse où les comportements dénoncés ne sont pas illicites mais uniquement immoraux. *A priori*, la jurisprudence de la Cour se limite à protéger les lanceurs d'alerte qui révèlent des comportements illégaux⁽¹⁰³⁾. Néanmoins, dans certaines décisions, elle a mis l'accent sur l'aspect d'intérêt général de la révélation, sans nécessairement souligner le caractère illégal des actes dénoncés⁽¹⁰⁴⁾.

Cet aspect est intéressant dans le cadre d'une affaire comme l'affaire *Luxleaks* dont l'une des particularités était que l'objet du signalement des lanceurs d'alerte n'était pas une violation de la loi. La Cour d'appel de Luxembourg a considéré que selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la notion d'information d'intérêt public dépassait celle de l'information concernant une activité ou un acte illicite et pouvait concerner des dysfonctionnements graves.

Néanmoins, déterminer si une information présente un intérêt public n'est pas aisé. Dans cette affaire, les lanceurs d'alerte ont dû s'adresser à un journaliste spécialisé afin de parvenir à déterminer ce que les documents qu'ils avaient collectés révélaient exactement. Il était ensuite également complexe de déterminer si ces pratiques étaient, ou non, légales. Ainsi, il nous semble qu'exiger des lanceurs d'alerte qu'ils puissent déterminer avec certitude l'intérêt public des informations qu'ils révèlent serait déraisonnable.

Parmi les éléments qui sont pris en compte par la Cour pour déterminer si une information est d'intérêt public, on trouve le fait qu'il s'agisse d'une révélation sur les agissements d'une autorité publique⁽¹⁰⁵⁾. Ici l'administration fiscale luxembourgeoise était impliquée dans la négociation des rescrits fiscaux. Le contexte des déclarations doit

également être pris en compte. Dans cette affaire, il s'agissait d'alerte sur des pratiques fiscales discutables dans un contexte où les problématiques liées à l'évasion et l'optimisation fiscales faisaient déjà l'objet de débats⁽¹⁰⁶⁾. En outre, la Cour a également tendance à prendre en compte dans son appréciation le fait que le lanceur d'alerte fait partie d'un groupe restreint de personnes à connaître l'information divulguée et donc à pouvoir la révéler, ce qui était le cas en l'espèce.

La Cour d'appel de Luxembourg a ainsi considéré que les révélations des deux lanceurs d'alerte étaient d'intérêt public⁽¹⁰⁷⁾. Elles ont été au cœur de l'actualité européenne et une série de mesures ont été adoptées en cette matière suite à ces révélations. Elle a, par contre, souligné que le lanceur d'alerte devait révéler des faits qui ne soient pas notoires. C'est en ce sens qu'elle a considéré que les révélations de Raphaël Halet n'étaient pas essentielles, nouvelles et non connues jusqu'alors et qu'elles n'avaient pas «déclenché le débat sur l'évasion fiscale». F. Dubuisson et J. Pieret ont souligné qu'il s'agissait d'une interprétation trop restrictive de la notion d'«information d'intérêt public», telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁰⁸⁾. Ils soulignent que la Cour d'appel de Luxembourg a appréhendé cette notion de manière peu cohérente dans la mesure où elle avait observé que l'information divulguée était de nature à interpeller et scandaliser et avait été utile à Edouard Perrin. La Cour de cassation a néanmoins confirmé que l'information communiquée par Raphaël Halet ne fournissait «aucune information jusqu'alors inconnue pouvant relancer ou nourrir le débat sur l'évasion fiscale». On peut se demander s'il est raisonnable d'exiger du lanceur d'alerte, qui ne dispose pas nécessairement d'une expertise fine en la matière de pouvoir analyser dans quelle mesure

(102) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. b.*, 2014, p. 469.

(103) En effet, tant dans l'arrêt *Guja* que dans l'arrêt *Heinisch*, la Cour s'est référée à la situation dans laquelle les employés exercent leur liberté d'expression «en dénonçant un comportement ou un acte illicite de leur employeur» (Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 134).

(104) Notamment dans l'arrêt *Matuz*, § 49.

(105) C.E.D.H., 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, no 14277/04, § 74.

(106) Dans l'arrêt *Bucur et Toma*, la Cour européenne des droits de l'homme avait considéré comme étant d'intérêt public la révélation d'écoutes téléphoniques illégales dans un pays qui avait connu pendant le régime communiste une importante politique de surveillance par les services secrets. Elle avait ainsi considéré que pour ce pays, ce sujet revêtait une importance particulière.

(107) La Cour a considéré que relèvent de cet intérêt public ou intérêt général les questions très importantes, relevant du débat politique dans une société démocratique, dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée sans que l'acte, l'omission, la pratique, la conduite ou le dysfonctionnement doive nécessairement constituer une infraction.

(108) F. DUBUISSON et J. PIERET, «Société de l'information, médias et liberté d'expression», *Journal européen des droits de l'homme*, 2017/3, p. 255.



ces révélations peuvent contribuer effectivement au débat public. Dans des affaires complexes comme l'affaire *Luxleaks*, une application stricte de ce critère entraîne, selon nous, une importante insécurité pour le lanceur d'alerte⁽¹⁰⁹⁾.

3) Le troisième critère est celui de l'authenticité de l'information révélée. Pour bénéficier de la protection de l'article 10, le lanceur d'alerte doit dénoncer des irrégularités réelles. Si elles ne le sont pas ou s'il y a un doute à cet égard, le lanceur doit avoir des motifs raisonnables de penser que les informations divulguées sont exactes. Autrement dit, il bénéficie du droit de se tromper à condition qu'il démontre qu'il a pu légitimement croire, au moment de la révélation des informations, que celles-ci étaient correctes⁽¹¹⁰⁾. Il doit dès lors mener des vérifications, si celles-ci sont à sa portée, afin de confirmer ou d'infirmer ses soupçons, sans néanmoins aller jusqu'à devoir apporter la preuve de ses dires⁽¹¹¹⁾. Dans les trois arrêts de référence rendus par la Cour européenne des droits de l'homme, l'authenticité des informations n'était nullement mise en doute⁽¹¹²⁾. Celles-ci ne peuvent être frivoles ou dépourvues de toute base factuelle⁽¹¹³⁾. En effet, la Cour a rappelé à plusieurs reprises que «l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs et des responsabilités qui imposent à celui qui les révèle de vérifier qu'elles sont exactes et dignes de crédit»⁽¹¹⁴⁾. Cela étant, jusqu'à preuve du contraire, la bonne foi du lanceur d'alerte doit être présumée. L'étape la plus délicate

consiste, pour la Cour, à apprécier l'étendue des vérifications qui sont attendues dans le chef du lanceur d'alerte. Elle est fonction notamment des qualités personnelles du lanceur d'alerte. En revanche, elle ne peut être influencée par le fait que les informations aient été ou non rendues publiques⁽¹¹⁵⁾. Le sort final de la dénonciation ou de la plainte n'a pas, en principe, non plus d'impact sur cette appréciation de la responsabilité du lanceur d'alerte⁽¹¹⁶⁾.

Dans l'affaire *Luxleaks*, ce critère n'a pas fait l'objet de discussion. Les juridictions ont considéré que l'authenticité des informations révélées ne pouvait être mise en doute. Par contre, nous pensons que ce critère peut légitimer certains comportements qui ont été reprochés aux deux lanceurs d'alerte notamment quant au nombre de documents subtilisés. En effet, ce vol peut être considéré comme le seul moyen pour eux d'apporter la preuve des pratiques de grande ampleur qu'ils dénonçaient. Dans la mesure où la Cour exige que le lanceur d'alerte opère une vérification de l'authenticité de l'information si elle est matériellement à sa portée, on pourrait considérer qu'ils avaient l'obligation de s'approprier les informations en question (auxquelles ils avaient accès) pour ensuite faire vérifier ce qu'elles révélaient (ce qu'ils ont fait en s'adressant, avec Edouard Perrin, à un journaliste spécialisé en matière fiscale) pour respecter ce critère.

4) La Cour se penche ensuite sur le préjudice causé à la personne, l'entreprise ou l'autorité publique visée par les révélations du lanceur, ainsi que son ampleur. Plus l'affaire connaît un retentissement important, plus la confiance du public risque d'être ébranlée et plus le préjudice sera

(109) En ce sens, V. JUNOD considère que si un lanceur d'alerte apporte des éléments étayant un soupçon déjà entretenu par de larges pans de la société, il devrait pouvoir réclamer la protection de l'article 10 Conv. EDH (V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja?*», *R.T.D.H.*, 2014, p. 475).

(110) Dans l'arrêt *Martchenko*, la Cour a considéré que les accusations rendues publiques par l'enseignant n'étaient pas suffisamment prouvées. Elles n'étaient donc pas fondées au moment où celui-ci les a divulguées.

(111) Les lanceurs d'alerte sont donc soumis à une obligation similaire à celle qui s'impose aux journalistes d'opérer certaines vérifications par rapport à l'information qu'ils transmettent.

(112) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja?*», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 471.

(113) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 138.

(114) Voy. notamment: C.E.D.H., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* du 20 mai 1999; § 65; *Guja c. République de Moldova* du 12 février 2008, § 75; *Heinisch c. Allemagne* du 21 juillet 2011, § 67, *Bucur et Toma* du 8 janvier 2013, § 93.

(115) C.E.D.H., 17 décembre 2015, *Langner c. Allemagne*, § 48; Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 136.

(116) Dans l'arrêt *Heinisch*, la Cour a considéré qu'«il incombe au premier chef aux représentants de la loi de vérifier la véracité des allégations contenues dans une plainte pénale et que l'on ne saurait raisonnablement attendre de la personne l'ayant déposée de bonne foi qu'elle sache si l'enquête débouchera sur une inculpation ou sur un classement sans suite» (§ 80); si l'enquête subséquente à la divulgation est abandonnée ou ne permette pas d'établir la matérialité de l'ensemble des faits dénoncés par le lanceur d'alerte ne le prive pas, en soi, de la protection qui lui est due en vertu de l'article 10 (*Heinisch*, § 81, *Bargao et Domingos Correia*, §§ 41-42); Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 138.



important⁽¹¹⁷⁾. Dans cette appréciation, la Cour peut prendre en compte le choix des moyens utilisés par le donneur d'alerte pour diffuser les informations, selon qu'il ait révélé en interne, à une autorité compétente ou publiquement⁽¹¹⁸⁾. De même, le fait que des informations aient déjà été préalablement disséminées dans l'espace public est pris en compte⁽¹¹⁹⁾. Le préjudice subi doit encore être mis en relation avec l'importance des irrégularités et le besoin du public d'être mis au courant. De ce fait, même un préjudice important pour l'employeur ne pourra justifier une ingérence dans la liberté d'expression s'il est dans l'intérêt public que les irrégularités soient divulguées. En ce sens, dans les affaires *Guja c. Moldavie*, *Heinisch c. Allemagne* et *Bucur et Toma c. Roumanie*, si la Cour admet l'existence d'un préjudice pour l'employeur, elle n'y a pas accordé une grande importance au vu de l'intérêt plus important du public à prendre connaissance des informations révélées⁽¹²⁰⁾. En revanche, dans l'affaire *Martchenko c. Ukraine*, la Cour a fait primer l'intérêt d'une directrice d'école qui avait subi en raison d'un signalement un dommage dans son droit à être considérée comme innocente jusqu'à preuve du contraire⁽¹²¹⁾.

Dans l'affaire *Luxleaks*, la Cour d'appel a considéré que les révélations d'Antoine Deltour présentaient un intérêt général indéniable et considérable qui prévalait largement sur tout dommage subi par PWC et ses clients en raison de ces révélations. Elle a estimé qu'il avait remis les documents pour la préparation d'un documentaire dont le but était qu'il soit fouillé pour susciter la discussion. Ainsi, il s'était remis au savoir-faire d'un journaliste spé-

cialisé. Il n'avait pas lieu, selon elle, de reprocher au lanceur d'alerte d'avoir communiqué l'entièreté des documents ni de lui imposer un travail préparatoire de conditionnement du matériel avant de le transmettre. Elle souligne enfin qu'Antoine Deltour ignorait l'amplitude et l'envergure qui pouvait résulter de la diffusion de ces documents.

Concernant Halet, la Cour a jugé qu'au vu du faible intérêt public de ses informations, il existait un préjudice disproportionné dans le chef des sociétés clientes de PWC visées. Ces révélations étaient, selon la Cour, de faible valeur en soi et avaient été faites à un moment où la question avait déjà été amplement illustrée avec les révélations d'Antoine Deltour. Elles ne permettaient pas d'illustrer la pratique des rescrits, leur pertinence était limitée et le lanceur d'alerte devait savoir qu'une enquête d'Edouard Perrin avait déjà nourri le débat public. Le dommage subi était donc supérieur à l'intérêt public des informations. Pour cette raison, la Cour d'appel a considéré que Raphaël Halet ne remplissait pas la condition de proportionnalité du dommage par rapport à l'intérêt public et ne pouvait donc bénéficier de la protection de l'article 10. La Cour de cassation a confirmé cette partie de l'arrêt. Cette position nous paraît néanmoins faire reposer une charge (trop) importante sur le lanceur d'alerte : il devrait pouvoir apprécier le contenu exact des informations dont il dispose, les conséquences que ses révélations pourraient avoir mais également dans quelle mesure elles sont assez illustratives et inconnues du public et si elles nourrissent suffisamment le débat public sur des questions complexes. Une application si stricte de ce critère nous paraît engendrer une forte incertitude pour le lanceur quant à savoir s'il pourra bénéficier d'une protection.

5) Nous avons déjà eu l'occasion de souligner dans l'analyse du critère de l'authenticité des informations que la bonne foi du lanceur est présumée. Il va de soi que la Cour analyse l'intention du lanceur lorsqu'il révèle des informations. Cette bonne foi se traduit par une volonté d'agir dans l'intérêt de la collectivité, de servir l'intérêt général. Il ne peut être question d'un intérêt purement personnel, d'une vengeance, ou d'un désir d'un gain personnel⁽¹²²⁾.

(117) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. b.*, 2014, p. 472.

(118) Dans l'arrêt *Balenovic c. Croatie I* (C.E.D.H., 30 septembre 2010, déc. *Balenovic c. Croatie*), la Cour a souligné que le lanceur d'alerte avait eu recours à un quotidien national à grand tirage, auquel s'attache un impact large et immédiat; Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 139.

(119) C.E.D.H., 21 octobre 2014, *Matuz c. Hongrie*, §§ 42-43.

(120) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. b.*, 2014, p. 472.

(121) Dans cette affaire le requérant était un professeur, délégué syndical. Il était en conflit avec la directrice de l'école dans laquelle il travaillait et avait dénoncé certains comportements de la direction et participé à une manifestation. Il avait fait l'objet d'une plainte pour diffamation et avait été condamné (C.E.D.H., 19 février 2009, *Martchenko c. Ukraine*, § 51.)

(122) Ainsi, dans l'arrêt *Guja*, la Cour a considéré qu'«un acte motivé par un grief ou une animosité personnel ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé» (§ 77). Elle a réaffirmé cette position dans plusieurs arrêts: C.E.D.H., 26 février 2009, *Koudecbkina c. Russie*, § 95; *Heinisch*, § 69, *Matuz*, § 45; *Bucur et Toma*, § 93. Dans *Heinisch*, la Cour a accepté que le lanceur d'alerte puisse être motivé à la fois par le fait de venir en aide aux



Pour certains auteurs, la motivation personnelle du lanceur d'alerte ne devrait constituer qu'un facteur secondaire «dont l'impact serait inversement proportionnel à l'importance de l'intérêt public en jeu». Ils estiment qu'un employé qui révèle des informations devrait être protégé même s'il est mû par un grief personnel, lorsqu'il s'agit d'une atteinte grave, réelle ou imminente, à des intérêts publics particulièrement importants⁽¹²³⁾. Il faut souligner qu'apporter la preuve de l'existence ou de l'absence de bonne foi dans le chef du lanceur d'alerte se révèle souvent particulièrement complexe. La jurisprudence de la Cour tient compte de cet élément dans la mesure où elle semble considérer, par exemple dans l'arrêt *Heinisch c. Allemagne*, que l'intérêt poursuivi par le lanceur d'alerte pourrait ne pas être pris en compte pour autant que les révélations soient d'une importance certaine (§§ 82 à 90). En outre, la Cour n'exige pas que le lanceur démontre sa bonne foi alors même qu'elle n'a aucune raison de penser que l'initiative du lanceur est mue par une intention personnelle. La présomption est donc bien d'application.

Le critère de bonne foi s'inscrit tacitement dans l'analyse d'autres éléments. Tel est le cas dans le fait de croire en l'authenticité des informations à révéler ainsi que dans le respect de la cascade des réceptacles des informations. Dans les arrêts *Heinisch c. Allemagne* et *Bucur et Toma c. Roumanie*, la Cour a soutenu que la bonne foi est corroborée par le fait que le lancement n'avait pas été adressé aux médias qu'en dernière instance⁽¹²⁴⁾. À l'inverse, elle a soutenu que le fait de porter directement des soupçons à la presse

permet de conforter des soupçons quant à la poursuite d'un intérêt personnel⁽¹²⁵⁾.

Ce critère était particulièrement problématique dans la décision de la Cour d'appel de Luxembourg concernant Antoine Deltour. En effet, le concernant, la Cour a opéré une distinction temporelle: elle a considéré qu'au «moment de l'appropriation frauduleuse» des documents, il n'était pas de bonne foi dans la mesure où il cherchait simplement à copier des documents qui pourraient lui être utiles dans sa vie professionnelle future. Ainsi, il poursuivait son intérêt personnel. Dès lors, il ne pouvait bénéficier de la protection de l'article 10 Conv. EDH pour les infractions liées à cette appropriation car celle-ci ne peut rétroagir, selon la Cour d'appel, pour justifier les infractions antérieures si l'intention du lanceur d'alerte n'existait pas au moment où elles ont été commises. Par contre, elle a acquitté Antoine Deltour de la prévention de violation du secret professionnel dans la mesure où, lorsqu'il a révélé les documents à Edouard Perrin, il a agi dans un but d'intérêt général et doit ainsi bénéficier de la protection de l'article 10 Conv. EDH.

Cette décision a été critiquée car l'infraction de vol n'a été constatée qu'en raison du fait de la divulgation. De ce fait, la sanction pénale infligée pour l'acte initial d'appropriation aurait un effet dissuasif pour tout lanceur d'alerte potentiel dont la prise de conscience se révélerait postérieurement à l'acte de prise de possession⁽¹²⁶⁾. La défense d'Antoine Deltour a considéré qu'en opérant cette distinction, la Cour avait ajouté un critère à ceux de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: la nécessité que le lanceur ait eu l'intention de révéler les informations dans l'intérêt général dès leur appropriation.

La Cour de cassation a tranché en ce sens puisqu'elle a considéré que la Cour d'appel n'avait pas fait bénéficier Antoine Deltour de l'ensemble des conséquences légales qui doivent découler du statut de lanceur d'alerte. Elle a considéré que lorsqu'une personne se voit reconnaître ce statut, il doit lui permettre de bénéficier d'une protection contre toutes les infractions qui ont été commises pour lancer l'alerte. Les faits reprochés doivent donc être consi-

patients de l'institution où il travaille et par la diminution de sa propre charge de travail. Elle a également examiné si le ton de la divulgation pouvait révéler la mauvaise foi du lanceur d'alerte. Elle a finalement considéré que, malgré l'usage d'un certain degré d'exagération et de généralisation, les allégations n'étaient pas dépourvues de bases factuelles et ne constituaient pas une attaque personnelle et gratuite envers son employeur (V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. b.*, 2014, p. 473).

(123) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 140; ces divergences d'opinions s'illustrent dans les législations et les recueils de bonnes pratiques concernant la protection des lanceurs d'alerte dans la mesure où certaines exigent que les lanceurs d'alerte agissent de bonne foi pour bénéficier d'une protection tandis que d'autres considèrent qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de ce qui a motivé le lanceur d'alerte tant que ces déclarations présentent un intérêt public.

(124) *Heinisch*, § 86 et *Bucur et Toma*, § 117.

(125) C.E.D.H., 30 septembre 2010, déc. *Balenovic c. Croatie*.

(126) F. Dubuisson et J. Pieret ont d'ailleurs souligné que dans l'affaire *Guja*, le lanceur d'alerte était accusé de vol de documents confidentiels qu'il avait ensuite divulgué mais cet élément n'avait pas amené la Cour à exclure le bénéfice du statut de lanceur d'alerte à celui-ci (F. DUBUISSON et J. PIERET, «Société de l'information, médias et liberté d'expression», *Journal européen des droits de l'homme*, 2017/3, p. 256).

dérés dans leur généralité car ils ont été effectués dans un même contexte et ont abouti à l'alerte. La Cour va même jusqu'à déclarer que, sans ce raisonnement, la protection du lanceur d'alerte serait vidée de sa substance. Ainsi, la distinction opérée par la Cour d'appel n'avait pas lieu d'être.

Dans le chef de Raphaël Halet, la Cour d'appel a reconnu qu'il avait agi de bonne foi, avec l'intention de lancer l'alerte et remplissait donc cette condition.

6) Le dernier élément pris en compte par la Cour est le caractère proportionné de la sanction adoptée contre le lanceur. Cette dernière peut prendre des formes diverses: blâme, mutation, sanction pénale ou disciplinaire, licenciement, etc. La sanction peut être le fait soit de l'employeur soit d'une autorité étatique, à l'instar par exemple d'une juridiction. Dans l'arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie*, le requérant avait été condamné pénalement par le tribunal militaire pour avoir fait fuiter des informations réputées confidentielles. La gravité de la sanction constituait l'élément-clé dans l'analyse de la Cour. Elle tient compte des conséquences que celle-ci peut avoir sur la situation tant professionnelle que personnelle⁽¹²⁷⁾. L'effet potentiellement dissuasif – ou *chilling effect* – des sanctions sur de potentiels lanceurs d'alerte est aussi apprécié⁽¹²⁸⁾.

Dans ses décisions, la Cour européenne des droits de l'homme a souvent considéré les mesures adoptées à l'encontre des lanceurs d'alerte comme excessives et non justifiées. Tant dans les arrêts *Guja c. Moldavie* et *Heinisch c. Allemagne*, où les lanceurs d'alerte ont été licenciés, que dans l'arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie*, où le lanceur d'alerte a été condamné à deux ans de prison avec sursis, la Cour a estimé que les

sanctions avaient un caractère excessif⁽¹²⁹⁾. À propos du licenciement, elle a déjà pu souligner à plusieurs reprises qu'il s'agit d'une sanction extrêmement sévère et difficilement justifiable⁽¹³⁰⁾. Cela étant, dans des circonstances empreintes d'une certaine gravité, la Cour a déjà reconnu le caractère proportionné du licenciement. Ainsi, dans l'affaire *Palomo Sanchez c. Espagne*, la Cour a considéré que des insultes et des atteintes délibérées et réfléchies à la dignité et à l'honneur d'un directeur des ressources humaines d'une entreprise et de ses collègues, pouvaient être sanctionnées valablement d'un licenciement sans préavis, sans être disproportionné⁽¹³¹⁾.

Il est possible de s'interroger sur la proportionnalité des sanctions prises à l'égard des lanceurs d'alerte dans l'affaire *Luxleaks*. Les deux anciens employés ont été poursuivis pénalement et condamnés à des peines d'amende et de prison avec sursis. Au vu de ces éléments, de la durée et des difficultés liées aux procédures judiciaires dans cette affaire, il pourrait être considéré qu'il y a un *chilling effect*.

Au-delà des difficultés liées à l'appréciation spécifique de ces critères, certaines incertitudes plus générales liées à cette protection jurisprudentielle demeurent.

20. Une jurisprudence non exempte d'incertitudes. – La protection du lanceur d'alerte est donc fonction de l'analyse de ces six critères. Ceux-ci doivent permettre à la Cour de se prononcer sur l'existence ou non d'un équilibre entre les droits en présence. Ils permettent de déterminer si le droit à la liberté d'expression du lanceur d'alerte doit prévaloir sur son obligation de réserve⁽¹³²⁾. Cependant, cette

(127) Dans l'affaire *Kudeshkina* où un juge avait été révoqué, la Cour a considéré que cette mesure avait mis un terme brutal, global et définitif à sa carrière, ce qui a amené la Cour à considérer la mesure comme disproportionnée. Dans l'affaire *Martchevko*, la Cour a confirmé la condamnation du lanceur d'alerte pour diffamation mais a considéré la sanction qui lui avait été infligée comme excessive et violant de ce fait l'article 10 de la Convention.

(128) Ainsi, dans l'affaire *Marchenko c. Ukraine*, la Cour a considéré que bien que le lanceur d'alerte n'avait pas utilisé tous les moyens procéduraux dont il disposait pour dénoncer les manquements qu'il alléguait, la condamnation pénale à un an d'emprisonnement, à une amende et à indemniser la personne visée était en soi disproportionnée en raison de son effet dissuasif (C.E.D.H., 19 février 2009, *Marchenko c. Ukraine*, § 52); Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 142.

(129) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja* ?», *Rev. trim. dr. h.*, p. 474.

(130) *Guja*, § 95; *Heinisch*, § 91; *Matuz*, § 48; *Rubins*, § 92.

(131) C.E.D.H., 12 septembre 2011, *Palomo Sanchez et autres c. Espagne*, §§ 69-77.

(132) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 100; Il est intéressant de constater que la Cour de cassation française, dans un arrêt du 30 juin 2016, a considéré que le licenciement d'un lanceur d'alerte devait être frappé de nullité directement sur base de l'article 10 de la Convention et ce, bien que la législation nationale ne le prévoyait pas au moment des faits. En appel, la Cour d'appel n'avait pas annulé ce licenciement dans la mesure où la nullité n'était pas prévue au moment des faits par le droit français. La Cour de cassation a cassé ce jugement pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'agit d'une décision qui respecte la hiérarchie des normes car la législation nationale est soumise aux dispositions de la



systématisation de l'analyse des affaires relatives aux lanceurs d'alerte laisse subsister certaines incertitudes. Premièrement, quant au champ d'application de la protection des lanceurs d'alerte. La Cour admet bien, dans son arrêt *Heinisch c. Allemagne*, que les principes dégagés concernant les fonctionnaires dans l'affaire *Guja c. Moldavie* valent également pour les travailleurs du secteur privé⁽¹³³⁾. Cela étant, dans des affaires postérieures à l'arrêt *Guja c. Moldavie*, alors que tout laissait à penser que la Cour devait recourir à l'application de ces six critères, cela n'a pas été le cas. La Cour a décidé de ne pas situer ses réflexions sur le terrain de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte, et ce sans aucune justification⁽¹³⁴⁾. Selon Quentin Van Enis, ce contournement témoigne d'un certain embarras de la Cour dans la délimitation des catégories de personnes pouvant être qualifiées de lanceurs d'alerte⁽¹³⁵⁾. Une opinion dissidente, dans un arrêt *Kudeshkina c. Russie*, a d'ailleurs critiqué cette position de la Cour⁽¹³⁶⁾. La logique vou-

draît en effet que le canevas d'analyse décrit ci-avant s'applique dès qu'une mesure est prise, à l'encontre d'un employé, en vue de sanctionner la dénonciation d'irrégularités dans l'exercice de ses fonctions afin de standardiser le processus de résolution de ces affaires. Cela étant, c'est peut-être précisément à cette standardisation que la Cour ne veut pas aboutir, n'ayant sans doute pas encore suffisamment de recul sur cette figure du donneur d'alerte⁽¹³⁷⁾.

Une autre critique apportée contre ce système jurisprudentiel est précisément le fait que la protection mise en place par la Convention est une solution prétorienne. Quentin Van Enis considère qu'elle ne peut remplacer la sécurité juridique issue d'un régime imposé par la loi nationale ou supranationale⁽¹³⁸⁾.

Enfin, l'on peut aussi reprocher le caractère parfois superficiel qui découle de cette juxtaposition des six critères. En effet, cette systématisation a pour conséquence d'isoler des éléments qui font partie d'une même pesée des intérêts. De plus, Valérie Junod pointe le fait que d'autres éléments sont parfois mentionnés par la Cour, sans être formellement intégrés à son schéma d'analyse⁽¹³⁹⁾. Cela étant, ces deux dernières critiques peuvent être relativisées. D'une part, il nous semble que la Cour est elle-même consciente des liens existants entre certains critères. Nous avons évoqué l'exemple de la bonne foi qui s'inscrit indirectement dans l'analyse de deux autres éléments. D'autre part, à l'heure actuelle, rien ne doit nous laisser penser que les six éléments évoqués par la Cour sont exhaustifs. Nous ne pouvons oublier qu'il s'agit avant tout d'une analyse au cas par cas, compte tenu des circonstances de chaque espèce, et qu'il est dès lors difficile – voire impossible – d'aboutir à un unique schéma directeur applicable tel quel à chacune des situations rencontrées par la Cour.

Il convient, après cette analyse du cadre législatif du Conseil de l'Europe, de se pencher sur celui de l'Union européenne.

B. L'Union européenne

21. La nécessité d'une protection à l'échelle de l'Union européenne. – Plusieurs auteurs ont

Convention. Cependant, l'article 10, en lui-même, ne prévoit pas la nullité de ce licenciement, qui relève plutôt des obligations positives des États membres.

(133) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 474.

(134) C.E.D.H., 23 avril 2015, *Morice c. France*, § 167; C.E.D.H., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*; C. MATRAY, «Verve ou réserve du juge», *Rev. trim. dr. h.*, 2017, p. 232; V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 459.

(135) Il relève deux affaires: C.E.D.H., 13 janvier 2015, *Rubins c. Lettonie*; C.E.D.H., 19 janvier 2016, *Aurelian Oprea c. Roumanie*. Celles-ci concernaient des universitaires ayant dénoncé publiquement des manquements au sein de leur université et subi des mesures de rétorsion. La Cour a considéré que la protection des lanceurs d'alerte n'était pas en cause. Par conséquent, elle a jugé que le critère de la motivation du requérant, appliqué au cas des lanceurs d'alerte, n'était pas pertinent. Elle s'est appuyée sur des critères globalement similaires à ceux de sa jurisprudence en matière de lanceurs d'alerte. Dans une affaire *Langer c. Allemagne* (C.E.D.H., 17 septembre 2015, *Langer c. Allemagne*, § 47) elle est partie du constat que le requérant avait dénoncé en raison d'un sentiment d'animosité personnel pour aboutir à la conclusion qu'il ne s'agissait pas d'un cas de lanceur d'alerte. Il observe une certaine singularité dans le raisonnement de la Cour car les facteurs à prendre en considération en lorsqu'elle se trouve face à un cas qui s'apparente à un lancement d'alerte, sont utilisés pour déterminer si ce cas se trouve dans le champ d'application de la jurisprudence pertinente (Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 128.)

(136) Opinion dissidente des juges Kovler et Steiner; dans les affaires *Bathellier c. France* du 12 octobre 2010 et *Stanciu-*

Iescu c. Roumanie, du 22 novembre 2011, la Cour a examiné une seule des conditions (la première) mais pas les cinq autres.

(137) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 476.

(138) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 143.

(139) V. JUNOD, «Lancer l'alerte: quoi de neuf depuis *Guja*?», *Rev. trim. dr. h.*, 2014, p. 475.



souligné la nécessité d'organiser, au niveau de l'Union européenne, une protection des lanceurs d'alerte. Tania Rachó plaide en faveur d'un texte européen dès lors qu'elle constate, à raison, que les alertes concernent souvent des dysfonctionnements aux dimensions européennes, voire internationales, à l'instar des affaires *Snowden* ou *Luxleaks*⁽¹⁴⁰⁾. Cette opinion est partagée par Danielle Lochak qui considère que la portée des comportements transgressifs ou nocifs dépasse généralement les frontières nationales. La mise en place d'un cadre harmonisé paraît d'autant plus impérieuse que les entreprises dont les pratiques sont dénoncées opèrent souvent sur l'ensemble du territoire de l'Union⁽¹⁴¹⁾. L'europanisation, voire l'internationalisation, de la protection apparaît ainsi comme la réponse nécessaire à la globalisation des risques auxquels les lanceurs d'alerte peuvent contribuer à apporter une parade⁽¹⁴²⁾. Une telle législation pourrait également apporter plus de clarté aux personnes constatant des irrégularités et hésitant à les révéler ainsi que sur la manière de procéder. *A contrario*, l'existence d'une multitude de législations dans les différents États européens accroît les difficultés pour les personnes souhaitant divulguer des informations à déterminer comment procéder et à qui s'adresser.

22. La directive 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires⁽¹⁴³⁾. – En 2016, l'Union européenne a adopté une directive sur la protection des secrets d'affaires. L'adoption de ce texte découlait du constat que les entreprises sont de plus en plus exposées à des pratiques déloyales fondées sur l'utilisation illégale de secrets d'affaires. La

protection de ces secrets se faisait initialement par le biais d'outils juridiques variés tels que la propriété intellectuelle, le droit pénal, certaines dispositions du droit du travail, du droit des contrats et de la responsabilité, des dispositions issues du droit de la concurrence, ainsi que, dans certains cas, de la protection du droit à la vie privée et des droits attachés aux bases de données⁽¹⁴⁴⁾. Face à cet ensemble disparate et composé essentiellement de dispositions nationales, les entreprises ont fait pression auprès des institutions européennes pour qu'un cadre juridique propre aux secrets d'affaires soit établi, à l'instar de celui existant aux États-Unis. L'Union européenne s'est dotée de cet outil particulier afin de protéger les entreprises contre l'espionnage économique et industriel. La notion de secret d'affaire y est définie largement⁽¹⁴⁵⁾. Il peut s'agir notamment de listes de clients, d'études de marché ou d'informations relatives à des procédés de fabrication. Globalement, la directive requiert que les États se dotent de mesures adéquates afin d'empêcher l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret d'affaires ainsi que des procédures pour obtenir des éventuelles réparations en cas de non-respect de ces mesures. Ainsi, elle octroie aux entreprises des moyens importants pour protéger leurs secrets d'affaires et des facilités pour poursuivre les personnes qui tenteraient de se les approprier, de les utiliser ou de les révéler. Elle permet également d'obtenir des réparations, notamment sous forme de dommages et intérêts, pour d'éventuelles atteintes à leurs secrets d'affaires.

Dans le cadre des débats relatifs à l'adoption de cette directive, des inquiétudes ont été soulevées à propos des risques que le régime relatif aux secrets d'affaires faisait courir au droit à la liberté d'expression, et notamment à la protection à accorder aux lanceurs d'alerte⁽¹⁴⁶⁾. Dans sa première version, la directive octroyait aux entreprises un droit unilatéral au secret. Les définitions proposées étaient suffisamment vagues pour permettre à presque toutes les informations internes des entreprises d'être qualifiées de secrets d'affaires. Dès lors, ce dispositif semblait se heurter frontalement aux efforts légis-

(140) T. RACHO, «La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne», *La Revue des droits de l'homme*, 2016.

(141) D. LOCHAK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme: réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 12.

(142) M. BEULAY, «Lanceur d'alerte: la nécessité de l'établissement d'un statut en droit international ?» Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme, Universités de La Sorbonne et de Paris-Ouest-Nanterre-La Défense, 9 avril (Nanterre) et 10 avril 2015; D. LOCHAK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme: réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 11.

(143) Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.*, 15 juin 2016, pp. 1-18; Pour un examen détaillé de la directive voy. notamment V. CASSIERS, «La directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur les secrets d'affaires», *J.T.*, 2017, pp. 385-396.

(144) Voy. à ce sujet les considérants 4 à 9 de la Directive 2016/943; V. CASSIERS et A. STROWEL, «La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires», *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 31-32.

(145) Il s'agit des informations secrètes, ayant une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes et ayant fait l'objet de dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes.

(146) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 148.



latifs entrepris dans certains États européens pour protéger les lanceurs d'alerte⁽¹⁴⁷⁾. Face aux critiques et dans un contexte marqué par les affaires *Luxleaks*, *Panama Papers* ou *Volkswagen*, ces considérations ont été prises en compte par le législateur européen, aboutissant à une modification du texte initial et à l'insertion de garde-fous complémentaires. Le champ des informations pouvant être considérées comme secrets d'affaire a été réduit et des exceptions ont été introduites dans le texte pour protéger les journalistes et les lanceurs d'alerte.

La directive prévoit ainsi différentes hypothèses dans lesquelles les mesures de protection des secrets d'affaires ne peuvent pas jouer. Néanmoins, le champ de ces exceptions n'est pas aisé à analyser de sorte qu'on ne peut pas déterminer exactement dans quelles hypothèses une personne qui collecte et révèle des informations qui peuvent être considérées comme des secrets d'affaires peut être protégée.

En effet, trois articles de la directive traitent de ces exceptions. En premier lieu, l'article 1^{er}, § 2, a). Il écarte certains actes du champ d'application de la directive et prévoit que «[l]a présente directive ne porte pas atteinte à : a) l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias»⁽¹⁴⁸⁾. Il est possible de s'interroger sur la portée de cette disposition. Peut-on considérer que dans toute hypothèse où une personne exerce son droit à la liberté d'expression, elle ne peut jamais se voir appliquer les dispositions de la directive ? Une telle interprétation serait très étonnante par rapport aux objectifs du texte mais également à la lecture des autres dispositions de la directive qui prévoient des exceptions dont le champ est plus restreint.

En son article 3, la directive énumère une série d'actes dont elle indique qu'ils doivent être considérés comme licites. Il s'agit de différentes hypothèses d'obtention de secrets d'affaires (par la découverte, l'observation...) mais également l'obtention, l'utilisation et la divulgation de secrets d'affaires lorsque celles-ci sont requises ou autorisées par le droit national ou européen.

Enfin, la directive prévoit en son article 5, une série de dérogations à ce qui devrait en principe être considéré comme des actes illicites en vertu de ses dispositions. Dans les hypothèses listées, un constat

d'acte illicite pourra être posé mais aucune des mesures, procédures ou réparations que prévoit la directive ne pourra être mise en œuvre. La première dérogation vise la violation qui a lieu «pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias». Il apparaît clairement un manque de cohérence entre l'article 1^{er}, qui semble totalement écarter du champ de la directive l'exercice du droit à la liberté d'expression, et l'article 5, a), qui prévoit une exception à la possibilité de poursuivre la violation de la directive dans l'hypothèse de l'exercice de la liberté d'expression.

La seconde hypothèse, visée à l'article 5, b)⁽¹⁴⁹⁾, est celle où une violation a eu lieu «pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général». Une première difficulté en lien avec cette exception est que la directive ne définit pas le terme «intérêt public général» qui diffère de la notion d'«intérêt public» utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence concernant les lanceurs d'alerte. Il permet de douter que le législateur ait souhaité calquer la protection octroyée aux lanceurs sur celle de la jurisprudence de la Cour européenne. Le recours à terme ajoute en outre une marge d'appréciation non négligeable que les juges devront interpréter⁽¹⁵⁰⁾, tout en faisant peser au départ la charge de la preuve

(149) Ce point b) concernerait directement la situation de potentiels donneurs d'alerte, néanmoins, la seule référence faite par la directive à cette figure se trouve dans le considérant 20. Ce-dernier indique que «[l]es mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alerte. La protection des secrets d'affaires ne devrait dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents. Cela ne devrait pas être compris comme empêchant les autorités judiciaires compétentes d'autoriser une dérogation à l'application de mesures, procédures et réparation lorsque le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la présente directive».

(150) D'autant plus que, la bonne foi, n'apparaît pas comme une condition à l'article 5, b), mais bien dans le considérant 20 et comme possibilité laissée aux autorités judiciaires et ne se révèle pas assez précise pour ne pas décourager les lanceurs d'alerte (Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 151.)

(147) J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'«Europe des droits de l'homme»», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 6.

(148) Le Charte reconnaît ce droit d'une manière similaire à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.



de cet intérêt sur les épaules des lanceurs d'alerte⁽¹⁵¹⁾. Il semble que cette exception vise uniquement le cas où l'objet du signalement est une violation de la loi. Elle prévoit donc une protection moins étendue que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui protège plus généralement les signalements d'intérêt public.

Enfin, l'article 5, d), vise l'hypothèse d'une violation ayant eu lieu «aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national». Il s'agit à nouveau d'une exception dont la portée semble tout à fait générale et dont il n'est pas aisé de déterminer ni les situations qu'elle couvre, ni comment elle peut être articulée avec les autres exceptions et dérogations. Elle semble simplement laisser aux juridictions la possibilité d'équilibrer les libertés et les droits en présence.

Ces dérogations et exceptions sont donc prévues par le texte sans grande cohérence. Nous avons souligné que certaines dispositions semblent même se contredire. Leur portée reste floue notamment en raison de l'utilisation de termes généraux sans que le texte ne les définisse. Certaines dispositions sont particulièrement larges et d'autres sont beaucoup plus précises alors qu'elles paraissent viser des hypothèses similaires.

Il semble ainsi qu'il y avait une large marge de manœuvre laissée aux États membres dans la transposition de ce texte. En Belgique, la loi du 30 juillet 2018⁽¹⁵²⁾ transpose cette directive. Néanmoins, cette loi n'est pas d'une grande utilité pour éclaircir cette situation dans la mesure où elle se contente de reprendre à la fois la définition du secret d'affaires et les quatre exceptions prévues par l'article 5 de la directive dans les mêmes termes que celle-ci. Il conviendra de surveiller de quelle manière ce texte sera interprété et appliqué par les juges nationaux et européens.

En fonction du champ que couvriront ces exceptions, la question de leur articulation avec l'article 10 de la Conv. EDH et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment concernant la protection des lanceurs d'alerte devra être analysée. On peut d'ores et déjà noter que par rapport à cette jurisprudence la directive inverse le principe et l'exception. Si selon la Cour, la liberté d'expression est le principe et sa restriction l'exception, en vertu de la directive, l'appropriation et la

divulgaration d'informations constituant des secrets d'affaires est en principe interdite, sauf exception.

Enfin, si ce texte avait été en application au moment des faits de l'affaire *Luxleaks*, la situation des deux lanceurs d'alerte Antoine Deltour et Raphaël Halet aurait sans doute été encore moins favorable. En effet, il est probable que tout ou partie des informations collectées et révélées par Antoine Deltour et Raphaël Halet aurait pu être considéré comme secret d'affaires. Ainsi, l'entreprise PWC aurait bénéficié des protections garanties par la directive pour protéger ces secrets d'affaires et des facilités pour poursuivre les personnes qui violent ce secret⁽¹⁵³⁾. Par contre, comme nous l'avons souligné, il est beaucoup moins évident de déterminer si les deux lanceurs d'alerte auraient pu bénéficier des exceptions et dérogations prévues par la directive tant leur champ d'application et leur articulation sont délicats à apprécier. S'il devait être considéré que seul l'article 5, b), protège les lanceurs d'alerte, il faut constater que dans cette affaire, les deux lanceurs d'alerte n'auraient pu en bénéficier car ils n'ont pas révélé de faits illégaux.

L'adoption de cette directive a contribué à renforcer les demandes en faveur d'un texte contraignant garantissant une protection des lanceurs d'alerte au niveau de l'Union européenne.

23. Vers une protection particulière à l'échelle de l'Union européenne? – L'idée d'une directive sur la protection des lanceurs d'alerte a petit à petit fait sa route du côté du Parlement européen⁽¹⁵⁴⁾. À plusieurs reprises depuis 2015, celui-ci a appelé la Commission à adopter des mesures pour protéger les lanceurs d'alerte. Face à l'inaction de la Commission, le groupe «Les Verts» au Parlement européen a déposé en mai 2016 une proposition de directive établissant une protection minimale des lanceurs d'alerte dans l'Union européenne qui se voulait novatrice par différents aspects⁽¹⁵⁵⁾. Elle avait vocation à trouver application tant dans le secteur public que le secteur privé, pour toute révélation

(151) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité"?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 151.

(152) Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des secrets d'affaires, *M.B.*, 14 août 2018, pp. 64584 et s.

(153) V. CASSIERS et A. STROWEL, «La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 80.

(154) J.-P. FOGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'«Europe des droits de l'homme»», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 14.

(155) V. ABAZI, A. ALEMANN, P.V. BARTLETT, QUINTANILLA, J. BERG ZITA, H.P. RAUSCHENBERGER et M. VOGEL, «Whistleblower Protection In The Public And Private Sector In The European Union A Draft Directive», 4 mai 2016, disponible à l'adresse: https://www.greens-efa.eu/legacy/fileadmin/dam/Images/Transparency_campaign/WB_directive_draft_for_consultation_launch_May_2016.pdf.

d'information ayant un intérêt public, en ce compris les éventuels secrets d'affaires ou les données relatives à la sécurité nationale⁽¹⁵⁶⁾. Elle accordait en outre l'anonymat aux lanceurs d'alerte ainsi qu'une protection à l'encontre des représailles qu'ils pourraient subir⁽¹⁵⁷⁾. En octobre 2016, c'est le Conseil de l'Union européenne qui a reconnu l'importance d'accorder une protection aux donneurs d'alerte. Le 14 février 2017, le Parlement a adopté une résolution sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne⁽¹⁵⁸⁾. La Commission a alors décidé alors de lancer, le 3 mars 2017, une consultation publique à ce sujet⁽¹⁵⁹⁾.

Quelques mois après, le président de la Commission, Jean-Claude Juncker, a promis une loi européenne sur le statut de lanceur d'alerte et la Commission a lancé une étude d'impact préliminaire sur les conséquences de la non-protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Union. En octobre 2017, le Parlement a accentué encore la pression pour l'établissement d'un régime de protection en adoptant un «Rapport sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte»⁽¹⁶⁰⁾. Ce rapport requiert de la Commission qu'elle présente, avant 2018, un projet de directive garantissant aux lanceurs d'alerte un haut niveau de protection. Le rapport devait constituer une base de travail. Il prévoit de nombreuses mesures : une définition large des lanceurs d'alerte,

un référé conservatoire d'emploi⁽¹⁶¹⁾, la réparation intégrale des dommages, un soutien financier en cas de besoin, la création d'une autorité indépendante au plan européen et dans chaque État membre, la garantie de la confidentialité et la possibilité d'anonymat ainsi qu'un renversement de la charge de la preuve. La Commission s'est engagée à présenter un texte de loi en 2017 qu'elle a ensuite reporté en 2018 en raison de la complexité du texte.

C'est finalement le 23 avril 2018 que la Commission a publié une proposition de directive visant à protéger les personnes qui révèlent des violations du droit européen⁽¹⁶²⁾. Le texte a ensuite été transmis au Parlement qui élargit significativement la protection pour les lanceurs d'alerte prévue initialement par la Commission.

Dans sa version actuelle, le texte souligne, en son article 1^{er}, que l'objectif du texte est d'améliorer l'application du droit de l'Union en prévoyant des standards minimums communs pour la protection des personnes révélant des activités illégales ou des abus de droit.

Son champ d'application couvre les personnes qui dénoncent des «activités illicites ou des abus de droit, y compris les infractions relevant des actes de l'Union concernant notamment l'emploi, les conditions de travail, les droits des travailleurs et le principe de l'égalité des chances et de traitement entre hommes et femmes au travail» (article 1^{er})⁽¹⁶³⁾. La directive liste ensuite les domaines du droit européen dans lesquels les violations du droit peuvent être révélées. Ainsi, faut-il constater que la directive s'applique aux signalements qui ont pour objet des violations du droit. Cet instrument est donc principalement un outil de *compliance* qui doit contribuer à la bonne application du droit de l'Union. Cette affirmation doit être quelque peu nuancée dans la mesure où son champ d'application vise également les abus de droits qui dépassent le simple non-

(156) Voy. articles 2 à 4 et 17 et 18 de la proposition.

(157) Voy. articles 10 et 13 à 16 de la proposition ; Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 151.

(158) Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), P8_TA(2017)0022, disponible à l'adresse : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-2017-0022+0+DOC+XML+V0//FR>.

(159) Q. VAN ENIS, «Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ?», in *Le secret*, Limal, Anthemis, 2017, p. 151.

(160) Rapport du Parlement européen du 11 octobre 2017 sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics (2016/2224(INI)), Commission des affaires juridiques, rapporteur : V. Rozière, disponible à l'adresse : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0295+0+DOC+XML+V0//FR>.

(161) Selon ce rapport, les lanceurs d'alerte devraient avoir la possibilité d'introduire une demande en référé visant à prévenir des représailles telles que le licenciement, et ce jusqu'à l'issue de toute procédure administrative, judiciaire ou autre.

(162) Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, 2018/0106 (COD), disponible à l'adresse : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52018PC0218>.

(163) En son article 3, elle définit les «activités illicites» comme des «actes ou omissions contraires au droit de l'Union» et les «abus de droit» comme des «actes ou omissions relevant du droit de l'Union qui ne paraissent pas illicites sur le plan formel mais qui vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des règles applicables».



respect de la loi puisqu'ils sont définis comme des «actes ou omissions relevant du droit de l'Union qui ne paraissent pas illicites sur le plan formel mais qui vont à l'encontre de l'objet ou de la finalité des règles applicables».

Cette restriction du champ d'application est étonnante car nombreuses sont les situations qui mériteraient d'être révélées parce qu'elles sont d'intérêt public bien qu'elles ne constituent pas une violation du droit. L'affaire *Luxleaks* en est l'illustration : les révélations faites par Antoine Deltour et Raphaël Halet concernaient des pratiques qui n'étaient pas *a priori* illégales. Pourtant l'intérêt de ces révélations a été souligné à de nombreuses reprises et cette affaire fait partie de celles qui ont contribué à l'adoption de cette proposition par la Commission. Il est donc surprenant de constater que les lanceurs d'alerte dans cette affaire n'auraient *a priori* pas pu bénéficier de cette protection.

Le champ d'application personnel du texte est quant à lui étendu (article 2). Il a d'ailleurs été élargi par les amendements du Parlement. La directive protège les personnes qui opèrent un signalement mais également les «facilitateurs». Il s'agit des personnes qui assistent ou aident l'auteur du signalement à effectuer celui-ci dans un contexte professionnel. En incitant d'autres personnes, notamment des collègues à venir en aide aux lanceurs d'alerte, cette disposition augmente les chances que l'information soit révélée.

La directive impose également que le lanceur d'alerte ait obtenu les informations qu'il révèle dans le contexte professionnel, qu'il s'agisse du secteur privé ou public. Celui-ci est défini largement car il vise les travailleurs salariés, indépendants, les actionnaires, les membres de l'organe de direction, les sous-traitants, les prestataires de services, les fournisseurs... L'étendue de ce champ d'application personnel est importante dans un contexte où un nombre croissant d'entreprises sont aujourd'hui organisées en réseaux. Dans le cadre de leurs activités, elles font intervenir des salariés mais plus uniquement. Elles recourent à des travailleurs indépendants, à des sous-traitants. Les salariés ne sont donc plus les seuls à se trouver au cœur de l'activité de l'entreprise et à bénéficier d'un accès privilégié à l'information. Il faut également souligner que ce champ d'application s'étend aux personnes qui ne sont pas encore travailleurs mais dans un processus d'embauche ainsi qu'aux anciens travailleurs de l'entreprise. Dans le cadre de l'affaire *Luxleaks*, le fait qu'Antoine Deltour était un ancien travailleur au moment où il a révélé les informations collectées durant son activité chez son employeur ne l'aurait donc pas empêché de bénéficier de la protection de cette directive.

Il faut noter que la directive ne se contente pas de prévoir une protection pour les lanceurs d'alerte. En effet, en son article 4, elle impose à certaines

autorités publiques et entreprises privées de mettre en place des canaux internes de signalement, des procédures de signalement ainsi que de traitement de ces signalements. Son article 5 impose aux États membres de désigner des autorités compétentes pour recevoir et traiter les signalements externes. Elle encadre donc le processus de l'alerte au-delà de la simple protection de ses auteurs.

La directive prévoit les conditions d'octroi de sa protection en son article 13. Elle stipule que la personne qui signale doit avoir des motifs raisonnables de croire que les faits signalés sont vrais au moment du signalement et que cette information tombe dans le champ d'application de la directive. Cette formulation est intéressante dans la mesure où souvent le lanceur d'alerte ne se trouvera pas devant des situations complexes à analyser. Comme dans l'affaire *Luxleaks*, les données collectées doivent être analysées afin de déterminer leur signification réelle et s'il y a matière à opérer un signalement. Dès lors, s'il faut imposer au lanceur d'alerte d'opérer certaines vérifications, on ne peut raisonnablement exiger de lui d'avoir des certitudes sur ces aspects. Cette formulation se rapproche d'ailleurs du critère de l'authenticité des informations révélées auquel recourt la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence.

Concernant la personne auprès de laquelle le signalement doit être opéré, le Parlement a modifié le texte initialement rédigé par la Commission. Dans sa version actuelle, le texte laisse le choix au lanceur d'alerte d'opérer son signalement à l'interne de son organisation ou en externe. Par cet aspect, la directive est moins stricte que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui exige, en principe, d'abord un signalement en interne. Par contre, conformément à cette jurisprudence, le signalement au public n'est possible qu'à condition d'avoir d'abord signalé en interne ou en externe et qu'aucune suite appropriée n'ait été apportée ou que la personne ait des motifs raisonnables de croire qu'on ne peut s'attendre à ce qu'elle utilise des canaux internes de signalement (cas de danger imminent, quand il y a des motifs de croire qu'ils y collusion entre l'auteur de l'infraction et l'autorité compétente, lorsque les autorités concernées ont participé à la faute présumée ou encore en cas d'urgence). Dans une affaire comme l'affaire *Luxleaks* certaines exceptions auraient pu être invoquées si les pratiques dénoncées étaient illégales, notamment celle de collusion entre l'auteur de l'infraction et l'autorité compétente ou la participation de l'autorité compétente puisqu'il s'agissait d'accord avec l'administration fiscale.

Si le lanceur d'alerte respecte ces conditions, l'article 14 de la proposition prévoit qu'il ne pourra faire l'objet de mesures de rétorsion. La directive impose aux États membres de prendre les mesures



nécessaires pour interdire toute forme de représailles, directes ou indirectes, qui viseraient soit le lanceur d'alerte, soit un facilitateur. Elle énumère une série d'exemples de mesures de représailles (suspension, licenciement...). L'identité du lanceur d'alerte doit en outre rester confidentielle. Elle précise encore, en son article 15, que ces personnes ne peuvent être considérées comme ayant violé une obligation de confidentialité prévue par un contrat, une loi ou une disposition réglementaire et voir leur responsabilité soulevée de ce fait. Afin de protéger le lanceur d'alerte, le texte prévoit qu'en cas de procédure judiciaire, la personne ayant opéré un signalement et qui fait l'objet de mesures de rétorsion devra uniquement établir des motifs raisonnables de penser que ces mesures ont été prises en raison de son signalement, à charge de la personne qui les a adoptés de démontrer ensuite que ces mesures ne sont pas la conséquence du signalement mais sont exclusivement basées sur d'autres motifs. Son article 15^{bis} impose aux États membres de prendre les mesures nécessaires pour garantir les mesures correctives et la réparation intégrale des dommages subis par les lanceurs d'alerte.

Enfin, en ses articles 16 et 17, la directive prévoit des mesures visant à protéger les personnes visées par les signalements mais également des sanctions à l'encontre des personnes qui tentent d'empêcher les signalements, adoptent des mesures de rétorsion contre leur auteur, introduisent des procédures téméraires et vexatoires ainsi que contre les personnes qui opèrent des signalements de mauvaise foi ou de manière abusive.

Ainsi, il faut constater que, malgré son champ d'application matériel réduit aux signalements de violations du droit européen, ce texte présente un champ d'application personnel intéressant et garantit de solides protections aux lanceurs d'alerte. Il constitue donc une avancée intéressante en la matière. Néanmoins, il faut constater que ce texte est loin d'être adopté. En effet, la proposition telle qu'amendée par le Parlement doit aujourd'hui être analysée par le Conseil. En outre, il apparaît que plusieurs États membres s'opposent à ce que le champ de la directive couvre les révélations de violations en matière fiscale. Leur crainte porterait sur le fait que le texte établisse une définition stricte et contraignante de l'abus fiscal au niveau de l'Union. En outre, selon les juristes du Conseil de l'Union, que l'aspect révélations fiscales devrait faire l'objet d'une proposition séparée. En effet, un texte traitant des aspects fiscaux devrait être négocié à l'unanimité des pays de l'Union et sans intervention du Parlement. Cet aspect ne pourrait donc se retrouver dans une législation négociée selon la procédure ordinaire qui ne requiert qu'une majorité qualifiée avec une intervention du Parlement sur un pied d'égalité. Ces mêmes juristes remettent également en question le

caractère horizontal de la proposition qui a nécessité l'appui sur dix-sept bases juridiques. Il s'agit d'une technique qui, selon eux, ne peut être utilisée que dans des cas exceptionnels. C'est la raison pour laquelle, ils privilégient la solution d'une proposition scindée en plusieurs textes différents⁽¹⁶⁴⁾.

§ 4. La protection du lanceur d'alerte dans des textes sectoriels

24. L'alerte dans des secteurs particuliers. –

Au-delà des textes généraux que nous avons analysés, la protection des lanceurs est organisée par certains textes visant des secteurs particuliers.

En matière de relations du travail et de licenciement, l'Organisation internationale du travail (OIT) a adopté en 1982, la Convention n° 158 sur le licenciement. Celle-ci, en son article 5, c), prévoit que «le fait d'avoir déposé une plainte, participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation ou encore présenté un recours devant les autorités compétentes» ne constitue pas un motif valable de licenciement. Il s'agit donc d'une protection indirecte des lanceurs d'alerte⁽¹⁶⁵⁾.

Mise à part cette convention, la prise de conscience de la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte et l'adoption de textes au niveau international sont principalement liées à la lutte contre la corruption. Depuis plusieurs années, l'utilité – voire la nécessité – des lanceurs d'alerte en cette matière est reconnue. Des instruments internationaux et nationaux ont été adoptés en cette matière qui incluent des dispositions en faveur des lanceurs d'alerte⁽¹⁶⁶⁾. Parmi ces textes, citons la Convention des Nations unies contre la corruption du 31 octobre 2003. En son article 13, § 2, elle prévoit que «[c]haque État Partie prend des mesures appropriées pour veiller à ce que les organes de prévention de la corruption compétents [...] soient connus du public et fait en sorte qu'ils soient accessibles, lorsqu'il y a lieu, pour que tous faits susceptibles d'être considérés comme constituant une infraction établie conformément à la présente Convention puissent leur être signalés, y compris sous couvert d'anonymat». L'article 33 de ce texte accorde une protection aux personnes qui

(164) E. LAMER, «La protection des lanceurs d'alerte menacée», *Le Soir*, 22-23 décembre 2018, p. 33.

(165) Soulignons que la Belgique n'a pas ratifié cette convention et que celle-ci n'a donc pas force obligatoire dans notre pays.

(166) D. LOCHAK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme: réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 12.



communiquent des informations. Ainsi, «[c]haque État Partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention»⁽¹⁶⁷⁾. À l'échelle européenne, une communication de la Commission de 2011 rappelle que «la protection effective des dénonciateurs contre les représailles est un aspect central des politiques anticorruption»⁽¹⁶⁸⁾. En 2013, dans sa résolution sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux, le Parlement européen souligne la nécessité de mettre en place un programme européen pour protéger ceux qui détectent des erreurs de gestion et des irrégularités et qui dénoncent des cas de corruption liés à des intérêts financiers de l'Union. Il invite en outre les États membres à «assurer une protection adéquate et efficace aux dénonciateurs»⁽¹⁶⁹⁾.

Outre la lutte contre la corruption, l'Union européenne a également adopté une série de législations au sein desquelles on trouve des dispositions qui protègent les personnes qui dénoncent des violations à ces législations. Elles ont principalement été adoptées dans le secteur des services financiers⁽¹⁷⁰⁾. Certaines ont aussi été adoptées en matière de sécurité des transports⁽¹⁷¹⁾, de protection de l'environ-

nement⁽¹⁷²⁾, de protection des intérêts financiers de l'Union⁽¹⁷³⁾, de protection des données à caractère personnel⁽¹⁷⁴⁾ ou encore d'égalité de traitement⁽¹⁷⁵⁾.

Conclusion

25. Le lanceur d'alerte, une figure juridique en pleine construction. – Les scandales se sont multipliés ces dernières années, mettant en lumière le rôle des donneurs d'alerte, leur apport dans le débat public et l'utilité de leur déclaration. Cependant, ils ont aussi révélé l'absence de protection efficace et adéquate pour ces personnes. Force est de constater que, malgré de nombreuses déclarations d'intentions, malgré l'adoption de quelques textes non contraignants, et malgré l'existence d'une jurisprudence européenne en cours de construction, la question du statut du lanceur et de sa protection demeure un vaste chantier. L'affaire *Luxleaks*, on l'a vu, illustre à la fois l'insuffisance des normes européennes qui encadrent l'alerte et protègent les lanceurs d'alerte mais également toutes les difficultés liées à l'interprétation et à l'application des critères de cette jurisprudence.

Depuis la fin des années nonante, les juristes s'intéressent à cette problématique. Quelques législations ont été adoptées mais ne semblent pas apporter de réponses satisfaisantes aux incertitudes soulevées notamment par la doctrine. Il faut constater que ces réglementations sont encore essentiellement adoptées à l'échelle d'un État, impliquant nécessairement des procédures différentes et un seuil de protection variable. Pourtant, les irrégularités dénoncées concernent souvent des entreprises transnationales. L'on plaide dès lors pour que les initiatives lancées par la Commission européenne puissent se concrétiser dans un avenir bref et aboutir à développer un statut à l'échelle de l'Union européenne.

Cela étant, encore faut-il que la protection accordée par ce futur texte soit adéquate. La détermination de son champ d'application n'est, on l'a vu, pas aisée. Il semblait utile que les institutions européennes s'inspirent de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que cette

(167) J.-P. FOEGLE, «Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans l'Europe des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme*, 2015, p. 4.

(168) Communication de la Commission sur la lutte contre la corruption dans l'Union européenne (COM(2011) 308 final), point 4.1.3.; D. LOCHAK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 12.

(169) Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final) (2013/2107(INI)); D. LOCHAK, «Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives», *La Revue des droits de l'homme*, 2016, p. 12.

(170) Parmi eux on trouve les règlements 596/2014 du 16 avril 2014, la directive 2015/2392 du 17 décembre 2015, le règlement 2017/1129 du 14 juin 2017, la directive 2014/65/UE du 15 mai 2014, le règlement 600/2014 du 15 mai 2014, la directive 2013/36/EU du 26 juin 2013.

(171) Le règlement 376/2014 du 3 avril 2014, la directive 2013/54/UE du 20 novembre 2013 et la directive 2009/16/CE du 23 avril 2009.

(172) La directive 2013/03/UE du 12 juin 2013 et la directive du Conseil 2014/87/EURATOM du 8 juillet 2014.

(173) Le règlement 883/2013/EURATOM, le règlement du Conseil 2017/1939 du 12 octobre 2017.

(174) La directive 2016/680 du 27 avril 2016 et le règlement 2016/679 du 27 avril 2016.

(175) Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006, la directive du Conseil 2004/113/CE du 13 décembre 2004, 2007/78/CE du 27 novembre 2000 et 2004/43/EC du 29 juin 2000.



succession de décisions ne soit pas exempte de critiques, et bien que l'on ait pu mettre en lumière le fait que la Cour elle-même semble dans certaines circonstances ne pas vouloir appliquer sa propre jurisprudence, celle-ci offre de solides bases pour mener une réflexion profonde sur le champ de la protection à accorder aux lanceurs. Le schéma que la Cour a créé doit, nous semble-t-il, encore pouvoir être affiné. En cela, il ne peut constituer une matrice totalement fermée qui ne saurait être adaptée au gré des circonstances de chaque affaire. Plusieurs incertitudes subsistent qui devraient être levées par de futurs arrêts.

À l'heure actuelle, une personne qui envisage de donner l'alerte reste dans l'incertitude. Divulguer des informations confidentielles et préjudiciables pour son entreprise n'est pas chose aisée. Certes, l'intérêt public de ces révélations entre en jeu. Cependant, les craintes découlant d'éventuelles sanctions peuvent en décourager plus d'un. En outre, le sort de plusieurs lanceurs d'alerte qui ont pris ce risque n'est pas à envier : pensons à Edward Snowden bloqué en Russie depuis plusieurs années ou à Antoine Deltour et Raphaël Hallet qui se sont engagés dans une longue bataille judiciaire. Tout laisse à penser que le silence reste encore la solution la plus sage. Il apparaît donc essentiel de créer des procédures

permettant de traiter ces alertes le plus rapidement possible, en interne lorsque cela s'avère possible. Une telle solution nous apparaît permettre de préserver l'intérêt de tous, mais pose inévitablement la question d'un certain enfouissement d'affaires qui méritent parfois d'être plus largement mises en lumière. La déclaration en interne s'apparente donc davantage à de la prévention, les solutions curatives comme la protection accordée par la Cour européenne des droits de l'homme n'intervenant qu'en cas de conflit.

Le chemin vers l'instauration de ces textes semble encore long. Au niveau du Conseil de l'Europe, l'idée de l'adoption d'un texte contraignant semble ne pas connaître beaucoup de succès. L'Union européenne, malgré les pressions du Parlement, a tardé à présenter un texte. La proposition de directive qui a été publiée par la Commission en avril 2018 doit maintenant passer par le Conseil. La prochaine étape sera sans doute l'interprétation et l'application des législations transposant la directive « secrets d'affaires », celles-ci pouvant malheureusement constituer davantage des menaces que des opportunités dans l'établissement d'un régime complet et global de protection. L'alerte est donc lancée.

