

UCL

Université
catholique
de Louvain

Faculté de droit et de criminologie (DRT)

*Le lanceur d'alerte au regard des droits fondamentaux :
vers un nouveau statut européen ?*

Mémoire réalisé par
Marine Jungers

Promoteur(s)
M. Olivier De Schutter

Année académique 2015-2016
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 107 à 114 du Règlement général des études et des examens de l'Université.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation, quelle qu'en soit l'ampleur, le cas échéant par le biais d'une traduction, des idées ou énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées, de même que l'utilisation de représentations graphiques d'un tiers, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement au sein de la prestation réalisée par l'étudiant.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source mentionnée.

S'il y a eu plagiat, l'étudiant peut se voir infliger une sanction disciplinaire, en fonction de la gravité des faits. Toute constatation de tricherie et de plagiat opérée par le jury est communiquée au vice-recteur aux affaires étudiantes par le président du jury.

* À ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

QUELQUES REMERCIEMENTS

Je tiens particulièrement à remercier mon promoteur, Monsieur Olivier De Schutter pour sa disponibilité, son aide et ses conseils précieux qui ont pu m'orienter dans la rédaction de ce mémoire.

Je remercie également ma maman, Véronique Jungers, mon frère Quentin Jungers et mes oncles, Thierry Jungers et Patrick Wissocq pour leur soutien et leurs conseils dans la réalisation de ce travail de fin d'études.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
PARTIE I. APPARITION DU CONCEPT DE « LANCEUR D’ALERTE ».....	4
CHAPITRE 1. Naissance du concept.....	4
CHAPITRE 2. Le whistleblower et le lanceur d’alerte : deux termes fondamentalement différents ?	6
PARTIE II. ENJEUX RELATIFS A UNE LEGISLATION PROTECTRICE DU LANCEUR D’ALERTE FACE AUX DROITS FONDAMENTAUX.....	9
CHAPITRE 1. Nécessité d’une législation.....	9
CHAPITRE 2. Tension entre la protection des droits et des libertés fondamentales et les impératifs de sécurité nationale et du secret d’affaires.....	13
SECTION 1. Equilibre entre le droit à la liberté d’expression et le droit du public à avoir accès aux informations et la protection de la sécurité nationale	17
1.1. La sécurité nationale et les activités de renseignement : une arme à double tranchant dans les mains des Etats.....	17
1.2. L’abus du renseignement pour la sécurité nationale	22
SECTION 2. Equilibre entre le droit à la liberté d’expression et le droit du public à avoir accès aux informations et la protection du secret d’affaires.	26
2.1. L’affaire Luxleaks met en lumière l’instrumentalisation du secret des affaires	27
2.2. La directive sur le secret d’affaires : une protection à mi-chemin pour le lanceur d’alerte ?	30
CHAPITRE 3. Le rôle des journalistes et la protection de leurs sources.....	33
SECTION 1. Le rôle des journalistes.....	33
SECTION 2. La protection de leurs sources	34
PARTIE III. VERS LA CREATION D’UN STATUT EUROPEEN DU LANCEUR D’ALERTE.....	38
CHAPITRE 1. Un nouvel instrument juridique octroyant un statut pour lanceur d’alerte comme second souffle à la Recommandation CM/Rec (2014)7.....	38
SECTION 1. De la recommandation CM/Rec (2014)7	38
SECTION 2. Une proposition de directive consacrant un statut pour lanceur d’alerte	40
2.1. Champ d’application de la directive.....	42
2.1.1. <i>Champ d’application subjectif</i>	42
2.1.2. <i>Champ d’application objectif</i>	45
2.2. Protection juridique adéquate des lanceurs d’alerte	47
2.2.1. <i>Protection en amont des lanceurs d’alerte</i>	48
2.2.1.1 Mécanisme d’assistance et de conseil des lanceurs d’alerte.....	48
2.2.1.2 Formation des autorités juridiques compétentes pour traiter l’alerte	49
2.2.1.3 Un guichet unique.....	55
2.2.1.4 Protection de la confidentialité du lanceur d’alerte	56

2.2.2. Protection en aval des lanceurs d'alerte	58
2.2.2.1 Traitement effectif de l'alerte	58
2.2.2.2 Protection contre les représailles et les mesures de rétorsion	59
2.2.2.3 Présomption de bonne foi	62
2.2.2.4 Un droit d'asile pour le lanceur d'alerte	63
CONCLUSION GENERALE	66
BIBLIOGRAPHIE	68
ANNEXE I	73

INTRODUCTION

Depuis les années 1970, nombreux sont les témoins qui révèlent l'existence d'actes répréhensibles et moralement condamnables aux autorités ou aux médias. Ces témoins sont aujourd'hui regroupés sous la dénomination « lanceur d'alerte »¹, représentant une figure sociologique et juridique auparavant ignorée. Ces actes divulgués peuvent concerner tant les activités de l'Etat que celle de personnes morales ou privées, et ce, dans des domaines aussi variés que ceux de la sécurité, la corruption, la fraude, la santé publique, la politique, le secret d'Etat et les marchés financiers.

Récemment, les révélations de Edward Snowden ont mis en lumière des pratiques répréhensibles utilisées par les autorités du pays sous motif de protéger la sécurité nationale. Technicien à la CIA et employé à la NSA, il a révélé et dénoncé le réseau de surveillance massive et secret mis en place par la NSA aux Etats-Unis. À cause de cette divulgation, Snowden est considéré comme un ennemi de l'Amérique. Pour avoir eu le courage de dénoncer l'illégalité, Snowden s'est vu supprimer son passeport et refuser une quelconque protection de la part des Etats-Unis, mais également de la part d'autres pays. Seule la Russie, pays dans lequel il a pu se réfugier, lui a octroyé un droit d'asile provisoire².

De même, dans le domaine financier, les informations relatives à des avoirs et données bancaires ne cessent de se multiplier depuis la crise financière de 2008³. Cela concerne aussi bien les Etats que les personnes morales ou physiques. Ces révélations sont appelées « leaks »⁴ et la première vague significative et marquante date des années 2000 avec notamment les divulgations faites par Julien Assange des noms de clients de banques possédant des « trusts » ou des « offshores » dans des lieux dénommés paradis fiscaux afin de pouvoir bénéficier d'une optimisation fiscale⁵.

¹ Nous utiliserons également le terme de « donneur(s) d'alerte » dans ce mémoire comme synonyme du terme « lanceur(s) d'alerte ».

² F. HARTMANN, *Les lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Don Quichotte, Seuil, 2014, p. 170 et ss.

³ T. DENOËL, « Panama Papers : les reponsabiliés politiques en Belgique », *Le vif*, le 15 avril 2016, p. 35.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

A la suite du scandale révélé par Julian Assange, le « *Swissleaks* » dévoile tout le système en vue de dissimuler des comptes bancaires mis en place par la Banque HSBC favorisant ainsi un nombre important de clients par la création de sociétés offshores⁶. Quelques années plus tard seulement, c'est le « *luxleaks* » qui fait apparaître au grand jour des documents confidentiels contenant des accords fiscaux conclus par le Luxembourg avec des sociétés multinationales telles que Apple, Amazon et autres entreprises internationales⁷. Enfin en 2016, le scandale des « *Panama papers* », documents confidentiels divulguant des avoirs bancaires cachés au travers de sociétés offshores, a également permis de démontrer que la situation n'avait guère changé.

Ces individus ayant usé de leur droit à la liberté d'expression démontrent depuis longtemps déjà que le secret d'Etat utilisé par les autorités, mais également le secret d'affaires utilisé par des organisations publiques et privées dévient de leurs fonctions premières, permettant ainsi de détourner les lois, de dissimuler l'inavouable et d'échapper au contrôle démocratique.

Ces exemples permettent ainsi de démontrer l'importance que peuvent jouer les lanceurs d'alerte dans notre société d'aujourd'hui. De par leur positionnement dans nos sociétés, le lanceur d'alerte doit être considéré comme un garant de la démocratie, d'une moralité, d'une justice imminente et sans doute du fondement démocratique de nos sociétés. Ainsi, les lanceurs d'alerte n'agissent pas en tant qu'ennemis de la société, mais décident simplement d'intervenir pour rétablir cette moralité, justice suprême et contrôle démocratique là où ils ont été oubliés⁸.

Les lanceurs d'alerte sont souvent considérés comme des délateurs ou même des « *balances* » alors que ces individus contribuent généralement à l'édification d'un Etat démocratique plus transparent. Renforçant la transparence de l'information, il est indispensable que les mentalités changent et que chaque Etat consacre le maximum d'efforts pour protéger de manière adéquate et efficace les lanceurs d'alerte des risques qu'ils prennent pour assumer leur responsabilité démocratique⁹. Ainsi, plus globalement, l'instauration d'un

⁶ T. DENOËL, *op. cit.*, p. 35.

⁷ *Ibidem*.

⁸ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 59.

⁹ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, Recommandation CM/Rec (2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte, p. 5.

« statut » pour lanceurs d’alerte par les instances européennes d’abord semble être la solution idéale envisageable. Ce statut pourra leur garantir une protection effective et permettra de maximiser l’efficacité de la détection de comportements répréhensibles et il pourra également guider les Etats dans leurs démarches. Il est cependant crucial de veiller à ce que ce statut n’entraîne pas une répression de ceux qui s’y opposeront et que des auteurs comme Snowden et Assange soient *de facto* réinscrits dans des circuits codifiés de la contestation.

De cette manière, le lanceur d’alerte doit être vu comme une nouvelle sorte de citoyen à savoir un « *citoyen du monde* »¹⁰, fidèle et respectueux d’un certain nombre de principes démocratiques, qui ne serait lié à aucun ordre juridique national déterminé, mais qu’il s’agirait de protéger par le biais d’un statut à mettre sur pied¹¹.

Afin de bien mettre en lumière la problématique que révèlent les lanceurs d’alerte, ce mémoire retracera d’abord brièvement l’histoire de l’émergence de la figure du lanceur d’alerte et ses principaux traits. La seconde partie abordera les enjeux relatifs à l’instauration d’une protection juridique des lanceurs d’alerte, impliquant l’aspect des droits fondamentaux qui se cachent derrière la figure du lanceur d’alerte et plus particulièrement le droit à la liberté d’expression, à l’accès aux informations, la protection de la vie privée et la liberté de la presse avec les impératifs de sécurité et de confidentialité. Les lanceurs d’alerte peuvent-ils divulguer toutes sortes d’informations ? Jusqu’où peuvent-ils divulguer ? Comment concilier les droits fondamentaux avec les impératifs de sécurité nationale et du secret d’affaires¹² confidentiel ? Quelle est la place des journalistes servant de support à la révélation ? Telles seront les questions posées dans cette partie de mémoire. Enfin, dans la dernière partie nous conclurons avec la question de l’introduction d’une directive européenne *à minima*, tentant de contenir dans un cadre unique, l’ensemble des dispositions régissant de manière plus adéquate et complète, la protection des lanceurs d’alerte et essayant de permettre ainsi de guider les Etats membres dans leur législation à adopter ou à réviser. *In fine*, après une conclusion générale, nous essayerons de représenter en annexe la directive telle que proposée dans ce travail.

¹⁰ M. ABESCAT et O. TESQUET, « les « lanceurs d’alerte » inventent-ils une nouvelle forme de démocratie ? », *Télérama*, 19 mars 2015, p. 9, disponible sur <http://www.telerama.fr/idees/les-lanceurs-d-alerte-inventent-ils-une-nouvelle-forme-de-democratie,123715.php> (2 juillet 2016).

¹¹ *Ibidem*.

¹² « Secret d’affaires » ou « secret des affaires » ci-après dans le texte.

PARTIE I. APPARITION DU CONCEPT DE « LANCEUR D'ALERTE »

CHAPITRE 1. Naissance du concept

Le terme « whistleblower » signifiait initialement le « *coup de sifflet* » donné par un policier. Ce terme, utilisé notamment aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne, servait à avertir les forces de l'ordre afin qu'elles viennent en aide aux passants. Ce concept a été créé en 1970 par Ralph Nader, candidat à la Maison Blanche qui voulait introduire un concept à connotation non péjorative comme les notions d'« *informateurs* » ou de « *balances* »¹³.

La première personne ayant été qualifiée telle quelle de « whistleblower » fut Daniel Ellsberg, ancien employé analyste et consultant travaillant pour le RAND corporation¹⁴. En 1971, il a révélé au New York Times, un journal new-yorkais, l'existence des « *Pentagon Papers* », rapport de sept mille pages classé secret-défense dans lequel étaient détaillées toutes les interventions occultes de l'armée américaine lors de la guerre du Vietnam¹⁵. Daniel Ellsberg est dès lors considéré comme le père fondateur de ce mouvement de dénonciation des pratiques illégales et/ou répréhensibles, dans l'intérêt général¹⁶.

Ainsi, ce terme de « whistleblower » a été employé pour distinguer ce concept par rapport à d'autres termes à connotations négatives comme celui de dénonciateur ou délateur. Il vise aussi à souligner l'importance de ces individus dans la divulgation d'actes ou d'informations portant atteinte à l'intérêt public et au bon fonctionnement de la démocratie¹⁷.

¹³ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), 6/2014, mis en ligne le 29 novembre 2014, p. 13, disponible sur <http://revdh.revues.org/1009> (2 juillet 2016).

¹⁵ Des documents ont d'une part remis en question l'intégrité des activités gouvernées par Eisenhower, Kenny et Johnson qui ont menti a de nombreuses reprises pour pouvoir continuer la guerre au Vietnam alors qu'ils l'avaient déjà perdue. D'autre part, ils ont démontrés l'implication des Etats-Unis dans le conflit avec Richard Nixon. Voy. D. ELLSBERG, *Secrets : A Memoir of Vietnam and the Pentagon Papers*, Penguin Books, 2003, p. 20.

¹⁶ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 14.

¹⁷ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 14.

Le terme « whistleblower » est ensuite devenu un terme populaire et même consacré dans la loi du Congrès américain, le *Whistleblower Protection Act* en 1989 (WPA) renforcé par la suite par le *No Fear Act* en 2012 et le *Whistleblower Protection Enhancement Act*¹⁸.

Sous cet angle, le continent américain semble être le précurseur de la protection accordée aux whistleblowers, mais ses législations ne prévoient néanmoins aucune protection juridique pour des personnes comme Daniel Ellsberg et n'ont pas permis non plus d'acquitter Edward Snowden¹⁹. En effet, l'une des failles principales de ces lois américaines et même de la plupart des législations nationales d'autres Etats — faille d'ailleurs déjà mise en lumière par les révélations de T. Drake sur les attentats de 2001 à l'époque²⁰ — est qu'elles ne protègent pas les agents des Etats fédéraux dépendants du pouvoir exécutif et qui font parties du domaine du service de renseignement. Cette exception des activités de renseignement prévue est trop large et c'est la raison pour laquelle tant les Etats que les institutions européennes et internationales devront s'attaquer à ce problème également afin de garantir la protection de ces personnes-là²¹.

Il a fallu ensuite attendre une vingtaine d'années avant de voir apparaître un terme équivalent en français. Suite à de nombreux débats, c'est finalement Francis Chateauraynaud et Didier Torny qui inventent le terme de « lanceur d'alerte »²² comme traduction française

¹⁸ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 16.

¹⁹ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 15-16.

²⁰ T. Drake travaillait pour la NSA à l'époque, au service d'une agence de renseignement. Il a divulgué un certain nombre d'informations que détenait la NSA contenant des pratiques répréhensibles faites par les autorités américaines. Ayant à maintes reprises, tiré la sonnette d'alarme auprès de ses supérieurs, sans retour, T. Drake a publié ces violations de la Constitution mais aucune mesure n'a été prise et même le Congrès est devenu complice de cette pratique. Ainsi, la sécurité nationale a pris le pas sur la Constitution. Voy. F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 170 et ss.

²¹ C'est notamment le cas de la France qui a adopté six lois protectrices du lanceur d'alerte qui reste cependant inadéquates puisqu'elles ne comprennent pas, dans leur domaine de protection, les agents du service de renseignement. Or cela a des implications importantes puisque le domaine du renseignement est directement lié à la question de la sécurité nationale et si elle ne prévoit pas de dérogations éventuelles du secret professionnel, le lanceur d'alerte n'a pas de raison d'être.

²² Selon F. Chateauraynaud, le lanceur d'alerte doit être entendu comme « toute entité, personne, groupe, institution, qui assume cette fonction d'alerte et qui cherche à faire reconnaître, souvent contre l'avis dominant, l'importance d'un danger ou d'un risque », voy. F. CHATEAURAYNAUD, « Les lanceurs d'alerte dans l'espace politique », communication lors de la journée « Lanceurs d'alerte et système d'expertise : vers une législation exemplaire en 2008 ? », Paris, Sénat, 27 mars 2008, p. 2, disponible sur <http://gspr.ehess.free.fr/docs/FC/doc/doc-FC-2008-Lanceurs.pdf>, p. 2 (30 juin 2016).

du concept de whistleblower alors qu'en néerlandais, le whistleblower est traduit par le terme « *klokkenluiders* », ce qui signifie « *sonneurs de cloches* »²³.

Finalement, la différence entre ces notions terminologiques n'est pas significative, mais l'essentiel est de trouver un terme suffisamment évocateur pour parler d'une alerte ou d'un signalement donné dans un but d'intérêt général afin de ne pas confondre le lanceur d'alerte avec toute autre considération terminologique qui pourrait mettre à mal une réelle compréhension du concept.

De nombreux pays n'ont pas de traduction du terme « whistleblower » ou donnent des significations relativement différentes. Ceci pose un problème puisque, lorsque le domaine de la protection des lanceurs d'alerte entre en jeu, les pays se bornent à invoquer d'autres législations comme leurs législations protectrices des témoins, par exemple, comme mesure de défense. Mais le témoin et le lanceur d'alerte sont deux personnes complètement différentes et le champ d'application de cette législation sur les témoins est loin de recouvrir le domaine de l'alerte effectuée dans un but d'intérêt général en tant que défenseur des valeurs d'un Etat démocratique²⁴.

CHAPITRE 2. Le whistleblower et le lanceur d'alerte : deux termes fondamentalement différents ?

Selon F. Chateauraynaud et D. Torny, le lanceur d'alerte se distingue du simple whistleblower dans la mesure où ce dernier se limite à dévoiler des actes « *moralement et juridiquement répréhensibles* »²⁵ qui existent déjà alors que le lanceur d'alerte porte à la connaissance du public des faits présentant un danger ou un risque nouveau. Autrement dit, selon eux, le whistleblower souhaite mettre un point d'arrêt à une

²³ P. STEPHENSON et M. LEVI, « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ (2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 5.

²⁴ Une différence notable avec le domaine de l'alerte réside dans le fait que la législation sur la protection des témoins prévoit une collecte de preuves obtenus par le témoin qui est contraint de comparaître devant un tribunal alors que le lanceur d'alerte se limite simplement à révéler des signalements d'intérêt général, sans devoir se présenter devant un tribunal. Ainsi, l'invoque de la législation sur les témoins est insuffisante pour protéger le lanceur d'alerte. Voy. APCE (2009), « La protection des « donneurs d'alerte » », Rapport Doc.12006 présenté à la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme par le Rapporteur M. Pieter Omtzigt, 14 septembre 2009, Pays-Bas, p. 10.

²⁵ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 22.

pratique qui est déjà illégale ou répréhensible tandis que le lanceur d’alerte veut faire prendre conscience au public d’un risque ou d’un danger répréhensible nouveau²⁶.

Certains auteurs, comme Chateauraynaud entre autres, admettent même que le whistleblower se limite à faire de la dénonciation ou de la délation comme ce serait le cas de Edward Snowden ou Bradley Manning qui ont dévoilé les agissements coupables et illégaux des pouvoirs en place. Ils seraient ainsi considérés non pas comme lanceurs d’alerte, mais comme « *militants politiques* »²⁷.

Toutefois, la distinction entre les deux concepts semble être infondée et dénuée de pertinence. Madame F. Hartmann²⁸ souligne en effet que, tant le lanceur d’alerte que le whistleblower, se préoccupent du sort du monde et de l’humanité, jusqu’à sacrifier leurs vies et leurs professions pour éviter l’impunité de l’illégalité²⁹.

Enfin, les lanceurs d’alerte ne sont pas des professionnels agissant dans le cadre d’une mission de travail, mais ce sont des citoyens, témoins d’actes et de pratiques répréhensibles, souvent sur leurs lieux de travail. Ils choisissent de dévoiler ces informations en considérant cela comme un devoir de tout citoyen appartenant à un Etat démocratique. Et c’est précisément parce que les lanceurs d’alerte n’agissent pas en tant que professionnels dans le cadre d’une profession et parce que dévoiler la vérité implique un risque et un sacrifice pour eux que la protection de ces derniers est indispensable³⁰. En d’autres termes, toute révélation d’un fait illégal, d’un scandale, toute dénonciation ou interpellation des pouvoirs ne fait pas de son auteur un lanceur d’alerte. En effet, les professionnels de l’alerte, à savoir ceux qui ont pour mission et fonction de divulguer l’information, tels que les journalistes sont ceux qui ont fait un choix en amont et qui ne sont pas balancés entre leurs devoirs de loyauté vis-à-vis de leurs employeurs ou leur devoir de citoyen vis-à-vis de la communauté. Bien qu’ils puissent mettre en péril leur carrière, ils ne violent aucune règle quand ils décident de révéler l’information pour publier l’injustice³¹. En effet, pour ces professionnels, la mise en péril de leur carrière est inhérente à leur métier et leur protection est garantie par la protection du

²⁶ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 22.

²⁷ *Ibidem*, p. 23.

²⁸ Dans son ouvrage sur les « Lanceurs d’alerte : les mauvaises consciences de nos démocraties ».

²⁹ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 23.

³⁰ *Ibidem*, p. 30.

³¹ *Ibidem*.

secret professionnel et par le droit à la liberté d'expression et le droit à la liberté de la presse tel en vertu de l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

Finalement, selon l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), le lanceur d'alerte doit être considéré de manière large et indépendamment de l'existence d'une relation de travail comme « *toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui* »³².

Toutefois, dans sa relation avec les institutions démocratiques d'aujourd'hui, le lanceur d'alerte peut être vu sous deux conceptions différentes. D'une part, selon la conception fonctionnelle et plus sectorielle, le lanceur d'alerte est vu comme un « *dénonciateur légal* »³³ de faits ou de risques dans un domaine précis dont les autorités publiques ont un intérêt à y mettre fin. Dans ce cadre- là, le lanceur d'alerte est vu comme un individu défini de manière stricte par les autorités publiques de telle sorte que la qualification de lanceur d'alerte n'est octroyée qu'à certains citoyens³⁴.

D'autre part, la seconde conception plus radicale du lanceur d'alerte se base sur une considération large du droit à la liberté d'expression de ce dernier. Ici, tout individu divulguant des risques ou même des dangers majeurs pour autrui afin de provoquer la réaction du public et même souvent, provoquer un changement de politique peut bénéficier de la qualification de lanceur d'alerte, se rapprochant dans ce cas-ci, de la notion de « *désobéissance civile* » dont on parlera *infra*³⁵.

C'est la coexistence de cette double conception du lanceur d'alerte qui rend sa protection non effective. L'équilibre à trouver entre ces deux manières de percevoir le lanceur d'alerte constituera donc le fondement d'une nouvelle législation consacrant un réel statut pour le lanceur d'alerte.

³² Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, Protection « des donneurs d'alerte » de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, §1.

³³ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 26.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

PARTIE II. ENJEUX RELATIFS A UNE LEGISLATION PROTECTRICE DU LANCEUR D'ALERTE FACE AUX DROITS FONDAMENTAUX

CHAPITRE 1. Nécessité d'une législation

Le lanceur d'alerte est un individu à deux facettes. Dans la première, il a des effets bénéfiques sur la démocratie, car il permet l'implication de la société civile en donnant la parole aux citoyens dans des champs qui sont traditionnellement exclus du débat démocratique³⁶. Dans la deuxième, il représente un individu trop réactionnaire pour pouvoir bénéficier d'une protection d'un Etat démocratique libéral. En décidant de révéler la vérité, le lanceur d'alerte engendre – de par une séparation déontologique des pouvoirs – la nécessité de devoir opérer une distinction entre les citoyens en fonction de leur proximité avec la vérité³⁷.

En effet, le lanceur d'alerte fait l'objet d'un paradoxe : celui d'un discours valorisé politiquement, mais s'affichant néanmoins comme un preneur de parole qui risque des représailles et des rétorsions³⁸. C'est par le lien que le concept du lanceur d'alerte entretient avec le domaine de l'éthique et du politique qu'une notion et une protection juridique restent difficile à déterminer³⁹.

Le cas d'Edward Snowden notamment, nous permet d'identifier les enjeux qu'engendre une protection juridique spécifique du lanceur d'alerte : bien que des instances officielles aient reconnu son geste, il est néanmoins toujours privé de la majorité de ses droits⁴⁰. Les signalements effectués par les lanceurs d'alerte veulent être un moyen de dynamiser le régime démocratique, mais cette prise de parole signifie que le lanceur d'alerte prend des risques d'une telle ampleur qu'il préférera trop souvent se taire⁴¹.

³⁶ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 19.

³⁷ A. MANSBACH, « Whistleblowing as fearless speech : The radical democratic effects of late modern parrhesia », *Whistleblowing and democratic values*, London : *The International whistleblowing Research Network*, 2011, p. 14 ; *Ibidem*, p. 19.

³⁸ J.-P. FOEGLE, *ibidem*, p. 20.

³⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 19.

⁴¹ *Ibidem*, p. 20.

Par conséquent, poser la question d'une protection à conférer aux lanceurs d'alerte suscite nécessairement la question de l'étendue et des contours de la transparence, du droit à la liberté d'expression, du droit à l'accès aux informations et de la responsabilité des autorités publiques ou privées et des organes étatiques⁴².

C'est donc à cause de ces difficultés inhérentes à la figure du lanceur d'alerte que les différentes législations protectrices des Etats restent incomplètes et insuffisantes. Lorsque le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) s'est prononcé sur la possibilité d'introduire un instrument juridique pour la protection des donneurs d'alerte, il a mis en lumière les lacunes et insuffisances des législations nationales et la nécessité, pour chaque initiative européenne et internationale, de s'appliquer à tous les Etats dans leur ensemble et non seulement pour certains d'entre eux⁴³.

Bien que les Etats-Unis semblent avoir déjà montré l'exemple en adoptant rapidement diverses lois protectrices du lanceur d'alerte, ces différentes législations se sont plus concentrées sur une vision spécifique du lanceur d'alerte plutôt que d'envisager une vision globale et générale de ce dernier⁴⁴. En effet, les réflexions dégagées par les organismes internationaux ainsi que la doctrine américaine s'inscrivent dans quatre cadres d'analyse aux enjeux politiques distincts et variés⁴⁵. Le premier cadre de réflexion témoigne d'une volonté d'établir une « *démocratie ouverte* » en soulignant la nécessité de prendre des décisions et conclure des accords dans une transparence maximale⁴⁶. Le second cadre se base sur une approche plus restrictive des droits de l'homme⁴⁷. Le lanceur d'alerte étant la figure la plus emblématique de la démocratie, il représente le droit à la liberté d'expression et le droit d'avoir accès aux informations formant ainsi les composantes essentielles de la démocratie actuelle et de l'Etat de droit⁴⁸. Le troisième cadre de réflexion se concentre sur les relations de travail et leurs régulations afin de faire prendre conscience aux entreprises qu'elles ont un intérêt à prévoir des mécanismes de signalement pour améliorer leur croissance et leur

⁴² J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 21.

⁴³ Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe précitée, p. 19-20.

⁴⁴ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 21.

⁴⁵ R.G. VAUGHN, *The successes and failures of whistleblower law*, Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 286-310.

⁴⁶ L. Dehaven-Smith, donne dans son ouvrage, des exemple significatifs de cette nécessité de transparence, voy. L. DEHAVEN-SMITH, « Myth and Reality of Whistleblower Protections », *Public integrity*, 2011, vol. 13, n°3.

⁴⁷ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 22.

⁴⁸ Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe précitée, p. 5 ; M. OPPER, « WikiLeaks : Balancing First Amendment Rights with National Security », *Loy. LA Ent. L. Rev.*, 2010, vol. 31, p. 236-237.

environnement économique. Enfin, le dernier cadre se base sur la Convention n°158 sur le licenciement de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et insiste sur une protection des travailleurs eux-mêmes et considère le lanceur d'alerte comme étant un outil efficace afin de réguler les relations dans le monde du travail⁴⁹.

Le défaut de ces réflexions réside dans l'absence de cohérence dans la manière dont le signalement de l'alerte est pris en compte par les pouvoirs en place. L'unique point commun entre tous ces cadres d'analyse est que le donneur d'alerte est chaque fois au centre de la pression entre le secret d'Etat et/ou le secret des affaires, l'intérêt public et des libertés économiques. Elle n'envisage donc pas une vision globale de la prise en compte du lancement de l'alerte, se cantonnant plus particulièrement à une vision spécifique de celle-ci⁵⁰.

Les récents cadres de réflexions des institutions européennes se sont néanmoins largement inspirés des contours dégagés par le droit international, mais également des normes nord-américaines et anglaises qui constituent un modèle du genre. Cependant, ces institutions européennes se sont aussi uniquement concentrées sur des secteurs précis tels que la lutte contre la corruption et les risques sanitaires et sociaux alors que le Conseil de l'Europe, lui, souhaite adopter une approche transversale basée notamment sur les droits de l'homme⁵¹. Comme le souligne M. Hammarberg, Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, ce n'est que lorsque les révélations du lanceur d'alerte seront réellement et effectivement protégées que les atteintes aux droits de l'homme diminueront⁵².

Une telle protection efficace et complète semble être indispensable non seulement de par la nécessité de protéger ces lanceurs d'alerte qui ont un rôle primordial dans la société d'aujourd'hui⁵³ puisque c'est eux qui corrigent les abus les plus importants du pouvoir, mais également parce que c'est eux qui permettent de faire évoluer le droit dans chaque Etat.

⁴⁹ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 22. Pour des exemples sur la protection des relations professionnelles : B.D. FISHER, « The Whistleblower Protection Act of 1989 : A False Hope for Whistleblowers », *Rutgers L. Rev.*, 1990-1991, vol 43, p. 355 et ss.

⁵⁰ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *ibidem*.

⁵¹ 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* (en ligne), Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 mars 2015 mars, consulté le 1 juillet 2016, p. 20, disponible sur <http://revdh.revues.org/1073> (2 juillet 2016).

⁵² P. STEPHENSON et M. LEVI, *op. cit.*, p. 40-41.

⁵³ En effet, la réunion du G20 à Séoul a confirmé que la protection des donneurs d'alerte au niveau international constituait un domaine qui devait être considéré comme prioritaire dans la politique mondiale luttant contre les cas de corruption et de fraude fiscale. Ainsi, une étude a été réalisée afin de dégager les bonnes pratiques à

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a ainsi adopté la Résolution 1729 (2010) invitant tous les Etats membres à revoir leurs législations sur la protection des lanceurs d'alerte⁵⁴. Cette dernière a été suivie et complétée par la Résolution 1916 (2010) où des principes directeurs ont été établis par le Conseil de l'Europe afin de montrer la voie à suivre aux Etats⁵⁵.

Assurer une telle protection effective dans chacun des Etats, permettra d'une part d'éviter que les personnes qui veulent signaler une information y renoncent par crainte des conséquences que le signalement peut causer. D'autre part, elle permettra aux Etats de respecter leurs obligations internationales et notamment les normes relatives à la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En restant dénudée d'une telle protection juridique, la problématique du lanceur d'alerte restera cantonnée au domaine de l'éthique et non celui du droit⁵⁶.

Aucune législation émanant du Conseil de l'Europe, que ce soit par l'Assemblée parlementaire ou le Comité des Ministres, ne consacre un droit d'alerter le public. Ces Résolutions et Recommandations se bornent uniquement à fournir une définition du lanceur d'alerte et requièrent aux Etats d'introduire et de revoir leurs législations. Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁷, elle, a toujours protégé les lanceurs d'alerte sur base de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁸ qui consacre le droit à la liberté d'expression sous ses deux versants à savoir le droit à la révélation d'information et le droit d'être informé⁵⁹.

Bien que la figure du lanceur d'alerte fasse l'objet d'une émergence globale, le constat de cette émergence est loin de supprimer l'ensemble des problématiques liées à ce

respecter dans ce domaine que tous les pays du G20 se sont promis de respecter, voy. F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNÉY, *op. cit.*, p. 24.

⁵⁴ Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, précitée.

⁵⁵ F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNÉY, *op. cit.*, p. 24 ; Résolution 2060(2015), 23 juin 2015, Amélioration de la protection des donneurs d'alerte de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, §1.

⁵⁶ J.-P. FOEGLE, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 4 juin 2015, p. 16, disponible sur <http://revdh.revues.org/1369> (29 juin 2016).

⁵⁷ Ci-après « Cour EDH » dans le texte.

⁵⁸ Ci-après « CEDH » dans le texte.

⁵⁹ D. LOCHAK, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives », *La Revue des droits de l'homme* (en ligne), 10/2016, mis en ligne le 30 juin 2016, p. 5, disponible sur <http://revdh.revues.org/2362> (2 juillet 2016).

phénomène. La section suivante s'attachera donc à l'étude des enjeux d'une protection globale liant le lanceur d'alerte au thème des droits fondamentaux.

CHAPITRE 2. Tension entre la protection des droits et des libertés fondamentales et les impératifs de sécurité nationale et du secret d'affaires

Aujourd'hui, la possibilité d'une protection effective des donneurs d'alerte est limitée par l'apparition de deux phénomènes problématiques : d'une part, il y a une tension entre les impératifs de sécurité et de liberté, notamment de par l'emprise du domaine de renseignement voulant protéger la sécurité nationale des Etats et d'autre part, le secret des affaires est trop souvent instrumentalisé de la part des cadres et des autorités afin de mettre sous silence ceux qui veulent donner l'alerte et d'estomper la distinction entre l'obligation du secret professionnel et du secret des affaires et le devoir du citoyen d'alerter⁶⁰.

Depuis quelques années et depuis les révélations de T. Drake sur les attentats du 11 septembre 2001⁶¹, cette idée est renforcée : l'équilibre entre les intérêts en présence à savoir entre les droits et libertés de chaque citoyen et la sécurité de tous doit être respecté par l'adoption d'instruments efficaces et proportionnés tout en respectant le droit à la vie privée et la protection des données personnelles, car comme le disait B. Franklin, « *un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité ne mérite ni l'une ni l'autre et finit par perdre les deux* »⁶².

Dans ce contexte, une attention particulière doit être donnée à la jurisprudence de la Cour EDH qui a reconnu le droit pour le lanceur d'alerte « *d'informer le public* »⁶³ dans un champ d'application très large. Selon la Cour, ce qui permet de justifier la divulgation d'informations parfois sensibles n'est pas tellement la liberté d'expression en elle-même, mais plutôt l'intérêt général que contiennent les propos⁶⁴.

A l'inverse de la logique américaine qui se concentre sur le droit subjectif du public à recevoir l'information, la Cour EDH s'attache, elle, plus au contenu de l'information et la

⁶⁰ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 23.

⁶¹ Cf. note 16.

⁶² F. HARTMANN, *op.cit.*, p. 40.

⁶³ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.* p. 49-50.

⁶⁴ *Ibidem*.

protection de l'espace public⁶⁵. Dans cette lignée, la Cour a également et implicitement consacré dans son arrêt *Sunday Times*⁶⁶, un droit du public à recevoir l'information relativement large en raison de l'intérêt que présentent les propos. Ici, ce qui justifie l'information au public, ce n'est pas tellement le droit subjectif à la liberté d'expression ou le droit subjectif du public à recevoir l'information, comme c'est le cas aux Etats-Unis, mais plutôt l'intérêt général que contiennent les propos et qu'une information soit diffusée et mise à sa connaissance. La Cour a d'ailleurs par la suite, affirmé dans son arrêt *Handyside*⁶⁷ que c'est l'intérêt général que présentent les propos qui justifie ce « *droit du public à recevoir l'information* »⁶⁸.

Et plus encore, même lorsque les informations divulguées font l'objet d'une polémique ou d'un scandale, mettant le lanceur d'alerte dans une position minoritaire, ce dernier est protégé. La protection est d'autant plus nécessaire lorsque ces informations divulguées ne font pas toujours l'unanimité auprès du public, pouvant parfois le heurter ou même le sensibiliser. Dès lors, c'est la protection de ces sujets controversés qui permet d'assurer la transmission du message auprès des destinataires concernés et que ce dernier atteigne le but recherché⁶⁹.

Cependant, ce droit d'alerter des sujets divers n'est toutefois pas absolu. D'une part, il est soumis à certaines limitations, notamment celles énoncées dans le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH, en vertu duquel le droit à la liberté d'expression peut faire l'objet de restrictions lorsqu'elles sont nécessaires dans un Etat démocratique. D'autre part, selon la Cour EDH, l'information doit également être appréciée au regard de « *la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet de l'article, le comportement antérieur de la personne, le mode d'obtention des informations et leur véracité et enfin le contenu, la forme et les répercussions de la publication* »⁷⁰.

⁶⁵ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.* p. 49.

⁶⁶ Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n°30, §65 ; *Ibidem*, p. 56.

⁶⁷ Dans cet arrêt, la Cour énonce que « *la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* », voy. Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n°5493/72, §49.

⁶⁸ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 56.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁷⁰ *Ibidem* ; Cour eur. D.H., *Von Hannover c. Allemagne*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10.

Ainsi, le droit du lanceur d’alerte doit être considéré comme un droit de l’homme de second degré⁷¹ : il s’inscrit dans le prolongement d’autres droits fondamentaux tel que le droit du public à l’information tout en restant indépendant d’eux, ce qui permet ainsi de protéger d’autres droits fondamentaux violés. L’exercice par le lanceur d’alerte de son droit à la liberté d’expression permet ainsi donc de rendre effectif le droit d’information du public et c’est précisément cela qui justifie, aux yeux de la Cour EDH, sa protection. Ce droit à la liberté d’expression s’est d’ailleurs vu confirmé dans l’arrêt Bucur et Toma dont nous parlerons *infra*⁷².

Malgré cette définition large de la Cour EDH, le récent arrêt Langner du 17 septembre 2015⁷³ dans lequel la Cour EDH autorise une ingérence dans le droit à la liberté d’expression, démontre que la jurisprudence de la Cour est encore assez variable et ambiguë. Dans cette affaire, un employé a été licencié pour avoir osé critiquer son supérieur lors d’une réunion du personnel de l’entreprise. Il a alors décidé d’aller devant la Cour EDH, estimant que la décision de son licenciement constitue une violation de son droit à la liberté d’expression. La Cour, de façon étonnante, ne lui a néanmoins pas donné raison.

C’est pourquoi une législation cohérente et éclairante tant au niveau européen que dans chaque Etat membre est nécessaire afin de permettre la protection des libertés fondamentales dans le domaine du lancement d’une alerte.

En effet, l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe souhaite que les Etats membres remédient à cette situation et revoient ou introduisent une législation protectrice des lanceurs d’alerte, car l’alerte permet non seulement de révéler des informations, mais également de mettre un terme à des comportements portant gravement atteintes aux droits de l’homme. Par conséquent, l’alerte doit être considérée comme un outil permettant de rendre effectifs les droits de l’homme ainsi que de faire respecter les impératifs liés à l’Etat de droit⁷⁴.

⁷¹ M. LARCHÉ, « Brève réflexion sur la qualification de l’alerte éthique comme droit de l’homme », *Revue des Droits de l’Homme*, n°10, p. 5.

⁷² D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 71.

⁷³ Cour eur. D.H., *Langner c. Allemagne*, 17 septembre 2015, req. n°14464/11.

⁷⁴ Résolution 2060 (2015), 23 juin 2015, précitée, §10 ; D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 5.

Cette approche se base sur un souhait de transparence maximale des activités gouvernementales et des acteurs privés comme prévu par les « Principes Tshwane »⁷⁵. Ces principes sont des principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information⁷⁶. Ils ont été adoptés le 12 juin 2013 par « *une assemblée d'experts, membres d'organisations internationales et de la société civile, mais également par des universitaires et des praticiens de la sécurité nationale* »⁷⁷. Ils se basent sur des « *normes déjà existantes et sur les bonnes pratiques des Etats, mais aussi des institutions internationales* »⁷⁸. Ils ont ensuite été avalisés par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Résolution 1954 (2013) et sa Recommandation 2024 (2013) sur la sécurité nationale et l'accès à l'information, afin d'assurer l'équilibre entre le droit des citoyens à savoir et recevoir les informations d'une part et la protection des intérêts légitimes des organes étatiques et/ou des autorités privées d'autre part⁷⁹.

Ces principes doivent donc mener à l'adoption de règles qui concilient les droits fondamentaux des citoyens avec le secret des affaires et la sécurité nationale étatique qui ont jusqu'à présent été exclus de la protection des lanceurs d'alerte et qui sont la plupart du temps instrumentalisés par les Etats afin d'établir leurs irresponsabilités face à des actes ou des comportements illégaux et/ou répréhensibles.

Dans cet ordre d'idée, la Recommandation 2014(7) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe représente une belle opportunité pour la mise en place d'un standard émergent de protection des donneurs d'alerte dont les Etats doivent s'inspirer. Elle a d'ailleurs dégagé un certain nombre de principes destinés à guider les Etats membres dans l'établissement d'une législation protectrice des lanceurs d'alerte. Dans son huitième principe, la Recommandation du Comité des Ministres les invite à adopter une législation qui prend en compte tant le versant des droits fondamentaux et plus particulièrement le droit à la liberté d'expression et le droit à l'accès aux informations que l'intérêt de la sauvegarde de la sécurité nationale et du

⁷⁵ Les principes Tshwane sont les principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information, publiés le 12 juin 2013.

⁷⁶ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, La sécurité nationale et l'accès à l'information de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

⁷⁷ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §7.

⁷⁸ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §7.

⁷⁹ Résolution 2060 (2015), 23 juin 2015, précitée, §3.

secret des affaires. Elle aborde ainsi la protection des donneurs de l'alerte comme un réel mécanisme leur permettant d'assumer leurs responsabilités démocratiques⁸⁰.

Afin de mettre en balance les droits fondamentaux avec les impératifs de sécurité et du secret d'affaires, elle donne la possibilité aux Etats de mettre en place un régime particulier pour ces domaines sensibles, en empêchant néanmoins de prévoir un régime d'irresponsabilité dans ces domaines qui mettent des obstacles à la réalisation d'une protection complète et cohérente des donneurs d'alerte⁸¹.

SECTION 1. Equilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit du public à avoir accès aux informations et la protection de la sécurité nationale

1.1. La sécurité nationale et les activités de renseignement : une arme à double tranchant dans les mains des Etats

Comme énoncé précédemment, le droit du lanceur d'alerte de signaler des informations relevant de l'intérêt général trouve partiellement son fondement dans le droit du public à l'accès aux informations qui permet à un individu d'avertir le public.

Cette conception du lanceur d'alerte se trouve néanmoins limitée par l'importance croissante de la protection de la sécurité nationale, constituant notamment une restriction à la liberté d'expression prévue dans le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH lorsqu'elle est nécessaire dans un Etat démocratique. De plus, la sécurité nationale est souvent exclue du domaine de protection des lanceurs d'alerte dans la majorité des législations étatiques. Ainsi, toute personne qui révèle des informations classées « *secret d'Etat* » ou « *sécurité nationale* » n'est pas protégée par la législation protectrice des révéléateurs d'actes répréhensibles d'intérêt général⁸².

⁸⁰ Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe précitée, p. 32.

⁸¹ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 4-5.

⁸² J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 73.

À cet égard, le domaine du renseignement est intimement lié à la problématique de la sécurité nationale dans la mesure où ces services de renseignement servent à traiter et collecter des informations à caractère personnel notamment pour des raisons de protection de la sécurité nationale. Par conséquent, les agents travaillant pour ce service sont également exclus de la protection des lanceurs d'alerte.

Concernant les restrictions à la liberté d'expression issues de l'article 10 paragraphe 2 de la CEDH, il est intéressant de rappeler l'emblématique affaire Tanasoica⁸³ sur la restriction liée à la protection de la réputation d'autrui. Cette affaire démontre la conception qu'a la Cour EDH de l'espace public et confirme un très large droit d'alerter le public. Le cas concerne un individu qui a critiqué par voie médiatique, la gestion publique de la problématique de la pollution des eaux. Dans cette affaire, la Cour a même été jusqu'à reconnaître qu'un discours pouvait être exagéré voir même provocateur sans pour autant que celui-ci soit considéré comme portant atteinte à la réputation d'autrui. Ainsi, la Cour a estimé que bien que les allégations faites par l'individu constituaient des « *imputations de faits ou des jugements de valeur* »⁸⁴, ces dernières n'étaient pas « *dépourvues de bases factuelles* »⁸⁵ et faisaient surtout l'objet d'un débat d'intérêt général pour le public⁸⁶.

Malgré cette conception large du droit d'alerter le public de la Cour EDH, les citoyens divulguant ce type d'informations sur la sécurité nationale sont certes pris en compte par le droit du public à accéder aux informations, mais ils restent toujours criminalisés lorsque ces informations portent sur la sécurité nationale d'un Etat. Par conséquent, puisque les lanceurs d'alerte sont criminalisés lorsqu'ils révèlent des informations relevant de la sécurité nationale, « *le droit du public à l'information* »⁸⁷ ne va pas jusqu'à assurer la protection du « *droit d'informer le public* »⁸⁸ de même portée subjective puisque tout citoyen ne pourra dès lors pas informer le public de ce type d'informations sensibles. L'instrumentalisation de l'exception

⁸³ Dans cet arrêt, la Cour a reconnu la légitimité d'une alerte au public en estimant que « *tel qu'il ressort d'une simple lecture de l'article litigieux, le requérant voulait tirer un signal d'alarme et informer la population du département de Dolj de la pollution des eaux par la société A. De l'avis de la Cour, cet épisode de pollution répondait à un intérêt public, important en l'occurrence* », voy. Cour eur. D.H., *Tanasoica c. Roumani*, 19 juin 2012, req. n°3490/03, §52.

⁸⁴ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 58.

⁸⁵ *Ibidem.*

⁸⁶ *Ibidem.*

⁸⁷ *Ibidem*, p. 73.

⁸⁸ *Ibidem.*

de la sécurité nationale et l'inquiétude des Etats quant à celle-ci est donc tellement grande qu'elle devient une menace au droit à la liberté d'expression.

Par conséquent, c'est ce déséquilibre entre le droit du public à l'information et le droit d'informer le public qui permet d'exclure de la notion de lanceur d'alerte, des personnages comme Edward Snowden ou Bradley Manning⁸⁹ qui eux, ne sont pas considérés comme tels, car ils n'ont pas cherché à dévoiler une situation relevant de l'intérêt général, mais plutôt à remettre en cause une politique touchant à la sécurité nationale, sans que la loi les y ait autorisés⁹⁰. Ainsi, le droit d'informer le public de ces individus a été restreint de par le contenu des informations divulguées.

L'argument de la sécurité nationale est donc l'arme de défense des Etats pour pouvoir dissimuler des violations des droits de l'homme et ainsi porter atteinte aux droits et libertés des citoyens puisqu'il permet aux Etats de rendre illusoire la protection juridique des lanceurs d'alerte et même de pénaliser les actions de ces derniers⁹¹.

Certes, les Etats et les organisations internationales ont un droit de réserve et un droit de limiter la divulgation de leurs informations. Cependant, ce droit est trop souvent utilisé pour faire basculer le lanceur d'alerte dans le camp des « *traîtres* » ou criminels. Pourtant, les garanties sont claires et précises : ni le devoir de confidentialité ni le devoir de réserve ne peuvent prendre le pas sur la liberté d'expression, et ce, même pour des motifs qui tendent à la sauvegarde de la sécurité nationale, lorsque ces limites servent à ébranler l'équilibre de la démocratie en dissimulant des violations des droits de l'homme ou d'actes illégaux⁹². Et comme le mentionne le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, « *les intérêts légitimes de la sécurité nationale ne peuvent être pleinement protégés que par le respect de tous les droits de l'homme, notamment le droit à la liberté d'expression* »⁹³. Ainsi, bien que la sécurité nationale justifie la retenue de certaines informations, l'accès à ces dernières représente un élément constitutif de la sécurité

⁸⁹ B. Manning est un ancien analyste dans le domaine militaire aux Etats-Unis qui a révélé des milliers de documents militaires confidentiels de l'armée américaine.

⁹⁰ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 73.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 58.

⁹³ ONU, Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, 4 septembre 2014, §63 ; M. BEULAY, « Lanceurs d'alerte : la nécessité de l'établissement d'un statut en droit international ? », *La revue des droits de l'homme* (en ligne), 10/2016, mis en ligne le 12 juillet 2016, p. 7, disponible sur <http://revdh.revues.org/2489> (14 juillet 2016).

nationale, permettant de favoriser la participation des citoyens dans la société démocratique, l'élaboration des politiques et du droit de savoir et de regard des citoyens sur l'Etat⁹⁴.

De plus, la conséquence de l'exclusion de la sécurité nationale et du secret d'Etat de la protection des lanceurs d'alerte réside dans l'octroi de la possibilité pour les Etats d'appliquer des dispositions pénales pour les personnes révélant ce type d'informations.

À titre d'exemple, aux Etats-Unis, la loi sur l'espionnage (« The Espionage Act ») adopté en 1917⁹⁵ a servi de fondement juridique pour poursuivre et condamner Bradley Manning et Edward Snowden pour avoir possédé et transmis des informations sur la défense nationale pouvant occasionner des dommages au pays. Travaillant tous deux dans le domaine de la fonction publique, ils ne bénéficient pas de la protection conférée par le premier amendement selon lequel tout citoyen a un droit à divulguer des informations confidentielles⁹⁶. De même en France, le Code pénal sanctionne la transmission d'informations classées « *secret-défense* »⁹⁷.

Mais comme le précise l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en 2011, les agences de renseignement et les services de sécurité nationale ne doivent pas se considérer comme un « *Etat dans l'Etat* »⁹⁸ pour ainsi être dispensés de rendre des comptes sur leurs comportements et leurs actes au risque d'engendrer une culture d'impunité qui détruirait l'état de droit et l'Etat démocratique⁹⁹.

Dans tous les cas, bien que la sécurité nationale fasse partie du domaine de compétence exclusive des Etats, ces derniers doivent néanmoins respecter la législation de l'Union européenne et les droits fondamentaux lorsqu'ils agissent à ce titre. Comme le mentionne la Cour de Justice de l'Union européenne, « *bien qu'il appartient aux Etats membres d'arrêter*

⁹⁴ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §3.

⁹⁵ J.-P. FOEGLE, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 22.

⁹⁶ En effet, les juridictions américaines considèrent que la liberté d'expression d'un citoyen n'est pas équivalente à celles des employés de la fonction publique qu'elle a le droit de réglementer, voy. *Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968) ; J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 68.

⁹⁷ En effet, les articles 413-11/1-1 du Code pénal Français prévoient une peine de cinq ans de prison et à plus de sept mille euro d'amendes ; J.-P. FOEGLE, *Ibidem*, p. 69.

⁹⁸ Résolution 1838 (2011), 6 octobre 2011 (34^e séance), Les recours abusifs au secret d'Etat et à la sécurité nationale : obstacles au contrôle parlementaire et judiciaire des violations des droits de l'homme, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, §1.

⁹⁹ Résolution 1838 (2011), 6 octobre 2011, précitée.

les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, le seul fait qu'une décision concerne la sûreté de l'Etat ne saurait entraîner l'inapplicabilité du droit de l'Union européenne »¹⁰⁰. Et comme le confirme avec pertinence l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, il faut stopper la pratique des Etats qui consiste à invoquer des notions telles que la sécurité nationale pour troubler l'application des règles sur la primauté du droit¹⁰¹.

Ainsi, la notion de « *sécurité nationale* », ou de toutes notions équivalentes, doit s'entendre de manière restrictive, en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités, le principe de coopération loyale entre Etats membres de l'Union, et le principe de droit international humanitaire¹⁰².

A cet égard, les Résolutions 1838(2011) et 1675(2009)¹⁰³ de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sont relativement intéressantes, car elles s'attaquent à ce problème et mettent en lumière la nécessité de fixer les limites dans lesquelles les Etats peuvent invoquer la sécurité nationale afin de justifier une restriction à l'accès et à la connaissance de l'information. Dans sa résolution 1838, l'Assemblée précise en effet que « *des assassinats, des disparitions forcées, torture ou enlèvement* »¹⁰⁴ commis par des organes étatiques ne sont pas compris dans la notion de secret tenant à la sécurité nationale.

Dans cette même lignée, les principes Tshwane sur la sécurité nationale et le droit à l'information ont tenté d'ébaucher une piste de conciliation entre la sécurité nationale d'une part et l'accès du public à l'information d'autre part. En vertu de ces principes, le droit à l'accès à l'information est « *non seulement une garantie contre les abus de la part des agents*

¹⁰⁰ Cour eur. D.H., *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013, req. n°40238/02, §102.

¹⁰¹ Proposition de recommandation, du 5 juillet 2013 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection des donneurs d'alerte qui révèlent des agissements des pouvoirs publics constituant une violation du droit international et des droits fondamentaux, Doc. 13278, p.1, disponible sur <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20031&lang=fr>.

¹⁰² Par conséquent, en vertu de l'article 6 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme, les Etats membres et même les personnes privées intervenant dans le champ de la sécurité nationale, doivent respecter les droits protégés par ces deux textes tant vis à vis de leurs propres citoyens que pour les citoyens des autres Etats, voy. Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers Etats membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures, 2013/188(INI), adoptée à Strasbourg, le 12 mars 2014, pt. Z.

¹⁰³ Résolution 1675 (2009), 24 juin 2009 (22^e séance), La situation des droits de l'homme en Europe : nécessité d'éradiquer l'impunité de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹⁰⁴ Résolution 1838 (2011), 6 octobre 2011, précitée, §4.

de l'Etat, mais il permet également au public de jouer un rôle dans la définition des politiques de l'Etat et constitue ainsi la pierre angulaire de la sécurité nationale, de la participation des citoyens à la démocratie et à l'application de politiques cohérentes »¹⁰⁵. Ces principes ayant été reconnus au niveau européen, doivent être maintenant pris en compte dans chacune des législations nationales des Etats membres¹⁰⁶.

1.2. L'abus du renseignement pour la sécurité nationale

Certains pays, notamment les Etats-Unis, utilisent de manière abusive les services de renseignement sous motif de protéger la sécurité nationale.

Ces pratiques ont d'autant plus augmenté du fait du développement des nouvelles technologies de l'information et de la prolifération d'actes terroristes qui entraînent une surveillance préventive plus proactive des Etats. Toutefois, d'après la Résolution 2045 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, des études ont pu démontrer que ces activités ne sont pas aptes à empêcher des attaques tant dans le domaine du terrorisme que dans le domaine de la fraude fiscale ou de la corruption¹⁰⁷.

C'est depuis les révélations de Edward Snowden et Bradley Manning, révélations relevant du domaine du renseignement, que l'accent a été mis sur la nécessité d'une législation protectrice des lanceurs d'alerte plus complète et englobant toutes sortes d'activités, en ce compris la sécurité nationale, mais aussi les renseignements et le secret-défense, qui, comme nous l'avons signalé précédemment, étaient jusqu'à présent exclus de la protection des lanceurs d'alerte.

La difficulté dans ce domaine est d'autant plus grande que l'Assemblée parlementaire ne s'est presque pas prononcée sur la protection des lanceurs d'alerte travaillant dans le domaine du renseignement et que la jurisprudence de la Cour EDH en la matière reste relativement fluctuante¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Voy. Principes Tshwane, cité *supra*.

¹⁰⁶ J.-P. FOEGLE, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁷ Résolution 2045 (2015), 21 avril 2015 (12^e séance), Les opérations de surveillance massive de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, §11.

¹⁰⁸ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 7.

En effet, dans un arrêt de la Cour EDH nommé Pasko, datant de 2009¹⁰⁹, un journaliste avait divulgué à la télévision et à un journal étranger, des informations révélant des atteintes importantes à l'environnement par le service de la Marine russe. En raison de cette divulgation, le tribunal militaire de la Flotte russe du Pacifique avait condamné le requérant, travaillant en tant qu'agent militaire, à quatre années de prison pour cause d'espionnage lui reprochant de trahir son devoir de discrétion. Dans cette affaire, la Cour avait estimé que la fonction d'officier militaire du requérant l'obligeait de respecter le devoir de discrétion auquel il était soumis de telle sorte que la sanction infligée par le tribunal militaire de la Flotte russe du Pacifique était proportionnée puisqu'elle cherchait à protéger un objectif légitime que représente la sécurité nationale¹¹⁰.

Toutefois, ultérieurement, dans son arrêt Bucur et Toma en 2013¹¹¹, la Cour EDH a opté en faveur de la liberté d'expression grâce à son enseignement dégagé dans son arrêt Guja dont on parlera *infra*. Dans cet arrêt Bucur et Toma, un individu travaillant dans le domaine public, pour les services secrets roumains a révélé lors d'une conférence de presse, l'existence de mise sur écoute de journalistes, d'hommes politiques et d'affaires, faits pour lesquels il a été condamné. À l'inverse de l'arrêt Pasko, la Cour a invalidé dans cette affaire, cette condamnation en énonçant qu'un « *système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale comporte le risque de saper voir de détruire la démocratie au motif de la défense nationale* »¹¹².

En effet, inclure l'utilisation trop large du secret-défense dans le cadre des activités de renseignement, permet la non-détection de violation des droits par les s dont l'intérêt général a un besoin à ce qu'ils soient protégés¹¹³. C'est pourquoi, les services de renseignement doivent être pris en compte dans le juste équilibre entre la protection de la sécurité nationale et l'existence d'un droit à révéler des informations d'intérêt général et le droit du public d'avoir accès à ces informations. Ainsi, comme le mentionne l'Assemblée parlementaire, les

¹⁰⁹ Cour eur. D.H., *Pasko c. Russie*, 22 octobre 2009, précité.

¹¹⁰ Cour eur. D.H., *Pasko c. Russie*, 22 octobre 2009, précité, §86 ; J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 17.

¹¹¹ Cour eur. D.H., *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013, req. n°40238/02.

¹¹² Cour eur. D.H., *Bucur et Toma c. Roumanie*, précité, §102.

¹¹³ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 7.

mécanismes de surveillance pour des objectifs politiques, économiques ou même diplomatiques dans les Etats devraient être prohibés¹¹⁴.

Le Conseil de l'Europe avait d'ailleurs déjà adopté la Convention sur l'accès aux documents publics, dans un avis 270 (2008)¹¹⁵ pour améliorer et protéger la transparence, mais l'Assemblée parlementaire a réitéré sa demande d'une plus grande transparence en 2013, en attirant l'attention des Etats sur l'importance du principe de la transparence, notamment dans l'accès des informations appartenant aux autorités publiques. Elle rappelle que cette transparence est primordiale tant pour la bonne gouvernance et la démocratie que pour la lutte contre certains phénomènes comme la corruption ou le terrorisme¹¹⁶.

De plus, étant préoccupé par le nombre d'atteintes à la liberté d'expression et au droit à l'information, dans sa Résolution du 12 mars 2014, le Parlement invite également les Etats membres à dresser un « *plan européen efficace et global sur la protection des lanceurs d'alerte* » avec une attention spécifique pour les lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement et de leur assurer une protection contre les poursuites et actions pénales¹¹⁷.

En adoptant une législation sur la limitation des possibilités de surveiller et enregistrer des données par des mécanismes de surveillance massive et secrets, le Congrès des Etats-Unis a à nouveau donné l'espoir de voir la situation évoluer, mais rien n'est encore effectif¹¹⁸. Bien que nous pouvons féliciter les Etats-Unis dans son avancée notable dans la prise en considération des lanceurs d'alerte, cette législation reste éloignée de la norme imaginée à l'échelle internationale et principalement européenne. De cette manière, les Etats-Unis, fort concernés par la problématique des lanceurs d'alerte peuvent être une source d'inspiration pour l'Europe, mais n'est donc pas un modèle à suivre.

Les Etats doivent plutôt s'inspirer principalement des principes Tshwane qui protègent les agents du domaine du renseignement si quatre conditions sont cumulativement remplies : (1) l'information concerne des actes répréhensibles d'un gouvernement ou d'une entreprise travaillant avec l'Etat (2) la personne a déjà tenté de signaler l'acte, à moins qu'il n'ait pas

¹¹⁴ Résolution 2045 (2015), 21 avril 2015, précitée, §19.4.

¹¹⁵ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §2.

¹¹⁶ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §1.

¹¹⁷ Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014, précitée, pt. V.

¹¹⁸ J.-P. FOEGLE, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 4.

existé d'organismes susceptibles 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 ou d'un tiers (3) la révélation d'informations se limite aux informations considérées comme raisonnablement nécessaires pour mettre au jour l'acte répréhensible et finalement (4) il faut que le lanceur d'alerte ait des motifs raisonnables de penser que la révélation d'information était plus bénéfique que le silence¹¹⁹.

Dans ce contexte, une attention particulière doit être conférée au principe énoncé par le tribunal de Nuremberg selon lequel il est interdit de juger le comportement désobéissant d'un employé sans s'être d'abord interrogé sur la légalité des instructions données par son supérieur¹²⁰. Si ce principe avait été respecté, les lanceurs d'alerte comme Snowden et Manning ne seraient pas qualifiés de criminels, car les mécanismes mis en place pour protéger la sécurité nationale ne permettraient pas d'aller si loin dans le reniement du respect des droits et libertés fondamentales par le gouvernement des Etats-Unis¹²¹.

Ainsi, les pouvoirs spéciaux des services de renseignement ne doivent être limités qu'à l'objectif pour lequel ils ont été institués à savoir, promouvoir la protection des droits fondamentaux, la protection de la démocratie, de l'état de droit et des citoyens contre toutes menaces tant intérieures qu'extérieures¹²².

Et afin de s'assurer du respect de ces limites, les activités de renseignement au sein de chaque Etat membre doivent pouvoir faire l'objet d'une surveillance stricte par un mécanisme parlementaire de contrôle, afin qu'elles restent légitimes et ne violent pas les principes de base de la démocratie. Pour ce faire, l'Assemblée parlementaire invite chaque Etat membre à mettre en place, si cela n'est pas encore fait, ces mécanismes de surveillance des agences de renseignement, mais également d'assurer la disponibilité de ressources suffisantes pour ces organismes de surveillance et fournir un ensemble de moyens juridiques adéquats¹²³. L'efficacité d'un tel mécanisme a en effet, été prouvée par certains pays comme c'est le cas au Canada, avec l'affaire Maher Arar¹²⁴ dans laquelle, un Canadien, en revenant de vacances

¹¹⁹ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 8.

¹²⁰ F. HARTMANN, *op. cit.*, p. 37.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014, précitée, pt. BW.

¹²³ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §22.

¹²⁴ Résolution 1838 (2011), 6 octobre 2011, précitée, §5.

de Tunisie, s'est fait arrêté et expulsé en Syrie par le gouvernement américain en dépit de sa nationalité canadienne. Ignoré par les autorités canadiennes et emprisonné sans accusation valable, cette affaire a permis de prendre conscience du danger des activités de renseignement. Elle a ainsi permis de mettre sur pied des mécanismes de surveillance spéciaux des activités de services de renseignement permettant ainsi une protection suffisante du secret d'Etat et des droits fondamentaux et libertés fondamentales.

En plus des mécanismes de surveillance, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a par ailleurs proposé en 2013, la création d'un groupe d'individus compétents et experts pour analyser, de manière transparente et en coopération avec les différents parlements étatiques, des recommandations ayant pour objectif d'améliorer les contrôles de ces agences de renseignement¹²⁵.

Elle invite également à la délimitation de normes contraignantes, basées sur de bonnes pratiques déjà existantes et sur des normes d'organisation internationale également — notamment sur le principe d'accès à l'information, les principes Tshwane et les principes concernant la limite et la durée de la surveillance en veillant à chaque fois à ce que ces principes, poursuivant un but légitime, soient proportionnels et nécessaires dans un Etat démocratique¹²⁶.

SECTION 2. Equilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit du public à avoir accès aux informations et la protection du secret d'affaires.

La question du secret des affaires est liée à celle des limites du contenu des informations. L'exception liée au secret des affaires confidentielles pose nécessairement la question du secret des affaires et de la bonne foi¹²⁷.

L'exception du secret d'affaires est primordiale dans la mesure où il est indispensable de prendre également en compte les droits des opposants, et plus particulièrement des entreprises, qui ont un intérêt légitime à ce que certaines informations restent secrètes. Or,

¹²⁵ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §77.

¹²⁶ Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, précitée, §79.

¹²⁷ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 12.

bien qu'il soit légitime de vouloir garder certaines données secrètes, une conception trop large du secret priverait le lanceur d'alerte d'une protection adéquate et efficace.

Certains diront que si le secret d'affaires peut être mis à mal voire être supprimé, la possibilité de vivre en confiance est presque impossible. Ceux-là admettront que, puisque le statut du lanceur d'alerte ne peut être octroyé à toute personne qui signale l'existence de documents confidentiels, cela engendrerait une application subjective et un traitement différent de la protection du droit à la vie privée, à la protection des données confidentielles en fonction que le statut de lanceur d'alerte soit reconnu ou pas.

Ainsi, sous prétexte d'obligations légales, énormément de cultures considèrent le lanceur d'alerte sous un angle négatif comme un informateur qui intervient dans des affaires qui ne le regarde pas et qui s'empare et divulgue des informations en trahissant le secret des documents confidentiels ou le secret professionnel. Certes, la transparence totale est peut-être une illusion et le respect du secret d'affaires est indispensable au bon fonctionnement d'un Etat démocratique, mais il ne peut néanmoins être instrumentalisé afin d'empêcher les lanceurs d'alerte de prendre la parole¹²⁸.

La question au cœur du débat d'aujourd'hui est donc celle de la délimitation entre le devoir déontologique de ne pas violer le secret d'affaires et celui du citoyen de collaborer et respecter la démocratie dans un Etat de droit.

2.1. L'affaire Luxleaks met en lumière l'instrumentalisation du secret des affaires

La célèbre et récente affaire Luxleaks permet de mettre en lumière cette problématique de la protection des donneurs d'alerte face à l'argument du secret des affaires. En effet, dans la pratique actuelle, l'avantage est toujours donné à ceux qui violent le droit plutôt qu'à ceux qui le défendent.

¹²⁸ D. BANISAR, « Whistleblowing : International Standards and Developments » in Sandoval, I. (ed.), *Corruption and Transparency : Debating the Frontiers between State, Market and Society*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, DC, 2011, p. 12.

Dans cette affaire, deux employés du cabinet PWC, dénommés Antoine Deltour et Raphaël Halet ont été condamnés pour avoir trahi le secret professionnel et le secret des affaires en s'emparant de documents confidentiels détenus par leurs employeurs. Ces documents faisaient état d'accords fiscaux entre l'administration luxembourgeoise et certaines sociétés multinationales. C'est la raison pour laquelle les deux lanceurs d'alerte ont pris la parole, considérant que l'intérêt du public justifie la divulgation de ces pratiques contraires à l'intérêt général.

Le secret des affaires, considéré comme étant inviolable, est l'arme du Luxembourg qui lui permet ainsi d'attirer un grand nombre d'investisseurs financiers. Par conséquent, les deux « voleurs de documents confidentiels » ont écopé d'une peine de douze et neuf mois de prison avec sursis et une amende de 1500 et 1000 euros. Le juge ayant reconnu l'importance de lutter contre l'optimisation fiscale d'une part et de promouvoir la transparence de l'autre n'a pas jugé utile de leur imposer une peine maximale, mais cette peine permet néanmoins de prendre conscience que la protection des lanceurs d'alerte face à l'argument du secret des affaires est loin d'être préférée par les juridictions, ce qui rend ce jugement incohérent face à la jurisprudence dégagée par la Cour EDH¹²⁹.

En effet, précédemment, dans son arrêt *Guja*¹³⁰, la Cour a conclu à une violation de l'article 10 de la CEDH qui protège le droit à la liberté d'expression. Dans cette affaire, des policiers ont été accusés de maltraitances envers un gang de malfaiteurs. Après l'introduction d'une demande de poursuites envers les policiers, deux ministres ont fait une demande aux magistrats du parquet général de cesser celles-ci. Après avoir tenté en vain de consulter les responsables des services du parquet, les magistrats ont décidé de dénoncer ces lettres à un journal afin de les publier, ce qui, malheureusement, leur a causé la révocation de leurs fonctions sous motif de violation du secret professionnel et du secret des documents confidentiels.

Le raisonnement de la Cour dans ce jugement est intéressant, car il montre comment elle a réussi à trouver un équilibre entre la protection du secret des informations confidentielles et la protection de la liberté d'expression. Dans son jugement, elle s'est basée

¹²⁹ S. LAMBOTTE, « Dix-huit mois de prison requis contre les lanceurs d'alerte », *La libre Belgique*, 11 mai 2016, p. 24.

¹³⁰ Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, précité.

sur des critères permettant d'établir si l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des magistrats était nécessaire pour la société démocratique. *In casu*, elle a d'abord analysé s'il n'y avait pas un autre moyen pour réaliser la divulgation de l'information. Comme aucune législation ni aucun règlement ne prévoyaient la possibilité de faire la divulgation de ces informations en interne, la Cour a considéré que le dévoilement de celles-ci extérieurement au parquet était légitime. Ensuite, la Cour a pris en compte la nature de l'intérêt général, l'authenticité des révélations, le préjudice que ces divulgations engendreraient, les motivations du donneur de l'alerte et enfin, la sévérité de la sanction¹³¹.

Suite à l'analyse de tous ces critères, la Cour a constaté que l'individu, donneur de l'alerte, n'avait agi que dans un seul but désintéressé, afin de contribuer à un but d'intérêt général que représente la lutte contre le trafic d'influence. De cette manière, elle a opté pour la protection de la liberté d'expression du lanceur d'alerte plutôt que le secret professionnel.

Face à cette jurisprudence de la Cour EDH, comment expliquer que Antoine Deltour qui remporte le prix du citoyen européen en 2015 octroyé par le Parlement européen pour le remercier d'avoir contribué à la défense de valeurs communes est lui-même condamné à une peine sévère ? De même, le cas de Hervé Falciani, informaticien à la HSBC, qui a dévoilé des milliers de fraudes fiscales pratiquées à l'échelle internationale par les clients de cette banque, et qui est considéré comme un héros dans le milieu des lanceurs d'alerte alors qu'il est poursuivi pour atteinte au secret bancaire en Suisse?

Aux Etats-Unis par exemple, la Cour Suprême des Etats-Unis estime que lorsqu'un agent s'exprime sur des faits dont il a eu connaissance dans le cadre de sa profession, il peut se voir imposer des restrictions à sa liberté d'expression. Ce qui est plus inquiétant encore c'est lorsque la Cour va plus loin et affirme que si l'individu révèle des informations, dont il a pu logiquement avoir connaissance que dans le cadre de sa profession, il est responsable de violation de ses obligations professionnelles et peut dans ce cas faire l'objet de sanction pénale sans qu'il y ait nécessairement eu une violation de la Constitution¹³².

¹³¹ Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, précité.

¹³² J.-P. FOEGLE, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 10.

Les Etats devraient néanmoins suivre la décision prise par la chambre sociale de la Cour de Cassation française du 30 juin 2016, qui s’aligne sur l’enseignement de la jurisprudence de la Cour EDH issue de l’arrêt Guja. L’affaire devant la Cour de Cassation concerne un directeur financier, engagé comme employé, qui a dénoncé des comportements répréhensibles d’un responsable de l’entreprise dans laquelle il travaille. Suite à ces dénonciations, il a été licencié pour cause de faute lourde. En appel, la Cour d’appel de Basse-Terre a néanmoins refusé d’annuler le licenciement. La Chambre sociale de la Cour de Cassation est alors intervenue en invoquant les articles 10 et 11 de la CEDH sur la liberté d’expression. Selon elle, ces articles permettent de rendre nul le licenciement auquel a dû faire face le directeur financier pour une prétendue violation du secret des documents confidentiels tel que l’a estimé la Cour EDH dans son arrêt Guja précité.

Nous ne pouvons donc qu’espérer que les juridictions étatiques prennent exemple sur cette juridiction française et empruntent la voie dégagée par la Cour EDH, se tournant ainsi vers une protection favorable à la liberté d’expression face à l’instrumentalisation du secret des affaires de telle manière à ce que le secret des affaires confidentielles ne soit pas considéré comme un droit, mais comme un privilège qui ne peut aller au-delà d’une certaine limite afin de ne pas provoquer un déséquilibre dans les relations de pouvoir¹³³.

2.2. La directive sur le secret d’affaires : une protection à mi-chemin pour le lanceur d’alerte ?

L’Union européenne a néanmoins une position quelque peu paradoxale sur la problématique du secret des affaires. D’un côté, elle préconise la protection des défenseurs de la démocratie, tandis que de l’autre côté, elle met en avant le secret des affaires lorsque les sujets de l’économie et de la croissance entrent en jeu, ce qui menace fortement la liberté d’expression et la liberté de la presse¹³⁴.

Cette seconde vision semble dominer la première et la position de l’Union européenne paraît s’être récemment quelque peu éclaircie même si elle laisse persister quelques

¹³³ J.-P. FOEGLE, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d’alerte », *op. cit.*, p. 14-16.

¹³⁴ E. GRONELLI, « La protection des lanceurs d’alerte : le long parcours vers un statut européen », 10 septembre 2015, disponible sur <https://eulogos.blogactiv.eu/2015/09/10/la-protection-des-lanceurs-dalerte-le-long-parcours-vers-un-statut-europeen/> (30 juin 2016).

incertitudes vis-à-vis de la protection des donneurs de l'alerte. En effet, face aux problèmes grandissant pour les sociétés, du vol des informations et notamment des informations confidentielles, le Parlement européen a adopté la directive sur « *la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* », le 14 avril 2016¹³⁵, qui semble à priori aller dans le sens contraire d'une protection adéquate pour les lanceurs d'alerte. C'est le summum pour une directive adoptée quelques jours seulement après l'affaire des Panama Papers¹³⁶, représentant la plus grande affaire journalistique et un exemple idéal de ces secrets des affaires¹³⁷. Cette affaire a permis à des centaines de journalistes d'enquêter sur des millions de dossiers confidentiels émanant de la société Mossack Fonseca, un cabinet d'avocat situé à Panama et spécialisé dans le domaine de la domiciliation des sociétés établies dans des paradis fiscaux. Ces investigations ont permis de révéler l'existence d'avoirs, dans des paradis fiscaux, de centaines de personnes connues tels que des politiciens, footballeurs ou encore d'autres célébrités. Cette affaire semble donc être au centre de la problématique de la conciliation entre le secret des affaires et le droit à la liberté d'expression et pourtant l'Union européenne semble avoir déjà choisi en faveur de la prédominance du secret des affaires qui menace le travail des lanceurs d'alerte et des journalistes.

Initialement, la directive permettait aux entreprises de prendre des moyens juridiques afin de poursuivre quiconque qui décidait de s'emparer ou de divulguer publiquement un document confidentiel sans le consentement de celle-ci. Mais fort heureusement, suite à la polémique qu'a suscitée cette directive, le Parlement, en collaboration avec les vingt-huit Etats membres a modifié le champ d'application de cette directive afin d'exclure les journalistes et les lanceurs d'alerte.

Toutefois, cette protection reste lacunaire. Premièrement, elle n'excepte de son champ d'application que les « *fautes, comportements inappropriés ou activités illégales* »¹³⁸ ce qui

¹³⁵ Directive 2013/0402 (COD) du Parlement européen et du Conseil du 14 avril 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, disponible sur www.europarl.europa.eu ; Ci-après « directive sur le secret d'affaires » dans le texte.

¹³⁶ Les Panama Papers désignent la divulgation par un lanceur d'alerte anonyme de millions de documents confidentiels appartenant à un cabinet d'avocats Panaméen dénommé « Fonseca » qui reprennent des données secrètes sur un nombre gigantesque de sociétés offshores ainsi que leurs actionnaires.

¹³⁷ J. QUATREMER, « La directive sur le « secret des affaires » menace les lanceurs d'alerte », *Libération*, 16 avril 2016.

¹³⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM (2013), 2013/0402 (COD), précitée, §20.

réduit fortement la protection de l'alerte puisque comme le mentionne Transparency internationale, « l'alerte éthique peut pourtant porter sur des violations des droits de l'homme, des risques pour la santé ou l'environnement »¹³⁹.

Bien que l'exposé des motifs de la directive semble prendre en compte le concept de lanceur d'alerte, la protection de son activité reste donc cantonnée à un champ d'application très limité¹⁴⁰. Le cas du Luxleaks témoigne de son insuffisance puisque Antoine Deltour ne pourrait même pas bénéficier de sa protection. En effet, la révélation de la fraude fiscale n'est pas considérée comme une faute, un comportement illégal ou inapproprié.

Ensuite, en vertu de l'article 5 de la directive adoptée par le Parlement européen et du Conseil sur le secret des affaires, les lanceurs d'alerte ne pourront pas être poursuivis s'ils ont agi pour protéger l'intérêt public général, mais sans pour autant donner plus de précisions sur ce qu'il faut entendre par l'intérêt général¹⁴¹. Ce sera au juge d'apprécier donc de manière variable quelles informations peuvent être protégées ou non en prenant en compte tant l'intérêt des entrepreneurs que l'intérêt du public à recevoir des informations d'intérêt public. Cette dernière considération laisse donc persister une incertitude quant à la protection des lanceurs d'alerte.

En conséquence, afin d'éviter l'imposition du silence par les entreprises sur leurs activités protégées par le secret des affaires, un instrument juridique européen octroyant un statut pour lanceur d'alerte le protégeant de toutes révélations d'informations contraires à l'intérêt général permettrait de contrer les effets négatifs de cette directive. De plus, cet instrument juridique européen basé sur la vision large de la jurisprudence de la Cour EDH suivie par la Cassation française pourra être utilisé afin de rejeter les lois des Etats qui

¹³⁹ Transparency International, *Secret des affaires : un retour en arrière pour les lanceurs d'alerte et la liberté de la presse*, France, 23 janvier 2015.

¹⁴⁰ Selon la directive, le secret des affaires s'étend « aux informations qui dans leurs globalité ou leur configuration et l'assemblage exact de leurs éléments, elles ne sont généralement pas connues des personnes qui appartiennent aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations concernées ou ne leur sont pas accessibles facilement, qui ont valeur commerciale car elles sont secrètes et celles qui font l'objet de dispositions raisonnables qui sont destinées à les garder secrètes », voy. Directive 2013/0402 (COD) du Parlement européen et du Conseil du 14 avril 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 précitée, art. 2§1.

¹⁴¹ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, COM (2013), 2013/0402 (COD), précitée art. 5.

adopteront et transposeront dans leurs ordres juridiques nationaux, la directive sur le secret des affaires.

Nous ne pouvons donc pas encore affirmer pleinement que suite à ces enseignements jurisprudentiels, les traits d'un cadre juridique d'une protection effective des lanceurs d'alerte face au secret professionnel et le secret des affaires sont dégagés. Il faudrait pour cela, attendre le jugement d'autres affaires concernant la même problématique afin de voir si la voie prise par la Cour EDH et la Chambre sociale de la Cour de Cassation sera suivie ou non. Mais en attendant que la jurisprudence se stabilise, un mécanisme juridique plus protecteur semble être la clé pour que la protection du lancement d'alerte devienne l'objet d'une responsabilité collective et plus seulement celle de ceux qui prennent des risques pour protéger l'intérêt général.

CHAPITRE 3. Le rôle des journalistes et la protection de leurs sources

SECTION 1. Le rôle des journalistes

Comme énoncé dans la partie I de ce mémoire, les journalistes distinguent des lanceurs d'alerte dans la mesure où la révélation d'information est la composante principale de leur profession. Par conséquent, les journalistes ne sont pas inspirés par un devoir moral et de conscience au même titre que les lanceurs d'alerte lorsqu'ils révèlent des informations, mais ils se bornent uniquement à réaliser leur mission. Eux, leur protection est garantie par le droit à la liberté d'expression, la protection du secret professionnel et droit à la liberté de la presse tel que protégé par l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme.

A cet égard, nous pouvons nous réjouir de la décision de la Cour EDH dans son arrêt *Fressoz et Roire*¹⁴², dans lequel, elle a confirmé qu'elle pouvait interdire et faire cesser des poursuites pénales envers les journalistes qui avaient été condamnés de délit de recel pour avoir divulgué des informations considérées comme confidentielles. Ainsi, la Cour a fort heureusement eu l'occasion de confirmer la primauté de la protection des sources journalistiques nécessaire à l'intérêt général sur le droit pénal.

¹⁴² Cour eur. D.H., *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, req. n°29183.95.

Toutefois, malgré cette jurisprudence, la problématique du rôle des journalistes et des médias dans le cadre du lancement d'alerte semble toujours être alarmante depuis les récentes affaires de Madame Florence Hartmann et l'affaire « *Luxleaks* » qui laissent toutes deux planer le doute quant à leurs protections.

Madame Hartmann a travaillé pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en 2009. Dans le cadre de sa profession, elle fût considérée comme lanceur d'alerte lorsqu'elle a révélé l'existence de décisions gardées confidentielles par le tribunal. Aujourd'hui, Madame Hartmann est journaliste pour le journal « *Le Monde* » et a dénoncé l'existence d'une décision confidentielle du TPIY afin de ne pas incriminer la Serbie d'acte de génocide lors de la guerre de Bosnie en 1992. Depuis, Madame Hartmann est sévèrement surveillée par les autorités du pays. En mars dernier, lors d'une manifestation devant le tribunal à La Haye lors du procès de Radovan Kazadzic, elle fût arrêtée en tant que journaliste et enfermée dans des conditions déplorables, non pas par les autorités néerlandaises, mais par l'ONU qui ne possède aucune compétence en la matière. Dépourvue de fondement juridique, la protection des journalistes est aujourd'hui plus qu'inquiétante.

En ce qui concerne l'affaire *Luxleaks*, le parquet luxembourgeois a récemment décidé de faire « appel général »¹⁴³ des décisions prises par la première instance condamnant les deux lanceurs d'alerte, Antoine Deltour et Raphaël Halet et acquittant Édouard Perrin, le journaliste ayant divulgué les informations confiées par les deux lanceurs d'alerte. Les deux premiers ayant déjà précédemment fait appel, cela laisse supposer que l'appel du parquet semble donc plus concerner le journaliste pourtant acquitté. Doit-on s'attendre à un renversement dans sa protection ?

SECTION 2. La protection de leurs sources

La protection des lanceurs d'alerte ne va pas sans parler de la protection des sources journalistiques, car lorsqu'elles sont rendues publiques, elles jouent un rôle essentiel dans le processus de l'annonce de l'information par le lanceur d'alerte.

¹⁴³ Le parquet luxembourgeois a décidé de faire appel contre les trois décisions ensemble par soucis de facilité.

En effet, lorsque la situation n'est pas correctement solutionnée en interne ou si le recours aux voies internes est impossible, car le lanceur d'alerte peut raisonnablement croire qu'il fera l'objet de sanction ou que son signal d'alarme ne sera pas pris en compte correctement, il peut librement décider de révéler des informations aux médias pour autant qu'elles ne manquent pas de fiabilité et qu'elles soient acceptables¹⁴⁴. Dans ce cas, les sources des journalistes doivent également pouvoir bénéficier d'une protection.

Bien qu'initialement, la protection des sources journalistiques constituait un privilège dont les journalistes pouvaient choisir de se prévaloir ou pas, depuis la Recommandation R (2000)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe¹⁴⁵, les journalistes ont désormais un véritable droit à ne pas révéler leurs sources d'informations.

Mais en 1996 déjà, la Cour EDH avait conclu dans son arrêt Goodwin que « *la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse (...). L'absence d'une telle protection pourrait dissuader les sources journalistiques d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général. En conséquence, la presse pourrait être moins à même de jouer son rôle indispensable de « chien de garde » et son aptitude à fournir des informations précises et fiables pourrait s'en trouver amoindrie (...)* »¹⁴⁶.

Ce droit à la protection des sources pourra donc, le cas échéant, engendrer des sanctions juridiques en cas de violation. Ainsi, dans l'arrêt Tillak en 2007¹⁴⁷, la Cour EDH s'est alignée sur la position du Conseil de l'Europe¹⁴⁸ et a confirmé le droit, pour les journalistes, d'exiger la protection de leurs sources d'informations.

¹⁴⁴ APCE (2009), « La protection des « donneurs d'alerte » », Rapport Doc.12006 présenté à la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme par le Rapporteur M. Pieter Omtzigt, 14 septembre 2009, Pays-Bas, p. 11.

¹⁴⁵ Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 8 mars 2000, Recommandation n°R(2000)7 aux Etats membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information.

¹⁴⁶ Cour eur. D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, req. n°28957/95, §39.

¹⁴⁷ Cour eur. D.H., *Tillack c. Belgique*, 27 novembre 2007, req. n°20477/05.

¹⁴⁸ Selon le Conseil de l'Europe, « *la protection des relations professionnelles entre les journalistes et leurs sources est plus importante que la valeur réelle de l'information en question pour le public. Toute révélation d'une source peut avoir un effet inhibant sur les futures sources* », voy. Recommandation n°R(2000)7 précitée, §5.

Comme le mentionne l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa Recommandation 1950(2011) sur la protection des sources d'informations des journalistes¹⁴⁹, le dévoilement des sources ne peut être fait que dans des « *situations exceptionnelles* » et notamment lorsque des intérêts « *vitaux* » sont en jeu¹⁵⁰.

Ainsi, dans une affaire au Danemark¹⁵¹, pour pouvoir réaliser une étude sur la pédophilie, un journaliste s'était infiltré dans une association pédophile sous une fausse identité. Suite aux résultats de l'enquête, les juridictions internes danoises ont émis une injonction de la révélation des résultats obtenus. Dans ce cas-ci, la Cour a jugé que l'injonction par les juridictions étatiques constituait une ingérence dans le droit à la liberté d'expression, mais que celle-ci est proportionnée dans la mesure où elle poursuivait un but légitime vital que constitue la prévention d'infractions importantes concernant des mineurs.

De même, lorsque la mise au jour des sources l'emporte, celle-ci doit répondre aux impératifs de proportionnalité à savoir que l'autorité requérant la source doit mentionner les raisons de sa demande, prouver qu'elle a épuisé les autres voies et que la divulgation est nécessaire.

Par ailleurs, la divulgation des sources des journalistes ne peut en aucun cas être demandée si le droit d'un Etat protège ces sources. Ainsi, cette législation prend en compte tant l'intérêt du public à connaître les informations et les recevoir en temps voulu que l'intérêt des autorités à ce que certaines sources soient accessibles¹⁵².

Enfin, la dernière situation dans laquelle le journaliste est contraint de révéler ses sources d'information est celle dans laquelle les conditions du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH¹⁵³ sont rencontrées. Dans ce dernier cas, la révélation des sources d'information doit

¹⁴⁹ Recommandation 1950 (2011), 25 janvier 2011, La protection des sources d'information des journalistes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

¹⁵⁰ Recommandation 1950 (2011), 25 janvier 2011, précitée, §6.

¹⁵¹ Cour eur. D.H., *Nordisk Film & TV A/S c. Danmark*, 8 décembre 2005, req. n°40485/02.

¹⁵² Recommandation 1950 (2011), 25 janvier 2011, précitée, §6.

¹⁵³ Selon le §2 de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ».

être l'ultime recours lorsque d'autres voies ne le permettent pas, nécessitant l'existence d'un impératif de stricte nécessité dans un État démocratique¹⁵⁴ faisant primer l'intérêt à la révélation des sources sur l'intérêt à la non-divulgation¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Dans la Recommandation 2003 (13) du Comité des Ministres, l'Assemblée parlementaire confirme le droit de savoir et connaître du public de « *toutes les activités de service de police et des autorités judiciaires, y compris les affaires pénales présentant un intérêt public, si cela ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence du suspect ou de l'accusé garantie par l'article 6 CEDH, au droit au respect de la vie privée en vertu de l'article 8 CEDH et du secret de l'instruction et des enquêtes policières* », voy. Recommandation 1950 (2011), précitée, §5 et §7.

¹⁵⁵ Recommandation 1950 (2011), 25 janvier 2011, précitée, §5.

PARTIE III. VERS LA CREATION D'UN STATUT EUROPEEN DU LANCEUR D'ALERTE

CHAPITRE 1. Un nouvel instrument juridique octroyant un statut pour lanceur d'alerte comme second souffle à la Recommandation CM/Rec (2014)7

SECTION 1. De la recommandation CM/Rec (2014)7

Bien que ce soit dans le domaine de la lutte contre la corruption qu'a été émise pour la première fois l'idée de protéger les lanceurs d'alerte dans l'Union européenne¹⁵⁶, l'alerte peut être effectuée dans n'importe quel secteur. Il paraît dès lors indiscutable d'envisager l'introduction d'un encadrement juridique plus global du signalement, tous domaines confondus au niveau européen.

En effet, diverses situations peuvent intéresser l'Union : l'Union peut tout d'abord être victime de pratiques répréhensibles qui lui sont révélées de différentes manières, notamment par des alertes émanant d'agents travaillant pour elle. De plus, les pratiques révélées sont généralement effectuées par des entreprises, qui ont des activités à plusieurs endroits sur le territoire de l'Union et ne sont généralement pas concentrées dans un Etat¹⁵⁷. Finalement, il existe également un intérêt européen à la protection des lanceurs d'alerte qui diffère nettement de l'intérêt des Etats puisque comme énoncé précédemment dans l'affaire luxleaks, ce que le gouvernement du Luxembourg protège comme étant son intérêt propre peut constituer un intérêt différent voir contraire à celui de l'Union européenne¹⁵⁸.

A cet égard, la Recommandation CM/Rec 2014(7) du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe adoptée le 27 novembre 2014 sur la protection du lanceur d'alerte constitue une opportunité pour la mise en place d'un standard européen dont le caractère peu contraignant

¹⁵⁶ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Les verts au Parlement européen, Protection européenne pour les lanceurs d'alerte, <http://www.greens-efa.eu/protection-europeenne-des-lanceurs-dalerte-15680.html>.

lui donne la caractéristique d'être variable. En effet, bien que ce soit du soft law, cette recommandation peut être considérée comme une référence en la matière¹⁵⁹.

L'étendue de la protection conférée par cet instrument juridique reste néanmoins limitée. Cette Recommandation requiert la mise en place dans les Etats membres « *d'un cadre normatif, judiciaire et institutionnel afin de faciliter le signalement d'informations utiles pour l'intérêt général* »¹⁶⁰. Cependant, elle est principalement axée sur la protection des droits de l'homme uniquement. Elle doit donc servir de référence pour l'introduction d'un nouvel instrument plus global instaurant un statut pour lanceur d'alerte qui protégerait le signalement lancé dans tous les domaines et pas seulement ceux des droits de l'homme.

De plus, elle définit le lanceur d'alerte comme étant « *toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, que ce soit dans le secteur public ou dans le secteur privé* »¹⁶¹. Par ailleurs, le Conseil de l'Europe a néanmoins précisé que cette définition ne se limitait pas à une dimension sectorielle, mais qu'il fallait au moins que l'information divulguée ait une incidence sur les droits de l'homme ou sur « *la santé, la sécurité publique ou environnementale* »¹⁶². Bien que cette approche respecte l'enseignement jurisprudentiel fourni par la Cour EDH, elle se limite à protéger seulement certains individus seulement ce qui rend son champ d'application trop étroit. Il lui manque une dimension plus globale nécessaire pour une protection efficace.

En plus de son champ limité, cette Recommandation du Conseil de l'Europe a été fort menacée par l'introduction de la directive sur le secret des affaires qui – comme énoncé *supra* — bien qu'elle prenne en compte la protection des lanceurs d'alerte, octroie néanmoins une large marge de manœuvre aux entreprises, en consacrant une définition extensive du secret des affaires d'une part et en faisant porter la charge de la preuve sur les lanceurs d'alerte d'autres part¹⁶³.

¹⁵⁹ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 1.

¹⁶⁰ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 7 ; *Ibidem*, p. 4.

¹⁶¹ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 7.

¹⁶² M. BEULAY, *op. cit.*, p. 7 ; Recommandation CM/RC (2014)7, précitée, p. 7.

¹⁶³ Voy. Chapitre 2, *supra*.

Ainsi, la plupart des lanceurs d’alerte échappent au bénéfice d’une protection efficace, car il n’y a pas encore, à l’heure actuelle, de cadre global protégeant le lanceur d’alerte dans tous ses aspects. En effet, la majorité des législations nationales et européennes étant insuffisantes et divergentes dans l’octroi de la protection des donneurs d’alerte, elles engendrent ainsi une inégalité dans leur protection en Europe.

Or, c’est parce que ces individus mettent en danger leurs vies au nom de la vérité qu’ils méritent d’être salués, mais également respectés par rapport au courage qu’ils affichent pour s’exprimer librement dans le cadre de leurs devoirs de citoyen. Ces derniers se limitent à déclarer les dysfonctionnements de la société, dont celle-ci est elle-même normalement responsable. C’est la raison pour laquelle, elle a le devoir, vis-à-vis de ces défenseurs de la démocratie, de leur garantir une protection fondamentale pour leur survie. Cependant, vu que les législations nationales ne protègent pas toujours les mêmes intérêts que ceux de l’Union européenne, elles n’arriveront jamais à protéger suffisamment ceux qui décident de dévoiler l’information.

Ainsi un nouvel outil juridique à l’échelle européenne semble être la solution opportune pour définir la protection à conférer à ces personnes, s’inspirant notamment des vingt-neuf principes énoncés dans la Recommandation CM/Rec (2014)7, de la Recommandation 1916(2010) et la Résolution 1729(2010) de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe établissant des lignes directrices pour une meilleure protection des lanceurs d’alerte et des décisions de justice.

SECTION 2. Une proposition de directive consacrant un statut pour lanceur d’alerte

Sur le court terme, une Recommandation paraît être l’instrument le plus apte et adéquat pour instaurer un réel statut du lanceur d’alerte¹⁶⁴. Mais un tel instrument juridique n’a néanmoins pas de force contraignante et vu la réticence des Etats à conférer une protection

¹⁶⁴ Selon le rapporteur P. Omtzigt, la recommandation présente l’avantage d’être plus facile à élaborer sur le court terme plutôt qu’une Convention ou un protocole additionnel à la CEDH. En effet, bien que la Résolution 1729 de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe invite à l’élaboration d’une convention-cadre, elle nécessite un processus lent et complexe pour son adoption et le protocole additionnel s’imposerait aux Etats alors qu’avec une recommandation, bien qu’elle soit juridiquement contraignante, elle n’obligerait pas les Etats à la ratifier. Voy. P. STEPHENSON et M. LEVI, *op. cit.*, p. 39.

effective aux lanceurs d’alerte, nous pouvons nous attendre à ce qu’aucun d’eux ne la prenne en compte.

Par ailleurs, une directive consacrant un réel statut du lanceur d’alerte semble être la solution opportune que nous choisirons dans ce mémoire¹⁶⁵ pouvant combler le cruel manque d’une protection globale et cohérente. De plus, de par son caractère contraignant, la directive oblige ainsi tous les Etats à la transposer dans leurs ordres juridiques internes.

Cette directive permettrait d’établir un nombre de principes dits « minimaux » que les Etats membres s’obligeront à respecter. En effet, elle représenterait ainsi une obligation de principe qui réunirait, dans un cadre unique, l’ensemble des dispositions régulant la matière, permettant ainsi plus de cohérence et de clarté, ce qui donnera une meilleure compréhension de la législation à transposer par les Etats. Ces derniers resteront néanmoins libres dans le choix des moyens d’application de ces dispositions pour autant que les dispositions de la législation protectrice à transposer soient conçues comme un principe démocratique essentiel pour la protection de l’intérêt général¹⁶⁶.

Dans tous les cas, l’instrument juridique adopté devra constituer une sorte « *d’exception de citoyenneté* »¹⁶⁷ qui permettrait à tout lanceur d’alerte d’agir contrairement à la loi, engendrant donc des actes punissables au bénéfice de la prévention d’un risque ou d’un danger répréhensible, affectant l’intérêt général de la société dans son ensemble¹⁶⁸.

De plus, la directive devra être prévisible tant pour le lanceur d’alerte que pour le responsable des actes ou informations dissimulés. Ainsi, le donneur d’alerte pourra librement décider d’effectuer son signalement de manière consciente et l’auteur des actes ou informations répréhensibles sera prévenu de la protection conférée au lanceur et des conséquences que peuvent engendrer leurs comportements¹⁶⁹.

Finalement, selon le Conseil de l’Europe, une protection efficace pour lanceur d’alerte doit contenir deux versants : d’une part, il faut une définition claire et large du concept de

¹⁶⁵ Proposition de directive en Annexe I.

¹⁶⁶ Recommandation CM/RC (2014)7, précitée, p. 21.

¹⁶⁷ F. HARTMANN, *op.cit.*, p. 37.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ Comité européen de coopération juridique (CDCJ), Réunion visant à consulter les principales parties prenantes sur la protection des donneurs d’alerte, 30-31 mai 2013, Strasbourg, 30 juillet 2013, p. 6.

lanceur afin de pouvoir protéger toute alerte d'intérêt général et ne pas la limiter à un domaine particulier et d'autre part, la protection doit mettre en place un encadrement juridique favorable aux alertes représentant une alternative efficace au silence en permettant en amont l'encadrement de l'alerte et en aval, le suivi et le traitement effectif de celle-ci¹⁷⁰.

2.1. Champ d'application de la directive

Afin d'assurer l'efficacité du statut protecteur du lanceur d'alerte, il sera donc primordial de poser les premiers jalons d'une définition uniforme et harmonisée sans être trop restreinte du lanceur d'alerte et de l'alerte en elle-même afin de ne pas bloquer un éventuel futur développement d'une telle protection¹⁷¹.

2.1.1. Champ d'application subjectif

Comme nous l'avons constaté, si l'on se tient à la définition donnée par la Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres précitée, le lanceur d'alerte n'est perçu que sous un angle étroit, comme étant un individu lié à une relation de travail ou même selon le commentaire du dispositif de la Recommandation, tout individu indépendamment de la nature de sa relation de travail et de l'existence d'une rémunération ou non, ainsi que les individus qui ne sont plus dans une relation de travail ou qui ne le sont pas encore, pour autant que les informations d'intérêt général ont pu être recueillies pendant le recrutement de la personne¹⁷². Sous cet angle, c'est la position de vulnérabilité du lanceur d'alerte vis-à-vis de son supérieur ou de l'organisation dont il dépend qui justifie sa protection¹⁷³.

Mais comme le précise le Rapporteur P. Omtzigt dans son rapport sur l'amélioration de la protection des donneurs d'alerte, il faut remédier à ce champ d'application trop restreint qui exclut de la protection un nombre important d'individus pourtant lanceurs d'alerte¹⁷⁴.

¹⁷⁰ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 2.

¹⁷¹ M. BEULAY, *op. cit.*, p. 6.

¹⁷² J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 7.

¹⁷³ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 25.

¹⁷⁴ APCE (2015), « Améliorer la protection des donneurs d'alerte », Projet de rapport présenté à la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme par le Rapporteur M. Pieter Omtzigt, 18 mars 2015, Pays-Bas, § 29.

En effet, pour avoir une protection complète du lanceur d'alerte, la directive doit se fonder sur la jurisprudence dégagée par la Cour EDH qui, comme nous l'avons énoncé précédemment, reconnaît une protection large de la liberté d'expression du lanceur d'alerte dans le droit du public à recevoir des informations. Ceci permet de protéger les lanceurs d'alerte au sens strict tel que prévu par la Recommandation précitée, mais également au sens large comme étant « *toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui* »¹⁷⁵.

Toutefois, il ne suffit pas pour un individu d'effectuer une alerte pour être considéré comme un lanceur d'alerte. Il est nécessaire de rapprocher cette notion des termes voisins permettant d'identifier qui sera considéré comme lanceur d'alerte ou non¹⁷⁶.

Premièrement, le lanceur d'alerte peut être rapproché de la notion de « *désobéissant civil* »¹⁷⁷. En effet, le désobéissant est celui qui agit contrairement à une norme légale, en infraction à la loi et le lanceur d'alerte, lui, n'agit initialement pas en violation à la loi, mais cherche justement à renforcer le respect de celle-ci¹⁷⁸. Toutefois, lorsqu'il n'arrive pas à se faire entendre correctement, le lanceur d'alerte décide de recourir à des mécanismes illicites qui le font passer du côté des « *désobéissants* ». Cet acte illégal ne fait néanmoins pas perdre la qualité de lanceur d'alerte à l'individu dans la mesure où le fait de prendre le risque de violer la loi ou l'ordre d'une autorité qui semble être légitime représente un bon moyen de mettre l'accent sur le signalement et de donner plus de poids à sa divulgation¹⁷⁹.

Dans ce sens, les lanceurs d'alerte peuvent être considérés comme des désobéissants dans la mesure où ils violent la loi, mais s'ils le font, c'est pour renforcer la dénonciation de comportements ou dangers répréhensibles. De cette manière, le point commun entre les désobéissants et les lanceurs d'alerte, est le risque qu'ils prennent d'être punis puisque les premiers violent la loi et les seconds sont confrontés à un risque de mesures de rétorsion et des représailles¹⁸⁰. La différence c'est que les désobéissants prennent en compte la sanction dans leurs stratégies d'action dont le but est de changer la législation ou la politique qu'ils

¹⁷⁵ Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, précitée, §1 ; D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷⁶ D. LOCHAK, *ibidem*, p. 3.

¹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

décident de dénoncer alors que les lanceurs d’alerte, eux, recherchent des mesures de protection contre les représailles dont ils peuvent être victimes¹⁸¹.

Par conséquent, tout l’enjeu sera celui de déterminer quel degré de désobéissance est accepté pour que l’individu, lanceur d’alerte, puisse bénéficier d’une protection juridique, en prenant en considération la forme et la légitimité de l’acte désobéissant ainsi que son impact dans une société démocratique. De cette manière, seuls ceux dont l’action désobéissante soutient une politique encouragée par les pouvoirs publics seront dénommés lanceurs d’alerte à l’inverse de ceux qui remettent simplement en question une politique sans qu’une loi les ait autorisés de telle manière que leurs actions ne viseraient pas à mettre un terme à une situation contraire à l’intérêt général telle que définie par les autorités publiques¹⁸².

Ensuite, il semble crucial de distinguer les « *activistes de la transparence* »¹⁸³ et les « *défenseurs de l’intérêt public* »¹⁸⁴ dans la mesure où les premiers souhaitent introduire une transparence totale dans les activités gouvernementales, alors que les seconds, comme les lanceurs d’alerte, ne cherchent pas à violer le secret, mais simplement à attirer l’attention sur l’existence d’un risque ou d’une situation répréhensible dont le public a un intérêt à sa divulgation afin qu’il y soit mis un terme¹⁸⁵.

Finalement, le dernier élément qui permet de caractériser les lanceurs d’alerte, est le tiraillement auquel ils doivent faire face entre leur devoir de conscience, leur mission de défendre la démocratie et leur devoir en tant que citoyens de respecter les lois et les normes issues de la société ou de l’organisation dont ils dépendent. Ce qui fait de l’individu un lanceur d’alerte, c’est ce choix de faire primer le premier sur le second¹⁸⁶.

Et c’est sur base de ce critère notamment que les journalistes sont exclus de la notion de lanceurs d’alerte dans la mesure où, comme nous l’avons énoncé dans la partie II de ce mémoire, lorsqu’ils divulguent des informations, ils le font dans le cadre de leur profession et non parce qu’ils sont animés par un devoir de conscience morale¹⁸⁷.

¹⁸¹ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸² J.-F. FOEGLE, « Les lanceurs d’alerte », *op. cit.*, p. 24.

¹⁸³ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸⁴ *Ibidem.*

¹⁸⁵ *Ibidem.*

¹⁸⁶ *Ibidem.*

¹⁸⁷ *Ibidem.*

Finalement, le champ d'application de la directive ne serait donc pas de se limiter à une certaine catégorie de personnes, mais protégerait toute personne tant du secteur public que privé, mais aussi indépendamment de sa relation de travail ainsi que les membres des forces armées, les agents des services de sécurité nationale et de renseignement qui divulguent des informations présentant un débat public pour autant qu'elle soit de bonne foi et indépendant de ses motivations à donner l'alerte¹⁸⁸.

2.1.2. Champ d'application objectif

Ce qu'il faut entendre par « l'intérêt général » n'a pas été déterminé de manière suffisamment précise par la Recommandation CM/Rec (2014)7, souhaitant expressément laisser cette définition dans les mains des Etats¹⁸⁹.

Toutefois, afin d'éviter que les Etats ne contournent la protection des lanceurs d'alerte en se servant de leurs propres conceptions de l'intérêt général, un consensus européen doit donner des contours plus précis de ce qu'il faut entendre par cette notion. Il faudra ainsi opposer à une conception étroite de l'alerte constitutive d'un crime ou d'un délit, la conception plus large de l'alerte d'intérêt général telle que brièvement envisagée par la Recommandation (2014)7 qui la considère comme étant toutes « *violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que des risques pour la santé et la sécurité publiques, et pour l'environnement* »¹⁹⁰.

De plus, d'une part, elle devra prendre en compte l'intérêt de ceux qui ne veulent pas divulguer l'information et l'intérêt du public à connaître cette information dissimulée et d'autre part, elle devra laisser une marge de manœuvre aussi minime soit-elle aux Etats afin de ne pas priver d'effets la protection des lanceurs d'alerte, mais en évitant une fragmentation de la protection due aux différences entre les législations étatiques¹⁹¹.

Une liste en annexe reprenant l'ensemble des actes et comportements pouvant être considérés comme contraire à l'intérêt général faciliterait certes la tâche aux Etats de bien

¹⁸⁸ Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, précitée, §6.1.2.

¹⁸⁹ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 4.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 9.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 4.

comprendre quelles révélations ils se doivent de protéger, mais elle risquerait néanmoins d'être trop restrictive et limitative de telle sorte qu'un nombre de situations illégales et répréhensibles persisterait¹⁹². La Cour EDH a néanmoins fourni quelques pistes aux Etats dans la mesure où elle considère qu'aucune sanction ne peut être imposée à un individu qui révèle des informations « *dont le citoyen a un grand intérêt à voir publier ou divulguer* »¹⁹³.

Et comme le mentionne la Recommandation CM/Rec (2014)7, l'important n'est pas de contrôler la révélation de l'information, mais de faciliter sa divulgation pour autant qu'elle soit d'intérêt général¹⁹⁴. En effet, prévenir et punir, le cas échéant, l'information d'intérêt général fait partie de la responsabilité démocratique¹⁹⁵. Cela ne veut néanmoins pas dire qu'il faille favoriser la révélation d'un maximum d'informations ou instaurer une transparence absolue dans la société, mais la directive devra simplement maximiser la divulgation d'informations permettant la détection d'un maximum de comportements contraires à l'intérêt général¹⁹⁶. Ce sera à l'autorité compétente à recevoir l'ensemble des informations et à apprécier si l'alerte peut être reçue ou non de telle sorte qu'il faut que le lanceur d'alerte ait la croyance « *raisonnable* »¹⁹⁷ que celle-ci soit constitutive d'un fait répréhensible d'intérêt général.

De manière générale, toute révélation critiquable et pertinente effectuée de bonne foi par le lanceur d'alerte présentant un intérêt général, mais également les violations des droits de l'homme et notamment ceux du droit à la vie, santé, liberté et tout autre intérêt légitime des citoyens, doivent être compris dans la définition de l'intérêt général¹⁹⁸.

Par conséquent, l'usage de la liberté d'expression du lanceur d'alerte permet de mettre en lumière l'objectif particulier de l'alerte qui constitue ainsi toute dénonciation d'une illégalité, un risque, un danger ou une attitude répréhensible qui est susceptible de porter

¹⁹² Comité européen de coopération juridique (CDCJ), Réunion visant à consulter les principales parties prenantes sur la protection des donneurs d'alerte, 30-31 mai 2013, Strasbourg, 30 juillet 2013, p. 7.

¹⁹³ La Cour a même compris dans les informations dont les citoyens ont un intérêt à voir révélées, les insuffisances dans les soins octroyés par l'Etat, l'absence d'indépendance de la justice, les abus de pouvoir des hauts fonctionnaires, les surveillances illégales de communications, etc. Voy. J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 5.

¹⁹⁴ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 21.

¹⁹⁵ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 22-23.

¹⁹⁶ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 6.

¹⁹⁷ P. STEPHENSON et M. LEVI, *op. cit.*, p. 29-30.

¹⁹⁸ Cass. fr. (soc.), 30 juin 2016 précité.

atteinte de manière considérable et imminente à des intérêts protégés par les autorités publiques¹⁹⁹.

Ainsi, la directive ne donnera aucune précision sur la gravité de l'atteinte à l'intérêt général nécessaire pour justifier sa protection puisqu'elle considère qu'à partir du moment où le public a un intérêt à ce que l'information divulguée puisse corriger un état de chose ou de fait, cela constituera une atteinte grave à l'intérêt général²⁰⁰.

2.2. Protection juridique adéquate des lanceurs d'alerte

Face à l'ampleur des conséquences désastreuses dont les lanceurs d'alerte peuvent être victimes, il est nécessaire de mettre en place une protection juridique totale pour les donneurs d'alerte qui signalent des activités condamnables et contraires à l'intérêt général. L'encadrement juridique de l'alerte devra permettre de protéger les lanceurs d'alerte dès le moment où le signalement est lancé et non uniquement à partir du moment où une action en justice est introduite²⁰¹.

Par conséquent, la directive doit mettre en place un cadre normatif, institutionnel et juridique tel que l'énonçait la Recommandation CM/Rec (2014)7, formant ainsi un tout global et cohérent²⁰². Ce cadre comprendra tant l'ensemble des dispositions écrites, mais également des mécanismes qui permettront de suivre le lanceur d'alerte dans son signalement, de lancer l'enquête et d'y donner des réponses²⁰³.

Selon certaines études empiriques, les obstacles majeurs empêchant le lanceur d'alerte de prendre la parole sont au nombre de deux : d'une part, ils ont peur de ne pas voir leurs alertes prises en compte ou écoutées de manière efficace et d'autre part, il craignent les représailles de la part non seulement des auteurs des informations dissimulées, mais également des tiers²⁰⁴.

¹⁹⁹ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 36.

²⁰⁰ Comité européen de coopération juridique (CDCJ), Réunion visant à consulter les principales parties prenantes sur la protection des donneurs d'alerte, 30-31 mai 2013, Strasbourg, 30 juillet 2013, p. 4.

²⁰¹ P. STEPHENSON et M LEVI, *op. cit.*, p. 12.

²⁰² Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 7.

²⁰³ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 7.

²⁰⁴ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 7.

L'enjeu de cette protection juridique sera donc dans un premier temps, de protéger en amont le lanceur d'alerte afin de ne pas le décourager de prendre la parole en veillant à ce que cette protection ne soit pas trop restreinte puisqu'elle devra prendre en compte tant l'intérêt des donneurs d'alerte que les responsables qui se cachent derrière les informations dissimulées. Dans un deuxième temps, la directive établira des mécanismes protecteurs en aval, permettant le suivi et le traitement effectif de l'alerte ainsi que leur protection contre toute forme de représailles²⁰⁵.

2.2.1. Protection en amont des lanceurs d'alerte

Vu l'importance des sources confiées et leurs incidences sur l'intérêt général, il est nécessaire d'accompagner le lanceur d'alerte dans sa démarche afin de lui montrer que son geste est utile, et ce, dans le plus bref délai.

En plus de prouver aux donneurs d'alerte que son signalement est pris en compte, c'est également un moyen de rétablir la confiance de ce dernier et celle de l'intérêt général²⁰⁶.

2.2.1.1 Mécanisme d'assistance et de conseil des lanceurs d'alerte

Les normes protectrices des lanceurs d'alerte sont souvent ignorées voir mal interprétées par ces derniers. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a donc souligné l'importance de prévoir des mécanismes de conseils et d'assistance aux lanceurs d'alerte qui souhaitent révéler l'existence d'une situation répréhensible afin qu'ils sachent quelles personnes ou quelles instances solliciter et à quel moment. Ainsi, ces mécanismes prévoiraient une assistance au lanceur d'alerte durant tout le cheminement de son alerte, mais également une aide au public de telle sorte qu'il puisse être informé d'informations divulguées de façon responsable²⁰⁷.

Les Etats devraient donc s'inspirer du cas de la France, où certaines associations prévoient la création d'une « *maison blanche* » pour lanceurs d'alerte²⁰⁸. En constituant des

²⁰⁵ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 3.

²⁰⁶ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 16.

²⁰⁷ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 8.

²⁰⁸ *Ibidem*.

établissements composés de personnes habilitées à donner des conseils, ils assurent l'encadrement du lanceur d'alerte dans sa démarche. Ainsi, au sein des Etats, il serait prévu des instituts compétents et indépendants pour assister le lanceur d'alerte et le conseiller dans les voies à suivre pour que son signalement puisse porter ses fruits.

2.2.1.2 Formation des autorités juridiques compétentes pour traiter l'alerte

a. Processus de signalement à trois étapes

Bien que le lanceur d'alerte pourra être conseillé et assisté dans sa démarche, lorsque celui-ci est lié à une organisation à laquelle il appartient ou dont il dépend, l'encadrement de l'alerte n'est pas simple.

En effet, il requiert la mise en place d'un processus de signalement dit à trois étages et la formation d'autorités compétentes à recevoir, transmettre et traiter l'information. Ainsi, le lanceur d'alerte devra d'abord essayer d'effectuer son signalement aux personnes compétentes au sein de l'organisation dont il dépend et ensuite uniquement aux autorités réglementaires ou même au public par le moyen qu'il estime être le plus adéquat.

Ce processus en plusieurs étapes remplit deux fonctions : d'une part, il permet d'accompagner le lanceur d'alerte dans sa démarche, mais d'autre part, il permet d'assurer la conciliation des intérêts divergents. En effet, lorsque le lanceur d'alerte dénonce un acte d'un tiers ou de l'organisation à laquelle il est lié, la question de la conciliation entre les droits fondamentaux et les libertés économiques de l'organisation entre en jeu de manière particulièrement délicate²⁰⁹.

Ce mécanisme permet également de respecter le principe de proportionnalité dont font à plusieurs reprises référence les textes internationaux. En effet, la gradation des canaux de signalement permet de vérifier si le lanceur d'alerte n'avait pas d'autres moyens, plus discrets et moins attentatoires pour effectuer son alerte. Ainsi, en limitant l'action des lanceurs d'alerte, le principe de proportionnalité permettra de faire la distinction énoncée par le rapport

²⁰⁹ J.-P. FOEGLE, « les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 26.

« *Stephenson* »²¹⁰ entre donner un signalement ou faire fuiter des informations confidentielles à des médias. Il respecte ainsi la jurisprudence de la Cour EDH qui a dégagé, dans son arrêt *Guja*, l'idée qu'un employé inscrit dans un lien de subordination qui veut alerter une situation répréhensible ou illégale doit « *d'abord le faire auprès de son supérieur ou autorité compétente ou instance compétente* » avant d'aller vers le public si la première option n'est pas possible²¹¹.

b. L'objectif du processus

Le but de ce mécanisme est de permettre au lanceur d'alerte de faire passer l'information aux personnes les plus aptes à mener l'enquête afin de mettre un terme à une situation répréhensible le plus rapidement possible²¹².

C'est la relation du lanceur d'alerte avec l'organisation dont il dépend qui fait de lui une personne ayant un accès privilégié à l'information qu'il révèle. Ainsi, c'est cette qualité du titulaire de l'alerte qui justifie la mise en œuvre d'un mécanisme le plus apte à le protéger. Comme le mentionne la Cour EDH, le lanceur d'alerte opérant la divulgation de faits ou actes répréhensibles détectés sur le lieu de travail doit plus spécifiquement être protégé lorsqu'il est le seul à savoir ce qui se passe réellement puisque dans ce cadre-là, le lanceur d'alerte est le mieux placé pour agir conformément à l'intérêt général en avertissant d'abord ses supérieurs ou les personnes responsables et ensuite les autres voies externes ou médiatiques²¹³.

Ainsi, en prévoyant un signalement en interne avant d'alerter des autorités réglementaires ou de contrôle ou encore les sources externes telles que les médias ou les organisations non gouvernementales, l'utilité et la légitimité d'un tel mécanisme ne peuvent être décriées dans la mesure où il permet de concilier de la manière la plus égale possible tant les intérêts des donneurs d'alerte que ceux qui ont un intérêt à ce qu'ils se taisent. En effet, selon la Recommandation CM/Rec (2014)7, c'est la hiérarchie entre les trois étages qui permet de respecter les intérêts des uns et des autres²¹⁴.

²¹⁰ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 3.

²¹¹ Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, précité, §73.

²¹² Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 35.

²¹³ Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, précité, §72 ; J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 42.

²¹⁴ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 5.

Toutefois, selon certains droits et principes fondamentaux, tels que la transparence, le droit à l'information et la liberté d'expression, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe estime que cette hiérarchie peut être contournée dans certains cas uniquement énoncés par la Cour EDH dans ce même arrêt *Guja*²¹⁵. En effet, les seuls cas dans lesquels la hiérarchie de ce processus ne doit pas être respectée sont ceux dans lesquels le lanceur d'alerte « ne disposait d'aucun moyen pour procéder à la divulgation »²¹⁶ et ceux dans lesquels le public a un droit de savoir et d'être informé. Ces derniers concernent principalement les situations dans lesquelles l'auteur de l'acte répréhensible utilisait des « procédés irréguliers ou illégaux »²¹⁷ et ceux concernant des risques sanitaires importants dans la mesure où la divulgation de l'information contribue à un débat public primordial²¹⁸.

L'arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de Cassation française – énoncé *supra* – remet néanmoins ce processus hiérarchique en question. Dans cette affaire, la Chambre estime que le lanceur d'alerte ne doit en aucun cas être tenu par cette hiérarchie et peut donc recourir à n'importe quelle voie selon bon lui semble²¹⁹.

Pour la situation où le lanceur d'alerte s'inscrit dans une relation de travail, la directive leur octroyant un statut, s'orientera dans la voie dégagée par la Cour EDH en insistant sur la nécessité de faire comprendre aux organisations l'importance de prévoir des mécanismes de signalements internes. Le statut du lanceur d'alerte doit certes le protéger contre toute mesure prise à son encontre en raison de ses signalements d'intérêt général, mais cela ne doit néanmoins pas conduire à une protection exclusive de ce dernier au détriment de ceux qui ont agi contrairement à l'intérêt général, mais qui souhaitent et pourraient rétablir la situation répréhensible.

Par ailleurs, pour les cas de lancement d'alerte en dehors d'une relation de travail, la directive s'inspirera de l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation également pour élargir les exceptions dans lesquelles le lanceur d'alerte ne doit pas respecter la hiérarchie.

²¹⁵ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 5.

²¹⁶ Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, précité, §80.

²¹⁷ Cour eur. D.H., *Voskuil c. Pays-Bas*, 22 novembre 2007, req. n°64752/01.

²¹⁸ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 5.

²¹⁹ Cass. fr. (soc.), 30 juin 2016, précité.

En effet, les situations étant toutes différentes, la voie la plus appropriée pour les lancements d'alerte en dehors d'une situation professionnelle serait impossible à déterminer.

1. Signalement en interne

Bien que des législations étatiques existent et octroient des garanties de protection des alertes internes, celles-ci restent principalement lacunaires. Prenons l'exemple du jugement de la Cour suprême des Etats-Unis dans son arrêt *Garcetti*, dans lequel la Cour estime que lorsque des agents travaillant dans la fonction publique révèlent des informations « *en vertu de leurs obligations officielles* »²²⁰, ils ne sont pas considérés comme des citoyens bénéficiant de la protection accordée par le premier amendement de la Constitution des Etats-Unis qui protège le droit à la liberté d'expression. La Cour estime donc que lorsque des agents publics veulent agir en tant que citoyens, ils sont tenus de faire l'alerte en dehors de la société ou de l'entreprise²²¹. De même, nombreuses sont les lois qui abusent du devoir « *d'exécution de bonne foi* » du contrat de travail, causant des obstacles au lancement de l'alerte au sein de l'organisation même²²².

Or, la base du mécanisme de signalement interne trouve son fondement dans les principes de responsabilité et démocratie²²³. En effet, d'une part elle permet de prévenir l'apparition de situations répréhensibles ou illégales pouvant causer un dommage à autrui et d'autre part elle permet de responsabiliser les supérieurs, autorités et organes qui sont auteurs de ces actes répréhensibles, car ce sont eux les plus proches du problème²²⁴.

Sous cet angle, les notions de donneur d'alerte et de loyauté et trahison sont inconciliables de telle sorte qu'aucune clause contractuelle de confidentialité et aucun « *secret de l'administration* » ne pourront interdire le lanceur d'alerte de divulguer des informations dans le cadre de leurs relations de travail²²⁵. Ainsi, dans son arrêt *Heinisch*²²⁶ en 2011 et plus

²²⁰ *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).

²²¹ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 80.

²²² *Ibidem*.

²²³ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 15.

²²⁴ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 15 ; L'efficacité d'un tel processus interne a d'ailleurs été démontrée par certaines études empiriques, voy. R. MOBERLY et L. WYLIE, « An empirical study of whistleblower policies in United States corporate codes of ethics », in LEWIS (D) et VANDERKERKHOVE (W), *Whistleblowing and democratic values*, London : *The International whistleblowing Research Network*, 2011.

²²⁵ En effet, le devoir de loyauté de l'employé vis-à-vis de son employeur peut se traduire comme un devoir de donner le signalement, de telle sorte que des clauses empêchant la divulgation des informations dans le cadre de

récemment dans son arrêt *Matúz*²²⁷ en 2014, qui concernaient tous les deux des révélations d'un employé inscrit dans une relation de travail, la Cour EDH a considéré que la sanction infligée à un employé de la fonction publique ou privée sera considérée comme une violation de l'article 10 de la CEDH protégeant le droit à la liberté d'expression, lorsque cette sanction est infligée en raison de la divulgation d'informations dont le public a un grand intérêt à voir révéler²²⁸.

Chaque société, petite, moyenne ou grande devra donc procéder à la désignation d'une personne de confiance jouissant d'une certaine autonomie vis-à-vis de l'employeur vers laquelle le lanceur d'alerte pourra effectuer son signalement. Une fois l'alerte reçue, les responsables compétents à recevoir l'information la réceptionneront et y feront suite endéans un délai raisonnable en consultant les auteurs de ces actes répréhensibles.

En ce qui concerne les petites et moyennes entreprises, pour leur faciliter la tâche, la directive mentionnera que les Etats pourront prévoir la mise en place d'un organisme public qui réceptionnera les signalements en toute confiance, mais en ne leur donnant pas la possibilité de prendre des mesures coercitives puisque ces dernières restent dans les mains des supérieurs ou de l'organe réglementaire²²⁹.

Toutefois, lorsque les organisations ne prévoient pas de possibilité de signalement interne ou n'y répondent pas de manière efficace, les Etats devront prévoir la possibilité pour le lanceur d'alerte, de recourir, avant de saisir un tribunal, à un mécanisme de signalement aux autorités réglementaires compétentes qui pourront, le cas échéant, prendre des mesures provisoires. Les directions devront donc comprendre que les employés ont un droit de solliciter d'autres autorités telles que des autorités réglementaires et de contrôle et qu'ils pourront être tenus pour responsables dans les cas où ils mettraient des obstacles afin de les empêcher d'exercer ce droit.

leurs relations sont interdites. Voy. P. STEPHENSON et M. LEVI, *op. cit.*, p. 34-37 ; Recommandation CM/RC (2014)7, précitée, p. 30.

²²⁶ Cour eur. D.H., *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011, req. n°28274/08.

²²⁷ Cour eur. D.H., *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, req. n°73571/10.

²²⁸ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 58.

²²⁹ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 37 ; Dans ce contexte, plusieurs mesures peuvent être prévues par les Etats afin d'encourager les organisations et de leur démontrer l'avantage de prévoir des canaux de signalement interne. Un bon exemple serait la publication officielle d'une liste des sociétés qui empêchent ou ne donnent pas suite aux alertes, de telle manière à décourager ou faire fuir les gens qui veulent ou travaillent dans cette organisation.

2. Signalement à une autorité compétente

Eu égard aux considérations de la Cour EDH, le mécanisme de signalement aux autorités réglementaires n'aurait qu'un caractère subsidiaire, le lanceur d'alerte n'y recourant que si la voie interne s'avère être non effective, voire inexistante²³⁰. Ainsi, si le lanceur d'alerte ne dispose pas de la possibilité de faire un signalement interne ou ne voit aucun suivi ni n'obtient aucune réponse face à son signalement, il pourra faire appel à un organe étatique réglementaire, de répression ou de contrôle compétent pour réceptionner l'information et y donner suite de manière adéquate dans un délai raisonnable.

Les Etats devront dans un premier temps former les organes réglementaires afin qu'ils disposent des compétences nécessaires pour gérer l'information et ensuite, mettre à leur disposition des ressources adéquates et suffisantes pour qu'ils puissent mettre en place des dispositifs efficaces afin de remplir leurs missions²³¹.

3. Signalement externe

Le lanceur d'alerte doit respecter les « *gradations* »²³² établies par la Cour EDH dans l'utilisation des voies qui lui sont ouvertes pour qu'il puisse lancer son alerte²³³. Par conséquent, ce n'est que lorsqu'il n'existe pas de voie de signalement représentant des alternatives sûres au silence ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement que la révélation aux médias semble être raisonnable.

La mise en place du cheminement de l'alerte à travers ces trois voies de signalement permet d'éviter des situations perverses telles que c'est le cas aux Etats-Unis où, en raison du jugement rendu par la Cour suprême dans son arrêt *Garcetti*, énoncé *supra*, établissant que les membres de la fonction publique ne sont pas des citoyens bénéficiant du droit à la liberté d'expression lorsqu'ils s'expriment au sein de l'entreprise, la Cour empêche les individus de

²³⁰ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 36-37.

²³¹ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 34.

²³² J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 82.

²³³ Dans son arrêt *Guja* mentionné précédemment, la Cour avait en effet affirmé que la diffusion auprès des sources médiatiques ne doit s'opérer qu'après avoir fait l'alerte à son supérieur ou autorité hiérarchique et ce n'est que lorsque ces voies là sont impossibles que la divulgation externe sera admise. Voy. Cour eur. D.H., *Guja c. Moldova*, 12 février 2008, précité, §72.

s'exprimer en interne et par conséquent, ces derniers sont tentés de contourner ce cheminement de l'alerte afin de s'exprimer directement au public²³⁴.

Toutefois, lorsque ces sources médiatiques seront mobilisées par le lanceur d'alerte de bonne foi pour divulguer une information d'intérêt général, elles seront protégées au titre de la liberté de la presse, le droit du public aux informations d'intérêt général et la liberté d'expression en respectant les considérations émises dans le chapitre 2 du présent mémoire²³⁵.

2.2.1.3 Un guichet unique

Afin de garantir la transmission de l'information, un organe européen sera mis à la disposition du lanceur d'alerte voulant révéler des informations d'intérêt général, mais qui ne dispose pas de la possibilité de le faire au sein de son État.

La directive n'ayant pas d'application ni d'effet direct, chaque Etat doit prendre des mesures adéquates pour la transposer. Mais même une fois en vigueur dans les Etats, ceux-ci peuvent présenter des freins dans l'application et la mise en œuvre de la directive de manière satisfaisante. De plus, comme mentionné précédemment, l'Union européenne peut avoir un intérêt divergent de celui des Etats membres.

Ainsi, la solution la plus simple et idéale serait de créer un organe européen intermédiaire compétent pour recevoir l'alerte. Cette idée s'inspire de certains Etats qui ont déjà prévu la mise en place d'une entité apte à recevoir les alertes comme c'est le cas en Allemagne, en France et au Royaume-Uni²³⁶.

Cette entité fonctionnerait de la manière suivante : si l'alerte reçue est concentrée au sein d'un ou plusieurs Etats, l'entité se chargera de déterminer quelle protection étatique doit s'appliquer au lanceur d'alerte. Mais si l'alerte s'inscrit au niveau européen, ce sera à l'Union européenne elle-même de régler la situation répréhensible divulguée²³⁷.

²³⁴ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 82.

²³⁵ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 14.

²³⁶ T. RACHO, « La possibilité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne », *La Revue des droits de l'homme* (En ligne), 10/2016, mis en ligne le 28 juin 2016, p. 7, disponible sur <http://revdh.revues.org/2344> (3 juillet 2016).

²³⁷ *Ibidem*, p. 8.

Ainsi, il s'agirait soit de créer de nouveaux organes aptes à remplir cette fonction, soit à élargir le mandat de certains d'entre eux existant afin de les rendre compétents à remplir cette mission.

Eurojust par exemple est un organe de l'Union doté d'une personnalité légale, créée par une décision du Conseil de l'Europe rendue le 28 février 2002. Initialement, cet organe est chargé de la coopération judiciaire en matière de criminalité transfrontalière²³⁸. Toutefois, l'article 85 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet le développement futur de Eurojust. Ainsi, cette disposition semble être une base juridique pertinente pour élargir son mandat afin de lui octroyer une compétence en matière de réception et protection de l'alerte au sein d'un État, mais également au niveau de l'Union européenne²³⁹. Il conviendra donc pour le Parlement et le Conseil de déterminer et préciser conjointement quels seront sa structure, son mandat, son champ d'action et ses tâches.

La création d'Eurojust permet ainsi de combiner tant la participation des Etats membres que celle de l'Union européenne. Il faudra néanmoins que le Parlement et le Conseil prouvent que la création d'un tel organe respecte les principes de proportionnalité et de subsidiarité et ainsi à démontrer son utilité et son importance dans l'Union européenne en raison des disparités et des déficiences des législations nationales²⁴⁰.

Finalement, l'introduction d'un guichet unique permettra de centraliser l'alerte au sein d'un même endroit qui permet une protection renforcée au sein des Etats membres ou au sein de l'Union européenne en fonction de l'objet de l'alerte²⁴¹.

2.2.1.4 Protection de la confidentialité du lanceur d'alerte

Enfin, le respect de la confidentialité du lanceur d'alerte est un dernier moyen de protection en amont du lanceur d'alerte. En raison du manque de mécanisme juridique simple

²³⁸ T. RACHO, *op. cit.*, p. 8.

²³⁹ Comme le mentionne l'auteure Tania Racho, ce serait l'occasion pour le Parlement européen et le Conseil conjointement de faire une proposition pour la création d'un parquet européen, par exemple, composé de membres nationaux et européens afin d'assurer la protection des lanceurs d'alerte.

²⁴⁰ T. RACHO, *op. cit.*, p. 8.

²⁴¹ *Ibidem*.

qui permettrait une protection facile du lanceur d'alerte, la plupart des lanceurs d'alerte effectuent leurs signalements de manière anonyme²⁴².

Le caractère anonyme du lancement de l'alerte pose néanmoins quelques difficultés aujourd'hui. D'une part, l'anonymat peut être considéré comme positif dans la mesure où il permet de protéger les lanceurs d'alerte contre les représailles et aussi de se concentrer sur le contenu même des faits divulgués et de leur véracité plutôt que sur les capacités professionnelles de l'individu si son identité était révélée²⁴³. D'autre part, les signalements anonymes sont souvent considérés de manière négative, comme témoignant d'une mauvaise intention du lanceur d'alerte lui faisant ainsi perdre toute sa crédibilité²⁴⁴. Ainsi, dans ces situations, l'enquête est moins prise au sérieux de sorte que les réponses à ces alertes sont rares voir inexistantes²⁴⁵.

De plus, l'anonymat est difficilement accepté dans l'espace européen dans la mesure où les révélations anonymes paraissent contraires à la législation européenne sur la protection des données personnelles²⁴⁶ et l'anonymat ne permet pas non plus d'assurer la protection des sources d'informations. En effet, lorsque l'individu sera identifié, son acte anonyme pourrait être vu comme un acte de mauvaise foi ce qui le placerait dans une position encore plus compliquée à protéger²⁴⁷. Cette situation, aboutissant souvent à la destruction de la vie des lanceurs d'alerte, dissuade les autres de faire la même chose.

Enfin, l'anonymat pose également des problèmes sociaux et juridiques puisque les révélations anonymes ne sont généralement pas admises devant une juridiction²⁴⁸.

L'anonymat est néanmoins à distinguer de la confidentialité dans la mesure où le premier rend impossible la connaissance de l'identité de l'auteur alors que la seconde permet

²⁴² J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 8.

²⁴³ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 84.

²⁴⁴ En effet, le déclin dans la crédibilité des alertes anonymes a été prouvé par des études établissant que les alertes anonymes sont souvent analysées avec moins d'attention que les alertes identifiées, voy. J. HUNTON et J. ROSE, « Effects of anonymous Whistle-Blowing and Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-Blowing Allegations by Audit Committee Members », *Journal of Management studies*, 2011, vol. 48, p. 75-77.

²⁴⁵ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 84.

²⁴⁶ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 10.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 8.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 9.

la divulgation de son identité au destinataire de l'alerte, ce dernier s'engageant à ne pas la divulguer à un tiers²⁴⁹. Ainsi, la divulgation d'informations de manière confidentielle semble être plus efficace pour autant qu'elle soit conditionnée par des limites précises : l'identité de la source de l'information pourra être divulguée seulement à certaines personnes en charge du dossier qui elles-mêmes devront respecter les règles régissant la confidentialité de sorte que le lanceur d'alerte n'ait pas à craindre la révélation de son identité²⁵⁰.

Finalement, la révélation, le cas échéant, de l'identité de l'auteur ne pourra être faite qu'avec son consentement préalable²⁵¹. Selon l'Assemblée parlementaire, certains cas peuvent nécessiter une décision judiciaire afin qu'elle détermine les modalités de la révélation de l'identité, respectant les garanties du procès équitable tel que prévu par l'article 6 de la CEDH²⁵².

Les Etats pourront néanmoins prévoir les cas dans lesquels l'identité de l'auteur doit être connue, pour autant qu'ils se limitent à des cas de « *menaces graves et imminentes à l'intérêt public* »²⁵³.

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'écarte cependant pas la voie de révélations anonymes dans le sens où les alertes anonymes existent lorsque le signalement par d'autres cheminements n'est pas possible²⁵⁴.

2.2.2. Protection en aval des lanceurs d'alerte

2.2.2.1 Traitement effectif de l'alerte

Le traitement effectif de l'alerte requiert la mise en place d'un mécanisme de responsabilités des autorités susmentionnées chargées de traiter l'alerte pour remédier aux situations répréhensibles divulguées.

²⁴⁹ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p.9.

²⁵⁰ P. STEPHENSON et M. LEVI, *op. cit.*, p. 33.

²⁵¹ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 9.

²⁵² *Ibidem*.

²⁵³ Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, précitée, §6.2.1.2.

²⁵⁴ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 9.

En effet, ce qui manque cruellement aux législations étatiques, c'est cette absence d'engager la responsabilité sous forme de réparation lorsque la personne à laquelle le signalement est lancé ne fait pas suite à l'alerte. Ainsi, l'absence de suivi de l'alerte serait désormais constitutive d'une infraction²⁵⁵.

Par conséquent, bien que la mise à disposition des organes réglementaires de ressources adéquates leurs permettent de recevoir, gérer et traiter l'information, il est également pertinent de permettre à une juridiction la possibilité d'octroyer des dommages au lanceur d'alerte ou même de sanctionner — en infligeant une amende ou une peine directement — le supérieur ou toute autre personne responsable pour ne pas avoir pris en compte l'information reçue²⁵⁶. En effet, lorsque les organisations choisissent de violer la loi au bénéfice de leurs profits, le lanceur d'alerte doit pouvoir être protégé juridiquement et avoir accès à des voies de recours adéquates.

Ainsi, les Etats doivent créer un tribunal indépendant et impartial qui pourra enquêter et chercher à obtenir une réparation pour le donneur d'alerte de manière rapide et efficace lorsque la personne chargée de réceptionner et traiter l'alerte ne répond pas à son obligation de manière satisfaisante dans un délai raisonnable, laissé à l'appréciation du juge. Par conséquent, le tribunal devra avoir une compétence pour investiguer de telle sorte que l'accent ne soit pas principalement centré sur l'indemnisation du lanceur d'alerte, mais plus sur l'intérêt général auquel doit servir l'alerte.

2.2.2.2 Protection contre les représailles et les mesures de rétorsion

Le traitement effectif de l'alerte ne se limite néanmoins pas à l'assurance du suivi de celle-ci, mais également à sa protection contre toute forme de représailles et contre toute poursuite civile et pénale²⁵⁷.

En effet, si le lanceur d'alerte bénéficie du droit à la liberté d'expression, cela ne le protège néanmoins pas contre les représailles. Ainsi, l'objectif d'un statut du lanceur d'alerte

²⁵⁵ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁶ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 41.

²⁵⁷ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 10.

est de poser les balises nécessaires au changement de la vision négative du rôle du lanceur d'alerte en lui assurant une protection contre les représailles,²⁵⁸ car le lanceur d'alerte permet de préserver l'Etat de droit et la démocratie, donc il ne doit pas être découragé par la crainte des représailles, quelles qu'en soient leurs formes²⁵⁹. C'est la raison pour laquelle, le même tribunal, compétent pour engager la responsabilité des récepteurs de l'alerte, sera également compétent pour protéger les donneurs d'alerte contre les représailles.

Dans un deuxième temps, la protection consistera en l'établissement d'un lien de causalité entre le lancement de l'alerte par le donneur d'alerte et les représailles ou les mesures de rétorsion prise par l'auteur de l'acte répréhensible dévoilé ou par un tiers. Dans ce contexte-là, la directive s'inspirera ainsi des droits généraux issus du droit social et des droits de l'homme pour protéger le lanceur d'alerte de ses droits et libertés.

Toutefois, le problème aujourd'hui réside dans les limites auxquelles sont soumis ces droits²⁶⁰. En effet, bien qu'ils puissent être une aide pour assurer la protection du lanceur d'alerte, ils se trouvent néanmoins limités, mais également à cause des délais de procédures nécessaires avant que le lanceur d'alerte puisse bénéficier d'une réparation²⁶¹. Ainsi, bien que des droits existent déjà, la protection, elle, reste limitée et c'est ce à quoi la directive va tenter de remédier, car l'élément fondamental du statut protecteur du lanceur d'alerte est la question des instruments de protection du lanceur d'alerte directement une fois que son alerte est lancée²⁶².

Tout d'abord, s'inspirant de la Recommandation CM/Rec (2014)7, la directive interdit toutes les formes de représailles existantes, tant actives que passives, directes et indirectes²⁶³. Ainsi, en prohibant toutes ces formes, elle évite que ceux qui sont en position de force ou d'autorité ignorent le signalement effectué par leurs subordonnés²⁶⁴.

²⁵⁸ M. BEULAY, *op. cit.*, p. 9.

²⁵⁹ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 7.

²⁶⁰ M. BEULAY, *op. cit.*, p. 8.

²⁶¹ *Ibidem*.

²⁶² D'autres mesures de protection que celles protégeant les représailles sont également possible et notamment, la protection contre l'anonymat, la protection de la confidentialité du lanceur d'alerte, le droit à l'asile etc. dont on parlera *infra*.

²⁶³ Le Conseil de l'Europe considère comme étant des représailles, « *le licenciement, la suspension, la rétrogradation, la perte de possibilités de promotion, les mutations à titre de sanction, ainsi que les diminutions de salaire ou retenues sur salaire, le harcèlement ou toute autre forme de sanction ou de traitement discriminatoire* ». Voy. Recommandation CM/Rec(2014)7, précitée, p. 10.

²⁶⁴ Recommandation CM/Rec(2014)7, précitée, p. 43.

La Recommandation ne mentionne pas le délai dans lequel le lanceur d'alerte doit subir le préjudice, délai qui permettrait de faire présumer le lien de causalité entre la prise de parole et le préjudice subi, laissant cette question dans les mains des Etats membres²⁶⁵. Toutefois, la directive, elle, prendra le soin de mentionner un délai minimum dans lequel les représailles doivent intervenir. Il convient néanmoins de rappeler que la directive est un instrument à *minima*, laissant aux Etats la possibilité de prévoir un délai plus long s'ils le souhaitent, mais ils ne peuvent en aucun cas restreindre la protection octroyée au lanceur d'alerte. Ainsi, la directive précisera le délai endéans lequel doit intervenir la révélation de l'information. Elle prévoira donc un laps de temps suffisamment long afin de protéger plus efficacement le lanceur d'alerte, car au-delà de cette période, la mesure prise à son encontre sera présumée être indépendante de l'information divulguée.

De plus, l'introduction de sanction sur le plan pénal serait possible à l'égard des supérieurs faisant subir à leurs employés des mesures de rétorsion et des représailles²⁶⁶.

Finalement, la directive s'inspirera des avancées importantes dégagées par les textes de droits internationaux concernant la charge de la preuve. En effet, selon la plupart des textes internationaux et conformément aux exigences du Conseil de l'Europe²⁶⁷, la charge de la preuve sera partagée entre le lanceur d'alerte et le supérieur ou l'entreprise²⁶⁸. Ainsi, il appartiendra d'une part au lanceur d'alerte de prouver raisonnablement que l'acte posant préjudiciable est une mesure de représailles dont il est victime et d'autre part, ce sera à la partie responsable de prouver l'inexistence de la situation dysfonctionnelle et/ou l'absence de lien de causalité entre la mesure prise et l'acte de divulgation de telle sorte qu'elle ne constitue pas une mesure de représailles à l'encontre du donneur d'alerte²⁶⁹.

²⁶⁵ Recommandation CM/Rec(2014)7, précitée, p. 43.

²⁶⁶ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 10.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ C'est d'ailleurs déjà le cas au Royaume-Uni et aux Etats-Unis ; M. BEULAY, *op. cit.*, p. 9.

²⁶⁹ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 10.

2.2.2.3 Présomption de bonne foi

La bonne foi représente un autre moyen de protection des lanceurs d'alerte. Ces derniers représentent la figure moderne de nos démocraties, décidant de faire le travail à la place de ceux qui sont supposés le faire, et ce, au profit des valeurs de l'Etat démocratique, l'intérêt général et du bon fonctionnement de la société. Il ne faut néanmoins pas survaloriser les lanceurs d'alerte sous peine de voir apparaître des lanceurs d'alerte de mauvaise foi.

Bien qu'un débat existe sur la nécessité de maintenir l'exigence de bonne foi dans la protection du lanceur d'alerte, cette exigence constitue un moyen d'assurer sa protection puisqu'elle permettra de faire la distinction entre les alertes abusives et les alertes authentiques bénéficiant de la présomption de bonne foi. C'est donc la « *croyance raisonnable* »²⁷⁰ qu'une situation est d'intérêt général qui permet d'établir la bonne foi du lanceur d'alerte. Ainsi, comme le mentionne l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1729 en 2010, les informations protégées doivent comprendre « *tous les avertissements de bonne foi* »²⁷¹.

De plus, la notion de bonne foi paraît également indispensable lorsqu'il s'agit de mettre en balance le droit d'alerte et la protection des tiers contre les accusations diffamatoires et calomnieuses. En effet, la Cour EDH a admis la possibilité de condamnations sur base de diffamation pour autant que le responsable des propos vise de manière démesurée une personne physique²⁷². A cet égard, la bonne foi est un autre outil de protection du lanceur d'alerte, celle-ci constituant le point de référence dégagé par la Cour EDH afin de distinguer les alertes fondées des alertes infondées ou abusives de telle manière que la bonne foi reste décisive dans l'octroi de la protection ou non²⁷³.

En effet, la Cour EDH précise que « *la motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la*

²⁷⁰ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 10.

²⁷¹ Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, précitée, §6.1.1.

²⁷² Cour eur. D.H., *Marchenko c. Ukraine*, 19 février 2009, req. n°4063/04.

²⁷³ Comité européen de coopération juridique (CDCJ), Réunion visant à consulter les principales parties prenantes sur la protection des donneurs d'alerte, 30-31 mai 2013, Strasbourg, 30 juillet 2013, p. 5.

démarche doit ou non bénéficier d'une protection »²⁷⁴ dans le sens où la recherche de la satisfaction d'un intérêt personnel ne requiert pas la mise en place d'une protection si élevée²⁷⁵. Ainsi, le lanceur d'alerte doit effectuer ses révélations avec la conviction qu'il agit dans l'intérêt général²⁷⁶. Et comme le signale Monsieur P. Omtzigt dans son rapport, le lanceur d'alerte est un individu altruiste, réalisant des actes indépendamment de son intérêt personnel, mais au bénéfice de la communauté et de l'intérêt général.

La définition de ce qu'il faut entendre par la bonne foi reste néanmoins fort complexe, car cette notion ne devrait pas s'étendre à des considérations subjectives telles que l'intention et les motivations du lanceur d'alerte, mais plutôt sur l'élément objectif, à savoir l'intérêt de la société en la divulgation des informations indépendamment des motivations qui animent le lanceur d'alerte²⁷⁷. Afin de faciliter la compréhension des Etats, la Cour a, dans le même arrêt, dégagé un nombre de critères faisant présumer la bonne foi du lanceur d'alerte, à savoir : « l'intérêt public que démontrent les informations révélées, mais également l'exactitude des informations ou à tout le moins une preuve qu'elles ont été vérifiées avec suffisamment de soin et la motivation du lanceur d'alerte qui doit être étrangère à un intérêt personnel »²⁷⁸.

Enfin, selon le Conseil de l'Europe, le signalement de bonne foi est un « *signalement ayant été fait « honnêtement »*, et les auteurs de signalements devraient être présumés de bonne foi jusqu'à preuve du contraire »²⁷⁹. Par conséquent, puisque le lanceur d'alerte est présumé être de bonne foi, il ne se verra pas privé de sa protection pour le simple motif qu'il a commis une erreur sur la véracité de ce qu'il a divulgué²⁸⁰.

2.2.2.4 Un droit d'asile pour le lanceur d'alerte

Enfin, la possibilité d'accorder le droit d'asile aux lanceurs d'alerte a déjà été posée puisque deux lanceurs d'alerte à savoir Julian Assange et Edward Snowden bénéficient déjà

²⁷⁴ Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, précité, § 77.

²⁷⁵ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 47.

²⁷⁶ M. BEULAY, *op. cit.*, p. 7.

²⁷⁷ J.-P. FOEGLE, « Un renforcement en demi-teinte du statut du lanceur d'alerte dans « l'Europe des droits de l'homme » », *op. cit.*, p. 9-10.

²⁷⁸ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 13 ; La Cour a même considéré qu'une absence d'enquête préliminaire permettant de vérifier l'authenticité des allégations effectuées n'impliquait pas nécessairement un constat d'une absence de bonne foi, voy. Cour eur. D.H., *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011, précité, §81.

²⁷⁹ J.-P. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte », *op. cit.*, p. 48.

²⁸⁰ Recommandation CM/Rec (2014)7, précitée, p. 22.

d'un droit d'asile de façon purement aléatoire. C'est la raison pour laquelle se pose la question de leur octroyer un droit d'asile dont tout lanceur d'alerte bénéficierait en tant que réfugié²⁸¹.

A cet égard, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a demandé aux Etats membres dans sa résolution 2060 en 2015, « *d'octroyer l'asile, autant que possible en vertu du droit interne, aux lanceurs d'alerte menacés de mesures de rétorsion dans leur pays d'origine* »²⁸². Pour ce faire, il faudrait trouver un fondement juridique qui permettrait d'accorder une telle protection. Ainsi, nous pourrions imaginer fonder cette protection sur le risque de persécution suite aux condamnations spécialement lourdes dont ils sont menacés. Certes, l'application de sanctions pénales n'est pas énoncée telle quelle dans la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (dites « Convention de Genève »), il est néanmoins généralement admis que l'application de sanctions pénales peut faire l'objet de persécution lorsque ces sanctions sont disproportionnées²⁸³.

Toutefois, puisque les Etats témoignent d'une réticence à octroyer la divulgation d'informations confidentielles, le caractère disproportionné des sanctions paraît difficile à établir. C'est pourquoi il serait intéressant d'instaurer un principe selon lequel les sanctions appliquées au lanceur d'alerte, lorsqu'il viole une loi pour défendre un objectif légitime²⁸⁴, ne pourront qu'être considérées comme disproportionnées puisqu'elles punissent le respect par le lanceur d'alerte des obligations internationales incombant aux Etats. Ainsi, la loi pénale disproportionnée devrait être introduite comme engendrant un risque de persécution, permettant ainsi d'octroyer l'asile au lanceur d'alerte²⁸⁵.

De plus, comme le dit justement le rapporteur M. Pieter Omtzigt dans son rapport sur l'amélioration de la protection des donneurs d'alerte, les Etats européens ayant bénéficié des alertes effectuées par les lanceurs d'alerte visant leurs citoyens ou même leurs entreprises devraient être contraints d'octroyer l'asile à ces individus²⁸⁶.

²⁸¹ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 11.

²⁸² Résolution 2060 (2015), 23 juin 2015, précitée, §10.1.2.

²⁸³ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁴ Tel qu'une divulgation d'une violation des droits de l'Homme.

²⁸⁵ D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 11.

²⁸⁶ APCE (2015), « Améliorer la protection des donneurs d'alerte », Projet de rapport présenté à la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme par le Rapporteur M. Pieter Omtzigt, Pays-Bas, §99 ; De cette manière, puisque la loi sur l'espionnage de 1917 aux Etats-Unis par exemple, n'octroie pas la possibilité de

Par conséquent, l'application de sanction disproportionnée au lanceur d'alerte ainsi que l'avantage qu'a tiré un Etat de leur action constitue deux fondements légitimes pour le lanceur de l'alerte pour se voir bénéficier d'un droit d'asile.

soulever une exception d'intérêt général, les Etats ayant bénéficié des signalements lancés par Edward Snowden par exemple, aurait dû lui octroyer l'asile.

CONCLUSION GENERALE

Le phénomène du lanceur d’alerte existe déjà depuis quelques dizaines d’années mais seulement trente Etats ont aujourd’hui adopté une législation régulant leur actions. Nous avons donc pensé que ce mémoire permettrait d’aborder cette problématique²⁸⁷. En effet, notre modeste concours pourrait suggérer des voies de réflexions à toute personne, penseur, philosophe, voir même législateur qui voudrait s’y aventurer.

L’analyse reprise dans ce mémoire a permis de mettre en lumière le lien incontestable et relativement étroit entre la problématique des lanceurs d’alerte les droits fondamentaux qui doivent leur bénéficier au même titre que tout autre citoyen et qui par conséquent, peuvent être invoqués en leur faveur. Nous avons pu, après la définition du concept du lanceur d’alerte, émettre toute une série de considérations qui se posent juridiquement vis-à-vis de ceux-ci.

En effet, l’émergence de la culture du secret, des moyens technologiques et la complexité du fonctionnement du marché ont eu pour conséquence que les personnes au pouvoir sont trop souvent placées hors champ du contrôle démocratique, résultant en un nombre grandissant des violations des droits de l’homme²⁸⁸. Ainsi, sous l’angle des effets sociopolitiques, la figure du lanceur d’alerte permet de tester sans cesse les limites de l’effectivité des droits de l’homme, mais également la capacité des systèmes politiques et étatiques à s’adapter aux changements, de telle sorte à pousser toujours plus loin le système de protection des droits de l’homme²⁸⁹.

A cet égard, le lien entre le lanceur d’alerte et les droits fondamentaux est double. D’une part, en révélant des violations des droits de l’homme, il participe à l’effectivité de ceux-ci et d’autre part, il prend le courage d’utiliser sa liberté d’expression au préjudice de sa vie professionnelle et personnelle. Par conséquent, il est indéniable que le lanceur d’alerte apporte sa contribution à l’émergence des droits fondamentaux, mais permet également de respecter ceux-ci.

²⁸⁷ D. BANISAR, *op. cit.*, p. 22.

²⁸⁸ J.-P. FOEGLE, « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d’alerte », *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁹ *Ibidem*.

Toutefois, l'analyse des enjeux d'une protection des lanceurs d'alerte démontre que l'innovation d'un tel nouveau mode de gouvernance s'est heurtée à des obstacles importants rendant son efficacité relativement délicate. En effet, les facteurs explicatifs de cette déficience dans l'efficacité d'une telle protection sont d'une part extra-juridiques, résultant des différences de cultures et différents avancements dans le développement de chaque société et d'autre part, il existe également des facteurs juridiques dûs à l'éparpillement des législations protectrices.

Cette analyse faite, cela nous a permis de proposer un nouveau cadre juridictionnel et/ou législatif concernant le lanceur d'alerte sans pour autant protéger toutes les alertes.

S'il est vrai que ce projet, motivé par notre impulsion de pouvoir concourir à sa création, libre de toute entrave et de coercition, peut paraître peu réaliste tant le lobby de la défense d'intérêts corporatifs est grand. Il en est pourtant la preuve de notre enthousiasme et peut-être juvénile à défendre ce droit. C'est cette volonté qui nous a conduits dans ce travail, tout en essayant de garder le maximum de partialité.

Certes, nous nous rendons bien compte que cette tâche reste immense pour être mise en oeuvre dans les différents Etats tant, le secret-défense, le secret confidentiel, les intérêts économiques et toute autre considération peuvent annihiler toute possibilité d'octroi d'une protection à ce niveau au sein de chaque Etat membre. L'Europe par contre, par son côté le moins homogène, et donc le plus éclectique permettra, elle, peut-être, l'émergence d'une telle directive et *in fine* la constitution d'une cohésion globale intra communautaire qui visera à limiter la défense des intérêts et des prérogatives individuelles de chaque Etat. C'est la raison pour laquelle, nous concluons ce travail en y apportant notre édification personnelle, en créant un projet de directive qui certes demanderait énormément de temps et d'efforts pour être implémenté et respecté, mais qui nécessiterait d'être suivie par les Etats qui souhaiteraient s'y engager.

BIBLIOGRAPHIE

1. LEGISLATION

1.1. RECOMMANDATIONS ET RÉSOLUTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE

- Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, Recommandation CM/Rec (2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte.
- Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 8 mars 2000, Recommandation n°R(2000)7 aux Etats membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information.
- Proposition de recommandation du 5 juillet 2013 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur le Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme sur la protection des donneurs d'alerte qui révèlent des agissements des pouvoirs publics constituant une violation du droit international et des droits fondamentaux, Doc. 13278, disponible sur <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20031&lang=fr>.
- Recommandation 1950 (2011), La protection des sources d'information des journalistes de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- Résolution 2045 (2015), 21 avril 2015 (12^e séance), Les opérations de surveillance massive de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- Résolution 2060(2015), 23 juin 2015, Amélioration de la protection des donneurs d'alerte de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- Résolution 1954 (2013), 2 octobre 2013, La sécurité nationale et l'accès à l'information de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- Résolution 1838 (2011), 6 octobre 2011 (34^e séance), Les recours abusifs au secret d'Etat et à la sécurité nationale : obstacles au contrôle parlementaire et judiciaire des violations des droits de l'homme, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, Protection « des donneurs d'alerte » de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.
- Résolution 1675 (2009), 24 juin 2009 (22^e séance), La situation des droits de l'homme en Europe : nécessité d'éradiquer l'impunité de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

1.2. TRAVAUX DE L'UNION EUROPEENNE

- Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers s membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures, 2013/188(INI), adoptée à Strasbourg, le 12 mars 2014.
- Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, COM(2013), 2013/0402 (COD), Bruxelles, 28 novembre 2013.
- Directive 2013/0402 (COD) du Parlement européen et du Conseil du 14 avril 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, disponible sur www.europarl.europa.eu.

2. DOCTRINE

2.1. MONOGRAPHIES, OUVRAGES COLLECTIFS ET ARTICLES JURIDIQUES

- BANISAR (D.), « Whistleblowing : International Standards and Developments », in Sandoval, I. (ed.), *Corruption and Transparency : Debating the Frontiers between State, Market and Society*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, DC, 2011.
- CHATEAURAYNAUD (F.), « Les lanceurs d'alerte dans l'espace politique », communication lors de la journée « Lanceurs d'alerte et système d'expertise : vers une législation exemplaire en 2008 ? », Paris, Sénat, 27 mars 2008.
- DEHAVEN-SMITH (L.), « Myth and Reality of Whistleblower Protections », *Public integrity*, 2011, vol. 13, n°3, pp. 208-220.
- DENOËL (T.), « Panama Papers : les reponsabiliés politiques en Belgique », *Le vif*, le 15 avril 2016, pp. 34-43.
- ELLSBERG (D.), *Secrets : A Memoir of Vietnam and the Pentagon Papers*, Penguin Books, 2003
- FISHER (B.D.), « The Whistleblower Protection Act of 1989 : A False Hope for Whistleblowers », *Rutgers L. Rev.*, 1990-1991, vol 43, p. 355-416.
- HARTMANN (F.), *Les lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Don Quichotte, Seuil, 2014.

- HUNTON (J.) et ROSE (J.), « Effects of anonymous Whistle-Blowing and Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-Blowing Allegations by Audit Committee Members », *Journal of Management studies*, 2011, vol. 48, pp. 75-98.
- LAMBOTTE (S.), « Dix-huit mois de prison requis contre les lanceurs d’alerte », *La libre Belgique*, 11 mai 2016, pp. 24-25.
- LARCHÉ (M.), « Brève réflexion sur la qualification de l’alerte éthique comme droit de l’homme », *Revue des Droits de l’Homme*, n°10.
- MANSBACH (A.), « Whistleblowing as fearless speech : The radical democratic effects of late modern parrhesia », *Whistleblowing and democratic values, London : The International whistleblowing Research Network*, 2011, pp. 12-26.
- MOBERLY (R.) et WYLIE (L.), « An ampirical study of whistleblower policies in United States corporate codes of ethics », in LEWIS (D) et VANDERKERKHOVE (W), *Whistleblowing and democratic values, London : The International whistleblowing Research Network*, 2011, pp. 27-55.
- OPPER (M.), « WikiLeaks : Balancing First Amendment Rights with National Security », *Loy. LA Ent. L. Rev.*, 2010, vol. 31, pp. 237-267.
- QUATREMER (J.), « La directive sur le « secret des affaires » menace les lanceurs d’alerte », *Libération*, 16 avril 2016.
- STEPHENSON (P.) et LEVI (M.), « La protection des donneurs d’alerte », *Rapport d’étude sur la faisabilité d’un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l’intérêt public*, Conseil de l’Europe, CDCJ (2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012.
- Transparency International, *Secret des affaires : un retour en arrière pour les lanceurs d’alerte et la liberté de a presse*, France, 23 janvier 2015.
- VAUGHN (R.G.), *The successes and failures of whistleblower law*, Edward Elgar Publishing, 2012.

2.2 SOURCES INTERNET

- ABESCAT (A.) et TESQUET (O.), « les « lanceurs d’alerte » inventent-ils une nouvelle forme de démocratie ? », *Télérama*, 19 mars 2015, disponible sur <http://www.telerama.fr/idees/les-lanceurs-d-alerte-inventent-ils-une-nouvelle-forme-de-democratie,123715.php> (2 juillet 2016).
- BEULAY (M.), « Lanceurs d’alerte : la nécessité de l’établissement d’un statut en droit international ? », *La revue des droits de l’homme* (en ligne), 10/2016, mis en ligne le 12 juillet 2016, disponible sur <http://revdh.revues.org/2489> (14 juillet 2016).

- GRONELLI (E.), « La protection des lanceurs d’alerte : le long parcours vers un statut européen », 10 septembre 2015, disponible sur <https://eulogos.blogactiv.eu/2015/09/10/la-protection-des-lanceurs-dalerte-le-long-parcours-vers-un-statut-europeen/> (30 juin 2016).
- FOEGLE (J.-P.), « Les lanceurs d’alerte », *La Revue des droits de l’homme* (en ligne), 6/2014, mis en ligne le 29 novembre 2014, disponible sur <http://revdh.revues.org/1009> (2 juillet 2016).
- FOEGLE (J.-P.), « 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* (en ligne), Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 mars 2015 mars, disponible sur <http://revdh.revues.org/1073> (2 juillet 2016).
- FOEGLE (J.-P.), « De Washington à Paris, la « protection de carton » des agents secrets lanceurs d’alerte », *La Revue des droits de l’homme* (en ligne), Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 4 juin 2015, disponible sur <http://revdh.revues.org/1369> (29 juin 2016).
- LOCHAK (D.), « Les lanceurs d’alerte et les droits de l’Homme : réflexions conclusives », *La Revue des droits de l’homme* (en ligne), 10/2016, mis en ligne le 30 juin 2016, disponible sur <http://revdh.revues.org/2362> (2 juillet 2016).
- RACHO (T.), « La possibilité d’un encadrement juridique des lanceurs d’alerte par l’Union européenne », *La Revue des droits de l’homme* (En ligne), 10/2016, mis en ligne le 28 juin 2016, disponible sur <http://revdh.revues.org/2344> (3 juillet 2016).

3. JURISPRUDENCE

3.1 JURISPRUDENCE EUROPEENNE

- Cour eur. D.H., *Langer c. Allemagne*, 17 septembre 2015, req. n°14464/11.
- Cour eur. D.H., *Matiz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, req. n°73571/10.
- Cour eur. D.H., *Von Hannover c. Allemagne*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10.
- Cour eur. D.H., *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013, req. n°40238/02.
- Cour eur. D.H., *Tanasoica c. Roumani*, 19 juin 2012, req. n°3490/03.
- Cour eur. D.H., *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011, req. n°28274/08.
- Cour eur. D.H., *Pasko c. Russie*, 22 octobre 2009, req. n°65519/01.
- Cour eur. D.H., *Marchenko c. Ukraine*, 19 février 2009, req. n°4063/04.
- Cour eur. D.H., *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, req. n°14277/04.
- Cour eur. D.H., *Tillack c. Belgique*, 27 novembre 2007, req. n°20477/05.
- Cour eur. D.H., *Voskuil c. Pays-Bas*, 22 novembre 2007, req. n°64752/01.
- Cour eur. D.H., *Nordisk Film & TV A/S c. Danmark*, 8 décembre 2005, req. n°40485/02.

- Cour eur. D.H., *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, req. n°29183.95.
- Cour eur. D.H., *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996., req. n°28957/95.
- Cour eur. D.H., *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n°30.
- Cour eur. D.H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n°5493/72.

3.2 JURISPRUDENCE FRANCAISE

- Cass. fr. (soc.), 30 juin 2016, arrêt n° 1309.

3.3 JURISPRUDENCE AMERICAINE

- *Pickering v. Board of Educaiton*, 391 U.S. 563 (1968).
- *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006).

4. RAPPORTS

- APCE (2015), « Améliorer la protection des donneurs d’alerte », Projet de rapport présenté à la Commission des questions juridiques et des droits de l’homme par le Rapporteur M. Pieter Omtzigt, 18 mars 2015, Pays-Bas.
- APCE (2009), « La protection des « donneurs d’alerte » », Rapport Doc.12006 présenté à la Commission des questions juridiques et des droits de l’homme par le Rapporteur M. Pieter Omtzigt, 14 septembre 2009, Pays-Bas.
- ONU, Rapport du Rapporteur special sur la promotion et la protection du droit à la liberté d’opinion et d’expression, 4 septembre 2014.

5. DIVERS

- Les principes Tswayne sur la sécurité nationale et le droit à l’information, adoptés le 12 juin 2013.
- Comité Européen de cooperation juridique (CDCJ), Réunion visant à consulter les principales parties prenantes sur la protection des donneurs d’alerte, 30-31 mai 2013, Strasbourg, 30 juillet 2013.

ANNEXE I

LE STATUT DU LANCEUR D'ALERTE DANS L'UNION EUROPENNE

PROPOSITION DE DIRECTIVE

Auteur : Marine Jungers

1. L'ACTION DE L'UNION EUROPEENNE DANS L'OCTROI D'UN STATUT EUROPEEN DE LANCEUR D'ALERTE

1.1 Résumé de la problématique

Les lanceurs d'alerte révèlent des informations obtenues sur leurs lieux de travail ou indépendamment de celui-ci, à leurs supérieurs, à l'autorité compétente ou encore au public, informations qui peuvent mettre en lumière des comportements qui concernent ou menacent l'intérêt public dans divers domaines tels que le respect de l'Etat de droit, le respect des droits de l'homme, la santé publique, la sécurité, l'intégrité physique, la protection de l'environnement, les marchés financiers et bien d'autres encore.

Le lanceur d'alerte est l'un des moyens les plus efficaces pour mettre un terme ou prévenir des actes répréhensibles. En effet, des affaires récentes et relativement connues de lanceurs d'alerte ont permis de mettre en lumière le service que rendent les lanceurs d'alerte au public et l'apport qu'ils peuvent créer s'ils étaient mieux protégés.

À titre d'exemple, des milliards d'euros sont perdus dans l'économie de l'Union européenne chaque année à cause de cas de corruption et c'est notamment l'une des raisons pour laquelle la protection du lanceur d'alerte est urgente. En effet, la plupart de ces donneurs d'alerte ne prennent souvent pas la parole pour dénoncer ces affaires, car ils estiment que cela n'en vaut pas la peine vu les risques auxquels ils s'exposeront sans protection juridique. Ainsi, les lanceurs d'alerte qui prennent la parole sont souvent pénalisés tant au niveau professionnel qu'au niveau de leur vie privée. Alors que le lancement d'alerte est crucial pour protéger l'intérêt public et pour maintenir la responsabilité et l'intégrité, tant dans le secteur public que privé, les lanceurs d'alerte, au lieu d'être valorisés et même récompensés, non seulement perdent souvent leur travail et même toutes possibilités de poursuivre une carrière, mais souffrent également souvent de harcèlement et de persécutions légales, les exposant à des difficultés financières. Enfin, qu'ils soient inscrits dans une relation de travail ou pas, ils sont souvent victimes d'autres conséquences dans leur vie privée.

Vu l'absence de cadre institutionnel protégeant l'action des lanceurs d'alerte, il n'est pas permis de faire la distinction entre les lanceurs d'alerte réels et les délateurs de telle sorte que les révélations cruciales pour un Etat démocratique sont trop souvent balayées. De plus,

l'absence de ce cadre institutionnel laisse la possibilité aux organes publics et aux acteurs privés d'instrumentaliser le secret sous motifs d'intérêts d'apparences légitimes comme le secret défense utilisé au niveau de la sécurité nationale, le secret professionnel, le secret d'affaires et bien d'autres considérations encore. Dans ce contexte, dépourvu d'institutions de contrôle, une personne qui souhaite divulguer une information en tant que lanceur d'alerte, inspirée par sa morale et son devoir de conscience, doit trouver l'équilibre nécessaire entre les impératifs divergents, mais pourtant essentiels au bon fonctionnement d'un Etat démocratique.

La protection de ces lanceurs d'alerte est un domaine prioritaire dans lequel l'action de l'Union européenne est à la fois nécessaire et possible pour assurer l'efficacité de la mise en place d'une protection pour lanceurs d'alerte.

1.2 Il y a-t-il une base juridique pour agir ?

Pour pouvoir mettre en place un cadre unique de protection aux lanceurs d'alerte sur le territoire de l'Union européenne, la Commission doit nécessairement proposer l'adoption d'une mesure en vertu de l'article 17 du Traité sur l'Union européenne²⁹⁰ ou qu'elle soit invitée à le faire par d'autres instances, mais pour ce faire, une base juridique doit être au fondement d'une telle proposition²⁹¹.

Tout d'abord, si l'on considère que la protection des lanceurs d'alerte fait l'objet d'un droit fondamental, cela pose des difficultés dans la mesure où les Etats ne sont pas prêts à céder à l'Union européenne une compétence en matière de libertés et droits fondamentaux²⁹².

Ensuite, la Commission pourrait alors être invitée à agir selon deux situations : soit ce sont les citoyens qui prennent l'initiative de proposer à la Commission d'agir via le mécanisme de l'initiative citoyenne²⁹³, soit ce sont les membres du Parlement européen eux-mêmes qui indirectement invitent la Commission à présenter une mesure de protection. L'initiative citoyenne, protégée par l'article 114 TUE et l'article 24, al. 1 TFUE, existe depuis

²⁹⁰ Article 17 TUE.

²⁹¹ T. RACHO, *op. cit.*, p. 3.

²⁹² *Ibidem*.

²⁹³ L'initiative citoyenne, protégée par l'article 11§4 TUE et l'article 24, al. 1 TFUE, existe depuis 2012 et permet de réunir les Etats membres autour d'un même objectif résultant en un projet rédigé par un Comité qui pousse ensuite la Commission à l'analyser et qui peut aboutir en une proposition législative.

2012 et permet de réunir les Etats membres autour d'un même objectif résultant en un projet rédigé par un Comité qui pousse ensuite la Commission à l'analyser et qui peut aboutir en une proposition législative. D'autre part, le Parlement européen lui-même peut proposer à la Commission d'agir lorsqu'une contribution aux traités est nécessaire via l'article 225 TFUE. L'Union n'a néanmoins jamais agi sur cette seconde base.

Toutefois, si l'Union est invitée à agir ou si elle agit par elle-même, elle a besoin d'un fondement juridique. Il faut tout de même rappeler que n'ayant pas de compétence exclusive en matière de protection des droits fondamentaux, l'Union se limite seulement à réunir les Etats par des instruments économiques²⁹⁴. Ainsi, pour que les donneurs d'alerte fassent l'objet de préoccupations de la part de l'Union, il faut lier cette question à la question du marché intérieur par exemple²⁹⁵. Par conséquent, l'Union européenne peut, soit considérer que l'absence de protection du lanceur d'alerte est un obstacle au marché intérieur et ainsi entraîner des difficultés pour appliquer le droit de l'Union soit elle estime que cette absence de protection juridique peut porter atteinte à l'un de ses objectifs²⁹⁶.

Cette dernière option est régie par l'article 352 du TFUE qui est utilisé lorsqu'il y a une atteinte à l'un des objectifs de l'Union. Toutefois, cet article requiert le suivi d'une procédure législative spéciale, requérant l'unanimité du Conseil ce qui poserait quelques difficultés dans la pratique. Par ailleurs, l'article 114 TFUE semble être intéressant dans la mesure où il permet de rapprocher les législations des Etats qui concernent le marché intérieur. La Commission devrait donc se baser sur cette disposition en considérant que le défaut de protection du lanceur d'alerte constitue une entrave à la réalisation du marché intérieur²⁹⁷.

La proposition de la Commission devra néanmoins toujours respecter les principes de subsidiarité et proportionnalité puisque le marché intérieur relève tant de la compétence des Etats que de celle de l'Union. Ainsi, la proposition de l'Union devra justifier d'une part, ce qu'apporte une action au niveau de l'Union plutôt qu'au niveau étatique et d'autre part, les

²⁹⁴ T. RACHO, *op. cit.*, p. 4.

²⁹⁵ *Ibidem* ; En effet, il est préférable de ne pas rattacher cette problématique à une disposition légale existante dans la mesure où elle risquerait d'engendrer une protection trop sectorielle, se limitant à un champ d'application trop précis.

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 5.

aspects transnationaux même si tous les Etats, dans leur ensemble, ne sont pas toujours concernés²⁹⁸.

1.3 L'objectif de cette proposition

L'objectif poursuivi par la publication de cette proposition de directive est de poursuivre les discussions sur la nécessité d'adopter un cadre législatif contenant des standards minimaux qui protégeraient les lanceurs d'alerte sous forme de statut dans toute l'Union européenne. En particulier, nous espérons atteindre les points suivants :

- Qu'il existe une base légale dans les Traités de l'Union européenne pour protéger les lanceurs d'alerte en respectant les principes de subsidiarité et proportionnalité
- Que cette protection poursuive les objectifs identifiés dans les Traités comme étant les objectifs de l'Union
- Que cela montre l'utilité des dispositions d'une directive sur le lancement de l'alerte, basée sur les articles 114 ou 352 TFUE, prenant en compte les initiatives du Parlement européen, les recommandations des organisations internationales ainsi que les nombreuses recommandations et résolutions du Conseil de l'Europe.

Nous proposons ce travail pour qu'il soit utilisé par la Commission européenne, la seule institution européenne qui est totalement compétente pour initier une telle législation.

²⁹⁸ T. RACHO, *op. cit.*, p. 5.

2. PROPOSITION

Proposition pour

UNE DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPEEN ET DU CONSEIL

Établissant un standard minimum de protection des lanceurs d’alerte

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L’UNION EUROPÉENNE,

Eu égard au Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, et en particulier, l’article 17 et l’article 114 de celui-ci,

eu égard à la proposition de la Commission

Attendu que :

- (1) Les lanceurs d’alerte jouent un rôle essentiel en exposant des cas de corruption, fraude, mauvaise gestion et d’autres actes répréhensibles qui menacent la santé publique, les marchés financiers, la sécurité, l’intégrité financière, les droits de l’homme, l’environnement, et l’Etat de droit.
- (2) Les lanceurs d’alerte agissent dans l’intérêt public qui, en divulguant et exposant de mauvaises conduites, attitudes répréhensibles, fraudes et des activités illégales, prennent souvent un haut risque personnel puisqu’ils peuvent être rejetés, poursuivis, boycottés, arrêtés, menacés ou même être victimes et être discriminés de différentes manières.
- (3) Le droit des citoyens de rapporter ces actes répréhensibles est une extension naturelle du droit à la liberté d’expression et d’information protégés par l’article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne, et il est crucial d’assurer et protéger les principes de transparence et d’intégrité.
- (4) Les informations en lien avec la menace de l’intérêt public peuvent concerner différents Etats membres ou, de manière plus large, l’intérêt européen.

- (5) Dans une résolution adoptée le 16 décembre 2015 destinée à assurer la transparence, la coordination et la convergence dans la gestion des régulations des taxes dans l'Union européenne, le Parlement européen a invité la Commission à adopter une proposition législative assurant une protection plus large des lanceurs d'alerte qui rapportent des conduites suspectes, des actes répréhensibles, des fraudes ou une activité illégale aux autorités nationales ou européennes, et qui pourraient porter atteinte à l'intérêt public, au public dans son ensemble. Depuis que les lanceurs d'alerte ont mobilisé l'attention du public sur des problèmes fiscaux, les Etats membres doivent prendre des mesures qui vont protéger une telle activité auquel cas les lanceurs d'alerte, détenteurs de ces précieuses informations, vont devenir récalcitrants à divulguer ces informations.
- (6) Il existe des variations significatives entre les différentes manières pour les Etats membres de fournir une protection pour les lanceurs d'alertes. Par conséquent, les employés, tant du secteur public que du secteur privé, qui détiennent des informations vitales, qui peuvent également être pertinentes dans un autre État membre, ne sont pas prêts à révéler une telle information.
- (7) Cette directive prend en considération la Résolution 1729(2010) relative à la protection des « donneurs d'alerte » aboutissant à la Recommandation CM/Rec (2014)7 du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte et la définition du lanceur d'alerte comme « *toute personne qui fait des signalements ou révèle des 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* »²⁹⁹.
- (8) Cette directive prend en considération la Résolution 1954(2013) et la Recommandation 2024(2013) sur la sécurité nationale et l'accès à l'information.
- (9) Cette directive prend en considération la Résolution 1675(2009) sur la situation des droits de l'Homme en Europe : nécessité d'éradiquer l'impunité, adoptée lors de la 22^e séance, le 24 juin 2009.

²⁹⁹ Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe précitée, p. 7.

- (10) Cette directive prend en considération la Résolution 2060 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur l'amélioration de la protection des donneurs d'alerte, adoptée le 23 juin 2015.
- (11) Cette directive prend en considération la Résolution 1838 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les recours abusifs au secret d'État et à la sécurité nationale, adoptée lors de la 34^e séance, le 6 octobre 2011.
- (12) Cette directive prend en considération la Résolution 2045 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les opérations de surveillance massive, adoptée lors de la 12^e séance, le 21 avril 2015.
- (13) Cette directive prend en considération la Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur le programme de surveillance de la NSA, les organismes de surveillance dans divers Etats membres et les incidences sur les droits fondamentaux des citoyens européens et sur la coopération transatlantique en matière de justice et d'affaires intérieures.
- (14) Cette directive prend en considération la jurisprudence dégagée par la Cour européenne des droits de l'homme.
- (15) En implémentant les mesures proposées par la Directive, les Etats membres doivent respecter les droits fondamentaux et observer les principes reconnus en particulier par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, le droit à la liberté d'expression et l'accès aux documents et aux informations, le droit de choisir une occupation et le droit de s'engager dans un travail, le droit à un recours effectif et le droit à un procès équitable et le droit à la défense.

CHAPITRE I

DISPOSITIONS GENERALES

Article 1

Objectif

1. L'objectif de cette directive est d'introduire des standards minimaux pour la protection légale des lanceurs d'alerte sous la forme d'un statut de telle manière à encourager la divulgation d'informations relevant de l'intérêt général.
2. Les Etats membres peuvent introduire ou maintenir des dispositions qui, s'ils l'estiment, sont plus favorables à la protection des lanceurs d'alerte que ceux établis dans la présente directive sans pour autant restreindre la protection des lanceurs d'alerte.
3. La mise en œuvre de cette directive ne constituera pas un fondement pour une réduction de la protection des lanceurs d'alerte déjà octroyée par des Etats membres dans des champs couverts par cette directive.

Article 2

Le champ d'application

1. La directive s'appliquera à tous les travailleurs, tant dans le secteur public que privé, à tout agent travaillant dans le service de la sécurité nationale ou du renseignement, aux membres des forces armées et de manière générale, à toutes personnes souhaitant tirer un signal d'alarme.
2. Les Etats membres devront, en accord avec la présente directive, protéger tout lanceur d'alerte correspondant à la définition émise dans l'article 3 de la présente directive.

Article 3

Définitions

Pour les objectifs de la présente directive, les définitions ci-dessous doivent s'appliquer :

- a. Le lanceur d'alerte est toute personne de bonne foi et soucieuse de l'intérêt général qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui, et ce, indépendamment de ses motivations.
- b. L'alerte est tout signalement d'un acte passible d'une sanction pénale, mais également toutes les violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que des risques pour la santé, la sécurité publique et l'environnement. L'objectif de l'alerte constitue en la révélation d'actes contraires aux intérêts protégés par les autorités tant publiques que privées.
- c. Les mesures de rétorsion et les représailles signifient tout traitement ou conséquence défavorable telle que quelconque acte, menace, dissimulation d'un acte ou une omission tant active que passive, directe ou indirecte prise au détriment du lanceur d'alerte.
- d. Un signalement de bonne foi consiste en un signal d'alerte effectué de manière honnête par le lanceur d'alerte ayant la conviction raisonnable de l'intérêt général de son signalement.
- e. Une sanction disproportionnée est une sanction d'une telle ampleur imposée au lanceur d'alerte lorsque ce dernier défend un objectif légitime d'un Etat démocratique libéral.

CHAPITRE II

LES REVELATIONS PROTEGEES

Article 4

Mécanisme facilitant la divulgation d'informations protégées

1. Les Etats membres doivent introduire ou réviser les mécanismes facilitant la révélation d'informations déjà existantes ainsi que des procédures en vue de protéger l'action des lanceurs d'alerte.

2. La protection des révélations doit être la plus adéquate possible et doit inclure de manière générale, toute information effectuée de bonne foi dont l'intérêt public a un intérêt à sa divulgation, de manière non exhaustive :
 - Les actes pouvant engendrer une sanction pénale
 - Les violations des droits de l'Homme
 - Les atteintes et les risques à la santé, la sécurité publique et environnementale
 - Les atteintes et les risques à la santé, la liberté et l'intégrité physique
 - Les informations relatives à la sécurité nationale pour autant qu'elles soient d'intérêt général.

3. La révélation d'information peut être effectuée par tout moyen mis à la disposition du lanceur d'alerte.

Article 5

Les informations portant sur la sécurité nationale et les informations classifiées

Le droit de réserve et de limiter la divulgation d'informations portant sur la sécurité nationale ne portera pas atteinte au droit à la liberté d'expression des lanceurs d'alerte ni au droit du public à recevoir des informations relevant de l'intérêt général.

Article 6

Les activités de renseignement

1. Les Etats membres réguleront leurs activités de renseignement en accord avec les « principes Tshwane » de telle manière à ce qu'un agent travaillant pour le service des renseignements et divulguant une information obtenue dans le cadre de sa profession soit protégé lorsque les quatre conditions suivantes sont cumulativement remplies :
 - a. L'information concerne des faits des agents étatiques
 - b. L'alerte n'a pas été correctement prise en compte ou aucun moyen ne lui permettait de faire l'alerte en interne à l'organisation
 - c. L'alerte était nécessaire afin de mettre en lumière l'acte répréhensible
 - d. L'agent a la croyance raisonnable que l'alerte était plus bénéfique que le silence
2. Les activités de renseignement dans le domaine politique, économique ou même diplomatique sont prohibées.
3. Les activités de renseignement au sein de chaque État membre seront supervisées par des mécanismes parlementaires de contrôle.
4. Un groupe d'experts européens indépendants analysera de manière transparente et en coopération avec les différents parlements étatiques, les recommandations ayant pour objectif d'améliorer les contrôles de ces agences de renseignement.

Article 7

Les informations portant sur le secret des affaires

1. Chaque Etat devra veiller à adopter une législation prenant en compte l'équilibre entre le devoir déontologique du secret professionnel et l'obligation de révéler des informations d'intérêt général.
2. Il appartiendra à l'autorité compétente à recevoir l'information en vertu de l'article 9 de la directive de déterminer, au regard des critères dégagés par la Cour européenne

des droits de l'homme et repris ci-dessous, si l'intérêt général que présente l'information prime sur le devoir de confidentialité du lanceur d'alerte :

- la disponibilité des moyens ouverts au lanceur d'alerte,
 - la nature de l'intérêt général
 - l'authenticité des révélations
 - le préjudice causé
 - les motivations du lanceur d'alerte
 - la sévérité de la sanction imposée
3. À l'issue des six critères énoncés dans le paragraphe 2, les divulgations protégées s'étendent également aux divulgations faites en concordance avec la directive sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées (secret d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Article 8

La protection des sources journalistiques et médiatiques

1. Les journalistes ou toute autre personne assimilée, reconnue officiellement et servant de support à l'alerte afin de divulguer l'information au public bénéficiant du droit à la liberté de la presse, pilier du droit à la liberté d'expression.
2. Le droit à la liberté de la presse énoncé dans le paragraphe 1 octroie le droit aux intermédiaires divulguant l'alerte de ne pas révéler la source de leurs informations.
3. Toute violation au droit énoncé dans le paragraphe 1 peut engendrer l'application de sanctions juridiques.
4. Des exceptions au paragraphe 2 de cet article sont admissibles uniquement dans les cas suivants : en présence de situations exceptionnelles telles que définies par le droit interne des Etats et lorsque des intérêts vitaux sont en jeu et enfin lorsque le paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH le requiert.

CHAPITRE III

PROTECTION JURIDIQUE EN AMONT DES LANCEURS D'ALERTE

Article 9

Mécanismes d'assistance et de conseil

Chaque Etat prendra toutes les mesures adéquates pour faciliter le lancement de l'alerte, en ce compris la formation d'autorités indépendantes ayant pour mission d'assister et de conseiller le lanceur d'alerte dans sa démarche.

Article 10

Les destinataires des divulgations

1. Les Etats membres devront mettre en place un processus de signalement à trois étages, engendrant une obligation pour les lanceurs d'alerte de respecter ces canaux de signalement lorsque ces derniers sont liés à un cadre organisationnel.
2. Les Etats doivent s'assurer que les procédures régulant l'action des lanceurs d'alerte soient accessibles, visibles et compréhensibles.
3. Eu égard au paragraphe 1, le lanceur d'alerte sera dès lors tenu d'informer les personnes internes de l'organisation à laquelle il dépend avant d'informer les autorités réglementaires et de contrôle ou même les médias, conformément aux articles 10, 11 et 12 de la présente directive.
4. Lorsque l'individu ne dispose pas de moyen pour divulguer son information ou que le signalement fait à une autorité interne ou réglementaire n'est pas effectif, voire inexistant, ou lorsque l'individu n'est pas inscrit dans le cadre d'une organisation, la hiérarchie des canaux de signalement peut éventuellement être contournée.

Article 11

Les révélations internes

1. Eu égard à l'article 9, les petites, moyennes et grandes sociétés seront désormais contraintes de désigner une personne de confiance au sein de leurs entreprises afin de réceptionner, traiter et faire suivre l'alerte en interne endéans un délai raisonnable.

Les petites et moyennes entreprises garderont la possibilité de recourir à un organisme public pour traiter, réceptionner et faire suivre l'alerte endéans un délai raisonnable.

2. Les destinataires des informations définies dans l'article 3(b) et divulguées doivent inclure, de façon non exhaustive :
 - a. Un membre interne à l'organisation à laquelle le lanceur d'alerte appartient tel que son supérieur ou les représentants de l'organisation ;
 - b. Le manager ou la personne responsable de son département ;
 - c. Le département des ressources humaines ;
 - d. L'éventuelle personne désignée pour réceptionner, traiter et encadrer l'alerte
3. Les Etats membres restent libres de prévoir d'autres personnes internes à l'organisation comme étant responsables pour réceptionner l'alerte.

Article 12

Les révélations à une autorité réglementaire

1. Les Etats membres doivent octroyer une protection aux lanceurs d'alerte s'ils révèlent ou rapportent des informations définies dans l'article 3(b) à un organe réglementaire ou une autre autorité compétente
2. Les organes réglementaires ou toute autre autorité compétente doivent inclure, de manière non exhaustive, les institutions suivantes :
 - a. Les agences spécialisées et compétentes pour recevoir des plaintes
 - b. Les autorités d'investigations telles que la police ou des autorités de persécutions

3. Les Etats membres sont libres de prévoir une autorité protectrice et compétente pour les signalements des lanceurs d’alerte.

Article 13

Les révélations à un tiers

Les Etats membres doivent fournir une protection au lanceur d’alerte, si les informations définies dans l’article 3(b) de la présente directive sont divulguées, de façon non exhaustive aux personnes suivantes :

- a. Les organisations non gouvernementales
- b. Toute forme de médias
- c. Les associations légales et toutes les sortes d’organisations représentatives des employés

Article 14

Le guichet européen unique

L’Union mettra à sa disposition ainsi qu’à celles des citoyens des Etats membres, un organe européen indépendant, compétent pour recevoir l’alerte et désigner le responsable à traiter l’alerte.

Article 15

Protection de la confidentialité du lanceur d’alerte

1. Les Etats membres doivent assurer la confidentialité des lanceurs d’alerte à travers leurs procédures de divulgation des informations et notamment interdire à toute personne à laquelle sont faites les divulgations, la révélation de celles qui pourraient identifier le lanceur d’alerte.
2. Une exception à l’obligation de confidentialité énoncée dans le paragraphe 1 s’applique si le lanceur d’alerte a donné son consentement à la divulgation de son identité ou le cas échéant, lorsqu’une décision judiciaire l’admet, en respectant l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme.

3. Les Etats pourront néanmoins prévoir une exception dans laquelle l'identité de l'auteur est révélée pour autant qu'elle se limite aux cas de « *menaces graves et imminentes portant atteinte à l'intérêt public* ».

CHAPITRE IV

PROTECTION JURIDIQUE EN AVAL DES LANCEURS D'ALERTE

Article 16

Le traitement effectif de l'alerte

1. L'absence du suivi de l'alerte constituera une infraction pénale permettant d'engager la responsabilité des autorités chargées de réceptionner, traiter et donner suite à l'alerte devant un tribunal indépendant et impartial, compétent dans le domaine tel que défini dans l'article 3(b) de la directive qui pourra leur infliger directement une peine ou une amende.
2. L'engagement de la responsabilité des autorités permettra au lanceur d'alerte d'obtenir des dommages convenus conformément à la législation interne des Etats.

Article 17

Présomption de bonne foi du lanceur d'alerte

1. Le lanceur d'alerte est présumé de bonne foi jusqu'à preuve du contraire. Cette bonne foi est définie dans l'article 3(d) de la présente directive.
2. Chaque juridiction étatique appréciera la bonne foi indépendamment de l'intention et des motivations du lanceur d'alerte en se basant uniquement sur l'intérêt de la société dans la divulgation de l'information.
3. La protection devra être octroyée aux lanceurs d'alerte qui divulguent des informations erronées pour autant que l'erreur sur la véracité soit honnête et raisonnable.

CHAPITRE V
PROTECTION CONTRE LES REPRESAILLES ET LES MESURES DE
RETORSION

Article 18

Exemptions des procédures pénales et civiles et des mesures disciplinaires

Les lanceurs d’alerte qui ont divulgué des informations protégées, ne sont pas sujet à :

- a. Une procédure pénale en lien avec les informations révélées, y compris toutes formes de persécution pour la divulgation des informations classifiées, le secret des affaires ou quelconques autres informations confidentielles;
- b. Une procédure civile en lien avec la divulgation d’informations classifiées, le secret des affaires ou quelconques autres informations confidentielles, incluant, y compris des demandes de dommages et des procédures en diffamation ;
- c. Des mesures disciplinaires ou administratives comme conséquence à la divulgation protégée.

Article 19

Protection contre toute autre forme de représailles

1. Les Etats membres doivent établir et mettre en vigueur une interdiction de toute mesure administrative ou disciplinaire prise en représailles à la divulgation d’informations.
2. La prohibition des formes de représailles définies par l’article 3(c) de la présente directive, inclue quelconque acte, menace ou recouvrement d’acte, ou omission.
3. Une action prise à l’encontre d’un individu autre que la personne faisant la révélation d’une information peut constituer une forme interdite de représailles.
4. La responsabilité de tout auteur de représailles ou de l’employeur pourra être établie devant le même tribunal indépendant et impartial énoncé dans l’article 15.1

de la présente directive, compétent dans le domaine des lanceurs d’alerte pour autant que le lien de causalité entre la divulgation de l’information et la mesure préjudiciable soit établi conformément à l’article 19 de la présente directive sur la charge de la preuve.

Article 20

Charge de la preuve

1. Les Etats membres seront contraints d’introduire un mécanisme de preuve partagé entre le lanceur d’alerte et le responsable des actes répréhensibles.
2. Il appartiendra au lanceur d’alerte de prouver la situation répréhensible et les représailles dont il est victime en raison de la divulgation des informations.
3. Le responsable des actes répréhensibles devra, lui, démontrer par des preuves claires et convaincantes que la divulgation de l’information est faite dans un but malveillant ou malhonnête ou est étranger à l’intérêt public et que quelconques mesures prises à l’encontre du lanceur d’alerte ne sont pas liées à la divulgation de l’information.

Article 21

Le droit d’asile du lanceur d’alerte

1. Les Etats devront considérer les sanctions disproportionnées telles que définies dans l’article 3(e) infligées au lanceur d’alerte comme motif légitime de risque de persécution. Ils seront donc contraints d’octroyer l’asile au même titre que pour les réfugiés.
2. Les Etats ayant bénéficié des signalements visant leurs propres citoyens ou les entreprises établies sur leur territoire seront contraints d’octroyer l’asile.

CHAPITRE VI

DISPOSITIONS FINALES

Article 22

Sanctions

1. Les Etats membres doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'applicabilité des dispositions de la présente directive. En cas de violation de ces dispositions ou de la loi nationale, les Etats doivent mettre en œuvre des sanctions adoptées en accord avec cette directive.
2. Les sanctions doivent être effectives, proportionnées, et dissuasives et peuvent comprendre le paiement ou le remboursement des frais de procédure ou de compensation aux lanceurs d'alerte.
3. Les Etats membres qui introduisent ou revoient ces sanctions doivent le notifier à la Commission endéans les douze mois après la date d'adoption de cette directive et notifier dans le mois, chaque modification à ces dispositions.

Article 23

Transposition

1. Les Etats membres doivent adopter des lois, réglementations ou des dispositions administratives nécessaires pour respecter la directive, endéans les douze mois à partir de la date d'adoption de la directive. Ils doivent mentionner et notifier à la Commission le texte adopté en concordance avec la directive.
2. Quand les Etats membres adoptent ces dispositions, ils devront faire référence à la directive lors de leur publication officielle. Les Etats membres doivent déterminer comment une telle référence doit être effectuée.
3. Les Etats membres doivent communiquer à la Commission le texte contenant les dispositions générales adoptées dans le champ d'application couvert par la présente directive.

Article 24

Entrée en vigueur

La directive devra entrer en vigueur le vingtième jour à partir de sa date de publication dans le *Journal officiel de l'Union européenne*.

*« Un peuple prêt à sacrifier un peu de liberté pour un peu de sécurité
ne mérite ni l'une ni l'autre et finit par perdre les deux »*

B. FRANKLIN

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt



