



HAL
open science

Les lanceurs d’alerte et les droits de l’Homme : réflexions conclusives

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Les lanceurs d’alerte et les droits de l’Homme : réflexions conclusives. La Revue des droits de l’Homme, 2016, 10, 10.4000/revdh.2362 . hal-01647286

HAL Id: hal-01647286

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01647286v1>

Submitted on 22 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LES LANCEURS D'ALERTE ET LES DROITS DE L'HOMME : RÉFLEXIONS CONCLUSIVES

Danièle Lochak

Colloque du Credof, avril 2015, publié dans *Revue des droits de l'Homme*, n° 10/2016, en ligne : <https://revdh.revues.org/2362>

L'alerte éthique se trouve aujourd'hui parée de toutes les vertus et la figure du lanceur d'alerte fortement valorisée. La centralité de la thématique dans l'espace public, notamment médiatique, va de pair avec à la tentation d'apposer l'étiquette de plus en plus libéralement, y compris de façon rétrospective : on a par exemple proposé d'inscrire sur la liste des lanceurs d'alerte Luther, pour avoir dénoncé la vente des indulgences, Zola, pour son « J'accuse », ou, plus près de nous, Jan Karski qui a tenté – en vain – d'alerter les gouvernements alliés sur l'entreprise nazie d'extermination des Juifs¹.

Il y a incontestablement un effet de mode dans cette tendance à labelliser comme « alerte éthique » des formes de rébellion ou de contestation qui peuvent être très différentes les unes des autres – un effet de mode qui va de pair avec la valorisation de la figure du « rebelle » : car le lanceur d'alerte peut être vu comme celui qui se rebelle contre les ordres reçus, contre sa hiérarchie, contre la conjuration du silence. Mais l'explication reste un peu courte : il faudrait encore expliquer pourquoi le rebelle a bonne presse, au sens propre comme au sens figuré. La considération due à celui qui s'engage, seul, pour défendre l'intérêt général, pourrait apparaître comme un des signes des mutations qui affectent les sociétés démocratiques : la crise de la représentation et le déclin des mobilisations collectives laisseraient le champ libre à cette forme d'individualisme moral qui, contrairement à l'individualisme égoïste, contribuerait à consolider la démocratie².

Au cours de ces deux journées très riches, tant sur le plan de l'information que de la réflexion, on a entendu deux types de discours qui reflétaient des approches différentes mais complémentaire, ayant l'une et l'autre leur raison d'être : l'une plus philosophique ou sociologique, surtout préoccupée des fondements de l'alerte éthique, de sa légitimité, de sa fonction sociale, de ses limites ; l'autre plus juridique, plus concrète, plus utilitaire, qui s'est efforcée de décortiquer les différents types de protection possibles et d'évaluer leur efficacité.

Ces contributions très diverses ont permis de poser une série de questions, à défaut de pouvoir toujours y répondre : comment cerner les contours de la notion, qu'est-ce qui fonde la légitimité de l'alerte, quels sont les moyens qu'il est possible et/ou souhaitable de mettre en œuvre pour protéger le lanceur d'alerte ? Sous des discours globalement optimistes, nous avons néanmoins senti pointer une inquiétude : à force de vouloir tisser autour de lui une protection juridique, le lanceur d'alerte ne court-il pas le risque d'être institutionnalisé, voire instrumentalisé ?

I - Une notion aux contours encore flous

Il existe, incontestablement, un certain flou autour des notions de lanceur d'alerte et d'alerte éthique. Ce flou ne saurait surprendre, tant l'étiquette, comme on l'a dit, a tendance à être attribuée de façon généreuse, sans s'embarrasser de rigueur conceptuelle. Une solution commode pourrait consister à définir le lanceur d'alerte comme celui à qui la loi reconnaît une protection à ce titre. Mais elle serait évidemment inadaptée et même inopportune – en tous cas prématurée – dans un contexte où l'on cherche, précisément, élargir le champ des personnes protégées par les textes.

¹ Voir la liste établie par le *Hors Série - Le Monde*, « Générations rebelles. De Camus aux Pussy Riot », juillet 2014.

² David Lewis & Wim Vandekerckhove (ed.), *Whistleblowing and Democratic Values*, Published by the International Whistleblowing Research Network, 2011

Dans son acception la plus étroite, le « lanceur d’alerte » est celui qui, dans son champ professionnel, constate l’existence d’un danger grave et collectif et qui, après avoir en vain cherché à faire intervenir ceux qui ont compétence pour y parer, entre dans des stratégies de résistance au risque de s’attirer des mesures de rétorsion³. L’alerte a lieu dans le contexte d’une relation de travail, d’où le qualificatif parfois retenu d’alerte professionnelle. Mais dans un sens plus large, qui justifie aux yeux de certains d’inclure dans la catégorie des lanceurs d’alerte des personnalités comme Edward Snowden ou Bradley Manning, le terme peut s’appliquer à « toute personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l’intérêt général »⁴ ou même, dans une conception encore plus englobante, à « toute personne soucieuse [*concerned*] qui tire la sonnette d’alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui »⁵.

Si l’on considère non plus la personne qui divulgue mais le contenu de ce qui est divulgué, on peut là encore opposer à une conception étroite, où l’alerte porte sur des faits constitutifs de crimes ou de délits, une conception plus large incluant dans les objets de l’alerte les comportements nuisibles à l’intérêt général, tels les risques sanitaires et environnementaux, ou encore les diverses atteintes potentielles aux droits et libertés.

Cette diversité des situations se répercute sur les modalités de la divulgation qui peuvent aller du simple signalement interne au sein d’une organisation ou d’une entreprise jusqu’à la révélation publique d’informations, généralement par la voie des médias, en passant par la saisine des organes de contrôle et de répression compétents pour punir ou faire cesser les comportements critiqués.

Après avoir élargi au maximum la focale, il faut tenter de la resserrer : il ne suffit pas en effet d’alerter pour être un « lanceur d’alerte ». À défaut de pouvoir énumérer *ab initio* les critères constitutifs de la notion, on peut, pour mieux en cerner les contours, tenter de la confronter avec des notions voisines.

D’abord, avec la désobéissance civile. Alerter, c’est briser la consigne du silence, rompre la solidarité de corps, faire acte d’insubordination et donc, dans une acception large du terme, désobéir⁶. Il est vrai que le « désobéissant », en refusant de se plier à une règle ou un commandement légal dont il conteste la légitimité, accepte de se mettre délibérément en infraction avec la loi, alors que la plupart des lanceurs d’alerte « labellisés » comme tels, et notamment ceux qui ont mis en garde contre les risques sanitaires ou environnementaux (l’amiante, le sang contaminé, le Médiateur...), n’ont enfreint aucune loi ; mieux encore, lorsqu’il dénonce des infractions ou divulgue des pratiques illégales, le lanceur d’alerte souhaite justement que force reste à la loi. Pourtant, il arrive au lanceur d’alerte, à force de ne pas être entendu, de recourir à des moyens illégaux et de passer ainsi du côté des « désobéissants ». C’est le cas de Philippe Pichon qui, pour donner du poids à son alerte sur les dysfonctionnements du STIC, s’est résolu à communiquer à des tiers les informations nominatives figurant dans ce traitement. Si le lanceur d’alerte ne peut pas être disqualifié comme tel pour la seule raison qu’il a violé la loi pour mieux se faire entendre, inversement désobéir à la loi ou aux ordres reçus d’une autorité *a priori* légitime, en prenant le risque d’être sanctionné, peut être une façon de tirer la sonnette d’alarme. On peut citer l’exemple des « refuzniks », ces soldats israéliens qui refusent en conscience de remplir leurs obligations militaires, s’exposant à des peines de prison que beaucoup vont effectivement purger : ce sont des *désobéissants* qui agissent par con-

³ Christine Noiville et Marie-Angèle Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d’alerte », EDP Sciences | Natures Sciences Sociétés 2006/3.

⁴ Francis Chateauraynaud, « Lanceur d’alerte », in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, consultable en ligne : <www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte>

⁵ Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010, Protection des “donneurs d’alerte” de l’Assemblée parlementaire du Conseil de l’Europe.

⁶ Voir Danièle Lochak, “L’alerte éthique entre dénonciation et désobéissance”, *AJDA*, 2014, p. 2236

viction morale, mais entendent aussi, par cet acte transgressif, donner plus de poids à leur dénonciation du comportement de l'armée israélienne dans les territoires palestiniens. De même, les faucheurs d'OGM considèrent leur action comme un acte de désobéissance civile : n'ayant pas obtenu satisfaction par d'autres voies, ils se mettent dans l'illégalité pour dénoncer des pratiques qu'ils jugent dangereuses pour la santé et l'environnement – une dénonciation qui s'inscrit très exactement dans le champ de l'alerte éthique.

Ce qui rapproche encore les désobéissants et les lanceurs d'alerte, c'est le risque qu'ils courent d'être sanctionnés : les premiers parce qu'ils enfreignent une règle de droit ; les seconds parce qu'ils s'exposent à des représailles. Ce qui les différencie, toutefois, c'est que les seconds revendiquent une protection contre ces représailles, alors que les premiers intègrent dans leur stratégie la perspective d'une sanction, même si leur objectif à long terme est d'obtenir un changement de la législation ou de la politique qu'ils dénoncent.

Dans le prolongement de cette distinction, on s'est demandé s'il convenait de distinguer le « futeur d'information » (*leaker*) du lanceur d'alerte (*whistleblower*) et, si oui, sur la base de quel critère. S'intéressant notamment aux cas d'Edgar Snowden et de Bradley Manning, qu'une opinion majoritaire, outre-Atlantique, considère comme des *leakers* plutôt que comme des *whistleblowers*, parce qu'ils ont délibérément violé les lois qui protègent les secrets, Jean-Philippe Foegle⁷ conteste, pour sa part, la pertinence du critère de la désobéissance aux lois pour fonder la distinction entre ces deux catégories et refuser toute protection à la première. Le fait que l'alerte soit formellement illégale ne préjuge pas, en effet, de sa légitimité au regard d'autres principes, y compris de valeur constitutionnelle. Il est plus juste, selon lui, de distinguer parmi les *leakers*, sur la base des motivations qui les animent, les « activistes de la transparence », d'un côté, les « défenseurs de l'intérêt public », de l'autre. L'objectif des premiers est d'imposer une transparence gouvernementale parfaite en rendant publiques des informations classifiées, alors que, pour les seconds, la violation d'un secret n'est pas un but en soi mais un moyen d'attirer l'attention sur l'existence d'un risque ou d'une illégalité pour qu'il y soit mis fin. Ce qui veut dire que les deux catégories se recoupent et qu'il y a, parmi les « futeurs », des lanceurs d'alerte.

Un autre élément paraît caractériser le lanceur d'alerte et qui justifie le qualificatif d'alerte « éthique » : c'est le fait que, tiraillé entre ce que lui dicte sa conscience, le souci qu'il a de la justice ou de la démocratie, d'un côté, l'obligation de respecter les lois, les règles de l'institution ou les ordres reçus, de l'autre, il décide de faire prévaloir les premières sur la seconde. L'alerte éthique suppose de faire un choix entre plusieurs loyautés en conflit.

On a posé la question de savoir si des associations, lorsqu'elles dévoilent et dénoncent des pratiques illégales ou attentatoires aux droits fondamentaux, pouvaient être considérées comme des lanceurs d'alerte. Le cas des associations de défense des étrangers a servi ici d'exemple⁸ car, compte tenu de ce que sont les pratiques administratives et policières dans ce domaine, ces associations sont, plus encore que d'autres, conduites à alerter sur les comportements gravement attentatoires aux droits des migrants, comme le refus illégal de prestations, l'enfermement de mineurs, le renvoi d'étrangers malades ou les contrôles d'identité discriminatoires. Pour autant, il ne semble pas que les associations, ou même leurs militants, puissent entrer dans la catégorie des « lanceurs d'alerte ». Elles sont en effet dans leur rôle lorsqu'elles pratiquent ces formes de dénonciation, ce qui veut dire deux choses : d'une part, qu'elles restent dans le cadre de leur mission en lançant des alertes, alors que le lanceur d'alerte, avant de franchir le pas, n'avait pas spécialement vocation à le devenir, c'est l'occasion qui l'a transformé en lanceur d'alerte ; d'autre part, qu'elles ne sont pas enfermées dans un conflit de devoirs – si toutefois on retient cette caractéristique assez commune aux lanceurs d'alerte labellisés comme telle comme un véritable « critère » de la catégorie – et ne courent pas le risque

⁷ Jean-Philippe Foegle, « Le lanceur d'alerte : activiste de la transparence ou défenseur de l'intérêt public ? ».

⁸ Nicolas Klausser, « Les associations de défense des étrangers, des lanceurs d'alerte ? »

d'être sanctionnées⁹. Quant aux militants qui témoignent en actes de leur solidarité avec les migrants sans-papiers, en prenant le risque d'être poursuivis pour aide au séjour irrégulier – le fameux « délit de solidarité » –, ils nous semblent appartenir plutôt à la catégorie des désobéissants que des lanceurs d'alerte au sens strict, même si leur désobéissance est une façon d'alerter tant sur l'injustice de la loi qui punit la solidarité que sur le sort fait aux migrants.

Pour des raisons assez proches, on est logiquement conduit à soustraire les journalistes de la catégorie des « lanceurs d'alerte », même s'il arrive qu'on labellise comme tels des journalistes d'investigation qui sont à l'origine de la révélation de certains scandales – on pense notamment à Anne-Marie Casteret qui a mis en lumière l'affaire du sang contaminé. Mais si le ou la journaliste peut être amené à divulguer des informations qui lui ont été communiquées par un tiers – lequel peut avoir, le cas échéant, la qualité de lanceur d'alerte – il n'est pas lui-même, *stricto sensu*, un lanceur d'alerte, puisque la diffusion de l'information fait partie de son métier.

On s'est même demandé, de façon apparemment paradoxale, si certaines autorités publiques pouvaient être considérées comme des lanceurs d'alerte¹⁰. S'il est vrai que des autorités administratives indépendantes jouent un rôle proche de celui des lanceurs d'alerte, par exemple lorsqu'on leur assigne pour mission de traquer différentes formes de conflits d'intérêt ou des manquements à la déontologie, il est évidemment difficile de les assimiler à des lanceurs d'alerte, puisqu'elles ne répondent guère aux critères, même flous, même interprétés de façon extensive, qui déterminent l'appartenance à cette catégorie. En revanche, cette confrontation « improbable » permet de mettre en lumière la propension des pouvoirs publics à encadrer le mécanisme de l'alerte, à l'enfermer dans un cadre institutionnel, à le soustraire à la société civile pour le réintégrer dans le giron de l'administration. Ce n'est pas l'effet d'un hasard si plusieurs AAI ont été créées dans la foulée de « scandales » : le scandale du projet de fichage à grande échelle – Safari – pour la CNIL, le scandale du médiateur pour l'Agence nationale de sécurité du médicament.

II - L'alerte à la recherche de son fondement

Par « fondement », on peut entendre les raisons qui poussent un individu à rompre le silence et à devenir un « lanceur d'alerte », la motivation que lui-même donne de son acte, mais aussi ce qui confère à l'alerte sa légitimité et justifie qu'on accorde une protection au lanceur d'alerte.

L'expression souvent utilisée d'« alerte éthique » peut laisser penser, au moins de façon subliminale, qu'elle est essentiellement dictée par des impératifs de conscience, par l'idée que le lanceur d'alerte se fait du bien ou de la justice. L'expression « alerte civique » ne serait-elle pas pourtant plus juste¹¹, dès lors que le lanceur d'alerte a aussi, et peut-être avant tout, le souci du respect de la légalité et de l'intérêt général, qu'il agit donc en tant que citoyen responsable ? Sans rejeter la proposition, on peut faire valoir, avec Max Weber, qu'il existe, à côté de l'éthique de conviction, une éthique de responsabilité, qu'elles ne sont pas antagoniques l'une de l'autre mais plus souvent complémentaires et amenées à se combiner dans une même action : de sorte que le qualificatif « éthique » peut s'appliquer quelle que soit la motivation première, pas toujours accessible aux tiers si tant est qu'elle le soit à ses propres yeux, du lanceur d'alerte.

⁹ Reste toutefois le cas des associations présentes dans les centres de rétention et ayant reçu pour mission, sur la base d'une convention passée avec l'État, d'apporter une assistance juridique aux étrangers : comme elles n'hésitent pas à utiliser pleinement ce qu'elles considèrent comme faisant aussi partie de leur mission, à savoir dénoncer les situations dont elles sont les témoins, on pourrait imaginer qu'elles suscitent une réaction de l'État, qui pourrait être tenté de remettre en cause la convention et le financement qui l'accompagne.

¹⁰ Jean-François Kerléo, « Les autorités publiques sont-elles des lanceurs d'alerte comme les autres ? »

¹¹ Ioannis Kampourakis, « Pour un fondement démocratique de l'alerte civique ».

Si l'on quitte le point de vue du lanceur d'alerte lui-même, la légitimité de son acte est le plus souvent recherchée soit du côté de son rapport avec les droits de l'Homme, soit du côté de son rapport à la démocratie.

A - Alerte et droits de l'Homme

Faut-il considérer l'alerte comme un droit ? Voire l'ériger en droit fondamental ? Ne faut-il pas plutôt y voir le simple corollaire d'un ou de plusieurs autres droits fondamentaux ? La question reste débattue. En revanche, un consensus semble exister sur son utilité au service de l'État de droit et des droits de l'Homme, qu'elle permet de rendre plus effectifs.

Pour étayer l'assertion selon laquelle l'alerte est un droit, on peut tenter de se fonder sur la formulation même des textes. Ainsi, la loi du 16 avril 2013 officialise un « droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement » et dispose que toute personne « *a le droit* de rendre publique ou de diffuser de bonne foi » des informations de nature à conjurer un risque grave pour la santé ou l'environnement. Mais les autres textes de droit interne qui visent à protéger le donneur d'alerte ne reconnaissent aucun « droit » à proprement parler : ils se bornent à interdire de sanctionner, de quelque façon que ce soit, donc *a posteriori*, le salarié ou le fonctionnaire qui aurait lancé une alerte en relatant ou témoignant de bonne foi soit de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts¹², soit de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions »¹³.

Au regard de ces textes, l'alerte apparaît donc comme une simple faculté, pas comme un droit expressément reconnu. Parfois, à l'inverse, elle semble bien constituer un devoir : ainsi, le code du travail prévoit qu'en cas de danger grave et imminent pour la santé ou la sécurité ou de risque grave pour la santé publique ou l'environnement¹⁴, le travailleur ou le représentant du personnel au CHSCT (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail) « alerte immédiatement l'employeur », l'indicatif suggérant une obligation.

Si on se tourne du côté du droit européen, aucune des résolutions ou recommandations de l'Assemblée parlementaire ou du Conseil des Ministres du Conseil de l'Europe ne formalise l'existence d'un *droit* d'alerter : elles se bornent à donner une définition du lanceur d'alerte et à inviter les États à édicter une législation protectrice. La Cour européenne des droits de l'Homme, quant à elle, s'est toujours située, lorsqu'elle a eu à connaître d'affaires mettant en cause des « lanceurs d'alerte » sur le terrain de l'article 10 c'est à dire de la liberté d'expression, dans ses deux volets : le droit à la diffusion de l'information et le droit d'être informé¹⁵.

Il paraît donc difficile de déduire des textes l'existence, dans le droit positif, d'un droit *autonome* d'alerter qui aurait une portée générale. Il paraît encore plus téméraire, et en tous cas très prématuré, d'y voir un droit fondamental, un droit de l'Homme à part entière.

On a proposé d'y voir un droit de l'Homme « par ricochet » ou « de deuxième degré »¹⁶ : un droit qui, d'un côté, s'inscrirait dans le prolongement d'autres droits et libertés tout en s'en autonomisant et qui, de l'autre, permettrait de venir au secours de libertés menacées ou de droits violés. La conceptualisation peut ne pas convaincre, mais le constat paraît juste.

¹² Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, art. 25.

¹³ Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, art. 35.

¹⁴ Art. L. 4131-1 et 2 et art. L. 4133-1 et 2 du code du travail.

¹⁵ Nous ne partageons donc pas, sur ce point, l'avis d'Eric Paillissé (« Le droit à l'information, préalable essentiel au droit à l'autodétermination en matière sanitaire et environnementale. Etude de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ») qui estime que « la figure du lanceur d'alerte relève, tant d'un point de vue formel que matériel, de la catégorie des droits de l'Homme », inférant de la résolution de 2010, d'un côté, de la jurisprudence de la Cour, de l'autre, sa consécration en droit positif.

¹⁶ Marion Larché, « Brèves réflexions sur la qualification de l'alerte éthique comme droits de l'Homme ».

En la personne du lanceur d’alerte, on protège une série de droits fondamentaux : la liberté de conscience, dans des cas extrêmes la résistance à l’oppression, mais en tout état de cause la liberté d’expression et le droit symétrique qu’est le droit à l’information. S’il y a un droit d’alerter, c’est parce qu’il y a un droit d’informer, et s’il importe de protéger le lanceur d’alerte, c’est parce que l’exercice de ce droit par son titulaire immédiat permet de rendre effectif le droit à l’information dont sont potentiellement titulaires tous les membres de la société. C’est ce qui justifie, aux yeux de la Cour européenne des droits de l’Homme, le cadre juridique protecteur qu’elle a tissé autour des lanceurs d’alerte, à la mesure de l’enjeu que représente la diffusion de l’information sur des sujets d’intérêt général. Ainsi, un agent public affecté au parquet général était fondé, face à l’inaction prolongée de sa hiérarchie, à divulguer par la voie de la presse des documents qui révélaient l’ingérence d’une personnalité politique de haut rang dans une procédure pénale pendante, dès lors que cette divulgation, faite de bonne foi, servait l’intérêt général¹⁷. De même, une infirmière en gériatrie a pu à juste titre engager une action pénale contre l’établissement où elle travaillait pour dénoncer des carences dans la prise en charge de personnes âgées dès lors que les informations divulguées présentaient indéniablement un intérêt public qui l’emportait sur la protection de la réputation et des intérêts de la société qui l’employait¹⁸. Ou encore, un militaire a pu légitimement dénoncer par voie de presse des écoutes d’hommes politiques, de journalistes et d’hommes d’affaires réalisées illégalement par le service de renseignement pour lequel il travaillait¹⁹.

Les exemples cités montrent que l’alerte, si elle se rattache à la liberté d’expression, a pour objectif non seulement de divulguer mais aussi de faire cesser des comportements illégaux et portant de graves atteintes aux droits de l’Homme. D’où l’idée que ce droit est un instrument qui permet de rendre effectifs les droits de l’Homme et de faire respecter les impératifs de l’État de droit. Telle est désormais la thèse couramment défendue et systématiquement mise en avant, au niveau du Conseil de l’Europe notamment, pour justifier la mise en place de législations protectrices du lanceur d’alerte : celui-ci parce qu’il est susceptible de dénoncer des violations graves des droits de l’Homme affectant ou menaçant la vie, la santé, la liberté, participe de l’effectivité des droits de l’Homme, et la simple menace d’une révélation est de nature à freiner les atteintes à ces droits²⁰. Les lanceurs d’alerte seraient donc en quelque sorte assimilables aux défenseurs des droits de l’Homme, bien que telle ne soit pas au départ leur vocation et que leur action résulte souvent du hasard d’une découverte.

Ce qui vaut pour l’Europe vaut *a fortiori* pour les pays en transition démocratique, comme l’a rappelé Souheil Kaddour²¹. L’exemple de la Tunisie montre bien à quel point il est capital de disposer de mécanismes permettant de révéler les atteintes aux droits de l’homme, les cas de torture, de dénoncer l’impunité, de lutter contre la corruption, le favoritisme, l’arbitraire. Mais les lanceurs d’alerte, qui auraient pu être les « sentinelles » de la transition démocratique, ne bénéficient pas de la protection nécessaire pour jouer ce rôle.

B - Alerte et démocratie

Les lanceurs d’alerte ne contribuent pas seulement à l’effectivité des droits de l’homme mais aussi au renforcement de la démocratie. Dans sa recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d’alerte, le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe, après avoir rappelé que « la liberté d’expression et le droit de rechercher et de recevoir des informations sont indispensables au fonctionnement d’une véritable démocratie », ajoute que « les per-

¹⁷ CourEDH, 12 février 2008, *Guja c/ Molova*, n° 14277/04

¹⁸ CourEDH, 21 juillet 2010, *Heinisch c/ Allemagne*, n° 28174/08

¹⁹ CourEDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c/ Roumanie*, n° 40238/02

²⁰ Voir par exemple : 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.

²¹ Souheil Kaddour, “Les lanceurs d’alerte dans les pays en transition démocratique : enseignements tirés de l’expérience tunisienne”.

sonnes qui font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général (« lanceurs d'alerte ») peuvent contribuer à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique ».

La Cour fait elle aussi, implicitement, le lien entre démocratie et lancement d'alerte lorsqu'elle justifie la divulgation d'une information gardée secrète par le fait que l'information présente un intérêt public²². Dans l'affaire *Bucur et Toma c/ Roumanie*, par exemple, elle relève que les informations divulguées avaient un rapport avec des abus commis par des fonctionnaires de haut rang et avec les fondements démocratiques de l'État. Il s'agissait donc là de questions importantes relevant du débat politique dans une société démocratique, dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée.

En mettant sur la place publique des informations qui auraient eu sinon toutes les chances de rester secrètes, l'alerte permet, fait-on valoir, d'éclairer les citoyens sur des questions généralement occultées. Ils sont de ce fait mieux en mesure de participer aux débats d'intérêt public²³. L'alerte favoriserait en somme la discussion rationnelle chère à Habermas, puisque le principe de discussion implique que les participants aient l'information nécessaire pour parvenir à une conclusion valable. Cette vision de l'alerte comme instrument de contrôle sur l'action des détenteurs du pouvoir s'inscrit assez bien dans la perspective l'idée d'une démocratie participative que beaucoup appellent de leurs vœux et qui a besoin, pour fonctionner, de citoyens informés.

On insiste encore, dans une perspective analogue, sur le lien intrinsèque entre alerte, transparence et démocratie²⁴. La transparence conditionne la possibilité d'un contrôle des autorités publiques par les citoyens qui sont en droit d'exiger des comptes²⁵ ; elle restaure leur confiance dans les institutions et accroît par conséquent la légitimité de celles-ci. Rappelons toutefois que le lanceur d'alerte n'est pas forcément un militant de la transparence pour la transparence, qu'à cet égard il se distingue du « fuitéur », et que pour lui la levée du secret n'est pas une fin en soi mais un moyen au service d'une autre fin d'intérêt général²⁶.

La transparence, au demeurant, ne peut ni ne doit jamais être totale, y compris dans une démocratie à laquelle il revient plutôt de faire coexister deux exigences en tension : le secret et la transparence²⁷. Car même s'il faut combattre la tendance du pouvoir – pouvoir politique ou pouvoir économique – à invoquer de façon extensive et contestable le caractère absolu du « secret défense » ou du « secret des affaires », pour prendre deux exemples emblématiques, on ne saurait pour autant nier la nécessité de préserver certains secrets pour protéger des intérêts légitimes, qu'ils soient collectifs, comme la sécurité de la Nation, ou individuels, comme la préservation de la vie privée.

III - Protéger le lanceur d'alerte

Si l'alerte est précieuse pour la préservation de l'État de droit et si elle est un instrument d'approfondissement de la démocratie, les lanceurs d'alerte ne doivent pas être découragés par la crainte de représailles, quelle que soit la forme que celles-ci peuvent revêtir : poursuites pénales pour diffamation ou violation de certains secrets d'État, licenciement abusif, harcèlement ou tout autre traitement discriminatoire, sanctions...

²² CourEDH, 12 février 2008, *Guja c/ Molova*, n° 14277/04 et 21 juillet 2010, *Heinisch c/ Allemagne*, n° 28174/08.

²³ Ionnis Kampourakis, « Pour un fondement démocratique de l'alerte éthique ».

²⁴ Jennifer Marchand « Le droit de l'alerte, entre transparence et secret ».

²⁵ L'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen rappelle que « La société a droit de demander compte à tout agent public de son administration ». concepts d'*accountability* et d'*answerability* (Jennifer Marchand) : obligation de rendre des compte et de s'expliquer.

²⁶ Jean-Philippe Foegle, «Le lanceur d'alerte : activiste de la transparence ou défenseur de l'intérêt public ? ».

²⁷ Christian Vigouroux, « La protection des lanceurs d'alerte en droit public interne »

D'où la mobilisation, tant au niveau des États qu'au niveau international, pour imaginer et mettre en place les instruments juridiques susceptibles de leur apporter une protection contre ces représailles.

A - D'une protection nationale à une protection internationale

La protection du lanceur d'alerte doit être garantie d'abord par les législations nationales mais la nécessité d'une internationalisation de la protection est aujourd'hui évoquée de plusieurs côtés.

On évalue à une soixantaine le nombre de pays qui se sont dotés de législations protectrices. On en compte une soixantaine aujourd'hui. On cite toujours la Suède comme ayant été pionnière en la matière puisque les lanceurs d'alerte y sont protégés par une loi de 1766 sur la liberté de la presse qui garantit le droit d'accès à l'information, y compris aux documents officiels, et la liberté de parole. Les États-Unis ont adopté le *Whistleblower Protection Act* en 1989, puis l'ont renforcé en 2007, le Royaume-Uni le *Public Interest Disclosure Act* (PIDA) en 1998, amendé à plusieurs reprises par la suite. Parmi les pays non européens on peut citer, de façon non exhaustive, l'exemple de l'Afrique du Sud (*Protected Disclosures Act*, 2000), du Japon (*Whistleblower Protection Law*, 2004), du Canada (Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles et du processus de divulgation ou *Public servants disclosure Act*, 2005), d'Israël (*Protection of Workers (Disclosure of Offenses and Harm to Integrity or to Proper Administration) Law*, 2008), de la Corée du Sud (*Protection of Public Interest Whistleblower Act*, 2011) ou encore de l'Inde (*Whistle Blowers Protection Act*, 2014).

En Europe, la Roumanie (Loi relative à la protection des agents des autorités publiques, des institutions publiques et d'autres entités qui signalent des transgressions de la loi, 2004), la Slovénie (Loi sur l'intégrité et la prévention de la corruption, 2010), le Luxembourg (Loi renforçant les moyens de lutte contre la corruption, 2011), l'Italie (Loi anti-corruption, 2012), la Belgique (Loi relative à la dénonciation d'une atteinte suspectée à l'intégrité au sein d'une autorité administrative fédérale par un membre de son personnel, 2013), la Hongrie (2013), l'Irlande (*Protected Disclosures Bill*, 2014), la Slovaquie (*Act on Measures relating to the Reporting of Anti-social Activities*, 2014), la Serbie (*Law on the Protection of Whistleblowers*, 2014) ont adopté des lois protégeant les lanceurs d'alerte. Il peut y avoir aussi des dispositions législatives éparses, anciennes ou récentes, qui protègent les lanceurs d'alerte, comme aux Pays-Bas ou en Autriche, où elles figurent dans les textes sur la fonction publique.

En France, on le sait, la protection des lanceurs d'alerte résulte de l'accumulation de dispositions, issues de lois successives, dont certaines ont été introduites dans le code du travail et le statut des fonctionnaires : la loi de 2007 relative à la lutte contre la corruption, la loi de 2011 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé, et surtout les trois lois de 2013 relatives respectivement à la transparence de la vie publique, à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte.

Mais ces législations sont très disparates, elles sont souvent fragmentaires, soit qu'elles ne couvrent que certaines catégories de personnes (les agents du secteur public ou les salariés du secteur privé), soit qu'elles ne visent la divulgation que de certains types d'informations. La protection qu'elles apportent, enfin, est très inégale²⁸. Pour apprécier l'effectivité de cette protection, on ne peut pas, du reste, se fier exclusivement à la lettre des textes, il faut prendre en considération la façon dont ils sont appliqués. Le cas de la Roumanie est caractéristique à cet égard : la législation est considérée comme particulièrement complète et perfectionnée,

²⁸ Selon le bilan établi par Nicole-Marie Meyer, sur la soixantaine de pays qui ont adopté une législation de l'alerte, neuf ont une loi globale couvrant les secteurs public et privé et tous les champs de l'activité humaine (le Royaume-Uni, l'Afrique du Sud, la Nouvelle Zélande, le Japon, le Canada, le Ghana, la Hongrie, la Corée, l'Irlande).

mais l'importance de la corruption la prive d'efficacité réelle. Même la législation suédoise ou la législation britannique, souvent mises en exergue, comportent des faiblesses²⁹ ; quant à la législation des États Unis, elle protège mal les salariés des entreprises privées³⁰.

Dans ce contexte, on comprend l'intérêt d'une internationalisation de la protection des lanceurs d'alerte : l'existence d'un statut international du lanceur d'alerte favoriserait l'harmonisation des législations nationales pour les rapprocher de standards communs et permet d'élever le niveau de cette protection en remédiant aux insuffisances des législations nationales.

Les instruments internationaux généraux relatifs aux droits de l'homme constituent une première source de droit mobilisable pour protéger les lanceurs d'alerte. On pense, bien évidemment, aux dispositions relatives à la liberté d'expression, garantie par toutes les conventions internationales, universelles ou régionales, et sur lesquelles la Cour européenne des droits de l'Homme s'est appuyée pour fonder ses décisions en faveur des lanceurs d'alerte. On peut penser aussi à la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'Homme de 1998.

Mais l'idée est surtout de mettre en place des instruments spécifiques. Un argument supplémentaire qui plaide en ce sens est que la portée des comportements transgressifs ou nocifs, comme la corruption, dépassent les frontières nationales : l'internationalisation de la protection apparaît à cet égard comme une réponse à la globalisation des risques auxquels le *whistleblowing* peut apporter une parade³¹. Les législations nationales sont en outre, par hypothèse, impuissantes à protéger les agents des organisations internationales ; or l'expérience a montré l'insuffisance des mécanismes de protection internes à l'ONU³², d'où l'intérêt de pouvoir s'appuyer sur des instruments internationaux de portée générale.

Si l'on met à part la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement de 1982 qui protège indirectement le lanceur d'alerte³³, la prise de conscience, au niveau international, de la nécessité de protéger les *whistleblowers* est étroitement liée au départ à la lutte contre la corruption, notamment dans les transactions financières internationales. Ceci explique le nombre important d'instruments internationaux, y compris contraignants, adoptés dans ce domaine et qui ont conduit plusieurs États à adopter des législations anti-corruption en y introduisant des dispositions protectrices pour les lanceurs d'alerte. La Convention des Nations unies contre la corruption de 2003 contient un article 13-1 qui prévoit notamment que les États prennent les mesures appropriées pour « respecter, promouvoir et protéger la liberté de rechercher, de

²⁹ Akila Taleb-Karlsson, "Whistle-blowing and Human Rights. European standards and domestic legislations: the scope of legal protections for whistleblowers in UK, France and Sweden".

³⁰ Seuls sont explicitement protégés les salariés des sociétés cotées en bourse ou de leurs contractants, tandis que les autres se heurtent à une exigence de loyauté fortement affirmée vis-à-vis de l'entreprise. Sur ce dernier point, voir Pauline Abadie, « Le salarié lanceur d'alerte en France et aux Etats-Unis : Pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté »

³¹ Marion Beulay, « Lanceur d'alerte : la nécessité de l'établissement d'un statut en droit international ? »

³² Une circulaire du Secrétaire général prévoit la "Protection des personnes qui signalent des manquements et qui collaborent à des audits ou à des enquêtes dûment autorisés" (ST/SGB/2005/21) et il existe au sein de l'ONU un Bureau de la déontologie chargé de protéger les agents qui dénoncent les abus contre les représailles. Mais son inefficacité a été mise en lumière à l'occasion de plusieurs affaires (voir par exemple : Staff Paper : Whistleblower protection in the United Nations, SMC-III, 17 juin 2014). Si l'affaire concernant Kathryn Bolkovac, membre de la force de police internationale des Nations unies en Bosnie, qui a révélé un vaste trafic de prostituées auquel ses collègues participaient, est de loin antérieure à la mise en place de ce dispositif, il n'en va pas de même de celles concernant Caroline Hunt-Matthes ou James Wasserstrom. La première a subi différentes sortes de représailles après avoir révélé en 2004 un cas de viol au sein du HCR au Sri-Lanka et il lui a fallu neuf ans de procédure pour être réhabilitée et indemnisée par le tribunal administratif des Nations unies. Le second a été poursuivi pénalement et limogé après avoir révélé des faits de corruption au sein de la Minuk, en 2007 et n'a obtenu qu'en 2012 une indemnisation pour le traitement "dégradant et humiliant" qu'il avait subi.

³³ L'article 5-c stipule que ne constitue pas un motif valable de licenciement le fait d'avoir déposé une plainte, participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités compétentes.

recevoir, de publier et de diffuser des informations concernant la corruption » et un article 33 spécialement consacré à la protection des personnes qui signalent aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, des faits de corruption. L'article 9 de la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe de 1999 oblige les États parties à prévoir dans leur droit interne une « protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables ».

Si la Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption des agents publics étrangers dans les transactions internationales ne contient pas de disposition directement protectrice, c'est sous l'égide de l'OCDE qu'ont été élaborés plusieurs Guides de bonnes pratiques qui mentionnent explicitement la protection des lanceurs d'alerte. À titre d'exemple, le « Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité » adopté en 2010 préconise l'adoption par les entreprises de mesures efficaces pour protéger les directeurs, cadres et employés « voulant signaler de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables des manquements à la loi, à la déontologie ou aux normes professionnelles se produisant au sein de l'entreprise »³⁴. Le G20, lui aussi, dans le cadre de son investissement dans la lutte contre la corruption, depuis la crise financière de 2008, s'est intéressé à la protection des *whistleblowers*³⁵.

C'est encore sous le couvert de la lutte contre la corruption qu'a été posée la question des lanceurs d'alerte au sein de l'Union européenne. Dans sa Communication sur la lutte contre la corruption de 2011, la Commission rappelle que « la protection effective des dénonciateurs [*whistleblowers* dans la version anglaise] contre les représailles est un aspect central des politiques anticorruption »³⁶. Dans sa Résolution sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux de 2013³⁷, le Parlement européen évoque lui aussi la nécessaire mise en place d'un « programme européen efficace et complet pour protéger, dans le secteur privé comme dans le secteur public, ceux qui détectent des erreurs de gestion et des irrégularités et qui dénoncent des cas de corruption nationaux ou transfrontaliers liés à des intérêts financiers de l'Union » et invite les États membres à « assurer une protection adéquate et efficace aux dénonciateurs ».

Le renforcement de l'encadrement juridique paraît inéluctable³⁸. D'abord, les dénonciations peuvent concerner des pratiques dont l'Union elle-même serait victime³⁹ ; les alertes peuvent aussi émaner de ses propres agents qui dénonceraient des pratiques contraires au droit ou à la déontologie au sein même de l'Union. Ensuite, la mise en place d'un corps de règles harmonisées paraît d'autant plus impérieuse que les entreprises dont les pratiques sont pointées par les lanceurs d'alerte opèrent souvent sur l'ensemble du territoire de l'Union et non dans un seul pays.

Le fondement de la compétence de l'Union pour proposer un cadre général de protection des lanceurs d'alerte n'est toutefois pas évident. Pourrait-on faire valoir que l'absence de protection des lanceurs d'alerte est susceptible de constituer une entrave au bon fonctionnement

³⁴ On peut citer aussi les « Lignes directrices pour la gestion des conflits d'intérêts dans les services publics » (2003) ou encore un texte rédigé dans le cadre de l'initiative dite « CleanGovBiz » : « *Whistleblower protection : encouraging reporting* » [La boîte à outils pour l'intégrité] (2012).

³⁵ « G20 Compendium of Best Practices for Legislation and Guiding Principles for Legislation on the Protection of Whistleblowers », 2011.

³⁶ Communication de la Commission sur la lutte contre la corruption dans l'Union européenne (COM(2011) 308 final), point 4.1.3.

³⁷ Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final) (2013/2107(INI)).

³⁸ Tania Racho, « La nécessité d'un encadrement juridique des lanceurs d'alerte par l'Union européenne ».

³⁹ Edward Snowden a ainsi dévoilé que la National Security Agency espionnait les bureaux de l'Union dont elle avait réussi à pénétrer les réseaux informatiques.

du marché intérieur ? Ou invoquer l'objectif de protection des droits fondamentaux dévolu à l'Union ? Une telle base paraît toutefois fragile au regard du principe de subsidiarité. Des fondements sectoriels seraient moins hasardeux, au prix toutefois d'un éparpillement de la protection et donc d'une perte d'efficacité : il s'agirait par exemple de greffer la protection des lanceurs d'alerte sur les dispositions existantes en matière de protection de la santé publique ou d'obligation de dénoncer la non conformité des produits industriels, comme la Commission l'a d'ailleurs déjà suggéré.

En attendant une hypothétique convention universelle, c'est au niveau du Conseil de l'Europe que les chances paraissent les plus grandes de voir adopter des instruments protégeant non plus seulement certains types de signalement, comme les faits de corruption, mais l'ensemble des signalements d'intérêt général. Plusieurs études ont été rédigées et plusieurs textes adoptés au sein de cette enceinte, reflétant l'importance accordée à la question. L'assemblée parlementaire, dans sa Recommandation 1916 (2010) du 29 avril 2010 qui se réfère à sa Résolution 1729 (2010) sur la protection des donneurs d'alerte, a recommandé au Conseil des Ministres d'élaborer un ensemble de lignes directrices sur la base des principes formulés dans la Résolution et d'envisager l'élaboration d'une convention-cadre sur la protection des donneurs d'alerte. La Recommandation CM/Rec(2014)7 du Conseil des ministres⁴⁰ pourrait « constituer l'ébauche d'un statut du "lanceur d'alerte" au niveau européen ou, à tout le moins, d'un standard de "bonnes pratiques" en matière de protection des lanceurs d'alerte »⁴¹.

B - Quels instruments juridiques mettre en place ?

La protection des lanceurs d'alerte peut d'abord passer par les instruments classiques qui garantissent la liberté d'expression. Dans les affaires dont elle a eu à connaître, la Cour européenne des droits de l'Homme, comme on l'a rappelé plus haut, a fondé la protection du lanceur d'alerte sur l'article 10 de la Convention qui garantit « la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ». Ce fondement est suffisamment large pour permettre de protéger non seulement le lanceur d'alerte au sens strict, comme l'ont montré les affaires célèbres tranchées par la Cour : *Guja c/ Moldavie*, *Heinisch c/ Allemagne*, *Bucur et Toma c/ Roumanie*, mais aussi « toute personne soucieuse [*concerned*] qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui », pour reprendre les termes de la Résolution 1729 (2010), 29 avril 2010.

Les dispositions ayant pour objet spécifique la protection des lanceurs d'alerte se réfèrent en revanche plus souvent à la conception étroite de l'alerte dite « professionnelle », qui intervient dans le contexte d'une relation de travail. Elles visent à protéger les salariés d'une entreprise ou les agents d'une administration contre les mesures de rétorsion qui pourraient être prises à leur encontre. C'est typiquement le cas des lois adoptées en France entre 2007 et 2013 qui toutes contiennent des dispositions rédigées sur un même modèle. La loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a inséré dans le code de la santé publique un article L. 5312-4-2 qui dispose qu'aucune personne « ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée, licenciée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte » pour avoir divulgué « des faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits dont [...] dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions » et qui ajoute que tout acte contraire – et donc, notamment, toute rupture du contrat de travail – qui en résulterait est nul de plein droit. Le texte prévoit également que le lanceur d'alerte qui estime faire l'objet de représailles bénéficie de l'allègement

⁴⁰ Recommandation du Conseil des ministres aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte (CM/Rec(2014)7)

⁴¹ Jean-Philippe 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 : <http://revdh.revues.org/1073>]

de la charge de la preuve, sur le modèle de la protection instaurée en cas d'allégation de discrimination⁴². L'article 25 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique contient une disposition analogue qui protège la personne ayant relaté des faits relatifs à une situation de conflit d'intérêt. La loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption et la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière ont introduit ces mêmes dispositions protectrices, rédigées dans des termes strictement identiques ou similaires à ceux que l'on vient de citer, dans le code du travail et dans le statut de la fonction publique⁴³.

Indépendamment des dispositions législatives dont le respect est assuré en dernière instance, mais *a posteriori*, par un juge, la possibilité d'en référer à une autorité indépendante chargée de recueillir et de traiter l'ensemble des alertes est une solution préconisée de longue date par Transparency international. Plusieurs pays ont mis en place des autorités spécifiquement dédiées au traitement de l'alerte, avec toutefois un champ de compétence généralement limité à un secteur précis. On peut citer le *Whistleblower Office* rattaché à l'*Internal Revenue Service* aux États Unis, qui vise toutefois moins à protéger les lanceurs d'alerte qu'à améliorer les rentrées fiscales, un Commissaire à l'intégrité du secteur public au Canada, l'*Advice Centre's supervisory Whistleblower Advice and Referral Commission* aux Pays-Bas. En France, la loi du 16 avril 2013 a institué une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement, chargée de veiller aux règles déontologiques applicables à l'expertise scientifique et technique : il lui revient notamment de définir les critères qui fondent la recevabilité d'une alerte dans son domaine de compétence et de transmettre les alertes dont elle est saisie aux ministres concernés, qui doivent l'informer de la suite qu'ils réservent aux alertes transmises. La Résolution 1729 (2010) du Conseil de l'Europe suggère aussi que « la mise en œuvre et l'impact de la législation pertinente en matière de protection effective des donneurs d'alerte [fassent] l'objet d'un suivi et [soient] évalués à intervalles réguliers par des organismes indépendants ».

Un certain nombre d'affaires concernant des personnes auxquelles on accole plus volontiers l'étiquette de *leaker* que celle de *whistleblower*, comme Bradley Manning, Julian Assange ou Edward Snowden, ont amené à s'interroger sur la possibilité d'accorder aux lanceurs d'alerte une protection au titre de l'asile⁴⁴. Deux d'entre eux bénéficient à ce jour d'un asile de fait, purement gracieux et précaire⁴⁵. Au-delà, est-il envisageable de reconnaître aux lanceurs d'alerte un véritable droit de bénéficier de l'asile en qualité de réfugié ? On pourrait envisager de reconnaître un droit à l'asile au titre de leur action en faveur de la liberté, sur le fondement du Préambule de 1946. Sur le fondement de la Convention de Genève, on pourrait invoquer la crainte de persécution résultant du risque de condamnation par la justice américaine à des peines particulièrement lourdes⁴⁶. Si, en principe, le risque de sanction lié à l'application de la loi pénale n'entre pas dans les prévisions de la Convention de Genève, il est admis que la loi pénale puisse, dans son application, être source de persécutions lorsqu'elle conduit à infliger une peine d'une sévérité disproportionnée. Dans la mesure, toute-

⁴² En cas de litige relatif à l'application de ces dispositions, « dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »

⁴³ Art. L. 1161-1 pour la première et art. L. 1132-3-3 du code du travail et art. 6 *ter* A nouveau de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires pour la seconde.

⁴⁴ Catherine Teitgen-Colly, « Un droit d'asile des lanceurs d'alerte ? »

⁴⁵ Snowden a trouvé refuge en Russie où il s'est vu accorder un droit de résidence ; Assange a obtenu l'asile diplomatique à l'ambassade d'Equateur à Londres.

⁴⁶ Bradley (Chelsea) Manning a été condamné à 35 ans de réclusion criminelle par les tribunaux américains comme informateur de Wikileaks ; Snowden est inculpé sous les chefs d'accusation d'espionnage, vol et utilisation illégale de biens gouvernementaux ; Julian Assange est passible de poursuites devant les tribunaux militaires pour « collaboration avec l'ennemi ».

fois, où plupart des États répriment sévèrement les infractions du type de celles qui sont ici reprochées, à savoir la violation de secrets particulièrement protégés, le caractère disproportionné des sanctions serait sans doute difficile à établir. On doit en revanche s'interroger sur le principe même de ces sanctions, dans la mesure où la violation du secret obéit ici à un objectif éminemment légitime, à savoir la révélation de violations graves des droits de l'Homme et donc d'obligations internationalement souscrites par les États. Mais le poids des considérations diplomatiques pèse ici très lourd, comme en témoigne le refus quasi-unanime des gouvernements d'accueillir sur leur territoire les personnes poursuivies, même au titre d'un asile de fait et malgré le soutien qu'elles ont obtenu de la part d'ONG et de larges secteurs de la société civile.

La question a également été posée de la protection que le droit international pénal peut apporter aux lanceurs d'alerte, à travers le cas des soldats israéliens qui participent au mouvement « *Breaking the silence* »⁴⁷. Ce mouvement recueille leurs témoignages sur les agissements de l'armée israélienne dans les territoires palestiniens occupés et à Gaza. Si les responsables de ces agissements, susceptibles d'être qualifiés de crimes de guerre, devaient un jour être déférés devant la Cour pénale internationale (CPI), les soldats qui témoigneraient devant la Cour pourraient-ils échapper à des poursuites alors qu'ils ont eux-mêmes participé aux agissements criminels qu'ils dénoncent ? Le statut de la CPI prévoit certes, dans son article 55, le droit de ne pas s'auto-incriminer, mais ce droit est conçu comme une faculté de ne pas témoigner contre soi-même et de ne pas s'avouer coupable, et finalement de garder le silence. Or, c'est précisément ce que refusent les membres du mouvement en question. En revanche la règle 74 du règlement de procédure et de preuve de la Cour donne à celle-ci la possibilité de décider en opportunité, en fonction notamment de l'importance des éléments de preuve attendus du témoignage, de donner au témoin la garantie que sa déposition ne sera pas utilisée contre lui pour des poursuites ultérieures.

C - Jusqu'où protéger ?

Jusqu'à quel point convient-il de protéger le lanceur d'alerte, quelles sont les bornes au-delà desquelles il n'aura plus droit à une protection ?

Une première limite tient à ce que les textes, dans un certain nombre de cas, encadrent le droit d'alerter en même temps qu'ils le protègent, en précisant **à qui l'alerte doit être adressée**. L'article 25 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, par exemple, dispose que la personne ne doit pas être sanctionnée si elle a relaté ou témoigné de faits relatifs à une situation de conflit d'intérêts « à son employeur, à l'autorité chargée de la déontologie au sein de l'organisme, à une association de lutte contre la corruption agréée [...] ou aux autorités judiciaires ou administratives ». On en déduit que la divulgation à la presse ou à l'opinion publique n'entre pas dans le champ de la protection.

La résolution 1729(2010) du Conseil de l'Europe suggère pourtant que, « lorsqu'il n'existe pas de voies internes pour donner l'alerte ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement, voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le "donneur d'alerte", il conviendrait [...] de protéger celui qui utilise des voies externes, y compris les médias ». La recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres n'exclut *a priori* aucune modalité : elle évoque en effet le signalement interne au sein d'une organisation ou d'une entreprise, le signalement aux organes réglementaires publics, aux autorités de répression et aux organes de contrôle, mais aussi « la révélation publique d'informations, par exemple à un journaliste ou à un parlementaire ». Elle ajoute, il est vrai, que « le fait que le lanceur d'alerte ait révélé des informations au public sans avoir eu recours au système de signalement interne mis en place par l'employeur peut être pris en considération lorsqu'il s'agit [...] de décider du niveau de protection à accor-

⁴⁷ Rebecca Mignot-Mahdavi, « Entre alerter et ne pas risquer de s'auto-incriminer, leur cœur balance ».

der au lanceur d'alerte », ce qui laisse entendre que cette voie-là ne devait en principe intervenir qu'en dernière instance. Mais elle ne l'exclut pas pour autant.

Si l'on s'interroge sur les limites résultant non plus des modalités de la divulgation mais du contenu des informations divulguées, un premier élément de réponse se déduit de l'article 10-2 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui énumère, parmi les motifs légitimes justifiant des restrictions à la liberté d'expression, la protection de la réputation ou des droits d'autrui et la nécessité de faire échec à la divulgation d'informations confidentielles. Ceci pose la question du secret et celle de la bonne foi.

La **question du secret** est évidemment cruciale puisque l'alerte vise par hypothèse à divulguer une information que certains voudraient tenir secrète. Or s'il est légitime de vouloir protéger certains secrets, une conception trop extensive du secret aboutirait à nier la possibilité même de l'alerte.

Considérer certains secrets comme absolus, c'est considérer qu'ils sont antinomiques avec tout droit d'alerte, que leur divulgation restera, quelles qu'en soient les motivations, une « fuite » illégitime et condamnable. C'est sur ce fondement, comme on l'a rappelé plus haut, que certains proposent d'opposer « *leakers* » et « *whistleblowers* »⁴⁸.

Relevons que la recommandation du Conseil de l'Europe, si elle reconnaît que « les informations relatives à la sécurité nationale, à la défense, au renseignement, à l'ordre public ou aux relations internationales de l'État peuvent faire l'objet d'un régime particulier ou de règles, prévoyant notamment des droits et obligations modifiés », n'exclut pas pour autant ces informations du champ de l'alerte.

Le droit d'alerte ne saurait par ailleurs autoriser la violation du secret professionnel en dehors des cas où la loi elle-même le permet ou y oblige. Ainsi, l'article 226-13 du code pénal français punit d'un an de prison et 15 000 euros d'amende « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». L'article 226-14 en excepte « les cas où la loi impose ou autorise la violation d'un secret⁴⁹ » ; et il délègue spécifiquement du secret professionnel la personne qui signale aux autorités compétentes des faits de maltraitance sur mineur ou personne vulnérable ou le médecin qui dénonce au parquet les sévices à caractère sexuel qu'il a constatés.

Le secret professionnel, la discrétion professionnelle ou la simple obligation de réserve font certes partie des obligations déontologiques du fonctionnaire. Mais il arrive qu'elles soient invoquées de façon extensive et contestable par l'administration pour justifier les sanctions qu'elle inflige à ses agents pour avoir révélé au grand jour des comportements condamnables de l'administration à laquelle ils appartiennent⁵⁰.

Le lanceur d'alerte ne saurait proférer des **accusations diffamatoires** portant atteinte à la réputation d'autrui et qui s'apparenteraient à une dénonciation calomnieuse. Cette condition est parfois posée expressément dans les textes. Ainsi, la loi du 16 avril 2013 qui consacre le droit d'alerte en matière de santé publique et d'environnement prévoit que l'information ren-

⁴⁸ Jean-Philippe Foegle, « Le lanceur d'alerte : activiste de la transparence ou défenseur de l'intérêt public ? ».

⁴⁹ À titre d'exemple, les assistants de service social, tenus au secret professionnel par l'article L. 411-3 du Code de l'action sociale et des familles, sont néanmoins autorisés par le même article à communiquer à l'autorité judiciaire ou aux services administratifs chargés de la protection de l'enfance des « indications concernant des mineurs dont la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation sont compromises ».

⁵⁰ L'affaire Sihem Souid, cette fonctionnaire de police sanctionnée pour manquement à l'obligation de réserve fournit une parfaite illustration de ce cas de figure. Après avoir signalé en vain les comportements racistes, sexistes et homophobes de ses collègues de la police aux frontières à ses supérieurs hiérarchiques, elle les avait dénoncés publiquement dans un ouvrage intitulé *Omerta dans la police*. La sanction a été confirmée par le tribunal administratif de Paris au motif que son livre avait profondément dégradé l'image de l'administration auprès de l'opinion publique (TA Paris, 13 juillet 2011).

due publique « doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse ». La loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique rappelle elle aussi que la personne qui témoigne « de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés » se rend coupable de dénonciation calomnieuse punie par l'article 226-10 du code pénal de cinq ans de prison et 45 000 euros d'amende.

Lorsqu'il s'agit de concilier le droit d'alerter avec la protection des tiers contre les assertions diffamatoires ou calomnieuses, la notion de **bonne foi** apparaît centrale⁵¹ : le lanceur d'alerte n'a droit à une protection que s'il a agi de bonne foi, comme le rappellent l'ensemble des lois adoptées en France⁵². La condition figure aussi dans plusieurs législations étrangères et elle est rappelée dans la résolution 1729(2010) du Conseil de l'Europe qui précise que « la définition des révélations protégées doit inclure tous les avertissements de bonne foi ».

La question est alors de savoir comment on établit la bonne foi. La résolution de 2010 pose le principe selon lequel la bonne foi doit être présumée : « Tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraire à l'éthique ». La recommandation de 2014 précise, dans le même sens, que le lanceur d'alerte « ne devrait pas perdre le bénéfice de sa protection au seul motif qu'elle a commis une erreur d'appréciation des faits ou que la menace perçue pour l'intérêt général ne s'est pas matérialisée, à condition qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire en sa véracité ».

La jurisprudence de la Cour européenne en matière de liberté d'expression a elle aussi contribué à dégager les critères permettant d'établir la bonne foi de l'auteur du propos. L'arrêt *Guja c/ Moldavie* les a systématisés en les appliquant au cas des lanceurs d'alerte. Font présumer la bonne foi : – l'intérêt public que présentent les informations divulguées car il atteste que la divulgation a un motif légitime en même temps qu'il justifie l'atteinte portée à la réputation ou aux intérêts de l'entreprise ; – l'exactitude des informations divulguées, ou à tout le moins la preuve qu'elles ont été vérifiées avec suffisamment de soin pour éviter de diffuser à la légère des allégations sans fondement ou erronées qui seraient alors constitutives d'une dénonciation calomnieuse ; – la motivation du lanceur d'alerte, qui ne doit pas être guidé par l'animosité personnelle ou la perspective d'un avantage personnel. Dans l'arrêt *Heinisch c/ Allemagne*, la Cour considère aussi comme une preuve de bonne foi le fait que le lanceur d'alerte ne se soit pas tourné vers les médias mais en premier lieu vers les autorités judiciaires.

Le geste du lanceur d'alerte a toutes les chances d'être interprété, d'être ressenti comme une remise en cause de la **loyauté** normalement due à l'institution à laquelle on appartient. Mais au-delà de l'aspect subjectif, il y a aussi la lettre et l'esprit de la législation, comme en témoigne la confrontation entre le droit américain et le droit français⁵³. En France, l'obligation de loyauté est contrebalancée par les bornes mises au pouvoir patronal et, notamment, par la reconnaissance aux salariés, y compris au sein de l'entreprise, de droits et libertés qui ne peuvent être restreints que pour les nécessités liées à l'accomplissement de leur

⁵¹ Camille Viennot, « Le droit de la presse, une protection efficace du lanceur d'alerte ? »

⁵² La référence à la bonne foi figure dans la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption (art. L. 1161-1 du code du travail), dans la loi du 29 décembre 2011 relative à la sécurité sanitaire (art. 43), dans la loi du 11 octobre 2013 (art. 25) relative à la transparence de la vie publique, dans la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale (art. L. 1132-3-3 du code du travail et art. 6 *ter* A de la loi du 13 juillet 1983).

⁵³ Pauline Abadie, «Le salarié lanceur d'alerte en France et aux Etats-Unis : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté».

tâche⁵⁴. Aux États Unis, la force de la doctrine de l'*employment-at-will* implique la faculté pour l'employeur de se séparer quasi-discrétionnairement d'un salarié. C'est à l'employeur que revient le pouvoir exclusif d'apprécier ce qui est dans l'intérêt de l'entreprise et le salarié, tenu par l'obligation de loyauté, doit y œuvrer activement. Dans ce contexte, l'alerte a du mal à se frayer un chemin face au pouvoir patronal.

L'obligation de loyauté est également rappelée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans l'arrêt *Guja c/ Moldova*, la Cour a reconnu que « la mission des fonctionnaires dans une société démocratique étant d'aider le gouvernement à s'acquitter de ses fonctions » et que « l'obligation de loyauté et de réserve revêt une importance particulière ». Mais elle a estimé qu'un agent était fondé à alerter l'opinion publique par la voie de la presse face à l'inaction prolongées de la hiérarchie pour faire cesser les agissements litigieux, dès lors que la divulgation de ces agissements, faite de bonne foi, servait l'intérêt général. Dans l'arrêt *Heinisch c/ Allemagne*, la Cour a confirmé que les employés du secteur privé avaient eux aussi une obligation de loyauté, éventuellement moins accentuée que celle des fonctionnaires, mais qui a une incidence sur la mise en balance entre les droits des salariés et les intérêts des employeurs. Eu égard au devoir de loyauté, un employé souhaitant divulguer des informations doit s'adresser en premier lieu à ses supérieurs ou à une autre autorité compétente et la divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité d'agir autrement. Mais « un employé ayant averti son employeur d'une pratique illicite n'est plus lié par une obligation de loyauté envers son employeur ».

Conclusion – L'alerte au risque de l'institutionnalisation

On a présenté le lanceur d'alerte comme celui qui, utilisant pleinement sa liberté d'expression, concourt à l'effectivité des droits de l'homme et au renforcement de la démocratie. Cette présentation, sans être fausse, n'occulte-t-elle pas une autre face, certes honorable mais moins flatteuse, de l'alerte, instrumentalisée par les institutions pour atteindre des objectifs qui leur sont propres et n'ont qu'un rapport très indirect avec l'intérêt général ? De fait, le *whistleblowing* s'inscrit dans une stratégie des entreprises qui, par la mise en place de canaux visant à encourager les signalements internes, vise à éliminer les risques de déviance en leur sein⁵⁵.

L'instrumentalisation est plus patente encore, mais cette fois de la part de l'État, lorsque, comme c'est le cas aux États Unis, l'alerte est encouragée par des incitations financières. Le *False Claims Act*, promulgué en 1863, modifié en 1986 et 2008, inclut une disposition dite « *qui tam* »⁵⁶ qui permet à des personnes physiques d'engager une action contre une entreprise au nom de l'État en étant récompensées par le reversement de 15 à 30 % des fonds recouverts grâce à leur dénonciation. On a pu parler à cet égard de « privatisation » des contrôles qui devraient normalement incomber aux organes étatiques⁵⁷. La perspective de récompenses pousse les salariés, témoins de pratiques illégales ou dommageables, à utiliser cette voie-là plutôt que les mécanismes de signalement interne mis en place par les entreprises. Enfin, l'incitation financière à dénoncer débouche souvent sur des plaintes abusives, si l'on en juge

⁵⁴ Article L. 1121-1 du code du travail : «Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché».

⁵⁵ Björn Fasteling, « “Internal whistleblowing”. Corporage deputization at the expense of freedom of expression ? »

⁵⁶ La phrase entière est : «qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitu ». Ce mécanisme très ancien emprunté à l'Angleterre prévoit que les personnes physiques qui engagent une action contre un tiers au nom de l'Etat sont récompensées par le versement d'une partie de l'amende perçue.

⁵⁷ Johanna Schwartz Miralles, « What are the lessons learned from foreign experiences concerning the protection of whistleblowers ? »

par le fait qu'un petit nombre seulement des actions engagées sur le fondement du *False Claims Act* aboutit.

Si l'on revient en France, l'évolution ne revient-elle pas à entériner une forme de « bureaucratisation » des lanceurs d'alerte⁵⁸ au sens où, en officialisant leur rôle, en l'inscrivant dans la loi, on les transformerait peu ou prou en collaborateurs occasionnels du service public⁵⁹ ? L'alerte s'inscrit, en renouvelant les ressorts et les mécanismes, dans la politique de transparence administrative entamée dans les années 1970. Ce faisant, elle contribue à renforcer la légitimité des institutions administratives, présumées faire l'objet d'un contrôle plus efficace de la conformité de leurs pratiques aux exigences de la loi, de la déontologie et de l'éthique.

Enfin, la juridicisation bride nécessairement l'action des lanceurs d'alerte dans la mesure où ils ne peuvent prétendre à une protection qu'à condition de respecter les règles qui encadrent l'alerte. Elle exclut *a fortiori* ceux qui se placent dans l'illégalité. Car s'il y a aujourd'hui consensus quant à la nécessité de protéger le lanceur d'alerte, il n'en va pas de même du désobéissant, en dehors des hypothèses où la loi reconnaît l'objection de conscience. Le *leaking* et plus largement la désobéissance civile, au demeurant, ne peuvent par hypothèse même faire l'objet d'un encadrement juridique, puisque leurs auteurs se placent en marge de la légalité.

L'institutionnalisation, si elle protège les lanceurs d'alerte, ne leur ôte-t-elle pas en même temps leur potentialité critique, leur capacité à « appuyer là où ça fait mal » ? Les seuls « lanceurs d'alerte » authentiques ne seront-ils pas, au bout du compte, les « *leakers* » et, plus généralement, les désobéissants ?

⁵⁸ Christian Vigouroux, « La protection des lanceurs d'alerte en droit public interne »

⁵⁹ Jean-François Kerleo, « Les autorités publiques sont-elles des lanceurs d'alerte comme les autres ? »