



**UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS**

**Année universitaire 2017-2018**

**Master 2 Droit européen comparé  
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel**

## **Les lanceurs d’alerte**

*Approche comparée Etats-Unis—Canada—France*

Mémoire de recherche sous la direction de Monsieur le Professeur Louis Vogel

Présenté et soutenu publiquement par

**Sophie de la ROCHETTE de ROCHEGONDE**

*Séjours de recherche*

**Harvard Law School**  
**University**  
Boston, MA, Etats-Unis



**McGill Law School**  
**University**  
Montréal, QC, Canada



## Remerciements

Je tiens à exprimer ma plus sincère reconnaissance à Monsieur le Professeur Louis Vogel, pour avoir accepté la direction de ce mémoire et pour ses précieux conseils, notamment dans l'approche du sujet.

J'adresse ma sincère gratitude à mes parents pour leur soutien indéfectible cet été, cette année et toujours.

Je remercie mes colocataires comparatistes pour leur bonne humeur, contagieuse, à la Harvard Law School Library, et ma lointaine famille de Montréal pour ses encouragements lors de mes recherches à la bibliothèque de McGill.

Je remercie ma grand-mère qui a suivi cette réalisation avec bienveillance et attention.

*L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le mémoire; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.*

# Sommaire

Liste des abréviations	page 5
INTRODUCTION	page 6
<u>PARTIE 1.</u> LA CREATION D'UN STATUT JURIDIQUE DES LANCEURS D'ALERTE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES AMERICAIN, CANADIEN ET FRANÇAIS	page 10
<u>TITRE 1.</u> LA RECONNAISSANCE DE LA CATEGORIE JURIDIQUE NOUVELLE DES LANCEURS D'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE	page 10
Chapitre 1. Formalisation à vitesse variable	page 10
Chapitre 2. Formalisation à géométrie variable	page 23
<u>TITRE 2.</u> LES SPECIFICITES DES STATUTS JURIDIQUES ETABLIS EN FONCTION DE LA DEFINITION RETENUE DES LANCEURS D'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE	page 41
Chapitre 1. L'identification d'un socle commun à la définition du lanceur d'alerte	page 41
Chapitre 2. L'intérêt personnel dans la définition du lanceur d'alerte, le point de divergence entre les statuts juridiques américain, canadien et français	page 56
<u>PARTIE 2.</u> LES ENJEUX ACTUELS DE PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES AMERICAIN, CANADIEN ET FRANÇAIS	page 71
<u>TITRE 1.</u> LA MISE EN PLACE DE PROTECTIONS PROCEDURALES AU BENEFICE DU LANCEUR D'ALERTE PAR L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE	page 71
Chapitre 1. Les protections procédurales au stade de l'initiative du lancement d'alerte	page 71
Chapitre 2. La volonté commune de protection du lanceur d'alerte dans l'encadrement de la procédure	page 85
<u>TITRE 2.</u> LES PROTECTIONS DE FOND PERFECTIBLES DU LANCEUR D'ALERTE FACE AUX CONSEQUENCES PREJUDICIALES DE LA DIVULGATION	page 101
Chapitre 1. L'universalité de l'établissement d'un statut assurant la protection professionnelle du lanceur d'alerte dans les régimes	page 101
Chapitre 2. Vers la protection optimale du lanceur d'alerte et la reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte	page 114
CONCLUSION	page 125
Table des matières	page 126
Bibliographie	page 131

## Liste des principales abréviations

Admin. L. Rev. : Administrative Law Review  
Am.UL.Rev : American University Law Review  
AJDA : Actualités Juridiques Droit administratif.  
AJFP : Actualités Juridiques Fonctions publiques.  
APCE : Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe  
ARB : Administration Review Board  
Bull.Civ. : Bulletin des Chambres Civiles de la Cour de Cassation  
CAA : Cour Administrative d'Appel  
C.Cass : Cour de Cassation  
C.Cons : Conseil Constitutionnel  
CE : Conseil d'État.  
CEDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales  
Cour.EDH : Cour européenne des droits de l'homme  
Chr. : chronique.  
CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés  
Crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation.  
CSRA : Civil Service Reform Act  
D.: Recueil Dalloz.  
Dr. adm. : revue Droit administratif.  
Éd. : Éditions.  
EO : Executive Order  
FCA : False Claims Act  
FOIA : Freedom Of Information Act  
OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique  
ONU : Organisation des Nations Unies  
QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité  
SCOTUS : Supreme Court of The United States  
SOX : Sarbanes-Oxley Act  
Sup. Ct. Rev. : Supreme Court Review  
WPA : Whistleblower Protection Act  
Wash. L. Rev : Washington Law Review

« *Les enjeux fondamentaux de la liberté d'expression, de la liberté de parole et de l'interaction entre la liberté et la sécurité datent du fondement de la République. Ceux qui croient en la persécution et la suppression de la vérité pour atteindre leurs objectifs individuels sont inévitablement oubliés par l'histoire. Dans un combat à la loyale, John Milton constatait que la vérité gagne toujours* », Julian Assange<sup>1</sup>.

Le fondateur et rédacteur du site d'information Wikileaks, rappelle les principes juridiques fondamentaux qui assoient l'action des lanceurs d'alerte et qui en justifient la protection dans une société démocratique. Le site a publié en 2010 des documents classés secret-défense concernant des opérations militaires américaines fournis par l'analyste Chelsea Manning. Ces documents sensibles révélaient des « bavures militaires » telles que l'assassinat de civils par des forces armées américaines et de la Coalition durant la Guerre d'Afghanistan. A l'instar de ce scandale, les révélations faites par l'ancien employé de la Central Intelligence Agency (CIA) et consultant de la National Security Agency (NSA), Edward Snowden, ont également défrayé la chronique. Ce dernier a rendu publiques, en 2013, des informations sur les programmes de surveillance de masse mis en place par le gouvernement américain, comme le système d'écoute «PRISM» organisant la surveillance des données personnelles des utilisateurs Google, Facebook, Youtube, etc. Dans ces deux affaires, le gouvernement américain a condamné la divulgation des informations et estimé qu'elles avaient été faites en contradiction avec les secrets d'Etat et militaires. Elle a blâmé leur auteur. Chelsea Manning a été condamnée à trente-cinq ans d'emprisonnement et Edward Snowden est exilé en Russie depuis juillet 2013. L'opinion publique saluait quant à elle le courage et la moralité de la démarche des deux *whistleblowers*.

Dès lors que la divulgation d'informations à l'occasion d'un *whistleblowing* consiste en la violation d'un secret ou d'une opposition à une hiérarchie, la perception de l'alerte - la reconnaissance de ses vertus ou son blâme - est subjective (elle dépend de la personne qui la reçoit) et politique (fonction de l'environnement qui l'entoure). Si durant sa campagne présidentielle, l'actuel Président des Etats-Unis Donald Trump saluait régulièrement l'activité du site via des tweets élogieux: «*Incroyables informations fournies par Wikileaks, très peu reprises par des médias malhonnêtes*» ou bien «*J'aime Wikileaks*»<sup>2</sup> et utilisait les informations pour son intérêt personnel, sa perception a aujourd'hui évolué. Julian Assange, dénonce la persécution du site par l'actuel directeur de la *Central Intelligence Agency* (CIA) Mike Pompeo, nommé Secrétaire Général des Etats-Unis par le Président depuis mars 2018, le qualifiant d'«*agence de renseignements adverse, non étatique* » aux activités de laquelle il faudrait mettre fin.

La médiatisation des affaires Manning et Snowden met en lumière l'importance des enjeux actuels de l'activité des *whistleblowers* américains, tant vis-à-vis du contenu de l'alerte, que vis-à-vis des risques personnels encourus à l'occasion de la divulgation d'informations au public. L'opinion publique est d'abord sensible à la question des lanceurs d'alerte parce qu'elle est la première destinataire (et bénéficiaire) de leur action, et ensuite parce que leur sort la préoccupe: « *Les lanceurs d'alerte occupent désormais une place centrale dans l'actualité et suscitent un intérêt grandissant auprès du grand public et de la communauté scientifique* »<sup>3</sup>. Par la médiatisation des affaires et la réalisation de films (Pentagon Papers, Erin Brockovich, seule contre tous, The

---

<sup>1</sup> J. ASSANGE, *Avant-propos*, dans S. GUIBAUD, *La Traque des Lanceurs d'alerte*, Editions Max Milo Editions, Paris, 2017

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> M. DISANT, *Avant-propos* dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017, page 1

Insider<sup>4</sup>), les lanceurs d’alerte sont présentés comme les nouveaux héros démocratiques, des figures fascinantes dont la protection s’impose. Le *whistleblowing* est un phénomène mondial et la multiplication des scandales (comme celui soulevé par Denis Roberts à l’occasion de l’affaire française Clearstream en 2001, les révélations d’Antoine Deltour dans les LuxLeaks en 2014 au sein de l’Union européenne, ou bien encore la publication des documents confidentiels fournis par John Doe dans les Panama Papers en avril 2016) suppose un encadrement législatif du lancement d’alerte. Ainsi, des législations en réaction ont conduit progressivement à la reconnaissance d’un nouvel acteur dans la société démocratique et son appréhension juridique: « *le lanceur d’alerte* ».

L’« *alerte* » est définie communément comme « *un signal qui prévient un danger imminent* »<sup>5</sup>. Lancée dans une société démocratique, l’alerte renvoie donc à la prévention d’un dommage pouvant survenir et pouvant causer un tort à l’intérêt général; le lanceur d’alerte est un acteur de la sécurité de la société. L’alerte est aussi un facteur de transparence puisqu’elle consiste en la révélation à un certain destinataire d’une information dissimulée ou secrète. Suivant la pensée politique moderne « *L’idéal ne réside plus tant dans l’appropriation du pouvoir que dans la constitution de ce dernier en un objet dont la transparence est supposée permettre un parfait contrôle* »<sup>6</sup>. La nouvelle figure du lanceur d’alerte perturbe la conception traditionnelle de l’ordre social et des relations hiérarchiques « *en érigeant l’individu en véritable souverain, chacun étant investi d’une fonction morale de contrôle* »<sup>7</sup>. Acteur de la transparence politique dans la sphère privée comme dans la sphère publique, le lanceur d’alerte est le « *citoyen-vigilant* » voire le « *citoyen-surveillant* » dont la reconnaissance juridique s’impose.

Aux Etats-Unis, au Canada et en France, la construction de cette catégorie juridique n’a pas été uniforme. La doctrine américaine définissait, dès 1995, le *whistleblowing* comme « *le fait que des membres d’une organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l’autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l’action peut changer la situation* »<sup>8</sup>. Concis, le Parlement du Canada définit le « *divulgateur* » comme « *celui qui divulgue les actes fautifs de son employeur ou d’un collègue* »<sup>9</sup> et circonscrit la qualification aux agents du secteur public. Le législateur français donne quant à lui une définition globale dans l’article 6 de la loi du 9 décembre 2016 dite « *Sapin II* » le lanceur d’alerte est « *la personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d’un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d’un acte unilatéral d’une organisation internationale pris sur le fondement d’un tel*

---

4

- Film 2017 *Pentagon Papers* de Steven Spielberg (Histoire du lancement d’alerte de Daniel Ellsberg)
- Film 2000 *Erin Brockovich, seule contre toute* de Steven Soderbergh (Histoire du lancement d’alerte d’Erin Brockovich)
- Film 1999 *The Insider* de Michael Mann (Histoire du lancement d’alerte de Jeffrey Wigand)

5 Dictionnaire Larousse en ligne, 2018 <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/alerte/2171>

6 P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l’âge de la défiance*, Seuil, Collection Les livres du nouveau monde, 2006, Paris, p. 259

7 J.-P. FOEGLE et S. PRINGAULT, *Les « lanceurs d’alerte » dans la fonction publique, les mutations contemporaines d’une figure traditionnelle de l’agent public*, AJDA, 2014, p. 2256

8 J. NEAR et M. MICELI, *Effective Whistle-blowing*, Academy of Management Review, vol. 20, n°3, juillet 1995, p. 680

9 <https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2008-63-f.htm#a3> (Site Parlement du Canada et commentaire sur le Public Servants Disclosure Act 2007)

*engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance»<sup>10</sup>.*

Ces trois définitions illustrent les acceptions différentes du lanceur d'alerte aux Etats-Unis, au Canada et en France. L'étude des termes utilisés pour y faire référence illustre les divergences de conception de l'alerte dans les trois ordres juridiques. Le premier terme historiquement utilisé est en anglais « *whistleblower* » et renvoie à l'image de « *celui qui actionne un sifflet* ». Pour la doctrine, l'image de l'actionnement du sifflet renvoie à la figure du policier, détenteur de puissance publique et « *légitime pour donner une alerte* » puisque « *directement en charge de veiller à la sauvegarde de la sécurité publique, dans l'intérêt général* ». Le terme anglais de *whistleblower*, ouvrant la prérogative du policier à tout citoyen, renvoie une image favorable du lanceur d'alerte et propice à sa reconnaissance. Le terme utilisé au Canada est celui de « *divulgateur* » ou de « *dénonciateur* », qui renvoie une image plus négative de l'action. En France, la recherche de neutralité dans l'appréhension de la nouvelle catégorie juridique a conduit à l'adoption du terme de « *lanceur d'alerte* », écartant celui de « *délateur* » et de « *dénonciateur* » et leur connotation péjorative<sup>11</sup>. Les divergences sémantiques originelles sont révélatrices de différentes conceptions des lanceurs d'alerte: « *« Vigies citoyennes » pour certains, « traitres » ou « délateurs » pour d'autres »<sup>12</sup>, celles-ci sont plus ou moins favorables à la reconnaissance législative des lanceurs d'alerte et à leur définition.*

L'exercice de la comparaison juridique entre plusieurs ordres juridiques suppose l'identification de divergences et de points communs entre les régimes juridiques, d'en expliquer et comprendre les fondements pour permettre d'adopter une réflexion sur le droit prospectif et de répondre aux enjeux contemporains. Si l'étude du régime américain est pertinente dans la matière, puisqu'il s'agit d'un des pays pionniers et précurseur en matière de dispositifs de lancement d'alerte, le régime français présente des innovations récentes et une appréhension globale inédite du lancement d'alerte. Le dispositif canadien, reposant sur un partage des compétences entre l'Etat fédéral et les provinces fédérées est intéressant notamment dans l'articulation entre droit fédéral de Common Law et droit mixte applicable à la Province de Québec.

Entre ces régimes, la comparaison juridique pourrait aboutir à la « *détermination d'un « idéal-type » du lanceur d'alerte, c'est-à-dire la possibilité de dégager des lignes de force permettant de bâtir un modèle* » pour répondre aux nouveaux enjeux communs de garanties juridiques et de protection des lanceurs d'alerte identifiés dans des affaires récentes. La législation d'alerte est une législation de réaction et les enjeux qui y sont attachés apparaissent au fil des scandales.

De récents whistleblowings montrent enfin la diversité des hypothèses d'alerte, que les législateurs doivent tantôt exclure tantôt inclure du régime du lancement d'alerte: en France, les révélations du médecin Irène Frachon en 2009 concernant la toxicité d'une substance contenue dans le Médiateur, ont posé la question de l'alerte dans le milieu médical et le champ de la santé publique; aux Etats-

---

<sup>10</sup> Article 6 loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin II », relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>11</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, Connaissance du droit 1ère édition, Editions Dalloz, Mai 2018, page 5

Pour les besoins de l'étude, les termes whistleblowers et lanceurs d'alerte seront utilisés comme des synonymes.

<sup>12</sup> M. DISANT, *Avant-propos dans Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, page 1



Unis, la question de l'alerte émise pour la santé publique et pour la préservation de l'environnement a également été mise en évidence à la suite du scandale de l'eau potable californienne polluée au chrome, dénoncé par Erin Brockovich; l'affaire des « Pentagon Papers » révélant un rapport militaire classé secret-défense sur la Guerre du Viet-Nâm, fourni par le whistleblower Daniel Ellsberg, dans le New-York Times, a rendu nécessaire une précision sur le plan législatif pour les alertes portant sur les informations classifiées; les révélations de Denis Roberts (affaire Clearstream) ont posé la question des révélations portant sur l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent dans les entreprises.

Ces affaires révèlent toutes un besoin de réglementer la question du champ du droit d'alerte par la définition et la création d'une catégorie juridique des lanceurs d'alerte. Le champ de l'alerte varie selon les régimes juridiques mais suppose de définir les secteurs et la motivation du lanceur d'alerte (du secteur privé ou du secteur public) ainsi que le domaine de l'alerte (santé, environnement, défense, fiscal, etc).

D'autres scandales mettent en lumière la diversité des enjeux attachés à l'action du lanceur d'alerte et à la nécessité de sa protection: la question de l'anonymat de l'alerte par l'utilisation de pseudonyme comme protection a été soulevée dans l'affaire *Scandale des commandites* à propos du détournement de fonds publics au Canada révélés par le lanceur d'alerte « MaChouette »; la médiatisation des lancements d'alerte américains, présentant de grands enjeux financiers, pose la question au niveau mondial de la rémunération et de l'octroi de primes aux lanceurs d'alerte; L'exemple français de Stéphanie Guibaud, dénonçant l'organisation de l'évasion fiscale par UBS France (Union des Banques Suisses), illustre le harcèlement que peut subir un lanceur d'alerte par son employeur après des révélations qui lui portent préjudice; les exemples de Chelsea Manning et Edward Snowden et tout récemment celui de la lanceuse d'alerte Reality Winner condamnée à cinq ans de prison pour espionnage<sup>13</sup>, posent aujourd'hui la question de la redéfinition des limites traditionnelles de l'alerte, et remettent en cause les sanctions applicables en cas de dénonciations interdites.

Ces affaires démontrent la nécessité de réglementer la question de la protection du lanceur d'alerte par la précision du statut juridique des lanceurs d'alerte.

Les législations américaine, canadienne et française qui encadrent l'activité des lanceurs d'alerte, qu'elles soient récentes ou anciennes, favorables ou réticentes, spécifiques ou globales sont toujours en chantier et doivent faire face à ces nouveaux enjeux révélés par divers scandales.

*Nonobstant leur conception divergente de la notion d'alerte, comment les systèmes américain, canadien et français ont-ils appréhendé la figure juridique nouvelle du lanceur d'alerte dans un même souci de protection?*

Pour comprendre le droit des lanceurs d'alerte aux Etats-Unis, au Canada et en France, l'exercice de la comparaison juridique doit être opéré dans un premier temps au regard de la création de leur statut juridique (Partie 1) puis dans un second temps au regard des réponses apportées aux enjeux actuels de protection (Partie 2).

---

<sup>13</sup> [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/08/23/la-lanceuse-d-alerte-reality-winner-condamnee-a-cinq-ans-de-prison-pour-espionnage\\_5345529\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/08/23/la-lanceuse-d-alerte-reality-winner-condamnee-a-cinq-ans-de-prison-pour-espionnage_5345529_4408996.html)

## **PARTIE 1. LA CREATION D'UN STATUT JURIDIQUE DES LANCEURS D'ALERTE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES AMERICAIN, CANADIEN ET FRANCAIS**

### **TITRE 1. LA RECONNAISSANCE DE LA CATEGORIE JURIDIQUE NOUVELLE DES LANCEURS D'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE**

La reconnaissance de la catégorie juridique des lanceurs d'alerte au sein des ordres juridiques américain, canadien et français n'a pas fait l'objet d'une formalisation uniforme. Celle-ci a été d'une part opérée à vitesse variable (Chapitre 1) et, d'autre part, à géométrie variable (Chapitre 2) révélant une acceptation plus ou moins facile de la nouvelle figure dans les différents ordres juridiques.

#### **Chapitre 1. Formalisation à vitesse variable**

La formalisation de la catégorie des lanceurs d'alerte dans les ordres juridiques américain, canadien et français est liée à l'acceptation d'un « droit d'alerte » dans les pays. La comparaison des systèmes révèle une vitesse variable dans les processus législatifs adoptés : si le droit d'alerte est ancien et ancré dans la culture juridique anglo-saxonne (Section 1), l'encadrement du droit des lanceurs d'alerte résulte d'une nécessité actuelle s'imposant dans tous les systèmes (Section 2).

#### **Section 1. Le droit d'alerte, un droit ancien et ancré dans la culture anglo-saxonne**

Dès lors que l'environnement politique des sociétés de tradition anglo-saxonne constitue un terreau favorable à l'acceptation et à la reconnaissance du droit d'alerte (I), ces pays se sont dotés très tôt de législations en la matière et apparaissent comme précurseurs dans l'encadrement de son exercice (II).

##### **I. Un environnement politique et culturel spécifique anglo-saxon, terreau favorable à l'émergence d'un droit d'alerte**

L'identification d'un environnement politique et culturel propice à l'émergence d'un droit d'alerte est rendue possible par l'analyse extra-juridique des terreaux culturels des sociétés (A) et permet d'isoler des éléments favorables communs aux cultures anglo-saxonnes (B).

##### **A. Les sciences sociales au service de l'identification de différents terreaux culturels**

S'intéressant au statut juridique des lanceurs d'alerte et à sa formalisation dans les ordres juridiques contemporains, Jean-François Kerléo affirme qu'« *il n'existe pas de configuration idéale à sa reconnaissance, mais certains éléments jouent un rôle incontestable* »<sup>14</sup>. Les éléments auxquels Jean-François Kerléo fait référence sont les éléments constitutifs et caractéristiques d'un terreau favorable à l'acceptation du droit d'alerte et à la reconnaissance d'un statut juridique pour celui qui exerce ce droit.

Ainsi, la formalisation du statut juridique du lanceur d'alerte dépend de facteurs extérieurs à la seule volonté du législateur et est influencée positivement ou négativement par l'environnement surdéterminant de l'Etat. Ce dernier peut constituer un terreau favorable à l'acceptation de l'alerte et pousser à son encadrement législatif ou, à l'inverse, créer un climat de réticence et de défiance faisant obstacle à la reconnaissance d'un droit d'alerte. La différence entre les caractéristiques des

---

<sup>14</sup> J.-F. KERLEO « *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 9 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

éléments de l'environnement politique des Etats explique, dans un premier temps, les différences chronologiques dans l'adoption des législations en matière d'alerte en France, au Canada et aux Etats-Unis.

Pour comprendre et analyser le terreau culturel de chaque pays et identifier ces éléments caractéristiques, les résultats obtenus dans d'autres sciences sociales peuvent être pertinents. Comme l'ont exposé Mme Diurni et Mme le Professeur Goré dans leur cours de méthodologie de droit comparé, l'exercice de la comparaison juridique, pour s'avérer pertinent, suppose de dépasser la seule analyse juridique du fond et de la procédure et d'utiliser les résultats d'autres sciences sociales.<sup>15</sup> Ainsi, d'après les deux professeurs, la meilleure comparaison serait celle qui utiliserait les résultats des sciences de la philosophie, de la sociologie, de la linguistique et de l'Histoire pour expliquer, justifier et comprendre les différences juridiques relevées dans la comparaison. Dans l'identification des éléments qui « *jouent un rôle incontestable* » et qui concourent à créer un climat favorable à la reconnaissance de l'alerte, Jean-François Kerléo, à l'instar des deux professeurs de droit comparé, entend utiliser le résultat de sciences sociales non juridiques pour expliquer le phénomène de formalisation à vitesse variable.

L'analyse historique et sociologique des sociétés peut permettre d'éclairer les conditions de création des Etats, ainsi que les finalités sous-tendues dans leur conception idéologique. Elle peut également permettre d'identifier et d'expliquer des différences actuelles entre différents Etats. Ainsi le travail de l'historien et du sociologue sont utiles dans l'identification d'éléments caractéristiques des environnements politiques entourant l'action des législateurs nationaux et donc, pour l'étude, à l'identification de terrains favorables ou défavorables à la reconnaissance de l'alerte.

## **B. L'identification de facteurs favorables communs aux pays de Common Law**

Jean-François Kerléo poursuit son développement en identifiant deux éléments à prendre en compte et pouvant directement influencer le législateur dans la formalisation de la notion d'alerte : le facteur de la religion dominante et celui de la conception du rapport entre le peuple et l'Etat.

L'analyse selon laquelle la religion dominante au sein de l'Etat influencerait la capacité du législateur à traiter de la question du lanceur d'alerte renvoie à une analyse historique, philosophique et sociologique.

S'intéressant à la sociologie juridique, Emile Durkheim affirme que « *Plus une société évolue, plus ces lignes de sympathie s'organisent et se multiplient. Dans toute société, il y a ainsi des systèmes qui relient les individus les uns aux autres: systèmes religieux, groupes professionnels, etc., et ces liens font que des forces morales se communiquent à tous les membres du groupe* »<sup>16</sup>. D'après les enseignements d'Emile Durkheim, l'ordre religieux dominant dans une société influencerait le travail du législateur en ce que la religion dominante au sein d'une société imprègne cette dernière de divers règles morales s'appliquant aux relations personnelles entre individus de la communauté. Celles-ci constituent un socle de valeurs communes que le législateur s'efforce de respecter lorsqu'il construit les règles applicables.

En matière d'alerte, la religion dominante au sein de l'Etat peut être un facteur déterminant. La comparaison des religions dominantes aux Etats-Unis, au Canada et en France renvoie à la distinction entre culture calviniste et la culture catholique, source de distinction lointaine entre les

---

<sup>15</sup> Cours de « Méthodologie du droit comparé » dispensé en Master 2 Droit européen comparé 2017-2018 conjointement par Madame Goré et Madame Diurni.

<sup>16</sup> E. DURKHEIM, *Pragmatisme et sociologie*, Cours dispensé à la Sorbonne en 1913-1914, cité par D. Lavitte, « *L'approche socio-légale de la protection des lanceurs d'alerte: pistes de réflexion pour un enrichissement sociologique de l'analyse juridique* », Revue des droits de l'Homme, octobre 2016, note 19

systèmes de Common Law (Canada et Etats-Unis et pays de tradition anglo-saxonne) et de Civil Law (France). Jean-François Kerléo relève que « *la culture catholique serait moins propice aux lanceurs d’alerte que celle issue du calvinisme* »<sup>17</sup>. La tradition catholique, reposant sur la notion de confiance au sein de la communauté, constituerait un obstacle au développement d’un droit d’alerte dès lors que l’acte serait assimilé de prime abord à une dénonciation ou à de la délation. La tradition calviniste quant à elle accepterait facilement l’action du lanceur d’alerte dès lors qu’elle repose sur l’idée de la conscience et de la responsabilité morale individuelle.

Ainsi, les pays de tradition de Common Law comme le Canada et les Etats-Unis, influencés dans leur création et bercés des principes moraux issus de la culture calviniste, présentent un élément caractéristique du terreau favorable à l’acceptation et à la reconnaissance de l’alerte.

L’analyse selon laquelle la conception du rapport politique, c’est-à-dire la relation entre le peuple et l’Etat, influencerait la capacité du législateur à traiter de la question du lanceur d’alerte renvoie également à une analyse historique, philosophique et sociologique.

Les sociologues F. Chateauraynaud et D. Torny, avaient écrit que : « *Pour naturelle que soit cette fonction d’alerte, elle se heurte, comme la plupart des actes orientés vers un public ou institution, aux rapports de forces et de légitimités qui caractérisent à une époque donnée, une formation sociale. La place des alertes et de ceux qui les lancent dépend ainsi de la configuration politique et des ressorts cognitifs communément disponibles, ainsi que des tensions ou des conflits qu’ils traversent* »<sup>18</sup>. Dès 1999, les auteurs mettaient déjà en évidence le caractère circonstanciel et politique de l’action du lanceur d’alerte. L’acceptation du droit d’alerte et du droit des lanceurs d’alerte dépend du contexte politique et des intérêts en jeu, mais également fondamentalement de la conception du rapport politique.

Les sociétés de Civil Law comme la France sont des sociétés dites « *étatistes* » c’est-à-dire des sociétés où l’Etat se présente comme un acteur impartial et protecteur de l’intérêt commun<sup>19</sup>. Il lui revient de sanctionner, d’identifier et donc d’alerter sur les actes malfaisants des individus dans la société, pour le bien commun. Le lanceur d’alerte « *indépendant* » est perçu, dans une telle société « *étatiste* » comme un élément perturbateur voire destructeur de l’ordre social établi, puisqu’il agit en lieu et place de la puissance publique. Les sociétés de Common Law sont des sociétés dites « *individualistes* » où l’état se présente comme un acteur partial et protégeant ses intérêts propres<sup>20</sup>. Le lanceur d’alerte s’accorde bien avec cette conception de l’Etat puisque sa vigilance au sein de la société civile permet la garantie de l’individualisme : intérêts personnels de l’Etat et de sa population.

Logiquement, les législateurs de sociétés individualistes seront plus engagés à légiférer sur des questions de lanceurs d’alerte, voire à encourager leur développement que les législateurs des sociétés étatistes. Le Professeur Louis Convert, dans son cours de Droit des Affaires comparé<sup>21</sup>, illustre la différence des rapports politiques dans les sociétés de Common Law et de Civil law au travers de la comparaison du rapport à la faute. Il prenait l’exemple de la présence de policiers contrôlant la vitesse des automobilistes sur des voies publiques. Si en France, les automobilistes ont

---

<sup>17</sup> J.-F. KERLEO « *Qu’est-ce qu’un lanceur d’alerte ?* » *Classification et conceptualisation d’une catégorie juridique insaisissable*, page 9

<sup>18</sup> D. TORNÉY et F. CHATEAURAYNAUD, *Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l’alerte et du risque*, Editions de l’école des hautes études en sciences sociales, Paris, 1999

<sup>19</sup> J.-F. KERLEO « *Qu’est-ce qu’un lanceur d’alerte ?* » *Classification et conceptualisation d’une catégorie juridique insaisissable*, page 10

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> Cours de « *Droit des Affaires comparé* » dispensé en Master 2 Droit européen comparé à l’Université Paris 2 Panthéon Assas par Louis Convert

pour habitude de signaler la présence des autorités (par appels de phares par exemple) afin que d'éviter qu'ils ne soient sanctionnés, c'est parce que dans les pays de Civil Law, la faute est l'histoire d'un rapport personnel entre l'individu et l'Etat. Seul ce dernier peut sanctionner le fautif. Au contraire, aux Etats-Unis, il serait inconcevable de réaliser un tel stratagème pour éviter une sanction : la faute est l'affaire de tous et chaque membre de la communauté peut blâmer l'autre en cas de faute. Chacun participe au respect des règles et l'Etat n'est qu'une autorité parmi d'autres. Cet exemple permet de comprendre que le rapport à l'autorité est complètement différent entre les pays de Common Law et de Civil Law et que cela influe directement sur la législation en matière d'alerte. Ainsi, les pays de tradition de Common Law comme le Canada et les Etats-Unis, dès lors qu'ils se sont constitués comme des pays individualistes, présentent un élément caractéristique du terreau favorable à l'acceptation et à la reconnaissance de l'alerte.

En conclusion, la comparaison des environnements politiques et culturels, appréciée au regard de diverses données extérieures à la seule matière juridique, révèle l'existence de terreaux plus favorables à la reconnaissance d'un droit d'alerte et d'un régime assurant son exercice. Les législateurs des pays de tradition anglo-saxonne que sont le Canada et les Etats-Unis ont pu rapidement et très tôt mettre en place des régimes d'alerte alors que le législateur français, hostile à la reconnaissance de l'alerte, ne s'était pas encore saisi de la question.

## **II. Des législations précurseuses dans les pays anglo-saxons**

En raison de l'existence d'un environnement propice, les législateurs des pays de Common Law se sont rapidement saisis de la question de l'alerte et ont établi sur le fondement des principes fondamentaux garantissant la liberté d'expression (A), des législations précurseuses en matière d'alerte (B).

### **A. Une tradition juridique commune et reposant sur la liberté d'expression**

La question de l'existence de traditions juridiques communes à certaines sociétés contemporaines a donné lieu à un rapprochement, communément accepté par la doctrine, entre le Canada et les Etats-Unis et qui a conduit à reconnaître la « *culture nord-américaine* »<sup>22</sup>.

Dans le cadre d'un questionnement sur la tradition juridique commune entre Canada et Etats-Unis, les auteurs Wim Vanderkerckhove, Tina Uys, Michael T. Rehg et A. J. Brown expliquent le rapprochement doctrinal classique utilisé en matière d'alerte. Selon la doctrine, et pour les besoins de la pratique, il existe donc des points communs entre ces pays, résidant dans la culture, les traditions et les catégories socio-culturelles et qui dépassent les frontières nationales. Cette culture commune reposerait sur le critère de la nationalité par le sol de l'individu et des parents (« *by identifying so called 'mainstream' respondents in North America defined as 'native English-speakers who were Born in North America and whose parents were Born in North America* »<sup>23</sup>). Le regroupement des anglophones nord-américains au sein d'une même catégorie est sujet à critique et des réserves sont formulées par la doctrine sur une systématisation stigmatisante notamment quant

---

<sup>22</sup> W. VANDEKERCKHOVE, T. UYS, Michael T. REHG and A.J. BROWN, Chapitre 2: *Understandings of whistleblowing: Dilemmas of societal culture*, (pages 35 à 70) dans A. J. BROWN, D. LEWIS, R. MOBERLY, W. VANDEKERCKHOVE, *International Handbook on Whistleblowing Research*, 2014, ISBN: 978-1-78100-678-8

<sup>23</sup> *Ibid.*

au manque d'homogénéité ponctuel au sein de la catégorie (the question raised is "*whether all English speakers in the United States and Canada can really be considered as one culture* »)<sup>24</sup>.

Nonobstant ces réserves, le rapprochement théorique des Etats-Unis et du Canada sous le chapeau d'une culture nord-américaine de Common Law est pertinent pour la comparaison de l'encadrement législatif en matière de lancement d'alerte. Les deux pays présentent une tradition juridique semblable favorable à la formalisation résultant précisément d'une culture politique commune.

L'expression première de la tradition juridique commune entre ces deux pays se retrouve dans la garantie de la liberté d'expression. La liberté d'expression est la source, la justification et le socle de l'acceptation et de l'encadrement juridique du droit d'alerte dans ces pays. L'idée du lanceur d'alerte serait déjà présente dans la pensée des « pères fondateurs » aux Etats-Unis et dès l'adoption de la Constitution à travers la reconnaissance et la garantie absolue des principes de liberté d'expression et de droit à l'information<sup>25</sup>. Dans l'ordre juridique américain, le principe de la liberté d'expression est établi dans le Bill of Rights de 1691, au premier amendement de la Constitution américaine qui dispose que « *Le Congrès n'adoptera aucune loi (...) pour limiter la liberté d'expression* »<sup>26</sup>. Ce principe est suprême et son respect est strictement garanti par la Cour Suprême des Etats-Unis. Dans l'ordre juridique canadien, le même principe est affirmé à l'article 2 de la Charte Canadienne des droits et libertés du 17 avril 1982 qui dispose : « *Chacun a les libertés fondamentales suivantes : (...) b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication* »<sup>27</sup>.

Le droit à la liberté d'expression figurant à l'article 11 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1789, partie intégrante de la Constitution française, a ainsi consacré un principe fondamental et a valeur constitutionnelle en France<sup>28</sup>. Cependant, le droit revêt moins de force et de puissance, puisque la jurisprudence administrative lui a trouvé une limite dans le respect de l'Ordre Public.

## **B. Des législations anciennes aux Etats-Unis et Canada**

Florence Chaltiel Terral dans « Les Lanceurs d'alerte » dispose que « *la tradition juridique anglo-saxonne apparait comme la plus favorable à la reconnaissance des lanceurs d'alerte, sans pour autant retenir une définition trop large de la catégorie. L'Amérique du Nord est un terrain d'étude*

---

<sup>24</sup> W. VANDEKERCKHOVE, T. UYS, Michael T. REHG and A.J. BROWN, Chapitre 2: *Understandings of whistleblowing: Dilemmas of societal culture*, page 39

<sup>25</sup> S. KHON, «*The Whistleblower's handbook: a step-by-step guide to doing what's right and protecting yourself*», (Third Edition), Lyons Press, mars 2017, ISBN 9781493028818 (1493028812)

<sup>26</sup> Premier amendement de la Constitution américaine (1787)- Bill of Rights:

« *Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.* »

<sup>27</sup> Article 2 de la Charte Canadienne des droits et libertés (17 avril 1982)

<sup>28</sup> Article 11 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme (1789) :

« *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* »

*privilegié des lanceurs d’alerte, comme le montrent les exemples des Etats-Unis et du Canada »<sup>29</sup>. Les Etats-Unis et le Canada sont les premiers Etats à s’être dotés de législations en matière d’alerte et celles-ci sont prises comme modèles par de nombreux Etats.*

Les Etats-Unis sont la première nation à avoir adopté une législation autorisant et encadrant l’alerte. Les législations américaines apparaissent comme « *vecteur d’un modèle ancien, fondé sur une conception de l’Etat et de la participation de chacun au bien commun. Ce modèle est sectoriel et spécifique* »<sup>30</sup>.

La première loi fédérale adoptée par le Congrès américain, historique en matière d’alerte est le False Claim Act <sup>31</sup>. Cette loi a été adoptée en 1863 dans un contexte et dans un but spécifique : celui de combattre les fautes commises par des fournisseurs du gouvernement pendant la Guerre de Sécession. Son adoption illustre parfaitement la facilité du législateur à reconnaître le droit d’alerte et l’encadrement de son exercice par l’établissement d’un régime d’alerte. La loi est de portée très générale et établit la procédure Qui Tam de lancement d’alerte par laquelle un individu peut divulguer auprès d’un juge une information dont il a connaissance au nom de l’Etat ou en son nom personnel<sup>32</sup>. Les dispositions historiques de l’acte ne sont pas désuètes et constituent encore aujourd’hui la principale procédure de divulgation des lanceurs d’alerte américains.

Des lois qui sont venues compléter le régime de l’alerte ont été adoptées bien après le False Claim Act, mais chronologiquement avant celles des autres pays où les environnements étaient peu propices à leur développement. Il s’agit du Whistleblower Protection Act<sup>33</sup> ayant pour objet d’apporter une protection juridique aux lanceurs d’alerte, adopté en 1989, puis le Dodd Frank Act<sup>34</sup> prévoyant le régime des récompenses et primes octroyées aux lanceurs d’alerte dans certaines procédures, adopté en 2010, ou encore dans l’IRS Whistleblower Law prévoyant des primes pour les aviseurs fiscaux. Florence Chaltiel Terral résume le dispositif législatif américain comme étant « *précurseur au regard de l’ancienneté des lois qui abordent l’alerte* »<sup>35</sup>. D’un point de vue chronologique, la formalisation du régime de l’alerte et du statut du lanceur d’alerte est donc la plus ancienne et la mieux ancrée dans la tradition juridique du pays.

Le législateur canadien, agissant au niveau fédéral, évolue également dans un environnement politique favorable et s’appuie sur une tradition juridique propice à la formalisation du régime de l’alerte et du statut des lanceurs d’alerte.

Le législateur canadien a adopté une loi relative à l’alerte et à la protection du lanceur d’alerte dans le domaine spécifique du secteur public fédéral. La loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles (Public Servants Disclosure Act)<sup>36</sup>, entrée en vigueur le 15 avril 2007, s’inscrit dans la continuité d’une législation et d’une tradition juridique encourageant l’alerte

---

<sup>29</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d’alerte*, Connaissance du droit 1ère édition, Editions Dalloz, Mai 2018 page 41

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code § 3729- 3733)

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> The Whistleblower Protection Act of 1989, (5 U.S. Code §2302(b)(8)-(9), Pub.L. 101-12)

<sup>34</sup> The Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, (Pub.L. 111–203), H.R. 4173, commonly referred to as Dodd–Frank)

<sup>35</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d’alerte*, page 42

<sup>36</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

et la protection de ses acteurs dans le secteur public. Dans le préambule de cette loi, le législateur canadien rappelle l'ancrage constitutionnel du principe d'alerte et les principes fondamentaux que sont le droit à la justice naturelle et la liberté d'expression.

La comparaison chronologique des processus législatifs en matière de droit d'alerte révèle que les pays nord-américains de tradition Common Law (Canada et États-Unis) ont adopté très tôt des législations par rapport à d'autres États de tradition de Civil Law, comme la France. L'adoption de ces législations anciennes et précurseuses s'explique par le fait que les États présentaient des environnements politiques propices à la reconnaissance de l'alerte et que les lois se sont inscrites logiquement dans la continuité d'une tradition juridique.

Si la formalisation en matière d'alerte et de protection des lanceurs d'alerte s'est effectuée à vitesse variable, tous les autres États ont fini par adopter (ou sont en cours d'adoption) des dispositifs législatifs. Cette adoption, quoique tardive, a été rendue nécessaire par l'apparition d'un besoin de protéger les lanceurs d'alerte, acteurs exposés à une multitude de risques.

## **Section 2. L'encadrement des droits du lanceur d'alerte, une nécessité s'imposant dans tous les pays**

La formalisation en matière d'alerte et d'encadrement des droits des lanceurs d'alerte est apparue nécessaire depuis les vingt dernières années. Les législateurs nationaux, qu'ils agissent dans des environnements favorables ou réticents à l'acceptation de l'alerte ont été contraints à adopter des régimes spécifiques. Ainsi, il résulte de l'existence de pressions de fait, pesant et créant un contexte contraignant sur le législateur (I), que tous les États se sont dotés de régimes propres aux lanceurs d'alerte et à leur protection (II).

### **I. L'existence de pressions de fait pesant sur les législateurs nationaux**

Les législateurs nationaux ont été contraints, par des pressions de fait exercées sur eux, de procéder à l'encadrement juridique de l'exercice du droit d'alerte et du statut du lanceur d'alerte. Ce contexte particulier résulte de la conjonction de l'influence de la "soft law" sur les législateurs nationaux (A) et du besoin d'une législation de réaction en matière d'alerte (B).

#### **A. L'influence de la soft law pour l'élaboration du statut du lanceur d'alerte**

L'action des législateurs nationaux a été influencée par la création progressive d'une soft law en matière d'exercice du droit d'alerte et de protection des acteurs, résultant de l'action des associations nationales et internationales et des organes inter étatiques. La notion du lanceur d'alerte est prise en considération par une multitude d'acteurs qui « *interviennent auprès des pouvoirs publics pour convaincre de la nécessité de protéger des lanceurs d'alerte* »<sup>37</sup>. Analyser le pouvoir de la soft law sur l'action du législateur nécessite de comprendre comment l'action de membres de la société civile, de la doctrine, des lobbies et associations ou encore d'organes interétatiques peuvent influencer, pousser et orienter le législateur dans son travail de formalisation.

En premier lieu, l'action des associations nationales et internationales est déterminante dans la reconnaissance d'un statut juridique des lanceurs d'alerte : celles-ci « *interviennent selon leur domaine de compétence (lutte contre la corruption, protection de l'environnement, santé publique etc) pour peser sur les réformes, convaincre du bien-fondé de l'alerte, influencer le contenu des décisions publiques* ». La pression qu'elles exercent sur le législateur est directe. La proposition de

---

<sup>37</sup> J.-F. KERLEO « *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 12



loi relative à la meilleure protection des lanceurs d'alerte déposée le 29 mars 2016<sup>38</sup> est, par exemple, la conséquence directe de l'action des syndicats, associations et ONG qui avaient demandé « *une meilleure protection des lanceurs d'alerte* » en lançant des pétitions et menant une véritable « *campagne de plaidoyer* »<sup>39</sup>. Des actions sont régulièrement lancées pour dénoncer les problématiques liées à la question des lanceurs d'alerte et rappeler le besoin de l'adoption de dispositifs protecteurs. L'association Fondation Sciences citoyennes a, par exemple, organisé un colloque le 17 décembre 2013 portant sur les lanceurs d'alerte : « *Alerte, expertise et démocratie* »<sup>40</sup>. Afin d'influencer le législateur, ce débat a été l'occasion de penser un nouveau dispositif pour le lanceur d'alerte : envisager et discuter des pistes de définitions du terme de « lanceur d'alerte », des dispositions du régime applicable, ou encore de concevoir des organes protecteurs. L'association ONG allemande Whistleblower-Netzwerk, constituée de lanceurs d'alerte, s'est également attachée à faire évoluer la législation allemande. Soutenant les initiatives citoyennes, dénonçant le besoin de protection légale des lanceurs d'alerte et d'une formalisation générale en la matière, elle a par exemple établi une liste de toutes les initiatives lancées en ce sens qu'elles soient citoyennes ou émanant de gouvernants. La dernière recensée est la déclaration de la ministre de la Justice en novembre 2017 : « *Etant donné l'importance des révélations des lanceurs d'alerte (...) il faudrait envisager la mise en place d'une législation spécifique* ».

L'action des associations est internationale. Celles-ci agissent aussi bien dans les pays où des législations sont mises en place que dans ceux où la notion d'alerte a été mise de côté dès lors que la tradition juridique nationale n'était ni familière ni propice au développement de l'idée du lanceur d'alerte.

Aux Etats-Unis, les associations assument notamment un rôle d'accompagnement des lanceurs d'alerte via l'organisation de débats publics. Le Whistleblowing Center joue un rôle fondamental : « *Son site web est très détaillé, il fournit des informations pertinentes sur les droits depuis presque trente années, il a été à l'origine de deux lois très importantes de lutte contre la corruption et pousse à l'amélioration des lanceurs d'alerte* »<sup>41</sup>.

Au Canada, l'agence étatique Federal Accountability and Reform Initiative (FAIR) pousse le législateur fédéral à adopter des dispositions protectrices au bénéfice des lanceurs d'alerte victime de représailles s'accordant avec les objectifs légaux de non-discrimination, de préservation de l'environnement et des préoccupations relatives à la sécurité<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> Proposition de loi auprès de l'Assemblée nationale, n°3607, 29 mars 2016, présentée par Y. Galut

<sup>39</sup> E. ALT, « *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte- à propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016* », JCP, Ed. Gén., 23 janvier 2017, pages 90 et suivantes

<sup>40</sup> « *Alerte, expertises, démocratie* », colloque de la Fondation Sciences Citoyennes, tenu le 17 décembre 2013 au Palais du Luxembourg, actes non publiés (vidéos disponibles en ligne : <http://sciencescitoyennes.org/videos-du-colloque-alerte-expertise-et-democratie/>)

<sup>41</sup> Whistleblowing Center: ( <http://www.whistleblowers.org>)

<sup>42</sup> D. LEWIS, T. DEVINE, P. HARPUR, Chapitre 15: *The key to protection: Civil and employment law remedies*, dans A. J. BROWN, D. LEWIS, R. MOBERLY, W. VANDEKERCKHOVE, *International Handbook on Whistleblowing Research*, 2014, ISBN: 978-1-78100-678-8

« *However, Canadian Rights are not Stagnant. Spurred by Canada's only public interest organization focused on whistleblowing rights, Federal Accountability and Reform Initiative (FAIR), a trend is emerging to ensure that anti-retaliation provisions comply with anti- discrimination, environmental and occupational safety laws and most importantly, the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*As a result of an effective and focused media campaign, FAIR has underscored the requirement that due process rights be consistent with that of the organic statute. »*

Acteur international majeur et source d'une pluralité de documents pour la protection des droits des lanceurs d'alerte, l'association non gouvernementale Transparency International joue un rôle très important voire déterminant dans des processus législatifs nationaux. Nicole Marie Meyer, responsable alerte éthique au sein de l'association, dans un article engagé, décrit l'action de Transparency International dans la protection des lanceurs d'alerte. Les actions de l'association sont multiples : il s'agit d'abord de créer « *une cellule de soutien aux victimes* » et d'assurer la « *coordination des organisations de la société civile en faveur du droit d'alerte* »<sup>43</sup>. Ensuite l'action de l'association, au delà de la simple dénonciation des lacunes législatives, consiste à faciliter le travail législatif et l'influencer et ce en apportant « *une expérience comparatiste du mouvement, une expertise législative et parlementaire et l'élaboration d'un plaidoyer* »<sup>44</sup>. La réflexion peut également avoir lieu par le biais de l'organisation de colloque de réflexion et la publication de rapports.

En second lieu, l'action des associations et des lobbies est conjointe et se rapproche de celle de certains organismes internationaux qui ont également identifié un besoin de formalisation au sein des démocraties actuelles.

« *A un échelon supérieur, ce sont les ordres juridiques qui s'affrontent autour de la notion* »<sup>45</sup>: Les normes et les décisions d'organes supra-étatiques jouent un rôle dans l'adoption de législations nationales. Le risque de conflit entre ordre juridique interne (législation nationale sur l'alerte) et les ordres juridiques externes et internationaux (Les normes contraignantes ou non, les chartes, les directives ou encore des jurisprudences) poussent les législateurs à se conformer aux prescription de tels acteurs. A titre d'exemple, le Conseil de l'Europe a un pouvoir influent en matière d'établissement du droit d'alerte tant au sein des ordres juridiques internes d'Etats signataires de la Convention qu'au sein de l'ordre juridique européen. Il est intéressant d'observer, par exemple, que « *Si la reconnaissance des lanceurs d'alerte est en chantier au sein de l'Union européenne, c'est sous l'influence du droit européen, notamment du Conseil de l'Europe* »<sup>46</sup>. Face à une lacune du droit communautaire, la Cour européenne des droits de l'homme s'est saisie de la question et a, sur le fondement du principe de la liberté d'expression (article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme) reconnu le droit d'alerte et la protection du lanceur d'alerte dans l'arrêt *Guja c. Moldavie* rendu le 21 février 2008<sup>47</sup>. Ainsi la Cour définit les contours d'un droit d'alerte et fait peser sur les Etats le risque d'être sanctionné en cas de non-conformité de leurs législations avec son interprétation de la protection des lanceurs d'alerte<sup>48</sup>. Dès lors, la jurisprudence de la Cour

---

<sup>43</sup> N. M. MEYER, *Lanceurs d'alerte, les enjeux démocratiques*, pages 383 à 396 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> J.-F. KERLEO « *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 46

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 12 février 2008, *Guja c/Moldavie*, n°14277/04; JurisData n°2008-010477; JCP G 2008, I, 167, n°18, obs. F. Sudre

<sup>48</sup> Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 21 juillet 2001, *Heinisch c. Allemagne*, n°28274/08; Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 9 juin 2012, *Tanasoica c. Roumanie*, n°3490/03; Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie* n° 40238/02

impose nécessairement aux législateurs nationaux d'adopter des législations protectrices, correspondant aux exigences qu'elle a déterminées.

Au delà de la pression juridictionnelle exercée par le Conseil de l'Europe sur les Etats, l'adoption et la publication de certains textes par des organes inter-étatiques tendent à influencer et inspirer les législateurs nationaux dans leur réflexion. La recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 30 avril 2014<sup>49</sup>, visant à établir une définition conceptuelle des lanceurs d'alerte a, par exemple, influencé le travail des législateurs de l'Union Européenne dans le travail autour du projet de directive européenne.

Ainsi, pèsent sur les législateurs nationaux des pressions de fait, exercées par une multitude d'acteurs nationaux, internationaux, publics ou privés et qui influent directement sur leur action, tant dans l'initiative de la formalisation que dans le contenu des lois adoptées.

## **B. La législation « de réaction » en matière d'alerte**

L'intervention législative en matière d'alerte intervient généralement en réaction à un évènement : la réaction peut intervenir suite au constat de l'inadaptation d'un régime juridique face à la circulation de modèles internationaux, ou encore à la suite de scandales médiatisés.

Dans son étude sur les lanceurs d'alerte, le Conseil d'Etat a dénoncé l'inadaptation du régime juridique français en matière d'alerte professionnelle, et dès lors a appelé le législateur français à intervenir en la matière<sup>50</sup>. Il a mis en évidence le fait que dans un monde globalisé les échanges et la circulation ne se résument pas seulement aux échanges commerciaux, mais que ceux-ci engendrent la circulation et la diffusion des modèles juridiques. Il apparaît que l'organisation simplifiée et le fonctionnement plus libéral des sociétés américaines a ainsi inspiré de nombreuses entreprises françaises. On a pu retrouver dans ces dernières les dispositifs appliqués dans les sociétés américaines et tirés de leurs propres expériences. De plus, le Conseil d'Etat dans ce même rapport a également mis en évidence le fait que des lois étrangères trouvaient à s'appliquer au sein d'entreprises françaises et que, dès lors, l'intervention législative était nécessaire. L'influence directe de l'adoption de la loi Sarbanes-Oxley (SOX)<sup>51</sup> en juillet 2002 sur les sociétés françaises permet d'illustrer ce phénomène. L'obligation de mettre en place des mécanismes d'alerte interne dans les sociétés dont les titres sont cotés aux Etats-Unis et à leur filiales, américaines ou étrangères, prévue la loi Sarbanes-Oxley, a en effet conduit les sociétés françaises à prévoir de tels mécanismes dans leurs statuts ainsi qu'à adopter des codes et chartes éthiques.

Cette diffusion de modèles internationaux appelle une réaction des législateurs nationaux qui doivent nécessairement adapter leurs lois aux besoins de la pratique.<sup>52</sup> La législation en matière d'alerte est tout d'abord une législation de réaction dans un objectif d'adaptation du droit à la pratique.

---

<sup>49</sup> Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte (adoptée par le Comité des Ministres le 30 avril 2014, lors de la 1198<sup>e</sup> réunion des Délégués des Ministres) [http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-d-alerte/?utm\\_term=Au-tofeed&utm\\_campaign=Echobow&utm\\_medium=Social&utm\\_source=Twitter#link\\_time=1496211445](http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-d-alerte/?utm_term=Au-tofeed&utm_campaign=Echobow&utm_medium=Social&utm_source=Twitter#link_time=1496211445)

<sup>50</sup> « *Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger* », Etude adoptée le 25 février 2016 par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, la Documentation française 2016

<sup>51</sup> The Sarbanes–Oxley Act of 2002 (Pub.L. 107–204, 116 Stat. 745)

<sup>52</sup> J.-F. KERLEO « *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 37

Le constat le plus frappant est celui que la législation en matière d'alerte est le plus régulièrement adoptée à la suite d'un scandale médiatisé qui a fait apparaître une lacune dans le régime juridique. Le législateur peut intervenir pour établir un régime là où une l'insécurité juridique totale est née de l'absence de régulation, ou bien pour perfectionner un régime ayant révélé ses limites, ou enfin pour mettre fin à un doute sur l'interprétation d'une loi existante. En 2010, l'OCDE a publié un rapport soulignant précisément le fait la législation en matière de lancement d'alerte est « habituellement adoptée a posteriori, en réaction à un scandale plutôt que dans un souci de prévoyance »<sup>53</sup>.

En France, par exemple, la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a été adoptée par le législateur suite au scandale du Mediator. Dans l'affaire, une médecin pneumologue, Irène Frachon, avait révélé la présence d'une substance (le « benfluorex ») dans le médicament, produit et commercialisé par les laboratoires Servier de 1976 à 2009, et qui aurait été à l'origine du décès de milliers de malades.

Ainsi les législateurs des Etats, qu'ils travaillent dans la continuité de traditions juridiques favorables à l'acceptation de l'alerte ou, à l'inverse, dans des environnements hostiles se sont retrouvés contraints à répondre à un besoin de reconnaissance et de protection des lanceurs d'alerte. La nécessité de la formalisation; mise en évidence par une pluralité d'acteurs; a conduit à l'adoption de législations récentes et abouties sur les lanceurs d'alerte. A l'instar de la France, les législateurs nationaux se sont saisis, même tardivement, des questions soulevées à l'occasion d'affaires et de scandales.

## **II. La multiplication des dispositifs nationaux sur le lanceur d'alerte**

Pour répondre au besoin identifié de légiférer sur la matière de l'alerte et afin d'assurer une protection du lanceur d'alerte, exposé à une multitude de risques en la matière, les législateurs nationaux se sont chacun saisis de la matière. Ils ont établi, comme en France (A) ou perfectionné, comme dans les pays anglo-saxons (B) les régimes juridiques applicables à l'exercice du droit d'alerte et à la protection du lanceur d'alerte.

### **A. La saisie récente de la question de l'alerte et du lanceur d'alerte en France**

En France, la formalisation juridique du concept de lanceur d'alerte et l'affirmation de ses droits et de ses protections a été tardive. Ce retard s'explique en raison de l'hostilité générale de l'environnement politique à la notion d'alerte. Le contexte actuel de pressions exercées sur le législateur a néanmoins conduit le pays à se doter d'une législation récente et aboutie en matière d'alerte et ce afin de répondre à un besoin d'encadrement de l'exercice de l'alerte et de protection des acteurs. L'évolution forcée de la conception de l'alerte en France a ainsi conduit l'état à se doter de différentes législations; tout d'abord incomplètes et sectorielles et enfin, en 2016, d'une loi globale relative aux lanceurs d'alerte.

Les premières règles en matière d'alerte en France ont été adoptées dès le début des années 2000 et se trouvaient dans des lois spécifiques et sectorielles.

Dans le domaine économique et financier, le droit a entendu encadrer les dispositifs d'alerte professionnelle afin de réagir au fait que les entreprises françaises « *ont été conduites à se doter de dispositifs d'alerte professionnelle en matière comptable et financière, sous l'influence de législations étrangères à portée extra territoriales* »<sup>54</sup>. L'internationalisation des droits et leurs conflits, comme le phénomène créé et sus-décrit de l'influence des règles de la loi américaine

---

<sup>53</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 77

<sup>54</sup> *Ibid.*

Sarbanes Oxley 2002, ont été le premier facteur de formalisation de l'alerte en droit français. La loi du 1er août 2003 relative à la sécurité financière<sup>55</sup> a été adoptée dans ce contexte et prévoit notamment, afin de répondre aux exigences de ces lois étrangères, de renforcer les contrôles internes à l'entreprise et de moderniser les autorités chargées de contrôle comme l'Autorité des Marchés Financiers. Le législateur est ensuite venu préciser le régime de ces contrôles et de protection des salariés, acteurs de l'alerte. Les hypothèses d'application de ces lois étaient néanmoins limitées au champ d'application de la loi de 2003 c'est-à-dire aux sociétés anonymes françaises opérant dans le secteur économique et financier.

Dans le domaine de la fonction publique, certaines lois ont également été adoptées afin de répondre aux exigences nouvelles et révélées de protection du fonctionnaire lanceur d'alerte. Il s'agit des lois du 11 octobre 2013 et du 6 décembre 2013 respectivement relatives à la transparence de la vie publique, et à la lutte contre la fraude fiscale et de la grande criminalité économique<sup>56</sup>. Le champ d'application de ces lois était néanmoins restreint à certaines hypothèses spécifiques de dénonciation de faits de corruption ou de conflits d'intérêts au sein de la fonction publique.

Comme sus-exposé, les domaines de la santé et de l'environnement ont également été concernés par la question de l'alerte, et ce en réaction au scandale sanitaire révélé par la lanceur d'alerte Irène Frachon. Les textes législatifs, comme la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé<sup>57</sup> ou la loi du 16 avril 2013 sur l'alerte sanitaire et environnementale<sup>58</sup> ont, dans ce domaine, également été adoptés très tardivement et en réaction à une affaire avec une portée limitée.

Le législateur ne s'est véritablement saisi de la question des lanceurs d'alerte dans sa globalité que très récemment. L'adoption de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique<sup>59</sup> a créé la catégorie juridique des lanceurs d'alerte et leur a conféré un régime juridique propre de droits et protections mais également d'obligations.

Ainsi, l'analyse chronologique du processus législatif ayant conduit à l'adoption d'un véritable régime propre au lanceur d'alerte en France montre que la formalisation a été très lente en France et compliquée à mettre en place. Si les premières interventions législatives ne sont intervenues que très tardivement, dans les années 2000, elles sont apparues dans des hypothèses particulières de réaction : limitées à certains domaines, et octroyant des droits limités aux lanceurs d'alerte. La véritable reconnaissance législative (et la formalisation) n'a été "aboutie" que dans le cadre de la récente loi du 9 décembre 2016, et ce afin de répondre à une demande grandissante de protection des lanceurs d'alerte.

---

<sup>55</sup>Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière

<sup>56</sup> Loi 11 octobre 2013 ( L. n°2°13-907, 11 octobre 2013; JO 12 octobre 2013; JCP E 2013, act 823) relative à la transparence de la vie politique crée la Haute autorité pour la transparence de la vie politique.  
Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

<sup>57</sup> La loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JO 30 décembre 2011 p.22667

<sup>58</sup> Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

<sup>59</sup> Loi 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ( L. n° 2016-1691, 9 décembre 2016: JO 10 décembre 2016; JCP A 2016, act 960; JCPA2017, 2027 et 2028)

## B. La perfection des législations anciennes face à certains scandales

Si la France s'est dotée d'un régime nouveau afin de répondre à un contexte actuel de besoin de reconnaissance et de protection des lanceurs d'alerte, les législateurs des Etats-Unis et Canada ont également du adapter leurs dispositifs juridiques aux nouveaux défis.

Au gré des scandales et des évolutions de la pratique en matière d'alerte au Canada et aux Etats-Unis, les régimes anciens se sont, comme on a pu le voir, développés et perfectionnés. Dans ces Etats, où la reconnaissance de l'alerte est facilitée et encouragée, les législateurs ont le souci d'adopter la meilleure législation possible et la formalisation est encore d'actualité.

Ainsi, quelle que soit la vitesse de formalisation en matière d'alerte, la nécessité actuelle d'un besoin de protection des acteurs de l'alerte a imposé à tous un besoin de légiférer en la matière. Les différents Etats que sont les Etats-Unis, la France et le Canada disposent tous trois aujourd'hui si ce n'est de régimes similaires en matière d'alerte et de lanceurs d'alerte, de régimes entendant répondre aux mêmes problématiques soulevées et besoins identifiés.

Dans une analyse comparée des régimes américain et français en matière de lancement d'alerte, Jean-Philippe Foegle établit que dans « *Deux Etats comme la France et les Etats-Unis où les conceptions de l'individu et de la liberté d'expression comme de l'espace public sont très différentes connaissent une convergence des règles juridiques relatives aux lanceurs d'alerte* »<sup>60</sup>. La réponse de chaque législateur national au besoin de protection des lanceurs d'alerte, nonobstant l'environnement surdéterminant favorable ou hostile à la matière, pourrait ainsi conduire à une homogénéisation des régimes juridiques.

---

<sup>60</sup> Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis, Jean-Philippe FOEGLE, La Revue des droits de l'Homme (online), 6/2014, Online depuis le 29 novembre 2014. URL: <http://revdh.revues.org/1009> ; DOI 10.4000/revdh.1009

## **Chapitre 2. Formalisation à géométrie variable**

La reconnaissance de la catégorie des lanceurs d’alerte dans les ordres juridiques américain, canadien et français est fonction du champ reconnu à l’exercice du droit d’alerte respectivement dans le secteur public et le secteur privé. Ainsi la comparaison des systèmes révèle une formalisation à géométrie variable distinguant la parole donnée à l’agent public (Section 1) ou dans la parole donnée au salarié du secteur privé (Section 2).

### **Section 1. La parole donnée à l’agent public**

Les trois systèmes juridique américain, canadien et français ont en commun de décomposer l’appréhension de l’alerte donnée par un agent public : le souci de reconnaître et d’encadrer le droit à la parole (I), puis dans l’exercice de l’alerte, la nécessité de saisir les limites de la liberté d’expression du fonctionnaire (II).

#### **I. La reconnaissance hétérogène d’un droit d’alerte du fonctionnaire et son encadrement législatif**

La comparaison des différents processus d’encadrement législatif du droit d’alerte du fonctionnaire au sein des systèmes français, canadien et américain révèle tant une volonté commune d’accorder un droit de parole (A) qu’un souci politique d’encadrement de son exercice dans les différents systèmes (B).

##### **A. L’établissement législatif unanime d’un droit d’alerte de l’agent public**

Le droit général d’alerte de l’agent public a été reconnu unanimement par tous les systèmes juridiques et est considéré comme le terrain de prédilection du droit d’alerte. Les législations s’accordent dans l’établissement d’un droit d’alerte du fonctionnaire et ce afin de répondre à l’objectif fondamental commun de la préservation des intérêts de l’Etat.

Le préambule de la Loi fédérale canadienne sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles précise les ambitions portées par la loi: « *La fonction publique est une institution nationale essentielle au fonctionnement de la démocratie parlementaire canadienne; qu’il est dans l’intérêt public de maintenir et d’accroître la confiance du public dans l’intégrité des fonctionnaires ; que la confiance dans les institutions ne peut que profiter d’un régime de divulgation interne et de protection des divulgateurs* »<sup>61</sup>. Les enjeux communs attachés aux législations en matière d’alerte dans le secteur public sont ainsi mis en lumière : la protection de la démocratie et l’intérêt public à travers le maintien de la confiance dans les institutions et la garantie d’intégrité des administrations publiques. L’intervention des lanceurs d’alerte dénonçant des illégalités ou des risques dans le secteur public permet ainsi d’assurer la transparence démocratique, garantie du bon fonctionnement et de la stabilité des institutions. La question du droit d’alerte de l’agent public s’inscrit donc dans une volonté démocratique des législateurs et, dès lors, nécessairement politique.

Aux Etats-Unis, la première législation en matière de lancement d’alerte illustre le caractère politique de la matière. Le False Claim Act<sup>62</sup> est adopté par le Congrès en 1863 dans le contexte particulier de la guerre de Sécession afin de combattre les fraudes commises par des fournisseurs du

---

<sup>61</sup> Préambule du Public Servants Disclosure Protection Act (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>62</sup> The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code § 3729- 3733)

gouvernement<sup>63</sup>. La construction législative du droit d'alerte de l'agent public aux Etats-Unis est la plus ancienne et fondatrice de l'ensemble du dispositif général du *whistleblowing*. Le modèle américain est décrit comme un modèle sectoriel, dans la mesure où il « *est principalement orienté sur la dimension d'atteinte aux intérêts de l'Etat et notamment aux règles fiscales* »<sup>64</sup>.

Le False Claim Act, législation fédérale, a pour objet d'encourager le signalement des fraudes à l'encontre de l'Etat fédéral<sup>65</sup> à travers l'établissement de la procédure Qui tam (développée dans la partie 2). Aux Etats-Unis, l'établissement du droit d'alerte se veut pragmatique et efficace dans sa lutte « *contre la fraude fiscale et la fraude aux intérêts économiques et financiers américains* »<sup>66</sup>. Le False Claim Act a été codifié en 1986, puis modifié en 2009 par le Fraud Enforcement and Recovery Act et par le Patient Protection and Affordable Care Act de 2010<sup>67</sup> « *dans le but explicite de contribuer à la réduction de la criminalité financière en encourageant l'action des lanceurs d'alerte dans le domaine des fraudes* »<sup>68</sup>. Le droit d'alerte de l'agent public a également été complété par des législations protectrices, adoptées en réaction à des affaires comme celles des *Pentagon Papers* en 1971 ou du *Watergate* en 1972. On peut citer, par exemple, le Civil Service Reform Act<sup>69</sup> qui a ainsi pour objet de protéger l'agent public lanceur d'alerte et qui crée une autorité de l'alerte: l'*Office of Special Counsel*<sup>70</sup>.

Au Canada, le législateur s'est appliqué à établir un droit fédéral précis en matière de lanceur d'alerte agent public. Florence Chaltiel Terral précise que dans le pays, « *Le secteur public est le terrain d'élection des législations relatives aux lanceurs d'alerte* »<sup>71</sup>: il apparaît en effet que l'Etat fédéral n'a abordé le lancement d'alerte uniquement sous l'angle de la dénonciation au sein du secteur public et de l'administration, au détriment de législations au profit de lanceurs d'alerte dans le secteur privé. La loi fondatrice en la matière et qui constitue la référence législative en matière d'alerte est le *Public Servants Disclosure Act ou Loi fédérale sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, entrée en vigueur le 15 avril 2007<sup>72</sup>. Le droit d'alerte qui y est reconnu aux agents du secteur public est celui de « *tirer la sonnette d'alarme en cas d'acte imminent ou effectif qui serait estimé contraire à l'intérêt général* »<sup>73</sup>. La loi est complète puisqu'elle pose le cadre et les conditions générales du droit d'alerte, le système et la procédure de signalement ainsi que les garanties et protections accordées aux lanceurs d'alerte.

---

<sup>63</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 40

<sup>64</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 43

<sup>65</sup> D. POLLET-PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, pages 139 à 152 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

<sup>66</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 40

<sup>67</sup> Fraud Enforcement and Recovery Act, Pub. L.111-21, S. 386, 123. Stat. 1617  
Recovery Act et par le Patient Protection and Affordable Care Act, Pub. L. 111-148, 124 Stat.119

<sup>68</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 12

<sup>69</sup> The Civil Service Reform Act of 1978, (Pub.L. 95-454, 92 Stat. 1111)

<sup>70</sup> D. POLLET-PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, pages 139 à 152

<sup>71</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 44

<sup>72</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>73</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 44



Le préambule sus-cité précise les objectifs et ambitions portées par la loi. Pour Florence Chaltiel Terral, le droit d’alerte au Canada s’inscrit dans une logique cohérente de réflexion autour du fonctionnement de l’administration ; ce droit d’alerte s’inscrit alors « *dans la continuité, qui commence par la création d’un environnement de travail où le dialogue sur les valeurs et l’éthique est encouragé, où les employés se sentent à l’aise de soulever leurs préoccupations sans craintes de représailles et où l’on encourage la bonne conduite* »<sup>74</sup>.

La construction française en matière de droit d’alerte du lanceur d’alerte fonctionnaire, empreinte de méfiance et de timidité du législateur à reconnaître le mécanisme, a été plus lente. La codification, aboutissant à la reconnaissance d’un droit général du fonctionnaire, a eu lieu en trois temps : du droit de la fonction publique classique et des hypothèses restreintes aux législations sectorielles des années 2000, jusqu’à la reconnaissance du droit d’alerte dans la *loi globale du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*- dite loi Sapin II <sup>75,76</sup>.

Ainsi dans un premier temps, un droit d’alerte de la fonction publique a primitivement été instauré pour les situations « *présentant un danger grave et imminent pour la vie ou la santé des personnes* » pour trois types d’agents publics : la fonction publique de l’Etat, la fonction publique territoriale et la fonction publique hospitalière<sup>77</sup>. Les premiers textes en la matière n’ont été adoptés qu’à partir de l’année 2007 et ne constituaient qu’une prémisse « *très parcellaire et restrictive* »<sup>78</sup> de reconnaissance du droit d’alerte du fonctionnaire. En effet, le législateur avait, à l’époque, fait le choix d’une « *protection fractionnée, par domaines de l’alerte* »<sup>79</sup>. Par la suite, les loi du 6 décembre 2013 relative à la fraude fiscale et grande délinquance économique et financière, complétée et la loi correctrice du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations du fonctionnaire sont venues établir le premier droit d’alerte du fonctionnaire et lui associer une protection<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d’alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 44

<sup>75</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d’alerte*, pages 55 à 73

<sup>76</sup> Loi 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>77</sup> Pour les dispositions établissant le droit d’alerte dans la fonction publique:

- Décret n°82-453 du 28 mai 1982 relatif à l’hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu’à la prévention médicale dans la fonction publique
- Décret n° 95-715 du 9 mai 1995 relatif à la situation des fonctionnaires et ouvriers de l’Etat (fonction publique territoriale)
- L4111-1 du Code du Travail (fonction publique hospitalière)

<sup>78</sup> A. BILLARD, M. DURANTON, J-P. FOEGLE, T. MARTIN-TEODORCZYK, « *Le “milieu du gué” de la protection législative des lanceurs d’alerte* », La revue des droits de l’Homme, mai 2014

<sup>79</sup> D. POLLET-PANOUSSIS, *L’agent public, lanceur d’alerte*, page 140

Pour des exemples de législations spécifiques:

- loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, JO 14 novembre 2007 p. 18648
- loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JO 30 décembre 2011 p.22667

<sup>80</sup> Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JO 7 décembre 2017 , p. 19941

Loi n° 2016- 483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits du fonctionnaires JCP A 2016, 2172 à 2177

L'adoption de la loi Sapin II substitue à ces législations sectorielles et parcellaires une reconnaissance globale du droit d'alerte et de protection du lanceur d'alerte dont va pouvoir bénéficier l'agent public. La définition donnée à l'article 6 de la loi Sapin II ne distingue pas selon que le lanceur d'alerte est un agent public ou un salarié, mais exige seulement que le lanceur d'alerte soit « *une personne physique qui révèle ou signale* », termes ayant vocation à inclure l'agent public dans son champ d'application.

## **B. La précision des champs d'application : géométrie variable entre les systèmes**

Si l'existence d'un droit général d'alerte a été unanimement reconnu dans les systèmes juridiques américain, canadien et français, la comparaison des différents champs reconnus de l'alerte conduit à observer l'absence d'uniformité. Dès lors que la consécration d'un droit d'alerte du fonctionnaire est établie dans le souci de préserver les intérêts personnels de l'Etat, celui-ci revêt un caractère politique qui suppose la précision des limites de l'action. L'encadrement et la précision du champ d'application du droit d'alerte de l'agent public sont définis par les législateurs nationaux en fonction de facteurs inhérents aux considérations politiques nationales et ce dans le but de préserver la souveraineté de l'Etat. Le législateur national met ainsi en balance l'intérêt d'un droit d'alerte dans la fonction publique et la nécessité de protection de domaines régaliens contre la divulgation d'informations, ce qui aboutit à la reconnaissance de droits d'alerte à géométrie variable entre les Etats-Unis, le Canada et la France.

La précision du champ d'application de l'alerte peut résulter d'une limitation explicite du champ d'application de la loi ou bien alors être déduit d'un silence de la loi sur un certain domaine, constituant alors une exclusion implicite du champ d'application.

Aux Etats-Unis et au Canada, pays où les législations en matière de droit d'alerte de l'agent public sont spécifiques à la matière, la définition du champ d'application est souvent contenue dans un article de cette même loi.

La loi fédérale canadienne de 2007<sup>81</sup> est précise dans la délimitation du champ de l'alerte dans le secteur public : elle énumère les acteurs de l'alerte, les organes faisant l'objet d'une alerte mais également les secteurs et divulgations exclus. Le champ d'application de la loi est extrêmement large puisque son domaine est « *le secteur public fédéral* », soit « *40 000 fonctionnaires, travaillant dans les ministères et organismes, les sociétés d'Etat, la gendarmerie royale du Canada et d'autres organismes du secteur public fédéral* »<sup>82</sup>. Le législateur canadien a précisé l'exclusion de certains secteurs qui « *compte tenu de leur nature spécifique et régaliennne, relèvent de régimes particuliers* »<sup>83</sup>; il s'agit des « *Forces canadiennes, le Service canadien renseignement de sécurité et le centre de sécurité des télécommunications* »<sup>84</sup>.

Aux Etats-Unis, on retrouve également des exclusions du champ d'application de certaines lois en matière de whistleblowing révélatrices de volonté de protection des prérogatives de puissance publique et des domaines régaliens. A titre d'exemple, le Whistleblower Protection Act<sup>85</sup> visant à apporter une protection aux lanceurs d'alerte trouve une limite dans les questions de sécurité

---

<sup>81</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>82</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 43

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>85</sup>The Whistleblower Protection Act of 1989, (5 U.S. Code §2302(b)(8)-(9), Pub.L. 101-12)

intérieure. En effet, il exclut de son champ d'application les employés des secteurs les plus sensibles: « *les employés fédéraux de nombreuses organisations liées au pouvoir exécutif ou au renseignement* »<sup>86</sup> comme les salariés de la NSA, du FBI, de la CIA ou du service postal gouvernemental (UPS)<sup>87</sup>. Stéphanie Guibaud soulève les problématiques liées aux limitations du champ de l'alerte aux Etats-Unis et donc l'absence ou l'exclusion de protections dans de telles hypothèses: « *Les cas de l'analyste militaire Chelsea Manning et de l'information Edward Snowden rentrent dans ces exceptions. Il faut mentionner une autre restriction à l'application de cette loi : les employés de la poste américaine (UPS, de la NSA (pour laquelle travaillait Edward Snowden) ou encore du FBI ne peuvent en bénéficier*<sup>88</sup> ». Les lanceurs d'alerte américains, appartenant à des agences gouvernementales ne peuvent pas profiter des garanties et protections légales au motif qu'ils ont procédé à des dénonciations illégales (dès lors qu'ils étaient exclus du champ des lois).

En France, dès lors que l'instauration de la loi Sapin II a créé une définition globale du lanceur d'alerte, la limitation du champ d'alerte en fonction de la personnalité du lanceur d'alerte n'est pas de mise. La loi prévoit néanmoins des cas de limitation de la liberté d'expression du lanceur d'alerte provenant du contenu de la divulgation (ci-après exposé). Trivialement, sont exclus de la qualification de lanceurs d'alerte les personnes ne correspondant pas à la définition et aux critères exigés dans la définition de l'article 6. En France, la question du champ de l'alerte se pose sous un angle d'approche différent. Certains auteurs soulèvent la question de l'inclusion de certains secteurs d'activités dans le régime prévu par la loi Sapin II.

Fabrice Bin s'interroge<sup>89</sup> sur le droit d'alerte reconnu en matière fiscale : « *Si la notion a été particulièrement développée dans le domaine de la santé publique où plusieurs scandales ont été rendus publics par l'action des lanceurs d'alerte (Vache folle, Médiateur, etc) ou de l'environnement, quelle est la place des lanceurs d'alerte en finances publiques ?* ». La question de savoir si un droit d'alerte est reconnue ou non dans un secteur d'activité suppose d'analyser, au regard de la loi Sapin II, si la révélation d'une information constituerait une alerte telle qu'elle y est définie. La difficulté en matière fiscale est celle de savoir si le lanceur d'alerte, souvent motivé par un intérêt personnel en la matière, pourrait procéder à une dénonciation reconnue comme une alerte. Fabrice Bin confirme l'inclusion du droit fiscal dans le champ d'application de la loi Sapin II en identifiant l'intérêt général à préserver conditionnant la reconnaissance d'un droit d'alerte. Il expose qu'« *en droit fiscal, il faut adopter un point de vue finaliste en retenant comme alerte éthique les dénonciations contribuant à la fraude fiscale, la dénonciation fut-elle motivée par d'autres objectifs ou intérêts plus personnels* »<sup>90</sup>. Dans une autre perspective, Camille Colas dénonce les lacunes du droit en la matière de l'alerte environnementale dans le secteur public, alors même que le champ professionnel retient en la matière un devoir d'alerte<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 42

<sup>87</sup> La National Security Agency (NSA), du Federal Bureau of Investigation (FBI), de la Central Intelligence Agency (CIA) ou du service postal gouvernemental (UPS)

<sup>88</sup> S. GUIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, Editions Max Milo Editions, Paris, 2017 page 149

<sup>89</sup> F. BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*, pages 215 à 234 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

<sup>90</sup> F. BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*, pages 215 à 234

<sup>91</sup> C. COLAS, *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, pages 195 à 214 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

Voir le chapitre 3. « Le lanceur d'alerte: gardien de l'intérêt général. Vers un devoir d'alerter ? »

## II. L'exercice du droit d'alerte: les limites à la liberté d'expression du fonctionnaire

Dans l'exercice de son droit d'alerte, la liberté d'expression du fonctionnaire n'est pas absolue mais bien limitée. La première limite à la liberté d'expression de l'agent public est théorique et renvoie à la conciliation de celle-ci avec ses obligations déontologiques (A) alors que la seconde limite est pratique et tient de la prohibition de la divulgation d'informations classifiées et protégées par le secret d'état (B).

### A. La conciliation difficile entre obligations déontologiques et droit d'alerte

La première difficulté rencontrée par les trois législateurs nationaux tient de la nécessaire conciliation entre la liberté d'expression reconnue et garantie au lanceur d'alerte avec les obligations déontologiques inhérentes à sa fonction d'agent public. La doctrine identifie une limite dans la reconnaissance d'un droit d'alerte du fonctionnaire et donc de la reconnaissance d'une liberté d'expression dans sa démarche d'opposition<sup>92</sup>.

Le premier élément de définition du lanceur d'alerte se trouve dans sa démarche de « *contradiction* ». Celle-ci implique que tout lanceur d'alerte est nécessairement « *en opposition vis-à-vis de son propre statut professionnel* » dans la mesure où sa prise de parole « *constitue ainsi une atteinte au principe hiérarchique, au devoir d'obéissance ou de neutralité* »<sup>93</sup>. En révélant une information dont il a connaissance dans le cadre de ses fonctions, l'agent public se place en opposition de son ordre professionnel et de son statut hiérarchique et l'alerte est passée en violation des obligations qui pèsent sur son divulgateur dans le cadre de son exercice professionnel. La reconnaissance d'un droit d'alerte, c'est-à-dire d'un droit à l'opposition, suppose la violation des obligations déontologiques du fonctionnaire et, dès lors, une juste conciliation doit être opérée. Les agents publics « *voient leur liberté d'expression limitée en tant que dépositaires de l'autorité publique, par un certain nombre d'obligations déontologiques* »<sup>94</sup>. Quel que soit l'ordre juridique considéré, la fonction publique est un domaine particulier où une pluralité d'obligations pèsent sur l'agent public, auxquelles il ne peut, en théorie, pas déroger ; l'avènement d'un droit d'alerte constitue une atteinte aux obligations déontologiques .

Dans les systèmes étudiés, comme ailleurs, dans les pays de Common law comme ceux de Civil law, l'employé effectuant ses tâches dans le secteur privé ou dans le secteur public a des obligations de loyauté, de bonne foi et de confidentialité envers son employeur. « *General in nature* », ces obligations impliquent que l'employé doit effectuer la mission qui lui a été assignée de bonne foi et

---

<sup>92</sup> A. LAURENT, L'agent public lanceur d'alerte: de la déontologie à la transparence ?, RDP n°4, 2016, pp. 1095-1027

<sup>93</sup> J. F. KERLEO, « *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 36

<sup>94</sup> A. LAURENT, L'agent public lanceur d'alerte: de la déontologie à la transparence ?, RDP n°4, 2016, pp. 1095-1027

avec diligence pour le bénéfice de l'employeur<sup>95</sup> en contrepartie de son emploi. Elles excluent les comportements malhonnêtes ou allant contre les intérêts directs de l'employeur, mais également les atteintes à sa réputation.

Au Canada, la loi fédérale sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles prévoit précisément de concilier ces deux notions et «  *vise un juste équilibre entre le devoir de loyauté et la liberté d'expression du fonctionnaire*  ». <sup>96</sup> Au Canada la liberté d'expression du fonctionnaire n'est limitée que dans certaines hypothèses et le principe est que tout  *agent public*  «  *a le droit de divulguer des informations en toute confiance portant sur les actes répréhensibles présumés commis dans le secteur public*  » <sup>97</sup>.

Si le conflit entre obligations déontologiques de loyauté des fonctionnaires et liberté d'expression dans l'alerte est résolu simplement au Canada, en France «  *les obligations déontologiques pesant sur les fonctionnaires et à la limitation plus stricte de leur liberté d'expression expliquent le retard de législations en matière d'alerte dans la fonction publique*  » <sup>98</sup>. Jacky Richard Conseiller d'Etat, ancien directeur général de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) expose le cadre des obligations déontologiques et professionnelles de la fonction publique française alors que selon lui, la France se place dans «  *le peloton de tête des pays disposant d'un standard élevé en matière de déontologie et transparence*  » <sup>99</sup>. Si l'action des fonctionnaires doit être menée théoriquement sous

---

<sup>95</sup> J. P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 35 dans *Whistleblowing: A Comparative Study*, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law Volume 16, DOI 10.1007/978-3-319-25577-4, International Academy of Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2016, G. THUSING, G. FORST:

«  *At both common law and civil law, an employee has duties of loyalty, good faith and confidentiality to the employer.*

*The Duties of loyalty and good faith are general in nature. In exchange for the payment of wages or salaries, an employee is to perform assigned lawful duties in good faith and with appropriate skill for the employer's benefit.*

*This duty includes the obligation not to undermine the employment contract by acts of dishonesty and not to enter into relationships or conduct inconsistent with the interests of the employer.*

*The duty of loyalty also extends beyond the workplace so that, even in the private conduct on the employee's own time, the employee is not to engage in conduct inconsistent with the reputation and good standing of the employer »*

<sup>96</sup> J. F. KERLEO, «  *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?*  » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 36

<sup>97</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>98</sup> G.KOUBI, *Liberté d'expression et droits des fonctions publiques*, dans *Le statut général des fonctionnaires: trente ans et après..?* (dir. C. Fortier), Paris Dalloz, 2014 page 229 :

«  *La liberté d'expression n'appartient pas au vocabulaire statutaire. Silence ou retenue et obéissance ou allégeance sont de règle*  ».

<sup>99</sup> J. RICHARD, *La déontologie et la transparence s'installent dans une dynamique de vie professionnelle*, Actes de colloque, Déontologie et transparence, JCP La Semaine Juridique, Edition administrations et collectivités territoriales, n°14, 10 avril 2017

l'égide de grands principes directeurs que sont la dignité, l'impartialité, l'intégrité et la probité<sup>100</sup>, les obligations déontologiques constituent un « *système de valeurs qui est éprouvé à l'aune des pratiques professionnelles* »<sup>101</sup> parmi lesquelles on retrouve le devoir de réserve, l'obligation de discrétion professionnelle et le secret professionnel des agents publics.

Le devoir de réserve, imposé par des législations spéciales et par la jurisprudence<sup>102</sup>, est définie comme l'obligation des agents « *à observer une retenue dans l'expression de leurs opinions, et d'éviter, même hors service, les opinions ou comportements portant atteinte à la considération du service public* »<sup>103</sup>. Le manquement à l'obligation de réserve est sanctionné avec plus ou moins de rigueur (ou de tolérance) par la jurisprudence selon que le fonctionnaire s'exprime publiquement ou en interne<sup>104</sup>. Logiquement, la doctrine en déduit que l'exercice du droit d'alerte par les agents publics est « *compatible* » avec l'obligation de réserve dès lors que la procédure d'alerte prévoit « *une dénonciation par paliers, plus adaptée aux fonctionnements de l'administration publique et aux exigences liées au principe hiérarchique* »<sup>105</sup>.

L'obligation légale de discrétion professionnelle implique la prohibition de toute divulgation publique « *pour tous les faits, informations, ou documents dont ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* » les agents publics<sup>106</sup>. La doctrine s'accorde sur le fait de dire que « *la mise en place d'une procédure de signalement et de traitement par paliers semble être la solution pour concilier deux exigences contraires* », la procédure impliquant nécessairement, en premier lieu, une divulgation en interne et, en deuxième lieu, seulement par défaut, une divulgation publique.

Le secret professionnel des agents publics est défini par la loi et son non-respect est sanctionné pénalement. La conciliation entre secret professionnel et droit d'alerte est résolue dans l'exception est prévue à l'article 226-14 du Code Pénal<sup>107</sup>. Celle-ci prévoit que le secret professionnel peut être levé dans les cas où la loi « *impose ou autorise la révélation du secret* ». Or le droit d'alerte prévu par la loi du 9 décembre 2016 correspond à une telle hypothèse. L'exercice de ce droit ne saurait être sanctionné dans la limite du respect des trois conditions légales : le caractère « *nécessaire et*

---

<sup>100</sup> Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JO 14 juillet 1983-Reconnaissance de valeur de services publics : la dignité, l'impartialité, l'intégrité et la probité, auxquels ont été ajoutés la laïcité et la neutralité.

<sup>101</sup> Cadre législatif disposant des obligations déontologiques des fonctionnaires:

- Loi 11 octobre 2013 ( L. n°2°13-907, 11 octobre 2013; JO 12 octobre 2013; JCP E 2013, act 823) relative à la transparence de la vie politique crée la Haute autorité pour la transparence de la vie politique.;
- Loi 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits du fonctionnaires (L. n° 2016- 483, 20 avril 2016; JCP A 2016, 2172 à 2177). ;
- Loi 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>102</sup> Décision du Conseil d'Etat, 11 janvier 1935 Bouzanquet n° 40842

<sup>103</sup> D. POLLET PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, page 148

<sup>104</sup> Décision du Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, Maison de retraite de St Désert req n°282057

<sup>105</sup> D. POLLET-PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, page 148

<sup>106</sup> Article 26 de la loi 13 juillet 1983 (L. n°83-634, 13 juillet 1983: JO 14 juillet 1983) portant droits et obligations des fonctionnaires

<sup>107</sup> D. POLLET-PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, page 148

*proportionné* » de la divulgation, « *le respect des procédures de signalement* » et le fait que la personne « *doit répondre aux critères de définition du lanceur d'alerte* ».

Le bilan français est celui de la réussite de la conciliation entre les obligations déontologiques du fonctionnaire et le droit d'alerte reconnu par la loi Sapin II : « *Si les obligations déontologiques des agents publics ont, pendant longtemps, été un frein à la reconnaissance d'un droit d'alerte du salarié, les dispositifs globaux introduits par la loi de 2016 permettent aujourd'hui une conciliation apaisée entre elles et le droit d'alerter* »<sup>108</sup>.

## **B. La prohibition commune et absolue de la divulgation d'informations classifiées et protégées par le secret d'état**

La seconde difficulté rencontrée par les trois législateurs, en matière de droit d'alerte de l'agent public tient de l'impossibilité de la conciliation entre droit d'alerte et divulgation d'informations classifiées ou protégées par le secret d'état. Les régimes juridiques américain, canadien et français ont, dès lors, limité la liberté d'expression du fonctionnaire en la matière à travers le contenu de la divulgation qu'il entend opérer. Ainsi, une information classifiée ou protégée par le secret d'Etat est jugée porteuse d'un contenu trop sensible et dangereux pour les intérêts nationaux pour pouvoir faire l'objet d'une divulgation et donc d'un lancement d'alerte. Les nécessaires sauvegarde de l'intérêt de l'Etat et protection de la défense nationale justifient la limite absolue de la liberté d'expression du fonctionnaire et l'exclusion d'un droit d'alerte sur ces informations.

Aux Etats-Unis, au Canada et en France, les législations et les décisions jurisprudentielles confirment la prohibition absolue de la divulgation de telles informations protégées par le secret d'état et apparaissent « *comme l'angle mort de la transparence démocratique*<sup>109</sup> » selon l'expression de Jean-Philippe Foegle.

En France, la prohibition est d'origine légale et inscrite à l'article 6 de la loi Sapin II qui, après avoir donné une définition générale du lanceur d'alerte, établit les limites au droit d'alerte et dispose que « *Les faits, les informations ou documents couverts par le secret de la défense nationale, (...) sont exclus du régime de l'alerte* ». La volonté de transparence dans l'administration publique promue par la mise en place d'un nouveau dispositif d'alerte trouve donc sa limite dans le « *secret défense* ». L'article 413-9 du Code pénal permet de préciser la notion du « secret d'état » et dispose que « *présentent un caractère de secret de la défense nationale (...) les procédés, objets, documents, informations, réseaux informatiques ou fichiers intéressant la défense nationale qui ont fait l'objet de mesures de protection destinées à restreindre leur diffusion ou leur accès*»<sup>110</sup>. La limite présente un champ large qui englobe diverses hypothèses d'informations classifiées et donc nombre de « *dérogations à toutes les règles de transparence* »; et apparaît comme un « *angle mort des dispositifs de régulation des institutions* »<sup>111</sup>.

Au Canada, la prohibition se retrouve également dans le texte même de la loi établissant le droit d'alerte. La loi canadienne de 2007 dispose ainsi que « *Tout agent public, sauf exceptions*

---

<sup>108</sup> D. POLLET-PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, page 151

<sup>109</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 65

<sup>110</sup> L'article 413-9 du Code pénal français

<sup>111</sup> J. M. BELORGEY « *L'Etat entre transparence et secret* », *Pouvoirs* 2/2001 (n°97), pages 25 à 32 citée par *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, Jean-Philippe FOEGLE, *La Revue des droits de l'Homme* (online), 6/2014, Online depuis le 29 novembre 2014. URL: <http://revdh.revues.org/1009> ; DOI 10.4000/revdh.1009 page 65

*limitativement prévues par la loi, a le droit de divulguer des informations « en toute confiance » portant sur les actes répréhensibles présumés commis dans le secteur public, à l'exception toutefois des 'renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada' ».*

Aux Etats-Unis, la divulgation d'informations classées secret-défense est prohibée et constitue un « *obstacle dirimant au plein développement du « droit du public à l'information »* »<sup>112</sup>. Hors du débat démocratique, la prohibition ne semble pas vouée à évoluer et au contraire les différentes lois adoptées à la matière révèlent un durcissement en la matière. Le Freedom of Interpretation Act<sup>113</sup> (FOIA) qui consacrait le droit du public à l'information et les conditions favorables du whistleblowing, a progressivement vu sa portée réduite par l'adoption de lois nouvelles dans le cadre de la lutte contre le terrorisme faisant suite aux attentats du 11 septembre 2001. Ainsi l'Executive Order n° 13233<sup>114</sup> puis le Homeland Security Act (HSA) de 2001<sup>115</sup> ont apporté des restrictions au champ du FOIA : elles ont pour effet de « *masquer au public des informations concernant des infrastructures « critiques » de notre nation telles que les services de communication, la banque, la finance et l'énergie* »<sup>116</sup>. L'adoption de dispositifs sécuritaires face à la menace terroriste a conduit à l'extension du privilège du secret d'état et donc réduit le champ de l'action de l'agent public lanceur d'alerte.

L'affirmation de Lucile Schmid permet de conclure la réflexion autour des enjeux attachés au lancement d'alerte par un fonctionnaire au sein de l'administration : la reconnaissance du statut des lanceurs d'alerte s'inscrit « *dans une perspective plus large de demande de transparence de la vie politique et économique et des aspirations profondes à la justice et à l'équité que les gouvernements tempèrent avec des objectifs propres (intérêts économiques, secret national)* »<sup>117</sup>.

## **Section 2. La parole donnée au salarié dans le secteur privé**

Les trois systèmes juridiques français, canadien et américain ont en commun de décomposer l'appréhension de l'alerte donnée par un employé dans le secteur privé : le souci de reconnaître et encadrer le droit à la parole (I) puis, dans l'exercice de l'alerte, la nécessité de saisir les limites de la liberté d'expression du salarié (II).

### **I. La reconnaissance hétérogène d'un droit d'alerte du salarié et son encadrement législatif**

A la différence du droit d'alerte de l'agent public qui a suivi un élan uniforme, la reconnaissance d'un droit d'alerte du salarié et son encadrement législatif a été traité de manière différente par les systèmes juridiques considérés. Si au Canada et aux Etats-Unis il est inséré dans un arsenal spécifique de législations (A), En France, il est désormais intégré à la loi globale Sapin II (B).

#### **A. Le droit d'alerte du salarié prévu dans des lois spécifiques au Canada et aux Etats-Unis**

---

<sup>112</sup> J.-P. FOEGLE, Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis, page 61

<sup>113</sup> Freedom of Interpretation Act Pub. L. 89-487, 80 Stat. 250

<sup>114</sup> Executive Order EO n° 13233

<sup>115</sup> le Homeland Security Act (HSA) de 2001 Pub. L. 107-296, 116 Stat. 2135

<sup>116</sup> UHL (K) Art. cit. Am. UL Rev., 2003, Vol 53, p. 278)

<sup>117</sup> L. SCHMID, « *A quoi bon lancer l'alerte ?* », Esprit 2017/5 (mai), p.32 à 35. DOI 10.3917/espri.1705.0032 -

Réflexion autour des risques de l'institutionnalisation du lanceur d'alerte et de l'encadrement de la procédure



La reconnaissance législative du droit d'alerte du salarié au Canada et aux Etats-Unis a été moins évidente que pour le droit d'alerte de l'agent public et s'inscrit dans le cadre de lois spécifiques prévoyant les droits, les modalités d'exercice mais également les garanties et protections accordées aux lanceurs d'alerte dans le secteur privé. La formalisation du droit des lanceurs d'alerte dans le secteur privé est, à priori, moins aboutie que dans le secteur privé.

Aux Etats-Unis, il n'existe pas de régime général concernant les droits et la protection des lanceurs d'alerte et aucune loi ne définit ou assure une protection fédérale des lanceurs d'alerte dans le secteur privé, vouée à s'appliquer de façon uniforme<sup>118</sup>. Le régime applicable aux lanceurs d'alerte est prévu dans une pluralité de lois spécifiques mais parmi lesquelles on peut identifier une logique uniforme.

Ainsi, la loi Sarbanes Oxley<sup>119</sup> (SOX) se présente comme la loi de référence en matière d'alerte dans le secteur privé. Adoptée en juillet 2002, elle prévoit la mise en place de mécanismes d'alerte interne aux sociétés et la protection des salariés dans le cadre de cette mise en œuvre. Ses dispositions prévoient l'obligation de mettre en place des mécanismes d'alerte interne dans les sociétés dont les titres sont cotés aux Etats-Unis et à leur filiales, américaines ou étrangères, mais également l'obligation d'établir des codes et chartes éthiques visant à faciliter la transparence au sein des sociétés. Le champ d'application de la loi a été voulu expansif par le législateur américain. D'abord en ce qu'elle a une portée nationale et extra-territoriale (elle a vocation à s'appliquer tant à des sociétés américaines qu'à des sociétés étrangères), mais également avec pour ambition et objectif d'établir une protection à l'égard de l'ensemble des employés des sociétés cotées en bourse. La Section 806 prévoit en effet un large champ d'application des protections et dispose que celles-ci sont reconnues à « *tout agent, employé, contractant ou sous contractant d'une société cotée en bourse* »<sup>120</sup>. La doctrine américaine identifie néanmoins une restriction du champ d'application de cette loi appliquée par les Cours américaines. Nonobstant les dispositions de l'acte, et au détriment de la volonté du législateur, « *les instances juridictionnelles ont limité la protection aux seuls employés des entreprises cotées à l'exception des contractants* »<sup>121</sup>. L'adoption du Dodd Frank Act en 2010 a également permis l'extension du champ d'application du droit d'alerte et des protections des salariés de la SOX à l'ensemble des sous-contractants et contractants des sociétés cotées<sup>122</sup>.

---

<sup>118</sup> C. HENKEL, *Whistleblowers Rights and Protection Under U.S Law in the Private Sector*, pages 333 à 352 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

« *As noted, in the US, Congress and state legislatures have adopted a patchwork approach to establishing whistleblower rights and protection. There is simply not one statute or federal law that defines whistleblowing in general or that specifically applies to the private sector. There is no clearly defined federal protection and no overarching federal statute that protects whistleblowers in the private sector in any uniform manner. Since the 1970's whistleblower protection provisions and incentives have been added to federal statutes in many different areas* ».

<sup>119</sup> The Sarbanes–Oxley Act of 2002 (Pub.L. 107–204, 116 Stat. 745)

<sup>120</sup> Section 806 du Sarbanes–Oxley Act

<sup>121</sup> R. MOBERLY, *Unfulfilled exportations: An empirical Analysis of why Sarbanes-Oxley Whistleblowers rarely win*, William & Mary Law Review, 2007, vol 49, pp/109-112 citée par J.P FOEGLE *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, Note 179

<sup>122</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 42

Cette extension législative a été confirmée par la Cour Suprême des Etats-Unis dans un arrêt Lawson rendu en 2014<sup>123</sup>.

Le droit fédéral canadien s'est concentré sur la législation autour du droit d'alerte des agents publics, au détriment de celui des lanceurs d'alerte salariés dans le secteur privé. La loi de 2007 ne concerne que les employés du secteur public et n'assure donc pas de protection pour les employés, lanceurs d'alerte dans le secteur privé. A l'échelon provincial, le législateur québécois s'est saisi de la question du droit d'alerte du salarié du secteur privé et de sa protection face aux lacunes du droit fédéral. A ce titre, la législation québécoise illustre l'articulation entre droit fédéral portant sur les lanceurs d'alerte dans le secteur public, et droit québécois (Etat fédéré) portant sur les lanceurs d'alerte dans le secteur privé.

S'intéressant aux débats législatifs autour de son adoption, puis au contenu d'une loi québécoise proposant de consacrer un droit d'alerte aux salariés dans le secteur privé, Florence Chaltiel Terral énonce que : « *Compte tenu de la nature fédérale du Canada, il importe de citer une législation récente au Québec, car elle met en évidence des difficultés qui sont communes à la réflexion sur les lanceurs d'alerte* »<sup>124</sup>. La loi québécoise facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics, entrée en vigueur le 1er mai 2017<sup>125</sup> consacre ainsi un mécanisme d'alerte auprès de l'institution du protecteur du citoyen. Elle reconnaît le droit « *à toute personne de divulguer, de manière anonyme ou non, au Protecteur du citoyen, en toute confiance et confidentialité, un acte répréhensible impliquant un organisme public.* »<sup>126</sup>, élargissant ainsi le champ des lanceurs d'alerte potentiels au public, outre le cadre du droit d'alerte fédéral réservé aux seuls membres de la fonction publique. Le champ de l'alerte est détaillé : « *Les lanceurs d'alerte peuvent être des membres du personnel d'un organisme visé par la loi, des fournisseurs, des sous-traitants ou toute autre personne ayant eu connaissance qu'un acte répréhensible a été commis ou est sur le point de l'être* »<sup>127</sup>.

## **B. Le droit d'alerte du salarié intégré dans la loi globale en France**

La reconnaissance d'un droit d'alerte général reconnu au salarié en France a suivi une formalisation en trois étapes. Dans un premier temps, les prémisses d'un droit d'alerte du salarié ont été posées par l'octroi, dans le code du travail, de protections aux salariés qui divulguaient des informations, puis, dans un second temps, par l'établissement de droits d'alerte reconnus par des lois sectorielles. Enfin, dans un troisième temps, l'adoption de la loi Sapin II a consacré un droit d'alerte général reconnu au salarié, en l'intégrant dans son champ d'application.

Le droit du travail prévoit des règles d'alerte et de protection au profit des travailleurs, des représentants du personnel ou du délégué du personnel et qui peuvent s'apparenter aux prémisses du droit d'alerte contemporain. Les articles L. 4131-1 et L.4131-3 du Code du travail consacrent respectivement un droit d'alerte ou de retrait au profit du travailleur. Ces dispositions affirment le droit au salarié d'alerter son employeur « *de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute*

---

<sup>123</sup> Case Lawson v. FMR LLC, No 12-3, 2014 BL 57958 (U.S. Mar 04, 2014) dans J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 45 Note 186

<sup>124</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 45

<sup>125</sup> Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics (Province de Québec) 2016, (entrée en vigueur le 1er mai 2017) - c. 34, c. I., chapitre D-11.1

<sup>126</sup> Site du protecteur du citoyen [protecteurducitoyen.qc.ca](http://protecteurducitoyen.qc.ca)

<sup>127</sup> *Ibid.*

*défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection* »<sup>128</sup>, et lui associent une protection professionnelle. Le champ de l'alerte du salarié, limité aux situations présentant un « *danger grave et imminent* » ne constitue pas un vrai droit d'alerte. L'article L. 4131-2 du Code du Travail consacre, quant à lui un droit d'alerte ou de retrait au profit du représentant du personnel constatant une « *cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur* »<sup>129</sup>. Le droit d'alerte du délégué du personnel porte sur un objet différent de l'alerte : selon l'article L. 2313-2 du Code du travail, ce dernier saisit immédiatement son employeur dès lors qu'il constate « *une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché* »<sup>130</sup>. Florence Chaltiel Terral identifie dans le droit du travail des règles et des exemples pouvant « *servir de base de réflexion à la recherche contemporaine d'un statut du lanceur d'alerte* »<sup>131</sup>. Ainsi le Conseil d'Etat, dans son rapport de réflexion autour du droit d'alerte<sup>132</sup> analyse ces dispositions et explique leur utilité ; le droit du travail ancien a donc influencé directement le législateur dans sa construction du régime juridique contemporain.

De même, pour la consécration du droit d'alerte des agents publics, le législateur a consacré des droits d'alerte à travers des lois d'alerte spécifiques dans des domaines précis. Dans le secteur économique et financier, le législateur a eu le souci de créer un droit d'alerte et de lui associer une protection au profit du salarié du secteur privé.<sup>133</sup> Ainsi la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 relative à la sécurité financière prévoit de renforcer les mécanismes de contrôle interne à l'entreprise et de moderniser les autorités de contrôle <sup>134</sup>, et l'article L.1161-1 du Code du Travail assure la protection du salarié du secteur privé contre toutes représailles dès lors qu'il « *signale de bonne foi des faits de corruption constatés dans l'exercice de ses fonctions* »<sup>135</sup>

En matière de santé et d'environnement<sup>136</sup>, à la suite de certaines affaires médiatisées comme le scandale sanitaire révélé par Irène Frachon du Mediator, a été adopté l'article L. 5312-4-2 du Code de la Santé publique qui accorde une protection contre les discriminations de la personne ayant « *relaté ou témoigné de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives des faits relatifs à la sécurité sanitaire (...) dont elle aurait eu connaissance dans*

---

<sup>128</sup> L. 4131-1 et L.4131-3 du Code du travail issus de la loi du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)

<sup>129</sup>L. 4131-2 du Code du travail issu de la loi du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT)

<sup>130</sup> L. 2313-2 du Code du travail issu de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage

<sup>131</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 55

74 « *Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger* », Etude adoptée le 25 février 2016 par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, la Documentation française 2016

<sup>133</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 59

<sup>134</sup> Loi n° 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière

<sup>135</sup> Article L.1161-1 du Code du travail, introduit par la loi du 13 novembre 2007, adaptation de la Convention des Nations Unies contre la corruption (2003)

<sup>136</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 65

*l'exercice de ses fonctions* »<sup>137</sup>. Cet article « *jette les bases d'un statut juridique du « lanceur d'alerte* » »<sup>138</sup> a ensuite été complété par la loi du 16 avril 2013 sur l'alerte sanitaire et environnementale<sup>139</sup> qui a créé un statut protecteur du lanceur d'alerte en accordant des protections effectives, ainsi que la clarification de la procédure d'alerte et des canaux de signalement<sup>140</sup>.

L'objectif annoncé de la loi du 9 décembre 2016 de « *couvrir l'ensemble des hypothèses jusque-là sectorielles et présentes de manière éparses dans des lois spécifiques* »<sup>141</sup> conduit à l'adoption d'une définition large du lanceur d'alerte. L'article 6 de la loi Sapin II -qui définit le lanceur d'alerte- ne distingue pas selon que « *la personne physique qui révèle ou signale* »<sup>142</sup> est un agent public ou un salarié. L'alerte donnée par un salarié dans le secteur privé est donc incluse dans la définition et ce dernier pourra bénéficier du régime juridique consacré dans la loi. Dès lors l'adoption de la loi Sapin II, en tant qu'elle consacre un régime protecteur au profit du lanceur d'alerte, dont le salarié du secteur privé, « *induit une modification du Code du travail s'agissant des salaires du secteur privé* »<sup>143</sup> c'est-à-dire des garanties professionnelles accordées aux salariés du secteur privé dans l'hypothèse où ils ont donné une alerte entrant dans le champ d'application de la loi Sapin II.

L'adoption de la loi du 9 décembre 2016 a donc englobé le régime juridique du donneur d'alerte salarié du secteur privé ; celle-ci a donc conduit à la fois à la reconnaissance du droit absolu du salarié à lancer l'alerte dans le secteur privé, ainsi qu'à son droit de bénéficier de l'intégralité des dispositions protectrices de la législation.

## **II. L'exercice du droit d'alerte: les limites à la liberté d'expression du salarié**

Dans l'exercice de son droit d'alerte et donc de contradiction, le salarié trouve sa liberté d'expression limitée par l'exigence qui lui est faite de respecter le secret. Le conflit entre les notions de liberté d'expression du salarié et secret est considéré et traité par les législations différemment, selon que le secret défendu est le secret professionnel (A) ou bien le secret des affaires (B).

### **A. Conflits résolus entre respect du secret professionnel et droit d'alerte**

A l'instar des conflits nés entre droit d'alerte et obligations déontologiques du fonctionnaire, la liberté d'expression du salarié dans le secteur privé se trouve limitée par le respect d'obligations attachées à son activité professionnelle. La question du secret professionnel, c'est-à-dire d'une obligation de confidentialité des informations recueillis dans le cadre de l'exercice de l'activité professionnelle, est au cœur de cet exercice de conciliation. Son caractère absolu dans certaines

---

<sup>137</sup> L'article L. 5312-4-2 du code de la santé publique issu de la loi du 29 décembre 2011 relatif au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament des produits de santé

<sup>138</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 65

<sup>139</sup> Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte

<sup>140</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 65

<sup>141</sup> E. PRADA-BORDENAVE, Commentaire sur le rapport du Conseil d'Etat « Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger », LexisNexis, n°12, Décembre 2016, comm. 84

<sup>142</sup> Article 6 de la loi 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>143</sup> D. POLLET-PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, page 146

professions entre en conflit avec la liberté d'expression reconnue au professionnel dans l'octroi d'un droit d'alerte général.

L'appréciation comparatiste révèle qu'alors que la formalisation du droit d'alerte du secteur privé a été opérée différemment dans les régimes et dans une géométrie variable, les régimes juridiques résolvent de la même manière le conflit entre secret professionnel et droit d'alerte. Aux États-Unis, au Canada ainsi qu'en France seront ainsi exclus des régimes d'alerte les révélations faites en violation de deux secrets professionnels : le secret tenant de la relation entre l'avocat et son client et le secret médical. Cette exclusion tient à l'impossibilité de concilier le droit d'alerte et le secret professionnel, dont le respect est fondamental dans ces deux hypothèses.

L'exclusion de révélations et divulgations par un lanceur d'alerte en violation du secret né de la relation avocat client est absolue au sein des régimes considérés : il en va de la confiance et de la garantie du privilège de la relation.

Dans l'ordre juridique canadien, la loi de portée fédérale de 2007 exclut une alerte portant atteinte à un tel secret professionnel et la règle est reprise dans la législation provinciale. Elle dispose que le droit d'alerte reconnu à l'agent public porte sur la divulgation des informations portant sur les actes répréhensibles présumés commis dans le secteur public « *à l'exception des renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat à son client* »<sup>144</sup>.

Dans l'ordre juridique français, l'exclusion explicite de la divulgation d'une information en violation du secret professionnel né dans le cadre de la relation avocat-client est également prévue. L'article 6 de la loi Sapin II, après avoir donné la définition générale et globale du lanceur d'alerte dispose que « *les faits, les informations ou documents couverts (...) par le secret de la relation entre l'avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte* »<sup>145</sup>.

L'exclusion des révélations et divulgations en violation du secret médical est encore sujet à débat en France. L'article 6 de la loi Sapin II exclut de son champ d'application les divulgations faites en violation du secret et dispose que « *Les faits, les informations ou documents couverts (...) par le secret médical (...) sont exclus du régime de l'alerte* »<sup>146</sup>.

Cette exclusion est absolue et claire. Cependant, la sensibilité de la matière et les enjeux en cause appellent la doctrine à se questionner sur la pertinence d'une telle formulation. Françoise Dekeuwer-Defossez dénonce le caractère inadapté de la législation relative au secret médical à travers l'hypothèse du signalement de la maltraitance à enfant<sup>147</sup> et plus généralement s'interroge sur le cas de la violation par un professionnel de santé du secret médical lorsque celle-ci « *pourrait sauver une personne autre que le patient* »<sup>148</sup>. Le secret médical, c'est-à-dire l'obligation de confidentialité à laquelle est tenue le médecin quant aux informations relatives à son patient, est défini à l'article 378 du Code Pénal. Dans l'hypothèse de la maltraitance à enfant, la

---

<sup>144</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>145</sup> Article 6 de la loi 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Risques et lanceurs d'alerte: l'enseignement de la législation relative au signalement de la maltraitance à enfant*, pages 255 à 268 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

<sup>148</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Risques et lanceurs d'alerte: l'enseignement de la législation relative au signalement de la maltraitance à enfant*

violation d'un tel secret médical pourrait sauver l'enfant victime et l'information serait ainsi violée par le médecin en réponse à la force morale qui l'anime.

L'auteur rappelle que les médecins se sont reconnus le droit et de le devoir de briser le secret médical lorsqu'il est nécessaire d'intervenir pour préserver la santé voire la vie d'un enfant et que la dénonciation, en ce sens, résulterait de l'exercice d'une liberté par le médecin. S'il n'existe aucune prescription légale quant à la violation du secret médical par un professionnel quand l'intérêt d'un tiers, la jurisprudence française fait peser sur lui un « devoir d'alerte » dans une telle hypothèse. La Cour de Cassation a approuvé la condamnation d'un médecin n'ayant pas révélé des sévices portés à une personne âgée sur le fondement du délit d'omission de porter secours ou omission d'empêcher une infraction<sup>149</sup>. Françoise Dekeuwer-Defossez identifie dans la solution de la Cour une obligation de dénonciation même en violation du secret médical dès lors que « *le silence fait courir aux victimes un risque de réitération, le choix n'est plus ouvert et la dénonciation s'impose* ».

L'exclusion du secret médical du champ du droit d'alerte issu de la loi Sapin II implique qu'en principe le professionnel de santé ne peut se comporter comme un lanceur d'alerte en divulguant une information protégée par le secret médical. Cependant, dans de nombreuses hypothèses, parmi lesquelles celles où l'absence de révélation fait peser un risque aux victimes, le professionnel de santé se verra en pratique contraint de dénoncer le risque, quand bien même il serait protégé par le secret médical.

## **B. Conflits actuels entre respect du secret des affaires et droit d'alerte**

Dans les systèmes étudiés comme dans les autres, dans les systèmes de Common Law, comme dans ceux de Civil Law, une obligation de confidentialité s'impose à l'employé du secteur privé dans le cadre de son emploi et vis-à-vis de son employeur<sup>150</sup>. Une telle obligation de confidentialité peut résulter d'un contrat (dans le contrat de travail) ou directement de la loi et existera en raison de la nature des tâches, sensibles, qui sont confiées à l'employé. De façon générale et dans les systèmes américain, canadien et français, l'obligation de confidentialité est reconnue dans le spectre des obligations imposées aux lanceurs d'alerte. Selon l'article 2088 du Code civil du Québec l'employé est nécessairement « *tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence mais également d'agir avec bonne foi et de ne pas user des informations confidentielles dont il pourrait avoir connaissance dans le cadre de son emploi* <sup>151</sup> ».

La question de la confidentialité à laquelle est tenue l'employé dans le cadre de son emploi appelle une réflexion sur la violation du secret professionnel dans le cadre d'un lancement d'alerte.

Au Québec, la question de la conciliation entre ces deux données est résolue par le législateur provincial. L'article 1472 du Code Civil du Québec prévoit expressément une exception à l'obligation de loyauté et de confidentialité dans la violation du secret professionnel : il protège l'employé contre l'engagement de sa responsabilité dans l'hypothèse où il a violé un secret des affaires dès lors qu'il prouve que des considérations d'intérêt général justifiaient une telle violation.

---

<sup>149</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, 23 octobre 2013, Bull.crim. n°2°4 Voir observation Ponseille in Revue Droit et santé n°57, 2014, p.904

<sup>150</sup> J. P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 35

<sup>151</sup> Article 2088 du Code Civil du Québec

« *The employee is bound not only to carry on his work with prudence and diligence but also to act faithfully and not to use any confidential information he may obtain in carrying on or in the course of his work.* »

L'article précise que cette condition est reconnue si la justification repose sur des questions de santé ou de sécurité publiques<sup>152</sup>.

En France, la problématique de la conciliation entre le secret des affaires et droit d'alerte reconnu à l'employé du secteur privé est particulièrement d'actualité depuis l'intervention du législateur européen en la matière.

L'Union Européenne a adopté le 8 juin 2016, la directive « *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* » dite « Secret des affaires » ayant pour objet de renforcer la force du secret professionnel concernant les informations industrielles et commerciales afin d'éviter « *que leur divulgation entraîne des atteintes à la concurrence sur le marché commun* »<sup>153</sup>. La directive entre en conflit avec le droit d'alerte consacré par la loi du 9 décembre 2016 : « *Transparence vs secret des affaires: le droit des affaires contemporain est assurément traversé par une grande tension* »<sup>154</sup> : les deux enjeux protégés par ces deux dispositions apparaissent se confronter dans l'ordre juridique.

L'adoption de la directive européenne a donné lieu à de divers débats au sein des organes de l'Union Européenne. Dans une résolution portant sur la directive, le Parlement rappelait la nécessité de trouver un équilibre entre les enjeux disposant qu'« *il est essentiel que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui englobe la liberté et le pluralisme des médias, comme le prévoit l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne soit pas restreint* »<sup>155</sup>. La directive adoptée a donc précisé les hypothèses où la violation du secret professionnel était tolérée. L'article 5 dispose ainsi que « *Les Etats membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque, notamment la divulgation alléguée du secret a eu lieu « pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt général » ou « aux fins de protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national* »<sup>156</sup>. La protection du secret des affaires par la directive,

---

<sup>152</sup> Article 1472 du Code Civil du Québec:

« *The code civil du Québec recognizes a specific exception to the duty of loyalty and confidentiality. In relation to a trade secret article 1472 specifically protects a person from liability for having disclosed a trade secret « by proving that considerations of general interest prevailed over keeping the secret and particularly, that its disclosure was justified for reasons of public health or safety ». In Other words, by proving that the public interest supersedes the private employment interest* ».

<sup>153</sup> Directive UE 2016/ 943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JOUE L. 157/1, 15 juin 2016

<sup>154</sup> G. GOFFAUX-CELLEBAUT, « *Avant-propos: secret et transparence en droit des affaires* », LPA 2016, n°226-227, page 50

<sup>155</sup> Résolution législation du Parlement européen du 14 avril 2016 sur la proposition de directive du Parlement européen et du conseil sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites COM (2013) 0813-C7-0431/2013-2013/0402(COD))

<sup>156</sup> Article 5 Directive UE 2016/ 943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

limitée explicitement par l'hypothèse où la révélation servirait l'intérêt général « *ne devrait pas entraver les activités des lanceurs d'alerte* »<sup>157</sup> .

Cependant, nonobstant la disposition, la doctrine s'interroge et critique la directive « Secret des affaires » en ce qu'elle réduirait le champ d'alerte reconnu à l'employé dans le secteur privé. La question est épineuse et politique puisque le législateur français est aujourd'hui appelé à transposer en droit interne la substance de cette directive européenne. Pour Stéphanie Guibaud, elle-même lanceur d'alerte un tel article ne protégerait pas effectivement les lanceurs d'alerte et la directive aboutirait à des risques d'absence de protection voire de sanction des lanceurs d'alerte . Elle identifie également un effet néfaste sur le droit des affaires en ce que la directive aurait « *pour conséquence de protéger les délits financiers et d'en faire le principe* »<sup>158</sup>. A ses yeux, la seule solution envisageable pour aboutir à la protection des lanceurs d'alerte serait « *d'amender la directive « Secret des affaires » pour que les délits financiers soient une exception au secret* »<sup>159</sup>.

Frédéric Bin s'interroge sur la question des accords de confidentialité, qui entrent directement dans le champ de la directive. Il conçoit le désarroi des praticiens en la matière: « *On peut imaginer que les opérateurs économiques soient troublés devant ce grand écart normatif : d'un côté, le sentiment d'être confortés dans leur souci, souvent légitime, de protéger leurs secrets au travers d'accords de confidentialité; de l'autre, la crainte de voir ceux-ci entamés par les nouveaux droits d'alerte*»<sup>160</sup> .

---

<sup>157</sup> F. BUY, *Lanceurs d'alerte et secrets d'affaires. Que fait-on des accords de confidentialité?*, pages 247 à 254 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?* , sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

<sup>158</sup> S. GUIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*

<sup>159</sup> *Ibid.*

<sup>160</sup> F. BUY, *Lanceurs d'alerte et secrets d'affaires. Que fait-on des accords de confidentialité?* , pages 247 à 254



## **TITRE 2. LES SPECIFICITES DES STATUTS JURIDIQUES ETABLIS EN FONCTION DE LA DEFINITION RETENUE DES LANCEURS D'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE**

Les spécificités des statuts juridiques reconnus aux lanceurs d'alerte américain, canadien et français sont la conséquence des différences de définition qui en sont données. L'analyse comparée des statuts juridiques permet en premier lieu d'identifier un socle commun des définitions des lanceurs d'alerte (Chapitre 1) et de constater, en second lieu, que la source des divergences entre les régimes juridiques réside dans les différentes conceptions de l'alerte quant à son caractère éthique ou non éthique de l'alerte (Chapitre 2).

### **Chapitre 1. L'identification d'un socle commun à la définition du lanceur d'alerte**

L'analyse comparée des définitions juridiques du lanceurs d'alerte retenues par les législateurs aux Etats-Unis, au Canada et en France, révèle deux éléments communs: la "contradiction" intrinsèque à la démarche et à l'exercice du lancement d'alerte, élément "objectif" de la définition (Section I), et la « justification » de démarche d'alerte motivée par la volonté de préserver un intérêt supérieur, élément « subjectif » de la définition (Section II).

#### **Section 1. La contradiction, élément objectif d'identification d'un lancement d'alerte**

Les régimes juridiques américain, canadien et français, dans leur définition du lancement d'alerte, supposent tous que le lanceur d'alerte exerce l'alerte dans une démarche de contradiction. Si elle correspond à l'élément objectif de l'identification du lancement d'alerte, l'exercice de la contradiction a supposé une double préoccupation des législateurs: l'encadrement de la source c'est-à-dire du contenu de la divulgation (I) d'une part, et l'encadrement de l'exercice de la contradiction (II) d'autre part.

##### **I. Le fondement de la contradiction dans la divulgation d'une information par le lanceur d'alerte**

La contradiction (en fait, la démarche contradictoire) du lanceur d'alerte résulte du contenu même de l'information que celui-ci entend divulguer. C'est la précision et l'encadrement légal du contenu de la divulgation opérée lors d'une alerte (A) qui permettent de comprendre en quoi le lanceur d'alerte se place dans une opposition vis-à-vis d'un cadre juridique établi (B).

##### **A. L'élargissement progressif de la divulgation des illégalités "avérées" aux risques "potentiels"**

Les législateurs nationaux, aux Etats-Unis, au Canada et en France ont précisé, dans la consécration des différents droits d'alerte ou dans l'établissement des régimes protecteurs des lanceurs d'alerte, le contenu des divulgations entrant dans le champ de l'alerte.

Le constat est celui d'un mouvement harmonieux au sein des différents ordres juridiques, d'élargissement progressif du contenu de l'alerte. Si les législateurs ont, de prime abord, cantonné la prérogative du lanceur d'alerte à la seule divulgation et dénonciation d'illégalités constatées, ils ont par la suite ouvert le droit aux lanceurs d'alerte de révéler des risques ou des comportements contraires à l'éthique.

Aux Etats-Unis, le lancement d'alerte est traditionnellement définit comme « *le fait que des membres d'une organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut*

*changer la situation* »<sup>161</sup>. Cette définition rejoignait les différentes définitions légales prévues dans les lois en matière d'alerte.

La première loi établissant un régime de protection des lanceurs d'alerte est le Whistleblower Protection Act<sup>162</sup> et ce dernier circonscrit l'octroi de cette protection aux lanceurs d'alerte ayant révélé un certain type d'informations. Le statut protecteur du lanceur d'alerte est réservé à ceux qui ont procédé à la divulgation de « *la violation d'une loi, d'une règle ou d'un règlement* »<sup>163</sup>. L'idée est que la reconnaissance du statut protecteur de lanceur d'alerte est limitée par le contenu même de l'information qu'il révèle. Le bénéfice du statut de lanceur d'alerte a donc été, dans un premier temps, aux seuls révéléateurs d'illégalités dans des lois spéciales et sectorielles. On ne peut que constater la formulation large et la conception globale de la notion d'illégalités retenue.

Cet acte fondateur du droit des lanceurs d'alerte a servi de modèle à la majorité des lois protectrices des lanceurs d'alerte aux Etats-Unis<sup>164</sup> et c'est la raison pour laquelle J. P. Foegle a pu relever que la majorité des lois relatives au whistleblowing aux Etats-Unis « *adoptent le même type de structure* »<sup>165</sup>. Les législateurs américains ont étendu le contenu des divulgations aux illégalités potentielles c'est-à-dire aux risques et ce dans le souci pragmatique d'assurer une protection effective des intérêts de l'Etat: « *Ce sont plus largement des risques pour la société ou pour l'environnement qui peuvent ouvrir le droit de tirer l'alerte* »<sup>166</sup>. Ainsi, en substance, Stéphanie Guibaud identifie le champ reconnu au droit d'alerte aux Etats-Unis, et dispose que les whistleblowers peuvent apporter des informations et des preuves « *de violation de la loi, du règlement ou de la réglementation* », « *de mauvaise gestion, de grands gaspillages de fonds, un abus d'autorité, ou un danger spécifique pour la santé ou la sécurité publique* »<sup>167</sup>.

Au Canada, le contenu de la divulgation est défini de façon très large dans la loi de 2007 et seules les limitations qui sont apportées explicitement viennent circonscrire l'octroi du statut de lanceur d'alerte. La loi de 2007 prévoit en effet la mise en place d'un système de signalement ouvrant le droit d'alerte des agents publics et leur permettant de « *tirer la sonnette d'alarme en cas d'acte imminent ou effectif qui serait estimé contraire à l'intérêt général* »<sup>168</sup>. A travers les adjectifs « *imminent* » et « *effectif* », le texte de loi englobe ainsi la divulgation d'illégalités avérées ou de risques potentiels contraires à l'intérêt général.

En France, si les premières législations en matière d'alerte (article 40 du Code de Procédure pénale ou lois sectorielles) limitaient les hypothèses d'alerte aux divulgations d'illégalités avérées, le législateur contemporain a étendu la catégorie à la divulgation « *des risques et illégalités* ». Le contenu de la divulgation fait l'objet d'une opposition théorique entre une conception étroite de l'objet de l'alerte et une conception plus large : « *Si l'on considère non plus la personne qui divulgue mais le contenu de ce qui est divulgué, on peut là encore opposer une conception étroite, où l'alerte*

---

<sup>161</sup> J. NEAR et M. MICELI, *Effective Whistle-Blowing*, Academy of Management Review, Volume 20, n°3, juillet 1995, p. 680

<sup>162</sup> The Whistleblower Protection Act of 1989, (5 U.S. Code §2302(b)(8)-(9), Pub.L. 101-12)

<sup>163</sup> « A violation of a law, rule or regulation »

<sup>164</sup> T. DEVINE *The whistleblower protection act of 1989: Foundation for the modern law of Employment Dissent* », Administrative Law Review, 1999, p. 531-589

<sup>165</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*

<sup>166</sup> *Ibid.*

<sup>167</sup> S. GUIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, page 149

<sup>168</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 44

porte sur des faits constitutifs de crimes ou de délits, une conception plus large incluant dans les objets de l'alerte des comportements nuisibles à l'intérêt général, tels les risques sanitaires et environnementaux, ou encore les diverses atteintes potentielles aux droits et libertés <sup>169</sup>». La législation globale de la loi du 9 décembre 2016 tend à une acceptation de la conception large de l'objet de la divulgation. En effet, l'article 6, définit le lanceur d'alerte comme celui qui révèle ou signale « un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »<sup>170</sup>. Si la définition est plus détaillée, elle ne limite pas davantage le contenu de la divulgation puisqu'elle reconnaît, à l'instar des Etats-Unis et du Canada, la divulgation d'illégalités (comprises dans leur globalité comme violation de tous les textes ayant force de loi au sein de l'ordre juridique français) et de risques (à travers la notion de « menace »). En France, en matière bancaire et financière par exemple, force est de contester que les actes objets de la divulgation sont appréciés largement et que « La menace ou le préjudice graves pour l'intérêt général peuvent ainsi recouvrir de nombreuses hypothèses »<sup>171</sup>.

L'étude des différents systèmes juridiques, qui conditionnent l'octroi du statut de lanceur d'alerte et dès lors de la protection qui lui est accordée, révèle que le contenu de la divulgation est désormais compris dans une large acceptation : la révélation d'illégalités ou de risques, avérés ou potentiels et contrevenant à l'intérêt général (exigence supra-explicitée).

## **B. La divulgation de l'information ou l'opposition à un cadre juridique établi**

Le premier élément objectif d'identification d'un lancement d'alerte réside dans la démarche de contradiction de celui qui lance l'alerte.

A travers la divulgation d'une information dont il a connaissance, le lanceur d'alerte se place en contradicteur d'un ordre juridique établi, lequel se dédouble: « Les lanceurs d'alerte s'opposent ainsi à un cadre juridique prédéfini : statut professionnel et secret juridique »<sup>172</sup>. La révélation de l'information a pour effet de s'opposer, et de contredire un droit établi ou une situation hiérarchique, ce qui place le lanceur d'alerte en « perturbateur » du droit commun. Si le droit et la situation établis s'imposent à lui et constituent la situation de principe, sa démarche contradictoire « constitue ainsi une exception ». L'identification de ce rapport principe-exception est essentielle: le lancement d'alerte est toujours considéré et appréhendé comme un phénomène ponctuel et marginal.

---

<sup>169</sup> D. LOCHAK, *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme: réflexions conclusives*, Revue des droits de l'homme », octobre 2016

<sup>170</sup> Article 6 de la loi du 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>171</sup> P. PALLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*, Commentaire , Revue de droit bancaire et financier n°1, Janvier 2017, comm 41 (Pour exemples de divulgations en matière bancaire et financière)

<sup>172</sup> J.F. KERLEO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? » Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*

La contradiction réside dans le fait que la divulgation porte atteinte au droit établi c'est-à-dire à un secret portant sur le contenu de l'information qu'il détient: à « *la parole s'oppose au secret* »<sup>173</sup> affirme Jean-François Kerléo. Le raisonnement est simple : dès lors que le contenu de la divulgation est une information sensible (puisqu'il s'agit de révéler une illégalité ou un risque menaçant l'intérêt général), cette divulgation résulte d'une démarche spontanée du lanceur d'alerte qui va s'opposer à un cadre juridique par lequel il est censé être tenu.

La démarche du lanceur d'alerte s'oppose au lien hiérarchique; il s'agit de la prolongation de la contradiction du secret : « *dans l'opposition du lanceur d'alerte vis-à-vis de son propre statut professionnel* » qui implique que « *la prise de parole du lanceur d'alerte constitue ainsi une atteinte au principe hiérarchique, au devoir d'obéissance ou de neutralité* ».<sup>174</sup>

La démarche de contradiction, intrinsèque à la divulgation d'une information dans le cadre d'une alerte, constitue un élément objectif d'identification d'un lancement d'alerte commun aux différents systèmes juridiques. Si la conceptualisation apparaît théorique, l'identification d'une situation d'opposition et de contradiction permet de résoudre les problèmes ou du moins d'identifier les enjeux pratiques attachés au statut du lanceur d'alerte.

«*La contradiction se comprend dans l'alternative entre la parole et le silence, l'information et le secret, la publicité et l'opacité, et oppose liberté et obéissance, opinion et neutralité ou bien encore insoumission et obéissance*»<sup>175</sup>. La contradiction, suppose donc l'affrontement d'ordres juridiques distincts ou l'affrontement de droits et obligations des lanceurs d'alerte. Les efforts opérés par le législateur dans la conciliation des obligations déontologiques du fonctionnaire et du droit d'alerte illustrent parfaitement les enjeux attachés « *à la démarche de contradiction* ».

## **II. L'encadrement de l'exercice de la contradiction dans les différents systèmes**

Dès lors que le premier élément d'identification d'un lancement d'alerte réside dans une démarche de contradiction, l'encadrement de la contradiction passe par la reconnaissance de sa liberté d'exercice, distinguant ici le droit d'alerte du devoir (A), et dans la limite de la contradiction, par l'exigence de son caractère « nécessaire et proportionné » (B).

### **A. La liberté de contradiction: un droit d'alerte et non un devoir**

Dès lors qu'il est reconnu que le lanceur d'alerte se place dans une démarche de contradiction, l'encadrement et l'établissement du statut du lanceur d'alerte impose de reconnaître et d'affirmer solennellement la liberté dans l'exercice de la contradiction. L'opposition du lanceur d'alerte à un ordre juridique ne saurait résulter d'une obligation ou d'un devoir d'alerte mais doit nécessairement être l'expression d'une volonté libre du lanceur d'alerte.

#### **1. L'absence d'obligation à la contradiction**

---

<sup>173</sup> J.F. KERLEO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable* page 34

<sup>174</sup> J.F. KERLEO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 35

<sup>175</sup> *Ibid.*

Le principe commun, absolu et général est celui de la liberté d'exercice du droit d'alerte: « *La contradiction reste ancrée dans la liberté ou la faculté du lanceur d'alerte d'agir en son âme et conscience* »<sup>176</sup>. Ainsi la notion de droit d'alerte traite bien « d'un droit » et non « d'un devoir ».

Aucun des régimes juridiques étudiés, qu'ils soient établis dans des terrains favorables à la reconnaissance de l'alerte ou réticents à son acceptation, n'ont instauré une obligation générale d'alerte ; aucun régime juridique n'oblige un individu à révéler les illégalités dont il a connaissance et à se placer en opposition. Reprenant l'idée du rapport principe/exception essentiel pour comprendre l'instauration du droit d'alerte, Jean-François Kerléo affirme que « *L'instauration d'un devoir contribuerait d'ailleurs à changer la nature de l'alerte puisqu'elle la ferait basculer de l'exception au droit commun : le secret préalablement protégé deviendrait une exception à la dénonciation entendue comme devoir, et donc comme principe structurant l'ordre social. L'agencement des notions d'alerte et de secret qui se concilient aujourd'hui dans un rapport de contradiction mutuelle, avec relation de principe à exception serait inversé, ce qui bouleverserait les paradigmes actuels de l'Etat libéral* »<sup>177</sup>. Il n'est donc pas envisageable d'établir un devoir d'alerte puisqu'il changerait la nature même de la démarche du lanceur d'alerte, et l'alerte elle-même.

## 2. La nécessité de la reconnaissance d'un droit à la contradiction

La liberté du lanceur d'alerte à la contradiction n'est pas absolue mais suppose la reconnaissance d'un droit : « *Il n'y a pas de lanceur d'alerte sans reconnaissance expresse d'un droit d'alerte* »<sup>178</sup>. La prérogative d'alerte qui s'inscrit dans une démarche d'opposition, en ce qu'elle porte atteinte aux droits d'autrui, doit nécessairement faire l'objet d'une autorisation légale, c'est-à-dire la formalisation d'un droit d'alerte. Ainsi la notion de « *contradiction* » appelle le législateur à concevoir, limiter et encadrer le droit d'alerte.

Certaines personnes, privées ou publiques, ne se sont pas vu reconnaître le droit à l'alerte au sens entendu pour l'octroi du « statut » de lanceur d'alerte. Leur exercice à la contradiction n'est pas interdit mais n'entrera pas dans le champ du droit d'alerte. Pour elles, l'absence de reconnaissance du droit d'alerte a pour conséquence l'absence de bénéfice des protections issues du statut d'alerte. Dans nombre d'hypothèses, l'absence de reconnaissance du droit d'alerte est fondée sur le fait que les personnes en causes exercent l'activité de dénonciation à titre habituel ou professionnelle. Or le droit d'alerte, qui est une prérogative d'exception, n'est pas compatible avec une telle activité.

L'exemple de l'exclusion des associations du statut de lanceur d'alerte est révélateur de l'impact de l'exigence de contradiction dans l'alerte. La reconnaissance d'un droit d'alerte aux associations n'est pas envisageable pour deux raisons. La première tient au fait que les associations ne sont pas en situation d'exception quand elles lancent l'alerte: « *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* »<sup>179</sup>. La seconde tient au fait qu'elles n'entrent pas en contradiction : « *elles ne sont pas enfermées dans un conflit de*

---

<sup>176</sup> J.F. KERLEO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 35

<sup>177</sup> J.F. KERLEO, *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, page 37

<sup>178</sup> Ibid

<sup>179</sup> D. LOCHAK, *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme: réflexions conclusives*

*devoirs (...) et ne courent pas le risque d'être sanctionnées* »<sup>180</sup>. La même logique est appliquée pour l'exclusion de la catégorie des lanceurs d'alerte des journalistes, dont l'activité professionnelle est notamment la divulgation d'informations secrètes.

Ainsi le lanceur d'alerte se place dans une situation exceptionnelle de contradiction par rapport à celle de principe que constitue le respect de l'ordre juridique établi, et qui suppose que le législateur encadre l'exercice de cette prérogative en reconnaissant le droit d'alerte tout en excluant l'hypothèse d'une "obligation" d'alerte.

## **B. Variations de degré d'intégration juridique: la vérification du caractère nécessaire et proportionné de la révélation**

« *L'alerte, qui relève de la liberté d'expression, doit se réaliser en conformité avec le devoir de loyauté et de discrétion : elle doit donc être proportionnelle* »<sup>181</sup>. La prise en compte de la contradiction opérée justifie que les législateurs encadrent l'exercice de l'alerte à travers l'exigence du caractère « nécessaire et proportionné ».

En France, le fondement légal de l'exigence du caractère « nécessaire et proportionné » de l'atteinte se trouve dans le Code Pénal, tel que modifié par l'article 7 de la loi du 9 décembre 2016. L'article L.122-9 du Code Pénal dispose que: « *N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne réponde aux critères de définition du lanceur d'alerte* »<sup>182</sup>. L'article assure l'irresponsabilité de la personne qui « porte atteinte à un secret protégé par la loi », c'est-à-dire de la personne qui agit dans une démarche de « contradiction ». La lecture, a contrario de l'article L.122-9 suppose que celui qui viole un tel secret, sans que la condition du caractère « nécessaire et proportionnée » de la divulgation soit respectée pour la sauvegarde des intérêts en cause pourra voir sa responsabilité pénale engagée.

L'insertion de cette exigence par le législateur français a été opérée sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. La notion de caractère « nécessaire et proportionnel » est classique dans la jurisprudence européenne qui l'applique régulièrement pour les questions de conciliation de principes traditionnellement contradictoires, comme la sécurité et la liberté par exemple. En matière de lanceur d'alerte, la tension se trouve entre le secret et l'intérêt général<sup>183</sup>. Dans le contrôle, la Cour met en balance les divers principes relatifs au « *droit à la liberté d'expression sur des questions d'intérêt général, du droit des fonctionnaires et des autres salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, des devoirs et responsabilités des salariés envers leurs employeurs et du droit de ceux-ci de gérer leur personnel* » dans une société démocratique.

L'exigence d'un contrôle de proportionnalité de l'action du lanceur d'alerte a été dégagée dans l'arrêt Guja contre Moldavie rendu par la Cour le 12 février 2008<sup>184</sup>. L'arrêt précise les modalités du contrôle et établit également un faisceau d'indices permettant d'y procéder. En premier lieu, la

---

<sup>180</sup> D. LOCHAK, *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme: réflexions conclusives*

<sup>181</sup> P. PALLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

<sup>182</sup> Article L122- 9 du Code Pénal français

<sup>183</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, pages 110 et 111

<sup>184</sup> Arrêt CEDH, 12 février 2008, n°14277/04, Guja c/Moldavie: JurisData n°2008-010477; JCP G 2008, I, 167, n°18, obs. F. Sudre

Cour exclut toute atteinte à la liberté d'expression sur le fondement de l'article 10 par 2 de la Convention européenne au motif que « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* » et que dès lors « *Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique. L'intérêt de l'opinion publique pour une certaine information peut être parfois si grand qu'il peut l'emporter même sur une obligation de confidentialité imposée par la loi* »<sup>185</sup>. En deuxième lieu, la Cour précise que l'adjectif « nécessaire » au sens de l'article 10 par 2 implique « *un besoin social impérieux* »<sup>186</sup> et que cela implique un contrôle vis-à-vis de l'intérêt général de l'Etat mais également de l'intérêt général européen opéré par les cours étatiques et supra-étatiques. Ce contrôle implique en substance de vérifier si la révélation était « *proportionnée au but légitime poursuivi* » et si les motifs invoqués pour la justifier sont « *pertinents et suffisants* » au regard des faits pertinents de l'affaire<sup>187</sup>.

La Cour de Cassation française avait à l'époque suivi la jurisprudence de la Cour Européenne. Dans l'arrêt Cicobella rendu par la chambre sociale le 11 octobre 2000, cette dernière avait mené un raisonnement similaire à celui adopté par la Cour, « *mettant en balance les exigences de « libre recherche scientifique » et les intérêts de l'employeur* »<sup>188</sup>. En l'espèce, des scientifiques-chercheurs avaient critiqué les effets sur la santé humaine liés à l'utilisation de fours à micro-ondes, s'opposant aux obligations de confidentialité vis-à-vis de leur employeur (ingénieur des fours en question). La Cour avait adopté une approche visant à *contrôler la proportionnalité des mesures à la nature même de l'alerte et conclus en disant que les propos étaient « mesurés » et justifiés au regard de l'intérêt général en ce qu'ils participaient à la préservation de la « santé publique »*<sup>189</sup>.

## **Section 2. La justification<sup>190</sup> de l'alerte, élément subjectif d'identification d'un lancement d'alerte**

Les régimes juridiques américain, canadien et français, dans leur définition du lancement d'alerte, supposent tous que la démarche du lanceur d'alerte doit être motivée par la volonté de préserver un intérêt supérieur. L'élément subjectif de l'identification du lancement d'alerte est une exigence commune aux régimes juridiques d'alerte considérés (I) à laquelle sont attachés des enjeux pratiques déterminant leur contenu (II).

### **I. Le fondement de la motivation dans l'enjeu de sauvegarde d'un intérêt supérieur inhérent à l'alerte**

---

<sup>185</sup> Arrêt CEDH, 12 février 2008, n°14277/04, Guja c/Moldavie: JurisData n°2008-010477; JCP G 2008, I, 167, n°18, obs. F. Sudre

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> *Ibid.*

<sup>188</sup> Cour de Cassation, Chambre Sociale, Arrêt Cicobella 11 octobre 2000, n°3716, pourvoi n°98-45.276

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> NB : Par "justification" on peut entendre "motivation(s)", "éléments déterminants de la décision" "causes de la décision" "raisons", voire "incarnation" d'après un sociologue se référant à l'influence de l'éthique et de l'intérêt général ou supérieur s'imposant naturellement à la décision d'alerter (incarnant ce qui est juste pour l'intérêt général).

Si l'identification d'une alerte justifiée, supposant que celle-ci soit donnée en vue de préserver un intérêt général et supérieur, est une exigence commune aux différents systèmes (A), la comparaison des régimes juridiques révèle un variation du degré d'intégration de cette exigence, notamment au regard de la bonne foi du lanceur d'alerte (B).

### **A. L'alerte donnée en vue de préserver un intérêt général et supérieur**

L'exigence commune aux différents systèmes étudiés est celle de la justification de l'alerte: l'alerte est donnée en vue de préserver un intérêt général et supérieur. Le lanceur d'alerte est celui qui agit « pour le bien commun »<sup>191</sup>.

En premier lieu, la comparaison entre les systèmes américain, canadien et français révèle que l'existence de l'élément subjectif n'est pas appréciée uniformément par les législateurs ni par les juges dans ces Etats.

Aux Etats-Unis, la motivation du lanceur d'alerte est appréciée par rapport au résultat de l'alerte. Pour la qualification de « lanceur d'alerte » et l'octroi du bénéfice du statut protecteur, les Cours de justice apprécient les conséquences de l'alerte, c'est-à-dire si celle-ci a effectivement concouru à préserver un intérêt supérieur ou l'intérêt général. La doctrine américaine identifie dans la définition du lanceur d'alerte et de l'engagement de son action la condition du « *pro-social behavior model* ». Cette dernière s'intéresse davantage à l'impact de l'action du whistleblowing qu'à la motivation du lanceur d'alerte (même si la motivation joue un rôle important). La reconnaissance de l'intérêt général dans l'alerte à travers le « *pro-social behavior model* » se détache donc de la simple analyse subjective des motivations du lanceur d'alerte, ouvrant ainsi la possibilité pour le lanceur d'alerte d'avoir des motivations et un intérêt "personnels". Peter Roberts considère que la motivation du lanceur d'alerte est double et que ce dernier agit sur le fondement de motifs altruistes et des motifs personnels<sup>192</sup>. Les « *altruistic motivations* » renvoyant à la préservation de l'intérêt général recouvrent, pour l'auteur, diverses hypothèses parmi lesquelles des considérations éthiques de dénonciation, l'obligation à dénoncer, la morale etc (« *policy disagreement, ethical breaches, legal obligation to report wrongdoing, personal morality* »).

Au Canada, les législateurs ont adopté le même raisonnement ; c'est le résultat de l'alerte qui compte pour la qualification de l'intérêt général. L'analyse de la motivation du lanceur d'alerte n'est pertinente que dans l'appréciation de la bonne foi du lanceur d'alerte : « *The actual motive of the employee, altruistic or not, does not appear to be relevant consideration unless it undermines or negates good faith or reasonable belief* »<sup>193</sup>.

En France, l'adoption d'une conception éthique de l'alerte conduit à apprécier plus strictement l'existence d'un intérêt général à l'alerte : la justification est appréciée dans la motivation du lanceur d'alerte lorsqu'il entreprend la démarche. Jean-Marc Sauvé énonce sur la question que « *Dire qu'une alerte revêt une dimension « éthique », signifie qu'elle est déterminée par des éléments subjectifs tenant à la motivation de l'agent et à des modalités* »<sup>194</sup>. La qualification d'un

---

<sup>191</sup> D. TORNY et F. CHATEAURAYNAUD, *Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*

<sup>192</sup> P. ROBERTS, Chapitre 9: *Motivations for whistleblowing: Personal, private and public interests*, pages 207 à 229 dans A. J. BROWN, D. LEWIS, R. MOBERLY, W. VANDEKERCKHOVE, *International Handbook on Whistleblowing Research*, 2014, ISBN: 978-1-78100-678-8  
« *report simultaneously on both public interest issues and personal grievances* ».

<sup>193</sup> J. P. MCEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 67

<sup>194</sup> J. M.SAUVE, « *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique* », AJDA n°39, 24 novembre 2014, p. 2250



lanceur d'alerte et l'octroi du bénéfice du statut protecteur de loi Sapin II nécessitent donc une analyse subjective de la motivation de ce dernier : y identifier le seul objectif de préservation de l'intérêt général et l'absence d'intérêt personnel: « *Le lanceur d'alerte est donc mu par un devoir de conscience le conduisant à faire primer l'intérêt général sur son intérêt personnel* »<sup>195</sup>.

Le point commun entre les régimes est l'existence d'un rôle social du lanceur d'alerte, participant à préserver les intérêts de la société : *Lorsqu'il alerte sur l'existence d'un risque ou sur la commission d'une infraction (...), l'agent (...) entend se faire le défenseur d'un intérêt collectif, d'un intérêt public ou d'un intérêt général* »<sup>196</sup>. Le point de divergence repose sur le moment de l'appréciation des raisons de l'alerte: lors de l'initiative de l'alerte en France, lors du résultat de l'alerte pour les pays de la Common Law.

En second lieu, la comparaison entre les systèmes juridiques mène à constater que la consistance de la justification est appréciée différemment selon les Etats. Le rôle social du lanceur d'alerte consiste en la participation au bien commun de la société, et ce dans les systèmes américain, canadien comme français. Les sociologues F. Chateauraynaud et D. Torny y voient pour le lanceur d'alerte une « *une fonction universelle qui consiste à éviter que le pire ne se produise* »<sup>197</sup>. L'appréciation de l'intérêt en jeu dépend quant-à-elle du système juridique. Ainsi tous les systèmes juridiques imposent que le lanceur d'alerte agisse dans un intérêt « *supérieur et extérieur*», mais l'alerte peut participer à la préservation de l'intérêt pour autrui (a minima) ou à l'intérêt général<sup>198</sup>.

L'exemple français de construction du droit des lanceurs d'alerte permet d'illustrer les difficultés qui apparaissent dans la délimitation du champ de l'alerte. L'évolution de la législation est révélatrice d'une extension progressive de celui-ci, conformément aux prescriptions du droit international. La première étape a consisté en la reconnaissance du lanceur d'alerte agissant dans l'intérêt d'autrui, sous l'influence des institutions internationales. En 2010, l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définissait le donneur d'alerte comme la personne qui agit « *afin de faire cesser des agissements pouvant représenter des risques pour autrui* »<sup>199</sup>. La France avait alors étendu le champ de l'alerte en « *passant de l'alerte professionnelle à l'alerte citoyenne, et des fraudes comptables à la notion de risque pour autrui* »<sup>200</sup>. La seconde étape est récente et résulte de la loi globale du 9 décembre 2016, qui définit le lanceur d'alerte comme celui qui agit « *dans l'intérêt général* ». La reconnaissance de cette conception étendue de l'alerte s'inscrit elle aussi dans la mouvance internationale; L'organisation non gouvernementale Transparency International relevait justement que : « *ONG comme Etats ont à mesure convergé vers le concept de « signalement dans l'intérêt général », dans le champ de toute activité humaine* »<sup>201</sup>. Dans ce

---

<sup>195</sup> C. COLAS, *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, pages 195 à 214

<sup>196</sup> J. M. SAUVE « *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique* », p. 2250

<sup>197</sup> D. TORNY et F. CHATEAURAYNAUD, *Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*

<sup>198</sup> S. GUIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*

<sup>199</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe- APCE, 29 avril 2010, « Résolution 1729 (2010) sur la Protection des «donneurs d'alerte», »  
<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17851&lang=FR>

<sup>200</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 26 Citation N.M. Meyer (Transparency international )

<sup>201</sup> *Ibid.*

sens, le Conseil des ministres de l'Europe préconisait en avril 2014 la création d'un droit d'alerte « couvrant l'ensemble *des risques pour l'intérêt général* »<sup>202</sup> afin d'assurer une meilleure protection des lanceurs d'alerte.

L'exemple français permet d'illustrer l'extension progressive du champ de l'alerte vers la reconnaissance d'une alerte de portée large de protection de l'intérêt général, reconnue dans les trois systèmes américain, canadien et français.

## **B. Variations de degré d'intégration juridique : la question de la condition de bonne foi**

L'exigence de la justification de l'alerte, si elle est une exigence commune aux différents systèmes juridiques étudiés, fait l'objet d'une intégration juridique variable. Cette distinction tient du fait que la participation à la sauvegarde de l'intérêt général n'est pas appréciée au même stade de l'action du lanceur d'alerte.

La condition de bonne foi renvoie précisément à la formalisation juridique de cette exigence qui fait l'objet de différentes interprétations aux Etats-Unis, au Canada et en France. La bonne foi du lanceur d'alerte (de même que l'exigence d'une alerte justifiée par l'intérêt général) est une condition commune à la définition du lanceur d'alerte. Mais la définition que les législateurs lui donnent est révélatrice d'une volonté d'encadrer plus ou moins strictement l'octroi du statut. La bonne foi s'entend de deux manières : la première renvoie au « *standard de croyance raisonnable de se trouver, soi-même, en conformité avec le droit et l'éthique en tirant l'alarme* », et la seconde renvoie au désintéressement du lanceur d'alerte dans son action<sup>203</sup>. Les trois systèmes s'accordent sur la première définition mais divergent sur le point de l'absence d'intérêt personnel du lanceur d'alerte. En effet, le système français renforce l'exigence de la bonne foi en dépassant le seul standard de la croyance raisonnable pour l'appréciation de cette condition et complexifie ainsi la reconnaissance du statut protecteur prévu par la loi de 2016.

La bonne foi du lanceur d'alerte est donc, en premier lieu, comprise comme sa croyance légitime et raisonnable à se trouver face à une situation illégale ou contraire à l'éthique. Le lanceur d'alerte est supposé avoir « *un motif raisonnable de se croire face à un danger grave ou imminent* »<sup>204</sup>, justifiant son action de divulgation de l'information et participant à la préservation de l'intérêt général. Le rapporteur pour avis sur le projet de loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, précisait, dans ce sens, que la notion de bonne foi correspond à la « *conviction de se trouver dans une situation conforme au droit, avec la conscience d'agir sans léser les droits d'autrui* »<sup>205</sup>.

Aux Etats-Unis et au Canada, l'appréciation de la bonne foi du lanceur d'alerte est opérée par les Cours nationales par rapport au standard du « *reasonable man* ». Le lanceur d'alerte de bonne foi est supposé agir comme tout autre citoyen, disposant des mêmes compétences et placé dans la même situation.

---

<sup>202</sup> Résolution législation du Parlement européen du 14 avril 2016 sur la proposition de directive du Parlement européen et du conseil sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites COM (2013) 0813-C7-0431/2013-2013/0402(COD))

<sup>203</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-États-Unis* page 45

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> Le rapporteur pour avis sur le projet de loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé

Les Cours fédérales aux Etats-Unis font référence au « *bon salarié* » c'est-à-dire celui « *qui fait preuve d'honnêteté dans l'ensemble de son comportement* »<sup>206</sup>. La divulgation en contradiction ne résulte pas d'une volonté de « *désobéissance* » du lanceur d'alerte mais de la conviction que son action permettra de mettre fin au risque ou danger qu'il a raisonnablement identifié.

Au Canada, le standard du « *reasonable men* » est également applicable pour s'assurer que le lanceur d'alerte a agi de bonne foi. Les lois fédérales et provinciales précisent que les statuts de lanceur d'alerte sont applicables à « *ceux qui envisagent ou qui ont procédé à une divulgation d'information* » sous la réserve qu'ils soient de bonne foi ou qu'ils aient une croyance raisonnable (« *Federal and provincial public sector whistleblower protection statutes in Canada qualify references to an employee, contemplating making a disclosure or who has made a disclosure of information, by the use of the phrases « good faith » and / or 'reasonably believes* »<sup>207</sup>). Pour l'appréciation de ces considérations, le législateur et les Cours appliquent également le standard du « *reasonable men* ». Matériellement, au Canada, le lanceur d'alerte est reconnu de bonne foi ou en situation de croyance raisonnable s'il a, comme tout individu placé dans la même situation et disposant du même niveau de connaissance, effectué toutes les diligences raisonnables pour s'assurer de la vérité des informations qu'il entend révéler<sup>208</sup>.

En France, au delà de la première acceptation de la bonne foi, celle-ci est en second lieu comprise comme le désintéressement du lanceur d'alerte dans son action. L'exigence de la bonne foi suppose que le lanceur d'alerte n'agisse pas « *dans l'objectif d'en tirer quelconque profit personnel mais dans l'unique but de mettre fin à une situation illégale, dangereuse ou contraire à l'éthique* »<sup>209</sup>, c'est-à-dire qu'elle renvoie à l'analyse subjective de la pureté des intentions du lanceur d'alerte. Les articles 6 (définition du lanceur d'alerte qui agit de « *manière désintéressée et de bonne foi* ») et 10 de la loi Sapin II<sup>210</sup> conditionnent la protection de l'agent à sa bonne foi et donc « *la légitimité de l'alerte à un élément subjectif* »<sup>211</sup>, l'intention véritable du lanceur d'alerte. Cette conception de la bonne foi est spécifique au régime français de l'alerte en ce qu'elle est la conséquence directe de la conception éthique de l'alerte.

Cette condition subjective est critiquée car elle serait irréaliste dès lors qu'elle implique « *de sonder l'âme du lanceur d'alerte* » pour savoir s'il agit par motivation personnelle ou vengeance ou de bonne foi<sup>212</sup>. Eric Alt met en évidence que cette condition peut avoir un effet négatif sur l'efficacité du dispositif d'alerte. Le système français pourrait gagner à évoluer sur la question, à l'instar du régime britannique qui, en 2013, a supprimé la notion de sa législation pour protéger les lanceurs

---

<sup>206</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis* page 65

<sup>207</sup> J. P. MCEVOY, *Chapitre 2: The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 66

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis* page 65

<sup>210</sup> Articles 6 et 10 de la loi du 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>211</sup> E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte- à propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016*

<sup>212</sup> J. C. RODA, *L'alerte rémunéré: entre efficacité et risques de dévoiement*, pages 235 à 246 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS

d'alerte de bonne foi au sens du standard de croyance raisonnable, en ce qu' «ils peuvent raisonnablement croire qu'ils se trouvent face à une situation contraire à l'intérêt général»<sup>213</sup>.

## II. Les enjeux pratiques attachés à l'exigence de la justification de l'alerte

Des enjeux pratiques sont attachés à la justification de l'alerte et à sa reconnaissance dans les différents régimes: reconnaître l'intérêt de légitimer l'action du lanceur d'alerte (A) laisse craindre que son fondement n'entraîne le désengagement de l'Etat et l'avènement d'un devoir d'alerter (B).

### A. L'intérêt : la légitimation de l'action du lanceur d'alerte

L'action du lanceur d'alerte, en position de contradicteur d'un ordre, est justifiée par l' « incarnation » de l'alerte (au sens sociologique), c'est-à-dire l'enjeu de préservation de l'intérêt général qui s'impose en la personne du lanceur d'alerte.

L'auteur M. de Georges a proposé une réflexion sur l'éthique et la morale qui justifient l'action du lanceur d'alerte. Il établit un faisceau d'indices permettant d'identifier une action menée par un lanceur d'alerte et légitimée, comme : la nécessité du constat d'un « *impact négatif d'une gravité suffisante d'une activité menée par une entreprise publique ou privée* », la nécessité pour l'individu l'ayant repéré « *d'utiliser toute la chaîne hiérarchique afin de tenter de faire cesser le trouble* », la sincérité des « *modes de preuve qu'il possède ou auxquels il a accès* » et enfin, l'indice essentiel résidant dans « *la croyance en ce que l'alerte étant lancée, des impacts bénéfiques peuvent être escomptés* »<sup>214</sup>. Le raisonnement de l'auteur fait apparaître que c'est l'impact bénéfique pour la société et la motivation à y participer qui justifient l'action du lanceur d'alerte. L'"incarnation" est donc la justification du lancement d'alerte.

Fabrice Bin identifie un fondement sociologique à la nouvelle notion de lanceur d'alerte, le plaçant comme un acteur d'une alerte « éthique » et incarnée. La loi du 9 décembre 2016 établit ainsi une nouvelle conception du lanceur d'alerte « *qui a pour objectif d'identifier un rôle social à valoriser* »<sup>215</sup>. Plus que la simple légitimation de son action, le rôle social in de l'alerte justifie que l'action du lanceur d'alerte soit « valorisée », c'est-à-dire encouragée par les dispositifs légaux d'alerte.

La valorisation de l'alerte consiste également à protéger le lanceur d'alerte, dès lors que cette protection participe à sa motivation et résolution à exercer la divulgation.

François Hollande relevait, en avril 2017, au lendemain de la publication des Panama Papers, sur ce point qu'«*il faut protéger les lanceurs d'alerte, ils prennent des risques et sont utiles pour la société* »<sup>216</sup>. Pour l'ancien président de la République, la justification de la protection, et donc de l'octroi du statut de lanceur d'alerte, résidait dans sa participation au maintien de la paix sociale et de la préservation de l'intérêt général.

---

<sup>213</sup> E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte- à propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016*

<sup>214</sup> R. T. de GEORGES, *Business Ethics*, Pearson Londres, 1986 cité dans F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*,

<sup>215</sup> Fabrice BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*, dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, page 214

<sup>216</sup> <http://www.telerama.fr/medias/quand-francois-hollande-felicite-les-lanceurs-d-alerte-edward-snowden-ironise,140731.php>

*La traque des lanceurs d'alerte*, Stéphanie GUIBAUD, Editions Max Milo Editions, Paris, 2017 page 203

L'organisation Transparency International identifie aussi dans "l'incarnation" le fondement de la protection des lanceurs d'alerte. La protection du lanceur d'alerte contre les risques qu'il prend à l'occasion de son action, notamment dans sa vie professionnelle, ne serait que la juste contrepartie de la contribution sociale du lanceur d'alerte : « *Les conventions internationales et législations nationales s'attachent à le protéger des représailles, sachant qu'il inscrit une éthique de la responsabilité au sein de l'activité économique, permet la prévention de tragédies, l'émergence de la corruption et des réformes nécessaires, soit une meilleure gouvernance démocratique* »<sup>217</sup>.

## **B. Le risque: vers le désengagement de l'Etat et l'avènement d'un devoir d'alerter ?**

La préservation de l'intérêt général par l'alerte pourrait avoir une conséquence perverse : le désengagement de l'Etat et la consécration d'un "devoir" d'alerter. Ce risque pour l'institution même de l'alerte se présente comme une conséquence indirecte de l'action « incarnée » ou « justifiée ».

La doctrine identifie en effet un risque grave, conséquence de l'institutionnalisation de l'alerte, dans la désorganisation de la société et du désintéressement de l'Etat dans sa mission de protecteur de l'intérêt général.

Analysant l'alerte en droit de l'environnement, Camille Colas exprime sa crainte sur la question et affirme que l'institutionnalisation de l'alerte éthique « *ne doit pas conduire à un désengagement de l'Etat dans ses missions de prévention et de surveillance* »<sup>218</sup>. Les lanceurs d'alerte participant activement à la protection de l'environnement ne doivent pas s'apparenter à des « palliatifs » aux manquements et défaillances de l'Etat dans leur mission de contrôle et de prévention des atteintes, mais seulement comme des acteurs supplémentaires dans la cause. La question est sensible et renvoie notamment en ce que l'Etat, sujet « *à des difficultés financières pour mener à bien ses obligations de contrôle et de prévention* », pourrait concevoir le lanceur d'alerte comme un agent public actif chargé de la préservation de l'environnement <sup>219</sup> alors même que le lanceur d'alerte est une figure juridique indépendante qui ne saurait être qualifiée d'une telle manière. Jean-François Kerléo s'interroge sur la question : « *En s'inscrivant dans la loi, les lanceurs d'alerte ne prennent-ils pas la forme d'un service public, ou n'en deviennent-ils pas des collaborateurs occasionnels?* »<sup>220</sup>. La décision du Conseil d'Etat rendue dans l'affaire de la catastrophe de l'usine AZoteFertilisant (AZF)<sup>221</sup> de Toulouse permet d'illustrer la question. Le Conseil d'Etat, appliquant pour la première fois la notion « d'alerte éthique » écarte la responsabilité de l'Etat au motif que ce dernier n'a pas commis de faute ou de manquement dans ses obligations de police et parce que « *l'administration n'avait pas été alertée sur une méconnaissance des prescriptions réglementaires*

---

<sup>217</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 26

<sup>218</sup> C. COLAS, *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement* pages 195 à 214

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> J. F. KERLEO, *Les autorités publiques sont-elles des lanceurs d'alerte comme les autres ? Les spécificités françaises du régime de l'alerte éthique* », *La revue des droits de l'homme*, 10/2°16, p.3 dans C. COLAS, *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, page 197 note n°16

<sup>221</sup> Décision du Conseil d'Etat, 17 décembre 2014 *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. D. Et autres*, n°367202, n°367203

*dans cette installation »<sup>222</sup>. L'irresponsabilité de l'Etat serait déduite par le Conseil d'Etat d'une conciliation opérée « entre les difficultés, tant matérielles qu'humaines, que rencontre l'Etat pour mener à bien ses opérations de contrôle » et la nécessité « de prévention des risques ». Le concept de l'alerte éthique suppose ici que le lanceur d'alerte agisse comme un « citoyen vigilant », quasiment agent du service public et dont l'inaction peut avoir des conséquences préjudiciables. L'application de la notion d'alerte éthique participerait ainsi à renforcer la prévention des atteintes en encourageant, voire en imposant l'action du lanceur d'alerte ; l'opinion publique doit veiller à ce que son application « ne se traduise pas par un désengagement de l'Etat dans sa compétence traditionnelle de vigilance et de sécurité »<sup>223</sup>.*

L'exploitation maximale du fait que le lanceur d'alerte agit dans l'intérêt général pourrait conduire à l'établissement « d'un devoir d'alerte » dans certains domaines, garantie de dénonciation et donc de sauvegarde de l'intérêt général. Deux exemples permettent d'illustrer la problématique résultant de la tendance contemporaine à imposer une obligation d'alerte dans certaines hypothèses.

Dans le domaine médical, l'alerte donnée par un professionnel de santé pourrait évoluer vers un "devoir" d'alerte. Il a été précédemment exposé l'hypothèse de la violation du secret médical pour sauvegarder l'intérêt d'un enfant ou d'une personne âgée. Ces exemples d'alerte, donnée en violation d'un secret médical, illustrent l'aspect "sensible" de la question, compte tenu des intérêts supérieurs qui sont en jeu. L'alerte dans le milieu médical répond à l'objectif de santé publique, au sens large. La Cour de Cassation a sanctionné un médecin qui n'avait pas procédé au signalement d'un danger pour une personne âgée victime de maltraitances, et ce même en violation du secret médical<sup>224</sup>. Si le silence est sanctionné, c'est que la dénonciation s'impose. Françoise Dekeuwer-Defossez identifie à travers cette décision un changement de nature de l'alerte en matière médicale : « le « droit d'alerte » est devenu un « devoir d'alerte » : c'est le chemin suivi en matière de maltraitance et il est probable que ce soit la tendance dans tous les domaines où ceux qui pouvaient alerter et ne l'ont pas fait se le verront reprocher »<sup>225</sup>.

La domaine de l'environnement est également sujet à faire évoluer rapidement la nature même de l'alerte. Un premier pas vers la reconnaissance d'un devoir d'alerte en matière environnementale a été dégagée par le Conseil Constitutionnel sur le fondement des articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement dans l'hypothèse des atteintes à l'environnement résultant d'une activité personnelle. Selon le Conseil Constitutionnel, « Chacun est tenu à une obligation de vigilance à l'égard des atteintes qui pourraient résulter de son activité »<sup>226</sup>, cette obligation de vigilance se traduit par le devoir de signaler des risques, si le citoyen venait à les constater. Pour Camille Colas, il est nécessaire d'étendre le champ de cette obligation et « de qualifier l'alerte environnementale de devoir pesant sur tout personne physique ou morale ayant connaissance d'une atteinte à

---

<sup>222</sup> Décision Conseil d'Etat, 17 décembre 2014, *Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. D. Et autres*, n°367202, n°367203

<sup>223</sup> H. ARBOUSSET, *Commentaire CE 17 dec 2014 Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. D. Et autres* n°367202, n°367203, Manuel Droit de l'environnement, 2015, n°234, p. 181-186

<sup>224</sup> Cour de Cassation, Chambre criminelle, 23 octobre 2013, Bull.crim. n°2°4 Voir observation Ponseille in *Revue Droit et santé* n°57, 2014, p.904

<sup>225</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Risques et lanceurs d'alerte: l'enseignement de la législation relative au signalement de la maltraitante à enfant*, pages 255 à 268 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS

<sup>226</sup> Décision du Conseil Constitutionnel, 8 décembre 2011, n°2011-116 QPC Michel Z et a., JORF 17 avril 2011, p/ 6361)

*l'environnement* », atteinte dont aurait « *personnellement connaissance*»<sup>227</sup> le citoyen. Le fondement du devoir d'alerte résiderait, pour l'auteur, dans la préservation de l'intérêt général en ce qu'il permettrait d'assurer l'efficacité de la protection de l'environnement.

---

<sup>227</sup> C. COLAS, *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, pages 195 à 214

Voir le chapitre 3. « Le lanceur d'alerte: gardien de l'intérêt général. Vers un devoir d'alerter ? »

## **Chapitre 2. L'intérêt personnel dans la définition du lanceur d'alerte, le point de divergence entre les statuts juridiques américain, canadien et français**

Selon les principes directeurs pour une législation de l'alerte de Transparency International (2009), « *l'attribution ou non d'une récompense financière ou d'un prix, aux lanceurs d'alerte, et son financement éventuel au prorata des montants recouverts ou des amendes encaissées doivent être étudiées en fonction du milieu culturel de chaque pays* »<sup>228</sup>. La question de l'intérêt personnel du lanceur d'alerte, et conséquemment de sa rémunération, constitue le point de divergence des systèmes juridiques en la matière et renvoie aux conceptions différentes de l'acceptation de l'alerte dans les pays. A ce titre, les systèmes américain et français présentent deux acceptations opposées : la première est fondée sur le principe de l'action intéressée du lanceur d'alerte (Section 1) et la seconde est fondée sur son action désintéressée (Section 2).

Au Canada, l'intérêt et la rémunération du lanceur d'alerte ne sont pas envisagés par le législateur fédéral et aucun système de primes ou de récompenses n'a été mise en place. Néanmoins, la doctrine relève, quant à la question de la motivation du whistleblower que « *le réel motif de l'employé, altruiste ou non, n'est pas pertinent pour la qualification de lanceur d'alerte à moins qu'il n'influe sur la reconnaissance de la condition de bonne foi ou de la croyance raisonnable* », seule condition exigée pour sa qualification<sup>229</sup>.

### **Section 1. L'action intéressée du lanceur d'alerte, conséquence d'une conception pragmatique de l'alerte aux Etats-Unis**

Si la conception pragmatique de l'alerte aux Etats-Unis a conduit le législateur à reconnaître au lanceur d'alerte le droit d'exercer une action intéressée, c'est-à-dire d'agir dans la perspective de bénéficier d'un intérêt personnel (I), la pratique révèle les dangers d'une rémunération ; d'où l'intervention du législateur et l'adaptation du statut juridique (II).

#### **I. L'acceptation de l'intérêt personnel du lanceur d'alerte dans la définition américaine**

Dès lors que la motivation personnelle du lanceur d'alerte a été considérée aux Etats-Unis comme une garantie d'efficacité du système d'alerte (A), l'acceptation de l'intérêt personnel dans le lancement d'alerte a été reconnu et consacré à travers le principe de rémunération du lanceur d'alerte (B).

##### **A. La motivation personnelle comme garantie d'efficacité des systèmes d'alerte aux Etats-Unis**

Tant l'initiative de la formalisation du régime de lancement de l'alerte que la précision du fonctionnement répondent d'une volonté pragmatique du législateur américain. En effet, le système d'alerte a été conçu autour de la recherche d'une efficacité maximale du whistleblowing. Il faut analyser et comprendre le statut reconnu au lanceur d'alerte et la procédure qui lui est imposée à l'aune de cette volonté législative.

---

<sup>228</sup> N.M. MEYER, « *Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ?* », Transparency International, 18 novembre 2016

<sup>229</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 67  
« *As just discussed, the employee making a disclosure is subject to a good faith or reasonably believes standard. The actual motive of the employee, altruistic or not, does not appear to be relevant consideration unless it undermines or negates good faith or reasonable belief* »



Au delà des conceptions théoriques du lanceur d'alerte comme défenseur de l'intérêt général et garde fou des atteintes qui peuvent lui être portées, le pragmatisme américain a conclu à la possibilité d'un intérêt personnel du lanceur d'alerte dans son action. Dans l'établissement d'un régime de l'alerte efficace, le législateur a pris en compte ce facteur et a considéré la question de la rémunération comme intérêt pécuniaire personnel du lanceur d'alerte.

## 1. L'action du lanceur d'alerte motivée par un intérêt personnel

L'existence d'une motivation personnelle dans le lancement d'alerte a fait l'objet de nombreuses recherches doctrinales, qui ont abouti à l'explicitation de la conception américaine de l'alerte.

Le pragmatisme américain constate « *L'alerte purement éthique est rare (...). Il y a souvent un intérêt recherché, un mobile plus ou moins avouable, qui guide et motive l'action du lanceur d'alerte* »<sup>230</sup>. L'auteur américain Peter Roberts, dans son article « *Motivations for whistleblowing: Personal, private and public interests* » explicite parfaitement la conception américaine de la motivation du lanceur d'alerte. Il identifie dans la démarche du lanceur d'alerte des « *altruistic motives* », qui renvoient à la notion de l'intérêt général dans le whistleblowing, et des « *egotistical motivations* », qui renvoient à l'intérêt personnel du lanceur d'alerte, qui le conduisent à lancer effectivement l'alerte<sup>231</sup>. Le whistleblower « *reports simultaneously on both public interest issues and personal grievances* », c'est-à-dire que son action repose à la fois sur la recherche de la préservation de l'intérêt général, mais également sur des raisons personnelles : en droit américain, la motivation du lanceur d'alerte peut donc reposer sur l'intérêt général, l'intérêt personnel ou les deux simultanément<sup>232</sup>. D'après Peter Roberts, la reconnaissance d'un intérêt personnel du lanceur d'alerte ne fait pas obstacle à l'exigence d'une justification de l'alerte dans l'intérêt général, ces deux intérêts ne posent pas la même question. L'exigence d'une alerte entrant dans une démarche d'intérêt général ou « *pro social behaviour* » renvoie à l'analyse de l'impact de l'alerte, c'est-à-dire aux conséquences de celle-ci et à son bienfait sur le bien commun, et non à la réelle motivation du lanceur d'alerte<sup>233</sup>. Ainsi l'action exercée dans l'intérêt général n'exclut pas nécessairement l'intérêt personnel du lanceur d'alerte.

Selon cette conception de l'alerte, l'exigence d'une alerte "incarnée", c'est-à-dire donnée dans l'objectif de préserver l'intérêt général, ne s'opposerait pas à l'existence d'une motivation personnelle concomitante. Jean Christophe Roda souligne qu'« *Aux Etats-Unis, berceau du whistleblowing, les autorités entendent justement exploiter les failles humaines. Partant du principe que le lanceur d'alerte a souvent un intérêt à dénoncer, elles tentent de maximiser les chances de dénonciation en jouant précisément sur cet aspect* »<sup>234</sup>. Dans cette démarche, les législateurs américains ont pris en compte, dans leur quête d'efficacité du système d'alerte, l'existence d'un intérêt personnel et conclu à la possibilité d'un intérêt pécuniaire du lanceur d'alerte à travers une rémunération.

## 2. L'alerte rémunérée et la recherche d'efficacité du whistleblowing

---

<sup>230</sup> J-C RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, Page 236

<sup>231</sup> P. ROBERTS, *Chapitre 9 Motivations for whistleblowing: Personal, private and public interests*, page 208

<sup>232</sup> *Ibid.*

<sup>233</sup> P. ROBERTS, *Chapitre 9 Motivations for whistleblowing: Personal, private and public interests*, page 209

<sup>234</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 236

Aux Etats-Unis, l'exploitation de l'intérêt personnel au moyen d'une rémunération est guidée par une volonté politique d'efficacité de l'alerte. La recherche de dispositifs stimulant le lancement d'alerte et établis afin de garantir l'efficacité des systèmes d'alerte est nécessaire : d'abord parce que l'alerte est essentielle aux systèmes pour débusquer des faits graves et, ensuite, parce que sans intérêt personnel, le lanceur d'alerte risque de se décourager en raison des risques attachés à l'exercice de son action. Aux Etats-Unis, « *l'encouragement direct ou indirect à la dénonciation est apparu comme un moyen sûr d'éviter que de tels événements ne se reproduisent* »<sup>235</sup>. Cette volonté politique d'efficacité des systèmes d'alerte est affichée par les autorités étatiques et se veut expansive. Par exemple, pour maximiser et améliorer la lutte internationale contre la corruption, les autorités américaines « *plaident aujourd'hui régulièrement sur l'importance du whistleblowing et des Financial rewards pour combattre la corruption internationale* »<sup>236</sup>. La volonté américaine de généraliser la pratique de la rémunération des lanceurs d'alerte à travers le monde est suivie par certains organes internationaux, comme l'OCDE, qui reconnaissent les avantages d'un tel système. Ainsi le droit international serait favorable à l'établissement de régimes de rémunération des lanceurs d'alerte : « *Les recommandations actuelles d'organismes tels que l'OCDE vont clairement dans ce sens et laissent présager un ralliement de nombreux systèmes à ces mécanismes* »<sup>237</sup>. Le dispositif américain de lancement d'alerte « *semble pouvoir accueillir les dénonciations qui ne sont pas totalement altruistes, ce qui est une bonne chose : il en va de l'efficacité du mécanisme* »<sup>238</sup>. L'intérêt personnel se présente comme une "stimulation" du lanceur d'alerte à agir et, dès lors, *l'alerte rémunérée est considérée « comme étant l'un des moyens les plus efficaces pour lutter contre les infractions particulièrement difficiles à découvrir »*<sup>239</sup>.

De plus, au delà de l'enjeu éthique de la prévention des infractions comme les délits financiers et corruption, la procédure de rétribution des lanceurs d'alerte a prouvé son efficacité quant au recouvrement de sommes et de pénalités par le gouvernement américain. L'application du False Claim Act, organisant la rétribution des lanceurs d'alerte a, par exemple, et selon les estimations du département de la justice américain, « *permis aux autorités de recouvrer des sommes estimées à près de 24 milliards de dollars entre 1987 et 2012* »<sup>240</sup>.

Aux Etats-Unis, l'exploitation de l'intérêt personnel visant une rémunération en contrepartie du lancement de l'alerte est justifiée par l'efficacité; celle-ci « *l'emporte sur le caractère potentiellement immoral des mécanismes, surtout lorsque la protection de l'ordre public est en jeu* »<sup>241</sup>.

## **B. La consécration du principe de rémunération du lanceur d'alerte**

---

<sup>235</sup> N. M. RONGINE , *Toward a coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing*, Am. Bus.L. J., vol 23, 1985, p. 281, note 7 dans J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 237

<sup>236</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 246

<sup>237</sup> «*Re-visiting Whistleblower Protection: From commitments to effective protection* », colloque organisé par l'OCDE à Paris, le 17 juin 2014. Actes non publiés et formalisés dans le rapport 2015, page 5

<sup>238</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 236

<sup>239</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 237

<sup>240</sup> U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) « *Fraud statistics- Overview*, » Oct 1, 1987-Sept 30, 2012, 3 oct 2012

<sup>241</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 237

En vertu de la conception générale de l'alerte et des motivations du lanceur d'alerte intégrant la possibilité d'un intérêt personnel et d'une rémunération, les législateurs américains ont consacré le principe de la « rémunération » du lanceur d'alerte. L'alerte rémunérée recouvre « *tous les mécanismes destinés à provoquer la dénonciation d'actes délictueux en échange d'une récompense* »<sup>242</sup>. Jean-Philippe Foegle introduit la question en énonçant que « *Bien que la rétribution des lanceurs d'alerte fasse débat, ce mécanisme constitue aujourd'hui l'un des dispositifs centraux du Whistleblowing aux Etats-Unis* »<sup>243</sup>.

L'action intéressée du lanceur d'alerte américain à travers l'alerte rémunérée est née aux Etats-Unis, y trouve son origine dans la première législation en matière d'alerte : le False Claim Act de 1863. L'acte définit et organise la procédure de dénonciation « Qui tam », spécifique au système américain et à l'issue de laquelle le lanceur d'alerte pourra percevoir un pourcentage sur l'amende versée par le condamné le cas échéant. A la suite du False Claim Act, l'organisation de la rémunération a été précisée par des lois nouvelles et aboutissant à l'arsenal législatif actuel en la matière.

Parmi ces lois, le Dodd Frank Act, adopté en 2010<sup>244</sup>, est essentiel au système général de rétribution du lanceur d'alerte. Il autorise les régulateurs financiers américains (la U.S. Securities and Exchange Commission (SEC) et la Commodity Future Trading Commission- CFTC) à « *accorder une somme d'argent à toute personne qui leur fournirait une information nouvelle permettant d'aboutir à une sanction pécuniaire d'au moins un million d'euros* »<sup>245</sup>. Le lanceur d'alerte perçoit 10 à 30 % de la somme. Le système de rétribution du Dodd-Frank Act apparaît aujourd'hui extrêmement performant, les chiffres sont présentés par les régulateurs sont éloquentes : d'abord en ce que les lanceurs d'alerte perçoivent effectivement des rétributions dont les montants sont significatifs, et ensuite en ce que les régulateurs reçoivent un nombre croissant d'informations en application de ces dispositions. La SEC, elle-même, salue ce système dans son bilan annuel et indique « *être convaincue que les incitations financières vont continuer à pousser les indicateurs à dénoncer tout type de fraude* »<sup>246</sup>, l'affirmation étant corroborée par les chiffres qu'elle présente : « *En effet le gendarme boursier américain a reçu 4300 « tuyaux », doit 40 % de plus que sur la première année d'activité en 2011-2012* »<sup>247</sup>. Les sommes versées aux whistleblowers sont également révélatrices du bon fonctionnement du système : L'auteur Laurent Boi relève en effet que depuis 2011 des primes d'un montant total de 111 millions de dollars ont été versées en récompense à « *34 individus qui ont fourni au régulateur des informations déterminantes sur des groupes cotés lui permettant ainsi de débusquer des escroqueries et des manquements aux réglementations en vigueur. Cette pratique, qui existe depuis l'entrée en vigueur du Dodd-Frank Act, est également payante pour la SEC (Securities Exchange commission, qui a pu, du coup, prononcer des sanctions pour 584 millions de dollars sur la même période* »<sup>248</sup>. De même, dans un communiqué de presse, la SEC informe en septembre 2014, avoir « *accordé la somme de 30 millions de dollars à un*

---

<sup>242</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 237

<sup>243</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 12

<sup>244</sup> Dodd Frank Wall Street Reform and consumer Protection Act, Public Law 111-203

<sup>245</sup> J.B. POULLE et S. KHAN, *Le Whistleblowing: Réflexions sur les derniers développements en matière financière*, Revue de droit bancaire et financier, n°6, Novembre 2015, Etude 21, (Spitz & Poulle AARPI)

<sup>246</sup> SEC, SEC Whistleblower Program surpasses \$100 Million in Awards: <http://www.sec.gov/>

<sup>247</sup> L. BOI, *Depuis 2011, les lanceurs d'alerte ont gagné 111 millions de dollars aux US*

<sup>248</sup> *Ibid.*

*informateur anonyme résident hors des Etats-Unis pour lui avoir fourni des informations dans une affaire de fraude* »<sup>249</sup>.

La rémunération de l'«aviseur fiscal», via l'octroi de primes, a fait l'objet d'une législation spécifique et est issue de l'IRS Whistleblower Law. Cette rémunération en matière fiscale est codifiée depuis 1867 aux Etats-Unis à la section 7623 de l'International Revenue Code et est conditionnée par la « contribution « significative » au prononcé de redressements pénalités, (...) de plus de deux millions de dollars »<sup>250</sup>. Le montant de la prime est également indexé sur les sommes récoltées par les autorités à l'issue d'une condamnation «entre 15 et 30 %»<sup>251</sup>.

Ainsi, l'organisation d'un système américain d'alerte « spécifique » dans la mesure où il repose sur un mécanisme d'alerte rémunérée dans le but d'assurer l'efficacité maximale du système. L'organisation de la rémunération est conçue à travers un système de récompenses et des primes « que les constructions législatives d'autres Etats, spécialement en Europe, n'adoptent pas<sup>252</sup> », ce qui fait du dispositif un système original et unique en son genre. La réticence des Etats étrangers à instaurer un tel mécanisme d'alerte rémunérée, au delà de la divergence des conceptions de l'alerte, tient de l'identification de dangers et de risques dans l'avènement d'un tel système.

## **II. La nécessité d'un statut juridique adapté aux dangers de la rémunération**

Si ce système est présenté comme bénéfique pour le fonctionnement du système d'alerte, des risques de dévoiement de l'alerte rémunérée ont été identifiés (A) et ont conduit le législateur américain à encadrer et prévenir le lancement d'alerte malicieux (B).

### **A. L'identification des « risques de dévoiement » de l'alerte rémunérée**

L'organisation non gouvernementale Transparency International, dont l'objectif fondamental est de protéger les lanceurs d'alerte à travers l'exercice d'une influence sur les législateurs dans l'établissement de statuts protecteurs n'encourage pas l'établissement de l'alerte rémunérée. Reconnaissant les effets bénéfiques d'un tel système quant à l'efficacité de l'alerte, elle identifie les désavantages, à ses yeux rédhibitoires, liés à sa reconnaissance. Nicole Marie Mayer, ambassadrice de l'association, met en lumière que de telles législations présentent « un double désavantage ».

Le premier désavantage résiderait dans le fait que les systèmes de rétribution seraient « profondément *inégalitaires face aux lanceurs d'alerte* », puisque la rémunération est calculée sur le montant de l'amende prononcée ; tous les lanceurs d'alerte ne seraient pas rétribués de la même manière. En effet, elle relève que l'action d'alerte « de *signalement d'intérêt général n'induit pas nécessairement une recette fiscale* » ou même que le montant de l'amende dépend de l'information divulguée<sup>253</sup>.

---

<sup>249</sup> SEC, Communiqué de presse, 'sec announces Largest-Evert Whistleblower Award', 22 septembre 2014. Attention: la nature de la fraude considérée est restée confidentielle.

<sup>250</sup> F. BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*, page 228

<sup>251</sup> Pour le calcul de l'indexation des sommes voir les rapports annuels du Whistleblower program au Congrès, téléchargeable sur le site : <https://www.irs.gov/uac/whistleblower-office-annual-reports>.

<sup>252</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, pages 40 à 43

<sup>253</sup> N. M. MEYER *Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ?*, Transparency International 18 novembre 2016

Le second désavantage, plus grave encore, résiderait dans le risque « *de dévoyer la notion même de « signalement dans l'intérêt général », « désintéressé »*. La reconnaissance d'une alerte rémunérée, où l'action du lanceur d'alerte serait guidée par une motivation personnelle, pourrait conduire à « *toutes les dérives possibles vers une société de délation*»<sup>254</sup>.

Les lancements d'alerte pourraient ainsi devenir des actes opportunistes guidés par la seule perspective d'un gain financier, bien loin du « *pro-social behavior* » fondamentalement exigé. Jean Cristophe Roda met en lumière les deux types de comportement que pourraient adopter les lanceurs d'alerte, conduisant à une dérive de l'alerte et à son dévoiement : les « *comportements opportunistes dans l'initiative de la dénonciation* » et les « *comportements stratégiques des lanceurs alertes dans la procédure* »<sup>255</sup>.

L'opportunité des comportements dans l'initiative de la dénonciation recoupe les hypothèses des fausses alertes ou « *Frivolous and malicious reporting* ». Dans de tels cas de dénonciations abusives, l'individu fait une fausse révélation dans le but de bénéficier du statut de lanceur d'alerte et du régime de rémunération. La Financial Conduct Authority britannique met en garde contre la multiplication d'hypothèses de dénonciations abusives en raison de l'instauration d'un régime de rémunération du lanceur d'alerte: « *Les incitations financières pourraient conduire à des comportements opportunistes, à des rumeurs infondées de la part de personnes mal informées*»<sup>256</sup>. Dans le cadre de la procédure, les lanceurs d'alerte pourraient adopter une stratégie de comportements les mettant en conflit avec les autorités : il s'agit des risques "*concernant les tensions contre productives qui peuvent naître entre le dénonciateur et les autorités*"<sup>257</sup> ». En effet, dès lors, que la rétribution des lanceurs d'alerte est calculée sur le montant de la somme prononcée en cas de condamnation, les lanceurs d'alerte pourraient envisager des stratégies en cours de procédure par lesquelles ils maximiseraient leurs avantages. On pourrait envisager l'hypothèse d'un lanceur d'alerte qui transige avec la personne, morale ou physique, qu'il a dénoncée, ceci afin de négocier une somme supérieure à celle qu'il pourrait percevoir en cas de condamnation. L'exemple de l'affaire Endo Pharms<sup>258</sup> est pertinent pour illustrer ce point : dans cette affaire, le « *lanceur d'alerte avait aidé le gouvernement fédéral américain à réunir les preuves contre une entreprise mais celui-ci avait renoncé à aller au procès préférant conclure une transaction. Sans condamnation officielle de l'entreprise par un tribunal, le dénonciateur voyait ses chances d'obtenir une rétribution diminuer considérablement. Heureusement pour lui, les juges décidèrent que le dénonciateur avait le droit de toucher une partie des sommes versées au gouvernement par l'entreprise*»<sup>259</sup>. L'exemple révèle la possibilité d'une stratégie de la part du gouvernement dans la procédure qui pourrait, lui aussi, envisager de transiger avec la société en abandonnant les poursuites et ainsi ne pas procéder à la rétribution du lanceur d'alerte. Ces possibles dérives conduiraient le lanceur d'alerte à se montrer plus craintif et stratégique dans la divulgation de l'information.

---

<sup>254</sup> N. M. MEYER *Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ?*, Transparency International 18 novembre 2016.

<sup>255</sup> J.C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement* page 244

<sup>256</sup> G. THUSING et G. FORST, *Whistleblowing Around the World: A comparative Analysis of Whistleblowing in 23 countries*, dans *Whistleblowing- A comparative Study 2016*, Springer, page 27

<sup>257</sup> J.C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 244

<sup>258</sup> Case United States ex rel. Ryan v. Endo Pharms., Inc, n° 05-3450, 10-2039, 11-7767, 2015 WL427390 (E.D. Pa July 15, 2015)

<sup>259</sup> J.C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 244

Enfin, Fabrice Bin identifie un autre danger pour l'institution du lanceur d'alerte, qui résiderait dans la professionnalisation de la fonction : « *Bien évidemment, on bascule alors dans un système d'alerte quasi professionnel compte tenu de l'importance des rémunérations en jeu*<sup>260</sup> ». Alors même que la définition du lanceur d'alerte suppose par essence de se placer dans une situation exceptionnelle, les sommes versées en rétribution d'une alerte pourraient inciter les citoyens à devenir des experts de l'alerte et des professionnels en la matière, conséquence perverse d'une telle rétribution.

## **B. La prévention des risques et l'encadrement des lancements d'alerte malicieux**

L'identification de ces dangers liés à l'avènement d'une alerte rémunérée a conduit le législateur à se saisir de la question afin de minimiser les risques pour l'institution. La dénonciation de tels risques liés à l'alerte rémunérée est critiquée par une partie de la doctrine américaine, qui se défend contre l'existence de tels comportements opportunistes ou stratégiques, sur fond d'analyse économique, en faisant valoir qu'il n'y aurait « *aucune preuve selon laquelle une incitation financière importante pour provoquer des alertes conduirait à davantage de dénonciations abusives*<sup>261</sup> ». Ainsi aux Etats-Unis, la tendance est à la minimisation du phénomène, les acteurs et lobbies des lancements d'alerte affirmant le caractère exceptionnel de tels comportements.

Néanmoins, la pratique et certaines décisions jurisprudentielles prouvent que le système peut être manipulé par des lanceurs d'alerte mal-intentionnés et qu'il existe des pratiques de divulgations malicieuses. L'exposé de tels agissements concourent au dévoiement de l'alerte et ont nécessité un encadrement législatif. « *Si les autorités ne jouent pas le jeu, le risque est alors de voir naître des comportements stratégiques de la part du lanceur d'alerte qui cherchera à obtenir des garanties sur l'issue de la procédure* »: pour Jean Christophe Roda de tels comportements ne pourraient « *conduire qu'à ruiner l'efficacité du système et à affecter la crédibilité des dénonciateurs*<sup>262</sup> ». Le législateur américain et les Cours de justice se sont saisies de la question et ont apporté une garantie de protection au système dans la prohibition et la sanction sévère de tels comportements malicieux. Ainsi, un exemple jurisprudentiel révèle la sévérité adoptée par les Cours dans leur appréciation : à l'occasion de l'affaire Lambda Research, la Cour a sanctionné un lanceur d'alerte « *pour avoir dénoncé de façon « hasardeuse » les agissements de son ancienne entreprise*<sup>263</sup> ». La sanction est prononcée sur le fondement du False Claim Act qui sanctionne « *les comportements abusifs et vexatoires*<sup>264</sup> ».

Garde-fou contre l'exercice de comportements opportunistes dans l'initiative de la dénonciation, le paragraphe 3730 (d) (4) du False Claim Act dispose de la responsabilité du citoyen qui fait une dénonciation malicieuse « *false complaint* ». Il dispose en effet que « *Any person or business submitting a false complaint to the government or causes another person, such as an employee, to submit such a claim or know makes a false record or statement to get a false claim paid by the*

---

<sup>260</sup> F. BIN *Lanceur d'alerte et droit fiscal*, page 228

<sup>261</sup> A. DYCK, A. MORSE et L. ZYNGALES, *Qui Tam Provisions and the Public Interest: an empirical Analysis*, 107 Colum. L. Rev. 949, 971 (2007)

<sup>262</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 244

<sup>263</sup> Case United States ex tel. Jacobs. v. Lambda Research, Inc., 622 F. App'x 477 (6th Cir 2015)

<sup>264</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 236

*government is liable under the FCA* »<sup>265</sup>: Le texte conditionne la responsabilité du lanceur d'alerte à la connaissance de l'erreur ou à une fausse plainte : « *Without knowledge of the falsity of a claim there is no liability* ». Trois hypothèses sont envisageables: la connaissance actuelle, l'ignorance volontaire de la vérité ou du faux de la requête, ou l'absence de considération du caractère vrai ou faux de l'information<sup>266</sup>. Le législateur a donc joint, dans l'acte même prévoyant la rémunération du lanceur d'alerte, l'article permettant d'en limiter les abus : la sanction des cas flagrants d'alertes mal intentionnées.

## **Section 2. L'action désintéressée du lanceur d'alerte conforme à l'exigence d'« une alerte éthique » en France**

Contrairement au système américain, la conception traditionnelle d'une « alerte éthique » française fait obstacle à la reconnaissance d'un quelconque intérêt personnel du lanceur d'alerte (I). Toutefois, l'instauration du nouveau statut juridique pourrait faire évoluer la définition et aboutir à la consécration d'une forme de rémunération de ce dernier (II).

### **I. Le refus d'un intérêt personnel du lanceur d'alerte dans la définition traditionnelle française**

La définition traditionnelle française repose sur une conception éthique de l'alerte, qui fait obstacle à la possibilité d'une action intéressée du lanceur d'alerte(A), fondement du refus de la rémunération du lanceur d'alerte par le législateur français (B).

#### **A. Alerte éthique, obstacle à la reconnaissance d'une action intéressée**

La réticence du législateur français à reconnaître le droit d'alerte et à établir un statut juridique du lanceur d'alerte s'est traduite par un encadrement strict de la notion, notamment dans l'exigence de l'intérêt général. La notion d'« alerte éthique » irrigue les règles applicables aux lanceurs d'alerte. Jean-Marc Sauvé justifiait l'adoption de certaines dispositions dans la loi Sapin II par cette notion « d'alerte éthique ». Pour lui, « *Dire qu'une alerte revêt une dimension « éthique », signifie qu'elle est déterminée par des éléments subjectifs tenant à la motivation de l'agent et à des modalités*<sup>267</sup> »: les règles concernant tant « l'incarnation » que la motivation du lanceur d'alerte ont donc été conçues afin de mettre en place un lancement d'alerte éthique.

L'alerte éthique suppose de conférer au lanceur d'alerte un rôle social particulier de garant du bien commun, dont la motivation repose sur la préservation de l'intérêt général. Dès lors que la notion de lanceur d'alerte « *a été transposée de la sociologie* », celle-ci suppose, pour le législateur d'« *identifier un rôle social à valoriser*<sup>268</sup> » et d'exclure, en conséquence la possibilité d'obtenir un avantage personnel.

---

<sup>265</sup> Paragraphes 3729 (a) (1) A and (B) et 3729 (a) (1) (c) du False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code § 3729- 3733): « liability fo those who conspire to violate the FCA ».

<sup>266</sup> The Act defines knowledge as either:

1. « actual knowledge »
2. « Deliberate ignorance of the truth or falsity of the claim »
3. « Reckless disregard of the truth or falsity of the information »

<sup>267</sup> J. M. SAUVE, *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique*, AJDA n°39, 24 novembre 2014, p. 2250

<sup>268</sup> F. BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*, page 214

L'étude du Conseil d'Etat, précédant la conception et l'adoption de la loi Sapin II, illustre la volonté politique d'établir un cadre pour un lancement d'alerte éthique. La définition du lanceur d'alerte dispose que celui-ci est « *toute personne qui, confrontée à des faits constitutifs de manquement grave à la loi ou porteurs de risques graves, décide librement et en conscience de lancer une alerte dans l'intérêt général*<sup>269</sup> ». Le Conseil d'Etat met l'accent sur l'intérêt général qui anime le lanceur d'alerte.

Selon la doctrine française, l'exercice d'une alerte éthique "*implique que le lanceur d'alerte ne poursuive pas, par ses révélations, une motivation personnelle et qu'il agisse dans l'intérêt général* » : *l'existence d'un intérêt personnel est incompatible avec l'exigence, inhérente à la conception éthique de l'alerte, d'une seule et unique motivation de ce dernier dans la sauvegarde des intérêts de l'Etat. La conception éthique de l'alerte exige l'analyse des intentions du lanceur d'alerte et l'identification dans celles-ci d'une seule volonté altruiste.*

L'analyse de la consistance de « *l'intérêt personnel* » supposé du lanceur d'alerte permet de préciser la notion de lanceur d'alerte et ses limites. Logiquement, il a été ainsi précisé à l'occasion des débats parlementaires « *qu'il s'agissait évidemment d'un désintéressement financier* » et que cette exigence s'accordait avec la jurisprudence de la CEDH pour laquelle « *un acte motivé par un grief, une animosité personnelle ou encore par la perspective d'un avantage personnel, ne justifie par un niveau de protection élevée* »<sup>270</sup>. Les politiques et la jurisprudence s'accordent pour dire que la prohibition d'un l'intérêt personnel concerne l'intérêt financier ou le « *gain pécuniaire* »<sup>271</sup>, c'est-à-dire une rémunération. La rémunération du lanceur d'alerte est donc exclue dans le système français sur le fondement de la prohibition d'une motivation personnelle : pour la présidente Saint Pulgent « *le lanceur d'alerte est une personne désintéressée. La rémunérer poserait des questions sur ses intentions* »<sup>272</sup>.

Des critiques ont été formulées à l'encontre de cette vision éthique traditionnelle. La première critique relèverait du caractère idéaliste et conceptuel de l'exigence d'absence d'intérêt personnel. Elle nécessite l'appréciation de facteurs subjectifs, non vérifiables en pratique: : « *Les conditions posées par la loi du 9 décembre 2016 sont sans doute irréalistes, car elles impliquent de sonder l'âme du lanceur d'alerte : comment, en effet, savoir si l'ancien salarié agit par vengeance ou « de bonne foi » ?* »<sup>273</sup>. Si le régime a mis en place un faisceau d'indices pour apprécier la bonne foi du lanceur d'alerte, la question de sa motivation personnelle et secrète serait plus compliquée à résoudre.

Une seconde critique a été formulée quant aux motivations réelles des politiques lors de l'instauration du régime: « *Les exigences du désintéressement sont surtout destinées à rassurer ceux qui craignent de voir le mécanisme se transformer en « machine à dénoncer à tout va* », comme l'ont craint des parlementaires lors du processus d'élaboration du texte»<sup>274</sup>. L'exigence d'une action désintéressée se présenterait alors comme une limite au système et un garde-fou contre un système de dénonciation à l'américaine, en quête d'efficacité. Elle ne serait que l'expression de la réticence du législateur.

---

<sup>269</sup> *Le droit d'alerte: signaler, traiter et protéger*, Les études du conseil d'Etat 2016 page 136

<sup>270</sup> E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte...*

<sup>271</sup> P. PAILLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

<sup>272</sup> Citée par J. M. PASTOR, *Le conseil d'Etat définit le lanceur d'alerte*, AJDA, 2016, p. 693 »

<sup>273</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*

<sup>274</sup> P. ROGER, *Au sénat, la droite est sceptique sur les lanceurs d'alerte*, Le Monde, 23 juin 2016



## B. Affirmation absolue du principe de non rémunération

L'exigence du caractère désintéressé de l'action a été intégrée dans l'arsenal législatif français en matière d'alerte. C'est sur le fondement du caractère désintéressé que la jurisprudence, les praticiens et la doctrine ont identifié le principe absolu de non-rémunération du lanceur d'alerte en France.

L'article 6 de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 définit le lanceur d'alerte comme: la « *personne physique qui révèle ou signale de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance*<sup>275</sup>», et inscrit donc explicitement la prohibition de l'intérêt personnel dans le texte.

Dès lors que la définition mentionne la prohibition de l'intérêt personnel, on comprend que la motivation du lanceur d'alerte conditionne la reconnaissance du statut juridique de ce dernier et donc l'octroi des protections qui lui sont associées. C'est ce que note Pauline Pailler « *La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection*<sup>276</sup>», corroborant ici la vision adoptée par la Cour Européenne des droits de l'Homme. En effet, dans l'arrêt Guja contre Moldavie<sup>277</sup>, portant sur l'analyse des motivations des lanceurs d'alerte et notamment sur la condition de bonne foi, la Cour se penche sur le rapport entre protection du lanceur d'alerte et motivation personnelle. Les juges européens énoncent que si « *La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection* », il revient à la jurisprudence d'analyser les ambitions portées au moment du lanceur d'alerte, c'est-à-dire « *d'établir si la personne concernée en procédant à la divulgation a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question*<sup>278</sup>». Dans cette logique, elle conclut en illustrant la démarche d'appréciation qu'« *un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé*<sup>279</sup>». La Cour précise la consistance d'une motivation personnelle de nature à exclure une protection<sup>280</sup> dans un « *désir de tirer un avantage personnel de son acte, (...) un grief personnel à l'égard de son employeur ou (d'un tiers), ou (...) une quelconque intention cachée*<sup>281</sup>». La solution jurisprudentielle européenne de la Cour

---

<sup>275</sup> Article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>276</sup> P. PAILLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

<sup>277</sup> Arrêt CEDH, 12 février 2008, n°14277/04, Guja c/Moldavie: JurisData n°2008-010477; JCP G 2008, I, 167, n°18, obs. F. Sudre

<sup>278</sup> *Ibid.*

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte...*, sur notion de bonne foi

<sup>281</sup> Arrêt CEDH, 12 février 2008, n°14277/04, Guja c/Moldavie: JurisData n°2008-010477; JCP G 2008, I, 167, n°18, obs. F. Sudre

Européenne des Droits de l'Homme, adopterait donc également une vision éthique de l'alerte qui conditionne la protection à l'exercice d'une action non rémunérée.

L'exclusion des journalistes de la définition du lanceur d'alerte est un exemple de l'application directe du principe de non-rémunération du lanceur d'alerte. En effet, dès lors que les journalistes font de la divulgation d'informations leur activité professionnelle et qu'ils en tirent un salaire, ils ne peuvent pas être qualifiés de « lanceurs d'alerte ». Ils ne peuvent pas bénéficier du statut, ni des protections afférentes à ce dernier. L'absence d'intérêt personnel et pécuniaire du lanceur d'alerte conduit à l'impossibilité pour lui d'en faire son activité professionnelle habituellement rétribuée. On pourrait dire que le caractère exceptionnel du lancement d'alerte est corrélée à l'absence de rémunération: « *Le lanceur d'alerte est celui qui est exposé de manière inattendue à un comportement fautif ou à un risque, qui n'en fait donc pas son activité habituelle et agit dans l'intérêt général*<sup>282</sup> ». Le Conseil d'Etat, dans son étude, avait illustré la question en prenant l'exemple du journaliste et de l'exclusion du statut du lanceur d'alerte sur ce motif<sup>283</sup>.

## **II. L'évolution du statut juridique en France: vers l'acceptation d'une forme de rémunération?**

Si le législateur a instauré un statut du lanceur d'alerte reposant sur une conception éthique et prohibant son action intéressée, la quête actuelle d'efficacité autour du régime conduit à faire évoluer la question de la rémunération. Dans un premier temps, la question de la compensation financière du lanceur d'alerte comme protection de ce dernier a été envisagée et écartée (A) et, dans un second temps, des régimes d'exception proposent la rémunération du lanceur d'alerte dans certains domaines (B).

### **A. La question de la compensation financière comme protection**

La question de l'aide financière et de la compensation des sommes engagées par le lanceur d'alerte dans le cadre du procès s'est posée durant les débats qui ont donné lieu à l'adoption de la loi Sapin II. La compensation financière du lanceur d'alerte s'est alors présentée comme une protection octroyée au lanceur d'alerte dans l'exercice de son action, de nature à accroître l'efficacité du système d'alerte mis en place. L'aide matérielle, envisagée comme protection, ne procure pas un avantage ou un intérêt, mais elle compense un risque ou une perte et ne s'oppose donc pas au principe général fondamental de non-rémunération du droit des lanceurs d'alerte.

L'accompagnement financier du lanceur d'alerte dans sa démarche était encouragé par une partie de la doctrine qui y décelait un avantage lié à l'efficacité, un moyen de « *libérer plus facilement la parole* » en rassurant les potentiels lanceurs d'alerte souvent très seuls dans leur combat à fort impact personnel et professionnel<sup>284</sup>. Partant du constat que le lanceur d'alerte prenait des risques en lançant l'alerte et que celui-ci pouvait engager des frais financiers à l'occasion de son action, le législateur a entrepris la mise en place d'un tel système d'aide matérielle.

L'article 14 du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique disposait ainsi que: « *Le défenseur des droits peut accorder, sur sa demande, à une personne physique qui engage une action en justice en vue de faire reconnaître une mesure défavorable prise à son encontre au seul motif du signalement qu'elle a*

---

<sup>282</sup> J. M PASTOR, *Le conseil d'Etat définit le lanceur d'alerte*, AJDA, 2016, p. 693 »

<sup>283</sup> *Le droit d'alerte: signaler, traiter et protéger*, Les études du conseil d'Etat 2016 page 136

<sup>284</sup> D. POLLET PANOUSSIS, *L'agent public lanceur d'alerte*, page 148 note 39

*effectué en application de l'article 6 une aide financière sous la forme d'une avance sur les frais de procédure exposés »<sup>285</sup> et avait été approuvé par le Conseil d'Etat<sup>286</sup>. Le dispositif de la loi organique, ainsi envisagé, permettait donc au Défenseur des droits d'apporter une aide matérielle au lanceur d'alerte par le biais d'une aide financière (avance sur frais de procédure) ou d'un secours financier (en cas de difficultés financières compromettant ses conditions d'existence). L'hypothèse était restreinte en ce qu'elle correspondait au « secours » de certains lanceurs d'alerte: « une faculté limitée aux lanceurs d'alerte qui connaîtraient, du fait de leur action des conditions financières présentant un caractère de gravité et compromettant les conditions d'existence »<sup>287</sup>.*

Le choix de la compétence du Défenseur des droits pour la matière s'est inscrit dans la logique de la loi Sapin II lui attribuant, en la matière, une fonction d'accompagnement, d'information et de protection. Le choix de cette institution a néanmoins été contesté et a fait l'objet d'une saisie a priori, du Conseil Constitutionnel, par des sénateurs avant l'adoption de la loi organique.

La décision du 8 décembre 2016 a confirmé les prérogatives de l'institution dans sa fonction de protection des droits et d'accompagnement des lanceurs d'alerte mais a cependant censuré l'article 14 et la possibilité d'octroi d'une compensation financière. Au visa de l'article 71-1 de la Constitution, le Conseil constitutionnel explique que « la mission confiée par les dispositions constitutionnelles précitées au Défenseur des droits de veiller au respect des droits et libertés ne comporte pas celle d'apporter lui-même une aide financière, qui pourrait s'avérer nécessaire, aux personnes qui peuvent le saisir. Dès lors, le législateur organique ne pouvait, sans méconnaître les limites de la compétence conférée au Défenseur des droits par la constitution, prévoir que cette autorité pourrait attribuer aux intéressés une aide financière ou un secours financier »<sup>288</sup>. Le Conseil censure la disposition en cause au motif que la mission d'octroi d'une compensation financière n'entrait pas dans le champ de la compétence de l'institution. La décision a fait l'objet de critiques en ce que l'interprétation faite de l'article 71-1 de la Constitution était contestable, dès lors qu'elle conduirait à priver le Défenseur des droits, gardien des principes, « des moyens d'en assurer l'effectivité »<sup>289</sup>. Ainsi, la déclaration d'inconstitutionnalité de la disposition a abouti à l'abandon de la possibilité donnée au lanceur d'alerte de recevoir une telle compensation financière. Cependant, il convient de noter que la censure n'a pas été prononcée sur le fondement d'une incompatibilité entre la notion d'alerte éthique et celle de l'exigence du caractère désintéressé avec l'octroi d'une aide financière, mais seulement concernant la compétence de l'institution en charge d'y procéder. Certains auteurs, favorables à l'instauration d'une protection financière du lanceur d'alerte, envisagent de trouver une nouvelle autorité en charge : « le contexte potentiellement délicat d'un lancement d'alerte devrait permettre le recours à une aide matérielle et morale. (...) un nouveau dispositif pourrait être pensé »<sup>290</sup>. Pour Delphine Pollet Panoussis, par exemple, « la création

---

<sup>285</sup> Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (texte définitif n°830 adopté par l'Assemblée Nationale le 8 novembre 2016)

<sup>286</sup> Avis n°391.262 du Conseil d'Etat du 24 mars 2016 sur le projet de Loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>287</sup> E.ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte..*

<sup>288</sup> *Décision du Conseil Constitutionnel n°2016- 740 DC du 8 décembre 2016 relative à la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte, au JO du 10 décembre 2016).*

<sup>289</sup>E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte*

<sup>290</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 104

*d'une autorité administrative indépendante ad hoc est peut être la solution à envisager »<sup>291</sup>. La question de la compensation financière du lanceur d'alerte reste ouverte aujourd'hui, et pourrait conduire à faire évoluer le statut juridique actuel.*

## **B. Exceptions et rémunération du lanceur d'alerte dans certains domaines**

Au delà de la question de la compensation financière, la rémunération du lanceur d'alerte a été envisagée exceptionnellement dans certains domaines.

### 1. Droit de la concurrence

Le droit de la concurrence est le premier secteur où la possibilité d'une gratification financière a été reconnue pour l'informateur. Jean-Christophe Roda identifie ainsi, dans les programmes de clémence du droit antitrust « *l'exemple le plus frappant d'implantation réussie de mécanismes d'alerte rémunérée* »<sup>292</sup>. La mise en place de tels programmes en France est directement influencée par le droit de l'Union Européenne. La Commission Européenne a adopté deux communications en 1996, portant respectivement sur « *la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes* »<sup>293</sup> et sur « *l'immunité des amendes la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes* »<sup>294</sup> qui ont conduit l'adoption en France des programmes de clémence en matière d'ententes. L'article L 464-2, IV, du Code de commerce indique qu'« *une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en oeuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'articles L 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs en apportant des éléments d'information dont l'autorité ou l'administration ne disposaient pas antérieurement* »<sup>295</sup>. Les conditions de la clémence sont détaillées dans le Code de commerce et soumis à une pluralité d'exigences, mais la volonté affichée du législateur est d'encourager la dénonciation des cartels, dont la révélation est très compromise pour l'Etat sans l'intervention d'un membre.

A l'instar des abus qui existent dans le système américain de récompense du lanceur d'alerte, la pratique prouve que de tels risques existent aussi en matière concurrentielle. L'autorité de la concurrence a déjà eu à déjouer de fausses demandes de clémence comme à l'occasion de l'affaire Butagaz dans laquelle, afin de bénéficier de programmes de clémence, « *les dénonciateurs avaient fabriqué ou modifié des documents fondant leurs demandes* »<sup>296</sup>.

En droit de la concurrence, l'acceptation d'un intérêt personnel du dénonciateur et d'une forme de rémunération est justifié par la recherche d'efficacité en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et les ententes, domaine où l'effet restrictif de concurrence constitue une menace grave pour l'intérêt général. L'efficacité du dispositif est vérifiée. Les chiffres donnés par

---

<sup>291</sup> D. POLLET PANOUSIS, L'agent public lanceur d'alerte, page 148 note 39

<sup>292</sup> J.C. RODA, *La clémence en droit de la concurrence*, PUAM, 2008

<sup>293</sup> Commission européenne, communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 18 juillet 1996, JOCE

<sup>294</sup> Commission européenne, communication de la Commission concernant l'immunité des amendes la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOUE, 2006/C 66/04 ( Version Actualisée)

<sup>295</sup> Article L 464-2, IV, du code de commerce

<sup>296</sup> Décision de l'autorité de la concurrence n°10-D-36 du 17 décembre 2010

l'autorité de la concurrence permettent de constater l' « augmentation du nombre de cartels révélés grâce aux programmes de clémences »<sup>297</sup>.

## 2. Domaine fiscal

Le domaine du droit fiscal est également un secteur où la conception éthique de l'alerte est remise en cause et où la rémunération de l'informateur est considérée. « A titre expérimental et pour une durée de deux ans », l'article 109 de la loi de finance française de 2017 a prévu un dispositif, inédit de rémunération de l' « aviseur fiscal »<sup>298</sup>.

Ce dispositif de rémunération est néanmoins strictement encadré : il prévoit la rémunération des lanceurs d'alerte en matière de fraude fiscale « sous réserve que ceux-ci dénoncent des cas suffisamment importants de grande fraude internationale passant par les paradis fiscaux »<sup>299</sup>. Pour les députés portant la proposition de loi, l'expérimentation est limitée sur la forme en tant qu'elle ne concerne que les hypothèses où la révélation porte sur « des scandales de fraude fiscale internationale, sophistiqués ou à grande échelle »<sup>300</sup>. Les conditions de la rémunération sont précisées dans l'article : la rémunération est opérée par l'administration fiscale et autorisée par le gouvernement en contrepartie de la fourniture de « renseignements utiles à la lutte contre certains cas de fraude ou d'évasion fiscale internationale »<sup>301</sup>. Il est précisé que l'utilité des renseignements renvoie au fait que les ceux-ci ont « amené à la découverte d'un manquement ». L'article 109 I alinéa 3 porte sur les conditions et modalités de l'indemnisation; Celles-ci sont complexes et se résument en ce que la rémunération est fixée de façon discrétionnaire, qu'elle ne peut faire l'objet d'un quelconque recours, et qu'elle est plafonnée à 3100 euros.

Le dispositif de rémunération des « aviseurs fiscaux » correspond donc à la rémunération d'un lanceur d'alerte. Néanmoins, Anne Michel, relève que lors des débats parlementaires il a été dégagé une règle originale selon laquelle: « Une fois rémunérés, ces informateurs, même s'ils se conçoivent comme des lanceurs d'alerte, ne pourront prétendre juridiquement parlant au statut protecteur ad hoc créé par la loi Sapin II, adoptée à l'assemblée le 8 novembre. En effet ce statut suppose d'agir de manière désintéressée »<sup>302</sup>. Ainsi, persistant dans le principe de non-rémunération des lanceurs d'alerte, l'octroi d'une gratification en matière fiscale exclurait le bénéfice du statut : « aviseur

---

<sup>297</sup> J.-C. RODA, *L'alerte rémunérée: entre efficacité et risques de dévoiement*, page 241

<sup>298</sup> Loi de finances pour 2017 (n°2016-1917 du 29 décembre 2016, JO, 30 décembre 2016) )  
Article 109, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017:

« Al 1 « A titre expérimental et pour une durée de deux ans, le Gouvernement peut autoriser l'administration fiscale à indemniser toute personne étrangère aux administrations publiques, dès lors qu'elle lui a fourni des renseignements ayant amené à la découverte d'un manquement aux règles fixées à (...)

Al 3 « Les conditions et modalités de l'indemnisation sont déterminées par arrêté du ministre chargé du budget.

Al 4 « Chaque année le ministre chargé des finances communique au Parlement un rapport sur l'application du dispositif d'indemnisation. Il comporte notamment le nombre de mises en oeuvre de ce dispositif et le montant des indemnisation versées »

<sup>299</sup> A. MICHEL, *Fraude fiscale: vers une rémunération des informateurs du fisc*, [lemonde.fr](http://lemonde.fr), 18 novembre 2016

<sup>300</sup> *Ibid.*

<sup>301</sup> F. BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*

<sup>302</sup> A. MICHEL, *Fraude fiscale: vers une rémunération des informateurs du fisc*, [lemonde.fr](http://lemonde.fr), 18 novembre 2016

fiscal » potentiel serait donc amené à faire un choix entre le bénéfice d'un intérêt pécuniaire et la garantie d'une protection par le statut du lanceur d'alerte.

La précision de l'exclusion de la reconnaissance du statut de lanceur d'alerte n'exclut pas la critique du dispositif sur le fond : l'articulation avec le caractère éthique est difficile à opérer.

Certains auteurs relèvent en effet que l'expérimentation d'une telle rémunération pose la question de l'alerte éthique. C'est l'interrogation qui est soulevée par la mise en place du système: « *La cohérence n'est pas évidente entre une législation qui impose le désintéressement au lanceur d'alerte et une autre qui autorise la rémunération d'une personne qualifiée d'« aviseur » mais qui va divulguer une information dans des conditions comparables au lanceur d'alerte* <sup>303</sup> ». Fabrice Bin y voit un détachement des deux notions: « *la rémunération de « l'aviseur » semble le détacher du caractère éthique qui distingue en théorie le lanceur d'alerte d'un délateur (..)* »<sup>304</sup>. Il relève également que le plafonnement de la rémunération qui est prévue par le règlement d'application, de 3100 euros, « *s'apparente plus à une sorte de dédommagement qu'à une véritable rémunération* » et que la fixation du montant de la rémunération « *n'est pas comparable à une sorte d'intéressement au montant des redressements ou pénalités infligées* »<sup>305</sup>.

Ainsi le mécanisme expérimental de rémunération du lanceur d'alerte en matière fiscale relance le débat autour de la question d'une action intéressée, et participe à l'évolution de la conception du statut.

---

<sup>303</sup> E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte...*

<sup>304</sup> F. BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*

<sup>305</sup> *Ibid.*

## **PARTIE 2. LES ENJEUX ACTUELS DE PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES AMERICAIN, CANADIEN ET FRANCAIS**

### **TITRE 1. LA MISE EN PLACE DE PROTECTIONS PROCEDURALES AU BENEFICE DU LANCEUR D'ALERTE PAR L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE**

«*La procédure est la servante du fond*»<sup>306</sup>: l'institutionnalisation de l'alerte dans les systèmes juridiques américain, canadien et français, c'est-à-dire l'encadrement légal du processus de lancement d'alerte dans les systèmes juridiques, a été opérée dans le même souci d'assurer une protection du lanceur d'alerte : d'abord au stade de l'initiative de l'alerte (Chapitre 1), et ensuite dans son action (Chapitre 2).

#### **Chapitre 1. Les protections procédurales au stade de l'initiative du lancement d'alerte**

Le statut de lanceur d'alerte et les protections génériques sont réservées au lanceur d'alerte qui a effectivement lancé l'alerte dans le cadre d'une procédure définie, mais ne sont pas applicables au lanceur d'alerte "potentiel" au stade d'initiative de l'alerte. Les différents systèmes juridiques ont établi des garanties procédurales pour protéger le lanceur d'alerte « potentiel ». La comparaison des systèmes américain, canadien et français permet d'identifier la pluralité des systèmes de protection du lanceur d'alerte potentiel. Si la protection procédurale du lanceur d'alerte potentiel se conçoit, dans tous les régimes, à travers la communication et l'information efficace de ce dernier (I), d'autres garanties sont mises en place par les législateurs nationaux dans leur quête d'une protection optimale (II).

#### **Section 1. La priorité politique commune aux Etats-Unis, au Canada et en France d'une communication efficace avec le lanceur d'alerte potentiel**

Aux Etats-Unis, au Canada et en France, la priorité politique affichée pour la protection du lanceur d'alerte est celle d'une information complète du lanceur d'alerte (I) et explique la mise en place d'organes spécialisés dans la communication avec le lanceur d'alerte au Canada et en France (II).

##### **I. L'objectif d'une information complète du lanceur d'alerte au stade de l'initiative**

L'information complète du lanceur, est aujourd'hui recherchée et promue par les législateurs américain, canadien et français (B) en raison de l'enjeu qui lui est attaché résidant dans la lutte contre l'auto-censure du lanceur d'alerte potentiel (A).

##### **A. L'enjeu de la communication résidant dans la lutte contre l'auto-censure du lanceur d'alerte**

La comparaison des différents systèmes américain, canadien et français révèle qu'alors qu'ils s'intéressent aux questions du lanceur d'alerte, les différents systèmes ont reconnu la même priorité politique, celle de la communication avec le lanceur d'alerte potentiel.

Par nature, le lanceur d'alerte n'est pas un professionnel de la dénonciation et se trouve dans une situation exceptionnelle; il ignore généralement la consistance du régime du lancement d'alerte. Ses interrogations sur les droits et devoirs qui lui sont reconnus, ainsi que sur les modalités de la procédure, peuvent concourir à sa réticence à lancer l'alerte voire à son découragement. Favoriser

---

<sup>306</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 88

l'information du lanceur d'alerte potentiel, au stade de l'initiative participerait à l'efficacité des dispositifs juridiques d'alerte et permettrait de lutter contre une forme « d'auto-censure » de sa part.

Deux sources d'inquiétude, liées au manque de connaissance du lanceur d'alerte potentiel peuvent conduire à son auto-censure : la première tient à la complexité et à l'inintelligibilité des procédures d'alerte, et la seconde à la crainte des représailles.

Florence Chaltiel Terral énonce la problématique de l'accès difficile aux règles procédurales: « *les nombreuses étapes de la procédure de divulgation peuvent être décourageantes et floues* » et « *les notions retenues (...) peu précises appelleront sans doute soit une autolimitation des lanceurs d'alerte potentiels soit des contentieux difficiles* »<sup>307</sup>. Cette problématique de l'auto-limitation conduirait à la perte d'efficacité des systèmes d'alerte et explique la volonté des législateurs d'y remédier. Des chercheurs s'intéressant aux comportements des lanceurs d'alerte potentiels et à l'organisation des systèmes d'alerte dans les entreprises mettent en évidence que « *les outils de lancement d'alerte sont peu connus et peu utilisés par les employés, voir craints par ces derniers* »<sup>308</sup>. Le guide du lancement d'alerte établi par le Défenseur des Droits illustre l'inintelligibilité des procédures : il est constitué « *d'une dizaine de fiches, avec renvoi de l'une à l'autre, selon les cas de figure dans lequel se trouve le supposé lanceur d'alerte* » révèle « *la longueur et le manque de simplicité des procédures* »<sup>309</sup>. L'agence Transparency international dénonce précisément ce manque d'accessibilité et a également publié un « *guide à l'usage du lanceur d'alerte français* » afin de clarifier les méthodes de dénonciation.<sup>310</sup>

Face au risque d'auto-censure du lanceur d'alerte, craintif quant aux conséquences de son alerte, l'idée est que la promotion d'« *une culture organisationnelle efficace et ouverte encourageant la transparence et le dialogue* » pourrait y remédier <sup>311</sup>. Le lanceur d'alerte potentiel doit pouvoir s'exprimer en confiance et ne pas rester silencieux par crainte de représailles. Il est reconnu que cela passe par l'instauration, dans le milieu professionnel comme dans la société en général, d'un « *cadre caractérisé par la confiance, le professionnalisme et la collégialité, propice au respect des principes d'intégrité* ». La promotion de ces valeurs dans la société suppose une information des « *salariés sur leurs droits et responsabilités et sur les moyens dont ils disposent* » et est même « *indispensable* ».<sup>312</sup>

L'enjeu de la communication aux lanceurs d'alerte et de leur meilleure information a été également identifié au niveau international. Divers acteurs internationaux incitent les législateurs nationaux à se saisir de la problématique ou envisagent de se saisir eux-mêmes de la question à travers l'adoption de mesures réglementaires.

L'OCDE a ainsi mené une enquête sur les campagnes de communication menées dans le secteur public, dans laquelle elle constate que « un petit peu plus de la moitié des pays de l'OCDE » ont mené des campagnes de sensibilisation. Dès lors que de telles dispositions de protection restent

---

<sup>307</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 100

<sup>308</sup> S. GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, page 48

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> <https://transparency-france.org/actu/guide.pratique-a-lusage-du-lanceur-dalerte-francais/>

<sup>311</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 78

<sup>312</sup> *Ibid.*



« éparses », elle préconise « de passer en revue les normes de l'OCDE à cet égard et réfléchir à la façon de les remanier et d'assurer une protection dans le secteur public comme privé »<sup>313</sup>.

De même, à l'heure où l'Union Européenne se saisit de la question des lanceurs d'alerte (Voir partie 2), cette dernière place également la communication du lanceur d'alerte comme une garantie de protection de ce dernier. Par exemple, concernant la protection des lanceurs d'alerte lorsque des suspicions de fraude ou de corruption impliquent des fonds de l'Union, des propositions ont été faites pour améliorer l'idée générale de « la mise en place de moyens concrets de communication et de recueil d'informations ».<sup>314</sup> Ainsi le rapport encourage la mise en place de ces moyens « au sein du Parlement sous forme d'un guichet unique et de moyens tels des hotlines mais aussi au sein de la Commission. »<sup>315</sup>

En conclusion, le risque de l'auto-censure des lanceurs d'alerte conduirait à la perte d'efficacité voire à l'inutilité des systèmes d'alerte. Ce risque pèse sur tous les systèmes juridiques étudiés, c'est la raison pour laquelle tant les législateurs américain, canadien et français ont entendu répondre à la problématique et affirmé la priorité de l'enjeu de la communication.

## **B. L'affirmation politique d'une volonté d'une meilleure information du lanceur d'alerte sur ses droits**

Les différents législateurs américain, canadien et français ont affirmé leur volonté d'améliorer l'information des lanceurs d'alerte, et ce au stade de l'initiative de l'alerte; ils font de cet enjeu d'information une priorité politique essentielle pour garantir l'efficacité des mécanismes d'alerte. En France, Eric Alt met en lumière la nécessité de la mise en place de mécanismes favorisant l'accessibilité à l'information. Il énonce: « La protection contre les sanctions et la pénalisation des représailles ne pouvaient suffire. Une protection active était nécessaire pour défendre les lanceurs d'alerte »<sup>316</sup>, la protection active s'entendant ici comme l'intervention d'acteurs chargés d'assurer l'information et le conseil du lanceur d'alerte. La volonté politique d'assurer une communication efficace résulte d'un besoin.

Dans les différents textes de lois, les législateurs organisent les systèmes de communication en prévoyant et délimitant le contenu de l'information portée à la connaissance du lanceur d'alerte, mais également en précisant et encadrant les moyens de communication.

La communication doit éclairer le lanceur d'alerte sur deux points : la procédure et les modalités d'exercice de l'alerte d'une part, et le statut protecteur et les droits reconnus aux lanceurs d'alerte d'autre part. L'information doit être la plus complète possible. Cela implique qu'elle est prévue par les législateurs dans des lois générales mais également dans des lois spéciales, tenant compte des domaines particuliers où l'alerte est donnée. A titre d'exemple, la nécessité d'assurer une information complète a conduit le législateur français à organiser la communication avec le lanceur d'alerte potentiel dans le secteur bancaire et financier<sup>317</sup>. Le règlement général de l'AMF prévoit, à

---

<sup>313</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 78, Source ( [www.oecd.org/corruption/whistleblower-protection.htm](http://www.oecd.org/corruption/whistleblower-protection.htm) )

<sup>314</sup>Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0022+0+DOC+PDF+V0//FR>

<sup>315</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 123

<sup>316</sup> E. ALT, *Une nouvelle responsabilité pour le Défenseur des droits*, page 30

<sup>317</sup> P. PAILLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

cet effet, que « *les éventuels informateurs doivent être correctement informés des modalités de la procédures de signalement* » et, qu'à cet effet, « *Sont publiées dans une section distincte aisément identifiable et accessible du site internet de l'AMF les informations concernant la réception des signalements des manquements* »<sup>318</sup>.

Au Canada, la volonté politique de protection procédurale à travers l'information se retrouve dans la loi fédérale de 2007. Le préambule de cette dernière dispose en effet que la loi s'efforce de respecter le « *droit à la justice naturelle* ». Ce dernier impose, outre les devoirs d'une procédure équitable, l'intelligibilité et la transparence des lois et procédures<sup>319</sup>.

Au niveau de la Province du Québec, la loi de 2017 affirme clairement la volonté politique et dispose qu'« *Afin de garantir le mieux possible les conditions optimales du lancement d'une alerte le cas échéant, il existe un service de conseil juridique gratuit et disponible à l'attention de quiconque souhaitant faire une divulgation ou l'ayant déjà fait, ou encore croyant être victime de représailles* »<sup>320</sup>.

Au Canada et en France, les législateurs ont entendu parfaire les systèmes de communication avec le lanceur d'alerte potentiel à travers la mise en place d'organes spécialisés intervenant au stade de l'initiative et dans la procédure.

Aux Etats-Unis, la modalité de la communication a été envisagée sous un angle différent. Si elle est encadrée par l'Etat fédéral et que « *l'Administration informe volontiers ses fonctionnaires d'Etat sur le lancement d'alerte ou encore les actions à mener sur le lancement d'alerte* »<sup>321</sup>, elle résulte principalement de l'intervention d'organismes privés. Dès lors que l'efficacité du système d'alerte est en jeu, le pragmatisme américain a en effet conduit à l'affirmation forte d'une volonté politique et à l'encouragement de la mise en place de divers mécanismes d'information des lanceurs d'alerte. Stéphanie Gibaud salue cet engagement et constate « *Les Américains sont aujourd'hui les lanceurs d'alerte les mieux organisés au monde* »<sup>322</sup>. L'information des lanceurs d'alerte potentiels repose sur l'échange avec les lanceurs d'alerte ayant déjà engagé une procédure, et donc s'effectue à travers l'exposé de l'expérience concrète. Ainsi sont organisés des conférences par lesquelles « *Les lanceurs d'alerte américains ont l'opportunité de prendre la parole (...) permettant de partager leur expérience avec des citoyens* ». La conférence organisée « *par ExposeFacts avec sept lanceurs d'alerte ayant travaillé pour la National Security a eu lieu en 2015 à Washington* »<sup>323</sup> est une illustration de cette transmission. Le Whistleblowing Center organise également des conférences et des discussions "live" avec des lanceurs d'alerte, par thématique<sup>324</sup>. Le centre travaille également sur l'information et le conseil directs des lanceurs d'alerte potentiels. « *Géré comme une véritable*

---

<sup>318</sup> Article 145-2- V- du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) pour le contenu des informations requises, directive d'exécution concernant le signalement (article 4, Béta 2)

<sup>319</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>320</sup> Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics (Province de Québec) 2016, ( entrée en vigueur le 1er mai 2017) - c. 34, c. I., chapitre D-11.1

<sup>321</sup> S GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, page 148

Voir <http://oig.state.gov/system/files/whistleblowerinfor.pdf> ; [http://osc.gov/Resources/post\\_wbr.pdf](http://osc.gov/Resources/post_wbr.pdf) )

<sup>322</sup> S. GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, page 154

<sup>323</sup> <http://www.youtube.com/watch?v=8SV3618tLAE&feature=youtu.be&noredirect=1> S Gibaud p. 154

<sup>324</sup> S. GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, page 154

*entreprise* »<sup>325</sup>, le Whistleblowing Center fournit aux lanceurs d’alerte une pluralité d’informations tant sur leurs droits que sur la procédure s’offrant à eux. « *Des informations pertinentes sur les droits* » des lanceurs d’alerte aux Etats-Unis sont exposées sur le site internet de l’organisme<sup>326</sup> et systématisées dans l’ouvrage « *Whistleblower’s Handbook, ouvrage très complet rédigé par un avocat spécialisé dans la défense des lanceurs d’alerte* » qu’il publie<sup>327</sup>.

## **II. La mise en place d’organes spécialisés pour faciliter la communication au Canada et en France**

Au Canada et en France, la volonté de protection procédurale s’est manifestée par la mise en place d’organes spécialisés dans la communication avec le lanceur d’alerte potentiel, chargé tant de son accompagnement et son conseil (A), que de la clarification des procédures qui s’ouvrent à lui (B).

### **A. Des organes chargés de l’accompagnement et du conseil du lanceur d’alerte**

Au Canada et en France, la mise en place d’organes chargés de l’accompagnement et du conseil des lanceurs d’alerte répond en premier lieu à la nécessité d’informer le lanceur d’alerte potentiel sur ses droits et de rassurer le lanceur d’alerte quant aux garanties dont il pourrait bénéficier.

Au Canada, le système fédéral et fédéré québécois organisent une information, un conseil et un suivi effectif du lanceur d’alerte. Au niveau fédéral, la mission d’accompagnement et de conseil a été confiée au Commissaire à l’intégrité, une autorité administrative indépendante. L’institution a été instaurée dans l’unique but d’assurer le suivi, le conseil et l’accompagnement des lanceurs d’alerte dans leur démarche. Le modèle canadien de protection procédurale d’information repose sur l’action de ce dernier " *chargé de la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles* »<sup>328</sup>.

Au Québec, au niveau provincial, une institution indépendante, le Protecteur du citoyen, a également été investie de la mission de la protection et du conseil du lanceur d’alerte potentiel ou déjà engagé dans une procédure d’alerte. La loi facilitant la divulgation d’actes répréhensibles à l’égard des organismes publics le charge de la mission d’assurer la mise en place de conditions optimales pour le lancement d’alerte<sup>329</sup>, notamment par « *le service de conseil juridique gratuit et disponible à l’attention de quiconque souhaite faire une divulgation ou l’ayant déjà fait ou encore croyant être victime de représailles* »<sup>330</sup>. Marie Rinfret, Protectrice du Citoyen au Québec, se félicite de la pertinence de la compétence de l’institution: « *l’expertise du protecteur du citoyen en matière d’enquête, sa connaissance des services publics, la compétence de l’équipe dédiée au nouveau mandat d’enquête sur les divulgations en matière d’intégrité publique, la solidité des procédures et*

---

<sup>325</sup> S. GIBAUD, *La traque des lanceurs d’alerte*, page 154

<sup>326</sup> <http://www.whistleblowers.org>

<sup>327</sup> S. M. KHON, *The New Whistleblower’s Handbook. A step-by-step Guide To Doing What’s Right and Protecting Yourself*, Lyons Press, Guilford, Connecticut, EU, 2017

<sup>328</sup> E. ALT, *Une nouvelle responsabilité pour le Défenseur des droits*, page 30

<sup>329</sup> Loi facilitant la divulgation d’actes répréhensibles à l’égard des organismes publics ( entrée en vigueur le 1er mai 2017)- Province de Québec

<sup>330</sup> Source: [protecteurducitoyen.qc.ca](http://protecteurducitoyen.qc.ca)

*des mesures de protection mises en place nous permettent d'offrir un recours fiable* »<sup>331</sup>. D'après elle, ses pouvoirs d'enquête « *de vérification sur pièce et sur place* », entendus comme le pouvoir d'exiger « *d'avoir accès à tout document qu'il juge utile à ses vérifications et interroger toute personne dont le témoignage est requis pour son enquête* » garantissent la pertinence de son conseil et l'efficacité du dispositif <sup>332</sup>. Le Protecteur du citoyen joue également un rôle d'assistance dans la démarche du lanceur d'alerte via ses pouvoirs d'enquête. Ce rôle est salué et l'autorité perçue comme « *une institution rigoureuse, indépendante, impartiale et sans compromis quant à la protection des informations confidentielles* »<sup>333</sup> que lui confient les lanceurs d'alerte ou divulgateurs d'actes répréhensibles.

En France, la protection procédurale active a également été envisagée via la mise en place d'un organe spécialisé assurant l'information du lanceur d'alerte potentiel sur ses droits. Néanmoins, si la volonté politique du législateur était claire, le choix de l'organe missionné à cette fin a suscité des débats. La question de savoir s'il était ou non pertinent de copier le modèle canadien en créant *ex nihilo*, une « *haute autorité administrative indépendante en charge de l'alerte* » a été notamment soulevée<sup>334</sup>.

L'élection du Défenseur des droits « *comme autorité en charge de la protection des lanceurs d'alerte n'allait pas de soi* »<sup>335</sup>, mais c'est finalement le choix qui a été fait par le législateur français. La loi organique du 9 décembre 2016 relative à la compétence du défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte<sup>336</sup>, complétant la loi Sapin II, prévoit la compétence du Défenseur des droits en matière de protection des lanceur d'alerte. Le défenseur des droits jouera ainsi « *un rôle d'assistance des lanceurs d'alerte (qui peuvent potentiellement faire l'objet de mesures discriminatoires) en les orientant vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte (notamment en cas de doute sur l'autorité administrative à qui s'adresser* »<sup>337</sup>. Le Conseil Constitutionnel, saisi le 9 novembre 2016, analyse et affirme la constitutionnalité de la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte (alors même qu'il a censuré les prérogatives quant à l'octroi par lui d'une compensation financière, comme vu ci-avant). Sur le fondement de l'article 71-1 de la Constitution, il énonce ainsi que « *Les dispositions de l'article 71-1 de la constitution permettent au Défenseur des droits d'aider toute personne s'estimant victime d'une discrimination à identifier les procédures adaptées à son cas. Il était donc loisible au législateur organique, qui a estimé que les lanceurs d'alerte courent le risque d'être discriminés par l'organisme faisant l'objet de leur signalement, de charger le défenseur des droits*

---

<sup>331</sup> M. RINFRET, Protectrice du citoyen au Québec dans F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 35

<sup>332</sup> Les pouvoirs d'enquête du protecteur du citoyen sont conférés et définis en vertu de la loi sur les Commissions d'Enquête.

■ Loi sur les Commissions d'Enquête - C-37 - 1er juin 2018 (Prérogatives du protecteur du citoyen) <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/cs/C-37.pdf>

<sup>333</sup> Protecteur du citoyen site internet [protecteurducitoyen.qc.ca](http://protecteurducitoyen.qc.ca)

<sup>334</sup> W. BOURDON, *Créons une haute autorité de sécurité des lanceurs d'alerte pour protéger nos démocraties*, LeMmonde, 23 février 2015

<sup>335</sup> E. ALT, *Une nouvelle responsabilité pour le Défenseur des droits*, page 30

<sup>336</sup> Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la Compétence du défenseur des droits pour la protection et l'orientation du lanceur d'alerte, JO 10 décembre 2016

<sup>337</sup> D. POLLET PANOUSSIS, *L'agent public lanceur d'alerte*

*d'orienter ces personnes vers les autorités compétentes, en vertu de la loi, pour recueillir leur signalement*<sup>338</sup>. »

Ainsi l'information, le conseil et l'accompagnement des lanceurs d'alerte, garantie procédurale à l'égard du lanceur d'alerte est assurée par le Défenseur des droits en France. Delphine Pollet Panoussis oppose cette mission d'accompagnement du Défenseur des droits dans le « canal externe » de l'alerte, à la mission d'accompagnement des référents dans le « canal interne » de l'alerte<sup>339</sup>.

En effet, en ce qui concerne l'accompagnement dans le cadre d'une alerte interne, c'est-à-dire au sein du cadre professionnel défini de l'administration publique, un autre acteur intervient: le référent. La loi impose à l'administration ou du moins à toutes les « *personnes morales de droit public d'au moins 50 salariés, les administrations d'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants et les EPIC*<sup>340</sup> à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions », de mettre en place « *des procédures appropriées de recueil des signalements autour d'un référent* »<sup>341</sup>.

La mise en place, en France, d'organes chargés d'informer le lanceur d'alerte sur ses droits, de le conseiller et de l'accompagner a été envisagé sous deux angles : le canal externe et le Défenseur des droits et le canal interne et les référents.

## **B. Des organes chargés de la clarification des procédures ouvertes au lanceur d'alerte potentiel**

La mise en place d'organes, au Canada et en France chargés de la clarification des procédures d'alerte répond en second lieu à l'exigence d'éclairer le lanceur d'alerte sur les procédures qui sont ouvertes à lui et de les lui présenter clairement. Les législateurs canadien et français entendent rassurer le lanceur d'alerte quant à la démarche qu'il entend entreprendre.

En premier lieu, le législateur canadien a missionné à cette fin l'institution du Conseil du Trésor dans la loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles. La loi prévoit que « *le ministre responsable du Secrétariat du Conseil du Trésor doit mettre en place les conditions favorables au lancement d'alerte en cas de survenance d'actes répréhensibles* »<sup>342</sup>. Le Conseil du Trésor a été chargé d'établir « *un code de conduite applicable à l'ensemble du secteur public* », lequel est entré en vigueur le 1er avril 2012<sup>343</sup>. Ce code a pour objectif de clarifier les prérogatives et les obligations des fonctionnaires dans le secteur public. Un code de conduite sera également mis en place au sein de chaque administration, à charge pour « *chaque responsable*

---

<sup>338</sup> Décision du Conseil Constitutionnel n°2016-740 DC du 8 décembre 2016 sur la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte

<sup>339</sup> D. POLLET PANOUSSIS, *L'agent public lanceur d'alerte*

<sup>340</sup> EPIC (Etablissement public industriel et commercial)

<sup>341</sup> Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit privé ou de droit public ou des administrations d'état ( JO 20 avril 2017) fixe les modalités selon lesquelles sont établies les procédures de recueil de signalements.

<sup>342</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>343</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 45

*d'administration* » de l'établir dans le respect du code de conduite général du Conseil du Trésor<sup>344</sup>. Dans ce sens, la précision des obligations et de la procédure ouverte au lanceur d'alerte anticipe une « *organisation précise dans laquelle chacun a un rôle précis avec une hiérarchie normative interne* » dans l'administration et participe à assurer la transparence au sein du secteur public.

En second lieu, en France, le législateur a chargé des organes de clarifier les procédures ouvertes aux lanceurs d'alerte. Le Défenseur des droits et les référents, respectivement dans le canal externe, et le canal interne de l'alerte, sont missionnés à cette fin, en sus de leur mission de conseil et d'accompagnement. De plus, il convient de noter qu'à l'instar du Défenseur des droits, la Commission Nationale Informatique et Liberté (CNIL) a également vu ses prérogatives élargies et est devenue un « élément de procédure au sens large » disposant d'une fonction de protecteur procédural du lanceur d'alerte<sup>345</sup>. La CNIL a dû s'adapter aux nouvelles législations d'alerte et modifier « *l'autorisation unique n°AU-004 qui encadre les dispositifs d'alertes professionnelles afin de tenir compte des dispositions issues de la loi Sapin II. (...)* ». Le périmètre de l'autorisation unique a été étendu et couvre les dispositifs d'alertes professionnelles « *permettant le recueil de tout signalement ou révélation réalisés de manière désintéressée et de bonne foi* »<sup>346</sup> de certaines divulgations.

## **Section 2. Des garanties procédurales spécifiques et la recherche d'efficacité de la protection à l'initiative de l'alerte par les législateurs nationaux**

Deux nouvelles garanties procédurales au stade de l'initiative de l'alerte, ont été envisagées par les législateurs nationaux : la création d'un délit pénal d'entrave à l'alerte (A) et l'anonymisation de l'alerte (B).

### **I. L'instauration d'un délit pénal d'entrave à l'alerte, une protection efficace ?**

Au Canada et en France, les législateurs ont entendu apporter une nouvelle protection pour le lanceur d'alerte potentiel, encore au stade de l'initiative de l'alerte. Dans ce but, ils ont créé un nouveau délit d'entrave à l'alerte (A), dont l'efficacité reste encore à démontrer (B).

#### **A. Création du délit d'entrave à l'alerte au sein des régimes canadien et français**

La création du délit d'entrave à l'alerte au sein des régimes canadien et français révèle la volonté politique de protéger au mieux le lanceur d'alerte potentiel, avant la divulgation. Le statut de lanceur d'alerte et les protections qui lui sont attachées sont réservées aux lanceurs d'alerte qui procèdent à la révélation en suivant la procédure légale. Le délit pénal d'entrave à l'alerte concerne la phase précédant l'engagement de la procédure, et apporte donc une protection inédite au lanceur d'alerte potentiel, ne bénéficiant pas du statut.

Au Canada, la législation pénale est une prérogative de l'Etat fédéral. Le droit pénal et criminel, prévu dans le Code Criminel du Canada (Canadien Criminal Code) s'applique aux Etats fédérés et a force exécutoire sur leur territoire. Le législateur canadien a inséré une disposition prévoyant un délit pénal d'entrave à l'alerte dans ce code. Celui-ci dispose « *A crime of intimidation is committed when a civil servant, or a person acting on their behalf, uses physical violence or moral aggression to intimidate another person in order to prevent them from reporting, lodging a criminal complaint,*

---

<sup>344</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 45

<sup>345</sup> *Ibid.*

<sup>346</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 46

*or providing information concerning an alleged criminal act punishable by the laws of the Federal Criminal Law* ». Le délit d'entrave à l'alerte est caractérisé quand une personne ou une personne, agissant pour son compte, entend intimider une autre personne par l'utilisation de la violence physique ou morale dans le but de l'empêcher de rapporter aux autorités, porter plainte ou divulguer une information portant sur un acte incriminé par les lois canadiennes.<sup>347</sup>

Compte tenu de sa nature pénale, le délit d'entrave à l'alerte au Canada, suppose un degré de gravité conséquent de l'acte matériel (violence de nature physique ou morale), mais également de l'intention animant l'entrave à la révélation d'un fait, fait d'une gravité telle qu'il est incriminé par le droit pénal.<sup>348</sup>

En France, au moment de l'adoption de la loi globale Sapin II sur les lanceurs d'alerte, le législateur a entendu maximiser et étendre les protections accordées aux lanceurs d'alerte, en créant un délit d'entrave à l'alerte. Ce délit a été prévu par le législateur « *de manière symétrique à la recherche d'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte* »<sup>349</sup>. Ainsi, l'article 13 de la loi Sapin II dispose que constitue un délit pénal « *Toute mesure faisant obstacle de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement (supérieur hiérarchique, référent de l'employeur ou employeur)* ». L'article 13 prévoit également les sanctions attachées à la commission de ce délit et poursuit en énonçant qu'il « *est sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* »<sup>350</sup>. La loi précise que le délit est également qualifié et plus sévèrement réprimandé « *en cas de plainte abusive pour diffamation émanant de l'entreprise à l'encontre du lanceur d'alerte et dès lors les peines attachées sont aggravées* ». Ainsi l'article 13 prévoit que dans cette hypothèse « *l'amende civile est de 30 000 euros au lieu de 15 000 euros* ».

## **B. L'efficacité modérée du dispositif**

L'efficacité du dispositif du délit d'entrave à l'alerte fait débat. et Au moment de l'adoption de la loi Sapin II, l'établissement du délit « *a fait l'objet de nombreuses discussions* »<sup>351</sup>. Les critiques émises à l'encontre du délit ainsi formulé concernait sa constitutionnalité en tant qu'il était avancé que l'infraction « *n'était pas suffisamment définie pour correspondre aux critères de la loi pénale et de la DDHC*<sup>352</sup> ». La doctrine s'interroge, s'inquiète et affirme qu'« *il n'est pas exclu, comme pour la question de l'irresponsabilité pénale qu'une QPC*<sup>353</sup> *puisse être soulignée et examinée au cours d'un procès* ». Ainsi l'efficacité de l'instauration du dispositif est à nuancer; sa constitutionnalité n'a pas encore été vérifiée par le Conseil Constitutionnel et pèse la menace d'une censure.

De plus si l'avantage de l'instauration d'une protection pénale des lanceurs d'alerte potentiels par le délit d'entrave est évident pour l'acteur, la doctrine identifie un risque pour le dispositif complet du lancement d'alerte. Si la reconnaissance du statut protecteur a été limité au respect des procédures, c'est pour encadrer et limiter les abus dont il pourrait être l'auteur.

---

<sup>347</sup> Code Criminel du Canada, 2004, chapitre 3, section 6.

<sup>348</sup> M. SPENCER et J. SPENCER, *Chapitre 17: When it all goes bad: Criminal Remedies*, page 407

<sup>349</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 95

<sup>350</sup> Article 13 loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>351</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte* page 36

<sup>352</sup> Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789 (DDHC)

<sup>353</sup> Question prioritaire de constitutionnalité (QPC)

La protection offerte au lanceur d'alerte potentiel pourrait permettre à un lanceur non-diligent de bénéficier d'une protection sans respecter la procédure légale: « *Pour certains la loi risque de permettre aux juges de dénier la qualité de lanceur d'alerte au salarié, par l'instauration d'un régime plus favorable pour les prévenus, en ce qu'une telle disposition est conditionnée au strict respect des procédures de signalement de l'alerte définies par la nouvelle loi* »<sup>354</sup>. Ainsi, la protection offerte par le délit d'entrave, risquerait de faire perdre la force contraignante du respect de la procédure et les garanties qui s'y rapportent pour l'ensemble des acteurs concernés.

Aux Etats-Unis, le législateur a fait le choix de ne pas créer de délit d'entrave à l'alerte. La protection pénale du lanceur pénal est assurée au stade de l'initiative -et avant l'engagement de toute procédure-, non pas sur le fondement d'un délit spécifique à l'alerte mais sur le fondement d'un délit général « *Obstruction of justice* ». Ainsi la doctrine américaine résume la question de la répression pénale en matière d'alerte : « *A more specific criminal offense which could apply to threats against witnesses in perverting the course of justice. In a number of jurisdictions including Canada (...) this is a common offense, while in others there are statutory versions. In the US , the offense is the more serious one of obstruction of justice* »<sup>355</sup>.

Face aux critiques formulées contre le délit spécial d'entrave à l'alerte, la question est ouverte sur la pertinence et l'efficacité de celui-ci. La solution américaine d'assurer une protection via un délit pénal classique et générique pourrait permettre de contrer les objections soulevées relatives à la perte de force contraignante des conditions de respect de la procédure pour l'obtention du statut protecteur. Laissant aux juges l'appréciation de l'opportunité de la protection sur le fondement d'un délit pénal d'"obstruction of justice", le système d'alerte ne serait pas atteint par la condamnation d'une personne effectuant des pressions de toute nature sur un lanceur potentiel pour l'empêcher de procéder à l'alerte. La question reste ouverte.

## **II. L'anonymisation de l'alerte, une protection concevable ?**

Nonobstant l'intérêt de protection évident d'une reconnaissance d'un droit à l'anonymat, la mise en place de celui-ci dans les systèmes américain, canadien et français paraît compromise. Les différentes définitions retenues par les législateurs empêchent la reconnaissance d'un statut protecteur dans une alerte anonyme (A); cette limite est compensée par l'élévation du standard de confidentialité dans les systèmes (B).

### **A. Une protection procédurale possible dans l'anonymat d'une alerte**

Le lanceur d'alerte peut procéder à la divulgation d'une information dans l'anonymat, et entendre ainsi se protéger des conséquences dommageables, mais cette action ne saura être protégée par le statut protecteur fixé par les dispositifs juridiques.

L'OCDE observe que des alertes sont effectivement passées dans l'anonymat dans le secteur public, comme dans le secteur privé. Concernant l'anonymat dans le secteur public, l'organisme reconnaît qu'« *environ la moitié des pays de l'OCDE étudiés autorisent le signalement anonyme dans le secteur public* »<sup>356</sup>. Concernant l'anonymat dans le secteur privé, ce dernier relève que « *le dispositif*

---

<sup>354</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte* page 36

<sup>355</sup> M. SPENCER et J. SPENCER, *Chapitre 17: When it all goes bad: Criminal Remedies*, page 408

<sup>356</sup>F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte* page 78



*d'alerte interne mis en place par leur entreprise prévoit le signalement anonyme pour 53 % des déclarants à l'enquête »<sup>357</sup>.*

Les dénonciations anonymes existent et sont particulièrement flagrantes dans le cas des alertes en externe, notamment dans la presse<sup>358</sup>. A l'instar des révélations de « John Doe » dans les Panama Papers, l'utilisation de pseudonymes dans la presse semble être un moyen commun pour assurer une divulgation anonyme.

D'une part, l'anonymat présente l'avantage de la protection « *de la source de l'alerte* »<sup>359</sup>, c'est-à-dire théoriquement de la protection du lanceur d'alerte.

Le lancement d'alerte pourrait être la conséquence du fait qu' « *il n'existe pas-ou presque pas- de protection accessible sans difficulté à toute personne qui fait un signalement à une autorité publique ou révèle des informations au public, même en toute honnêteté, de façon justifiée et raisonnable* »<sup>360</sup>. Stéphanie Gibaud, s'intéressant aux motivations des lanceurs d'alerte dans les divulgations publiques et souhaitant rester anonymes, constate que « *Certains lanceurs d'alerte, à l'inverse ne veulent surtout pas être médiatisés ou plutôt ils tiennent à être anonymisés. On ne peut leur donner tort puisque la médiatisation subie ou volontaire des uns et des autres a démontré que le monde de l'entreprise tourne le dos aux lanceurs d'alerte, quels que soient leurs compétences, leur âge, leurs qualifications. Les risques sont réels et certains lanceurs d'alerte sont en danger de mort*<sup>361</sup> ». Ainsi l'anonymat de l'alerte pourrait remédier aux conséquences préjudiciables du lancement d'alerte (représailles professionnelles, mise en danger de sa personne) et de la médiatisation de son action.

D'autre part, un autre intérêt à la divulgation anonyme pourrait être identifiée dans la participation à l'efficacité de la divulgation. L'affirmation du lanceur d'alerte Edward Snowden: « *Je ne veux pas l'attention du public parce que je ne veux pas que l'histoire soit autour de moi, mais au sujet de ce que fait le gouvernement américain* »<sup>362</sup>, met en lumière un nouvel enjeu. Soulevant le même point, l'international Consortium of Investigative Journalists (ICIJ) organise l'anonymat des lanceurs d'alerte dans la presse et souligne que « *Le fait que l'anonymat soit préservé permet au lecteur de se focaliser uniquement sur le contenu de l'information*»<sup>363</sup>. La chercheuse Mahaut Fanchini dénonce la menace pesant sur le lanceur d'alerte identifié et affirme : « *Fais attention à ce que tu dis, car on sait qui tu es* ». Pour elle, le système actuel présente un caractère « sacrificiel » et participerait au dévoiement de l'alerte: « *On veut savoir qui est le messenger avant même d'écouter son message* »<sup>364</sup>.

---

<sup>357</sup> Enquête sur l'intégrité des entreprises réalisés en 2015 - OCDE, " Guidelines for Multinational Enterprises ", Paris, 2011.

<sup>358</sup> S GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, page 249

<sup>359</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte* page 103

<sup>360</sup> *Ibid.*

<sup>361</sup> S. GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, dans le chapitre Comment l'univers professionnel assassine les lanceurs d'alerte ?, page 250 sur la question de l'anonymat en externe

<sup>362</sup> *Ibid.*

<sup>363</sup> L'international Consortium of Investigative Journalists ( ICIJ) qui organise l'anonymat des lanceurs d'alerte dans S. GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*

<sup>364</sup> M. FANCHINI, *Le Doute de l'Employé comme impensé organisationnel: la fabrique des lanceurs d'alerte*, thèse soutenue à l'université Paris-Dauphine, 2017

La mise en place d'une protection de l'anonymat pourrait présenter un double intérêt : celui d'assurer une protection procédurale effective des lanceurs d'alerte contre les conséquences négatives de leur action, ainsi que celui de garantir une meilleure efficacité de l'alerte en assurant l'impact de la divulgation. C'est la raison pour laquelle la doctrine encourage la mise en place de garanties procédurales acceptant, encadrant, et facilitant les divulgations anonymes. Stéphanie Gibaud affirme que pour la « *protection du nom du lanceur d'alerte : l'anonymat est la meilleure protection* » et la seule « *manière efficace* » de faire face aux risques pesant sur le lanceur d'alerte dans l'univers professionnel<sup>365</sup>.

Néanmoins, certains auteurs comme Florence Chaltiel Terral, identifient des risques liés à l'anonymisation d'une alerte. Celle-ci peut être la source de plusieurs interrogations. Dans un premier temps, elle énonce que : « *Très souvent les allégations anonymes sont supposées malveillantes, voir moins crédibles, par ceux qui les reçoivent* »<sup>366</sup>, mettant en évidence la réticence populaire forte à l'égard de l'anonymat qui pourrait décrédibiliser la dénonciation. Dans un second temps, elle identifie un second risque pratique dans l'alerte anonyme en expliquant que « *l'enquête peut aussi être beaucoup plus difficile et il peut s'avérer impossible de remédier au problème signalé* »<sup>367</sup>. Enfin, elle identifie, dans un troisième temps, les défauts des systèmes juridiques sur l'anonymat : « *Enfin l'anonymat ne garantit pas que la source d'information ne soit pas dévoilée* »<sup>368</sup>.

## **B. L'exclusion de l'anonymat dans le statut protecteur et la contrepartie de l'élévation du standard de confidentialité**

Si les pratiques de lancements anonymes d'alerte existent et sont acceptées, tant au sein du secteur public que du secteur privé, celles-ci ne sont pas formalisées par les législateurs nationaux. La comparaison des systèmes juridiques américain, canadien et français révèle une conception commune de l'anonymat de l'alerte. Alors que le statut de lanceur d'alerte, source de diverses protections pour ce dernier, exclut l'hypothèse de la divulgation anonyme, l'exigence d'un haut niveau de confidentialité permet de compenser et apporter une nouvelle garantie procédurale au lanceur d'alerte.

L'impossibilité de reconnaître d'alerte anonyme dans le statut trouve divers explications.

En premier lieu, la qualification d'un lanceur d'alerte, au sens du statut juridique, suppose la bonne foi, dans les degrés sus-étudiés, et donc l'appréciation des intentions du lanceur d'alerte. La consécration d'un droit à l'anonymat du lanceur d'alerte, dès lors qu'il empêcherait l'analyse subjective de l'alerte et la caractérisation de la bonne foi, conduirait à vider l'obligation de sa substance. La remarque est d'autant plus pertinente dans le système français où le concept d'alerte « éthique » exige, plus qu'ailleurs, la recherche des intérêts en présence. L'identification du lanceur d'alerte est donc une nécessité pour élaborer les statuts juridiques conditionnant la qualité de lanceur d'alerte à une donnée subjective telle que la bonne foi.

En second lieu, au Canada, la doctrine identifie une autre explication à l'impossibilité de reconnaître l'anonymat dans le statut, dans l'exigence d'une procédure suivant le « droit à la justice

---

<sup>365</sup> S. GIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, dans le chapitre Comment l'univers professionnel assassine les lanceurs d'alerte ?, page 80 « *Quelles solutions? Pistes de réflexion* »

<sup>366</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 103

<sup>367</sup> *Ibid.*

<sup>368</sup> *Ibid.*

naturelle ». Les principes fédéraux relatifs au « Up the ladder Principle » exigeant la mise en place et la stricte application d'une procédure graduée par le lanceur d'alerte s'opposant, en effet, à l'anonymisation de l'alerte. Ainsi, les auteurs énoncent,; au sujet d'une loi prévoyant l'anonymat du lanceur d'alerte, que « *such a legislation is structured in a manner to « manage » the disclosure of information about wrongdoing through internal procedures. An anonymous disclosure of information is inconsistent with an employee's duty of loyalty to the employer» et «Critically, anonymous disclosure of wrongdoing without first following internal procedures intended to bring the information to the employer's attention effectively deprives the employer an opportunity to take corrective action independent of public pressure to do so»<sup>369</sup>. Ainsi, l'objection à l'anonymat résiderait ici dans l'impossibilité de concilier anonymat et divulgation publique résiduelle (ou avec l'obligation de dénoncer dans la sphère professionnelle pour garantir le respect des obligations professionnelles).*

Ainsi, l'anonymat est exclu ou non traité dans les textes législatifs américain, canadien et français établissant le statut du lanceur d'alerte. La question est ainsi résumée : « *Common Law and civil law principles and the federal and provincial statutory whistleblower protection legislation are silent on the subject of the anonymous whistleblowing»<sup>370</sup>.*

Les législateurs se sont néanmoins saisis des problématiques soulevées par les débats autour de l'anonymat. Afin de compenser l'absence d'anonymat et d'apporter une nouvelle garantie procédurale au lanceur d'alerte, une exigence d'un haut niveau de confidentialité a été instaurée dans les différents statuts législatifs. Le signalement confidentiel est encore une hypothèse résiduelle, comme le montre l'étude de l'OCDE (précitée), mais la volonté politique d'élever le standard va nécessairement conduire à l'adaptation des dispositifs dans le secteur public et privé. L'enquête révèle ainsi que « *pour 53 % des déclarants, le dispositif d'alerte interne mis en place par leur entreprise prévoit le signalement anonyme, et pour 38 %, le signalement confidentiel»<sup>371</sup>.*

La volonté de garantir la confidentialité dans les dispositifs d'alerte est flagrante dans le système français. A titre d'exemple, l'article 9 du dispositif français issu de la loi Sapin II concerne la confidentialité dans les procédures de recueil de signalement, et permet de renforcer « *significativement la protection des lanceurs d'alerte »<sup>372</sup>. Y est ainsi reconnue « La garantie de la stricte confidentialité de leur identité dans le cadre du dispositif de recueil de l'alerte (art 9- I) »<sup>373</sup>. La CNIL salue le raisonnement du législateur en ce qu'elle a toujours affirmé « *la nécessité d'identifier les personnes auteurs d'un signalement »*, s'opposant à l'anonymat. Elle précise aujourd'hui que pour s'accorder avec les exigences de confidentialité, la règle est « que les éléments de nature à identifier l'émetteur de l'alerte ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'avec le consentement de la personne »<sup>374</sup>. S'intéressant à la procédure d'alerte générale et dans le secteur bancaire et financier, Pauline Pailler expose les nouvelles obligations*

---

<sup>369</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, (Faculty of Law, University of New Brunswick, CA), page 65

<sup>370</sup> *Ibid.*

<sup>371</sup> *Enquête sur l'intégrité des entreprises réalisés en 2015 - OCDE, " Guidelines for Multinational Enterprises "*, Paris, 2011.

<sup>372</sup> D. POLLET PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, page 148

<sup>373</sup> Article 9 loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 loi Sapin II relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>374</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, pages 87et 88

légales liées à l'exigence de confidentialité<sup>375</sup>. Par exemple, dans le secteur bancaire et financier, elle reconnaît que l'obligation d'établir un « *registre consignnant les signalements devant être conservé au sein d'un système sécurisé et confidentiel et ne pouvant être accessible qu'aux membres du personnel de l'AMF spécialisés* » permet de garantir la confidentialité « *quant à la conservation des informations relatives aux manquements* »<sup>376</sup>. Dans un souci d'effectivité, et parce que cette obligation « *est essentielle et doit respectée* », elle doit être appliquée strictement dans le cadre d'une enquête ou d'une procédure ultérieure<sup>377</sup>.

Aux États-Unis et au Canada, l'exigence et la garantie procédurale de confidentialité sont moins étayées et se retrouvent, dans les textes fédéraux, dans une formule générale<sup>378</sup>. Il reviendra aux Cours fédérales et fédérées de préciser le contenu et l'application pratiques de cette garantie.

---

<sup>375</sup> P. PAILLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

<sup>376</sup> Article 145-4 du Règlement général de l'AMF

<sup>377</sup> *Ibid.*

<sup>378</sup> The Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, (Pub.L. 111–203), H.R. 4173, commonly referred to as Dodd–Frank)

## **Chapitre 2. La volonté commune de protection du lanceur d’alerte dans l’encadrement de la procédure**

Les législateurs américain, canadien et français ont institutionnalisé l’alerte en encadrant son l’action dans des procédures légales (Section 1) et ce dans le but d’assurer une protection au lanceur d’alerte (Section 2).

### **Section 1. L’institutionnalisation de l’alerte et la précision des procédures par les différents législateurs nationaux**

La formalisation du statut de lanceur d’alerte dans les systèmes américain, canadien et français conduit inéluctablement à l’institutionnalisation de l’alerte. La procédure, seul cadre autorisé pour exercer l’alerte, n’est pas uniforme dans les systèmes étudiés. En effet les enjeux de l’encadrement juridique sont différents. Si en France et au Canada, la procédure a été conçue afin d’assurer un équilibre des intérêts (I), aux Etats-Unis elle est prévue afin de répondre à l’objectif d’efficacité des systèmes d’alerte (II).

#### **I. La recherche de l’équilibre des intérêts à travers l’exercice de l’alerte dans une procédure par paliers au Canada et en France**

Au Canada et en France, les législateurs ont entendu répondre aux exigences d’équilibre des intérêts en concevant une procédure de lancement d’alerte «par paliers». La procédure d’alerte par paliers est une procédure graduée qui impose qu’une première étape de divulgation dans un canal interne, en respect avec les obligations professionnelles (A) et précède une éventuelle divulgation de l’information au public, externe, alors résiduelle (B).

##### **A. L’exigence d’un canal interne prioritaire de l’alerte pour assurer la conciliation avec les obligations déontologiques**

Les procédures graduées canadienne et française permettent d’assurer le respect des divers intérêts en présence dans la divulgation de l’alerte, en prévoyant une première étape obligatoire, la divulgation en interne de l’information.

L’exigence d’un canal interne, précédant une action adressée au public, a été conçue pour assurer une conciliation entre les obligations déontologiques du lanceur d’alerte à l’égard de son ordre professionnel, et son droit d’alerte. Si l’alerte exercée par un employé, du secteur public comme du secteur privé, suppose la violation d’une obligation de confidentialité, le canal interne permet d’assurer une protection à l’employeur victime de cette violation. L’employeur, informé dans un cadre interne et donc restreint, pourra prendre les mesures nécessaires pour corriger l’illégalité ou le risque, objet de l’alerte, sans que le public n’en ait connaissance. Au Canada, le souci d’un recours interne est explicité à travers un principe jurisprudentiel fondateur du droit des lanceurs d’alerte: le « *Up the ladder principle* ». Ce principe a été dégagé dans l’arrêt fondateur *Re Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employee’s Union*<sup>379</sup>, rendu en 1981 dans lequel la Cour traite la question des intersections entre les obligations professionnelles de loyauté, de bonne foi ainsi que de confidentialité, et le concept du lanceur d’alerte en son droit<sup>380</sup>.

---

<sup>379</sup> *Case Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employee’s Union*, *Corrections Branch and British Columbia Government Employee’s Union* (1981) 3 L.A.C. (3d) 140

<sup>380</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the “Up the Ladder” Principle*, page 36

« *Intersection of the legal duties of loyalty, good faith and confidentiality and the concept of justified whistleblower* »

Dans les faits, deux employés du secteur public (des « *corrections officers* ») avaient été licenciés par l'administration après qu'ils aient critiqué les institutions pénales provinciales et leurs conditions de travail à travers divers moyens de communication (radio, télévision et journaux), faisaient valoir en justice que leur licenciement était sans cause réelle sérieuse. Les agents fondaient leur action sur l'absence de cause réelle et sérieuse à leur licenciement devant la Cour au moyen qu'ils avaient exprimé leurs inquiétudes dans le but de faire évoluer favorablement la situation, et qu'ils étaient, en somme, des lanceurs d'alerte divulguant des informations d'intérêt public<sup>381</sup>.

La Cour n'a pas fait droit à la requête des agents publics, au motif que ceux-ci avaient violé leurs obligations de loyauté et de fidélité dues à leur employeur, dès lors qu'ils s'étaient exprimés en public à travers plusieurs médias, et non dans un premier temps, auprès de leur employeur, l'administration. Le juge de la Cour explique cette solution en affirmant que : « *with the respect to public criticisms of the employer, the duty of fidelity does not impose an absolute 'gag rule' against an employee making any public statements that might be critical of his employer... However, the duty of fidelity does require the employee to exhaust internal «whistleblowing» mechanisms before « going public»<sup>382</sup> ».*

Le « *Up the ladder principle* » implique que l'employé qui souhaite adresser une critique contre son employeur (un whistleblowing) doive, dans un premier temps y procéder via les canaux internes de l'alerte, c'est-à-dire informer la personne mise en cause (l'employeur). Il s'agit d'une condition du respect de l'obligation de fidélité. Ce n'est qu'après épuisement de ces canaux, dans un second temps, que le droit à la divulgation au public prend place. A travers le « *Up the ladder principle* », la jurisprudence canadienne trouve, dans la reconnaissance d'une procédure graduée, un moyen efficace de concilier le droit d'alerte et les obligations professionnelles du whistleblower. Pour la Cour, le recours aux canaux internes d'alerte seraient bénéfiques, puisque ceux-ci sont précisément établis pour assurer une protection de la réputation de l'employeur, notamment contre des attaques non fondées, ou contre des informations erronées : « *The internal mechanisms are designed to ensure that the employer's reputation is not damaged by unwarranted attacks based on inaccurate information* »<sup>383</sup>.

Le législateur américain a suivi la jurisprudence de l'arrêt *Re Ministry* et, en appliquant le « *Up the Ladder Principle* », a établi une procédure de dénonciation graduée dans le *Public Servants Disclosure Act*. La loi protectrice des lanceurs d'alerte du secteur public au Canada requiert ainsi que l'employé suive les procédures internes de divulgation prévues par son département (service) de l'agence du gouvernement (« *Whistleblowers protection law enacted at the federal and provincial levels in Canada require an employee to follow the internal reporting procedures within the employee's department of agency of the government* »<sup>384</sup>). A cette occasion, le lanceur d'alerte pourra s'adresser à l'institution du « *Commissaire à l'intégrité* », institution chargée d'accompagner les whistleblowers.

---

<sup>381</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, (Faculty of Law, University of New Brunswick, CA), page 38

« *Two senior corrections officers grieved the termination their employment as being without just cause. The two employees expressed their personal concerns about conditions in the provincial penal institutions during radio, television and newspaper interviews and specifically criticized workplace policies of their employer. Their purpose, as presented by them, was to promote change for the better- they were, in brief, whistleblowers exposing matters of public concern and interest.* »

<sup>382</sup> *Case Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employee's Union, Corrections Branch and British Columbia Government Employee's Union* (1981) 3 L.A.C. (3d) 140

<sup>383</sup> *Ibid*

<sup>384</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 66

En France, le législateur a eu le même souci de conciliation entre droit d'alerte et obligations déontologiques s'imposant au lanceur d'alerte dans l'établissement de la procédure graduée. La procédure de l'article 8 de la Loi Sapin II, générale dans sa portée, prévoit une procédure de lancement d'alerte graduée et par paliers. La loi impose la dénonciation de l'information dans un cercle restreint, celui du milieu professionnel, dans un premier temps. Les deux premières étapes de la procédure graduée correspondent au lancement d'alerte par le canal interne.

Le premier niveau d'alerte, prévu par l'article 8 de la loi, correspond à l'obligation faite au lanceur d'alerte de s'adresser en priorité au « responsable désigné » à cet effet, au sens de « l'organisme objet de l'alerte ». La loi précise que le responsable peut être le « *supérieur hiérarchique direct ou indirect, employeur ou référent désigné par celui-ci* »<sup>385</sup>. Il s'agit de l'expression la plus simple du canal interne de l'alerte; celle-ci reste confidentielle et restreinte au cercle du cadre professionnel. Cette exigence permet de garantir l'intégrité de la réputation de l'employeur et le respect par l'employé de son obligation de confidentialité<sup>386</sup>. Les décrets et règlements d'application de la loi ont entendu faciliter le processus de signalement par le canal interne. La procédure de signalement au sein du cadre professionnel a été facilitée par la mise en place d'institutions protectrices comme le Défenseur des droits, les référents ou le rôle octroyé à la CNIL, ou bien encore par les procédures de recueil des signalement en interne mises en place par les entreprises pour obéir à leurs obligations en la matière. Le décret d'application du 19 avril 2017<sup>387</sup> a par exemple précisé « *les règles que doivent suivre les entreprises de plus de 50 salariés pour mettre en place une procédure de recueil des signalements émis par les salariés ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels* »<sup>388</sup>.

L'exemple de la mise en place d'une procédure propre au signalement dans le secteur bancaire et financier met en relief également le souci d'efficacité et d'amélioration du recours au canal interne. Un nouveau chapitre a été inséré dans le Code monétaire et financier : « *Signalement des manquements professionnels aux autorités de contrôle compétentes et protection des lanceurs d'alerte* »<sup>389</sup> qui prévoit les modalités de signalement auprès des autorités de régulation et l'adoption de procédures internes pour les professionnels<sup>390</sup>.

Le deuxième niveau d'alerte, prévu par l'article 8 de la loi, correspond à l'obligation faite au lanceur d'alerte de s'adresser aux autorités administratives indépendante ou autorités judiciaires.. Le lanceur d'alerte ne procède à cette forme d'alerte que dans l'hypothèse de « *l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte* » (de la première étape) et ce « *dans un délai*

---

<sup>385</sup> Article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>386</sup> D. POLLET PANOUSSIS, *L'agent public lanceur d'alerte*, page 147

<sup>387</sup> Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat

<sup>388</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 91

<sup>389</sup> Articles L.634-1 à L. 634-4 nouveaux du Code Monétaire et financier: Chapitre relatif au « *Signalement des manquements professionnels aux autorités de contrôle compétentes et protection des lanceurs d'alerte* »

<sup>390</sup> P. PAILLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

Pour une description complète de la procédure d'alerte dans le secteur bancaire et financier voir les articles nouveaux du Code monétaire et financier et l'article de Pauline Pallier

*raisonnable*»<sup>391</sup>. L'expression de l'alerte est encore faite dans un canal interne, puisque qu'elle n'est adressée qu'aux « *autorités extérieures*»; l'information reste confidentielle et n'intéresse, à ce stade, que le lanceur d'alerte, l'employeur, et ces autorités.

## **B. L'hypothèse résiduelle de la divulgation au public et la prise en compte des situations exceptionnelles**

Dans un souci d'efficacité de l'alerte, les législateurs ont néanmoins reconnu, dans certaines hypothèses, la possibilité d'une divulgation de l'information au public. Les hypothèses recouvrent deux cas : celles du défaut de suites données à l'alerte donnée dans le canal interne, et celles des situations d'exception.

La première hypothèse du droit au signalement public est celle de l'action publique résiduelle, dernière étape de la procédure d'alerte graduée au Canada comme en France.

Near et Miceli exposaient en 2002 que le cheminement naturel de l'alerte est fonction de la réponse institutionnelle apportée au mode d'action du lanceur d'alerte et cherchaient à expliquer le recours à la divulgation publique par les lanceurs d'alerte. Ils énonçaient que « *ce n'est que lorsqu'ils font face à l'indifférence répétée de leur organisation ou à la volonté délibérée de la hiérarchie d'étouffer les faits en question qu'ils décident d'opter pour une autre forme de prise de parole* »<sup>392</sup>. Les deux sociologues illustrent ici la première hypothèse du droit de divulgation au public reconnu au lanceur d'alerte, c'est-à-dire celle de l'inaction des personnes et autorités informées dans le cadre du canal interne. La dernière étape de la procédure par paliers, celle de l'information au public, est donc offerte au lanceur d'alerte « en dernier recours ».

Au Canada, la solution est expressément reconnue dans l'arrêt *Re Ministry* concernant le « *Up the Ladder Principle* ». Le juge de la Cour reconnaissait l'hypothèse de l'alerte au public en dernier recours en affirmant que l'employé ne violait pas son obligation de fidélité en engagement une critique publique contre son employeur, s'il avait épuisé les mécanismes internes d'alerte et que ceux-ci s'étaient avérés infructueux (« *Only when these internal mechanisms prove fruitless may an employee engage in public criticism of his employer without violating his duty of fidelity* »<sup>393</sup>).

En France, l'hypothèse de la divulgation au public en dernier recours est prévu à l'article 8 de la loi Sapin II qui énonce, à propos du signalement du lanceur d'alerte qu' « *A défaut de traitement par ces derniers dans un délai de 3 mois, il peut être rendu public* »<sup>394</sup>. Ainsi le législateur français place le recours au public dans une position résiduelle, limité par un délai de trois mois et sous la stricte condition de l'inaction des autorités informées dans le cadre du signalement via le canal interne.

La seconde hypothèse du droit au signalement public est celle des situations d'exception à la procédure graduée en raison d'un danger. En effet, les législateurs canadien et français ont pris en compte les cas d'urgence du signalement justifiant le recours direct à une divulgation publique sans suivre la procédure par paliers.

---

<sup>391</sup> Article 8 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>392</sup> M. MICELI et J. NEAR, *What makes whistleblowers effective ? Three field studies*, Human Relations, 55, n°4, 2002, p 455- 479

<sup>393</sup> *Case Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employee's Union*, Corrections Branch and British Columbia Government Employee's Union (1981) 3 L.A.C. (3d) 140

<sup>394</sup> Article 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique



Au Canada, la loi fédérale du Public Servants Disclosure Act ainsi que les lois provinciales permettent aux lanceurs d'alertes du secteur public de faire une révélation publique ou une révélation à une autorité autorisée dans « *des cas extrêmes* »<sup>395</sup>. La notion des « cas extrêmes » est précisée par la loi fédérale de 2007 qui autorise, par exemple, une telle révélation publique d'information quand un employé a des raisons sérieuses de penser que l'information qu'il détient concerne des illégalités graves au regard du droit fédéral ou provincial, et qui impliquent un risque imminent et grave pour la vie, la santé et la sécurité de personnes ou pour l'environnement<sup>396</sup>. La révélation au public est autorisée dans de telles situations où le risque est imminent et le temps est insuffisant pour suivre la procédure légale.

En France, l'article 8 de la loi Sapin II prévoit également des situations d'exception où la procédure de droit commun peut être raccourcie en raison d'un danger. L'article prévoit en effet que le lanceur d'alerte pourra s'adresser directement aux autorités du deuxième niveau ou rendre son alerte publique « *en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risques de dommages irréversibles* »<sup>397</sup>. Le lanceur d'alerte peut, s'il l'estime nécessaire, « *saisir simultanément ou non l'autorité administrative, l'ordre professionnel ou le juge et même, s'il juge l'urgence le justifiant, rendre publique l'alerte* »<sup>398</sup>. Une pluralité de critiques ont été formulées à l'encontre de l'imprécision de la loi en ce que les notions de « danger grave et imminent » et « risques de dommages irréversibles » n'ont pas été précisées. Le lanceur d'alerte, dans une telle hypothèse. Il en résulterait une « insécurité juridique ».

## **II. La recherche de l'efficacité du système dans l'encadrement procédural de l'action du lanceur d'alerte aux États-Unis**

Le pragmatisme du législateur américain, dans l'encadrement de l'action du lanceur d'alerte l'a conduit à élaborer une procédure permettant d'assurer au mieux l'efficacité du système de whistleblowing. Cette procédure présente deux caractéristiques de la volonté politique. La première est identifiée dans l'assurance d'un intérêt pécuniaire pour le lanceur d'alerte à travers la procédure Qui Tam (A), et, la seconde, dans le respect du droit du public à l'information à travers la divulgation publique (B).

### **A. L'intérêt pécuniaire dans la procédure Qui Tam**

---

<sup>395</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*

Turning to the Media in Extreme Cases

« *Federal and provincial whistleblower protection statutes permit a public sector employee to make a public disclosure -or at least to make a disclosure to an official who is then authorized to make such a disclosure- in extreme cases* ».

<sup>396</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*,

« *The Public Servants Disclosure Act permits direct public disclosure of information when an employee has reasonable grounds to believe that the information relates to a « serious offenses » under federal ou provincial law involves « an imminent risk of a substantial and specific nature to the life, health and safety of persons or to the environment » »*

<sup>397</sup> Article 8 de la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>398</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, pages 79 à 89

La reconnaissance de la possibilité d'exercer une action de divulgation dans la perspective d'obtenir un avantage personnel sous la forme d'une rémunération répond, comme il a été précédemment exposé, à un objectif d'efficacité du système américain du whistleblowing. Ainsi le système américain présente un caractère spécifique « *en ce qu'il fait une part importante à la notion de récompense, ce qui n'est pas vérifié dans les modèles européens récents* »<sup>399</sup>.

Le législateur américain a établi, dans cette optique, une procédure spécifique et qui est unique en son genre : la procédure « Qui am ». La procédure a été établie dans la loi historique du False Claim Act, dès 1863<sup>400</sup>, dont les « *répercussions qui sont contemporaines et fait pleinement partie de la culture juridique américaine* »<sup>401</sup> du système américain du whistleblowing. Cristoph Henkel souligne que l'instauration de la procédure « Qui Tam » via le False Claim act constitue le socle du droit américain en la matière et « *is often described as the starting point or bedrock of whistleblower protection in the US* »<sup>402</sup>.

L'expression « Qui tam » est l'abréviation du concept latin du « *qui tam pro domino rage quai pro se ipso in sac parte sequitur* » qui se traduit par « Qui poursuit en justice pour le roi comme pour lui-même ». La procédure prévoit ainsi une action qui donne au lanceur d'alerte le droit d'agir en justice, au nom du gouvernement, contre une personne physique ou morale, accusée d'avoir commis des actes illégaux. La section 3730 (b) du False Claim Act donne ainsi la définition de la procédure Qui Tam qui octroie le droit d'agir et de révéler en justice la commission d'un acte illégal et d'en tirer des avantages en cas de condamnation : « *Under the FCA a private citizen, referred as the « relator », is permitted to file a qui tam complaint on behalf of the US government and will share in any recovered damages* »<sup>403</sup>. Les conditions exigées pour la reconnaissance du droit d'agir en justice dans le cadre d'une telle action sont l'exigence de confidentialité et l'existence d'un avantage pour le gouvernement (intérêt général). Le texte précise en effet que la « *qui tam complaint by the relator must be filed under seal and served on the government* »<sup>404</sup>.

La particularité de la procédure réside dans une première mesure de coordination entre action du « relator » et action du « gouvernement ». Comme le note Christophe Henkel, la loi autorise « *private citizens with knowledge of fraudulent conduct to sue any company on behalf of the federal government* »<sup>405</sup>, ce qui présente une originalité. Le lanceur d'alerte, lorsqu'il saisit le juge au nom de l'Etat, voit son action tenue confidentielle, aussi longtemps que le procureur a décidé ou non, d'engager des poursuites. En vertu de la section §3730 (b) du False Claim Act, le procureur, représentant du gouvernement américain, peut décider de poursuivre à son compte et reprendre l'action qui tam ou non, après une enquête et dans un délai de 60 jours<sup>406</sup>. Dès lors que le gouvernement a décidé d'intervenir, la section §3730 (b) (1) et (2) précise que le « relator » n'est plus concerné par l'action et que « *the government becomes primarily responsible for the*

---

<sup>399</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 41

<sup>400</sup> The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code § 3729- 3733)

<sup>401</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 41

<sup>402</sup> C. HENKEL, *Whistleblower Rights and Protection Under U.S Law in the Private Sector*,, page 333

<sup>403</sup> The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code §3730 (b))

<sup>404</sup> *Ibid.*

<sup>405</sup> C. HENKEL, *Whistleblower Rights and Protection Under U.S Law in the Private Sector*, page 333

<sup>406</sup> *Ibid.* Description procédure Qui tam prévue dans le False Claim Act

« *Today, the US government may, after an investigation of the claim and within a 60-day period, decide to take over any qui tam action* ». §3730 (b)

*prosecution of the action and the participation rights of the private citizen or relator are limited* »<sup>407</sup>. En revanche, en l'absence de poursuites, le whistleblower peut décider d'«engager à titre personnel»<sup>408</sup>.

Dans les deux hypothèses, le «relator» peut bénéficier d'une récompense pécuniaire si l'information qu'il a révélé s'avère fondée et que l'action qu'il a engagée aboutit à une condamnation. L'intérêt financier et personnel du lanceur d'alerte à l'occasion de la procédure qui tam est la seconde particularité identifiée.

Les règles concernant la gratification financière du whistleblower, agissant selon la procédure qui tam, sont prévues aux sections §3730 (c ) and (d) du False Claim Act. Celles-ci disposent en substance que : « *If the government intervenes, the relator is entitled to receive only between 15 and 25% of the amount recovered. Without government intervention, the amount of the relator's share can increase to 30% percent of the award*<sup>409</sup> ». Ainsi, en cas de condamnation, le whistleblower donc l'action qui tam a été reprise par le gouvernement peut toucher entre 15 et 25 % du montant de l'amende prononcée et augmenté jusqu'à 30% s'il agit en son nom personnel.

L'explication de cette rémunération tient à l'avantage procuré au gouvernement par l'exercice d'une action qui tam, qui facilite la répression du gouvernement et participe à la protection de ses intérêts personnels.

L'analyse des sommes engagées dans de telles procédures permet d'illustrer leur enjeu. Ainsi « *pour la seule année fiscale 2013, le gouvernement fédéral a recouvré, via les actions en qui tam, 2,9 milliards de dollars, et les lanceurs d'alerte ont perçu 345 millions* »<sup>410</sup>. L'exemple de la pénalité versée à l'occasion d'un accord amiable avec le gouvernement américain par la société Pfizer en 2009 est également éloquent : pour « *le paiement d'une pénalité d'un montant de 2, 3 milliards de dollars; 102 millions de dollars de cette pénalité furent octroyés aux six donneurs d'alerte* ». De même, la condamnation de la société pharmaceutique, GlaxoSmithKline en 2012, a conduit à versement d' « *une pénalité d'un montant de 3 milliards de dollars; le principal lanceur d'alerte en reçu 96 millions* »<sup>411</sup>.

## **B. Le respect du droit du public à l'information à travers la divulgation publique**

Contrairement aux règles de droit canadienne et française qui encadrent la divulgation d'information au public et la limitent à des hypothèses d'exception, le whistleblower américain peut y recourir sans prendre le risque d'être sanctionné ou de perdre le bénéfice du statut protecteur.

La procédure légale américaine encadrant l'action du lanceur d'alerte n'exclut pas la divulgation publique d'informations par ce dernier. A l'inverse des deux autres régimes, celle-ci peut être encouragée et favorisée dans certaines hypothèses, en tant qu'elle répondrait aux exigences d'un droit singulier, le droit du public à l'information.

Il est intéressant de comprendre comment le droit du public à l'information, reconnu sur le fondement du droit fondamental à la liberté d'expression, s'il justifie les divulgations publiques d'information est également la source d'une limite.

---

<sup>407</sup> The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code §3730 (b) (1) et (2) )

<sup>408</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 35

<sup>409</sup> C. HENKEL, *Whistleblower Rights and Protection Under U.S Law in the Private Sector*, page 334  
The False Claim Act of 1863 (31 U.S.Code §3730 ( c) and (d)

<sup>410</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 41

<sup>411</sup> *Ibid.*

Le premier amendement de la Constitution consacre le droit à la liberté d'expression aux Etats-Unis, auquel les interprétations jurisprudentielles ont entendu reconnaître une portée absolutiste. La Cour Suprême a ainsi procédé à une interprétation extensive de l'amendement, qui l'a notamment conduite à « *définir les contours d'un éventuel « droit du public à l'information »* »<sup>412</sup>.

Si la Cour n'a jamais reconnu expressément et explicitement l'existence de ce droit, l'analyse de ses décisions révèle que « *l'intérêt du public apparaît toujours prédominer sur d'autres intérêts* » en matière de liberté d'expression. « *Le but principal du premier amendement étant de « prévenir les restrictions préalables à la liberté de publication »* » et cela suppose, comme le souligne Alan Katz, de protéger « *l'intérêt ultime, prépondérant, du public: son droit à l'information* »<sup>413</sup>. Ainsi, l'existence du droit à la liberté d'expression suppose le droit du public à l'information et sa protection par les juridictions américaines.

Il existe un droit du public à l'information aux Etats-Unis sur le fondement duquel est reconnu le droit à la divulgation publique par des whistleblowers. Ainsi aux Etats Unis les lois sur la liberté de l'information et les lois relatives au whistleblowing auraient une base conceptuelle commune dans le droit du public à l'information. Il existerait, selon Robert Vaughn une « *responsabilité démocratique directement fondée sur le droit public à l'information* », qui expliquerait que l'émergence internationale du concept de lanceur d'alerte apparaisse « *concomitamment à la mise en œuvre de lois sur la liberté de l'information dans de nombreux Etats* »<sup>414</sup>.

Le cas du whistleblower Edward Snowden permet d'illustrer la pratique d'une divulgation publique d'information. La divulgation à la presse en 2013 met en évidence les motivations attachées au droit à la divulgation publique et les enjeux d'une telle procédure. Une telle révélation au public garantit sa force et valorise l'intérêt général prépondérant, celui du public à être informé. Néanmoins, compte tenu du caractère sensible des informations pouvant être révélées, la Cour Suprême a limité le caractère absolu du droit. Jean-Philippe Foegle explique les restrictions à la divulgation publique ; il affirme « *La doctrine de la Cour suprême en matière de liberté d'expression, qui ne tolère que dans des cas exceptionnels les restrictions préalables (prior restraints) à la libre parole des citoyens peut sembler apporter une « caution » juridique à cette tradition* »<sup>415</sup>.

La portée très large « *du droit du public à l'information* » semble soutenir l'action des lanceurs d'alerte tels qu'Edward Snowden, et implique sans aucun doute que le gouvernement « *ne peut censurer ceux-ci sans commettre de violation de la constitution, même au nom de la sécurité* », à moins de pouvoir se prévaloir d'une « *justification impérieuse* »<sup>416</sup>. Les restrictions à cette liberté sont réduites à la seule notion de justification impérieuse, c'est-à-dire de l'exclusion des situations présentant un « *danger pour la société* »<sup>417</sup>. A cet égard, le principal standard appliqué par la Cour suprême est celui du « *clear and present danger* » (danger clair immédiat) énoncé par le Juge

---

<sup>412</sup> J.-P. FOEGLE, Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis, page 47

<sup>413</sup> A. KATZ, *Government information leaks and the first amendement*, California Law Review, 1976, p. 115 . »

<sup>414</sup> R. VAUGHN, *The successes and failures of whistleblower laws*, Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 293

<sup>415</sup> J.-P. FOEGLE, Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis, page 50

<sup>416</sup> G. STONE, *Wikileaks and the first amendment*, Fed. Comm LJ, 2011, vol 64, page 477

<sup>417</sup> J.-P. FOEGLE, Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis, page 50

Oliver Wendell Holmes dans son opinion sur l'arrêt *Schenck v. United States*<sup>418</sup>. La Cour suprême effectue une appréciation casuistique et il lui appartient d'« examiner si la gravité du « mal » attendu, qui ne peut être improbable, est justifiée au regard des atteintes portées à la liberté d'expression »<sup>419</sup>.

Le seul cas où la Cour Suprême a procédé à l'analyse du danger pour la société lors d'une divulgation publique d'informations est celui de l'affaire des *Pentagon Papers* en 1971. A l'occasion de la publication de documents classés secret défense, dans l'arrêt *New York Times Co v. United States*, plus connu en jurisprudence sous le nom des *Pentagon Papers*, la Cour Suprême a, en effet, censuré « comme institutionnelle la tentative du gouvernement d'interdire la publication par le *New York Times* et le *Washington Post* des *Pentagon Papers*<sup>420</sup> »<sup>421</sup>. Le juge Potter Stewart a apprécié la situation en recherchant un équilibre des intérêts en présence. Après avoir estimé que le gouvernement « n'avait pas de « preuve irréfutable » du danger imminent que causerait la publication », le juge a constaté que la révélation servait l'intérêt général puisque « le seul moyen effectif de restreindre les pouvoirs de l'exécutif en matière de politique étrangère est de faire de l'opinion publique une opinion éclairée »<sup>422</sup>.

Ainsi, aux Etats-Unis, le whistleblower a le droit de procéder à la divulgation au public, la jurisprudence reconnaissant l'intérêt d'une telle procédure à travers « le droit à l'information du public ». Un tel droit serait limité par la preuve de l'existence d'un danger pour la société. L'hypothèse est limitée comme le prouve la jurisprudence *Pentagon Papers*.

## **Section 2. L'institutionnalisation de l'alerte et l'enjeu de protection du lanceur d'alerte**

Dès lors que l'institutionnalisation de l'alerte au sein des différents ordres juridiques répond à plusieurs enjeux, le lancement d'alerte a été encadré dans des procédures rigides. L'encadrement de l'action de l'alerte a également une répercussion sur la protection du lanceur d'alerte: s'il assure l'octroi du statut protecteur au lanceur d'alerte diligent, c'est-à-dire qui agit dans la procédure légale (I), sa rigidité fait peser des risques sur le système global de l'alerte (II).

### **I. L'encadrement de la procédure d'alerte, une garantie pour la protection du lanceur d'alerte diligent**

Le respect des procédures par le lanceur d'alerte lui assure une protection: en premier lieu, le lanceur d'alerte diligent pourra bénéficier du statut légal protecteur de « lanceur d'alerte » (A) et en second lieu, le lanceur d'alerte qui agit conformément aux prescriptions légales sera protégé contre la menace de diffamation (B).

#### **A. Le bénéfice du statut protecteur de lanceur d'alerte soumis au respect des procédures**

---

<sup>418</sup> Case *Schenk v. United states*, 249 U.S. 697 (1931)/

<sup>419</sup> Case *Dennis v. United states*, 341 U.S. 494 (1951).

<sup>420</sup> Affaire des *Pentagon Papers*: publication de 47 volumes totalisant 7000 pages secret-défense émanant du Département de la Défense à propos de l'implication politique et militaire des Etats-Unis Dans la guerre du Viet Nam de 1945 à 1971 VOIR FILM) .

<sup>421</sup> J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 56

<sup>422</sup> *Ibid.*

Dans les trois régimes juridiques étudiés, le respect de la procédure se présente à la fois comme une contrainte s'imposant au lanceur d'alerte et comme source de sa protection. L'obligation d'agir dans la procédure légale s'impose au divulgateur qui entend bénéficier du statut et de la protection. Les différentes définitions présentent le lanceur d'alerte comme celui « *qui agit dans le cadre de la procédure légale* ».

Cependant, si le respect de la procédure est une condition essentielle et nécessaire à la reconnaissance du statut, elle n'est pas la seule. Le statut et les protections sont réservées au lanceur d'alerte qui remplit l'intégralité des conditions.

Le champ reconnu au droit d'alerte peut empêcher la reconnaissance au bénéficiaire d'une protection. Par exemple, dès lors que la loi canadienne de 2007 ne concerne que les agents du service public, l'employé du secteur privé, agissant conformément à la procédure canadienne d'alerte ne se verra pas pour autant reconnaître le statut protecteur<sup>423</sup>. De même, en France, dès lors que la définition de l'article 6 de la loi Sapin II précise que le lanceur d'alerte est une « *personne physique* », le bénéfice des droits protecteurs est exclu pour les personnes morales, même agissant conformément à la procédure légale<sup>424</sup>.

Dans les trois régimes juridiques étudiés, le bénéfice du statut protecteur est réservé aux lanceurs d'alerte diligents. La volonté affichée du législateur français permet d'illustrer parfaitement les enjeux essentiels de protection concrète attachés au respect de la procédure. L'article 10 de la loi Sapin 2 conditionne explicitement la protection de l'agent à sa bonne foi et au respect de la procédure graduée<sup>425</sup>. Florence Chaltiel Terral, commentant le dispositif global de la loi Sapin II énonce qu'« *Il faut retenir de ce dispositif une définition large du lanceur d'alerte, qui sera reconnu comme tel, non pas a priori par une autorité donnée, mais au cours de la procédure qu'il initiera en respectant chacun des éléments contenus dans la procédure de signalement afin de bénéficier des procédures afférentes* »<sup>426</sup>. Ainsi constate-t-elle « *la conditionnalité de la protection au respect de la procédure* » : le lanceur d'alerte ne se voit reconnaître le statut qu'au cours ou à l'issue de chaque étape de la procédure graduée.

La conditionnalité a suscité des débats au moment de l'adoption du dispositif et a donné lieu à un contrôle de constitutionnalité.

En premier lieu, le respect de la procédure graduée, instaurée à l'article 8 de la loi Sapin II, conditionne le bénéfice des protections reconnues aux victimes de représailles dans le milieu professionnel (Protection professionnelle). L'adoption du dispositif, notamment sur le point de la conditionnalité de la protection professionnelle au respect de la procédure, a suscité des débats.

Le Conseil constitutionnel a été saisi et s'est intéressé à la question de l'articulation des articles 6 et 8 dans son arrêt du 8 décembre 2016<sup>427</sup>. Les sénateurs auteurs de la saisine du Conseil reprochaient à l'article 8 de la loi de méconnaître les exigences d'accessibilité et d'intelligibilité « *dans la mesure où, alors que la définition du lanceur d'alerte prévue à l'article 6 vise « une*

---

<sup>423</sup> Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007

<sup>424</sup> Article 6 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II» relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>425</sup> Article 10 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II» relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>426</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 70

<sup>427</sup> Conseil constitutionnel, *décision n° 2016-741 DC 8 décembre 2016*, Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

*personne physique* » sans plus de précision, la procédure de signalement définie à l'article 8 ne semble concerner que les employés de l'organisme faisant l'objet de l'alerte<sup>428</sup> ». Le problème de la conditionnalité de la protection à la procédure résidait dans le fait que la procédure graduée suppose une première étape au sein du cadre professionnel, alors que le statut de lanceur d'alerte dépasse le cadre professionnel.

Le Conseil Constitutionnel a déclaré « conforme » la mise en place de la procédure graduée avec la définition de l'article 6 de la loi Sapin II, et « constitutionnel » le dispositif. N'est pas constitutionnel le fait que les protections du lanceur d'alerte « *apportées par les articles 10 et 12 aux lanceurs d'alerte* » soient conditionnées au respect de la procédure, conformément aux « *conditions des articles 6 et 8* », dès lors qu'elles concernent les discriminations pouvant survenir dans le cadre de la vie professionnelle. Il relève que si « *le champ couvert par l'article 6 est plus large que celui couvert par l'article 8, puisqu'il ne se limite pas, lui, au cadre professionnel* », il n'en résulte pas pour autant une inintelligibilité de la loi dès lors que la définition de l'article 6 « *a vocation à s'appliquer non seulement aux cas prévus par l'article 8, mais aussi, le cas échéant à d'autres procédures d'alerte instaurées par le législateur, en dehors du cadre professionnel* ». Dès lors que la procédure graduée « *ne s'appliquait qu'aux lanceurs d'alerte s'inscrivant dans le cadre professionnel* », celle-ci était conforme à la Constitution<sup>429</sup>.

En second lieu, le respect de la procédure graduée conditionne le bénéfice de l'irresponsabilité pénale pour le lanceur d'alerte. En effet, la loi Sapin II a introduit une garantie pénale inédite à l'article 7 qui prévoit l'immunité pénale du lanceur d'alerte. L'article renvoie à l'article 122-9 du Code Pénal, modifié et ainsi rédigé : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6*<sup>430</sup> »<sup>431</sup>. Parmi les trois conditions cumulatives nécessaires à la protection pénale visant l'immunité pénale du lanceur d'alerte, on retrouve ainsi « *le respect des procédures de signalement* ». La conditionnalité de l'octroi de l'immunité pénale des lanceurs d'alerte fait l'objet d'interrogations. Le Conseil constitutionnel, dans l'arrêt du 8 décembre 2016, salue la généralité de l'article 7 et explique que l'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte est reconnue aux lanceurs d'alerte agissant dans le cadre d'autres procédures légales. Il explique qu'« *On peut d'ailleurs observer que le législateur a pris soin de préciser à l'article 7, qui instaure l'irresponsabilité pénale, que le lanceur d'alerte doit non seulement répondre aux critères de l'article 6, mais aussi avoir respecté les « procédures de signalement définies par la loi ». La procédure prévue à l'article 8 n'est, à ce titre, et selon l'interprétation retenue par le juge constitutionnel, qu'une procédure parmi d'autres*».

Des critiques persistent et la doctrine s'interroge : « *Les conditions de l'immunité pénale apparaissent, à la lecture de ces dispositions, à la fois trop strictes, d'un certain point de vue et trop imprécises d'un autre point de vue* »<sup>432</sup>. Les conditions seraient « trop strictes » en raison de « la

---

<sup>428</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, pages 70 et 71

<sup>429</sup> D. POLLET PANOUSSIS, *L'agent public lanceur d'alerte*, page 147

<sup>430</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>431</sup> L'article 7 de la loi renvoie au code pénal; cet article dispose que le chapitre II du titre II du livre I du Code pénal est complété par un article 122-9.

<sup>432</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 98

*conditionnalité établie par les textes entre le nécessaire respect de la procédure d'alerte, (...) aussi longue que semée d'embûches* »<sup>433</sup>.

## **B. L'action dans le cadre de la procédure légale garantie contre la menace de diffamation**

Aujourd'hui, le problème de la protection du lanceur d'alerte contre les actions en diffamation est soulevé au sein des systèmes juridiques américain, canadien et français.

« *La frontière entre la diffamation et l'alerte n'est pas encore parfaitement définie et il n'est même pas sûr qu'elle puisse véritablement l'être*<sup>434</sup> » ; celle-ci apparaît poreuse et l'expérience montre que l'action du lanceur d'alerte est souvent remise en cause par un recours en diffamation exercé par celui contre qui l'alerte est donnée. En effet, le champ de la diffamation, définie comme « *l'atteinte à la réputation de quelqu'un, par des paroles ou par des écrits* »<sup>435</sup> recoupe celui du lancement d'alerte (si celui-ci porte sur une information erronée). Dénoncer une information sensible fait peser la menace d'une action en diffamation : « *Toute structure ou individu mis en cause par une alerte pourra se saisir des insuffisances de respect des procédures pour inquiéter le lanceur d'alerte par la voie de procédures en diffamation, et ce, de bonne foi, ou non* »<sup>436</sup>.

Au Canada, le législateur a expressément réglé la question et a protégé le lanceur d'alerte contre les actions en diffamation. L'exercice d'actions en diffamation est exclu depuis l'établissement de la « *Protection of the erroneous whistleblower* », la protection générale du divulgateur qui se trompe.

Au Canada, la protection contre la menace de diffamation est justifiée par l'exigence de bonne foi et de la croyance raisonnable du lanceur d'alerte.

Ainsi, les législations canadiennes, au niveau fédéral et provincial, font expressément référence à la bonne foi ou à la croyance raisonnable du lanceur d'alerte, agent public, et exigent ces deux conditions pour qu'il puisse bénéficier des protections légales contre tous types d'actions de son employeur. La bonne foi et la croyance raisonnable supposent que l'employé divulgateur prenne des mesures afin de s'assurer de l'authenticité et de la vérité de l'information qu'il entend révéler. À l'inverse, la bonne foi et la croyance raisonnable ne seront pas caractérisées si l'employé n'a pas procédé à de telles diligences.<sup>437</sup>

---

<sup>433</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 98

<sup>434</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 100

<sup>435</sup> Larousse

<sup>436</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 100

<sup>437</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 66

### Protection of the erroneous whistleblower

« *Federal and provincial public sector whistleblower statutes in Canada qualify references to an employee, contemplating making a disclosure or who has made a disclosure of information, by use of the phrases « good faith » and or « reasonably believes ». These phrases, it is suggested are sufficient to impose a burden on such an employee to act in the contemplated good faith or reasonable belief by taking some step to ensure a level of accuracy of the information intended to be disclosed.*

*An employee who discloses information, without having taken some steps to ascertain its authenticity and accuracy, cannot generally be characterized as having acted in good faith or with reasonable belief. More specially, an employee not acting in good faith or with a reasonable belief will not find himself or herself protected from employer reprisal actions. »*



La règle est que le lanceur d'alerte canadien est excusé s'il divulgue une information erronée dès lors qu'il a agi de bonne foi c'est-à-dire après s'être assuré de la vérité de son information. Ainsi, le législateur canadien a inséré une exception dans le régime de la diffamation concernant « le lanceur d'alerte qui se trompe » (*erroneous whistleblower*) : « *The general law of defamation has developed a form of privilege which appears broad enough to protect erroneous whistleblower* »<sup>438</sup>.

Raymond Brown explicite les hypothèses du « *conditional or qualified privilege* » prévoyant l'irresponsabilité de la personne ayant divulgué une information fautive et diffamatoire à propos d'une autre personne. L'exception pour le whistleblower est incluse dans la qualification du « *conditional or qualified privilege* », en tant que ce dernier, de bonne foi, a agi afin de protéger un intérêt supérieur (les intérêts légitimes d'une autre personne ou l'intérêt du public intérêt général). Il énonce que « *A communication is protected on a privileged occasion where a person seeks to protect or further his or her own legitimate interests, or those of another, or interests which he or she shares with someone else, or the interests of the public generally* »<sup>439</sup>.

Cependant, mis à part dans la législation protectrice canadienne, la question des limites entre diffamation et droit d'alerte n'a pas été réglée dans les systèmes juridiques américain, canadien ou autres. Au sein de ces systèmes, la menace d'une action en diffamation contre le lanceur d'alerte est réelle, et la question appelle une réaction des législateurs nationaux : « *Le droit à la diffamation est ancien, et demande certainement à être adapté aux nouvelles données liées aux lanceurs d'alerte. La question du lien entre liberté d'expression, diffamation et lancement d'alerte ne semble en effet pas abordée en tant que tel par les dispositifs de protection des lanceurs d'alerte* »<sup>440</sup>.

Le règlement de la question du chevauchement entre droit d'alerte et diffamation met en balance deux intérêts à protéger, celui de contre qui l'alerte est portée, et celui de qui porte l'alerte, comme l'explique la doctrine: « *Si la protection du lanceur d'alerte, dès lors que celui-ci est de bonne foi, est essentielle, on ne saurait négliger la nécessité de protéger des personnes physiques et morales qui se trouvent dans ce que l'on peut appeler l'environnement de l'alerte. Il va de soi qu'une alerte lancée ne peut rester sans conséquences sur la structure ou la personne faisant l'objet de l'alerte* »<sup>441</sup>. Florence Chaltiel Terral identifie l'enjeu et la complexité attachés à la réponse législative : « *C'est un équilibre qu'il convient de trouver entre le lancement d'alerte en cas de risques découverts par le lanceur d'alerte et les interdictions de diffamations* »<sup>442</sup>.

Le principe légal fondamental est que l'alerte ne peut être diffamatoire. Les enjeux attachés à la prohibition des propos diffamatoires sont doubles. D'abord, elle assure la sauvegarde de l'intérêt personnel (en général) de la personne sur laquelle porte l'information. Ensuite, il s'agit d'une limite fondamentale à la liberté d'expression. Le mensonge qui porte préjudice est prohibé. La loi française du 29 décembre 2011, relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, permet d'illustrer cette exigence fondamentale; la loi dispose, en effet, que le « droit » à la diffusion d'une information « *par la voie hiérarchique, mais également par voie de*

---

<sup>438</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 66

Protection of the erroneous whistleblower

<sup>439</sup> RE Brown, *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, 2nd edition, Looseleaf (Toronto, ON: Carswell, 1999), vol 3 at 135.

<sup>440</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 130

<sup>441</sup> *Ibid.*

<sup>442</sup> *Ibid.*

presse » à l'occasion d'un lancement d'alerte « doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse »<sup>443</sup>.

Néanmoins, au delà de cette prescription d'ordre général, il apparaît essentiel, dans les sociétés contemporaines, afin de garantir une effectivité du système de lancement d'alerte, d'instaurer une garantie contre l'action en diffamation. L'institutionnalisation de l'alerte et l'encadrement par une procédure légale de son action jouent ce rôle en l'absence de toute mention légale. Le lanceur d'alerte, agissant de bonne foi, est protégé des risques dès lors qu'il se montre diligent, c'est-à-dire qu'il agit dans le respect de la procédure d'alerte.

Comme le souligne Florence Chaltiel Terral, la menace d'une action en diffamation ne pèse que sur le lanceur d'alerte qui n'a pas été diligent, qu'il ait agi de bonne foi ou non : « *Toute structure ou individu mis en cause par une alerte pourra se saisir des insuffisances de respect des procédures pour inquiéter le lanceur d'alerte par la voie de procédures en diffamation, et ce, de bonne foi, ou non*<sup>444</sup> ». On peut expliquer cette protection en relevant que la diffamation perdrait le rôle de défense dès lors que la procédure par paliers répond à ce même objectif. En France, dans l'environnement professionnel, l'obligation d'un recours hiérarchique prioritaire a été conçue afin de protéger la personne ou l'organisme objet de la divulgation ; dès lors que la procédure a été respectée, et en cas d'information fautive, la question aura pu être réglée en interne. La conséquence préjudiciable pour la personne ou l'organisme sera minime puisque la divulgation aura été faite au sein d'un cercle restreint.

En fait, c'est le moment d'appréciation de la divulgation qui peut être source de confusion : « *Il se trouve que d'un point de vue chronologique, une alerte pourrait, à un moment donné, sembler relever de la diffamation, quand à un autre moment, selon l'apparition d'indices convaincants, s'éloigner et quitter le champ de la diffamation* »<sup>445</sup>, dès lors qu'on se place après la procédure, suivie consciencieusement, le lanceur d'alerte sera protégé.

## **II. Les risques identifiés de l'encadrement rigide du lancement d'alerte**

Le strict encadrement de la procédure d'alerte au sein des systèmes juridiques américain, canadien et français peut conduire à un risque pour l'institution de l'alerte, résidant dans la perte de spontanéité et d'intérêt de cette dernière (A), et à un risque d'insécurité juridique pour le lanceur d'alerte non-diligent (B).

### **A. Le risque pour l'institution la perte de spontanéité et d'intérêt de l'alerte**

L'encadrement de l'alerte dans une procédure trop formelle et rigide pourrait conduire à un risque pour l'institution même de l'alerte. La doctrine s'interroge sur les risques liés à l'institutionnalisation et à l'encadrement de l'action, alors que l'alerte repose sur le principe de la liberté de celui qui l'exerce. Dès lors que le lanceur d'alerte se trouve dans une situation exceptionnelle, lorsqu'il a connaissance d'une information pouvant faire l'objet d'une divulgation, l'exercice de son action repose sur le principe de la liberté de l'alerte.

La liberté d'alerte revêt deux caractéristiques : elle suppose d'abord la spontanéité de l'exercice de l'alerte et ensuite l'exercice libre de l'alerte dans le but de répondre à un devoir moral de préservation d'intérêt général. Les sociologues Near et Miceli, dans leur étude, se référaient au

---

<sup>443</sup> J.-L. ROUMEGAS, Rapport n°650 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement à la protection des lanceurs d'alerte, 23 janvier 2013

<sup>444</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 130

<sup>445</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 100

« cheminement naturel de l’alerte », concept permettant d’illustrer la liberté théorique dans l’exercice d’une alerte. Rappelant que « *le cheminement naturel de l’alerte est fonction de la réponse institutionnelle apportée au mode d’action du lanceur d’alerte* »<sup>446</sup>, ce dernier n’était pas limité à cet encadrement légal mais répondait aussi de la volonté libre du lanceur d’alerte. Pour illustrer la liberté d’alerte, le lanceur d’alerte était, d’après eux, capables de choisir librement une forme de parole afin de donner de l’efficacité à leur alerte: « *ce n’est que lorsqu’ils font face à l’indifférence répétée de leur organisation ou à la volonté délibérée de la hiérarchie d’étouffer les faits en question qu’ils décident d’opter pour une autre forme de parole* »<sup>447</sup>.

Pour certains membres de la doctrine, « *le cheminement naturel de l’alerte* » serait interrompu par l’établissement de procédures d’alerte rigides qui conduiraient à une réduction considérable de la liberté d’alerte. L’institutionnalisation de l’alerte mènerait à une perte de spontanéité de l’alerte, ou pire à la perte de son intérêt critique.

En France, Lucile Schmid s’interroge sur les risques liées à l’institutionnalisation du lanceur d’alerte et à l’encadrement de son action dans une procédure par paliers. Elle énonce : « *Privilégier le processus par paliers au détriment de la liberté d’alerte n’est pas aussi minimiser les suites à y donner, point sur lequel le débat actuel insiste beaucoup trop peu ?* »<sup>448</sup>. L’auteur considère ici que la divulgation en interne d’une information portant sur une illégalité ou du risque pesant pour l’intérêt général fait perdre l’intérêt de l’alerte en ce que les personnes informées sont les responsables potentiels, donc susceptibles d’étouffer l’alerte.

La procédure par paliers exigeant dans un premier temps la divulgation au supérieur hiérarchique « *peut être source de dissuasion* »e, notamment car elle est inadaptée à plusieurs hypothèses. L’exemple éloquent de la lutte contre le harcèlement moral ou sexuel permet d’illustrer les risques attachés au recours hiérarchique. Dans une telle hypothèse, Florence Chaliel Terral remarque qu’une « *stratégie d’évitement* » peut être mise en place afin d’éviter les scandales. Pire encore, le recours hiérarchique est une « *impasse* » « *si le supérieur hiérarchique est la personne en cause* »<sup>449</sup>.

Le risque d’inertie des personnes informées est réel dans une procédure par paliers; elle énonce : « *Le respect de la procédure où l’inertie jouera inévitablement permet-il vraiment de prendre la mesure de certains dysfonctionnements et des processus de rupture nécessaires ? N’aurait-il été pas été a minima important de mener une réflexion sur les suites à donner à des alertes justifiées pour qu’elles débouchent sur des changements en terme d’organisation des décisions, de partage de l’information, de respect de la loi et du bien commun?*». Lucile Schmid identifie un autre risque de la dénonciation interne, à travers les exemples Luxleaks et Antoine Deltour et de la dénonciation de l’association L 214, en ce qu’elle favoriserait et concourrait à l’augmentation des menaces et conséquences négatives potentielles pesant sur le lanceur d’alerte. Elle conclut « *Dans cette perspective, il faut rester vigilant face aux risques de l’institutionnalisation, dans une société où les contre-pouvoirs sont traditionnellement faibles* »<sup>450</sup>.

---

<sup>446</sup> J. NEAR et M. MICELI, *What makes whistleblowers effective? Three field studies*, Human relation, 55, n°4, 2002, pp. 455-479

<sup>447</sup>*Ibid.*

<sup>448</sup> L. SCHMID, *A quoi bon lancer l’alerte?*, Esprit 2017/5 (Mai), p.32-35 DOI 10.3917/espri.1705.0032

<sup>449</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d’alerte*, page 103

<sup>450</sup> L. SCHMID, *A quoi bon lancer l’alerte?*, Esprit 2017/5 (Mai), p.32-35 DOI 10.3917/espri.1705.0032

La question formulée par Daniel Lochak résume l'entière problématique résultant de l'encadrement rigide de la procédure d'alerte pour le système : « *L'institutionnalisation, si elle protège les lanceurs d'alerte, ne leur ôte-t-elle pas en même temps leur potentialité critique, leur capacité là où ça fait mal?* »<sup>451</sup>.

## **B. Le risque pour l'acteur: l'insécurité juridique du lanceur d'alerte non diligent**

Dès lors que le statut protecteur de lanceur d'alerte est conditionné par le respect de la procédure, il résulte logiquement que le lanceur d'alerte non diligent, ou qui n'agit pas conformément aux prescriptions légales, ne bénéficie pas des garanties de protection.

Un lanceur d'alerte, agissant non conformément aux prescriptions légales de procédure perdrait le statut et le bénéfice des protections, quand bien même il serait de bonne foi. Or le constat, exposé ci-avant de la complexité et de l'inintelligibilité des procédures légales au sein des différents systèmes pourrait conduire un informateur à se tromper. De même, un informateur, mal informé, qui ne suivrait pas la procédure en raison de son ignorance, pourrait également perdre les protections légales. Une insécurité juridique pour les lanceurs d'alerte est aujourd'hui patente dans les différents systèmes.

En France, les incertitudes pesant sur l'article 8 II de la loi Sapin II et créant des situations de confusion, permettent de prendre la mesure de ce risque. L'article 8 II, qui prévoit les cas où la divulgation peut être faite exceptionnellement publiquement, dispose qu'« *En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public* »<sup>452</sup>. Sans plus de précision du législateur ou de la jurisprudence, une incertitude pèse autour de la signification de l'expression « *danger grave et imminent* ». Florence Chaltiel Terral s'interroge : « *S'agissant des cas d'urgence, qui pourra, avec certitude, dire précisément ce que signifient quelques mots contenus dans le II de l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016?* »<sup>453</sup>. Dans l'exercice d'une telle divulgation, un risque grave pèse sur le lanceur d'alerte en ce que la « *non-reconnaissance de l'urgence par les personnes concernées et par les autorités compétentes pour ce faire, à savoir l'autorité judiciaire en cas de procédure devant elle, entraîne un risque sérieux de perte de statut du lanceur d'alerte qui, seul, peut prémunir l'intéressé des responsabilités encourues*»<sup>454</sup>.

---

<sup>451</sup> D. LOCHAK, *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme: réflexions conclusives*, La revue des droits de l'Homme, n°10, 2016

<sup>452</sup> Article 8 II de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>453</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les Lanceurs d'alerte*, page 100

<sup>454</sup> *Ibid.*

## **TITRE 2. LES PROTECTIONS DE FOND PERFECTIBLES DU LANCEUR D'ALERTE FACE AUX CONSEQUENCES PREJUDICIALES DE LA DIVULGATION**

Alors même que des protections de fond ont été mises en place par les législateurs nationaux dans le but d'assurer la protection professionnelle du lanceur d'alerte (Chapitre 1), celles-ci apparaissent insuffisantes et seul l'instauration d'un droit fondamental d'alerte permettra d'assurer la parfaite protection de ce dernier (Chapitre 2).

### **Chapitre 1. L'universalité de l'établissement d'un statut assurant la protection professionnelle du lanceur d'alerte dans les régimes**

L'établissement d'un statut du lanceur d'alerte au sein des régimes juridiques américain, canadien et français a permis de leur garantir une protection professionnelle qui a d'abord été mise en place de façon globale (Section 1), et qui a fait l'objet par la suite de précisions afin d'en assurer l'effectivité (Section 2).

#### **Section 1. La mise en place d'une protection professionnelle générale du lanceur d'alerte dans les différents systèmes américain, canadien et français**

La protection professionnelle a été mise en place pour répondre à la nécessité d'apporter une garantie au lanceur d'alerte, victime de représailles du fait de sa divulgation (I) et a nécessité l'organisation de la répression de l'employeur, auteur des ces représailles (II).

##### **I. La reconnaissance unanime de la nécessité de protection du lanceur d'alerte sujet à représailles du fait de sa divulgation**

Unaniment, les législateurs américain, canadien et français, constatant les menaces et risques de représailles pesant sur le lanceur d'alerte du fait de sa divulgation (A), ont tous affirmé le fondement juridique de la protection professionnelle de ce dernier (B).

##### **A. Le lanceur d'alerte, sujet à des représailles par son employeur**

Le lanceur d'alerte, dès lors qu'il dénonce un fait illégal ou un risque et qu'il se place en contradiction, s'expose à des menaces et des représailles exercées par celui qui fait l'objet de la dénonciation. Ces risques attachés à l'alerte nécessitent la mise en place d'un régime protecteur du lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte, agissant pour le bien commun, ne devrait supporter des conséquences graves personnelles du fait de son action. Les expériences de lancement d'alerte contemporains révèlent que les menaces exercées contre les lanceurs d'alerte prennent différentes formes. La protection professionnelle du lanceur d'alerte entend contenir les représailles exercées contre un lanceur d'alerte par son employeur. L'identification des menaces pesant sur le lanceur d'alerte par les législateurs nationaux permet d'élaborer une législation protectrice efficace.

En premier lieu, les menaces peuvent être exercées tant directement qu'indirectement. En effet, le champ des représailles consécutives à une alerte inclut non seulement les menaces pesant sur la personne du lanceur mais également celles qui l'atteignent indirectement. Le lanceur d'alerte est considéré comme victime de représailles alors même que les menaces pèsent sur son entourage (comme par exemple sa famille ou ses proches)<sup>455</sup>.

---

<sup>455</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 89

En second lieu, le lanceur d’alerte peut être directement l’objet de menaces suite à sa dénonciation. On est alors dans l’hypothèse classique des représailles du fait de l’alerte. Le lanceur d’alerte peut également faire l’objet de menaces avant même le déclenchement de l’alerte, au stade de l’initiative. De telles menaces sont exercées afin de dissuader le lanceur d’alerte en puissance d’engager la procédure. Pour Florence Chaltiel Terral, les menaces pesant sur les lanceurs d’alerte, avant même l’engagement de la procédure, sont « *indirectes, insidieuses et par définition, difficiles à prévenir* »<sup>456</sup>. Elles sont encore plus problématiques du fait que, s’il n’a pas engagé la procédure, le lanceur d’alerte ne bénéficie pas du statut protecteur. Si la protection est conditionnée par un acte matériel (la divulgation), au stade de la « *rumeur sur les dangers existants, et, parallèlement, sur des possibilités qu’une alerte soit lancée* »<sup>457</sup> seul le droit commun trouve application.

Enfin, le lanceur d’alerte est sujet à menaces quelque soit le milieu professionnel dans lequel il évolue. Les représailles existent tant à l’encontre des employés du secteur privé que ceux du secteur public. Les législations protectrices prennent en compte ces deux hypothèses lorsqu’elles conçoivent la protection professionnelle.

L’approche casuistique des systèmes fédéraux américain et canadien a permis de définir précisément la consistance des menaces professionnelles exercées sur le lanceur d’alerte. Si les législateurs des deux Etats ont été soucieux de définir les « reprisal », représailles auxquelles le lanceur d’alerte pouvait être sujet, les précisions jurisprudentielles ont permis d’aboutir à leur identification claire.

La section 2 (1) de la loi fédérale canadienne du Public Servants Disclosure Act définit les représailles professionnelles comme: « (a) toute mesure disciplinaire (b) la rétrogradation (c) le licenciement ou autre forme de fin de l’emploi (d) quelque mesure qui affecte l’emploi de l’agent public ou de ses conditions de travail (e) les menaces de procéder aux mesures (a) à (d) »<sup>458</sup>. Les jurisprudences canadienne, comme américaine, pour lesquelles les textes de référence sont semblables, ont procédé à une interprétation extensive de la notion sur le fondement des mesures « affectant l’emploi et les conditions de travail ». Une jurisprudence américaine *Halloum v. Intel Corp* rendue en 2008 a sanctionné ainsi comme représailles professionnelle, la note de mauvaise performance (« *negative performance reviews* ») au travail par l’employeur, à propos d’un employé ayant procédé à une dénonciation<sup>459</sup>. L’extension jurisprudentielle de la notion de représailles illustre la volonté politique d’opérer une protection complète et performante des lanceurs d’alerte<sup>460</sup>.

---

<sup>456</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d’alerte*, page 89

<sup>457</sup> *Ibid.*

<sup>458</sup> Section 2(1) de la loi fédérale Public Servants Disclosure Act:

*Section 2(1) du Public Servants Disclosure Protection Act defines « reprisal » as:*

(a) « *A disciplinary measure;*

(b) *The demotion of the public servant;*

(c) *The termination of employment of the public servant, including , in the case of a member of the Royal Mounted Police, a discharge or dismissal;*

(d) *Any measure that adversely affects the employment or working conditions of the public servant;*

(e) *A threat to take any of the measures referred to on any paragraphs (a) to(d) »*

<sup>459</sup> Case *Halloum v. Intel Corp*, 2003-SOW-7 (ALJ Mar 4, 2004), *afford*, ARB Case No. 04-068 (Dep’t of Labor Jan 31, 2006) etc or hostile work environments (Case *Avlon v. American Express Co*, 2008-SOX-51 (ALJ Sept 8 2008)

<sup>460</sup> C. HENKEL, *Whistleblower rights and Protection under U.S. Law in the Private Sector*, pages 333 à 350

Aux Etats-Unis, la volonté de la protection se constate également sur la production législative incessante en la matière : plus de 40 lois protègent les lanceurs d’alerte de toutes formes de menaces auxquels ils peuvent être exposés.

## **B. L’affirmation générale du principe de protection des lanceurs d’alerte**

Face à l’identification des menaces de représailles pesant sur le lanceur d’alerte et exercées par la personne objet de la divulgation, et au constat d’un besoin de lui assurer une protection, les législateurs ont établi un principe de protection des lanceurs d’alerte. L’affirmation légale du principe permet d’assurer l’effectivité du dispositif de lancement d’alerte, et résulte d’une même volonté politique d’effectivité et d’efficacité en pratique. La non-discrimination du lanceur d’alerte suppose que tout lanceur d’alerte ne saurait être la victime de représailles ou de menaces de la part de son employeur en conséquence de l’exercice même de la divulgation de l’information.

Si les Etats-Unis, le Canada et la France ont tous affirmé ce principe de protection professionnelle du lanceur d’alerte, les sources dans lesquelles il est établi sont diverses. Il est dispersé et mentionné dans chaque législation fédérale spécifique américaine, alors qu’il est affirmé de façon générale dans les lois globales canadienne et française. La spécificité du régime canadien, articulé autour du partage de compétence entre l’Etat fédéral et l’Etat fédéré, conduit à l’identifier également dans les législations des Etats fédérés.

Aux Etats-Unis, les droits statutaires qui disposent du principe de la protection professionnelle sont parsemés dans les lois fédérales. On relève quarante-sept lois qui assurent la protection des employés du secteur privé et dix pour les employés du secteur public<sup>461</sup>. De même les dizaines de lois fédérales encadrant le lancement d’alerte, en matière de santé publique, de sécurité ou de préservation de l’environnement, prévoient également de telles dispositions: «*There are dozen of federal health, safety, and environnementale statutes that contains provisions that prohibit retaliation by private employers against employs for engaging whistleblowing activity*»<sup>462</sup>.

L’analyse des différentes dispositions assurant la non discrimination du lanceur d’alerte aux Etats-Unis permet d’exposer l’évolution des considérations en la matière et notamment la volonté politique d’étendre et de perfectionner ces garanties. Le False Claim Act disposait originellement d’un principe général de protection du lanceur d’alerte engageant une procédure Qui Tam, contre les représailles exercées par un employeur ; le paragraphe 3730 (h) (1) dispose que : « *If employees are discharged, demoted, discriminated, threatened or harassed because of filing a qui tam action, they are entitled to relief* »<sup>463</sup>. Le Sarbanes- Oxley Act a étendu le champ de la protection des employés lanceurs d’alerte dans le secteur privé consacrant de nouvelles dispositions<sup>464</sup>. La section

---

<sup>461</sup> D. LEWIS, T. DEVINE et P. HARPUR, *Chapitre 15. The key to protection: Civil and employment remedies*, page 352 dans *International Handbook on whistleblowing research*, « *Statutory rights are the primary source of protection for employees in the US. These are highly fragmented, with at least 57 federal pieces of legislation: 47 for corporate workers and ten for federal government employees* »).

<sup>462</sup> A. D. BERKOWITZ, C. M. TUSK, J. I. DOWNES et D. S. CAROLINE, *Whistleblowing, Employee Relations Law Journal 15 Vol. 36, No. 4, Spring 2011*

<sup>463</sup> The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code §3730 (h) (1) )

<sup>464</sup> C. HENKEL, *Whistleblower rights and Protection under U.S. Law in the Private Sector*, page 343

806 (a) de l'acte<sup>465</sup> assure une protection pour deux catégories de lanceurs d'alerte : ceux qui « *donnent des informations et assistent des investigations* » et ceux qui « *participent dans une affaire à propos d'une violation mentionnée* »<sup>466</sup>. Le Dodd-Frank Act s'inscrit également dans la continuité d'expansion et d'amélioration du système de protection des lanceurs d'alerte, et ce « *particulièrement dans le contexte des échanges commerciaux* »<sup>467</sup>. La section 922 (h) offre une action civile du lanceur d'alerte contre l'employeur à tout lanceur d'alerte « *qui montre qu'il a souffert d'une représaille consécutée au fait (1) qu'il ait donné une information ou (2) qu'il a participé en initiant, témoignant ou assistant, à une investigation* »<sup>468</sup>: les conditions sont moins contraignantes qu'auparavant. L'évolution et la multiplication des législations en matière de non discrimination des lanceurs d'alerte mettent en évidence la volonté politique de d'assurer une protection effective.

La particularité canadienne en matière de non discrimination des lanceurs d'alerte est la combinaison d'une protection de nature fédérale et d'une protection issue des législations provinciales. À l'image du reste de la législation sur les lanceurs d'alerte, le partage des compétences sur les lanceurs d'alerte, conduit à l'éclatement des législations. La combinaison des législations aboutit à la reconnaissance d'une législation efficace, qui assure une large protection contre toute action en représailles qui affecterait l'employé (« *Federal and provincial whistleblower protection legislation plus the specific statutes applicable to such matters as employment standards, labour relations, etc provide broad protection from virtually any employer reprisal action which detrimentally affects the employee* »)<sup>469</sup>. La section 2 de loi fédérale du Public Servants Disclosure act dispose ainsi d'un principe général de non discrimination des employés, agents du secteur public qui procéderaient à une divulgation. En cas de divulgation ou de participation à une enquête, l'agent public, qui pense être victime de représailles, est protégé par la loi.

À l'échelle provinciale, au Québec, la loi du 1er mai 2017 facilite la divulgation d'actes répréhensibles, et « *Organise aussi les conditions de la protection contre les représailles* »<sup>470</sup>. La province de Québec met en place ainsi une protection supplémentaire pour le lanceur d'alerte et lui offre la possibilité de porter plainte auprès du Protecteur du citoyen, ou à la commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST). ». Le champ de la protection est précisé, de façon à inclure une grande diversité de représailles que pourrait subir le lanceur

---

<sup>465</sup> Section 806 (a) de la SOX (The Sarbanes–Oxley Act of 2002 (Pub.L. 107–204, 116 Stat. 745)

« *No company wot a class of the securities registered under section 12 of the Securities and Exchange Act of 1934 (15 USC §780 (d)), or any officier, employee, contractor, subcontractor, or agent of such company may discharge, demote, suspend, threaten, harass or in any other manner discriminate against an employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act done by the employee* »

<sup>466</sup> C. HENKEL, *Whistleblower rights and Protection under U.S. Law in the Private Sector*, page 343

<sup>467</sup> C. HENKEL, *Whistleblower rights and Protection under U.S. Law in the Private Sector*, page 344

<sup>468</sup> Article 922 (h) Dodd-Frank Act (The Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, (Pub.L. 111–203), H.R. 4173)

It is sufficient that a whistleblower « *can show he suffered a retaliation because he (1) provided information to the SEC or (2) participated in initiating, testifying in or assisting in any investigation or judicial or administrative activation etc.* »

<sup>469</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the “Up the Ladder” Principle*, page 68

<sup>470</sup> Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics (Province de Québec) 2016, (entrée en vigueur le 1er mai 2017) - c. 34, c. I., chapitre D-11.1



d'alerte allant « *des menaces visant à l'empêcher de faire une divulgation* » aux « *représailles sont liées à l'emploi, qu'il s'agisse de suspension ou licenciement par exemple* »<sup>471</sup>.

En France, l'adoption de la loi globale Sapin II du 9 décembre 2016 a eu pour conséquence de formuler un principe général d'application uniforme de non-discrimination et de protection des lanceurs d'alerte. Dès lors que le statut de lanceur d'alerte s'applique uniformément aux lanceurs d'alerte du secteur privé comme du secteur public, l'article 10 de la loi, qui dispose du principe général de non discrimination<sup>472</sup>, a vocation à assurer une protection dans les deux secteurs. Le principe de non-discrimination est prévu respectivement au deuxième alinéa de l'article L. 4122-4 du Code du travail (lanceurs d'alerte du secteur privé) ou du deuxième alinéa de l'article 6 ter A de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (lanceur d'alerte du secteur public). L'article 12 de la loi nouvelle précise en outre qu' « *en cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte au sens de l'article 6, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes* », assurant la protection expresse du lanceur d'alerte contre la menace d'un licenciement ou toute autre forme de sanction entraînant la rupture du contrat de travail en raison de son action<sup>473</sup>. Plus largement, les dispositions de l'article L. 1132-3-3 du Code du Travail prévoient que le lanceur d'alerte « *ne peut pas être écarté d'une procédure de recrutement ou bien même d'une formation professionnelle. Il ne peut non plus être sanctionné ou licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, qu'il s'agisse de la rémunération, de la qualification ou de la promotion professionnelle* »<sup>474</sup>.

## **II. L'organisation de la répression de l'employeur auteur des représailles**

La répression de l'employeur, auteur des représailles, a été organisée dans les dispositifs mêmes reconnaissant le principe de protection du lanceur d'alerte. Ainsi, les différents législateurs ont chacun ouvert au lanceur d'alerte la possibilité d'agir en justice contre l'employeur, auteur des représailles, (A) et ont établi des sanctions originales et adaptées (B).

### **A. La possibilité d'exercer une action civile contre l'employeur auteur des représailles**

La comparaison des systèmes juridiques américain, canadien et français, sur la question de l'action civile ouverte aux lanceurs d'alerte contre leur employeur, permet d'illustrer la différence fondamentale entre systèmes de Common Law et systèmes de Civil Law. La construction du droit est conçue de façon radicalement différente, voire inversée. Si pour les pays de Common Law la pratique précède le droit et en est la source, pour les pays de Civil Law, le droit précède la pratique et l'encadre. Les systèmes de Common Law reposent sur le fait que la jurisprudence est la source du droit (système de case law); l'exercice des actions en justice, source des décisions jurisprudentielles, permet la création de la règle. A l'inverse, les systèmes de Civil Law reposent sur l'idée que la loi est la source du droit ; la règle est contenue dans la loi, et c'est la violation de la règle qui justifie l'action en justice.

La comparaison fait apparaître que les deux systèmes de Common Law (américain et canadien) prévoient directement, dans leurs statuts fédéraux, la possibilité d'une action en justice pour le

---

<sup>471</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 44

<sup>472</sup> Article 10 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>473</sup> Article 12 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

<sup>474</sup> L. 1132-3-3 du Code du Travail

lanceur d'alerte victime de représailles. La reconnaissance de l'action en justice conduit à identifier le principe général de protection des lanceurs d'alerte. Le système français repose quant à lui sur le principe fondamental de la non-discrimination des lanceurs du fait de l'action de divulgation et donc, incidemment, de la protection résultant du statut même du lanceur d'alerte; c'est la violation de la protection accordée qui justifie l'engagement d'une action en justice.

Aux Etats-Unis les quarante-sept lois fédérales qui assurent la protection des lanceurs d'alerte tant agents publics qu'employés du secteur privé, reconnaissent la possibilité pour le salarié d'exercer une action en justice contre l'employeur. En fait, les conditions d'action en justice du lanceur d'alerte permettent de délimiter la protection du lanceur d'alerte. Le droit d'agir en justice est le droit à être protégé dont bénéficie la victime de représailles. Au Canada, la loi du Public Servants Disclosure Act reconnaît également la possibilité d'agir en justice contre l'employeur auteur des représailles et menaces.

En France, la reconnaissance de la possibilité d'agir en justice contre son employeur du fait de la divulgation est la conséquence logique de l'affirmation du principe général de non discrimination des lanceurs d'alerte. La jurisprudence de la Cour de Cassation, avant même l'adoption de la loi globale du 9 décembre 2016 reconnaît le principe de non discrimination et le droit d'agir en justice, sur le fondement du droit à la liberté d'expression et d'alerte, et reconnaît notamment que le licenciement ou toute autre mesure de rétorsion portent « atteinte à une liberté fondamentale »<sup>475</sup> (la liberté d'expression). Dès lors que le principe a été formulé par le législateur dans la loi globale du 9 décembre 2016, la possibilité d'agir en justice est reconnue à toute personne qui verrait ce droit bafoué.

La construction du régime juridique est différente selon les systèmes américain, canadien de Common Law et français de Civil Law, voire radicalement inversée, mais aboutit au même résultat : l'ouverture d'une action en justice du lanceurs d'alerte contre son employeur. Néanmoins, les champs de cette action sont différents. Dès lors que les protections professionnelles sont prévues au sein des dispositions du statut, les conditions de la reconnaissance de lanceur d'alerte s'appliquent également pour la protection. La comparaison de ces conditions, dans des trois systèmes, permet donc de comprendre le champ de la protection puisque champ et conditions sont liés. Ainsi, par exemple, la loi française de portée globale, reconnaissant le statut de lanceur d'alerte aux employés du secteur privé comme du secteur public, le principe de non-discrimination sera reconnu au bénéfice des employés de ces deux secteurs et chacun pourra agir en justice si ce principe venait à être violé.

A l'inverse, dès lors que la loi fédérale canadienne du Public Servants Disclosure Act de 2007 reconnaît la qualité de lanceur d'alerte au seul agent public qui procède à une dénonciation; seuls les fonctionnaires entrant dans le champ de cette loi, pourront bénéficier du droit d'agir en justice en cas de représailles exercées à leur égard. De même, les exclusions prévues au champ d'application de certaines lois américaines pour certains agents publics (services de renseignement, UBS etc), auront pour conséquence d'exclure la possibilité pour ces derniers d'agir en justice contre l'auteur de représailles et donc d'exclure la protection.

## **B. La sanction de l'employeur discriminant un employé du fait de son lancement d'alerte**

Les préjudices subis par le lanceur d'alerte victime de représailles de la part de son employeur sont de diverses natures. Les différents législateurs ont du adapter les dispositifs en matière de sanction pour mettre en place un régime de protection effectif et réparateur. Le lanceur d'alerte licencié, ou

---

<sup>475</sup> Jurisprudence constante de la cour de cassation sur le principe de non-discrimination et le droit d'agir en justice en raison de représailles exercées contre un lanceur d'alerte: Soc. 6 février 2013 n°11-11.740, Bull V. n°27, Soc 29 octobre 2013 n°12-22-447, Bull V. n°252, Soc 30 juin 2016 n°15. 557

auquel il est mis fin au contrat de travail, de quelque manière que ce soit, peut subir un préjudice de nature financière (perte d'un salaire), ou moral (résultant de la souffrance psychologique et de l'humiliation d'une telle sanction) voire le préjudice futur d'une perte de chance de trouver un travail. Le lanceur d'alerte qui fait l'objet de menaces indirectes, exercées sur sa famille, subit indéniablement un préjudice moral résultant de l'angoisse, que les menaces soient mises à exécution ou non, et éventuellement un préjudice financier s'il envisage de placer ses proches en lieu sûr ou de mettre en place une mesure de protection entraînant des frais. Le lanceur d'alerte peut également souffrir de dommages physiques.

Les législateurs américain, canadien et français ont envisagé d'adapter l'action civile et ses conséquences à la spécificité de la matière et à la diversité des dommages. Ainsi, les législateurs ont envisagé une grande diversité de sanctions pouvant être prononcées contre l'employeur, si ce dernier venait à être condamné dans le cadre de l'action civile exercée à son encontre. Aux Etats-Unis, au Canada comme en France, les peines prononcées peuvent être de nature pécuniaire (amendes) ou, directement, applicables dans le cadre professionnel, comme par exemple la réintégration du salarié dans l'entreprise.

Aux Etats-Unis, la section 3730 (h) (2) du False Claim Act prévoyait déjà cette double nature de sanctions et disposait « *qu'à l'occasion d'une action devant les Cours fédérales de district, l'employeur pouvait se voir contraint au réinvestissement du salarié à son poste, avec le même niveau d'expérience, deux fois le montant de salaire et des sanctions pécuniaires (de compensation) pour les dommages spéciaux résultant des représailles* »<sup>476</sup>. Christophe Henkel relevait que le mouvement de perfectionnement de la protection du lanceur d'alerte s'accompagnait également d'un mouvement d'augmentation de la sévérité des peines prononcées à l'encontre de l'employeur, auteur de représailles. Ainsi le Dodd-Frank Act avait, par exemple, augmenté significativement le montant des compensations (sanctions financières) octroyées aux lanceurs d'alerte en réparation de leur préjudice subi du fait des représailles<sup>477</sup>.

Au Canada, la loi fédérale du Public Servants Disclosure Act prévoit un système de sanction original reposant toujours sur la double sanction : la peine pécuniaire et la prescription de réintégration du salarié ou la réparation en nature. L'originalité réside dans le fait que la loi fédérale prévoit que les agents publics victimes de représailles agissent en justice « *non pas pour obtenir réparation sur le fondement des « torts », traditionnel de Common Law, mais en vue d'obtenir des dommages et intérêts sur le fondement d'une « réparation administrative octroyée par la Public Service Commission et un Public Servants Disclosure Protection Tribunal, seulement ouverte à certains employés du secteur public* »<sup>478</sup>.

Au niveau provincial, la loi québécoise du 1er mai 2017 prévoit également l'adaptation des sanctions, notamment en rehaussant, en la matière, le montant des amendes prononcées : « *En cas de divulgation ou de participation à une enquête, un citoyen qui pense être victime de représailles est*

---

<sup>476</sup> The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code §3730 (h) (2) )

« *Employees can sue their employers in Federal District Court and may be entitled to reinstatement with the same seniority, two times the amount of back pay and compensation for special damages sustained as the result of the retaliatory actions* »

<sup>477</sup> C. HENKEL, *Whistleblower rights and Protection under U.S. Law in the Private Sector*, page 344

<sup>478</sup> D. LEWIS, T. DEVINE et P. HARPUR, Chapitre 15: *The key to protection: Civil and employment law remedies*, page 372

« *The law cancels court access for traditional common law remedies in tort, replacing them with an administrative remedy only available to certain government workers before a Public Service Integrity Commission and a Public Servants Disclosure Protection Tribunal* ».

*protégé par la loi, des amendes pouvant aller de 2000 \$ à 250 000 \$ et pouvant être portées au double en cas de récidive, sont prévues »<sup>479</sup>.*

En France, avant même l'adoption de la loi globale du 9 décembre 2016, la jurisprudence se montrait sévère à l'occasion des actions engagées contre un employeur exerçant des représailles contre son salarié. Dans une affaire du 30 juin 2016, la chambre sociale avait, dans la continuité de sa jurisprudence et sur le fondement des articles L.1232-3-3 et L.1232-4 du Code du Travail<sup>480</sup>, issus de la loi du 6 décembre 2013<sup>481</sup>, prononcé la nullité d'un licenciement pour défaut de cause réelle et sérieuse au motif qu'il s'agissait de représailles consécutives à un lancement d'alerte du salarié. La loi Sapin II a clarifié les dispositions et prévu le régime applicable en cas de représailles et notamment les sanctions prévues dans le Code de travail. La règle est qu'un employeur, sanctionné au motif qu'il a exercé des menaces ou représailles à l'encontre de son employé en raison d'une divulgation, se verra dans l'obligation de réparer le préjudice subi. Au delà de la réparation par le biais du paiement d'une amende, l'article L. 1232-4 du Code du Travail prévoit la nullité de tout acte pris en violation du principe de non discrimination, c'est-à-dire de toute mesure discriminatoire prise contre un employé pour « avoir relaté ou témoigné de bonne foi, des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions »<sup>482</sup>. La réintégration du salarié peut être prescrite s'il a été licencié du fait de son lancement d'alerte. L'article 11 de la loi Sapin II insère, dans ce sens, l'article L911-1-1 dans le Code de la justice administrative. Il dispose que « la juridiction peut prescrire de réintégrer toute personne ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non renouvellement de son contrat ou d'une révocation » en méconnaissance du deuxième alinéa de l'article L. 4122-4 du Code du travail ou du deuxième alinéa de l'article 6 ter A de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

## **Section 2. Le souci de l'efficacité et la précision des dispositifs de protection professionnelle par les différents législateurs**

Les législateurs américain, canadien et français ont cherché à préciser les dispositifs généraux de protection professionnelle dans le but d'en assurer l'efficacité. L'efficacité a été envisagée par tous, sous un angle procédural, en adaptant des règles de preuve pour l'exercice de l'action civile (I) et, sous un angle matériel, aux Etats-Unis et au Canada, en créant une action pénale permettant l'intensification de la protection (II).

### **I. L'adaptation des règles de preuve pour faciliter l'action du lanceur d'alerte victime de représailles**

Afin d'offrir au lanceur d'alerte une protection efficace contre l'employeur qui exercerait des représailles, les législateurs ont établi des règles de preuves favorables à son égard: En France et au Canada, le législateur a choisi la règle du partage de la charge de la preuve et renversement de la

---

<sup>479</sup> Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics (Province de Québec) 2016, ( entrée en vigueur le 1er mai 2017) - c. 34, c. I., chapitre D-11.1

<sup>480</sup> L. 1232-3-3 du Code du travail (version ancienne de 2013) :

« *Aucun salarié ne peut faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour « avoir relaté ou témoigné de bonne foi, des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions »* et L. 1232-4 du Code qui prévoit comme sanction la nullité.

<sup>481</sup> Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JO 7 décembre 2013

<sup>482</sup> L. 1232-4 du Code du Travail

charge sur l'employeur (A) alors qu'aux Etats-Unis la règle du « contributing factor test » a été adoptée (B).

### **A. Le partage de la charge de la preuve et le renversement de la charge sur l'employeur en France et au Canada**

Si l'ouverture d'une action au bénéfice du lanceur d'alerte, contre l'employeur qui exercerait sur lui des représailles, se présente comme une garantie effective de protection, la mise en œuvre de l'action est problématique. La règle générale en matière d'administration de la preuve, au Canada comme en France, est que la charge de la preuve pèse sur le demandeur. En France, le principe suppose donc que c'est à celui qui engage une action, et qui fait valoir devant les juges une violation d'un droit, qu'il revient d'établir tant l'existence du droit que sa violation. Au Canada, comme dans tous pays de Common Law, le principe d'administration de la preuve suppose que c'est à celui qui engage une action d'établir le bien-fondé de son action. La distinction est théorique et renvoie à la comparaison entre systèmes de Common Law et de Civil Law. En pratique le lanceur d'alerte, victime de rétorsions, et qui agit en justice devant son employeur, est en principe tenu de prouver qu'il est un lanceur d'alerte au sens du statut légal, et que l'employeur a exercé des représailles du fait de son action d'alerte.

Au Canada, comme en France, les législateurs ont envisagé l'adaptation de l'administration de la preuve dans le cadre de l'exercice de cette action en justice, pour faciliter voire encourager l'action du lanceur d'alerte. Dans les deux systèmes, a été proposé un partage de la preuve entre le lanceur d'alerte (demandeur) et l'employeur (défendeur) qui induit un renversement partiel de la charge de la preuve sur l'employeur.

En France, le mécanisme de partage de la preuve est prévu à l'article L. 1132-3-3 du Code du Travail<sup>483</sup>. L'article a vocation à s'appliquer aux litiges dans lesquels le lanceur d'alerte affirme qu'il a subi une mesure discriminatoire de la part de son employeur, ou que ce dernier a prononcé son licenciement sur le seul fondement de l'exercice d'une alerte. La disposition a donc vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses où un individu se prévaut d'une violation du droit à la non-discrimination reconnu au bénéfice des lanceurs d'alerte, au sens de la loi Sapin II.

Le principe général est que le lanceur d'alerte doit rapporter la preuve qu'il est un « lanceur d'alerte » au sens de l'article 6 de la loi Sapin II, et qu'il bénéficie donc des droits protecteurs attachés au statut. A cet effet, il doit notamment « *présenter les éléments de fait qui laissent présumer qu'il a signalé une alerte dans le respect de la loi* »<sup>484</sup>. L'article l'exempte cependant de rapporter la preuve du fait que la mesure discriminatoire supposée a été prise sur le seul fondement de la dénonciation Il incombe à l'employeur « *de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers au signalement de l'alerte* »<sup>485</sup>.

Au Canada, la solution jurisprudentielle en la matière est similaire et propose un partage de la preuve entre l'employé qui devra prouver sa qualité de lanceur d'alerte, et l'employeur, qui devra prouver l'absence de représailles en prouvant qu'un fondement externe à la seule divulgation a justifié la mesure en cause. L'analyse de la jurisprudence canadienne révèle que les juges exigent classiquement, en matière de litiges entre un employeur et son employé relevant de la discipline au travail ou du licenciement, qu'il revient à l'employeur de prouver que la sanction qu'il a appliquée est justifiée (« *Canadian arbitral awards and practice in relation to discipline and dismissal grievances place the legal onus of burden of the proof on the employer to demonstrate just cause for*

---

<sup>483</sup> Article L. 1132-3-3 Code du Travail

<sup>484</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 91

<sup>485</sup> *Ibid.*

*the sanction imposed*»<sup>486</sup>). La règle est d'application générale, et non spécifique à l'hypothèse des sanctions prises contre un employé en raison d'un lancement d'alerte, et n'a pas été conçue comme telle. Néanmoins, la doctrine canadienne tombe d'accord sur le fait que la règle semble unanimement appliquée. M. John P. Mc Envoy illustre le renversement de la charge de la preuve sur l'employeur en observant l'Ontario Environmental Protection Act » qui prévoit expressément cette solution : « *The Ontario Environmental Protection Act illustrates this approach to the legal burden of proof by expressly placing the burden squarely on the employer to prove that its action was not a reprisal within the meaning of the Act* »<sup>487</sup>.

## **B. L'adaptation des règles de la charge de la preuve aux Etats-Unis : la prédominance du « contributing factor test »**

Aux Etats-Unis, la problématique de la charge de la preuve par le lanceur d'alerte qui engage une action (demandeur) contre son employeur (défendeur), au motif que ce dernier a exercé des représailles, est la même qu'au Canada et en France. Afin d'offrir un recours efficace au lanceur d'alerte qui veut se protéger contre les rétorsions de son employeur, le droit américain, incluant des statuts fédéraux et de la Case Law, a adapté ses règles en matière de charge de la preuve pour l'exercice d'une action.

La doctrine américaine affirmait fièrement que « *Les Etats-Unis ont l'un des systèmes mondiaux les plus sympathiques en matière de charge de la preuve légale* » (« *The US has one of the world's most sympathetic legal burdens of proof* »<sup>488</sup>). En effet, le législateur américain a souhaité favoriser l'action du lanceur d'alerte à travers la règle du « *contribution factor test* ». Initialement établie dans le Dodd-Frank Act, le « *contributing factor test* » est devenu la règle applicable en matière de charge de la preuve pour les actions engagées par un lanceur d'alerte qui s'estime victime de représailles. Les différents statuts, issus de la législation fédérale comme de la législation des Etats fédérés, précisent aujourd'hui l'application de cette règle de preuve en matière de whistleblowing. Le « *contributing factor test* » est une règle d'origine jurisprudentielle, créée et appliquée par la Cour Suprême dans les matières requérant une souplesse dans l'administration de la preuve voire une sympathie en faveur du demandeur. Ainsi selon la formule générale de la Cour Suprême des Etats-Unis, explicitant le « *contributing factor test* » : « *A whistleblower only needs to demonstrate by a preponderance of evidence that the protected action was a contributing factor to any retaliation* »<sup>489</sup>, c'est-à-dire que la règle dispose que le lanceur d'alerte supposé doit rapporter suffisamment d'éléments de preuve pour présumer que l'exercice de l'action protégée (par le statut, c'est-à-dire le lancement d'alerte) a été un facteur contribuant à l'exercice de représailles par son employeur. En vertu de cette règle, le lanceur d'alerte doit rapporter la preuve que son activité de whistleblowing a impacté ou influencé de quelque manière que ce soit la mesure de l'employeur à son encontre. Une fois cette preuve rapportée, la charge de la preuve est renversée et pèse sur

---

<sup>486</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 69

Case Mitchnik and Etherington, Labour Arbitration in Canada, n 6 at 108

<sup>487</sup> J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*, page 69

<sup>488</sup> D. LEWIS, T. DEVINE et P. HARPUR, Chapitre 15: *The key to protection: Civil and employment law remedies*, page 355

<sup>489</sup> USC s. 2302 (b) (8) S. Rep. No 100-413, 15-16 (1988); 5 USC ss. 1214 (b) (4) (B) (i) (OSC litigation) and 1221 (e) (1) (individual right of action); 135 Long. Rec. 4509 (1989)

l'employeur, qui, pour se défendre doit démontrer par preuve claire et convaincante qu'il aurait pris une décision identique en l'absence du whistleblowing<sup>490</sup>.

Le système américain, dans un souci d'efficacité de la protection accordée au whistleblower, facilite l'action de ce dernier en aménageant la charge de la preuve. Cette adaptation est qualifiée de «*whistleblower-friendly*»<sup>491</sup> par Christophe Henkel.

## **II. L'intensification de la protection et l'ouverture d'une action pénale aux Etats-Unis et au Canada**

La volonté politique d'aboutir à la meilleure protection possible a conduit les législateurs américain et canadien à intégrer des dispositions pénales en la matière(A), une innovation dont l'enjeu et l'efficacité font toutefois débat (B).

### **A. La protection professionnelle insérée dans la matière pénale**

En matière pénale, l'insertion de la protection professionnelle consiste à reconnaître l au lanceur d'alerte le droit d'exercer une action de nature pénale contre son employeur, auteur de représailles consécutives à la divulgation. L'exercice de l'action pénale aboutit, si elle s'avère fondée, au prononcé de sanctions pénales à l'encontre de l'employeur. La recherche d'une protection efficace du lanceur d'alerte a conduit les législateurs américain et canadien à intensifier les mécanismes de répression à l'encontre de l'employeur. La reconnaissance de la possibilité d'exercer une action pénale est apparu comme un moyen de protection. Ainsi, le Code Criminel canadien et Code Criminel fédéral des Etats-Unis (tel qu'amendé par le Sarbanes-Oxley Act) établissent la possibilité de sanctions pénales à l'encontre de celui qui exercerait des mesures de représailles contre un whistleblower.

Aux Etats-Unis, le Sarbanes-Oxley Act a prévu, pour la première fois dans le système juridique des lanceurs d'alerte, une responsabilité pénale pour celui qui conduirait des représailles contre un whistleblower. Cette mesure a été transposée dans le Code Criminel fédéral des Etats-Unis.

L'article 1107 de l'acte prévoit en effet que « *toute personne, qui en connaissance de cause, avec l'intention de faire des représailles, prend une action créant un dommage sur une autre personne, incluant les interférences avec l'emploi de droit ou la vie de quelque personne, du fait que celle-ci a divulgué à un officier public chargé d'appliquer la loi une information véridique concernant la commission ou le risque de commission d'une offense fédérale* »<sup>492</sup>. Les sanctions prévues par la loi sont des amendes et/ou l'emprisonnement jusqu'à dix ans. Le champ de l'action pénale issue de l'article 1107 de la loi Sarbanes-Oxley apparait plus large que celui de l'action civile. D'une part, elle a vocation à sanctionner « *toute personne* »/« *whoever* » alors que l'action civile ne peut être

---

<sup>490</sup> D. LEWIS, T. DEVINE et P. HARPUR, Chapitre 15: *The key to protection: Civil and employment law remedies*, page 355

« *After meeting this burden, the burden of proof shifts to the employer to demonstrate by Clea and convincing evidence that he would have taken the same adverse personnel decision in the absence of any whistleblowing* »

<sup>491</sup> C. HENKEL, *Whistleblower rights and Protection under U.S. Law in the Private Sector*  
Voir le « 2. DODD-FRANK ACT »

<sup>492</sup> Section 1107 The Sarbanes–Oxley Act of 2002 (Pub.L. 107–204, 116 Stat. 745)

« *Section 1107 imposes a fine and/ or imprisonment of not more than ten years on anyone who knowingly, and with the intent to retaliate, takes any action harmful to any person, including interference with the lawful employment or livelihood of any person, for providing to a law enforcement officer any truthful information relating to the commission of or possible commission of any federal offense* »

adressée qu'à l'encontre d'un employeur. D'autre part, elle a vocation à s'appliquer à « *tout crime fédéral* »/« *any federal offense* » alors que l'action civile prévue dans l'acte n'était envisagée que pour les whistleblowings en matière de fraude fiscale et de corruptions dans le domaine corporate. Néanmoins, si le champ de l'action pénale est élargi sur ces points par rapport à l'action civile, la condition d'intention de représailles et la consistance de l'acte de rétorsion en lui-même, sont difficiles à qualifier et très exigeants à prouver.

Dans le même mouvement, le législateur canadien a adopté au niveau fédéral, une disposition prévoyant une action pénale pour sanctionner la commission de représailles. Celle-ci se trouve à la section 425-1 du Code Criminel Canadien<sup>493</sup> qui dispose que « *le fait pour un employeur, ou une personne agissant pour le compte de l'employeur, de prendre une mesure disciplinaire contre un employé ou de menacer de le faire est un crime dès lors que l'intention patente est de forcer l'employé de s'abstenir de divulguer une information concernant un crime relatif à l'emploi à un officier en charge d'appliquer la loi ou alors de se venger envers un employé qui a déjà procédé à la divulgation* ». L'article précise ensuite qu'une telle offense est sanctionnée par un emprisonnement d'au maximum cinq ans. La doctrine relève également, pour l'action canadienne, la formulation générale qui a été reconnue sur la personne contre qui elle pourrait être engagée.

Dès lors que le champ de l'article apparaît suffisamment large pour englober un whistleblowing dans le secteur privé, l'insertion de la section 425-1 dans le Code criminel en 2004 a été commenté comme l'expression, par le parlement, de la volonté de protéger l'intégralité des lanceurs d'alerte opérant dans le secteur privé comme dans le secteur public<sup>494</sup>. L'insertion de la pénalisation des représailles pourrait, en droit canadien, compenser l'absence d'une législation globale fédérale sur les lanceurs d'alerte, le Public Servants Disclosure Act n'intéressant que les lanceurs d'alerte du secteur public.

## **B. L'enjeu et l'efficacité nuancée du dispositif**

d Le dispositif pénal mis en place, sanctionnant les mesures de représailles opérées contre des lanceurs d'alerte, n'est pas uniformément reconnu comme satisfaisant et comme garant d'une protection efficace du lanceur d'alerte.

En tout état de cause, l'absence d'une telle disposition dans le système juridique français ne résulte ni d'un oubli, ni d'une lacune, ni de la volonté de légiférer prochainement, mais bien d'un écart

---

<sup>493</sup>Criminal Code of Canada, R.S.C. 1985, c C-46 as amended by An Act to amend the Criminal Code (capital markets fraud and evidence gathering), S.C. 2004, c 3, s 6 which inserted the following section  
SECTION 425-1

« (1) No employer or person acting on behalf of an employer or in a position of authority in respect of an employee of the employer shall take a disciplinary measure against, demote, terminate or otherwise adversely affect the employment of such an employee, or threaten to do so,

- (a) with the intent to compel the employee to abstain from providing information to a person whose duties include the enforcement of federal or provincial law, respecting an offense that the employee believes has been or is being committed contrary to this or any other federal or provincial Act or regulation by the employer or an officer or employee of the employer or, if the employer is a corporation, by one or more of its directors.
- (b) or with the intent to retaliate against the employee because the employee has provided information referred to in § (a) to a person whose duties include the enforcement of federal or provincial law. »

<sup>494</sup>J.P. McEVOY, Chapitre 2: *The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*,  
« Parliament enacted retaliation offences in 2004 as part of a package of legislative amendments addressing insider trading and the capital market. (...) obviously broad enough to apply to whistleblower employees».



d'une telle mesure. Le législateur français a choisi de ne pas instaurer une telle disposition pénale pour sanctionner un comportement de rétorsion vis-à-vis d'un lanceur d'alerte. L'efficacité et l'intérêt d'un tel choix n'est pas unanimement accueilli et le constat de la doctrine comparatiste sur la question est simple: «*L'opportunité de la criminalisation des représailles n'est pas universellement acceptée*»<sup>495</sup>.

L'avis des organisations inter-étatiques diverge sur la question. Si l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE) affirme les bienfaits concernant l'objectif de la prévention de la corruption, et encourage la mise en place de la responsabilité pénale de ceux qui appliquent des mesures de rétorsion ou de représailles envers les lanceurs d'alerte («*Those applying retaliatory measures against whistleblowers should be held liable under criminal law*»<sup>496</sup>), son opinion n'est pas partagée. Une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe excluait cette hypothèse de criminalisation des représailles pour les employeurs<sup>497</sup>.

La comparaison des systèmes juridiques sur la question révèle une scission entre les différents régimes et entre les sensibilités en matière pénale. Si plusieurs pays, à l'instar des Etats-Unis et du Canada, à l'exemple de la Hongrie (Code criminel hongrois) ont également reconnu l'exercice de l'action, d'autres, suivant la réticence française, refusent de pénaliser la matière. La doctrine comparatiste expose la diversité : «*A handful of jurisdictions provide for criminal sanctions to protect whistleblowers against reprisals. In a few countries, employers who take reprisals against whistleblowers commit offenses, which are contained within the General criminal code*»<sup>498</sup>.

De plus, au delà de la seule réticence conceptuelle à criminaliser la matière et à reconnaître le droit d'une action pénale, l'efficacité pratique de ces systèmes est également à nuancer. Certains auteurs américains remarquaient que les dispositions légales n'étaient pas complètes et ne permettaient pas un exercice utile de l'action pénale, les conditions étant souvent trop pointilleuses ou spécifiques à certaines situations<sup>499</sup>. De plus le constat est qu'aux Etats-Unis, comme au Canada, le dispositif est extrêmement peu utilisé par les lanceurs d'alerte qui n'engagent pas l'action, et par les juges qui se montrent sévère dans leur appréciation. Au Canada, la doctrine relève qu'à ce jour aucune action n'a été engagée sur le fondement de la section 425-1 du Code Criminel Général («*To date, there do not appear to have been any criminal prosecutions of employers for violating Criminal Code, section 425-1*»)<sup>500</sup>.

---

<sup>495</sup> M. SPENCER et J. SPENCER, *Chapitre 17: When it all goes bad: Criminal remedies*, (pages 405 à 429)

<sup>496</sup> *Ibid.*

<sup>497</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe- APCE, 29 avril 2010, «*Résolution 1729 (2010) sur la Protection des «donneurs d'alerte»*», Article 6.2. 5  
<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17851&lang=FR>

<sup>498</sup> M. SPENCER et J. SPENCER, *Chapitre 17: When it all goes bad: Criminal remedies*, (pages 405 à 429) dans *International Handbook on Whistleblowing Research*

<sup>499</sup> *Ibid.*

«*The provision is ill-advised and inoperable; The measures that do exist are patchy and specific to particular situations*»

<sup>500</sup> J.P. McEVOY, *Chapitre 2: The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the "Up the Ladder" Principle*

## **Chapitre 2. Vers la protection optimale du lanceur d’alerte et la reconnaissance d’un droit fondamental d’alerte**

L’élaboration et l’affirmation d’un droit fondamental d’alerte pourrait permettre d’assurer la protection optimale du lanceur d’alerte. Si l’absence d’un tel droit explique les imperfections actuelles des dispositifs américain, canadien et français (Section 1), le chantier de construction d’un tel droit en Europe pourrait aboutir à servir de modèle au niveau mondial (Section 2).

### **Section 1. L’absence d’un droit fondamental d’alerte et la protection imparfaite du lanceur d’alerte américain, canadien et français**

Ni les dispositifs nationaux américain, canadien et français prévoyant un statut protecteur (I), ni l’action d’organismes internationaux (II), ne consacrent un droit fondamental d’alerte qui pourrait pallier l’imperfection des protections actuelles accordées aux lanceurs d’alerte.

#### **I. Les dispositifs nationaux perfectibles pour la protection du lanceur d’alerte**

Les différents statuts protecteurs nationaux pourraient être perfectionnés en abandonnant le fondement de la liberté d’expression (A) au profit d’un droit fondamental d’alerte de portée supérieure dans l’ordre juridique (B).

##### **A. L’insuffisance du principe de la liberté d’expression comme fondement de la protection**

Les dispositifs législatifs applicables pour la protection des lanceurs d’alerte trouvent leur fondement dans le principe de la liberté d’expression. Dotée de plus ou moins de force juridique contraignante, un point commun au principe de la liberté d’expression dans les trois régimes est son affirmation constitutionnelle: aux Etats-Unis, il est inscrit au premier amendement de la Constitution de 1787 qui reprend le « Bill of Rights » de 1691, au Canada à l’article 2 de la Charte Canadienne des Droits et Libertés de 1982 et, en France, dans le préambule de la Constitution française intégrant la Déclaration Universelle des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789 (article 11).

La liberté d’expression ne constitue que l’assise juridique du droit des lanceur d’alerte et ne lui confère pas pour autant une portée constitutionnelle et suprême dans l’ordre juridique. C’est précisément l’absence de portée supérieure qui entraîne les conflits (et les défis de conciliations) avec les autres notions de même valeur comme le respect des obligations déontologiques et le respect du secret. L’absence de portée supérieure justifie également les limites que le législateur impose au droit d’alerte afin de préserver une sphère de souveraineté (limites dans les divulgations d’informations protégées par le secret d’Etat ou exclusion de la qualification de lanceurs d’alerte pour certains individus comme les employés des agences gouvernementales de défense et d’investigation dites « sensibles » aux Etats-Unis. L’absence de portée suprême a pour conséquence des lacunes dans la protection.

En France, le fondement et la portée du nouveau régime issu de la loi du 9 décembre 2016 n’ont pas encore fait l’objet de précisions : la doctrine attend la décision jurisprudentielle qui viendra trancher la question de savoir « *si l’exercice du droit d’alerte est « une liberté fondamentale »*<sup>501</sup>. L’incertitude sur la valeur du droit reconnu est actuellement une source d’insécurité juridique pour les lanceurs d’alerte, dès lors que celle-ci a des conséquences pratiques directes sur le régime

---

<sup>501</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d’alerte*, page 93

applicable et les droits protecteurs du lanceur d'alerte<sup>502</sup>. En France, par exemple, l'ordonnance du 22 septembre 2017, qui prévoit le plafonnement des indemnités octroyées à un salarié, qui se voit opposer un refus ou une impossibilité à sa réintégration dans le secteur privé, prévoit une exception à la règle en cas de « violation d'une liberté fondamentale »<sup>503</sup>. Le lanceur d'alerte, victime de représailles par son employeur (en l'espèce, le salarié auquel il a été mis fin à l'emploi) et dont la réintégration n'est pas assurée, verra ou non le montant de ses indemnités plafonné en fonction de la portée octroyée au droit d'alerte. L'incertitude entraîne l'insécurité juridique du lanceur d'alerte et une protection imparfaite.

L'imperfection des dispositifs législatifs est régulièrement mise en évidence lors de nouveaux scandales. L'insuffisance des protections entraîne le besoin constant de légiférer et d'adopter des mesures de réaction. Aux Etats-Unis, le nombre de législations sectorielles illustre le besoin constant d'adapter les dispositifs aux nouveaux enjeux. Tant que la protection ne sera pas parfaite, les législations continueront de fleurir. En 2016, le Congrès a, par exemple, déposé un nouveau projet de loi : « the Warn Act » afin d'améliorer les régimes prévus par les lois Sarbanes-Oxley et Dodd-Frank Acts<sup>504</sup>.

L'inaboutissement des systèmes quant à la protection des lanceurs d'alerte résulte d'un manque de fondement à valeur supérieure, voire suprême, que l'on retrouverait dans un droit fondamental d'alerte. Florence Chaltiel Terral suit le même raisonnement et affirme que : « *Les instruments juridiques tels que la protection de la liberté d'expression ne sauraient correspondre exactement aux enjeux contenus dans les conditions des lancements d'alerte* » Il convient d'établir un droit « avec un contenu global et précis »<sup>505</sup>.

## **B. La nécessité d'un droit fondamental d'alerte de portée supérieure**

Dès lors que le fondement actuel de la liberté d'expression des dispositifs nationaux ne permet pas d'assurer une valeur supérieure et une véritable portée protectrice aux lanceurs d'alerte, la doctrine contemporaine envisage un nouveau fondement.

La reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte permettrait d'aboutir à une protection effective. Constituant l'assise du régime juridique et des droits protecteurs, le droit fondamental d'alerte serait le cadre à valeur supérieure de l'action des législateurs. L'affirmation selon laquelle les législations des lanceurs d'alerte sont des législations « a posteriori » ou « de réaction » serait renversée ; le nouveau droit permettrait d'anticiper les protections et de prévenir les risques pesant sur les lanceurs d'alerte.

Pour Jean-Philippe Foegle, le droit fondamental d'alerte engloberait le droit des lanceurs d'alerte tel qu'il est prévu dans les dispositifs, mais n'y serait pas réduit. La reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte s'accorderait avec une conception élargie : « *le lanceur d'alerte, qui n'est pas nécessairement un salarié aurait la possibilité de révéler au public tout fait ou comportement pouvant être utile, dans une société démocratique, au fonctionnement optimal du débat public* »<sup>506</sup>.

---

<sup>502</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 93

<sup>503</sup> Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et sécurisation des relations de travail. L'ordonnance prévoit le plafonnement des indemnités prud'homales en cas de refus ou impossibilité de réintégration du salarié dans le secteur privé

<sup>504</sup> The Warn Act of 2016 ( 2016 H. R? 4916 available at <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/4619/text> )

<sup>505</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 129

<sup>506</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 48

Le droit d'alerte pourrait donc prendre la forme d'un droit supérieur reconnu à « *tout citoyen soucieux de provoquer le débat public et, éventuellement, de chercher à provoquer un changement politique* »<sup>507</sup>, édifiant celui qui l'exerce comme acteur de transparence, un acteur démocratique.

Au delà de ces considérations philosophiques et sociologiques, l'élaboration d'un nouveau droit d'alerte suppose de saisir les enjeux pratiques qui y seront attachés. Un tel droit fondamental devra donc faire l'objet d'une réflexion attentive et d'une définition précise qui « *permettra de faire de ce droit nouveau un droit lisible et accessible, justiciable devant le juge national* »<sup>508</sup>.

De plus, en amont de la reconnaissance du droit, les législateurs devront prendre en considération « *l'environnement de l'alerte* » et les préjudices que celle-ci peut causer. En conséquence, un équilibre devra être recherché entre loyauté, responsabilité, et droit d'alerte. La reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte, examinée avec prudence et attention, peut conduire à la protection optimale des lanceurs d'alerte: « *Nous sommes aujourd'hui face à un passionnant mais exigeant chantier, qui pourrait conduire à la définition d'un nouveau droit fondamental, impliquant une conception renouvelée de l'Etat et de l'individu, mais aussi de l'équilibre entre loyauté et responsabilité, individualisme et intérêt collectif. Seule une définition précise permettra de faire de ce droit nouveau un droit lisible et accessible, justiciable devant le juge national* »<sup>509</sup>.

## **II. L'action limitée des organismes internationaux dans la protection du lanceur d'alerte**

Si aujourd'hui la « *soft law* » émanant des organismes internationaux n'apparaît pas porteuse de garanties réelles et efficaces aux lanceurs d'alerte (A), la protection des lanceurs d'alerte pourrait être envisagée par la création d'un droit des lanceurs d'alerte de portée internationale (B).

### **A. L'insuffisance de la « *soft law* » internationale comme source de garanties**

Les enjeux relatifs à l'encadrement juridique des lancements d'alerte sont communs à tous les pays du monde. La matière apparaît néanmoins relever de la compétence nationale, et n'a pas été réglemantée à l'échelle internationale.

Les organismes internationaux n'ont pas établi un droit d'alerte international, ni assuré des protections à l'échelle supra étatique. Il n'existe donc pas aujourd'hui de droit formel international réglant le sort des lanceurs d'alerte. On pourrait expliquer cette absence en relevant l'impossibilité d'harmoniser des régimes juridiques qui n'adoptent pas la même définition du phénomène ou bien dont certaines règles fondatrices divergent voire s'opposent. Par exemple, la question de la rémunération réapparaît comme un obstacle à la formalisation d'un droit international, puisqu'alors que les Etats-Unis acceptent et perfectionnent les systèmes de primes et de récompenses octroyées à l'occasion d'un lancement d'alerte, au Canada et en France, nonobstant certaines évolutions, la règle fondamentale est celle de la non rémunération. Les divergences de conception constituent un empêchement dirimant à l'affirmation d'un tel droit supra-étatique.

Des exemples ponctuels de législations, prenant en compte la figure juridique du lanceur d'alerte, illustrent la préoccupation des organismes internationaux en la matière. C'est ainsi que la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 reconnaît la possibilité d'un

---

<sup>507</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-États-Unis*, page 48

<sup>508</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 130

<sup>509</sup> *Ibid.*

lancement d’alerte et prévoit à son cinquième paragraphe « *l’obligation pour tout agent de signaler toute activité, tout emploi, tout avoir ou don d’où pourrait résulter un conflit d’intérêt* »<sup>510</sup>.

Dans le même sens, la convention n°158 de l’Organisation Internationale du Travail portant sur la cessation de la relation de travail à l’initiative de l’employeur « *protège du licenciement les salariés ayant « déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes* » »<sup>511</sup>.

La préoccupation des organismes internationaux de considérer le lanceur d’alerte comme un acteur juridique et de le protéger, est bien réelle et ne se limite pas à des hypothèses isolées ou ponctuelles. Si elle ne se traduit pas par l’adoption d’un « droit global des lanceurs d’alerte » à portée normative dans les ordres juridiques nationaux, elle est exprimée sous forme d’affirmations non-contraignantes constituant une « *soft law* » en la matière. Jean Philippe Foegle relève que la « *soft law* » contribue « à *l’émergence internationale de la notion* »<sup>512</sup> et à l’harmonisation des différents dispositifs nationaux. Le travail de l’OCDE et de l’organisation non gouvernementale Transparency International consistant à publier des « recommandations » et mettre en avant des « *bonnes pratiques* » en matière de whistleblowing, permet d’illustrer le phénomène.

L’organisation non gouvernementale Transparency International a publié des « *Principes directeurs pour une législation de l’alerte* » en 2009, mis à jour en 2012, dans lesquels elle oriente et conseille le travail des différents législateurs nationaux quant aux législations d’alerte à adopter. Elle recommande « *une seule législation, explicite, complète et détaillée, pour la protection des lanceurs d’alerte dans des secteurs publics et privés* » et fixe les grandes orientations à adopter dans cette législation<sup>513</sup>. En 2017, dans la continuité de ses travaux, elle a publié un guide du lanceur d’alerte sur son site internet<sup>514</sup>.

Pour l’OCDE, la protection des lanceurs d’alerte « fait partie des critères de bonne gouvernance »<sup>515</sup> conçus par l’organisation et suppose également que les législateurs nationaux se saisissent de la question. A la suite du sommet du G20 à Séoul en 2010, un recueil de bonnes pratiques et des principes directeurs pour la législation sur la protection des lanceurs d’alerte a été adopté en 2011<sup>516</sup>. La réflexion de l’OCDE est toujours en cours : un colloque a été organisé par l’organisation

---

<sup>510</sup> Convention des Nations Unies contre la Corruption du 31 octobre 2003, paragraphe 5  
Citée par J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d’alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 15

<sup>511</sup> Convention n°158 de l’Organisation internationale du travail adoptée le 22 juin 1982 et entrée en vigueur le 23 nov. 1985  
Citée par J.P. FOEGLE, *Les Lanceurs d’alerte. Etude comparée Etats-Unis- France*, page 15

<sup>512</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d’alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 15

<sup>513</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d’alerte*, page 28

<sup>514</sup> <https://transparency-france.org/actu/guide-pratique-pour-aider-les-lanceurs-dalerte/>

<sup>515</sup> J.P. FOEGLE, *Les lanceurs d’alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, page 15

<sup>516</sup> OCDE, “G20 Compendium of Best Practices for Legislation on the Protection of Whistleblowers”, Paris, 2011.

OCDE, “G20 Guiding Principles for Legislation on the Protection of Whistleblowers”, Paris, 2011.

le 17 juin 2014<sup>517</sup>, et une nouvelle étude a été publiée en 2016 intitulée « *S'engager pour une protection efficace des lanceurs d'alerte* » disposant de l'intérêt des législations en matière d'alerte.

## **B. La nécessité d'un droit du lanceur d'alerte de portée internationale**

Les exemples contemporains de lancements d'alerte illustrent aujourd'hui la nécessité d'un droit d'alerte international coordonnant les régimes d'alerte et les protections assurées aux acteurs. Au delà de considérations de politiques publiques, l'action d'Edward Snowden, si elle est condamnée et sanctionnée par les autorités gouvernementales américaines, a été remarquée et saluée dans d'autres Etats, comme la Russie, où il a trouvé refuge. Les divergences politiques et conceptuelles de l'alerte et des différents régimes en découlant sont à l'origine d'une forte insécurité juridique pour ces nouveaux acteurs.

A l'enjeu de protection des lanceurs d'alerte, s'ajoute le défi actuel de la coordination des Etats face à l'internationalisation des lancements d'alerte. Le phénomène de l'internationalisation des lancements d'alerte peut être examiné à travers deux hypothèses :

La première hypothèse, d'un lancement d'alerte qui concernerait une pluralité d'Etats, correspond au cas où le contenu de la révélation et de l'information, objet de l'alerte, intéresse différents Etats. Plusieurs systèmes juridiques sont donc appelés à se saisir de la question dès lors qu'ils sont concernés par l'alerte. L'affaire des Panama Papers, révélée en avril 2016, permet d'illustrer le propos : la révélation portait sur l'évasion fiscale de sociétés et de personnes privées concernant une pluralité de pays, sur la révélation de documents confidentiels fournis par le lanceur d'alerte John Doe. Selon les pays, les divulgations avaient été blâmées ou félicitées.

La seconde hypothèse de l'internationalisation de l'alerte est celle du « lanceur d'alerte international » : le lanceur d'alerte qui n'agit plus au niveau national, mais qui se déplace. L'hypothèse est inquiétante en ce que le lanceur d'alerte peut fuir ou se diriger vers un pays pour bénéficier d'une législation plus favorable.

L'auteur américaine Ashley Savage s'intéresse à la problématique de cette hypothèse lorsque le lanceur d'alerte a procédé à une divulgation interdite ou fautive et qu'il encourra une sanction dans l'Etat<sup>518</sup>. D'après elle, « *les révélations interdites de Chelsea Manning et d'Edward Snowden représentent un tournant significatif dans la matière du lancement d'alerte, indicatif d'un futur où tant les révélations que le révéléteur peuvent traverser les barrières géographiques et juridictionnelles* »<sup>519</sup>.

Les divergences des législations d'alerte nationales ne permettent pas de répondre à la problématique nouvelle de l'internationalisation du lancement d'alerte. Ainsi face aux évolutions du phénomène de whistleblowing et de son fonctionnement, la nécessité d'adopter un droit d'alerte fondamental de portée internationale prend du sens.

## **Section 2. Le chantier de construction d'un droit fondamental d'alerte de portée européenne**

---

<sup>517</sup> «*Re-visiting Whistleblower Protection: From commitments to effective protection* », colloque organisé par l'OCDE à Paris, le 17 juin 2014. Actes non publiés

<sup>518</sup> A. SAVAGE, *Leaks, Whistleblowing and the Public Interest- The law of unauthorized Disclosures*, Edward Elgar Publications, (c. 2016.), Northampton, MA

<sup>519</sup> *Ibid.*

« *The unauthorised disclosures by Chelsea Manning and Edward Snowden represent a significant turning point, indicative of a future whereby large quantities of official information can be leaked and where not only the disclosures but the discloser may traverse geographical and jurisdictional boundaries.* »

Dans la continuité d'une politique cherchant à assurer une protection supranationale des lanceurs d'alerte par les différents acteurs européens (I), la reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte est envisagée et étudiée (II).

## **I. La mise en place et la volonté d'une garantie supranationale de protection en Europe**

Les lanceurs d'alerte bénéficient aujourd'hui d'une protection européenne assurée, d'une part, par la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) sur le fondement de la liberté d'expression (A) et d'autre part, par l'action normative sectorielle de l'Union européenne (B).

### **A. La jurisprudence protectrice de la CEDH sur le fondement de la liberté d'expression**

La jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en matière de lanceur d'alerte est rendue sur le fondement du principe de la liberté d'expression. Le premier alinéa de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dispose en effet que : « *Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* »<sup>520</sup>.

L'arrêt fondateur de la jurisprudence protectrice des lanceurs d'alerte est l'arrêt Guja contre Moldavie, rendu le 12 février 2008 par la Cour. L'arrêt consacre la validité de la démarche d'alerte et son fondement dans le principe de la liberté d'expression, ainsi que les modalités du contrôle de proportionnalité effectué pour apprécier l'action du lanceur d'alerte. Dans l'attendu du principe de la décision, elle expose que: « *La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* » et que dès lors « *Dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique. L'intérêt de l'opinion publique pour une certaine information peut être parfois si grand qu'il peut l'emporter même sur une obligation de confidentialité imposée par la loi* »<sup>521</sup>. Suite à cet arrêt, la jurisprudence a progressivement construit un régime applicable aux lancements d'alerte et mis en place des protections.

Si l'activité de la Cour Européenne n'a pas de portée normative à force juridique contraignante dans l'ordre interne des Etats, elle exerce cependant une certaine contrainte sur les Etats européens. Les sanctions qu'elle prononce contre les Etats qui ne mettent pas en place les règles qu'elle a dégagées, ou qui n'assurent pas aux lanceurs d'alerte le degré de protection qu'elles exigent, conduit les législateurs européens à mettre en conformité leurs dispositifs nationaux avec les règles ainsi dégagées. L'absence de compétence législative est compensée par un pouvoir de fait, d'influence sur des législateurs nationaux.

L'activité du Conseil de l'Europe, dont dépend la Cour Européenne, révèle également le souci d'assurer une protection des lanceurs d'alerte. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a

---

<sup>520</sup> Article 10 Convention Européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950 -STCE n° : 005, entrée en vigueur le 3 septembre 1953

<sup>521</sup> Arrêt CEDH, 12 février 2008, n°14277/04, Guja c/Moldavie: JurisData n°2008-010477; JCP G 2008, I, 167, n°18, obs. F. Sudre

ainsi adopté la Résolution 1729, en 2010, à destination des législateurs nationaux<sup>522</sup>, proposant une définition du lanceur d'alerte ainsi que les modalités et conditions de son action qui selon elle, seraient les plus justes. L'Assemblée parlementaire promeut l'adoption par les Etats d'une « *loi globale spécifique « pour la sécurité juridique » (...), préférable pour qu'une législation de l'alerte soit efficace* »<sup>523</sup>. Le premier paragraphe de la Résolution donne une définition européenne du lanceur d'alerte comme: « *toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui* »<sup>524</sup>. La loi globale Sapin II, ainsi conçue dans l'esprit de la résolution 1729, au niveau national prévoit que le champ d'application devrait inclure « *au minimum les violations de la loi, des droits de l'homme et les risques pour la santé, la sécurité publique et l'environnement* »<sup>525</sup> et que les « *canaux et les procédures doivent être sécurisées et accessibles* ». La résolution 1729 du Conseil de l'Europe s'apparente à un « conseil » adressé aux législateurs nationaux sur la matière des lancements d'alerte, définissant les grandes lignes directrices de la législation mais laissant aux différents Etats la liberté des modalités pratiques.

## **B. La prise en compte des enjeux du lancement d'alerte dans l'action normative sectorielle de l'Union européenne**

L'Union européenne n'a pas encore adopté un régime général relatif au lancement d'alerte. Néanmoins, conformément à sa compétence d'attribution, l'Union Européenne a pris en compte la figure juridique du lanceur d'alerte et en a fait plusieurs fois référence dans sa réglementation dans le domaine économique et de la régulation du marché commun.

La première illustration de la prise en compte spécifique de la dénonciation au sein du droit de l'Union européenne se trouve dans le droit « antitrust ». La mise en place d'un programme de clémence, dans le cas de dénonciations permettant de mettre en lumière l'existence d'une entente anticoncurrentielle, est une règle directement liée au droit des lanceurs d'alerte<sup>526</sup>. Pauline Paillier identifie également l'intervention du législateur européen et la création de statuts de « lanceur d'alerte » dans le droit des instruments financiers<sup>527</sup>, ou encore dans le contrôle des établissements

---

<sup>522</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe- APCE, 29 avril 2010, « Résolution 1729 (2010) sur la Protection des «donneurs d'alerte»,»  
<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17851&lang=FR>

<sup>523</sup> S GIBAUD, *La Traque des lanceurs d'alerte*, p. 191

<sup>524</sup> Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe- APCE, 29 avril 2010, « Résolution 1729 (2010) sur la Protection des «donneurs d'alerte»,»  
<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17851&lang=FR>

<sup>525</sup> S. GUIBAUD, *La Traque des lanceurs d'alerte*, page 190

<sup>526</sup> (et qui pose la question de l'alerte rémunérée en droit de l'Union européenne)

Voir Commission européenne, communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 18 juillet 1996, JOCE

<sup>527</sup> P. PAILLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, directive 2014/65/UE, 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers art 73 relatif à la notification des violations



de crédit<sup>528</sup>. De plus, en mars 2017, une plateforme dédiée aux lanceurs d'alerte a été mise en ligne par la Commission européenne dans la rubrique « droit de la concurrence » de son site internet<sup>529</sup>. La plateforme est limitée aux dénonciations entrant dans le champ économique. Elle est critiquée en ce qu'elle ne serait qu'une approche « *sectorielle et parcellaire* » de la notion de lanceur d'alerte. Elle est davantage considérée comme une « *invitation à la dénonciation, de manière anonyme ou non, de pratiques anticoncurrentielles* »<sup>530</sup>, qu'une véritable réponse au besoin d'encadrement et de protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Union.

Le récent débat suscité à l'occasion l'adoption le 8 juin 2016 de la directive dite « Secret des affaires » par le Parlement européen<sup>531</sup> ayant pour objet de renforcer le secret professionnel concernant les informations industrielles et commerciales, afin d'éviter « *que leur divulgation entraîne des atteintes à la concurrence sur le marché commun* »<sup>532</sup>, a conduit le Parlement à prendre en compte l'hypothèse d'un lancement d'alerte. La directive adoptée a précisé les hypothèses où la violation du secret professionnel est tolérée et son article 5 dispose ainsi que : « *Les Etats membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque, notamment la divulgation alléguée du secret a eu lieu « pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt général » ou « aux fins de protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national »* »<sup>533</sup>. La protection du secret des affaires par la directive, limitée explicitement par l'hypothèse où la révélation servirait l'intérêt général « *ne devrait pas entraver les activités des lanceurs d'alerte* »<sup>534</sup>.

Nonobstant la mention d'une telle exception dans la législation européenne, la doctrine s'inquiète de l'absence d'une disposition générale en la matière : « *Le problème de l'absence de disposition européenne en matière d'alerte reste entier* »<sup>535</sup>.

On remarque aujourd'hui dans les travaux et réflexions menées au sein des institutions européennes qu'il existe une volonté de se saisir de la question : « *Depuis 2015, jusque fin 2017 - de nouveaux travaux sont indéniablement en cours- le Parlement appelle en effet la Commission et le Conseil à*

---

<sup>528</sup> P. PAILLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*

Parlement européen et Conseil de l'Union européenne directive 2013/36/UE, 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissements, article 71 relatif au signalement des infractions

<sup>529</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 123

[http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)

<sup>530</sup> *Ibid.*

<sup>531</sup> Directive UE 2016/ 943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JOUE L. 157/1, 15 juin 2016

<sup>532</sup> *Ibid.*

<sup>533</sup> Article 5 Directive UE 2016/ 943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

<sup>534</sup> F. BUY, *Lanceurs d'alerte et secrets d'affaires. Que fait-on des accords de confidentialité?*, pages 247 à 254 dans *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, sous la direction de Mathieu DISANT et Delphine POLLET-PANOUSSIS, Lextenso Editions, LGDJ, 2017

<sup>535</sup> E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte*

*adopter une législation à l'échelle européenne en s'inspirant des travaux du Conseil de l'Europe* »<sup>536</sup>. La volonté est exprimée dans la directive européenne du 29 avril 2014, émanant du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qui recommande au paragraphe 21 qu'« *il convient d'assurer aux lanceurs d'alerte une protection contre toutes formes de représailles, directes ou indirectes, de la part de leur employeur et de la part des personnes travaillant pour le compte ou agissant au nom de cet employeur. Parmi ces formes de représailles pourraient figurer 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* »<sup>537</sup>.

En outre, la Commission Européenne a, en janvier 2017, lancé une étude d'impact préliminaire sur les conséquences de la non protection des lanceurs d'alerte au sein de l'Union européenne<sup>538</sup>. Les résultats de celle-ci auront sans doute comme fonction d'orienter le travail des parlementaires européens dans leur réflexion sur un statut protecteur européen des lanceurs d'alerte.

## **II. Vers la reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte ...**

Le droit fondamental d'alerte, garantie d'une protection complète des lanceurs d'alerte pourrait être inscrit dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme (A) et dans l'ordre juridique communautaire (B).

### **A. ... dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme**

Afin d'assurer la protection optimale des lanceurs d'alerte dans leur action, la Convention Européenne des Droits de l'Homme pourrait reconnaître le droit d'alerte comme une liberté fondamentale et définir les grands principes et conditions d'action qui l'accompagnent. La jurisprudence de la Cour, qui sur le fondement du deuxième paragraphe de l'article 10 de la Convention sanctionne les comportements de représailles et les menaces exercées contre les individus du fait d'une action de lancement d'alerte, est limitée.

La reconnaissance d'un tel droit, issu d'un vote de l'Assemblée Générale du Conseil de l'Europe, via l'adoption d'un protocole additionnel venant compléter la Convention, pourrait permettre à la Cour d'étendre sa jurisprudence en la matière sans risquer de se heurter aux divergences de conceptions nationales. Le Conseil de l'Europe mène actuellement une réflexion sur la pertinence d'une telle résolution et sur le contenu qu'elle pourrait adopter. L'état actuel des débats laisse penser qu'un tel protocole additionnel serait conçu simplement, reprenant la définition formulée, apportant les règles de base des conditions du lancement d'alerte (aide matérielle et nécessaire, exclusion de la rémunération, règle de preuve, cas d'urgence, domaines de l'alerte) mais également assurant le principe de la protection civile et pénale des lanceurs d'alerte.

Sur le fondement des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme et compte tenu de l'état des débats, Florence Chaltiel Terral décrit le droit d'alerte pouvant être conçu par le Conseil de l'Europe : « *Le droit d'alerter est une liberté fondamentale.*

---

<sup>536</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 123

<sup>537</sup>Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe- APCE, 29 avril 2010, « Résolution 1729 (2010) sur la Protection des «donneurs d'alerte»,» <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17851&lang=FR>

<sup>538</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 123

Voir étude d'impact préliminaire, janvier 2017, Commission européenne

*Lorsqu'une menace grave à l'intérêt général est détectée par une personne physique ou morale, elle en informe une autorité référente définie par les Etats-membres. Cette autorité assure une mission indépendante de recueil des alertes et d'écoute du lanceur d'alerte.*

*Elle apporte l'aide matérielle et nécessaire aux conditions de l'alerte.*

*En cas d'urgence évidente, et seulement dans ce cas, l'alerte peut être rendue publique sans délai.*

*Le lanceur d'alerte doit étayer ses suspicions et allégations par des faits précis et argumentés.*

*Seule cette condition permet d'assurer une protection civile et pénale au lanceur d'alerte.*

*Toute récompense financière du lanceur d'alerte est exclue.*

*Il revient aux Etats de déterminer les domaines régis par un principe de secret et créer des régimes dérogatoires dans ce cadre ».*

Il ressort de la jurisprudence, des débats parlementaires du Conseil de l'Europe et de l'analyse doctrinale que le droit d'alerte fondamental européen, qui pourrait être inscrit dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, s'approcherait davantage du régime français que des régimes américain ou canadien. Le droit d'alerte serait ainsi envisagé de manière globale et non sectoriel, l'exclusion de la rémunération du lanceur d'alerte serait le principe, la révélation publique rendue résiduelle et circonscrite aux cas d' « urgence », etc<sup>539</sup>.

## **B. ... dans l'ordre juridique communautaire**

La manifestation d'une volonté politique de prendre en compte les lanceurs d'alerte comme sujets de droit conduit les organes européens à envisager une législation en la matière voire l'avènement d'un droit fondamental. En octobre 2016, le Conseil de l'Union Européenne affirmait que « *la protection des lanceurs d'alerte était « importante » et a encouragé la Commission à « étudier la possibilité d'une future action au niveau de l'Union »*<sup>540</sup>. Jean Claude Juncker, président de la Commission Européenne, déclarait par ailleurs, en mai 2017, qu'une « *loi de protection serait bientôt présentée »*<sup>541</sup>.

Une résolution a été adoptée le 14 février 2017 par le Parlement européen à propos d'un « *programme européen efficace et complet pour protéger les lanceurs d'alerte »*<sup>542</sup>. Tel que présenté dans la résolution, le programme qui devrait être mis en place aurait pour objet de prévoir des « *mécanismes de protection des lanceurs d'alerte pour les entreprises, les organes publics et les organisations à but non lucratif »*<sup>543</sup>. Une mesure de protection envisagée est la création d'un

---

<sup>539</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 129

<sup>540</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 123

<sup>541</sup> S. GUIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, page 191

[http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-dalerte/?utm\\_term=Au-tofeed&utm\\_campaign=Echobow&utm\\_medium=Social&utm\\_source=Twitter#link\\_time=1496211445](http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-dalerte/?utm_term=Au-tofeed&utm_campaign=Echobow&utm_medium=Social&utm_source=Twitter#link_time=1496211445)

<sup>542</sup> Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI))

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0022+0+DOC+PDF+V0//FR>

<sup>543</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 126

organe indépendant ayant un rôle de conseil auprès des lanceurs d'alerte au niveau européen et national<sup>544</sup>.

La résolution propose la création d'un véritable droit fondamental européen. Le texte de la résolution prévoit un champ d'application général; Dépassant le domaine économique et financier, il propose en effet « une extension des mesures protectrices des lanceurs d'alerte, aux questions de violations de l'intérêt général européen »<sup>545</sup>. Le Parlement européen aura pour mission de définir la consistance de cet « intérêt général européen ». La doctrine considère que celui-ci devrait intégrer « les menaces de violation de la santé et de la sécurité publiques, de l'intégrité financière, de l'économie, des droits de l'Homme, de l'environnement ou de l'état de droit, ou qui font augmenter le chômage, restreignent ou faussent la concurrence déloyale »<sup>546</sup>.

L'avènement d'un droit fondamental européen d'alerte est également envisagé à travers l'insertion d'un nouvel article dans la Charte de l'Union sur les droits fondamentaux, avec une définition et des mesures de protection « génériques ».

---

<sup>544</sup> Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI))  
<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0022+0+DOC+PDF+V0//FR>

<sup>545</sup> F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alerte*, page 126

<sup>546</sup> *Ibid.*

## Conclusion

La législation d'alerte est, aux Etats-Unis, au Canada et en France, au cœur des passions démocratiques. Les variables qui la déterminent sont nombreuses, changeantes et de nature politique: législation « de réaction », le droit des lanceurs d'alerte est voué à évoluer au gré des nouvelles affaires de whistleblowing et des enjeux inédits qu'elles révéleront.

Le droit des lanceurs d'alerte dans chacun des pays de l'étude n'est donc évidemment pas stabilisé et des réflexions sont en cours, au niveau national et au niveau supranational, au sein de chaque ordre juridique, qui pourraient conduire à une harmonisation des systèmes juridiques en la matière.

Cette harmonisation pourrait notamment résulter de la circulation des modèles et des systèmes dans le monde. L'observation des expériences étrangères et l'identification des défauts et des avantages des différents dispositifs pourraient influencer voire inspirer les législateurs dans le perfectionnement de leur propre système. A cette occasion, les résultats des travaux de la comparaison juridique pourraient être exploités puisqu'ils permettent d'identifier les divergences au sein des statuts reconnus aux lanceurs d'alerte et d'en expliquer les causes.

L'harmonisation des systèmes pourrait également découler de l'adoption d'un droit fondamental d'alerte de portée internationale, consacrant une définition commune du lanceur d'alerte et des règles applicables en la matière.

# Table des matières

## Introduction

### **PARTIE 1. LA CREATION D'UN STATUT JURIDIQUE DES LANCEURS D'ALERTE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES AMERICAIN, CANADIEN ET FRANCAIS**

#### **TITRE 1. LA RECONNAISSANCE DE LA CATEGORIE JURIDIQUE NOUVELLE DES LANCEURS D'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE**

##### **Chapitre 1. Formalisation à vitesse variable**

Section 1. Le droit d'alerte, un droit ancien et ancré dans la culture anglo-saxonne

- I. Un environnement politique et culturel spécifique anglo-saxon, terreau favorable à l'émergence d'un droit d'alerte
  - A. Les sciences sociales au service de l'identification de différents terreaux culturels
  - B. L'identification de facteurs favorables communs aux pays de Common Law
- II. Des législations précurseuses dans les pays anglo-saxons
  - A. Une tradition juridique commune et reposant sur la liberté d'expression
  - B. Des législations anciennes aux Etats-Unis et Canada

Section 2. L'encadrement des droits du lanceur d'alerte, une nécessité s'imposant dans tous les pays

- I. L'existence de pressions de fait pesant sur les législateurs nationaux
  - A. L'influence de la soft law pour l'élaboration du statut du lanceur d'alerte
  - B. La législation « de réaction » en matière d'alerte
- II. La multiplication des dispositifs nationaux sur le lanceur d'alerte
  - A. La saisie récente de la question de l'alerte et du lanceur d'alerte en France
  - B. La perfection des législations anciennes face à certains scandales

##### **Chapitre 2. Formalisation à géométrie variable**

Section 1. La parole donnée à l'agent public

- I. La reconnaissance hétérogène d'un droit d'alerte du fonctionnaire et son encadrement législatif
  - A. L'établissement législatif unanime d'un droit d'alerte de l'agent public
  - B. La précision des champs d'application : géométrie variable entre les systèmes
- II. L'exercice du droit d'alerte: les limites à la liberté d'expression du fonctionnaire
  - A. La conciliation difficile entre obligations déontologiques et droit d'alerte
  - B. La prohibition commune et absolue de la divulgation d'informations classifiées et protégées par le secret d'état

Section 2. La parole donnée au salarié dans le secteur privé

- I. La reconnaissance hétérogène d'un droit d'alerte du salarié et son encadrement législatif
  - A. Le droit d'alerte du salarié prévu dans des lois spécifiques au Canada et aux Etats-Unis
  - B. Le droit d'alerte du salarié intégré dans la loi globale en France

- II. L'exercice du droit d'alerte: les limites à la liberté d'expression du salarié
  - A. Conflits résolus entre respect du secret professionnel et droit d'alerte
  - B. Conflits actuels entre respect du secret des affaires et droit d'alerte

## **TITRE 2. LES SPECIFICITES DES STATUTS JURIDIQUES ETABLIS EN FONCTION DE LA DEFINITION RETENUE DES LANCEURS D'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE**

### **Chapitre 1. L'identification d'un socle commun à la définition du lanceur d'alerte**

#### Section 1. La contradiction, élément objectif d'identification d'un lancement d'alerte

- I. Le fondement de la contradiction dans la divulgation d'une information par le lanceur d'alerte
  - A. L'élargissement progressif de la divulgation des illégalités "avérées" aux risques « potentiels"
  - B. La divulgation de l'information ou l'opposition à un cadre juridique établi
- II. L'encadrement de l'exercice de la contradiction dans les différents systèmes
  - A. La liberté de contradiction: un droit d'alerte et non un devoir
  - B. Variations de degré d'intégration juridique: la vérification du caractère nécessaire et proportionné de la révélation

#### Section 2. La justification de l'alerte, élément subjectif d'identification d'un lancement d'alerte

- I. Le fondement de la motivation dans l'enjeu de sauvegarde d'un intérêt supérieur inhérent à l'alerte
  - A. L'alerte donnée en vue de préserver un intérêt général et supérieur
  - B. Variations de degré d'intégration juridique : la question de la condition de bonne foi
- II. Les enjeux pratiques attachés à l'exigence de la justification de l'alerte
  - A. L'intérêt : la légitimation de l'action du lanceur d'alerte
  - B. Le risque: vers le désengagement de l'Etat et l'avènement d'un devoir d'alerter ?

### **Chapitre 2. L'intérêt personnel dans la définition du lanceur d'alerte, le point de divergence entre les statuts juridiques américain, canadien et français**

#### Section 1. L'action intéressée du lanceur d'alerte conséquence d'une conception pragmatique de l'alerte aux Etats-Unis

- I. L'acceptation de l'intérêt personnel du lanceur d'alerte dans la définition américaine
  - A. La motivation personnelle comme garantie d'efficacité des systèmes d'alerte aux Etats-Unis
  - B. La consécration du principe de rémunération du lanceur d'alerte
- II. La nécessité d'un statut juridique adapté aux dangers de la rémunération

- A. L'identification des « risques de dévoiement » de l'alerte rémunérée
- B. La prévention des risques et l'encadrement des lancements d'alerte malicieux

Section 2. L'action désintéressée du lanceur d'alerte conforme à l'exigence d'« une alerte éthique » en France

- I. Le refus d'un intérêt personnel du lanceur d'alerte dans la définition traditionnelle française
  - A. Alerte éthique, obstacle à la reconnaissance d'une action intéressée
  - B. Affirmation absolue du principe de non rémunération
- II. L'évolution du statut juridique en France: vers l'acceptation d'une forme de rémunération?
  - A. La question de la compensation financière comme protection
  - B. Exceptions et rémunération du lanceur d'alerte dans certains domaines

## **PARTIE 2. LES ENJEUX ACTUELS DE PROTECTION DES LANCEURS D'ALERTE DANS LES SYSTEMES JURIDIQUES AMERICAIN, CANADIEN ET FRANCAIS**

### **TITRE 1. LA MISE EN PLACE DE PROTECTIONS PROCEDURALES AU BENEFICE DU LANCEUR D'ALERTE PAR L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ALERTE AUX ETATS-UNIS, AU CANADA ET EN FRANCE**

#### **Chapitre 1. Les protections procédurales au stade de l'initiative du lancement d'alerte**

Section 1. La priorité politique commune aux Etats-Unis, au Canada et en France d'une communication efficace avec le lanceur d'alerte potentiel

- I. L'objectif d'une information complète du lanceur d'alerte au stade de l'initiative\_
  - A. L'enjeu de la communication résidant dans la lutte contre l'auto-censure du lanceur d'alerte
  - B. L'affirmation politique d'une volonté d'une meilleure information du lanceur d'alerte sur ses droits
- II. La mise en place d'organes spécialisés pour faciliter la communication au Canada et en France
  - A. Des organes chargés de l'accompagnement et du conseil du lanceur d'alerte
  - B. Des organes chargés de la clarification des procédures ouvertes au lanceur d'alerte potentiel

Section 2. Des garanties procédurales spécifiques et la recherche d'efficacité de la protection à l'initiative de l'alerte par les législateurs nationaux

- I. L'instauration d'une délit pénal d'entrave à l'alerte, une protection efficace ?
  - A. Création du délit d'entrave à l'alerte au sein des régimes canadien et français
  - B. L'efficacité modérée du dispositif
- II. L'anonymisation de l'alerte, une protection concevable ?
  - A. Une protection procédurale possible dans l'anonymat d'une alerte
  - B. L'exclusion de l'anonymat dans le statut protecteur et la contrepartie de l'élévation du standard de confidentialité



## **Chapitre 2. La volonté commune de protection du lanceur d’alerte dans l’encadrement de la procédure**

Section 1. L’institutionnalisation de l’alerte et la précision des procédures par les différents législateurs nationaux

- I. La recherche de l’équilibre des intérêts à travers l’exercice de l’alerte dans une procédure par paliers au Canada et en France
  - A. L’exigence d’un canal interne prioritaire de l’alerte pour assurer la conciliation avec les obligations déontologiques
  - B. L’hypothèse résiduelle de la divulgation au public et la prise en compte des situations exceptionnelles
- II. La recherche de l’efficacité du système dans l’encadrement procédural de l’action du lanceur d’alerte aux Etats-Unis
  - A. L’intérêt pécuniaire dans la procédure Qui Tam
  - B. Le respect du droit du public à l’information à travers la divulgation publique

Section 2. L’institutionnalisation de l’alerte et l’enjeu de protection du lanceur d’alerte

- I. L’encadrement de la procédure d’alerte, une garantie pour la protection du lanceur d’alerte diligent
  - A. Le bénéfice du statut protecteur de lanceur d’alerte soumis au respect des procédures
  - B. L’action dans le cadre de la procédure légale : une garantie contre la menace de diffamation
- II. Les risques identifiés de l’encadrement rigide du lancement d’alerte
  - A. Le risque pour l’institution: la perte de spontanéité et d’intérêt de l’alerte
  - B. Le risque pour l’acteur: l’insécurité juridique du lanceur d’alerte non diligent

## **TITRE 2. LES PROTECTIONS DE FOND PERFECTIBLES DU LANCEUR D’ALERTE FACE AUX CONSEQUENCES PREJUDICIAIBLES DE LA DIVULGATION**

### **Chapitre 1. L’universalité de l’établissement d’un statut assurant la protection professionnelle du lanceur d’alerte dans les régimes**

Section 1. La mise en place d’une protection professionnelle générale du lanceur d’alerte dans les différents systèmes américain, canadien et français

- I. La reconnaissance unanime de la nécessité de protection du lanceur d’alerte sujet à représailles du fait de sa divulgation
  - A. Le lanceur d’alerte, sujet à des représailles par son employeur
  - B. L’affirmation générale du principe de protection des lanceurs d’alerte
- II. L’organisation de la répression de l’employeur, auteur des représailles
  - A. La possibilité d’exercer une action civile contre l’employeur, auteur des représailles
  - B. La sanction de l’employeur discriminant un employé du fait de son lancement d’alerte

Section 2. Le souci de l’efficacité et la précision des dispositifs de protection professionnelle par les différents législateurs

- I. L'adaptation des règles de preuve pour faciliter l'action du lanceur d'alerte victime de représailles
  - A. Le partage de la charge de la preuve et le renversement de la charge sur l'employeur en France et au Canada
  - B. L'adaptation des règles de la charge de la preuve aux Etats-Unis : la prédominance du « contributing factor test »
- II. L'intensification de la protection et l'ouverture d'une action pénale aux Etats-Unis et au Canada
  - A. La protection professionnelle insérée dans la matière pénale
  - B. L'enjeu et l'efficacité nuancée du dispositif

## **Chapitre 2. Vers la protection optimale du lanceur d'alerte et la reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte**

### Section 1. L'absence d'un droit fondamental d'alerte et la protection imparfaite du lanceur d'alerte américain, canadien et français

- I. Les dispositifs nationaux perfectibles pour la protection du lanceur d'alerte
  - A. L'insuffisance du principe de la liberté d'expression comme fondement de la protection
  - B. La nécessité d'un droit fondamental d'alerte de portée supérieure
- II. L'action limitée des organismes internationaux dans la protection du lanceur d'alerte
  - A. L'insuffisance de la « soft law » internationale comme source de garanties
  - B. La nécessité d'un droit du lanceur d'alerte de portée internationale

### Section 2. Le chantier de construction d'un droit fondamental d'alerte de portée européenne

- I. La mise en place et la volonté d'une garantie supranationale de protection en Europe
  - A. La jurisprudence protectrice de la CEDH sur le fondement de la liberté d'expression
  - B. La prise en compte des enjeux du lancement d'alerte dans l'action normative sectorielle de l'Union européenne
- II. Vers la reconnaissance d'un droit fondamental d'alerte ...
  - A. ... dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme
  - B. ... dans l'ordre juridique communautaire

# Bibliographie

## Ouvrages / Manuels (Classés par ordre alphabétique)

### 1. En français

- F. CHALTIEL TERRAL, *Les lanceurs d'alertes*, Connaissance du droit 1ère édition, Editions Dalloz, Mai 2018
- F. CHATEAURAYNAUD, «*Lanceur d'alerte*» dans *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, GIS Démocratie et Participation, Paris, 2013
- M. DISANT et D. POLLET PANOUSSIS, *Les Lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?*, Lextenso Editions, LGDJ, 2017 :
  1. M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS, *Avant-propos*, pages 1 à 7
  2. J.-F. KERLEO « *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* » *Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable*, (Maître de conférences à l'université Jean Moulin Lyon 3), pages 7 à 52
  3. E. OLSZAK *Les lanceurs d'alerte au regard de l'économiste*, (Professeur de sciences économiques à l'université catholique de Lille, membre du C3RD), pages 71 à 84
  4. M. BOZZO-REY et G.DELALIEUX, *Lanceurs d'alerte: de l'obligation morale à l'éthique organisationnelle*, pages 85 à 106
  5. J.-P. FOEGLE *Le lanceur d'alerte dans l'Union européenne: démocratie, management, vulnérabilité(s)*, (Doctorant en droit public à l'Université Paris-Nanterre), pages 107 à 120
  6. K. BLAY-GRABARCZYK, *Le statut incertain des lanceurs d'alerte en droit européen*, (Maître de conférence HDR à l'Université de Montpellier), pages 121 à 138
  7. D. POLLET-PANOUSSIS, *L'agent public, lanceur d'alerte*, (Maître de conférences à l'université catholique de Lille, membre du C3RD), pages 139 à 152
  8. J. ICARD *Alerte éthique dans la relation de travail*, (Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université de Valenciennes), pages 153 à 176
  9. F. LUDWICZAK, *Le droit d'alerte aux risques de la répression pénale*, (Maître de conférences à l'Université catholique de Lille, membre du C3RD), pages 177 à 189
  10. C. COLAS *Du caractère inachevé du régime de l'alerte éthique en droit de l'environnement*, (Doctorante en droit public à l'Université de Lille), pages 195 à 214
  11. F. BIN, *Lanceur d'alerte et droit fiscal*, (Maître de conférences à l'Université de Toulouse 1 Capitole), pages 215 à 234

12. J.-C. RODA *L'alerte rémunéré: entre efficacité et risques de dévoiement*, (Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université de Toulon), pages 235 à 246
  13. F. BUY, *Lanceurs d'alerte et secrets d'affaires. Que fait-on des accords de confidentialité?*, (Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université d'Aix Marseille) pages 247 à 254
  14. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ *Risques et lanceurs d'alerte: l'enseignement de la législation relative au signalement de la maltraitante à enfant*, (Agrégée des facultés de droit, Professeur émérite, Membre du C3RD) pages 255 à 268
  15. C. HENKEL, *Whistleblowers Rights and Protection Under U.S Law in the Private Sector*, (Professor of Law, Mississippi College School of Law, USA), pages 333 à 352
  16. N. M. MEYER (*Lanceurs d'alerte, les enjeux démocratiques*, Responsable éthique, Transparency International France), pages 383 à 396
- J.-P. FOEGLE et S. PRINGAULT, *Les « lanceurs d'alerte » dans la fonction publique, les mutations contemporaines d'une figure traditionnelle de l'agent public*, AJDA, 2014, p. 2256
  - S. GUIBAUD, *La traque des lanceurs d'alerte*, Editions Max Milo Editions, Paris, 2017
  - J. ASSANGE, *Avant-propos*
  - G. de LAGASNERIE, *L'art de la révolte: Snowden, Assange, Manning*, Fayard, Paris, 2015
  - P. ROSANVALLON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, Collection Les livres du nouveau monde, 2006, Paris, p. 259
  - D. TORNY et F. CHATEAURAYNAUD, *Les sombres précurseurs. Une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Editions de l'école des hautes études en sciences sociales, Paris, 1999

## 2. En anglais

- J. E. BROWN, *Brown on Defamation: Canada, United Kingdom, Australia, New Zealand, United States*, 2nd edition, Looseleaf (Toronto, ON: Carswell, 1999), vol 3 at 135
  - A. J. BROWN, D. LEWIS, R. MOBERLY, W. VANDEKERCKHOVE, *International Handbook on Whistleblowing Research*, 2014, ISBN: 978-1-78100-678-8 :
1. D. LEWIS, A.J. BROWN and R.MOBERLY, Chapitre 1 : *Whistleblowing, its importance and the state of the research*, (pages 1 à 34)
  2. W. VANDEKERCKHOVE, T. UYS, M. T. REHG and A.J. BROWN, Chapitre 2: *Understandings of whistleblowing: Dilemmas of societal culture*, (pages 35 à 70)
  3. P. ROBERTS, Chapitre 9: *Motivations for whistleblowing: Personal, private and public interests*, (pages 207 à 229)
  4. B. FASTERLING, Chapitre 14: *Whistleblower protection: A comparative law perspective*, (pages 331 à 349)
  5. D. LEWIS, T. DEVINE et P. HARPUR, Chapitre 15: *The key to protection: Civil and employment law remedies*, (pages 350 à 380)

6. M. SPENCER et J. SPENCER, *Chapitre 17: When it all goes bad: Criminal remedies*, (pages 405 à 429)
  - M. DELIKAT, *Corporate Whistleblowing in 2017*, Practising Law institute (Corporate Law and Practise), Course Handbook Series Number B-2335 :
1. R. PHILLIPS et M. DELIKAT, *Chapitre 1: Corporate Whistleblowing in the Sarbanes-Oxley/ Dodd-Frank Era* (April 13, 2017), Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP (pages 35 à 73)
2. J. A. THOMAS *Chapitre 14: U.S. Securities and Exchange Commission, 2016 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program*, (Labaton Sucharow LLP) (pages 299 à 341)
  - T. DEVINE, *The whistleblower protection act of 1989: Foundation for the modern law of Employment Dissent*, *Administrative Law Review*, 1999, p. 531-589
  - C. M. FINAN, *National Security and Free Speech- the Debate since 9/11*, International Debate Institute Association, editor, New York, 2013, ISBN 978-1-61770-082-8
  - G. THUSING, G. FORST, *Whistleblowing: A Comparative Study*, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law Volume 16*, International Academy of Comparative Law, Springer International Publishing Switzerland 2016, G. THUSING, G. FORST(eds.), DOI 10.1007/978-3-319-25577-4 :
1. J.P. McEVOY, *Chapitre 2: The Legal Response to Whistleblowing in Canada: Managing Disclosures by the “Up the Ladder” Principle*, (Faculty of Law, University of New Brunswick, CA), pages 33 à 72
2. K. DECKERT et M. SWEENEY *Chapitre 6: Whistleblowing: National Report for France*, pages 125 à 154
  - S. KHON, *The Whistleblower’s handbook: a step-by-step guide to doing what’s right and protecting yourself*, Third Edition, Lyons Press, mars 2017, ISBN 9781493028818 (1493028812)
  - N. M. MODESITT, J. F. SCHULMAN, D. P. WESTMAN, *Whistleblowing, the Law of Retaliory Discharge (Third Edition)*, Bloomberg BNA, Arlington Virginie, 2015, ISBN 978-1-61746-533-8
  - J. NEAR et M. MICELI, *Effective Whistle-Blowing*, *Academy of Management Review*, Volume 20, n°3, juillet 1995
  - J. NEAR et M. MICELI, *What makes whistleblowers effective ? Three field studies*, *Human Relations*, 55, n°4, 2002, p 455- 479
  - N. M. RONGINE , *Toward a coherent Legal Response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing*, *Am. Bus.L. J.*, vol 23, 1985

- P. ROSENZWEIG, T. J. McNULTY, E. SHEARER, *Whistleblowers, Leaks and the Media: The first amendment and national security*, Paul ROSENZWEIG, Timothy J. McNULTY, Ellen SHEARER Editors, ABA Publishing, Chicago, 2014, ISBN 978-1-62722-825-1
- G. STONE, *Wikileaks and the first amendment*, Fed. Comm LJ, 2011, vol 64
- R. G. VAUGHN, *The Successes and Failures of Whistleblowers Laws*, Northampton, 2012, ISBN: 978-1-84980-837-8 :
  1. Chapitre 9. *Private-sector laws*, (pages 149 à 167)
  2. Chapitre 13. *Global whistleblower laws* (pages 239 à 266)
  3. Chapitre 15. *Perspectives* (pages 286 à 308)
  4. Chapitre 16. *Old issues – new controversies* (pages 309 à 337)

## **Revue et périodiques (Classés par ordre alphabétique)**

### **1. En français**

- E. ALT, *De nouvelles protections pour les lanceurs d’alerte- à propos de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016*, JCP, Ed. Gén., 23 janvier 2017, pages 90 et suivantes.
- H. ARBOUSSET, *Commentaire de la décision du Conseil d’Etat, 17 décembre 2014 Ministre de l’écologie, du développement durable et de l’énergie c/ M. D. Et autres n°367202, n°367203 »*, Manuel Droit de l’environnement, 2015, n°234, p. 181-186
- J. M. BELORGEY, *L’Etat entre transparence et secret*, Pouvoirs 2/2001 (n°97), pages 25 à 32
- A. BILLARD, M. DURANTON, J-P. FOEGLE, T. MARTIN-TEODORCZYK, *Le “milieu du gué” de la protection législative des lanceurs d’alerte*, La revue des droits de l’Homme, mai 2014
- L. BOI, *Depuis 2011, les lanceurs d’alerte ont gagné 111 millions de dollars aux Etats-Unis*, Les Echos, 22 novembre 2016
- W. BOURDON, *Créons une haute autorité de sécurité des lanceurs d’alerte pour protéger nos démocraties*, LeMonde, 23 février 2015
- E. DAOUD et S. SFOGGIA, *Lanceurs d’alerte et entreprises: les enjeux de la loi Sapin II*, Dalloz, AJ Pénal, février 2017, p. 71 et suivants
- N. DEVOUEZE, *De l’importance de la bonne foi du lanceur d’alerte*, Dalloz Actualités, 5 juillet 2016
- C. DUCOURTIEUX, *La commission européenne veut mieux protéger les lanceurs d’alerte», Périodique Le Monde, le 18 avril 2018, page 5*
- M. FANCHINI, *Le Doute de l’Employé comme impensé organisationnel: la fabrique des lanceurs d’alerte*, thèse soutenue à l’université Paris-Dauphine, 2017

- J.-P. FOEGLE, *Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France-Etats-Unis*, La Revue des droits de l'Homme (online), 6/2014, Online depuis le 29 novembre 2014. URL: <http://revdh.revues.org/1009> ; DOI 10.4000/revdh.1009
- G. GOFFAUX-CELLEBAUT, *Avant-propos: secret et transparence en droit des affaires*, LPA 2016, n°226-227, page 50
- J. F. KERLEO, *Les autorités publiques sont-elles des lanceurs d'alerte comme les autres ? Les spécificités françaises du régime de l'alerte éthique*, La revue des droits de l'homme, 10/2°16,p.3
- G. KOUBI, « *Liberté d'expression et droits des fonctions publiques* », dans *Le statut général des fonctionnaires: trente ans et après.?*, sous la direction de C. FORTIER, Paris Dalloz, 2014 page 229
- A. LAURENT, *L'agent public lanceur d'alerte: de la déontologie à la transparence ?*, RDP n°4, 2016, pp.1095-1027
- D. LOCHAK, *Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme: réflexions conclusives*, Revue des droits de l'Homme, octobre 2016
- N. M. MEYER, *Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ?*, Transparency International France, 2016
- P. PALLIER, *Le nouveau statut de lanceur d'alerte*, Commentaire, Revue de Droit bancaire et financier n°1, Janvier 2017, comm. 41
- J.B. POULLE et S. KHAN, *Le Whistleblowing: Réflexions sur les derniers développements en matière financière*, Revue de droit bancaire et financier, n°6, Novembre 2015, Etude 21,(Spitz & Poulle AARPI)
- E. PRADA-BORDENAVE, Commentaire sur le rapport du Conseil d'Etat« *Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger* », LexisNexis, n°12, Décembre 2016, comm. 84
- J. RICHARD, *La déontologie et la transparence s'installent dans une dynamique de vie professionnelle*, Actes de colloque, Déontologie et transparence, JCP La Semaine Juridique, Edition administrations et collectivités territoriales, n°14, 10 avril 2017
- P. ROGER, *Au sénat, la droite est sceptique sur les lanceurs d'alerte*, *Le Monde*, 23 juin 2016
- J.-L. ROUMEGAS, Rapport n°650 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement à la protection des lanceurs d'alerte, 23 janvier 2013
- M. ROUSSILLE, *Alerte, alerte ... La loi Sapin 2 généralise le whistleblowing!*, LEXISNEXIS, Rubrique Droit des sociétés n°12, Décembre 2016, repère 12
- J. M. SAUVE, *La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique*, AJDA n°39, 24 novembre 2014, p. 2250
- L. SCHMID, *A quoi bon lancer l'alerte ?*, Esprit 2017/5 (mai), p.32 à 35. DOI 10.3917/espri.1705.0032

\*\*\*\*\*

- « *Fraude fiscale: vers la rémunération des informateurs du fis* », *LeMonde.fr*, 18 novembre 2016
- « *Lanceurs d'alerte: la Cour de Cassation juge illicite leur licenciement* », *Le parisien.fr* avec AFP, 30 juin 2016
- Rapport: « *Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger* », Etude adoptée le 25 février 2016 par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, la Documentation française 2016
- Article du 23 août 2018 [leMonde.fr https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/08/23/la-lanceuse-d-alerte-reality-winner-condamnee-a-cinq-ans-de-prison-pour-espionnage\\_5345529\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/08/23/la-lanceuse-d-alerte-reality-winner-condamnee-a-cinq-ans-de-prison-pour-espionnage_5345529_4408996.html)

## 2. En anglais

- A. SAVAGE, *Leaks, Whistleblowing and the Public Interest- The Law of Unauthorised Disclosures*, Edward Elgar Pub., Northampton, MA [c. 2016.]
- A.D. BERKOWITZ, C. M. TUSK, J. I. DOWNES and D. S. CAROLINE, *Whistleblowing*, *Employee Relations Law Journal* 15 Vol. 36, No. 4, Spring 2011 (ARTICLE)
- A. DYCK, A. MORSE et L. ZYNGALES, *Qui Tam Provisions and the Public Interest: an empirical Analysis*, 107 *Colum. L. Rev.* 949, 971 (2007)
- R. T. De GEORGES, *Business Ethics* », Pearson Londres, 1986 (cité dans *Les lanceurs d'alertes*, Florence CHALTIEL TERRAL, *Connaissance du droit* 1ère édition, Editions Dalloz, Mai 2018)
- A. KATZ, *Government information leaks and the first amendement*, *California Law Review*, 1976, p.115
- R. MOBERLY, « *Unfulfilled exportations: An empirical Analysis of why Sarbanes-Oxley Whistleblowers rarely win* » *William & Mary Law Review*, 2007, vol 49
- D. Z. NAYIR, M.T. REHG, Y. ASA, *Influence of Ethical Position on Whistleblowing Behaviour: Do Preferred Channels in Private and Public Sectors Differ?*, *J Bus Ethics* (2018) 149:147–167 (<https://doi.org/10.1007/s10551-016-3035-8> Published online: 4 February 2016)
- M. M. TING, *Whistleblowing*, *Columbia University, American Political Science Review* Vol. 102, No. 2 May 2008

\*\*\*\*\*

- SEC, Communiqué de presse, 'sec announces Largest-Evert Whistleblower Award ', 22 septembre 2014. <http://www.sec.gov/>



- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) « Fraud statistics- Overview, » Oct 1, 1987-Sept 30, 2012, 3 oct 2012

### 3. Colloques

- «*Re-visiting Whistleblower Protection: From commitments to effective protection* », colloque organisé par l'OCDE à Paris, le 17 juin 2014. Actes non publiés et formalisés dans le rapport 2015, page 5
- « *Alerte, expertises, démocratie* », colloque de la Fondation Sciences Citoyennes, tenu le 17 décembre 2013 au Palais du Luxembourg, actes non publiés (vidéos disponibles en ligne : <http://sciencescitoyennes.org/videos-du-colloque-alerte-expertise-et-democratie/>)

## Droit et jurisprudences (Classés par ordre chronologique)

### 1. En France

#### a. Le droit

- Le Code Pénal Français
- Le Code du Travail
- Le Code de commerce
- Le Code Monétaire et financier
- Le Règlement général de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)
- La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789
- Décret n° 95-715 du 9 mai 1995 relatif à la situation des fonctionnaires et ouvriers de l'Etat (fonction publique territoriale)
- Décret n°82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique
- Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JO 14 juillet 1983
- Loi n°92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage
- Loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JO 2 août 2003
- Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, JO 14 novembre 2007 p. 18648
- loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, JO 30 décembre 2011 p.22667
- Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, JO 17 avril 2013

- Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie politique crée la Haute autorité pour la transparence de la vie politique, JO 12 octobre 2013; JCP E 2013, act 823
- Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, JO 7 décembre 2013
- Loi n° 2016- 483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits du fonctionnaires, JO 21 avril 2017, JCP A 2016, 2172 à 2177)
- Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite «loi Sapin II » relative à la transparence, lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ( JO 10 décembre 2016; JCP A 2016, act 960; JCPA2017, 2027 et 2028)
  - Avis n°391.262 du Conseil d'Etat du 24 mars 2016 sur le projet de Loi relative à la transparence , à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique
  - Projet de loi relatif à la transparence , à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (texte définitif n°830 adopté par l'Assemblée nationale le 8 novembre 2016)
  - Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la Compétence du défenseur des droits pour la protection et l'orientation du lanceur d'alerte, JO 10 décembre 2016
- Loi de finances pour 2017 n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 (article 109)
  - Décret n° 2017-601 du 21 avril 2017 pris pour l'application de l'article 109 de la loi de finances pour 2017 n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 (article 109)
- Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit privé ou de droit public ou des administrations d'état ( JO 20 avril 2017) fixe les modalités selon lesquelles sont établies les procédures de recueil de signalements.
- Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et sécurisation des relations de travail.

## b. La jurisprudence

### Conseil constitutionnel

- Décision du Conseil Constitutionnel, 8 décembre 2011, n°2011-116 QPC Michel Z et a., JORF 17 avril 2011, p/ 6361)
- Décision du Conseil Constitutionnel n°2016-740 DC du 8 décembre 2016 sur la loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte
- Décision du Conseil Constitutionnel n°2016-741 DC du 8 décembre 2016 sur la loi relative à la transparence , à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

### Cour de cassation

- Cour de Cassation, Chambre Sociale, Arrêt Cicobella 11 octobre 2000, n°3716, pourvoi n°98-45.276
- Cour de Cassation, Chambre sociale, 6 février 2013 n°11-11.740, Bull V. n°27,
- Cour de Cassation, Chambre criminelle, 23 octobre 2013, Bull.crim. n°2°4 Voir observation Ponselle in Revue Droit et santé n°57, 2014, p.904
- Cour de Cassation, Chambre sociale, 29 octobre 2013 n°12-22-447, Bull V. n°252,

- Cour de Cassation, Chambre sociale, 30 juin 2016, n°1309, pourvoi n° 15-10.557

## Conseil d'Etat

- Décision du Conseil d'Etat, 11 janvier 1935 Bouzanquet n° 40842
- Décision du Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, Maison de retraite de St Désert req n°282057
- Décision du Conseil d'Etat, 17 décembre 2014 Ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie c/ M. D. Et autres ,n°367202, n°367203

## Autorité de la concurrence

- Décision de l'autorité de la concurrence n°10-D-36 du 17 décembre 2010

## B. En Europe

### 1. Conseil de l'Europe

- Convention Européenne des Droits de l'Homme du 4 novembre 1950 -STCE n° : 005, entrée en vigueur le 3 septembre 1953
- Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe- APCE, 29 avril 2010, « Résolution 1729 (2010) sur la Protection des «donneurs d'alerte»,»  
<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17851&lang=FR>
- Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte (adoptée par le Comité des Ministres le 30 avril 2014, lors de la 1198e réunion des Délégués des Ministres) [http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-dalerte/?utm\\_term=Autofeed&utm\\_campaign=Echobow&utm\\_medium=Social&utm\\_source=Twitter#link\\_time=1496211445](http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-dalerte/?utm_term=Autofeed&utm_campaign=Echobow&utm_medium=Social&utm_source=Twitter#link_time=1496211445)

### 2. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme

- Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 21 juillet 2001, Heinisch c. Allemagne, n°28274/08
- Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 12 février 2008, Guja c/Moldavie, n°14277/04: JurisData n°2008-010477; JCP G 2008, I, 167, n°18, obs. F. Sudre
- Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 9 juin 2012, Tanasoica c. Roumanie, n°3490/03
- Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), 8 janvier 2013, Bucur et Toma c. Roumanie n° 40238/02

### 3. Droit communautaire

- Commission européenne, communication de la Commission concernant la non-imposition d'amendes ou la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, 18 juillet 1996, JOCE
- Commission européenne, communication de la Commission concernant l'immunité des amendes la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes, JOUE, 2006/C 66/04

- Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissements. [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html) *site internet commission européenne*
- Directive UE 2014/65/UE concernant les marchés d'instruments financiers du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers
- Résolution législation du Parlement européen du 14 avril 2016 sur la proposition de directive du Parlement européen et du conseil sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites COM (2013) 0813- C7-0431/2013-2013/0402(COD))
- Directive UE 2016/ 943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JOUE L. 157/1, 15 qui 2016
- Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0022+0+DOC+PDF+V0//FR>

## C. Aux États-Unis

### a. Lois

- Constitution américaine (1787)- Bill of Rights
- The False Claim Act of 1863, ( 31 U.S. Code § 3729- 3733)
- The Civil Service Reform Act of 1978, (Pub.L. 95–454, 92 Stat. 1111)
- The Whistleblower Protection Act of 1989, (5 U.S. Code §2302(b)(8)-(9), Pub.L. 101-12)
- le Homeland Security Act (HSA) de 2001 Pub. L. 107-296, 116 Stat. 2135
- The Sarbanes–Oxley Act of 2002 (Pub.L. 107–204, 116 Stat. 745)
- The Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010, (Pub.L. 111–203), H.R. 4173, commonly referred to as Dodd–Frank)
- The Warn Act of 2016 ( 2016 H. R? 4916 available at <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/4619/text> )
- Fraud Enforcement and Recovery Act, Pub. L.111-21, S. 386, 123. Stat. 1617; Recovery Act et par le Patient Protection and Affordable Care Act, Pub. L. 111-148, 124 Stat.119
- Freedom of Interpretation Act Pub. L. 89-487, 80 Stat. 250
- Executive Order EO n° 13233
- USC s. 2302 (b) (8) S. Rep. No 100-413, 15-16 (1988); 5 USC ss. 1214 (b) (4) (B) (i) (OSC litigation) and 1221 (e) (1) (individual right of action); 135 Long. Rec. 4509 (1989)

### b. Jurisprudence

- Case Schenk v. United states, 249 U.S. 697 (1931)
- Case Dennis v. United states, 341 U.S. 494 (1951)
- Case Halloum v. Intel Corp, 2003-SOW-7 (ALJ Mar 4, 2004)
- Case ARB No. 04-068 (Dep't of Labor Jan 31, 2006)
- Case Avlon v. American Express Co, 2008-SOX-51 (ALJ Sept 8 2008)
- Case Lawson v. FMR LLC, No 12-3, 2014 BL 57958 (U.S. Mar 04, 2014)

- Case Jacobs. v. Lambda Research, Inc., 622 F. App'x 477 (6th Cir 2015)
- Case Ryan v. Endo Pharms., Inc, n° 05-3450, 10-2039, 11-7767, 2015 WL427390 (E.D. Pa July 15, 2015)

## **D. Au Canada et au Québec**

### a. Lois

- La Charte Canadienne des droits et libertés, 17 avril 1982
- Code Criminel du Canada
- Code Civil du Québec
- Le Public Servants Disclosure Protection Act / Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (L.C. 2005, ch. 46), entrée en vigueur le 15 avril 2007
- Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics (Province de Québec) 2016, ( entrée en vigueur le 1er mai 2017) - c. 34, c. I., chapitre D-11.
- Loi sur les Commissions d'Enquête - C-37 - 1er juin 2018 (Prérogatives du protecteur du citoyen) <http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/pdf/cs/C-37.pdf>

### b. Jurisprudence

- Case *Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employee's Union*, Corrections Branch and British Columbia Government Employee's Union (1981) 3 L.A.C. (3d) 140
- Case *Mitchnik and Etherington*, Labour Arbitration in Canada, n 6 at 108

## **E. Le droit international**

- Convention n°158 de l'Organisation internationale du travail, adoptée le 22 juin 1982 et entrée en vigueur le 23 nov. 1985
- Convention des Nations Unies contre la Corruption du 31 octobre 2003, paragraphe 5
- OCDE, "G20 Compendium of Best Practices for Legislation on the Protection of Whistleblowers", Paris, 2011.
- OCDE, "G20 Guiding Principles for Legislation on the Protection of Whistleblowers", Paris, 2011
- *Enquête sur l'intégrité des entreprises réalisés en 2015* - OCDE, " Guidelines for Multinational Enterprises ", Paris, 2011.

## **Sites internet, cours dispensés et sources**

### **1. Sites internet**

- Whistleblower Protection Program & information , U.S. Department of Labor: <http://www.whistleblowers.gov>

- Whistleblowing Center: <http://whistleblowers.nonprofitsoapbox.com/>
- Government Accountability Project : [www.whistleblower.org](http://www.whistleblower.org)
- [http:// www.telerama.fr/medias/quand-francois-hollande-felicite-les-lanceurs-d-alerte-edward-snowden-ironise,140731.php](http://www.telerama.fr/medias/quand-francois-hollande-felicite-les-lanceurs-d-alerte-edward-snowden-ironise,140731.php)
- Site du protecteur du citoyen [protecteurducitoyen.qc.ca](http://protecteurducitoyen.qc.ca)
- Fondation Sciences citoyennes, site internet <https://sciencescitoyennes.org/?s=whistleblower&x=0&y=0>
- Transparency International France : [www.transparency-france.org](http://www.transparency-france.org)
- <https://transparency-france.org/actu/guide.pratique-a-lusage-du-lanceur-dalerte-francais/>
- Dictionnaire Larousse en ligne, 2018 <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/alerte/2171>
- <https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2008-63-f.htm#a3> (Site Parlement du Canada et commentaire sur le Public Servants Disclosure Act 2007)
- SEC Whistleblower Program surpasses \$100 Million in Awards: <http://www.sec.gov/>
- Pour le calcul de l'indexation des sommes voir les rapports annuels du Whistleblower program au Congrès, téléchargeable sur le site : <https://www.irs.gov/uac/whistleblower-office-annual-reports>.
- [www.oecd.org/corruption/whistleblower-protection.htm](http://www.oecd.org/corruption/whistleblower-protection.htm) )
- <http://oig.state.gov/system/files/whistleblowerinfor.pdf> ;
- [http://osc.gov/Resources/post\\_wbr.pdf](http://osc.gov/Resources/post_wbr.pdf) )
- <http://www.youtube.com/watch?v=8SV3618tLAE&feature=youtu.be&noredirect=1>
- <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/4619/text>
- [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html) *site internet commission européenne*
- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0022+0+DOC+PDF+V0//FR>
- [http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-dalerte/?utm\\_term=Au-tofeed&utm\\_campaign=Echobow&utm\\_medium=Social&utm\\_source=Twitter#link\\_time=1496211445](http://www.euroactiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/juncker-promet-une-loi-europeenne-pour-les-lanceurs-dalerte/?utm_term=Au-tofeed&utm_campaign=Echobow&utm_medium=Social&utm_source=Twitter#link_time=1496211445)

## 2. Cours de droit

- Cours de « Pragmatisme et sociologie », dispensé à la Sorbonne en 1913-1914, E. DURKHEIM, cité par D. Lavitte, « *L'approche socio-légale de la protection des lanceurs d'alerte: pistes de*

*réflexion pour un enrichissement sociologique de l'analyse juridique* », Revue des droits de l'Homme, octobre 2016, note 19

- Cours de « Méthodologie du droit comparé » dispensé en Master 2 Droit européen comparé (2017-2018) à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas conjointement par Madame Goré et Madame Diurni
- Cours de « Droit des Affaires comparé » dispensé en Master 2 Droit européen comparé (2017-2018) à l'Université Paris 2 Panthéon Assas par Louis Convert

### **3. Films**

- Film 1999 *The Insider* de Michael Mann (Histoire du lancement d'alerte de Jeffrey Wigand)
- Film 2000 *Erin Brockovich, seule contre toute* de Steven Soderbergh (Histoire du lancement d'alerte d'Erin Brockovich)
- Film 2017 *Pentagon Papers* de Steven Spielberg (Histoire du lancement d'alerte de Daniel Ellsberg)