

## ÉTUDE DROIT ÉCONOMIQUE

SECRET DES AFFAIRES

À partir de l'exemple américain, le système de l'alerte s'est imposé en Europe sur la base d'une série de textes internationaux et européens relayés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, puis plus récemment de la Cour de justice de l'Union européenne. L'arsenal législatif français, quant à lui, est solide tant du point de vue de l'effectivité de la protection du lanceur d'alerte que du nécessaire équilibre entre droit d'alerte et respect des droits d'autrui, mais insuffisamment cohérent étant observé que l'encadrement de l'alerte devrait être européen plutôt que national.

1492

# Les lanceurs d'alerte

## Une innovation française venue d'outre-Atlantique



Étude rédigée par Noëlle Lenoir

Noëlle Lenoir, Partner, ancienne ministre

1 - La création en France d'un statut pour les « lanceurs d'alerte » est d'inspiration américaine. Sait-on en effet que le premier texte sur les lanceurs d'alerte est une loi de 1778 adoptée par le Congrès des États-Unis<sup>1</sup> ? Cette loi se voulait une réponse à l'indignation suscitée par les révélations de marins de la marine nationale qui avaient dénoncé les actes de torture commis par un membre de leur hiérarchie sur des soldats britanniques. Le véritable acte de naissance des lanceurs d'alerte est cependant le *False claim Act*, adopté en 1863 pendant la guerre de Sécession, et toujours applicable. Afin de débusquer les fournisseurs malhonnêtes, ce texte autorise tout citoyen à intenter une action civile au nom du gouvernement fédéral à l'encontre de quiconque commet des fraudes au préjudice de l'Administration. Puis en 1978, le *Civil service reform Act* prévoit une protection des lanceurs d'alerte principalement contre les risques de représailles de leur employeur, tandis que le *Whistleblowing protection Act* de 1989 étend cette protection au secteur public.

2 - La pratique de l'alerte éthique outre-Atlantique correspond à une tradition juridique qui associe les représentants de la société civile - jurés populaires, participants à des *class actions*

<sup>1</sup> Il s'agissait du Congrès continental en fonction avant l'indépendance des États-Unis. [http://www.whistleblowers.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1252&Itemid=81](http://www.whistleblowers.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1252&Itemid=81).

et donc lanceurs d'alerte - au fonctionnement de la justice<sup>2</sup>. Après le scandale des manipulations comptables chez Enron et Worldcom au début des années 2000, la loi *Sarbanes-Oxley* de 2002<sup>3</sup> (loi SOX) a imposé aux entreprises financières cotées aux États-Unis ainsi qu'à leurs filiales, américaines ou étrangères, la mise en place de mécanismes internes d'alerte. La loi *Dodd-Franck Act* de 2010<sup>4</sup>, votée en réaction contre les errements des banques à l'origine de la crise systémique de 2008, a quant à elle, renforcé la protection des lanceurs d'alerte qui s'adressent à la *Security Exchange Commission* (SEC), laquelle a d'ailleurs sur cette base enjoint à une entreprise d'assouplir les accords de confidentialité passés avec ses salariés<sup>5</sup>.

3 - C'est par le biais de la loi SOX que les entreprises françaises cotées aux États-Unis et leurs filiales se sont familiarisées avec les dispositifs d'alerte professionnelle qui, reconnaissons-le, n'étaient pas dans nos habitudes. En France, dénonciation signifiait et signifie encore souvent délation, le souvenir de l'époque du régime de Vichy n'étant pas si loin.

4 - Mais le changement culturel est en marche. Le mot « dénonciation », mal connoté depuis même l'Antiquité grecque autour du mythe de Sisyphe, fait place à celui d'« alerte éthique ». Le lanceur d'alerte ne doit plus être regardé comme un délateur, voire un « partisan de la désobéissance civile », mais comme celui qui revendique « sa loyauté à l'égard des institutions et [agit] dans le cadre de la loi »<sup>6</sup>. Héros des temps modernes pour les médias, les lanceurs d'alerte se voient dotés en France d'un statut légal protecteur, l'affaire du *Médiateur* des laboratoires Servier, dont les graves effets secondaires ont été dénoncés par un médecin hospitalier<sup>7</sup>, ayant accéléré le processus. En dépit de leur caractère fragmenté et disparate, les dispositions protectrices des lanceurs d'alerte n'en sont pas moins révélatrices d'un consensus politique sur la valeur intrinsèque de l'alerte comme facteur de régulation d'un ordre social et éthique.

5 - À partir de l'exemple américain, le système de l'alerte s'est imposé en Europe sur la base d'une série de textes internationaux et européens relayés par la jurisprudence de la Cour euro-

péenne des droits de l'homme (CEDH), puis plus récemment de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (1). L'arsenal législatif français, quant à lui, est solide tant du point de vue de l'effectivité de la protection du lanceur d'alerte que du nécessaire équilibre entre droit d'alerte et respect des droits d'autrui, mais insuffisamment cohérent (2) étant observé que l'encadrement de l'alerte devrait être européen plutôt que national.

## 1. L'impulsion internationale et européenne

### A. - Conventions et recommandations

#### 1° Le lanceur d'alerte, agent de la lutte contre la corruption

6 - Le lanceur d'alerte a fait son entrée sur la scène du droit international dans le cadre de la lutte contre la corruption. La fameuse convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997, a été suivie de plusieurs recommandations. La recommandation du 23 avril 1998, sur l'amélioration des comportements éthiques dans la fonction publique, encourage les États à favoriser les pratiques de signalement. Celle de juin 2003 sur la gestion des conflits d'intérêts dans le service public promeut la participation des lanceurs d'alerte à la prévention et à la répression de ces conflits. La recommandation de 2009 sur la lutte contre la corruption dans les transactions internationales tend quant à elle à assurer la protection des lanceurs d'alerte « contre toute action discriminatoire ou disciplinaire » lorsqu'ils « signalent de bonne foi et sur la base de motifs raisonnables des soupçons d'actes de corruption d'agents publics étrangers dans des transactions commerciales internationales aux autorités compétentes ». Les lignes directrices de 2011 sur les multinationales comportent également des dispositions protégeant les lanceurs d'alerte « de bonne foi », sans parler des deux conventions anti-corruption de 1999 – l'une pénale<sup>8</sup> et l'autre civile<sup>9</sup>, respectivement entrées en vigueur en 2002 et 2003 – qui posent en principe l'obligation de protection des personnes signalant des faits de corruption aux autorités compétentes.

7 - Ce à quoi fait écho la Convention de *Mérida* des Nations Unies de 2003 contre la corruption qui engage également les États parties à rendre les organes de prévention de la corruption accessibles et connus du public de sorte que les personnes appelées à signaler des faits répréhensifs sachent à quelles autorités s'adresser et suivant quelles modalités.

8 Convention n° 173, 27 janv. 1999.

9 Convention n° 174, 4 nov. 1999.

2 J.-P. Foegle, *Les lanceurs d'alerte, Étude comparée France-Etats Unis* : *Revue des Droits de l'Homme*, n° 6, 2014.

3 *Loi Sarbanes-Oxley*, 30 juill. 2002 : *Public Law* 107-204.

4 *Dodd-Franck Act*, 21 juill. 2010 : *Public Law* 111-203.

5 V. R. N. Holtzman, *Recent developments require employers to redraft employee confidentiality agreements to explicitly permit reporting to governmental agencies and FINRA* : <http://bit.ly/1RtpIXa>.

6 J.-M. Sauvé, *Allocution à l'Assemblée nationale lors du colloque de la Fondation des Sciences Citoyennes et de Transparency International France*, 5 févr. 2015 : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lanceurs-d-alerte-la-securisation-des-canaux-et-des-procedures>.

7 I. Frachon, *Mediator 150 mg. Combien de morts ?* : *Dialogues*, 2013. - Irène Frachon qui s'est vu attribuer le prix de Lanceur d'alerte éthique de l'association Anticor.

## 2° La consécration internationale et européenne du droit d'alerte

8 - Le premier texte international sur les lanceurs d'alerte est de fait la convention de 1982 n° 158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) qui protège du licenciement les salariés ayant déposé une plainte ou témoigné en justice pour dénoncer des irrégularités commises par leur employeur. Selon la convention, ne constitue pas un motif valable de licenciement le « fait d'avoir déposé une plainte, participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes »<sup>10</sup>. Encore ne parlait-on pas à l'époque d'alerte. La notion est maintenant intégrée par l'OIT, notamment son thésaurus de 2005 qui la définit comme « le signalement par des employés ou anciens employés de pratiques illégales, irrégulières, dangereuses ou non éthiques de leurs employeurs ».

9 - L'une des institutions les plus engagées est incontestablement le Conseil de l'Europe. La résolution sur la protection des lanceurs d'alerte adoptée en 2010 par son assemblée parlementaire<sup>11</sup> est en effet en filigrane de toutes les législations en Europe. Elle souligne la nécessité de protéger le lanceur d'alerte dans tous les secteurs, privé et public, y inclus l'armée et les services de renseignement<sup>12</sup>, dès lors qu'il est « de bonne foi » et poursuit des objectifs licites et conformes à l'éthique. Sous réserve du secret défense, toute information peut être révélée si le lanceur d'alerte a « des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie ». À l'instar de ce qui est prévu par la législation britannique sur le *whistleblowing* - le *Public disclosure Act* de 1998<sup>13</sup> et le *Protected disclosures Act* de 2014<sup>14</sup> - reconnue en Europe comme la plus achevée, la résolution mentionne les voies internes et externes de l'alerte : elle suggère que l'employeur doit en premier être invité à remédier, ne serait-ce que provisoirement, à la situation dénoncée, puis les autorités désignées par la loi et, en dernier lieu, le public *via*

les médias. Au Royaume-Uni, d'après les statistiques pour 2014 de l'association *Public concern at work*, 83 % des signalements seraient encore faits en interne<sup>15</sup>. La résolution du Conseil de l'Europe met par ailleurs l'accent sur les mesures à prévoir dans la loi pour « assurer aux donneurs d'alerte de bonne foi une protection fiable contre toute forme de représailles (...) et par le biais d'un dédommagement financier approprié » en cas de représailles illégales. Enfin, le texte invite les États à garantir l'anonymat des lanceurs d'alerte, sauf si ceux-ci consentent à la divulgation de leur identité ou « si cela permet d'éviter des menaces graves et imminentes à l'intérêt public ».

10 - La recommandation du comité des ministres de 2014<sup>16</sup> reprend ces principes en valorisant la contribution des lanceurs d'alerte à « la transparence et la responsabilité démocratique ». Aussi est-il demandé aux États de mettre en place des programmes de formation pour les juges et autres décideurs et de faciliter « l'accès à des conseils - [pouvant] être apportés par des syndicats, des juristes indépendants ou d'autres instances - couverts par la confidentialité (...) pour les personnes qui ont constaté des actes répréhensibles ou des risques sur leur lieu de travail (...) »<sup>17</sup>.

11 - Le législateur de l'Union n'a pas été en reste. Dès la directive 1976/207/CEE du 9 février 1976 sur l'égalité hommes/femmes<sup>18</sup>, il exige que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre tout licenciement qui constituerait une réaction de l'employeur à une plainte formulée au niveau de l'entreprise ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement ». La directive 2000/43/CE du 29 juin 2000<sup>19</sup> et la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail<sup>20</sup> prévoient de même une protection contre les risques de licenciement ou « contre tout traitement défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement » de quiconque dénonce des agissements discriminatoires.

12 - Dans les années 2000, le domaine privilégié de l'alerte est avant tout la finance : des directives sont adoptées pour inci-

10 Conv. OIT n° 158, 22 juin 1982, sur la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur. - V. également Charte sociale européenne de 1961, révisée en 1996, art. 24, ann., suivant laquelle « ne constituent pas des motifs valables de licenciement (...) le fait d'avoir 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 ».

11 Résolution 1729 (2010).

12 Par rapport aux fuites du type de celles organisées par Edward Snowden, ancien agent informaticien de la *Central Intelligence Agency* (CIA) et de la *National Security Agency* (NSA), la résolution prévoit que « les informations relatives à la sécurité nationale, à la défense, au renseignement, à l'ordre public ou aux relations internationales de l'État peuvent faire l'objet d'un régime particulier ou de règles particulières prévoyant notamment des droits et obligations modifiés ».

13 *Public disclosure Act*, 2 juill. 1998.

14 *Protected disclosures Act*, number 14 of 2014.

15 PCaW, 2014.

16 Comité des ministres, *recomm. Rec (2014)7*, 30 janv. 2014.

17 Le Groupe d'États contre la corruption (GRECO) du Conseil de l'Europe avait déjà recommandé la formation des agents publics appelés à signaler les faits de corruption commis dans leur administration.

18 Cons. UE, dir. 76/207/CEE, 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, art. 7 : JOCE n° L 39, 14 févr. 1976, p. 40.

19 Cons. UE, dir. 2000/43/CE, 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, art. 9 : JOCE n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22.

20 Cons. UE, dir. 2000/78/CE, 27 nov. 2000, sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 11 : JOCE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

## La pratique de l'alerte éthique outre-Atlantique correspond à une tradition juridique

ter, en particulier les banques, à dénoncer les soupçons de blanchiment d'argent et de financement du terrorisme<sup>21</sup>. Pour garantir un fonctionnement sain des marchés de valeurs mobilières et détecter les délits d'initiés, le règlement n° 596/2014/UE du 16 avril 2014 sur les abus de marché impose la mise en place chez les acteurs du marché de « dispositifs adéquats » permettant aux lanceurs d'alerte de saisir les autorités compétentes tout en étant protégé « au moins contre les représailles, la discrimination ou d'autres types de traitement inéquitable »<sup>22</sup>. Le règlement autorise même de rémunérer les lanceurs d'alerte « à condition que [les] informations soient nouvelles et qu'elles amènent à infliger une sanction administrative ou pénale ou à prendre une autre mesure administrative pour cause de violation du (...) règlement »<sup>23</sup>, ce qui est déjà possible aux États-Unis<sup>24</sup>. La directive 2014/56/UE modifiant la directive 2006/43/CE sur les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés<sup>25</sup> préconise elle aussi l'installation des dispositifs d'alerte ainsi qu'une protection équilibrée des lanceurs d'alerte et des personnes mises en cause.

13 - En dehors du secteur strictement financier ou comptable, on peut citer la directive 2013/30/UE du 12 juin 2013 sur la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer modifiant la directive 2004/35/CE dont le but est de favoriser les signalements de nature à prévenir les accidents<sup>26</sup>. Quant à la proposition de directive sur le secret des affaires<sup>27</sup>, elle exclut expressément de son champ d'application les lanceurs d'alerte signalant « dans l'intérêt public » une faute, une malversation ou une activité illégale<sup>28</sup>, ce qui rend d'autant plus étonnant la

campagne de presse lancée par certains journalistes qui crient à la fin de la révélation des

scandales<sup>29</sup>.

### B. - Le lanceur d'alerte et les juridictions européennes

#### 1° La jurisprudence de la CEDH

14 - Forcée depuis quelques années, la jurisprudence de la CEDH conforte le droit d'alerte sur le fondement de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (Conv. EDH) sur la liberté d'expression qui comprend à la fois le droit d'exprimer sa pensée et celui de recevoir une information pluraliste. Quatre récents arrêts - *Guja c/ Moldavie* de 2008<sup>30</sup>, *Marchenko c/ Ukraine* de 2009<sup>31</sup>, *Heinisch c/ Allemagne* de 2011<sup>32</sup> et *Bucur et Toma c/ Roumanie* de 2013<sup>33</sup> - donnent une claire vision de la portée de ce droit et de ses limites. Ils concernent des agents publics et des salariés du secteur privé qui avaient respectivement fait état de pressions politiques sur la justice, de malhonnêtetés commises dans un établissement d'enseignement, de négligences fautives dans un foyer pour personnes âgées mettant en péril la santé des pensionnaires ou encore d'écoutes administratives illégales. Dans toutes ces affaires, la Cour met en balance le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion du lanceur d'alerte vis-à-vis de son employeur avec l'intérêt général des révélations, en opérant une hiérarchisation des canaux de signalement : l'alerte doit d'abord être dirigée en interne, et n'emprunter les voies externes que si la voie interne est sans suite. La Cour estime que le lanceur d'alerte doit, en effet, procéder « à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement »<sup>34</sup> ; ce

*not be seen as preventing the competent judicial authorities from allowing an exception to the application of measures, procedures and remedies where the respondent had all the reasons to believe in good faith, that his conduct met the appropriate criteria set out in the Directive ».*

29 Par ailleurs, le rôle du lanceur d'alerte en tant que collaborateur des autorités publiques chargées de la répression des infractions se trouve une fois de plus conforté par les déclarations, le 30 septembre 2015, du directeur des cartels de la direction générale de la concurrence de la Commission européenne qui a fait part de son intention de mettre en place un programme d'alerte dédié à la détection des ententes. Ce programme s'adresserait notamment aux salariés des entreprises et viendrait en quelque sorte en complément des programmes de clémence.

30 CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04, *Guja c/ Moldova* : *JurisData* n° 2008-010477.

31 CEDH, 19 févr. 2009, n° 4063/04, *Marchenko c/ Ukraine* : JCP G 2014, doctr. 1092.

32 CEDH, 21 juill. 2011, n° 28274/08, *Heinisch c/ Allemagne* : *JurisData* n° 2015-006301.

33 CEDH, 8 janv. 2013, n° 40238/02, *Bucur et Toma c/ Roumanie* : JCP G 2014, doctr. 1092.

34 CEDH, 12 févr. 2008, n° 14277/04, *Guja*, préc., § 73.

21 La directive 2005/60/CE du 26 octobre 2005 sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, dont l'article 26 exonère de responsabilité les établissements et professionnels qui informent de bonne foi sur leurs soupçons de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, fait figure de précurseur.

22 PE et Cons. UE, règl. (UE) n° 596/2014, 16 avr. 2014, art. 32 : JOUE n° L 173, 12 juin 2014.

23 Dans son rapport de février 2015, l'Autorité européenne des marchés financiers (ESMA) insiste sur les garanties d'anonymat à accorder aux lanceurs d'alerte, désignés comme *reporting persons*.

24 La section 922 de la loi *Dodd-Frank* donne à la SEC la faculté de rémunérer les lanceurs d'alerte ayant signalé des faits de corruption d'agents publics étrangers, dès lors qu'il a pu être récupéré plus d'un million de dollars.

25 PE et Cons. UE, dir. 2014/56/UE, 16 avr. 2014, consid. 17 : JOUE n° L 158, 27 mai 2014.

26 PE et Cons. UE, dir. 2013/30/UE, 12 juin 2013 : JOUE n° L 178, 28 juin 2013. - V. les annexes au texte.

27 PE et Cons. UE, prop. dir. n° 2013/0402/COD, 28 nov. 2013, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

28 V. l'article 4.2.b) de la proposition de directive et le rapport de Mme Constance Le Grip indiquant, au considérant 12, a) : « *measures and remedies provided for under this Directive should not restrict whistleblowing activity. Therefore the protection of trade secrets should not extend to cases in which disclosure of a trade secret serves the public interest, insofar as directly relevant misconduct or wrongdoing is revealed. The latter should*

qui est le cas notamment quand l'autorité hiérarchique oppose l'inertie ou classe l'affaire sans l'avoir examinée.

15 - La Cour rappelle que le lanceur d'alerte doit être « de bonne foi » et avoir pris la peine de vérifier au préalable la vraisemblance de l'information, *i.e.* avoir « des motifs raisonnables de penser que les informations divulguées étaient vraies »<sup>35</sup>. Le lanceur d'alerte est de bonne foi s'il agit dans l'intérêt général et non « par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire » ; ce que marque la réticence de la CEDH quant à d'éventuelles récompenses pécuniaires pour les lanceurs d'alerte comme le prévoit le règlement européen précité sur les abus de marché. Avant tout, la jurisprudence de la Cour tend à garantir la primauté de l'état du droit qui suppose de concilier, d'un côté, le droit général du public à être informé d'agissements illicites ou contraires à l'éthique et, d'un autre côté, le droit de toute personne à ne pas faire l'objet d'accusations sans fondement génératrices de dommages réputationnels et/ou commerciaux<sup>36</sup>.

16 - La jurisprudence de la CEDH joue un rôle directeur vis-à-vis des juridictions nationales qui tiennent généralement compte des six critères énoncés dans l'arrêt *Bucur et Toma* précité de 2013 à savoir (1) le défaut d'autres moyens à disposition du lanceur d'alerte pour procéder à la divulgation des faits dénoncés ; (2) l'intérêt public de la divulgation ; (3) la vraisemblance des informations ; (4) l'intérêt général de la divulgation *versus* le préjudice causé par la divulgation aux personnes mises en cause ; (5) la bonne foi du lanceur d'alerte et (6) la proportionnalité de la sanction qui lui a été, le cas échéant, infligée - si tant est qu'elle est justifiée - à raison de la dénonciation ou de la divulgation des informations.

## 2° La jurisprudence du juge de l'Union

17 - Si les directives et règlements de l'Union européenne susvisés (dont certains sont en cours de discussion) n'ont pas encore donné lieu à des décisions de la CJUE, en revanche, le Tribunal de la fonction publique (TFPUE) s'est, lui, déjà prononcé à l'occasion de recours intentés par des fonctionnaires s'estimant victimes de représailles pour avoir dénoncé des irrégularités au sein de leurs services. Rappelons que tout fonctionnaire de l'Union n'a pas seulement la possibilité, mais a l'obligation d'informer sa hiérarchie, en vertu de l'article 22 *bis* de son statut<sup>37</sup>, des « faits qui peuvent laisser présumer une activité illégale éventuelle, notamment une fraude ou une corruption, préjudiciable aux intérêts de l'Union, ou une conduite en rapport avec l'exercice de ses fonctions pouvant constituer un grave manque-

ment aux obligations des fonctionnaires de l'Union ». Le fonctionnaire peut, « s'il le juge utile », informer directement l'Office européen de lutte antifraude (OLAF)<sup>38</sup>. Dans ce cas, l'Union lui accorde, ainsi qu'à sa famille, une protection, y compris au niveau contentieux, contre toutes attaques et attentats, contre sa personne et ses biens<sup>39</sup>.

18 - À ce jour, le TFPUE a toujours refusé d'admettre l'argumentation fondée sur leur droit d'alerte des fonctionnaires en bataille ouverte avec leur administration. Dans un arrêt de 2013, il a ainsi validé la décision infligeant un blâme à un fonctionnaire de la Commission européenne qui avait largement diffusé au sein de la Commission et du Conseil, mais aussi auprès des représentations permanentes des États membres, des courriers électroniques accusant apparemment sans fondement une de ses collègues<sup>40</sup>. Dans une autre affaire jugée la même année, le Tribunal a rejeté le recours d'un agent contractuel de l'agence des droits fondamentaux de l'Union qui faisait valoir que le non-renouvellement de son contrat était en lien avec l'alerte qu'il avait lancée sur l'irrégularité de certaines procédures de passation des marchés publics par l'agence. Dans ces arrêts, le Tribunal ne s'oppose cependant pas par principe à ce que des fonctionnaires se fassent lanceurs d'alerte si les circonstances le justifient. Il y a d'ailleurs toutes raisons de penser que ce type de contentieux prospérera du fait de l'obligation faite aux institutions européennes, depuis janvier 2014, d'adopter des règles internes sur l'alerte éthique. À ce jour, trois institutions l'ont fait : la Commission européenne dans des lignes directrices de 2012<sup>41</sup>, la Cour des comptes européenne et le Médiateur européen dans une décision de 2015<sup>42</sup> ; les autres institutions suivront.

## 2. La protection légale des lanceurs d'alerte en France

### A. - L'état du droit

#### 1° De la dénonciation à l'alerte

19 - Si l'alerte est une idée neuve en France, elle n'est pas sans antécédent. Le plus fameux est l'article 40-2 du Code de procédure

38 L'OLAF, créé par la décision 1999/352/CE, est un organisme de la Commission européenne doté d'un statut d'indépendance, chargé d'enquêter sur les fraudes au détriment du budget de l'Union européenne, sur les affaires de corruption et les fautes graves commises au sein des institutions européennes. Il peut saisir les autorités judiciaires nationales des faits qu'il estime relever du droit pénal.

39 Statut des fonctionnaires des communautés européennes, 1<sup>er</sup> mai 2004, *préc.*, art. 24.

40 TFPUE, 11 sept. 2013, F-126/II, José Antonio de Brito Sequiera Carvalho *c/ Commission*.

41 *Comm. UE, comm. IP/12/1326*, 6 déc. 2012.

42 Médiateur européen, *déc. sur des règles internes en matière de divulgation dans l'intérêt général (« alerte éthique »)*, aff. n° OI/1/2014/PMC, 26 févr. 2015.

35 CEDH, 8 janv. 2013, n° 40238/02, *préc.*, § 113.

36 CEDH, 21 juill. 2011, n° 28274/08, *préc.*, § 89.

37 Statut des fonctionnaires des communautés européennes, 1<sup>er</sup> mai 2004 : [http://ec.europa.eu/civil\\_service/docs/toc100\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_fr.pdf)

## Dans les années 2000, le domaine privilégié de l'alerte est avant tout la finance

pénale prévoyant que « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». L'obligation de dénonciation fondée sur cet article est réservée aux autorités constituées et aux agents publics alors que l'alerte, qui n'est en général qu'une faculté, peut être le fait de toute personne. C'est, au demeurant, en partie en raison de l'application très limitée de cette obligation, dont la méconnaissance n'est assortie d'aucune sanction, que des dispositions sur l'alerte ont été prises au sein de l'Administration<sup>43</sup>, et ce, d'autant que certains fonctionnaires ayant saisi sur cette base le parquet d'agissements délictueux se sont vus infliger des sanctions (voir ci-après).

20 - Les autres dispositions imposant une obligation de dénonciation sont très spécifiques. Par exemple, pour des raisons compréhensibles, toute personne, et non plus seulement des autorités ou agents publics, est tenue par l'article 434-1 du Code pénal (*C. pén.*, art. 434-1), de dénoncer un crime qui peut encore être évité. L'article 434-3 du même code (*C. pén.*, art. 434-3) oblige également quiconque à dénoncer aux autorités publiques des privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à toute autre personne vulnérable.

21 - Pour lutter contre la criminalité financière, notamment lorsqu'elle alimente le terrorisme, l'article L. 561-1 du Code monétaire et financier<sup>44</sup> oblige les « personnes qui dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux » à déclarer au procureur de la République les opérations portant sur des sommes qu'elles savent provenir d'infractions punies de plus d'un an d'emprisonnement ou qui servent à financer le terrorisme. Or les déclarants « de bonne foi » ne peuvent, selon l'article L. 561-22 du Code de commerce, être poursuivis pour dénonciation calomnieuse ou violation du secret professionnel ; ceux qui s'abstiennent de déclarer encourent, en revanche, en vertu de l'article L. 561-36, des sanctions administratives de la part de leurs ordres, de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ou de l'Autorité des marchés financiers (AMF). L'obligation de dénoncer au parquet les faits délictueux portés à leur connaissance, imposée aux commissaires aux comptes aux

termes de l'article L. 823-12 du Code de commerce est bien plus ancienne puisqu'elle date de

1935<sup>45</sup>, seules les sanctions pour non-respect de cette obligation ayant été aggravées<sup>46</sup>.

22 - Les premières dispositions législatives fondées véritablement sur la problématique de l'alerte ont été insérées dans le Code du travail<sup>47</sup>. Il s'agissait de transposer les directives européennes protégeant les salariés contre des représailles de leur employeur en cas de dénonciation de faits de harcèlement moral (*C. trav.*, art. L. 1152-2) et de discrimination (*C. trav.*, art. L. 1132-1). Ces textes prohibent toute sanction, mesure discriminatoire ou refus d'accès à un emploi ou une formation, ou tout licenciement d'un salarié qui a témoigné ou relaté des agissements répréhensibles. Les tribunaux ont au demeurant retenu ce système de protection en dehors même du harcèlement ou de la discrimination, en vérifiant, au regard de la liberté d'expression du salarié<sup>48</sup>, la justification de la sanction prise à l'encontre d'un salarié ayant dénoncé des faits illégaux commis par son employeur ou sur son lieu de travail. De la jurisprudence judiciaire et administrative se dégagent des principes qui, dans le droit fil des arrêts de la CEDH, tiennent compte de la bonne foi de l'intéressé, de la vraisemblance des faits dénoncés, des termes plus ou moins virulents et injurieux de la dénonciation et d'une certaine hiérarchisation des canaux de signalement.

23 - La Cour de cassation a ainsi eu l'occasion de juger non fondé sur une cause réelle et sérieuse, le licenciement d'un salarié ayant informé l'inspection du travail de malversations de son employeur<sup>49</sup>, ou ayant alerté par une lettre adressée au comité scientifique d'un colloque des risques d'un produit pour la santé<sup>50</sup>. Le même contrôle est effectué en cas de sanction d'un salarié qui saisit le parquet, en l'espèce d'actes de maltraitance à l'encontre des handicapés pensionnaires de l'établissement qui l'emploie<sup>51</sup>. La Cour a aussi estimé que violait les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du Code du travail, le juge d'appel qui avait retenu qu'un salarié avait abusé de sa liberté d'expression pour s'être plaint de harcèlement auprès de son employeur, alors que sa mauvaise foi n'était

45 Décret-loi 8 août 1935.

46 Selon l'article L. 820-7 du Code de commerce, elles sont de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

47 Ces dispositifs sont différents du « droit d'alerte économique » du comité d'entreprise qui, selon l'article L. 2323-78 du Code du travail, lorsqu'il « a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise (...) peut demander à l'employeur de lui fournir des explications ».

48 Selon l'article L. 2281-1 du Code du travail « les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail ».

49 *Cass. soc.*, 14 mars 2000, n° 97-43.268 : *JurisData* n° 2000-000983.

50 *Cass. soc.*, 11 oct. 2000, n° 98-45.276 : *JurisData* n° 2000-006451.

51 *Cass. soc.*, 12 juill. 2006, n° 04-41.075 : *JurisData* n° 2006-034602.

43 V. le rapport de la Haute autorité de la transparence de la vie publique (HATVP), créée par cette loi, évoquant l'application décevante de l'article 40 du Code de procédure pénale en effet très peu fréquemment mis en œuvre (p. 128 s).

44 Issu de *Ord. n° 2009-104*, 30 janv. 2009 : *JO* 31 janv. 2009, p. 1819, transposant la directive modifiée précitée du 26 octobre 2005 sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme. - V. notamment sur l'ordonnance, *JCP E* 2009, act. 61.

pas même alléguée<sup>52</sup>. Un cadre d'une entreprise pharmaceutique licencié après avoir alerté sur les problèmes sanitaires posés par certains approvisionnements provenant de Chine, a été indemnisé - mais seulement au bout de plusieurs années - par la cour d'appel de Versailles pour harcèlement et licenciement abusif<sup>53</sup>. Le Conseil d'État a pour sa part imposé la réintégration d'un policier municipal qui avait été révoqué pour avoir saisi, en application de l'article 40-2 du Code de procédure pénale, le procureur de la République, sans en référer à son maire<sup>54</sup>. Il a également considéré que ne constituait pas une faute la communication au conseil d'administration d'un Office public d'HLM de documents révélant des irrégularités dans la passation des marchés publics par un agent de l'Office<sup>55</sup>.

24 - Avec la consécration législative du rôle des lanceurs d'alerte, s'annonce un nouveau paradigme : chaque membre de la société civile est invité à œuvrer à la détection et à la prévention de tous types d'infractions ou d'atteintes à l'éthique. Tel est le message adressé par le législateur au travers des six lois adoptées entre 2007 et 2015 pour protéger les lanceurs d'alerte.

Après la loi du 13 novembre 2007<sup>56</sup> ayant introduit à l'article L. 1161-1 du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 1161-1) une protection, analogue à celle déjà prévue par ledit code en matière de discrimination et de harcèlement, pour toute personne qui relate ou témoigne de faits de corruption à son employeur ou aux autorités judiciaires ou administratives, la loi *Bertrand* du 29 décembre 2011<sup>57</sup>, votée dans la foulée du scandale du *Médiateur*, est la première à insérer dans le Code de la santé publique un article L. 5312-4-2 (*CSP*, art. L. 5312-4-2) sur le signalement des risques liés à des médicaments, en dehors de la pharmacovigilance. La loi du 16 avril 2013<sup>58</sup> en matière de santé et d'environnement, imposant à tout salarié d'alerter son employeur de tout risque grave<sup>59</sup>, mentionne, elle, les lanceurs d'alerte dans son intitulé. La loi du 11 octobre 2013 sur

la transparence de la vie publique<sup>60</sup> étend le droit d'alerte à la dénonciation de conflits d'intérêts dans la sphère politique et dans le service public, les destinataires des alertes pouvant être, outre l'employeur et les autorités administratives et judiciaires, le déontologue des assemblées et les associations anticorruption agréées. La loi du 6 décembre 2013<sup>61</sup> sur la lutte contre la fraude fiscale élargit, à l'article L. 1132-3-3 du Code du travail (*C. trav.*, art. L. 1132-3-3), le champ des dénonciations à tout crime ou délit, sans en préciser les destinataires à l'exception du service central de prévention de la corruption (SCPC)<sup>62</sup> cité comme destinataire dans un article 40-6 nouveau du Code de procédure pénale. *Last but not least*, la loi du 24 juillet 2015 sur le renseignement<sup>63</sup> introduit un article L. 855-3 dans le Code de la sécurité intérieure (*CSI*, art. L. 855-3) sur les lanceurs d'alerte qui dénoncent d'éventuels abus au sein des services de renseignements.

25 - Les principes qui se dégagent de ces lois sont ceux mêmes de la jurisprudence de la CEDH : le lanceur d'alerte doit être « *de bonne foi* » : même si les informations se révèlent *in fine* inexactes, il doit agir dans « *l'intérêt général* » et non avec l'intention de nuire. Sous ces conditions, il est protégé des mesures de rétorsion. La loi française spécifie que s'il est sanctionné, la charge de la preuve est transférée à l'employeur à qui il incombe de prouver que la mesure en cause était justifiée au regard des exigences du droit d'alerte.

## 2° Les dispositifs d'alerte et la gouvernance d'entreprise

26 - La plupart des grandes entreprises françaises se sont familiarisées avec les dispositifs d'alerte professionnelle du fait de la loi *SOX*. Ces dispositifs ont été conçus par celle-ci, en réponse aux scandales dans les banques et les entreprises ayant camouflé leurs comptes, comme un moyen de retrouver la confiance des investisseurs. Cela étant, la perception de ces mécanismes n'est pas la même de part et d'autre de l'Atlantique, notamment en France et

52 *Cass. soc.*, 10 mars 2009, n° 07-44.092 : *JurisData* n° 2009-047388 ; *JCP S* 2009, act. 162.

53 *CA Versailles*, 15 avr. 2015, RG n° 13/02262. - V. également *Cons. prudh. Paris*, 9 mars 2015, RG n° F 12/10352, estimant irrégulier le licenciement du salarié qui avait publié sur sa page Facebook un lien vers un article révélant que sa société mettait sa technologie à disposition de régimes dictatoriaux pour intercepter les communications d'opposants.

54 *CE*, 15 mars 1996, n° 146326 : *JurisData* n° 1996-050355.

55 *CE*, 10 oct. 2012, n° 347128 : *JurisData* n° 2012-022747 ; *JCP A* 2012, act. 697.

56 *L. n° 2007-1598*, 13 nov. 2007, relative à la lutte contre la corruption : *JO* 14 nov. 2007, p. 18648.

57 *L. n° 2011-2012*, 29 déc. 2011, relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé : *JO* 30 déc. 2011, p. 22667.

58 *L. n° 2013-316*, 16 avr. 2013, sur l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte : *JO* 17 avr. 2013 p. 6465 ; *JCP E* 2013, act. 932.

59 Selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi, « toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la

santé publique ou sur l'environnement. L'information qu'elle rend publique ou diffuse doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse ».

60 La loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique ayant créé la Haute autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) dont le rapport de 2015 « Renouer la confiance » présenté par Jean-Louis Nadal, son président, préconise une extension du droit d'alerte.

61 *L. n° 2013-1117*, 6 déc. 2013 sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière modifiant le code du travail et la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : *JO* 7 déc. 2013 p. 19941 ; *JCP E* 2014, act. 49.

62 Service interministériel placé auprès de la ministre de la Justice, le SCPC rend des avis aux autorités administratives et réalise des audits techniques dans le cadre d'enquêtes judiciaires. Il a noué divers partenariats, par exemple avec TRACFIN, le service du ministère des Finances en charge de la lutte contre les circuits financiers clandestins.

63 *L. n° 2015-912*, 24 juill. 2015, relative au renseignement : *JO* 26 juill. 2015, p. 12735.

## Si l'alerte est une idée neuve en France, elle n'est cependant pas sans antécédent

aux États-Unis<sup>64</sup>. Aux États-Unis, les salariés sont actionnaires *via* les fonds de pension de sorte qu'en pratiquant l'alerte éthique, ils défendent leurs intérêts de capitalistes, et non seulement de salariés, autant que l'intérêt public. En France, en l'absence de fonds de pension, l'alerte éthique se veut avant tout un outil de prévention des risques financiers et réputationnels encourus par une entreprise en cas de révélation d'agissements frauduleux en son sein. Insérés dans les programmes de conformité, les dispositifs d'alerte entendent contribuer à la responsabilité sociale de l'entreprise assumée par toutes les composantes de cette dernière, dont les salariés qui deviennent parties prenantes aux mécanismes de contrôle interne mis en place par le management. L'alerte peut entraîner à terme un bouleversement dans la gouvernance, en faisant intervenir les salariés en parallèle des représentants du personnel agissant dans l'exercice des missions qui leur sont propres d'information et de consultation.

27 - Les dispositifs mis en place dans les grands groupes sont similaires. Le salarié a à sa disposition un numéro de téléphone (*hot line* ou *help line*), une adresse électronique, ou un formulaire en ligne sur un site sécurisé<sup>65</sup> ? Il peut en général aussi s'adresser en direct à une chaîne hiérarchique. Le traitement des alertes, opéré au sein de l'entreprise ou par un prestataire externe, est entouré de garanties de confidentialité. D'après la délibération de la CNIL du 30 janvier 2014<sup>66</sup> sur une « autorisation unique » permettant aux entreprises de se limiter à une déclaration de conformité de leur dispositif, l'identité de l'émetteur de l'alerte est confidentielle, mais celui-ci, sauf exception, doit tout de même s'identifier. On ne peut qu'approuver la CNIL, en phase sur ce point avec le Conseil de l'Europe<sup>67</sup> et le groupe de travail de l'article 29<sup>68</sup>, lorsqu'elle demande que l'organisme chargé de la gestion des alertes n'incite pas les salariés à réclamer l'anonymat, lequel peut en effet, comme on le voit sur les réseaux sociaux, conduire à des abus. Quant à celui qui est visé par une alerte, la CNIL préconise qu'il en soit informé pour pouvoir s'opposer au traitement des données le concernant, à moins que des mesures conservatoires ne soient nécessaires pour prévenir la destruction de preuves. La CNIL a étendu le champ de l'autorisation unique à pratiquement toutes les finalités ; alors qu'elle était à l'origine limitée aux finalités de dénonciation de fraudes comptables et délits financiers conformément à la loi SOX.

Après l'adoption, prévue pour fin 2015, du « règlement général »<sup>69</sup> devant remplacer la direc-

tive 95/46/CE du 24 octobre 1995 sur la protection des données personnelles, les formalités préalables à la mise en place de traitements, tels que les dispositifs d'alerte professionnelle, seront supprimées. Il ne sera donc plus requis de faire une déclaration de conformité à l'autorisation unique. Les tâches des autorités nationales de contrôle en seront allégées, mais pas nécessairement celles des entreprises qui seront tenues, s'agissant de traitements sensibles comme le sont les dispositifs d'alerte professionnelle, de réaliser à leur compte une étude d'impact sur les risques prévisibles à gérer.

28 - Il est important de noter que la position de la CNIL sur les dispositifs d'alerte a considérablement évolué depuis ses deux premières délibérations en 2005 refusant d'autoriser les dispositifs qui lui étaient notifiés. Le groupe Mac Donald et la Compagnie européenne d'accumulateurs, qui se sont heurtés à ces refus, ont fait en réalité les frais de la nouveauté de ces dispositifs que la CNIL avait estimé comme risquant de « conduire à un système organisé de délation professionnelle » alors que « d'autres moyens prévus par la loi existent d'ores et déjà afin de garantir le respect des dispositions légales et des règles fixées par l'entreprise ». La CNIL avait alors souligné les « risques de dénonciations calomnieuses et de stigmatisation des employés objets d'une "alerte éthique" »<sup>70</sup>. L'extraterritorialité de la loi SOX a néanmoins obligé la CNIL à entrer en négociation avec la SEC avec laquelle un document d'orientation commun a été à l'époque établi et aujourd'hui l'autorité française ne se montre pas moins accueillante que les autorités américaines vis-à-vis de l'alerte professionnelle.

29 - L'alerte en milieu professionnel se heurte encore cependant à la réticence des juridictions. L'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 2009<sup>71</sup> concernant Dassault systèmes, en faisant droit au recours de la Fédération CGT des travailleurs de la métallurgie, va plus loin en effet que l'autorisation unique sur la base de laquelle le dispositif se fondait. La Cour exclut qu'un tel dispositif puisse avoir d'autres finalités que celle de la loi SOX<sup>72</sup>, même « dans les cas où l'intérêt vital de la société, l'intégrité physique ou morale d'une personne sont mis en cause », alors que cela est prévu par l'autorisation unique. Dans un arrêt du 23 septembre 2011, la cour d'appel de Caen<sup>73</sup> - s'agissant d'un dispositif d'alerte géré par une société de services extérieure - a

64 S. Charreire Petit et J. Supply, *Du whistleblowing à l'américaine à l'alerte éthique à la française : enjeux et perspectives pour le gouvernement d'entreprise* : M@n@gement, 2008/2 (Volume 11).

65 <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/les-alertes-professionnelles-enquêtes/>.

66 CNIL, délib. n° 2014-042, 30 janv. 2014, modifiant l'autorisation unique n° 2005-305 du 8 décembre 2005 n° AU-004 relative aux traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle : JO 11 févr. 2014, texte n° 74.

67 Conseil de l'Europe : *recomm. CM/Rec (2014)7*.

68 G29, avis 1/2006.

69 PE et Cons. UE, *prop. de régl. relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) - 2012/0011 (COD)*.

70 CNIL, délib. n° 2005-110 et 111, 26 mai 2005.

71 Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191.

72 F. Chafiol-Chaumont, *Alertes professionnelles : la Cour de cassation adopte une position plus restrictive que la CNIL* : *Rev. Lamy dr. immatériel*, févr. 2010, n° 57.

73 CA Caen, 3<sup>e</sup> ch., sect. soc., 23 sept. 2011.



considéré que les rubriques d'alerte (inspirées du site irlandais de l'entreprise) étaient trop extensives, notamment en incluant les abus de stupéfiants et que, partant, le système « favorise nécessairement les dénonciations de toutes sortes (...) ». Si dans ce cas d'espèce, l'alerte pouvait susciter des objections, il reste que de par sa motivation, cet arrêt reflète bien l'état d'esprit de juridictions sociales peu enclines à favoriser l'extension de systèmes que les syndicats ne voient pas toujours d'un bon œil.

## B. - Interaction du droit d'alerte avec d'autres principes

### 1° Droit d'alerte et devoirs professionnels du salarié ou de l'agent public

30 - Le droit d'alerte est un « droit en tension »<sup>74</sup>, confrontant le salarié à son devoir de loyauté envers son employeur, et l'agent public à son devoir d'obéissance hiérarchique. Les salariés ont l'obligation de ne pas nuire à leur employeur par exemple en divulguant des secrets industriels et commerciaux, en les communiquant à des concurrents, ou encore en abusant de leur liberté d'expression avec des propos outranciers et inexacts sur leur entreprise. La fonction du droit d'alerte est de poser une limite à ces devoirs professionnels qui est celle du signalement d'agissements frauduleux ou illégaux<sup>75</sup>. Si le signalement en interne ne pose pas problème de ce point de vue, il en va autrement d'une révélation au public qui, si elle est erronée, peut causer à l'entreprise ou à l'Administration, mais aussi aux personnes physiques mises en cause, des dommages difficilement réparables. Or le lanceur d'alerte tend à s'ériger aujourd'hui comme un dénonciateur public plus que comme celui qui essaie d'ouvrir les yeux de sa hiérarchie en utilisant les canaux internes de signalement. Ceci expliquerait que l'introduction dans la loi *Macron*<sup>76</sup> des dispositions de la proposition de loi de M. Jean-Jacques Urvoas, président de la commission des Lois de l'Assemblée nationale<sup>77</sup>, sur le secret des affaires ait été à l'origine d'une mobilisation dans la médias visant à alerter - *contra legem* puisque le texte rendait licite la révélation de secrets par des lanceurs d'alerte<sup>78</sup> - sur les périls pesant sur la presse d'investigation<sup>79</sup>. Le secret des affaires est protégé depuis des décennies aux États-Unis et les lanceurs d'alerte n'y sont pas moins très actifs. C'est même

le seul pays où la pratique est véritablement généralisée. Comment contester qu'à l'heure du *hacking*, on s'avise de mieux protéger les données faisant partie des actifs incorporels d'une entreprise, et dont la valeur est la plupart du temps infiniment supérieure à celle de ses immobilisations ? C'est en ce sens que la jurisprudence de la CEDH<sup>80</sup> et de la CJUE<sup>81</sup> fonde la protection des secrets d'affaires sur le droit à la vie privée des personnes morales. Premier texte à définir au niveau européen la notion de secret d'affaires, la proposition de directive susvisée sur le secret des affaires<sup>82</sup> en précise les trois critères tirés de l'Accord de l'OMC sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)<sup>83</sup> : l'information couverte par le secret est celle (1) qui n'est pas accessible (même pas par le *reverse engineering*) ; (2) dont la valeur commerciale est liée à son caractère secret ; (3) qui fait l'objet de mesures « raisonnables » de protection par l'entreprise qui la détient<sup>84</sup>. Dans la ligne de la proposition *Urvoas* excluant l'application des règles de protection du secret des affaires<sup>85</sup> : « à celui qui informe ou signale aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions aux lois et règlement en vigueur dont il a eu connaissance », la proposition de directive écarte de son champ la « révélation d'une faute, d'une malversation ou d'une activité illégale du requérant, à condition que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation présumée du secret d'affaires ait été nécessaire à cette révélation » pour peu que le lanceur d'alerte ait « agi dans l'intérêt public »<sup>86</sup>.

31 - Ceux qui contestent ces dispositions ne remettent-ils pas, en réalité, en cause le principe même du secret ? On peut le penser à en juger par les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) qui ont été soulevées devant la Cour de cassation et le Conseil d'État à l'encontre de l'article 226-13 du Code pénal sur le secret professionnel et de l'article 26 de la loi précitée de 1983 sur le statut des fonctionnaires prévoyant que ceux-ci « ne peuvent être déliés de [leur] obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent ». Les deux cours suprêmes ont prononcé un non-lieu à transmettre pour absence de caractère sérieux<sup>87</sup> de ces questions.

74 E. Alt, *Lanceurs d'alerte : un droit en tension* : JCP G 2014, doctr. 1092.

75 Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-41.075 : *JurisData* n° 2006-034602

76 L. n° 2015-990, 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques : JO 7 août 2015, p. 13537. - V. notamment sur cette loi, JCP E 2015, 1403 à 1419.

77 Prop. de loi AN, 16 juill. 2014, n° 2139, relative à la protection du secret des affaires.

78 Ces dispositions devaient figurer à l'article L. 151-9 nouveau du Code du commerce.

79 Le Gouvernement a pris la décision de retirer ces dispositions du texte en discussion, sachant que la question serait reprise dans le cadre de la transposition de la directive européenne sur le sujet.

80 CEDH, 28 janv 2003, n° 44647/98, *Peck C/ Royaume-Uni* : JCP G 2012, 650.

81 CJCE, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, *Varec SA c/ État belge* : Rec. CJCE 2008, I, p. 581.

82 PE et Cons. UE, prop. dir. 28 nov. 2013, n° 2013/0402/COD, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, préc.

83 Ratifié par l'Union européenne et les États membres.

84 OMC, accord ADPIC, 15 avr. 1994, art. 39. 2.

85 Prop. de loi AN, 16 juill. 2014, n° 2139, relative à la protection du secret des affaires, préc.

86 PE et Cons. UE, prop. dir., 28 nov. 2013, n° 2013/0402/COD, préc., art. 4.

87 Cass. crim., 5 sept. 2012, n° 12-90.045. - CE, 5 févr. 2014, n° 371396 : *JurisData* n° 2014-033964.

## L'alerte en milieu professionnel se heurte encore à la réticence des juridictions

Celles-ci n'en sont pas moins symptomatiques des problèmes de fond d'un droit d'alerte de plus en plus conçu comme un contre-pouvoir démocratique, tel qu'il entend s'exprimer à travers les réseaux sociaux et les médias.

32 - L'affaire concernant un cadre de la police nationale qui avait transmis à un journaliste des fiches du système de traitement des infractions constatées (STIC) du ministère de l'Intérieur pour en dénoncer les dysfonctionnements est illustratif. La cour administrative d'appel de Paris a jugé, sur renvoi du Conseil d'État, que si « les stipulations de l'article 10 de la CEDH protègent la dénonciation par les agents publics de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail... il résulte également de ces stipulations que la liberté de recevoir ou de communiquer des informations peut être soumise à des formalités, conditions, restrictions ou sanctions, à condition que de telles mesures soient prévues par la loi, justifiées par la poursuite de certains objectifs, au nombre desquels figurent la sûreté publique et la défense de l'ordre et proportionnées à ces objectifs »<sup>88</sup>. En d'autres termes, le droit d'alerte ne saurait méconnaître les autres objectifs d'intérêt public d'une société démocratique, dont la sécurité fait partie.

### 2° Droit d'alerte, dénonciation calomnieuse et liberté de la presse

33 - Le droit d'alerte est par ailleurs nécessairement limité, comme toute liberté, par la nécessité de protéger les droits d'autrui<sup>89</sup>. C'est ce que vient nous rappeler, s'il en était besoin, la calamiteuse affaire du faux espionnage industriel qui s'était soldée chez Renault<sup>90</sup> par la mise à l'écart brutale de trois cadres accusés à tort d'avoir transmis contre argent en Chine des données sur des innovations relatives à des véhicules électriques. Le droit d'alerte peut se transformer en dénonciation calomnieuse, au sens de l'article 226-10 du Code pénal (*C. pén.*, art. 226-10), s'il vise des faits qui sont de nature à entraîner des sanctions et « que l'on sait totalement ou partiellement inexacts ». Or l'expérience montre que le cas n'est pas si rare. Certes, lorsqu'une dénonciation erronée a été rendue publique et que des commentaires de presse en accentuent l'impact le cas échéant dévastateur, il existe à présent un droit au déréfècement, consacré par le fameux arrêt *Google Spain* de 2014 de la CJUE<sup>91</sup>. Ce droit offre la possibilité de faire effacer les informations, y compris

des articles de presse, ou à tout le moins de les rendre beaucoup moins facilement accessibles sur

Internet. Pour autant Google, en tant que principal opérateur à gérer ce droit, n'accepte naturellement un déréfècement que si la preuve est apportée par l'intéressé qu'il est effectivement bénéficiaire d'un acquittement, d'une relaxe ou d'un non-lieu et éventuellement que son accusateur a été condamné pour dénonciation calomnieuse, ce qui nécessite parfois des années, durant lesquelles les dégâts subis par le mis en cause peuvent être considérables.

34 - Il est intéressant à cet égard de relever que les critères caractérisant la dénonciation calomnieuse - bonne foi et croyance dans l'exactitude des faits rapportés<sup>92</sup> - sont ceux-là mêmes qui fixent les bornes du droit d'alerte. En matière de dénonciation calomnieuse, pour la Cour de cassation, il suffit que le dénonciateur ait eu des motifs raisonnables de penser que les informations étaient vraies ; la mauvaise foi ne pouvant résulter de la seule circonstance que les faits ne sont pas établis<sup>93</sup>. Le contentieux qui a opposé à la société Blédina une de ses anciennes salariées qui avait publié un livre dénonçant de manière virulente la dangerosité d'une substance utilisée dans la fabrication de lait a permis à la Cour de cassation de clarifier les concepts de bonne et mauvaise foi<sup>94</sup>. Dans cette affaire, la Cour a admis la mauvaise foi de la salariée en raison, d'une part, du défaut de base factuelle de ses dénonciations du fait d'un manque de diligence dans son enquête sur le produit en cause et, d'autre part, de l'animosité personnelle qui l'avait à titre principal inspirée.

35 - La tendance actuelle est que le lanceur d'alerte communique directement au public les informations qu'il détient et il n'est donc pas surprenant qu'à l'occasion du débat sur les lanceurs d'alerte, ait été soulevée la question de la protection des sources des journalistes. Plus précisément, la question est posée de la protection du lanceur d'alerte qui, sans utiliser les voies internes de signalement, dénonce dans les médias (voire sur les réseaux sociaux) des faits qui font scandale ? Si les propos sont grossièrement erronés et diffamatoires, les lanceurs d'alerte qui informent secrètement les médias ont-ils à craindre pour le maintien de leur anonymat, ce qui évidemment contribuerait à tarir une source précieuse d'information journalistique ? Si certaines affaires récentes ont pu en faire douter<sup>95</sup>, c'est indépendamment de la problématique du lanceur d'alerte et du secret

88 CAA Paris, 1<sup>er</sup> juin 2015, n° 15PA00409.

89 Suivant l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

90 V. par exemple, *Libération*, 23 août 2012.

91 CJUE, 13 mai 2014, aff. C-131/12, *Google Spain SL et Google Inc.* : *JurisData* n° 2014-009597 ; JCP E 2014, 1327, note G. Busseuil.

92 *Cass. soc.*, 6 juin 2012, n° 10-28.199 : *JurisData* n° 2012-012102 ; JCP S 2012, act. 308.

93 *Cass. soc.*, 10 mars 2009, n° 07-44.092 : *JurisData* n° 2009-047388 ; JCP S 2009, 1225.

94 *Cass. crim.*, 8 avr. 2014, n° 12-88.412 : *JurisData* n° 2014-006952.

95 J.-H. Robert, *Du secret des sources à la réquisition des fadettes* : JCP G 2011, 1099. - A.-S. Chavent-Leclère, *Le secret de l'enquête doit céder devant le secret des sources du journaliste* : *Procédures* 2012, comm. 47.

des affaires. Et il importe de souligner que l'extension de la protection des lanceurs d'alerte et leur exclusion expresse des textes sur le secret des affaires, confortent la protection des sources des journalistes, élément fondamental de la liberté d'expression plusieurs fois affirmé en tant que tel par la CEDH<sup>96</sup>, et réaffirmé à l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, tel que modifié en 2010<sup>97</sup>.

## Conclusion

36 - Il est trop tôt pour dresser le bilan du droit d'alerte en France, sauf à constater que les mentalités ont considérablement évolué et que son utilité sociale n'est plus contestée. Il reste qu'on ne peut se satisfaire des dispositions actuelles éparses et mal coordonnées de la législation française. Les exemples du Royaume-Uni et de l'Irlande<sup>98</sup> montrent qu'il est possible de parvenir à un dispositif plus simple ménageant un équilibre entre droit d'alerte et préservation des droits de ceux qui sont mis en cause. Il est temps de songer à un texte applicable tous

96 CEDH, 27 mars 1996, n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni* : *JurisData* n° 2002-400023. Cette affaire concernait une injonction faite à un journaliste d'une revue technique de révéler l'identité de la personne lui ayant fourni des informations sur des projets confidentiels d'une entreprise. La CEDH a estimé qu'il y avait là violation de l'article 10 de la CEDH. - V. également, CEDH, 28 juin 2012, n° 15054/07 et 15066/07, *Ressiot et a. c/ France*, à propos d'investigations dans les locaux de l'Equipe et du Point et au domicile de journalistes à l'origine de fuites sur un éventuel dopage de coureurs cyclistes.

97 Cet article dispose, depuis la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, que « le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public » et qu'il ne peut y « être porté atteinte directement ou indirectement (...) que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi », cette atteinte ne pouvant « en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources ».

98 La législation irlandaise, qui prévoyait de nombreuses dispositions éparses et sectorielles, retient une approche globale depuis l'adoption du *Protected Disclosures Act* en 2014.

secteurs confondus énumérant de manière exhaustive le type d'informations susceptibles de donner lieu à signalement tout en étendant le droit d'alerte à des acteurs autres que les salariés ou les agents publics (fournisseurs, clients, etc.). Enfin, pour éviter que le droit d'alerte ne soit un vecteur privilégié de la vengeance personnelle, il faut prévoir une gradation dans l'exigence d'authenticité des faits qui devrait être plus forte lorsque ceux-ci sont transmis aux autorités ou *a fortiori* rendus publics.

37 - Plusieurs associations réclament la création d'une « maison des alertes »<sup>99</sup>, intermédiaire, *via* un numéro de téléphone ou un site Internet, entre le signalement à l'employeur et aux autorités investies de pouvoirs de sanction, et le public<sup>100</sup>. Créer une nouvelle institution dédiée au traitement de tous les cas d'alerte n'est peut-être pas la solution idoine car elle ajouterait une couche supplémentaire au millefeuille administratif. Il est toutefois légitime que les lanceurs d'alerte puissent être accompagnés dans leur démarche qui, si elle est sincère, n'est pas facile. Quant à l'utilisation des réseaux sociaux permettant, grâce à l'anonymat, de diffuser en toute impunité les rumeurs les plus folles à une échelle jusqu'ici inégalée, elle devrait également faire l'objet d'un encadrement, et ce au niveau européen. À la veille du dépôt du projet de loi *Sapin II*<sup>101</sup> qui risque de constituer une énième loi spécifique sur le droit d'alerte, la France ne devrait pas oublier en parallèle de promouvoir une législation de portée générale sur le droit d'alerte au niveau de l'Europe qui est le bon niveau pour un texte fondé sur les droits et libertés fondamentales. ■

99 Le cas échéant ayant le statut d'autorité administrative indépendante.

100 V. le modèle de la Commission nationale de déontologie et des alertes en matière de santé publique et environnement. - F.-G. Trébulle, *Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 1<sup>er</sup> avril 2013* : *Environnement et dev. durable* 2013, étude 21.

101 Ce projet s'inspire des préconisations du rapport *Nadal* précité de 2015 au nom de la HATVP.

## PANORAMA

1493

### CONCURRENCE - Rupture de relations commerciales - Rupture brutale - Relations commerciales entre une société de négoce de boissons et une société de transport - Rupture par la société de négoce de boissons

Une société qui exploitait un fonds de commerce de négoce de boissons, l'a donné en location-gérance à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2005 à une société avant de le

lui céder le 14 avril 2006. La société cessionnaire a informé la société qui assurait, depuis plusieurs années, les transports d'approvisionnement en boissons de ce fonds, de sa décision d'utiliser désormais ses propres camions pour ses approvisionnements, décision devenue effective quatre mois plus tard. Se prévalant de la durée de la relation commerciale qu'elle avait entretenue avec les prédécesseurs de la société

cessionnaire, la société de transport a assigné cette dernière société en paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale d'une relation commerciale établie. Ayant relevé que la société avait pris en location-gérance le fonds de commerce, à partir du 1<sup>er</sup> octobre 2005, puis avait acquis ce fonds par acte du 30 mars 2006, l'arrêt retient que si cette opération a transféré la propriété des éléments du fonds cédé, elle

