Les lanceurs d'alerte

Etude comparée France-Etats-Unis

Jean-Philippe Foegle

Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/1009>

DOI: 10.4000/revdh.1009

ISSN: 2264-119X

Publisher

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Electronic reference

Jean-Philippe Foegle, « Les lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* [Online], 6 | 2014, Online since 29 November 2014, connection on 08 July 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1009> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1009>

UNIVERSITÉ PARIS X – NANTERRE OUEST LA DÉFENSE

UFR de Droit et Science politique

Année Universitaire 2013/2014

Master 2 « Droits de l'homme et Pouvoirs Publics »

Les lanceurs d'alerte. Etude comparée France-Etats-Unis

Sous la direction de Mme CHAMPEIL-DESPLATS, professeure
agrégée des universités

Présenté et soutenu publiquement pour l'obtention du Master 2
« Droits de l'Homme » par Jean-Philippe Foegle le 5 septembre 2014.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, qui doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier en premier lieu Mme Champeil-Desplats pour avoir dirigé ce mémoire, pour ses conseils et encouragements et pour m'avoir encouragé à poursuivre une thèse sur le sujet des lanceurs d'alerte. Mes premiers remerciements vont également à Serge Slama pour ses conseils et encouragements particulièrement utiles et stimulants

Je tiens également à remercier l'ensemble des enseignants du Master II « Droits de l'Homme de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense pour les enseignements qu'ils nous ont dispensés et pour les conseils méthodologiques qu'ils nous ont prodigué.

Enfin, toute ma reconnaissance va à ma mère ainsi qu'à mes amis pour leur soutien. Ma gratitude va enfin tout particulièrement à Sophie dont la présence quotidienne à mes côtés.

Ce mémoire est en outre dédié à tous ceux qui, chaque jour, risquent leurs vies sur le front de la liberté d'expression et des droits humains.

SOMMAIRE

Introduction générale

Première partie : Le dédoublement conceptuel de la notion de “lanceur d'alerte” en France et aux Etats-Unis

Titre 1 : L'alerte à l'appui des politiques publiques : Une conception fonctionnelle du lanceur d'alerte comme sentinelle des risques, illégalités et irrégularités

Chapitre 1 : La restriction de la notion d'alerte à la dénonciation d'atteintes imminentes à des intérêts protégés par les pouvoirs publics

Chapitre 2 : L'octroi de l'usage légitime du droit d'alerte à un cercle étroit d'employés de « bonne foi »

Titre 2 : Un “droit à” alerter le public ? Une conception ouverte mais limitée de l'alerte comme contribution polémique au débat public

Chapitre 1 : Le droit à la liberté d'expression à l'appui de la divulgation publique d'informations

Chapitre 2 : La juridicité incertaine de l'alerte comme acte de désobéissance ou la prohibition de la pratique du « leaking »

Conclusion de la première partie

Seconde partie : Les lacunes des mécanismes de protection des lanceurs d'alerte en France et aux Etats-Unis

Titre 1 : L'insuffisance des garanties apportées à la libre-expression du lanceur d'alerte

Chapitre 1 : La sécurisation en demi-teinte des « canaux » de cheminement de l'alerte

Chapitre 2 : La liberté d'expression, libertés économiques, pouvoir hiérarchique : une conciliation délicate

Titre 2 : Les progrès en demi-teinte de la protection du lanceur d'alerte contre les mesures de rétorsion de son employeur

Chapitre 1 : L'aménagement des pouvoirs de l'employeur au profit du lanceur d'alerte

Chapitre 2 : L'adaptation des modes d'administration de la preuve au profit du lanceur d'alerte

Conclusion de la seconde partie

Conclusion générale

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

Cal. L. Rev : California Law Review

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.

CJFI : Courrier Juridique des Finances et de l'Industrie.

CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

CPP : Code de Procédure Pénale

Crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation.

CRS : Congressional Research Service

CSRA : Civil Service Reform Act

D.: Recueil Dalloz.

DOL : Departement Of Labor

Dr. adm. : revue Droit administratif.

Dr. soc : revue Droit social.

Éd. : Éditions.

EO : Executive Order

ERA : Energy Reinstatement Act

FCA : False Claims Act

Fed.Circ : Circuit fédéral

Fed. Comm. LJ : Federal Communication Law Journal

FOIA : Freedom Of Information Act

GAP : Government Accountability Project

Geo. J. Legal Ethics : Georgia Journal of Legal Ethics

Hofstra Lab. & Emp. LJ : Hofstra Labor & Employment Law Journal

IND.LJ : Indiana Law Journal

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

LPA : Les Petites Affiches.

Mercer L. Rev. : Mercer University Law Review

N. : Notamment

Okla. B. J : Oklahoma Bar Journal

ONU : Organisation des Nations Unies

OSHA : Occupational Safety and Health Administration

PPD : Presidential Policy Directive

QPC : Question Prioritaire de Constitutionnalité

RDT : Revue de droit du travail.

Rev.Trav. : Revue du travail

RFDA : Revue française de droit administratif.

RJS : Revue de Jurisprudence Sociale

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'Homme.

SCL Rev : South Carolina Law Review

SCOTUS : Supreme Court of The United States

SCPC : Service Central de Prévention de la Corruption

SOC. : Chambre sociale de la Cour de cassation.

SOX : Sarbanes-Oxley Act

Sup. Ct. Rev. : Supreme Court Review

TA : Tribunal administratif.

TC : Tribunal des conflits.

TGI : Tribunal de grande instance.

U. Pa. J. Bus. L : University of Pennsylvania Journal of Business Law

V. : Voir

Va. J. Int'l : Virginia Journal of International Law

Wm. & Mary L. Rev. : William and Mary Law Review

Wm. & Mary Pol'y Rev : William and Mary Policy Review

WPA : Whistleblower Protection Act

WPEA : Whistleblower Protection Enhancement Act

Yale L.J : Yale Law Journal

Wash. L. Rev : Washington Law Review

« Trahison ! C'est un grand mot ! Qu'est-ce qu'une trahison ? On dit d'un homme qu'il trahit ses amis, sa patrie, sa fiancée. Mais on ne saurait parler de trahison sans qu'il y ait à l'origine, un lien moral. Tout ce qu'un homme peut trahir, c'est sa conscience. ».

(Joseph Conrad, *Sous les yeux de l'Occident*, 1911, rééd. Flammarion, 1991)

INTRODUCTION

« *Ma seule motivation est d'informer le public sur ce qui est fait en leur nom et ce qui est fait contre eux* » (Edward Snowden)¹

Le « cas » Snowden, qui fait désormais l'objet d'un ouvrage en langue française², a « *démontré la nécessité de protéger les personnes divulguant des informations concernant des faits qui ont des implications sur les droits humains, ainsi que d'assurer le respect du droit à la vie privée* »³. Mais il a également révélé au public français une figure sociologique et juridique auparavant largement méconnue de celui-ci : celle du « lanceur d'alerte ». Définie par l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE) comme « *toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui* »⁴, il s'agit en France d'un « *Simple citoyen ou scientifique travaillant dans le domaine public ou privé [se trouvant] à un moment donné, confronté à un fait pouvant constituer un danger potentiel pour l'homme ou son environnement, et [qui] décide dès lors de porter ce fait au regard de la société civile et des pouvoirs publics* »⁵. Aux Etats-Unis, pays de « naissance » du concept, le lancement d'alerte est défini de la manière la plus courante par les scientifiques 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* »⁶. Cette définition relativement restrictive promue par la majorité des scientifiques⁷ Nord-Américains cohabite toutefois avec une vision « militante », plus large, du

1

“ The Work of a Generation », SNOWDEN (E.), *Common Dreams*, 1er octobre 2013 [<http://www.commondreams.org/views/2013/10/01/work-generation>]

²LEFEBURE (A.), . « *L'affaire Snowden: Comment les États-Unis espionnent le monde* ». La Découverte , 2013.

³ Bureau du Haut Commissaire aux Droits de l'Homme de l'ONU. “*Mass surveillance: Pillay urges respect for right to privacy and protection of individuals revealing human rights violations*”. 12 juillet 2013 [<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13534&>]

⁴APCE, 29 avril 2010, « *Résolution 1729 (2010) sur la Protection des «donneurs d'alerte* », 29 avril 2010.

⁵ Fondation Sciences Citoyennes, « *Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?* », 29 janvier 2008.

⁶NEAR (J.) MICELI (M.), " Effective Whistle-Blowing ", *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 3, juillet 1995, p. 680

⁷ NADER, « Whistleblowing » (1972). Cité dans l'article suivant : RONGINE (N.), « Toward a Coherent Legal response to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing ». *American Business Law Journal*, Summer 1985, Vol 23. 2. Issue; page 28.

*whistleblower*⁸. Assumant ouvertement sa volonté d'effectuer un recadrage conceptuel de la notion en promouvant une « *définition restrictive* » de la pratique du *whistleblowing*, le juriste Australien Peter Jubb décrit celle-ci-ci comme l'acte de divulgation et d'accusation à l'égard d'une organisation, réalisé par une personne ayant un accès privilégié à l'information portant sur une illégalité ou une mauvaise action grave passée ou présente et nécessitant un acte de déloyauté à l'égard de cette organisation. Cette dénonciation doit être, dans ce cadre, adressée à une entité externe ayant la capacité réelle de mettre fin à cette situation⁹. D'autres scientifiques encore, comme le Canadien Kenneth Kernaghan, conçoivent cette pratique comme intrinsèquement tournée vers le public¹⁰, tandis que le professeur Zachariah Ezekiel ne voit en celle-ci qu'un strict mécanisme procédural¹¹. On le constate, le simple fait de débiter une étude sur le phénomène du *whistleblowing* renvoie à une incertitude conceptuelle. Sans doute est-il nécessaire d'apporter, préalablement à toute étude, quelques éléments contextuels sur l'apparition de cette notion. Après avoir présenté les fondements et facteurs de l'émergence de la notion de « *lanceur d'alerte* » ou « *whistleblower* » en France et aux Etats-Unis (**Section 1**), nous examinerons les enjeux juridiques et théoriques que celle-ci suscite. (**Section 2**)

Section 1 : Du *Whistleblower* au *Lanceur d'Alerte* : fondements et facteurs de la circulation d'un concept entre deux ordres juridiques

Si, en France et aux États-Unis, l'introduction du concept de « *porteur d'alerte* » correspond à la volonté de promouvoir et d'élargir la responsabilité démocratique des gouvernants et des entreprises, le *Whistleblower* à l'Américaine répond à une tradition politique ancrée dans le « noyau dur » de la démocratie américaine (**Paragraphe 1**), tandis que l'introduction plus

⁸Ainsi, l'avocat et militant consumériste Ralph Nader adopte, une conception plus ouverte -mais également plus empreinte de de subjectivisme- de la pratique du *whistleblowing* comme « *L'acte d'un homme ou d'une femme qui, ayant la conviction que l'intérêt public doit primer sur l'intérêt de l'organisation qu'il sert, lance l'alerte (blows the whistle) sur le fait que l'organisation est engagée dans une activité de corruption, une activité illégale, frauduleuse ou encore, présentant un risque pour le public* »

⁹JUBB (P.), "Whistleblowing: A restrictive definition and interpretation.", *Journal of Business Ethics* 21.1 pp. 77-94.

¹⁰Celui-ci définit le *whistleblowing* comme une « *divulgation au public, par des employés du secteur public, d'information concernant des méfaits gouvernementaux* ». KERNAGHAN (K.), LANGFORD (J.), « The Responsible Public Servant », *The Institute of Public Administration of Canada*, 1990, p. 94

¹¹Il s'agirait alors d'une « *procédure de dénonciation que les employés peuvent utiliser pour faire part d'inquiétudes concernant des actes illégaux ou non-éthiques constatées sur leur lieu de travail* ». EZEKIEL (Z.) "Creating effective whistleblowing mechanisms ; Insights for practitioners" The Conference Board of Canada, décembre 2004, p.1

récente en France du « lanceur d’alerte », tributaire en partie d'un mouvement de circulation du concept, s’est faite de manière plus laborieuse, suscitant de nombreuses controverses (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1: La divulgation publique d’information au cœur de la conception Nord-Américaine de la responsabilité démocratique.

Comme le souligne l'avocat et militant Stephen M. Kohn dans un ouvrage récent¹², la notion de « *whistleblower* » semble intimement liée à la vision promue par les pères fondateurs de la démocratie américaine. Ainsi, contrairement à une vision courante faisant remonter l'apparition de la première loi protectrice des lanceurs d'alerte à l'intervention du « *False Claims Act* » (FCA) au cours de la guerre de sécession en 1863¹³, le premier statut protecteur de ces personnes semble avoir été mis en place dès 1777. Cette première irruption du « *whistleblower* » -sans que ce terme ne soit mentionné explicitement- dans l’histoire américaine faisait suite aux poursuites engagées par un amiral de la flotte américaine à l’égard de l’un de ses subordonnés, qui avait dénoncé les agissements de torture perpétrés par ce dernier¹⁴. A la suite d’investigations et dans le but de protéger les dénonciateurs, le congrès continental avait, par un vote à l'unanimité, adopté la première loi protectrice des *whistleblowers*¹⁵. Plus largement, les fondateurs de la démocratie américaine semblaient avoir pour conviction commune l'existence d'un lien intime, organique, entre la transmission d'un flux adéquat d'informations (*proper flow of information*) au public, et la souveraineté populaire (*self-government*). Comme l'a souligné le professeur Alexander Meiklejohn, le premier amendement a d'ailleurs être interprété en ce sens par la Cour Suprême des Etats-Unis¹⁶. Il est vrai que certains de ces pères fondateurs, et non des moindres, semblent avoir partagé cette conception de la liberté d'expression ; ce fut le cas, notamment, de James

¹²KOHN (S.), “*The Whistleblower's Handbook: A Step-by-step Guide to Doing What's Right and Protecting Yourself*”, Globe Pequot, 2011.

¹³31 U.S.C. §§ 3729–3733. Cette loi est également appelée, dans le langage courant, la « loi Lincoln ».

¹⁴Ibid., ; 195-202. V, également : FIEDL(E.). *Esek Hopkins, commander-in-chief of the continental navy during the American Revolution, 1775 to 1778: master mariner, politician, brigadier general, naval officer and philanthropist*. Preston & Rounds Co, 1878.

¹⁵Loi affirmant qu’ » *Il est du devoir de toute personne travaillant au service des Etats-Unis d'Amérique [...] de fournir sans délai au congrès ou à toute autre autorité légitime toute information qui serait portée à leur connaissance concernant tout comportement immoral, toute fraude ou tout abus d'autorité commis par des personnes au service des Etats-Unis.* » ; Library of congress, « Journals of the continental congress 1774-1789 » Vol. 9, 1778, 2 mai – 1^{er} septembre, p.732

¹⁶MEIKLEJOHN (A.), "The First Amendment is an Absolute." *Sup. Ct. Rev.*, 1961, p. 245.

Madison¹⁷ et de Thomas Jefferson¹⁸. Un autre événement critique pour la construction d'un État fédéral, celui de la guerre de sécession, a conduit à ancrer le *whistleblowing* dans une longue tradition politique Nord-Américaine. En réponse à des fraudes¹⁹, le Congrès des Etats-Unis avait promulgué la loi dite du « *False Claims Act* » le 2 mars 1863, texte toujours en vigueur aujourd'hui²⁰. Cette loi, faisant appel à un mécanisme classique de la *Common Law* (celui du « *Qui tam* »²¹) se proposait de permettre à chaque citoyen d'engager une action contre une firme au nom de l'État, en étant ainsi récompensé par une partie du montant de l'amende. Resté en sommeil pendant des années avant de trouver un nouvel élan, le FCA a été codifié en 1986, puis modifié en 2009 par le *Fraud Enforcement and Recovery Act*²² et, récemment, par le *Patient Protection and Affordable Care Act* de 2010²³ 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 fraudes²⁴. Bien que la rétribution des lanceurs d'alerte fasse débat²⁵, ce mécanisme constitue aujourd'hui l'un des dispositifs centraux du *whistleblowing* aux Etats-Unis²⁶. La tradition démocratique Nord-Américaine a donc donné naissance, de manière précoce, à deux conceptions bien distinctes du whistleblower, conceptions dont les divergences seront soulignées dans la suite de l'étude.

Enfant légitime d'une tradition politique bien établie, la notion contemporaine de « *whistleblower* » est plus sûrement liée au progrès exponentiel des libertés économiques et des avancées scientifiques. Celle-ci semble s'être, à compter des années 1960, façonnée dans

¹⁷ « Un peuple qui entend se gouverner lui-même doit s'armer du pouvoir que confère l'information » Cité par : KATZ (A.), "Government information leaks and the First Amendment." *Cal. L. Rev.* 64 (1976): 108, p.11

¹⁸ « Le moyen le plus sûr de conserver l'essence de la démocratie américaine est offrir aux citoyens un accès complet aux informations qui les concernent par le biais des journaux publics. Ibid.

¹⁹ Durant la guerre, des contractants peu scrupuleux de l'armée fédérale avaient vendu à celle-ci des chevaux et mules en mauvaise santé, des rations alimentaires en décomposition ainsi que des armements défectueux

²⁰ Pour une présentation synthétique de l'histoire de cette loi, l'on pourra consulter l'article suivant : LAHMAN (L.) "Bad Mules: A Primer on the Federal False Claims Act", 76 *Okla. B. J.*, 2005, p.901.

²¹ Littéralement « *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* ». Ce mécanisme, apparu en Angleterre au XVe siècle, permet à des personnes physiques d'engager une action contre une tiers au nom de l'État en étant récompensé par une partie du montant de l'amende perçue.

²² Pub.L. 111–21, S. 386, 123 Stat. 1617

²³ Pub.L. 111–148, 124 Stat. 119

²⁴ RAPP (G.), "Mutiny by the Bounties? The Attempt to Reform Wall Street by the New Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act." *Brigham Young University Law Review*, 2012, p.73.

²⁵ L'Universitaire Matt Vega de l'Université du Connecticut y voit ainsi une pratique « opposant l'opportunisme des salariés à l'opportunisme des entreprises ». VEGA (M.), "Beyond Incentives: Making Corporate Whistleblowing Moral in the New Era of Dodd-Frank Act" *Bounty Hunting*." *Connecticut Law Review* 45.2, 2012, pp. 481-545.

²⁶ L'application de cette loi a en effet, selon des 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. Voir : U.S. DEPARTEMENTY OF JUSTICE (DOJ) "Fraud Statistics – Overview," Oct. 1, 1987 – Sept. 30, 2012, 3 oct. 2012.

le cadre des « *usages sociaux du droit* »²⁷ en réponse aux crises sanitaires et techniques et, plus largement, à une perte de confiance dans les mécanismes traditionnels de la représentation démocratique²⁸. Comme le souligne Nicole-Marie Meyer, chargée de la question des lanceurs d'alerte au sein de la section française de l'Organisation Non Gouvernementale Transparency International, ceux-ci « *émergent avec une crise sociale et morale, à un moment où le contrôle démocratique est devenu important* »²⁹. La fin des années 1960 avait ainsi souligné, d'une part, le rôle important joué par les membres d'organisations dans la révélation d'abus gouvernementaux ou d'atteintes aux intérêts du public par les entreprises³⁰. Mais, d'autre part, cette fin de décennie avait également mis en évidence la difficulté pour ces « *résistants éthiques* », souvent pris pour cible par les entreprises et les administrations, de faire entendre leurs voix³¹. Les individus qui, comme Franck Serpico, Ernest Fitzgerald ou Karen Silkwood, avaient révélé au public des méfaits commis par leurs organisations respectives, s'étaient vus faire l'objet de mesures de rétorsion et d'intenses campagnes de dénigrement visant à les décrédibiliser publiquement³². La création du terme de « *whistleblower* » correspondait ainsi explicitement à la volonté affichée par un certain nombre d'organisations de la société civile de contribuer à la légitimation des lanceurs d'alerte, en valorisant leur rôle et en leur offrant un « forum »³³. Le terme exact est mentionné pour la première fois lors d'une conférence organisée par l'avocat militant américain Ralph Nader, le 30 septembre 1970, soit peu de temps après l'« affaire » Daniel Ellsberg³⁴. La

²⁷Notion partant du postulat que la régulation juridique ne résulte pas tant des « *effets directs, quasi-mécaniques, de l'application de la règle de droit* » mais opère aussi à travers « *les effets symboliques du droit, par le biais des représentations liées à l'existence ou au contenu des règles existantes : elle s'opère, enfin et surtout, à travers les usages que les acteurs font de la règle, et qui ne coïncident pas nécessairement avec les objectifs poursuivis initialement par : le législateur* » Voir LOCHAK (D.) (dir), *Les usages sociaux du droit*, Cahiers du C.U.R.A.P.P, Paris, P.U.F., 1989, 335 pp.

²⁸Les politologues Glazer Myron et Penina Migdal Myron rappellent ainsi que les mobilisations croissantes contre la Guerre au Vietnam, contre l'opacité des industries nucléaires et contre la collusion croissante entre le personnel politique et les responsables des grandes industries ont constitué un terreau collectif à l'apparition des premiers « résistants éthiques » au sein des entreprises. Voir GLAZER (M), GLAZER (P.), « *The whistleblowers: Exposing corruption in government and industry* », Basic Books, 1989, pp. 9-38 (The Beginnings of ethical resistance)

²⁹« *Les lanceurs d'alerte émergent avec une crise sociale et morale* », Les dossiers multimédias du CUEJ, 16 avril 2014. [<http://www.cuej.info/dossiers-multimedias/candidature-web-france-televisions-romain-geoffroy-etudiant-au-cuej/les>]

³⁰ GLAZER (M), GLAZER (P.), Op.cit. pp. 9-38

³¹ GLAZER (M), GLAZER (P.) Op.cit. pp. 9-38

³²Voir CAMPBELL (G.), « *Snitch or Savior: How the Modern Cultural Acceptance of Pharmaceutical Company Employee External Whistleblowing is Reflected in Dodd-Frank and the Affordable Care Act* », *U. Pa. J. Bus. L.*, 2012, vol. 15, p. 565.

³³ GLAZER (M), GLAZER (P.) p. cit., pp. 39-66

³⁴Daniel Ellsberg est un ancien analyste employé par la RAND Corporation, qui a provoqué une controverse en 1971 en fournissant au *New York Times* les *Pentagon Papers*, soit 7 000 pages de documentation couvertes par le secret défense et concernant le processus décisionnel du gouvernement pendant la guerre du Viêt Nam.

création de cette notion visait explicitement à la séparer de celles de dénonciateur et de délateur, et à souligner l'importance de ces personnes dans la révélation d'atteintes supposées à l'intérêt du public et dans le fonctionnement d'une démocratie³⁵. Cette légitimation politique et lexicale du rôle des « *whistleblowers* », encouragée par l'action d'associations particulièrement actives et implantées à Washington comme le « *Gouvernement Accountability Project* » (GAP) créé en 1977³⁶, a contribué au succès de la notion. Cette cause collective a en effet connu une postérité très importante : ainsi, entre 1983 et 2013, la question de la protection des « *whistleblowers* » a fait l'objet d'une attention soutenue, sans cesse renouvelée, des pouvoirs publics.³⁷

Paragraphe 2 : L'internationalisation et la réception tardive de la notion de « lanceur d'alerte » en France.

La notion s'est par la suite, à compter des années 1990, diffusée à d'autres ordres juridiques : comme le rapporte Daniel Banisar³⁸, près de 30 Etats ont, à ce jour, adopté une législation protectrice des lanceurs d'alerte. La circulation juridique de la notion à compter de cette décennie ne relève pas du hasard : elle procède en effet d'un mouvement idéologique puissant et d'ontologie libérale, souvent qualifié d'« *open government* » -que Robert Vaughn lie à la chute de l'Union soviétique³⁹- consistant à lier l'idée de démocratie à celle de transparence et de partage équitable de l'information tant dans la sphère politique que dans la sphère économique, notamment dans le but de réduire la corruption et d'assurer un fonctionnement optimal des marchés, tout en valorisant le rôle de la société civile⁴⁰. Le succès de la notion s'explique ainsi en grande partie par une volonté d'élargir le champ de la vigilance aux actes dangereux ou illégaux -qui repose déjà sur des mécanismes institutionnels- en étendant cette vigilance à un certain nombre de citoyens⁴¹. A ce titre, la protection des lanceurs d'alerte fait

³⁵NADER (R.) PETKAS (P.) et BLACKWELL (K.), "*Whistle blowing: The report of the conference on professional responsibility*", Viking Pr, 1972.

³⁶ GLAZER (M), GLAZER (P.), Op. cit., pp 39-66.

³⁷RAPP (G.), "Four Signal Moments in Whistleblower Law: 1983-2013." *Hofstra Lab. & Emp. LJ*, 30, 389, 2013, p.389.

³⁸BANISAR (D.) "Whistleblowing: International Standards and Developments", *Corruption and transparency : debating the frontiers between State, Market and the society*, Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, DC, 2011

³⁹ Op. Cit, VAUGHN (R.), Chapitre 13.

⁴⁰L'initiative « CleanGovBiz » de l'OCDE et l'action de l'ONG Transparency International, par exemple, tendent à promouvoir ce type de conception de la gouvernance démocratique.

⁴¹Voir MANSBACH (A.), Art.cité, in Op.Cit, 2011, p 13

partie des critères de bonne gouvernance conçus par l'OCDE⁴². Le phénomène de circulation des normes sus-cité a été facilité par les « *experts* » des administrations internationales et des organisations non gouvernementales au sein desquels figurent notamment l'ONG Transparency International et l'OCDE⁴³. Les divers textes internationaux protégeant les porteurs d'alerte tendent dès lors à s'harmoniser⁴⁴. En résulte, dans le domaine international, une inflation normative nuisant à la lisibilité du dispositif. Reste néanmoins que les outils internationaux et régionaux tendent à se rapprocher et à promouvoir une approche globale du *whistleblowing*, visant à mettre en place la législation la plus complète possible. Cette approche globale (*global approach*) du phénomène, doublée de la mise en place d'une législation complète (*comprehensive legislation*) fait partie, aux yeux de nombreux membres de la doctrine, de l'un des éléments-clés d'une législation efficiente en matière de promotion du *whistleblowing*⁴⁵. Plusieurs pays, en particulier l'Australie et le Royaume-Uni⁴⁶ qui font figure d'Etat pionniers sur ce point⁴⁷, adoptent une conception globale du lanceur d'alerte.

En France, le débat sur la protection des « *lanceurs d'alerte* » a été plus tardif et s'est posé dans des termes différents⁴⁸. La réflexion des sociologues sur ce sujet, qui a précédé la mise en œuvre juridique du concept, s'inscrivait ainsi dans une « *sociologie pragmatique du risque* », visant moins à mettre fin à une activité illégale ou immorale qu'à faciliter la circulation des « *signaux d'alerte faibles* » permettant de repérer des risques sanitaires,

⁴²Voir BANISAR (D.), Art. Cité, 2006, p.35.

⁴³ Ces deux organisations, par la publication de "recommandations" et la mise en avant de "bonnes pratiques" en matière de *whistleblowing*, ont largement contribué à l'émergence internationale de la notion. Voir, notamment : OSTERHAUS (A.), "Recommended draft principles for whistleblowing legislation." Transparency International, novembre 2009 ; OCDE, "Whistleblower Protection Frameworks, Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation", 2011.

⁴⁴ La Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 prévoit ainsi à son article 9 la protection des employés signalant des faits de corruption, tandis que la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 prévoit l'obligation pour tout agent de signaler toute activité, tout emploi, tout avoirs ou don d'où pourrait résulter un conflit d'intérêt (§5). De la même manière, la convention OIT n°158 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, qui 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 » semble décliné en « disposition miroir » dans l'article 24-3-c de la Charte Sociale européenne Révisée de 1996

⁴⁵ LEWIS (D.). "Arbitrary legal protection will only deter whistleblowers." *Nursing Standard* ,27.39 ,2013.

⁴⁶BROWN (A.J.). "Flying Foxes and Freedom of Speech: Statutory Recognition of Public Whistleblowing in Australia." *Whistleblowing and Democratic Values* (2011), p. 86. ; CALLAHAN (E.), DWORKIN (T.), LEWIS (T.M), "Whistleblowing: Australian, UK, and US Approaches to Disclosure in the Public Interest." *Va. J. Int'l L.* 44 (2003), p.879.

⁴⁷ Le « *Gouvernement Accountability Project* » décrit ainsi l'état des protections accordées aux lanceurs d'alerte au sein de l'Union Européenne comme marquée par un « *leadership du Royaume-Uni* ».

⁴⁸ Comme le souligne le sociologue Francois Chateauraynaud, « *la construction de la figure de l'alerte a été opérée en détachant analytiquement le moment de l'alerte et celui de la dénonciation ou de la critique, et en montrant que tout signal d'alerte engage une multiplicité de logiques d'action et de jugement comme la vigilance, la controverse, la polémique, la normalisation, l'accusation ou le scandale* ».CHATEAURAYNAUD (F.), « Les lanceurs d'alerte et la loi », *Experts* 83, p. 44-47

environnementaux ou encore technologiques⁴⁹. A ce titre, la notion de lanceur d'alerte « à la française » s'inscrit dans une tradition plus large de réflexion critique sur les risques technologiques et sur leur prévention : l'approche théorique du concept a, en France, précédé sa mise en œuvre pratique⁵⁰. A l'inverse de la figure « tragique » du *whistleblower* dont le sort dramatique permettrait de toucher l'opinion publique par un mécanisme de catharsis⁵¹, le lanceur d'alerte serait une « *figure sociologique froide* »⁵². En lien avec les crises sanitaires intervenues lors de la dernière décennie, la question des lanceurs d'alerte scientifiques a constitué la principale « *porte d'entrée* » de la réflexion sur les porteurs d'alerte en France⁵³. En février 2008, la mission Corinne Lepage, chargée de la traduction juridique des orientations prévues par le Grenelle de l'environnement en matière de gouvernance écologique, prend en compte ces réflexions et intègre la question de la protection juridique des lanceurs d'alerte⁵⁴. Le rapport est suivi par un important colloque sur le thème⁵⁵. Peu d'années après et pour la première fois en France, la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 *relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé* a posé les bases d'un statut juridique du « lanceur d'alerte » codifié à l'article L. 5312-4-2 du code de la santé publique, sans utiliser le terme⁵⁶. Au-delà de la question des lanceurs d'alerte scientifiques, la France a longtemps entretenu une relation conflictuelle avec « ses » lanceurs d'alerte, voyant en eux de simples délateurs. Ainsi, les prémisses de l'introduction de la notion en France par la médiation des chartes d'entreprises avaient suscité d'importantes polémiques, tandis que la CNIL émettait, elle, des réserves sur les futurs systèmes de

⁴⁹CHATEAURAYNAUD (F.), TORNAY (D.), *Les Sombres précurseurs : Une Sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1999, 278 pp.

⁵⁰NOIVILLE (C.), *Du bon gouvernement des risques: le droit et la question du "risque acceptable"*, Paris, Presses universitaires de France, 2003 [<http://penseedudiscours.hypotheses.org/1189>]

⁵¹PAVEAU (M.A.), *Les événements discursifs moraux 5. Le sifflet vertueux du whistleblower*, 2013. [<http://penseedudiscours.hypotheses.org/1187>]

⁵² Il s'agirait moins de « siffler » le coup d'arrêt d'un processus que de marquer le commencement de la trajectoire d'un problème qui ne devient public que graduellement. V. PAVEAU (A.) ? "Les diseurs de vérité (5). Le lanceur d'alerte, une figure sociologique froide.", 2010

⁵³ Ainsi, les sociologues, scientifiques ou juristes ont revendiqué la mise en place d'une législation pour protéger les lanceurs d'alerte l'ont fait en référence aux lanceurs d'alerte scientifiques. Voir, notamment : NOIVILLE (C.), L'HERMITTE (M-A), « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Natures Sciences Sociétés*, 2006/3 - Vol. 14, pp. 269 -277.

⁵⁴LEPAGE (C.), Rapport au Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables sur la gouvernance écologique, *La documentation française*, 2008.

⁵⁵Colloque « *Lanceurs d'alerte et système d'expertise : vers une législation exemplaire en 2008 ?* » organisé par Marie-Christine Blandin et la Fondation Sciences citoyennes au Sénat, à Paris, le 27 mars 2008

⁵⁶Cette disposition prévoit une protection du salarié ayant « relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». A cette protection est associé un mécanisme de partage de la charge de la preuve inspiré du droit de la lutte contre les discriminations

« *whistleblowing* » au sein des entreprises⁵⁷. Ces réticences ont été, semble-t-il, en partie surmontées depuis, et la distinction très académique entre « lanceur d'alerte » et « *whistleblower* » tend à perdre de sa pertinence. En témoigne le vote, depuis 2008, de 5 lois en faveur des lanceurs d'alerte, ainsi que la publication de nombreux rapports officiels se prononçant en faveur d'une protection accrue de ceux-ci⁵⁸, permettant « *des avancées considérables en matière de droit d'alerte, comblant une part du retard que notre pays accusait* »⁵⁹. Malgré ces progrès, le droit français actuel reste marqué par une approche parcellaire et partielle du phénomène, sans réelle mise en cohérence.⁶⁰

Section 2 : Les enjeux juridiques et théoriques d'une protection des « lanceurs d'alerte ».

Le constat d'une émergence globale de la figure du *lanceur d'alerte* ou *whistleblower* n'épuise pas l'ensemble des problématiques liées à cette pratique. L'émergence de protections pour ces personnes suscite d'importants enjeux philosophiques et juridiques (**Paragraphe 1**), justifiant une problématisation de la présente étude sous l'angle des droits de l'homme et de la désobéissance. (**Paragraphe 2**)

Paragraphe 1 : Le « lanceur d'alerte » : une notion polémique recelant des enjeux juridiques et théoriques de premier plan.

Un rapide état de la littérature Nord-Américaine en matière d'étude du phénomène des « lanceurs d'alerte » démontre la richesse et la multiplicité des facteurs explicatifs des causes et conséquences de celui-ci. Forme de « *citoyenneté d'entreprise* » pour les uns⁶¹, simple outil de lutte contre la corruption ou instrument supplémentaire de prévention des risques pour les

⁵⁷Voir infra, Seconde partie, Chapitre 1, Section 1, A)

⁵⁸Voir, pour les plus récents : COMMISSION DE RÉFLEXION POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA VIE PUBLIQUE, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », rapport [remis au Président de la République le 26 janvier 2011](#). ; COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, « Pour un renouveau démocratique », rapport remis au président de la république le 12 novembre 2012.

⁵⁹« *L'alerte éthique dans le monde et en France* ». Intervention de Nicole Marie Meyer, chargée de mission à Transparency International. 31 janvier 2014

⁶⁰BILLARD (A.), DURANTON (M.), FOEGLE (J.-P.), MARTIN-TEODORCZYK (T.), « Le 'milieu du gué' de la protection législative des lanceurs d'alerte », *Actualités Droits-Libertés*, 20 mai 2014

⁶¹VINTEN, (G.)(ed.). « *Whistleblowing: subversion or corporate citizenship?* », *St. Martin's Press*, 1994.

autres⁶², certains verraient dans le *whistleblowing* une variante parmi d'autre de « *désobéissance organisationnelle* »⁶³. C'est toutefois du côté de la philosophie, et plus particulièrement de la philosophie du discours et de l'éthique narrative, que l'on trouve l'explication la plus puissante et la plus éclairante du phénomène, tant dans sa dimension individuelle que dans sa dimension socio-politique. Ainsi, s'agissant de la dimension individuelle du *whistleblowing*, le philosophe C.F. Alford fait appel à la notion de « *narcissisme moralisé* »⁶⁴ pour décrire les ressorts de l'action des lanceurs d'alerte. Au delà de la multiplicité des motivations de ces personnes, existerait au moins un facteur explicatif unique aux risques pris par les *whistleblowers* : la conviction, d'ordre moral, de ne pouvoir faire autrement que de prendre la parole pour alerter le public, tout en ayant conscience des risques potentiellement encourus. Mettant en scène des loyautés conflictuelles, la loyauté à l'organisation d'une part, et la loyauté à une certaine forme d'éthique de la conviction d'autre part, le lancement d'alerte place nécessairement le lanceur d'alerte face à un dilemme difficilement soluble⁶⁵. Du point de vue socio-politique, la notion de « *lanceur d'alerte* » révèle également d'importants enjeux. Le philosophe Abraham Mansbach⁶⁶ assimile le *lanceur d'alerte* ou *whistleblower* à une figure contemporaine du *parrésias* telle que décrite par Michel Foucault lors de sa leçon inaugurale au collège de France⁶⁷. Cette notion de « *parrésie* », implique d'après Michel Foucault, la réunion de deux éléments constitutifs : d'une part, le fait de dire la « vérité », mais aussi, d'autre part, le fait que cette vérité dite comporte un risque pour celui qui l'énonce⁶⁸. Or, comme le souligne Abraham Mansbach, la notion même de *parrésie* -et donc, de *whistleblowing*- laisse à voir un

⁶² TSAHURIDU (E.), "Whistleblowing management is Risk management", *Whistleblowing and Democratic Values*. London: International Whistleblowing Research Network, 2011, p. 56-69.

⁶³ NEAR (J.) et MICELI (M.), « Organizational dissidence: The case of whistle-blowing », *Journal of Business Ethics*, 1985, vol. 4, no 1, p. 1-16. ; ELLISTON (F.), "Civil disobedience and whistleblowing: A comparative appraisal of two forms of dissent", *Journal of Business Ethics*, 1982, vol. 1, no 1, p. 23-28.

⁶⁴ Dans son ouvrage, C.F. Alford explique que le narcissisme n'est pas réductible à la conception de sens commun d'amour de soi et d'incapacité à prendre l'autre en compte, mais peut constituer « *une source profonde et puissante de moralité, menant certains narcisses à sacrifier leurs biens humains pour une idée noble* ». Voir ALFORD (C.), *Whistleblowers: Broken lives and organizational power*, Ithaca, Cornell University Press, 2002, p 78.

⁶⁵ JENSEN (J.), « Ethical tension points in whistleblowing. » *Journal of Business Ethics*, 1987, vol. 6, no 4, p. 321-328.

⁶⁶ MANSBACH (A.), "Keeping Democracy Vibrant: Whistleblowing as Truth-Telling in the Workplace", *Constellations*, 2009, vol. 16, no 3, p. 363-376.

⁶⁷ « La parrésia est donc, en deux mots, le courage de la vérité chez celui qui parle et prend le risque de dire, en dépit de tout, toute la vérité qu'il pense, mais c'est aussi le courage de l'interlocuteur qui accepte de recevoir comme vraie la vérité blessante qu'il entend » FOUCAULT (M.), *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II, Cours au collège de France 1984*, Paris, Gallimard Seuil, 2009, p14

⁶⁸ « *il faut que le sujet, en disant cette vérité qu'il marque comme étant son opinion, sa pensée, sa croyance, prenne un certain risque, risque qui concerne la relation même qu'il a avec celui auquel il s'adresse* ». Op. Cit., 2009, p. 12

paradoxe : celui d'un discours valorisé au niveau socio-politique, mais exposant son locuteur, au niveau individuel, à des représailles⁶⁹. D'une part le concept de « lanceur d'alerte » est susceptible avoir des « effets radicaux » sur la démocratie en permettant la réappropriation par les citoyens de la parole démocratique dans des sphères -notamment l'entreprise- qui sont traditionnellement placées « hors-champ » de la délibération démocratique, et est généralement salué en tant que tel. Mais, d'autre part, les contraintes inhérentes aux institutions démocratiques conduiraient à devoir exclure le discours du lanceur d'alerte de l'agora publique. Plus largement, le *parrésias* ou *whistleblower* serait une figure trop révolutionnaire pour bénéficier d'une réelle protection dans une démocratie libérale : les démocraties ne pourraient supporter le « discours de la vérité », car celui-ci conduirait, par un partage éthique du pouvoir, à devoir distinguer les citoyens selon leur degré de proximité avec la vérité⁷⁰. C.F Alford met ainsi en évidence un trait commun à l'ensemble des « whistleblowers » : l'incapacité de produire un discours cohérent sur leur propre histoire, qui serait caractéristique, non pas d'une incapacité à produire du sens à son propre discours, mais d'une absence caractéristique de réception de celui-ci, la plupart des *whistleblowers* soulignant qu'ils n'ont pas été entendus.⁷¹

Les études empiriques menées aux Etats-Unis sur le sujet confirment ces intuitions. Dans les faits, de nombreuses affaires ont montré que les *whistleblowers* étaient sanctionnés par divers moyens⁷². Bien qu'aucune étude empirique sur la question n'ait été réalisée en France, de récents essais publiés en langue française incitent à faire le même constat s'agissant de la situation des « lanceurs d'alerte » Français, qui ne semble guère plus enviable⁷³. Tel est le « paradoxe » du lanceur d'alerte, dont Edward Snowden constitue le « cas-limite »⁷⁴ : admiré pour l'honnêteté de sa parole et pour sa vertu de courage, celui-ci est en même temps stigmatisé et

⁶⁹MANSBACH (A.). Whistleblowing as fearless speech: The radical democratic effects of late-modern parrhesia. *Whistleblowing and democratic values*. London, The International Whistleblowing Research Network, 2011, p. 12-26.

⁷⁰Ibidem.

⁷¹ALFORD C.F. (2007), « Whistleblower Narratives: The Experience of Choiceless Choice », *Social Research* 74-1, en ligne: http://findarticles.com/p/articles/mi_m2267/is_1_74/ai_n19094732/

⁷² En résulte une grande souffrance de la part des whistleblowers : Ainsi, 84% des lanceurs d'alerte interrogés dans une étude en date de 1999 avaient soufferts de dépression nerveuse ; 69%, d'une fatigue chronique ; 57% d'une dégradation significative de la qualité des relations avec leur famille proche. Voir ROTHCHILD (J.) , MIETHE, (T.), « Whistle-blower disclosures and management retaliation the battle to control information about organization corruption. » *Work and occupations*, 1999, vol. 26, no 1, p. 107-128.

⁷³HARTMANN (F.) *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Paris, Don Quichotte, 2014, 234 pp.

⁷⁴Voyant son geste reconnu et salué par un nombre croissant d'instances officielles, proposé pour le prix Sakharov et le Prix Nobel de la Paix, Edward Snowden a été dans le même temps privé de la quasi-totalité de ses droits en tant que citoyen américain.

marginalisé, parfois très durement, pour les conséquences négatives de sa parole sur la société ou l'organisation. A ce stade, l'on conçoit très aisément les enjeux présidant à la mise en place d'un régime juridique spécifique pour protéger les lanceurs d'alerte : à problématique spécifique, réponse juridique spécifique. D'un côté, comme l'a bien souligné le commissaire aux droits de l'homme du conseil de l'Europe Thomas Hammarberg,⁷⁵ l'encouragement à la prise de parole des « *insiders* » dans les entreprises et les administrations publiques peut potentiellement dynamiser la démocratie tout en permettant de révéler des violations des droits de l'homme qui, en d'autres hypothèses, auraient été passées sous silence. Mais, d'autre part, la pratique du lancement d'alerte comporterait dans la majorité des cas de tels risques qu'il serait préférable, pour le lanceur d'alerte, de ne pas prendre la parole. La protection juridique de ces personnes est donc essentielle, en ce qu'elle peut permettre de réduire l'inajustement entre la valorisation du discours du lanceur d'alerte au niveau politique, et les risques auxquels s'exposent, structurellement, ces personnes au niveau individuel. Or, comme le signalent A.J. Brown et P. Latimer, l'existence de lois valorisant le rôle des lanceurs d'alerte et prenant en compte de manière adéquate la situation de ceux-ci constitue un élément-clé d'une politique publique valorisant la pratique du *whistleblowing*⁷⁶. Plus largement, si la situation « *tragique* » des lanceurs d'alerte n'est pas la problématique la plus importante à laquelle les démocraties modernes sont amenées à faire face, elle en recoupe pourtant bien d'autres⁷⁷. S'interroger sur l'étendue des protections qu'une démocratie entend accorder aux « *lanceurs d'alerte* » conduit nécessairement à s'interroger sur l'étendue et sur les limites de la transparence, de la liberté d'expression et de la responsabilité des gouvernants, problématiques sans cesse renouvelées par la déploiement des technologies et des libertés économiques.⁷⁸

Paragraphe 2 : Parvenir à une compréhension générale du phénomène des « lanceurs d'alerte »

⁷⁵ « M. Hammarberg souligne, en citant les mémoires d'Andreï Sakharov, que la menace d'une révélation freine les atteintes aux droits de l'homme. Lorsque les signalements responsables sont protégés, par la loi et par des mesures pratiques, on peut s'attendre à ce que les violations des droits de l'homme diminuent ».

STEPHENSON (P.), LEVI (M.), « La protection des donneurs d'alerte », Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40.

⁷⁶ BROWN (A.J.), LATIMER (P.), « Whistleblower Laws: International Best Practice », *UNSW Law Journal* 31-3, 2008 766-794.

⁷⁷ ALFORD (C.), Op.cit., p 29.

⁷⁸ Ainsi, avait affirmé Noberto Bobbio, « les conséquences des activités économiques constituent, avec les effets des innovations technologiques, les principaux défis contemporains que doivent affronter les droits de l'homme » ; cité dans CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2011, 295 pp

Malgré ces enjeux pressants, très peu de travaux juridiques en langue française sont consacrés à la notion⁷⁹. On trouve néanmoins quelques travaux en droit du travail⁸⁰ ou plus largement en droit privé⁸¹. Les travaux sur les lanceurs d'alerte dans la fonction publique sont encore plus rares en France⁸², malgré la publication récente de deux articles sur cette thématique⁸³. Toutefois, le sujet n'a, à notre connaissance, pas encore fait l'objet d'une étude juridique globale le liant à la thématique des droits fondamentaux et de la mutation de leurs modes de protection. Comme l'affirme le professeur Roseline Letteron, il est sans doute grand temps, dans notre pays, de mener l'étude du concept de « lanceur d'alerte »⁸⁴.

L'étude du discours des juristes Nord-Américain pose une difficulté inverse : bien que très prolixe, le discours doctrinal a, dans ce pays, largement échoué dans sa tentative de produire du sens. En effet, la doctrine aux Etats-Unis semble s'être majoritairement concentrée sur des aspects extrêmement spécifiques du phénomène du lancement d'alerte, au détriment d'une vision générale de celui-ci. Cet effort doctrinal peut, dans son ensemble, être classifié en quatre approches bien distinctes. La première, fortement liée aux organisations démo-libérales ayant fait la promotion du concept de *whistleblower*, est liée à la volonté de faire la promotion d'une « gouvernance ouverte » ou « démocratie ouverte », et insiste sur la nécessité de favoriser la prise de décision politique en toute transparence⁸⁵. La seconde, que nous qualifierions d'approche « droits de l'homme restreinte », insiste plus particulièrement sur le régime de la liberté d'expression, et apparaît tout entière tournée vers l'intérêt du public à recevoir des informa-

⁷⁹V. toutefois : CHATEAURAYNAUD (F.) "Les lanceurs d'alerte et la loi. Comment la protection des lanceurs d'alerte et des alertes peut modifier les processus d'expertise", *Experts*, Avril 2009, n°83, pp. 44-47.

⁸⁰LECLERC, (O.). « La protection du salarié lanceur d'alerte. » *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, 2007, p. 287-298 ; ADAM, (P.), « Le retour des sycophantes? (à propos du whistleblowing). » *Droit ouvrier*, 2006, no 695, p. 281-296.

⁸¹DUPISSON-GUINEHEUF (M.), « *Le droit d'alerter. Étude sur la protection de l'intégrité physique des personnes* », Thèse de droit privé, soutenue le 20 novembre 2013 à l'Université de Nantes, sous la direction du Pr Rafael Encinas de Munagorri

⁸²V. toutefois : PRINGAULT (S.), « L'obligation de réserve des agents publics face au devoir de dénonciation d'infractions pénales. Une inadaptation du droit français à la problématique du whistleblowing », *DA* 2012, étude 8

⁸³BILLARD (A.), DURANTON (M.), FOEGLE (J.-P.), MARTIN-TEODORCZYK (T.), « Le 'milieu du gué' de la protection législative des lanceurs d'alerte », *Actualités Droits-Libertés*, 20 mai 2014 ; FOEGLE (J.-P.), SLAMA (S.), « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *Actualités Droits-Libertés*, 14 mars 2014.

⁸⁴LETTERON (R.), « Faut-il protéger les 'lanceurs d'alerte' ? », *Contrepoints.fr*, 11 décembre 2013 (<http://www.contrepoints.org/2013/12/11/149495-faut-il-protoger-les-lanceurs-dalerte>).

⁸⁵Voir, pour des exemples significatifs : DEHAVEN-SMITH (L.), "Myth and Reality of Whistleblower Protections", *Public Integrity*, 2011, vol. 13, no 3, p. 207-220. ; EARLE (H.), MADEK (A.), "The Mirage of Whistleblower Protection Under Sarbanes-Oxley: A Proposal for Change†" *American Business Law Journal*, 2007, vol. 44, no 1, p. 1-54.

tions⁸⁶. La troisième insiste plus volontiers sur l'impact des systèmes d'alerte sur le marché du travail et sur sa régulation ; ses efforts semblent tendre vers un but unique : prouver l'intérêt qu'ont les entreprises à mettre en place des systèmes d'alerte pour améliorer le gouvernement d'entreprise et assurer un partage équitable de l'information sur les marchés⁸⁷. La dernière approche, enfin, est cantonnée à la doctrine travailliste et se focalise sur la protection des personnes elles-mêmes, et envisage alors principalement la protection des lanceurs d'alerte comme un moyen parmi d'autres de réguler les relations professionnelles⁸⁸.

Ces quatre types d'approche recouvrent quatre types d'enjeux importants et correspondent à une réalité législative⁸⁹, mais ne permettent pas de restituer une éventuelle cohérence dans la manière dont les pouvoirs publics se saisissent de la question du lancement d'alerte. Plus qu'un phénomène unique, le lancement d'alerte procéderait ainsi de l'adjonction de différents objectifs et de leur conciliation avec des intérêts divers. Seul point commun : les lanceurs d'alerte se trouvent, dans chaque hypothèse considérée, placés au centre d'une tension permanente entre l'intérêt public, le secret d'État et les libertés économiques.

A ce stade, l'étude comparée de l'encadrement du phénomène du *whistleblowing* en France et aux Etats-Unis présente un intérêt tout à la fois pour les ressemblances et les dissemblances des deux systèmes. Dissemblants, les deux systèmes juridiques le sont à de nombreux égards, et notamment dans la mesure où la problématique des « lanceurs d'alerte » a fait l'objet d'un encadrement et d'un intérêt bien plus précoce aux Etats-Unis qu'en France. Et, bien entendu, ni la philosophie de la liberté d'expression⁹⁰, ni la conception de l'espace public⁹¹, ni les sys-

⁸⁶KATZ (A.), "Government information leaks and the First Amendment", *California Law Review*, 1976, p. 108-145. ; OPPER (M.), "WikiLeaks: Balancing First Amendment Rights with National Security.", *Loy. LA Ent. L. Rev.*, 2010, vol. 31, p. 237 ; POZEN (D.), "The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information" *Harv. L. Rev.*, 2013, vol. 127, p. 512. ;

⁸⁷Voir, pour des exemples significatifs : CALLAHAN (E.S), DWORKIN (T.M), "The state of state whistleblower protection." *American Business Law Journal*, 2000, vol. 38, no 1, p. 99-175. MACEY (J.), "Getting the word out about fraud: a theoretical analysis of whistleblowing and insider trading", *Michigan Law Review*, 2007, p. 1899-1940.

⁸⁸Voir, pour des exemples significatifs : FISHER (D.), "The Whistleblower Protection Act of 1989: A False Hope for Whistleblowers". *Rutgers L. Rev.*, 1990, vol. 43, p. 355 ; MALIN (M.), "Protecting the Whistleblower from Retaliatory Discharge", *University of Michigan Journal of Law Reform*, 1983, vol. 16, p. 727 ;

⁸⁹Ainsi, à titre d'exemple la création du Merit System Protection Board correspondrait à une approche centrée sur les droits des salariés, tandis que la loi dite « Sarbanes-Oxley ». L'aménagement des règles relatives au secret d'état relèverait, lui de l'approche dite de « gouvernement ouvert ». Voir Op;Cit, VAUGHN (R.), 2013, Chap.6

⁹⁰ROSENFELD (M.), « La philosophie de la liberté d'expression en Amérique. La liberté d'expression en théorie et en pratique. » *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, 2006, p. 883-895.

⁹¹En témoignent les controverses transatlantiques sur l'émergence, en Europe, du « droit à l'oubli » qui vient heurter directement la conception américaine du « droit à l'information du public ». Voir, sur cette thématique : MCNEALY (J.), « The Emerging Conflict Between Newsworthiness and the Right to Be Forgotten », *Northern*

tèmes constitutionnels français et américains ne sont rigoureusement les mêmes. Mais les deux systèmes juridiques tendent toutefois, en matière de *whistleblowing*, à s'harmoniser. Comme cela a été souligné supra (voir partie 1.), les lois intervenues récemment ont permis à la France de combler une partie du retard dont elle accusait, et la distinction initiale entre « lanceur d'alerte » et « whistleblower » tend à s'estomper. Nous emploierons d'ailleurs dans cet étude ces deux termes comme des synonymes. Au delà, deux phénomènes problématiques pour la protection effective des lanceurs d'alerte ont lieu à la fois en France et aux Etats-Unis : d'une part, une inversion croissante de la hiérarchie entre sécurité et liberté du fait des impératifs de la « lutte contre le terrorisme »⁹² ; d'autre part, un renforcement croissant des libertés économiques sous l'impulsion du droit international économique⁹³. Si la comparaison est éclairante, encore faut-il, pour ne pas adopter de biais culturel en faveur d'une conception ou d'une autre du *whistleblowing*, partir d'une pré-définition suffisamment large du phénomène. L'on considérera donc, à titre d'hypothèse, du principe que la définition du « porteur d'alerte » fournie par le conseil de l'Europe⁹⁴ est la mieux à même d'offrir un premier aperçu du phénomène. Nous ferons également le choix d'étudier l'ensemble des sources du droit (jurisprudence, lois, constitution) pertinentes pour comprendre le phénomène du *whistleblowing*, sans tenir compte de la distinction traditionnelle entre « droit privé » et « droit public »⁹⁵. Enfin, s'agissant de la France, l'on portera une attention particulière aux décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, par sa jurisprudence pilote sur les lanceurs d'alerte⁹⁶ et sa conception large du droit à la liberté d'expression, constitue un puissant facteur d'évolution du droit interne. Soulignons en dernier lieu que pour des raisons de temps, nous ne nous focaliserons que sur les principales lois fédérales protégeant les « lanceurs d'alerte » aux Etats-Unis, bien que de nombreux états fédérés aient adoptés des lois protectrices⁹⁷. De plus, nous n'étudierons pas non plus les « bounty laws », à savoir les lois faisant la promotion du lance-

Kentucky Law Review, 2012.

⁹²GIRARD (C.), « La lutte contre le terrorisme : l'hypothèse de la circulation des normes », Bruylant, 2011, 352 pp.

⁹³Voir, not. :BOY (L.), « Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile » *Revue internationale de droit économique*, 2003, vol. 17, no 3, p. 471-493.

⁹⁴ Il s'agit alors de « toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui ». APCE « Résolution 1729 (2010) sur la « Protection des «donneurs d'alerte» », 2010.

⁹⁵ Celle-ci est peu opérante dans la mesure où les règles relatives à la protection des « lanceurs d'alerte » couvrent un panel extrêmement divers de branches du droit, et que la distinction droit privé- droit public n'a pas la même portée aux Etats-Unis qu'en France.

⁹⁶ Voir, sur ce sujet : JUNOD (V.), « La liberté d'expression du whistleblower », *RTDH* 2009, p.227 ;JUNOD (V.), « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *RTDH*, n° 98, 2014, p. 459.

⁹⁷CALLAHAN (E.), DWORKIN (T.) « The state of state whistleblower protection », *American Business Law Journal*, 2000, vol. 38, no 1, p. 99-175.

ment d'alerte en rétribuant les lanceurs d'alerte, car ce type de loi n'existe pas en France. De la même manière, nous nous focaliserons sur le terme de « lanceur » d'alerte et n'aborderons que la protection des personnes physiques lançant l'alerte. En effet, si en France, le circuit de veille sanitaire constitue également un mécanisme d'alerte impliquant des personnes morales, celui-ci n'a pas, stricto sensu, d'équivalent en droit Nord-Américain. Et, surtout, nous partirons du présupposé -potentiellement contestable, nous en convenons- que l'enjeu de la mise en place d'une législation protectrice des lanceurs d'alerte touche principalement aux risques encourus par les personnes physiques, par définition plus importants que les risques auxquels pourraient s'exposer d'éventuelles personnes morales lanceuses d'alerte. Enfin, ne sera abordé que marginalement la tentative de réforme du « *Whistleblower Protection Act* » menée en 2012 car nous ne disposons pas, au moment où ces lignes sont écrites, d'un recul suffisant sur les applications de celle-ci.

Ces précisions préalables étant faites, l'on tentera d'avoir une approche suffisamment englobante du phénomène du « lanceur d'alerte » pour permettre d'étudier la fois ses implications dans la sphère individuelle, et ses implications socio-politiques. Il nous semble pertinent, pour ce faire, d'avoir une première approche juridique du sujet sous l'angle de la désobéissance et de ses encadrements juridiques. En effet, comme le rappelle la majorité de la doctrine Nord-Américaine, la pratique du lancement d'alerte ou *whistleblowing* implique, en tout état de cause, une forme de désobéissance à un ordre établi, qui peut s'analyser sous l'angle des théories du contrat social⁹⁸. Et, comme le souligne Robert Vaughn, la désobéissance -civile, en l'occurrence- et le lancement d'alerte visent tous deux à marquer le refus d'accorder aux institutions -privées comme publique- le consentement qui constitue la source de leur pouvoir⁹⁹. Ainsi, la désobéissance directe à un ordre et le refus de maintenir le silence constituent deux manifestations d'un même phénomène : celui du refus de consentir et donc, d'obéir¹⁰⁰. A tout le moins, celle-ci implique la rupture de liens de loyauté liant le lanceur d'alerte à une organisation face à laquelle celui opère dans une situation de faiblesse¹⁰¹. Tout l'enjeu est alors de savoir quels sont, aux yeux des pouvoirs publics, les modes de désobéissance conçus comme

⁹⁸ ELLISTON (A.). « Civil disobedience and whistleblowing: A comparative appraisal of two forms of dissent. », *Journal of Business Ethics*, 1982, vol. 1, no 1, p. 23-28.

⁹⁹ Le lancement d'alerte repose ainsi « [...] sur la majorité des principes opérationnels de la désobéissance civile » et a pour fondement « la possibilité de refuser de donner aux institutions gouvernementales et aux bureaucraties privées le consentement [...] qui constitue précisément la source du pouvoir de ces institutions ». Op. Cit, VAUGHN (R.), 2013, p 44.

¹⁰⁰ « [...] le premier aspect de l'expression d'un non-consentement consiste à désobéir directement à un ordre ; le second consiste à refuser d'obéir en refusant de consentir à une action par le maintien du silence » Ibid.

¹⁰¹ MANSBACH (A.), « Political surplus of whistleblowing: A case study. », *Business Ethics: A European Review*, 2007, vol. 16, no 2, p. 124-131.

suffisamment légitimes pour bénéficier d'une reconnaissance juridique. Or, si le rôle positif du lanceur d'alerte est désormais reconnu en tant qu'il permet de révéler les abus des entreprises et des gouvernants celui-ci ne se verrait accorder une protection que dans les limites assignées par les institutions démocratiques, qui tendent à se contracter. Le « cas » Snowden est à cet égard significatif : lorsqu'elle concerne des faits touchant directement à la sécurité nationale ou aux intérêts stratégiques de la « nation », la protection des lanceurs d'alerte tend à céder le pas et à favoriser le maintien du secret. Le rôle exact assigné aux porteurs d'alerte ne peut se comprendre qu'en le situant sur une « *échelle de la désobéissance* »¹⁰² classant les différentes formes de désobéissance selon leur impact et, surtout, sur leur légitimité dans une démocratie. Ainsi, peuvent être qualifié de « *lanceurs d'alerte* » ceux dont l'acte de désobéissance s'inscrit au soutien de politiques promues par les pouvoirs publics. A l'inverse, ceux dont l'acte de dénonciation ne visent pas à mettre fin à une situation contraire à l'intérêt du public tel que défini par les pouvoirs publics et par les interprètes légitimes des droits fondamentaux, mais à mettre en cause une politique en révélant des faits sans que la loi ne les y ait autorisés, ne sont pas considérés comme des « *whistleblowers* ». L'exclusion des formes les plus radicales de la pratique du lancement d'alerte incite à décrire le lanceurs d'alertes comme un « *dénonciateur institutionnel* » ou « *dénonciateur légal* » qui, parce qu'il fait usage des voies de droit qui lui ont été ouvertes, permet aux pouvoirs publics de concilier l'exigence croissante de transparence¹⁰³ avec le maintien du secret¹⁰⁴. Potentiellement révolutionnaire et radicale, la pratique du « lancement d'alerte se verrait donc en grande partie vidée de sa substance ontologique en passant du rang de prétention à vocation juridique au rang de « droit ». Il s'agira ainsi d'examiner les contraintes juridiques et politiques restreignant le champ et l'effectivité de la notion de « lanceur d'alerte » sous deux angles distincts, qui peuvent entrer en conflit et créer une tension : celui de la loyauté du lanceur d'alerte aux institutions démocratiques d'une part, et sous l'angle de la loyauté du lanceur d'alerte à l'organisation à laquelle celui-ci appartient.

¹⁰²Idee empruntée à Danièle Lochak, qui traite implicitement la question de la désobéissance en démocratie sous cet angle. Art. Cit., LOCHAK (D.), 1998.

¹⁰³Comme le souligne Guy Carcassonne dans des considérations critiques « *La transparence invite à la prudence et la prudence à la demi-mesure ou, au contraire, à la mesure extrême si elle entre dans le champ d'application, chaque jour élargi, du principe de précaution.* » CARCASSONNE (G.) Le trouble de la transparence. *Pouvoirs*, 2001, no 2, p. 17-23.

¹⁰⁴Comme le note Jean-Michel Belorgey, « [...]toutes sortes de motifs militent pour que soit, même en démocratie, préservée dans l'action publique une zone de secret, au moins de confidentialité. Des dirigeants responsables ne travaillent pas, en effet, sous la dictée des groupes de pression, de la rue ou des comités populaires » . BELORGEY (J-M). L'État entre transparence et secret. *Pouvoirs*, 2001, no 2, p. 25-32.

Sous l'angle de la relation du lanceur d'alerte aux institutions démocratiques -qui incite en réalité à examiner la définition donnée par les pouvoirs publics de ce qu'est ou n'est pas un « lanceur d'alerte »- se laisse à voir un dédoublement conceptuel. La première conception, dominante, consiste à faire du « *lanceur d'alerte* » un « *dénonciateur légal* » : celui-ci n'est alors reconnu comme légitime que dès lors qu'il dénonce des faits que les pouvoirs publics entendent réprimer, ou des risques auxquels ceux-ci souhaitent mettre fin. Son statut est alors très strictement encadré par les pouvoirs publics, et ne bénéficie qu'à des catégories bien définies de citoyens. Mais cette conception restrictive cohabite avec une seconde conception -largement portée par la société civile- plus ouverte et plus plastique du « *lanceur d'alerte* », fondée sur une acception large du droit à la liberté d'expression. Dans cette seconde hypothèse, la dénomination de « *lanceur d'alerte* » peut potentiellement bénéficier à tout citoyen révélant des faits d'importance majeure et peut, dans sa variante la plus radicale, se rapprocher de la désobéissance civile¹⁰⁵. La juridicité de cette conception est néanmoins plus incertaine, et l'extension du concept de « *lanceur d'alerte* » semble avoir pour corollaire l'exclusion des modes les plus radicaux de lancement d'alerte, ceux que la doctrine Nord-Américaine réunit sous le concept unique de « *leaking* ». Ce dédoublement conceptuel de la notion d'alerte en fait une notion particulièrement floue et perméable aux sphères de l'éthique et de la politique. Cette incapacité à pouvoir définir de manière suffisamment claire qui peut ou non mériter le qualificatif de « *lanceur d'alerte* » constitue l'un des facteurs d'ineffectivité de la protection instituée au bénéfice de ceux-ci. **(Première Partie)**

Nous nous focaliserons en second lieu sur le lien unissant le lanceur d'alerte et l'organisation à laquelle il appartient : ceci nous incitera à étudier les mécanismes par lesquels les pouvoirs publics protègent et encouragent la désobéissance des salariés et agents publics à leur employeur dans un but d'intérêt général. D'un point de vue théorique, ceci nous conduira nécessairement à aborder la question de l'effectivité des droits, entendue comme l'écart constaté entre la norme au stade de son énonciation et la norme dans ses applications pratiques. Ici, les mécanismes prévus pour protéger ceux qui peuvent mériter le qualificatif de « *lanceur d'alerte* » renvoient à une délicate conciliation entre des intérêts fondamentalement divergents. Ainsi, dès lors que l'exercice par les lanceurs d'alerte de leur « *droit d'alerte* » implique un acte de dénonciation de tiers ou d'accusation envers une organisation, la conciliation

¹⁰⁵La variante la plus radicale est celle du « *leaking* », (fuitage d'informations) pratiqué par Wikileaks, que la doctrine américaine distingue analytiquement du « *whistleblowing* »

des droits des tiers et du lanceur d'alerte apparaît particulièrement difficile à l'usage¹⁰⁶. Sur-tout, l'exercice du « *droit d'alerter* » se heurte généralement de manière frontale aux intérêts des organisations, renvoyant la protection des lanceurs d'alerte à une délicate conciliation des droits fondamentaux de ceux-ci avec les libertés économiques¹⁰⁷. En outre, si le régime de la liberté d'expression paraît de nature à protéger la parole des lanceurs d'alerte, la protection de leurs droits en tant que travailleur, qui rejoint celle de la difficile affirmation des « *droits sociaux* »¹⁰⁸, est plus délicate. Malgré les progrès réalisés, l'action de porter une alerte semble toujours constituer un exercice périlleux. **(Seconde partie)**

Première partie- Le dédoublement conceptuel de la notion de « lanceur d'alerte » en France et aux États-Unis :

La notion juridique de « lanceur d'alerte » a fait l'objet d'un travail permanent de construction de la part de la doctrine et des pouvoirs publics. Ses contours apparaissent donc particulièrement fuyants. Cette difficulté cognitive est accentuée de le caractère polémique de la notion, laissant souvent à voir un débat structuré de manière binaire entre diverses conceptions militantes et peu nuancées de la notion, la première retenant une définition extensive des personnes pouvant se voir qualifiées de « *lanceurs d'alerte* », l'autre rejetant ceux-ci dans le camp des « délateurs » ou des « ennemis de la démocratie ». Ces diverses polémiques démontrent sans doute que l'enjeu d'une définition ce qu'est un « *lanceur d'alerte* » n'est pas strictement cognitif. En pratique, dépend de cette qualification tout à la fois l'application d'un statut protecteur (qui sera étudié dans la seconde partie) et la

¹⁰⁶ Et ceci d'autant plus que la dénonciation peut présenter des caractéristiques particulièrement dangereuses dans une démocratie. LOCHAK (D.), «La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie? » *L'État de droit: mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, 1996, p. 451-470.

¹⁰⁷ Voir, notamment : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2011, 295 pp.

¹⁰⁸ Voir, notamment : ROMAN (D.), (ed.). *Droits des pauvres, pauvres droits?: recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*. Mission de recherche Droit et justice, 2010.

reconnaissance de la légitimité des révélations faites par une personne. Venant pour un temps, par sa prise de parole, perturber les mécanismes routiniers de la machinerie du pouvoir, le lanceur d'alerte invite donc nécessairement à s'interroger sur les contours que nous souhaitons assigner à la démocratie. La profondeur philosophique potentielle de ce débat explique sans doute le caractère peu cohérent du droit actuel en France et aux États-Unis. Celui-ci ne définit en effet à aucun moment de manière unique ce qu'est un « *lanceur d'alerte* » : coexistent donc deux visions bien différentes de cette notion. La première conception, fonctionnelle, se déduit de l'étude de l'ensemble des lois des sectorielles centrées sur la poursuite de politiques publiques bien ciblées (prévention de la corruption, protection de l'environnement) qui ont progressivement tracé les contours du statut « légal » du lanceur d'alerte. Selon cette conception, l'action du lanceur s'inscrit dans cadre strictement défini par les autorités et à l'appui des politiques publiques, dont il participe de l'effectivité en dénonçant les actes ou comportements jugés non conformes aux intérêts défendus par les institutions démocratiques. Le « lanceur d'alerte » apparaît ainsi, dans sa relation à l'Etat, comme un « dénonciateur légal » plus qu'un désobéissant, bien qu'il contribue par son action à la bonne marche de la démocratie. **(Titre 1).** Toutefois, les usages sociaux de la notion -notamment les usages « militants » faits de celle-ci par une partie de la société civile- permettent de repérer l'existence d'une seconde conception, potentiellement plus radicale, du lanceur d'alerte. Celle-ci tendrait à faire de l'acte du lanceur d'alerte un acte citoyen, fondé sur la conscience individuelle et intrinsèquement tournée vers le public. Dès lors que le lanceur d'alerte se trouverait face à des agissements qu'il juge dangereux pour le public et contraires à ses opinions, celui-ci serait alors fondé à rendre public ceux-ci, y compris lorsque les pouvoirs publics ont entendu maintenir le secret. L'action du lanceur d'alerte ne viserait plus nécessairement à mettre fin à des agissements illégaux ou irréguliers, mais viserait plus largement à susciter une réaction du public et, bien souvent, à tenter de provoquer un changement politique. La juridicité de cette conception « *ouverte* » du lanceur d'alerte comme citoyen désobéissant, qui tendrait à accréditer l'idée selon laquelle le lancement d'alerte constituerait un Droit de l'Homme, relève sans doute moins du droit que de la philosophie politique et morale et se heurte à de nombreux obstacles juridiques et politiques rendant sa juridicité incertaine. **(Titre 2)**

Titre 1 - L'alerte à l'appui des politiques publiques : Une conception fonctionnelle du lanceur d'alerte comme dénonciateur des risques et des irrégularités

L'étude du concept de « *lanceur d'alerte* » tel qu'il ressort des lois spécifiquement dédiées à cette problématique laisse à voir une notion fortement encadrée, liée à la volonté d'assurer une protection des intérêts protégés par les pouvoirs publics en encourageant la dénonciation des illégalités, irrégularités et risques. Ce mouvement de restriction peut s'étudier de manière analytique en séparant, d'une part, la notion d'alerte et, d'autre part, la définition des personnes pouvant légitimement être titulaires de ce « *droit d'alerte* ». Cette distinction présente en effet deux intérêts notables. En premier lieu, elle présente un intérêt chronologique : le lanceur d'alerte acquérant cette qualité en dénonçant des faits ou comportements illégaux ou contraires à l'éthique, existe implicitement une condition d'antériorité des faits dénoncés. En second lieu, la distinction présente un intérêt dans la mesure où l'existence d'un « *droit d'alerte* » et celle d'une personne pouvant légitimement porter cette alerte ne coïncident pas nécessairement : en témoigne le circuit de « *veille sanitaire et environnementale* » en France, dans lequel ce ne sont pas des personnes physiques, mais des institutions qui émettent des alertes. Ce type spécifique de signaux d'alerte, qui fait déjà l'objet de nombre d'études, ne sera pas étudié ici. La conception fonctionnelle du *whistleblower* qui fera l'objet des développements qui suivent apparaît doublement circonscrite. L'alerte que peut émettre le porteur d'alerte est confinée à la dénonciation de comportements allant à l'encontre d'intérêts protégés par la loi. Ces faits ou comportements doivent en outre présenter un caractère suffisant de gravité et s'inscrire dans une temporalité courte, en ayant des effets immédiats (**Chapitre 1**). En second lieu, la notion de lanceur d'alerte est circonscrite dans son usage : seul un cercle restreint de personnes peuvent, légitimement, faire usage de leur droit d'alerte. Dans ce cadre, seul les personnes liées à une organisation par un lien de subordination (élément objectif) et agissant de bonne foi (élément objectif) peuvent se voir reconnaître un droit d'alerter(**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La restriction de la notion d'alerte à la dénonciation d'atteintes imminentes à des intérêts protégés par les pouvoirs publics

Ainsi que nous le soulignons *supra*, l'exercice par le lanceur d'alerte de sa liberté d'expression est enserrée dans des conditions restrictives, limitant très largement le champ d'action potentiel de ceux-ci. Cette restriction se révèle à la fois dans le champ limité des faits et comportement pouvant faire l'objet d'une « alerte », et des personnes pouvant légitimement exercer ce droit, qui s'analyse comme une « faculté » ou un « pouvoir » plus qu'un droit à proprement parler. Ainsi, les lois relatives au *whistleblowing* ainsi que la jurisprudence pertinente sur la question ont toutes deux tracées les contours d'une « alerte » limitée aux hypothèses de dénonciation d'illégalités, de risques ou de comportements contraires à l'éthique **(Section 1)**. En outre, les faits ou comportements dénoncés doivent présenter un caractère suffisamment substantiel et imminent pour nécessiter une réaction rapide des pouvoirs publics, ce qui exclut que l'alerte puisse avoir pour objet principal de contribuer au débat démocratique. **(Section 2)**

Section 1 : L'alerte confinée à la stricte dénonciation d'illégalités et de « risques »

Deux types de comportements distincts peuvent être visés par une « alerte ». Il s'agit, d'une part, des comportements contraires à la loi, en quel cas un éventuel « droit » d'alerte s'analyse moins comme un droit que comme un devoir de dénoncer **(A)**. La dénonciation de risques ou de comportements contraires à l'éthique constitue quand à lui la seconde catégorie de faits pouvant justifier que soit lancée l'alerte. **(B)**

A) L'alerte comme dénonciation d'illégalités

Le statut légal encadrant le phénomène de l'alerte en France et aux États-Unis cantonne en premier lieu celui-ci à la dénonciation d'illégalités au sens strict. Ainsi, en France, l'article 40 du Code de procédure pénale¹⁰⁹ s'est avéré constituer un dispositif de *whistleblowing* en pratique, alors qu'il n'était pas forcément pensé dans cette optique par le législateur¹¹⁰. Cet article, décliné en de multiples « *dispositions miroir* »¹¹¹, prévoit une obligation à la charge

¹⁰⁹ « 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 »

¹¹⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL (Section française), « *L'alerte éthique ou whistleblowing* », Fiche technique. [http://www.transparency-france.org/ewb_pages/f/fiche_technique_whistleblowing.php]

¹¹¹ Voir : SCPC, Rapport annuel , 2011, p. 205

des agents publics de transmettre « *sans délai* » au procureur les crimes et délits dont celui-ci aurait eu connaissance « *dans l'exercice de ses fonctions* ». Adoptée dans le contexte de l'« affaire Cahuzac », la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la grande délinquance économique et financière procède de la même démarche en en créant un article 6ter au sein de la loi de 1983 portant droit et obligations des fonctionnaires et un article L. 1132-3-3 au sein du Code du travail, qui font tous deux référence à des « *faits constitutifs d'un délit ou d'un crime* » dont le lanceur d'alerte aurait eu connaissance « *dans le cadre de ses fonctions* ». De la même manière que pour l'article 40, la formulation est générale et « *visé tous les types d'infraction, pas seulement ceux en matière de fraude fiscale et de grande délinquance économique et financière* »¹¹².

La majorité des lois relatives au *whistleblowing* aux Etats-Unis adoptent le même type de structure, faisant référence, en premier lieu, à la dénonciation d'une « *violation d'une loi, d'une règle ou d'un règlement* »¹¹³. Cette référence est commune à la majorité des lois mises en place aux Etats-Unis. Ainsi en est-il principalement du Whistleblower Protection Act (WPA)¹¹⁴ qui reprend lui-même la formulation du Civil Service Reform Act de 1978 (CSRA)¹¹⁵. Le WPA ayant servi de modèle à la majorité des lois protectrices des lanceurs d'alerte aux Etats-Unis¹¹⁶, l'on retrouve le même type de formulation dans d'autres textes¹¹⁷. La jurisprudence du Merit System Protection Board (MSPB) et du circuit fédéral¹¹⁸ ayant précisé que cette dénonciation d'illégalité ne vise pas nécessairement « *à dénoncer des illégalités visées directement par le WPA* »¹¹⁹ et que les lanceurs d'alerte n'ont pas besoin de faire référence à une loi en particulier¹²⁰, l'hypothèse de dénonciation d'illégalités envisagée est ici

¹¹²BOUTON (J.), « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *RDT* 2014, p.471

¹¹³« *A violation of a law, rule or regulation* »

¹¹⁴Pub.L. 101-12, 103 Stat.16

¹¹⁵Pub.L. 95-454, 92 Stat. 1111

¹¹⁶Voir DEVINE (T.), « The Whistleblower Protection Act of 1989: Foundation for the Modern Law of Employment Dissent », *Administrative Law Review*, 1999, p. 531-579. ; VAUGHN (R.), « America's First Comprehensive Statute Protecting Corporate Whistleblowers », *Administrative Law Review*, 2005, p. 1-105

¹¹⁷Pour une liste exhaustive de ces textes, voir : SHIMABUKORO (J.), WHITAKER (L.), « Whistleblower Protections under Federal Law : an overview », *Congressional Research Service*, 13 septembre 2012.

¹¹⁸Le MSPB est une instance quasi-juridictionnelle chargée de protéger les lanceurs d'alerte, et composée de juges administratifs nommés par le pouvoir exécutif. Ses décisions sont susceptibles d'appel auprès de la Cour d'Appel du circuit fédéral (United States Court of Appeals for the Federal Circuit). Pour une présentation plus détaillée de ces procédures, voir : MSPB, « Whistleblower Protections for Federal Employees », *Report for the President and the Congress*, septembre 2010, p.3

¹¹⁹*Mogyorossy v. Department of the Air Force*, 96 M.S.P.R. 652, ¶ 11 (2004).

¹²⁰*DiGiorgio v. Department of the Navy*, 84 M.S.P.R (1984)

générale. Le constat d'une violation de la loi constitue donc, de manière générale, la première hypothèse dans laquelle peut être ouvert un droit de tirer l'alerte.

Au-delà de cette référence très générale à la violation de la loi, de nombreuses législations -en France comme aux Etats-Unis- se focalisent sur la dénonciation d'illégalités bien ciblées ou plus largement d'irrégularités ou d'actes de mauvaise gestion proscrits par une loi sectorielle. Ainsi, la section 806 de la Loi « Sarbanes-Oxley »¹²¹, dont l'objectif général était de « *protéger les investisseurs en améliorant l'authenticité et la fiabilité de l'information financière* »¹²², ouvre aux salariés un droit limité de dénoncer des faits susceptibles de constituer une atteinte aux mesures de régulation des marchés prévus par cette même loi. La jurisprudence de l'Administrative Review Board (ARB)¹²³ applique toutefois ce critère très strictement, ne considérant pas comme légitime la dénonciation de faits de discrimination raciale¹²⁴ ou d'atteinte à des procédures « internes » de régulation¹²⁵, quand bien même ils révéleraient des dysfonctionnements généraux de l'entreprise susceptibles de créer un climat favorable aux fraudes. De la même manière, en France, la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption a prévu à son article 9¹²⁶ une protection du lanceur d'alerte salarié, mais uniquement dans l'hypothèse où celui-ci dénoncerait des « *faits de corruption* ». Des dispositifs similaires existent également, dans la fonction publique, en matière de faits de harcèlement sexuel¹²⁷, ou de harcèlement moral.¹²⁸

B) L'alerte comme dénonciation de risques et comportements contraires à l'éthique

¹²¹ Pub.L. 107-204, 116 Stat. 745

¹²² Il s'agit du « titre long » de la loi : « *An act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purpose* ». Ibid.

¹²³ Cette instance, constituée de 5 membres désignés par le Secrétariat d'Etat au travail, est une instance quasi-juridictionnelle chargée de l'appel des décisions de l'administration du travail. Ses décisions sont susceptibles d'appel auprès des cours du circuit fédéral. Pour une présentation : <http://www.dol.gov/arb/welcome.html>

¹²⁴ ARB, *Harvey v. Home Depot USA*, ARB No. 04-114

¹²⁵ *Livingston v. Wyeth, Inc.*, 520 F.3d 344 (4th Cir. 2008)

¹²⁶ Celui-ci est codifié à l'article. L. 1161-1 du code du travail, qui dispose : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* »

¹²⁷ Article 6 ter de la loi de 1983, modifié par l'article 8 de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012

¹²⁸ Article 6 quinquies de la loi de 1983 modifié par l'article 6 de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005

Peuvent également être dénoncés des comportements ou actes qui ne constituent pas nécessairement des comportements pénalement répréhensibles ou des atteintes à la loi, mais qui portent atteinte aux standards de « *bonne gouvernance* » des organisations publiques ou privées . C'est ici que la notion de lanceur d'alerte apparaît la plus nettement apparentée à des préoccupations liées à des exigences nouvelles de « *bonne gestion* » publique et privée¹²⁹ et à des standards d' « *éthique* » des organisations¹³⁰. L'on comprend donc que l'alerte puisse souvent se voir affubler du qualificatif d' « *éthique* ». Ainsi, en France, la législation s'est principalement focalisée sur les hypothèses de conflits d'intérêts¹³¹, qui ne constituent pas nécessairement des délits pénaux. S'inspirant des recommandations de Transparency International France¹³², la Commission Jospin a proposé dans son rapport la « *mise en place d'un dispositif d' "alerte éthique"* » au sein de la fonction publique¹³³. La proposition n° 35 visait en effet à instaurer « *un mécanisme de signalement* » ouvert à « *toute personne* », agents publics ou citoyens, afin d'adresser « *une alerte aux déontologues des institutions et administrations dont relèvent les acteurs publics particulièrement exposés au risque de conflits d'intérêt, dès lors qu'elle identifierait un conflit d'intérêts, potentiel ou avéré, mettant en cause l'un de ces acteurs* ». Mettant en œuvre ces recommandations, la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique, définit le lanceur d'alerte comme étant la « *personne* » signalant une situation de conflits d'intérêts¹³⁴.

¹²⁹CALLAHAN (S.), DWORKIN (T.), and LEWIS (D.), « Whistleblowing: Australian, UK and United States approaches to disclosure in the public Interest », *Virginia Journal of International Law* 44 (3), pp. 879-91.

¹³⁰ANTONMATTEI (P-H), VIVIEN (P.), « Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives », Rapport remis au Ministre du travail Gérard Larcher, La Documentation française, mars 2007, p. 39.

¹³¹Celle-ci est devenue « *l'un des sujets majeurs de la corporate governance et est encore vu en droit financier comme une question fondamentale qui semble aujourd'hui structurer la normalisation des comportements* ». Voir : DONDERO (B.), « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux » *D.* 2012. 1686

¹³² Transparency International France, « Cumul des mandats, prévention des conflits d'intérêts : Transparency France apporte son soutien aux propositions de la Commission Jospin qui se situent à la hauteur des enjeux », *Communiqué*, 9 novembre 2012

¹³³ Le rapport précisait qu'il ne s'agirait pas d'une procédure à coloration pénale comme l'article 40 du CPP. Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, Pour un renouveau démocratique, Rapport au Président de la République, nov. 2012, proposition 35, pp. 106-107 . V. également : Rapport de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au Président de la République le 26 janvier 2011.

¹³⁴Notion définie par l'alinéa premier de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013, comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* ».

Aux États-Unis, les législations sont très marquées par l'idée de « *mauvaise gestion* » et d'« *abus d'autorité* ». Ainsi, le WPA, dont l'un des buts affichés était de créer une fonction publique « *éthique* » en favorisant la mise à jour des « *actes de mauvaise gestion, de fraude ou d'abus de pouvoir* »¹³⁵ fait référence à un « abus de pouvoir ou d'autorité ». Celui-ci est conçu par le MSPB comme l'« *exercice arbitraire du pouvoir par un agent ou responsable fédéral, susceptible d'affecter les droits d'une personne ou de procurer au contrevenant ou à l'un de ses proches un avantage ou un gain personnel* »¹³⁶. La jurisprudence de cette instance quasi-juridictionnelle a eu en outre permis d'approfondir cette définition, qualifiant d'« *excès de pouvoir* » l'ensemble des actes de harcèlement ou d'intimidation d'employés¹³⁷ ou les mesures de favoritisme prises par des supérieurs à l'égard d'employés perçus comme ayant avec ledit supérieur une relation intime¹³⁸.

Au-delà, ce sont plus largement des risques pour la société ou pour l'environnement qui peuvent ouvrir un droit de tirer l'alerte. Le lancement d'alerte dépasse ici les frontières des organisations et vise à faire prévaloir l'intérêt public sur les intérêts privés mais également, une fois de plus, à renouveler l'approche de la gestion des risques au sein des organisations¹³⁹. D'un point de vue théorique, cette approche correspond à la notion française du « *lanceur d'alerte* », liée à la gouvernance des risques écologiques et sanitaires¹⁴⁰. Longtemps privée d'application pratique, cette approche a été mise en avant par le rapport « Lepage », qui liait la question des lanceurs d'alerte en matière de santé et d'environnement au principe de précaution en estimant que l'alerte « *devrait avoir pour deuxième effet de mettre en œuvre le principe de précaution et de suspendre la possibilité pour l'entreprise ou le secteur d'activité dans laquelle alerte est lancée d'invoquer le risque de développement* »¹⁴¹. Il a toutefois fallu attendre l'année 2013 pour que cette protection trouve une consécration juridique dans la loi du 16 avril 2013 relative à l'expertise en matière sanitaire et environnementale et à la protection des lanceurs d'alerte, qui crée pour la première fois un véritable statut du lanceur d'alerte sanitaire. L'article premier de la loi dispose en effet que « *toute personne physique ou*

¹³⁵ DEVINE (T.), Art. Cité, *Administrative Law Review*, 1999, p. 531-579

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Murphy v. Department of the Treasury, 86 M.S.P.R. 131, ¶ 7 (2000)

¹³⁸ Sirgo v. Department of Justice, 66 M.S.P.R. 261, 267 (1995)

¹³⁹ TSAHURIDU (E.), « Whistleblowing management is Risk management », *Whistleblowing and Democratic Values. London: International Whistleblowing Research Network*, 2011, p. 56-69.

¹⁴⁰ CHATEAURAYNAUD (F.), Art. Cité, *Experts* 83, p. 44-47

¹⁴¹ Op.Cit., LEPAGE (C.), 2008.

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. ». Le même type de protection existe également depuis 2011 en matière de sécurité du médicament.

Aux Etats-Unis également, de nombreuses lois visent à favoriser la dénonciation de risques pour la société ou l'environnement. Certaines, comme le « *Clean Air Act* » (CAA)¹⁴² ou l'« *Energy Reorganisation Act* » (ERA)¹⁴³, se focalisent sur les risques environnementaux, et autorisent les *whistleblowers* à dénoncer, de manière très large, des faits susceptibles de constituer un « *risque* » pour le public. Le « *risque* », dans le cadre de l'ERA, qui concerne le lancement d'alerte en matière nucléaire, est entendu de manière très large : révèlent ainsi un « *risque* » pour la société toute entière les atteintes constatées à la santé des agents¹⁴⁴, les faits concernant des manquements à la sécurité¹⁴⁵ et même les faits de harcèlement, qui peuvent être considérés comme révélant une « *mauvaise gestion* » susceptible de créer un environnement défavorable à la détection des risques¹⁴⁶. Le WPA fait, quand à lui, référence de manière générique à un « *risque substantiel pour la sécurité publique ou la santé publique* ». Les décisions juridictionnelles, abondantes en la matière, ont largement délimité la notion. Peuvent ainsi être considérés comme constituant un « *risque* » une réduction d'effectifs dans la police conduisant à une augmentation du nombre d'accidents¹⁴⁷, ou encore les révélations concernant des dysfonctionnements d'un détecteur d'explosifs placé dans un aéroport¹⁴⁸.

Section 2 La nécessité d'établir le caractère substantiel et imminent de l'atteinte dénoncée

¹⁴²Pub. L. No. 91-604, 84 Stat. 1676

¹⁴³Pub.L. 93-438, 88 Stat. 1233

¹⁴⁴*Backus v. Indiana Michigan Power Co.*, ARB N° 06-129 (2006)

¹⁴⁵*Edison Co. v. Secretary of Labor*, No. 91-3737 (6th Cir. 1992)

¹⁴⁶*Huffman v. OPM*, WL 914869, Fed. Cir. (2001)

¹⁴⁷*Chambers v. Department of the Interior*, 602 F.3d 1370, 1379, Fed. Cir. (2010)

¹⁴⁸*Miller v. Department of Homeland Security*, 111 MPSB. 312, ¶¶ 16-19 (2009)

La légitimité d'une alerte dépend également d'un critère qui n'est plus cette fois-ci lié à la nature des faits dénoncés, mais plus spécifiquement aux effets potentiels de ces faits ou comportements. Pour pouvoir légitimement se voir qualifier d' « *alerte* », une dénonciation doit ainsi porter sur une illégalité, un risque ou un comportement prohibé susceptible d'affecter de manière substantielle et imminente des intérêts protégés par les pouvoirs publics **(A)**. Corollaire immédiat et logique de ce caractère immanent et substantiel des comportements ou faits dénoncés, la divulgation doit s'opérer auprès d'une personne ayant la capacité d'y mettre fin dans les meilleurs délais. **(B)**

A) Une atteinte suffisamment grave et imminente à un intérêt légalement protégé

L'alerte telle qu'elle est conçue par les pouvoirs publics n'est pas un usage comme un autre du droit à la liberté d'expression, et vise un objectif bien particulier : celui de mettre fin à une atteinte à un intérêt légalement protégé, ou à un comportement illégal. L'un des premiers moyens mis en œuvre par les pouvoirs publics pour créer un régime propre à l'alerte et de restreindre son usage a donc été d'exiger que celle-ci porte sur un fait dont le caractère illégal ou dangereux est direct. Ceci est particulièrement visible aux États-Unis où le caractère direct et plausible de l'atteinte semble constituer une condition *sine qua non* pour que la prise de parole d'un employé soit reconnu comme une « alerte ». Ainsi, dans le cadre du WPA, de nombreux jugements ont considéré que les illégalités dénoncées par l'agent public lanceur d'alerte doivent porter sur une illégalité qui ne doit pas constituer une « *violation triviale de la loi* »¹⁴⁹ et doit donc apparaître comme suffisamment importante pour mériter protection. Définissant ce que constitue une illégalité « *triviale* » au sens du WPA, les juges ont estimé que, si le lanceur d'alerte signale ce qu'une personne raisonnable considérerait comme une illégalité « [...] *manifestement mineure et commise par inadvertance par un agent public remplissant par ailleurs ses obligations de manière consciencieuse* », alors ce signalement « *ne saurait être protégé* »¹⁵⁰.

Il en va de même s'agissant de la notion d'« *erreur manifeste de gestion* » à laquelle le WPA fait référence. Aux yeux des juges, une décision relevant « *manifestement* » d'une erreur de

¹⁴⁹Langer v. Department of the Treasury, 265 F.3d 1259, 1266, Fed. Cir (2001).

¹⁵⁰Drake v. Agency for International Development, 543 F.3d 1377, 1381, Fed. Cir. (2008).

gestion doit être de nature à nuire aux capacités d'une agence à remplir ses missions¹⁵¹, et la conclusion selon laquelle une erreur a été commise « *ne doit pas pouvoir être l'objet de contestations ou de débats aux yeux de personnes raisonnables* »¹⁵². C'est toutefois dans le cadre de la dénonciation de faits présentant un « *danger spécifique pour l'environnement ou la santé publique* » que la nécessité d'établir le caractère « *direct et substantiel* » d'une atteinte se révèle le mieux. A cet égard, dans une décision *Chambers v. Department of the Interior* de 2010, le circuit fédéral a estimé que « *Si le danger signalé n'est susceptible de déployer ses effets que dans des conditions improbables ou spéculatives, le signalement ne devrait pas bénéficier de protection* ». A l'inverse, « *[...] une divulgation portant sur une atteinte susceptible d'intervenir dans l'immédiat ou dans un futur proche devrait bénéficier d'une protection, bien plus qu'une atteinte n'étant appelée à déployer ses effets que dans un futur lointain* ». Dans l'affaire en cause -qui concernait un policier ayant dénoncé une recrudescence d'accidents de la circulation sur l'axe Baltimore-Washington dus, selon lui, aux réductions d'effectifs dans la police- la divulgation avait été reconnue comme protégée pour quatre raisons. D'une part, le requérant avait signalé les faits avec précision, décrit une conséquence spécifique de ces faits (les accidents de la circulation), ceux-ci constituant en eux-mêmes un sérieux danger pour le public. Et, puisque le phénomène de recrudescence des accidents avait d'ores et déjà commencé, le danger ne pouvait ni être considéré comme vague, ni comme potentiel¹⁵³. Cette grille de lecture officielle est, comme le souligne le MPSB, particulièrement « *frustrante* »¹⁵⁴ pour les lanceurs d'alerte potentiels, et réduit largement le champ des divulgations protégées. Celle-ci semble néanmoins constituer la norme dans la majorité des législations protectrices des lanceurs d'alerte aux États-Unis : en effet, ce type d'analyse domine également, notamment dans la façon dont les juges et les autorités quasi-juridictionnelles interprètent la SOX¹⁵⁵.

En France, la nécessité de faire porter une divulgation sur une illégalité ou un danger suffisamment substantiel et direct est plus ambiguë et incertaine. En effet, la jurisprudence

¹⁵¹ *Lopez v. Department of Housing and Urban Development*, 98 F.3d 1358, Fed. Cir. (1996)

¹⁵² *White v. Department of the Air Force*, 391 F.3d 1377, 1382, Fed. Cir. (2004)

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ MSPB, "Whistleblower Protections for Federal Employees", *Report for the President and the Congress*, septembre 2010, p.15

¹⁵⁵ Voir, sur ce sujet : RIORDAN (R.), WOOD (L.), « Whistleblower Provision of Sarbanes-Oxley: Discerning the Scope of Protected Activity », *Hofstra Lab. & Emp. LJ*, 2006, vol. 24, p. 95.

Européenne¹⁵⁶ ainsi que la Cour de Cassation¹⁵⁷ et le Conseil d'État ont d'ores et déjà reconnu la possibilité pour certaines catégories de salariés -les scientifiques, plus précisément- d'alerter sur des risques potentiels sans que le danger présenté ne soit pour autant imminent. Or, le droit à la liberté d'expression étant un droit de nature constitutionnelle et conventionnelle et, à ce titre, supra-législatif, il paraît invraisemblable de considérer que les lois ayant récemment encadré le phénomène des lanceurs d'alerte puissent restreindre celui-ci. Celles-ci ne font, de plus, référence à aucune condition d'imminence ou de caractère direct du danger. Toutefois, à l'exception de cette catégorie bien ciblée de lanceurs d'alerte, il semble que les divulgations devront a priori, dans le cadre des autres lois relatives au lancement d'alerte, porter sur des illégalités substantielles des faits ou comportements susceptibles de nuire de manière substantielle à un intérêt public.

Ceci semble découler tout à la fois des termes employés par les lois, et de l'architecture générale de celles-ci. S'agissant des lois centrées sur la dénonciation d'illégalités et de conflits d'intérêt, le caractère « *substantiel* » des faits dénoncés ne semble pas faire de doute. En témoigne la référence faite aux « *crimes et délits* », qui par définition ne sont pas des violations « *triviales* » de la loi. De plus, comme le souligne Christian Vigouroux, « *l'agent public ne doit pas se complaire dans l'alerte de précaution* »¹⁵⁸ et la notion de « bonne foi », commune à la loi du 10 octobre 2013 et à la loi du 6 décembre 2013, exige indéniablement que le salarié ou agent public apporte des éléments de nature à démontrer la réalité de l'atteinte. Cette notion est toutefois entendue de manière assez souple par le code pénal¹⁵⁹ comme par la jurisprudence judiciaire¹⁶⁰. S'agissant du « *risque grave pour la santé ou l'environnement* » auquel fait référence la loi du 30 avril 2013, celui-figurait déjà dans l'article L. 4614-12 du

¹⁵⁶ Dans une affaire « Hertel » relative à l'interdiction faite au requérant de publier des articles consacrés aux dangers pour la santé des fours à micro-ondes, la Cour a relevé que « *la mesure en cause a [...] pour effet de censurer partiellement les travaux de ce dernier [le requérant] et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée* », soulignant qu'« *il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises* » (Cour EDH, 25 août 1998, [Hertel c. Suisse](#), req. N° 53440/99)

¹⁵⁷ La Cour de Cassation a, quant à elle, mené un raisonnement similaire dans l'affaire « Cicoella », en relevant que l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur à l'égard des scientifiques doit s'exercer « *dans le respect des responsabilités confiées à l'intéressé et de l'indépendance due aux chercheurs* » (Cass. soc. 11 oct. 2000 n° 3716, pourvoi n° 98-45.276.)

¹⁵⁸ VIGOUROUX (C.), *Déontologie des fonctions publiques*, Paris, Dalloz, 2006, p 141.

¹⁵⁹ La limite de la bonne foi est celle de la dénonciation calomnieuse. L'article 226-10 du code pénal définit celle-ci comme la « *dénonciation, effectuée par tout moyen (...) d'un fait (...) que l'on sait totalement ou partiellement inexact* »,

¹⁶⁰ VIGOUROUX (C.), *Déontologie des fonctions publiques*, 2^{ème} édition, Dalloz, p. 372.

Code du Travail, et la jurisprudence pertinente de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation peut sans nul doute permettre de cerner ses contours. Or, comme le souligne Valérie Pontif¹⁶¹, « *L'avènement d'une conception plus préventive du droit de la santé au travail- tend à favoriser une vision plus souple de la notion de « risque grave ».* » Celui-ci doit toutefois être identifié et actuel¹⁶².

B) Une divulgation transmise à une personne ayant la capacité de mettre fin aux faits ou comportements dénoncés.

Enfin, en conséquence du caractère potentiellement imminent et grave du risque ou de l'illégalité dénoncée, la divulgation doit être adressée à une entité ayant la capacité de mettre fin à la situation ; cette condition est particulièrement visible aux États-Unis. Ainsi, dans le cadre du WPA, l'instance juridictionnelle du MSPB a jugé que « *les critiques directement adressées à la personne fautive ne devraient pas normalement être vues comme constituant du lancement d'alerte* »¹⁶³. Cette interprétation est en outre partagée par les juges fédéraux qui, interprétant le terme de « *divulgation* » qui figure au sein du WPA, estiment que celui-ci « *implique que soit révélé un fait caché* » et qu'ainsi, « *si l'employé signale à la personne fautive son propre comportement, il ne saurait s'agir d'une révélation protégée* » car « *celui-ci sait déjà, nécessairement qu'il est en train de commettre un fait répréhensible* »¹⁶⁴. Plus largement, « *Le but du WPA est de protéger des employés ayant connaissance de mauvaises pratiques non connues publiquement, et qui cherchent à dévoiler et signaler celles-ci* »¹⁶⁵. Cet « *obiter dictum* » démontre bien qu'implicitement, l'alerte doit être adressée à une personne ayant la capacité de mettre fin à la situation dénoncée car, par définition, ceux qui ont connaissance de ce fait mais n'ont pas cherché à y remédier n'ont pas la possibilité ou la volonté d'y mettre fin.

¹⁶¹ PONTIF (V.), « CHSCT : les contours du risque grave justifiant le recours à une expertise », *Rev. Trav.* 2014, p. 269

¹⁶² Dans un arrêt du 14 novembre 2013, la Cour de cassation a approuvé l'annulation des délibérations d'un CHSCT qui ordonnaient une expertise pour risque grave, car celles-ci « *faisaient état du risque général de stress lié aux diverses réorganisations mises en oeuvre dans l'entreprise, mais ne justifiaient pas d'éléments objectifs susceptibles de caractériser un **risque** avéré.* » Voir Cass.Soc. 18 décembre 2013, n° 12-21.719, inédit

¹⁶³ Huffman v. Office of Personnel Management, 263 F.3d 1341, 1350, Fed. Cir. (2001)

¹⁶⁴ Idem.

¹⁶⁵ Meuwissen v. Department of the Interior, 234 F.3d 9, 13, Fed. Cir. (2000)

L'on trouve le même type d'exigences au sein de lois calquées sur le modèle du WPA ; c'est le cas par exemple pour ce qui est de l'ERA. Ainsi, dans une affaire *Simon c. Simmons Foods Inc.*¹⁶⁶, les juges du circuit fédéral avaient estimé qu'un requérant ayant porté son alerte directement auprès du public, sans avoir auparavant tenté d'avoir alerté une autorité ou un supérieur hiérarchique, ne pouvait se voir qualifié de « lanceur d'alerte ». En effet, alerter directement le public paraîtrait « trop prématuré au vu de l'objectif poursuivi qui est de mettre fin à la situation constatée ». Au demeurant, la section 806 de la SOX prévoit, explicitement et limitativement, quelles sont les autorités auxquelles les divulgations doivent être adressées. Y figurent, très logiquement, les « autorités de régulation » et les membres du congrès. Mais les signalements peuvent également être adressés au supérieur hiérarchique du salarié ou, plus généralement, à « toute autre personne travaillant pour le même employeur et ayant la capacité de mettre fin à la situation dénoncée. ».

En France, cette condition est plus implicite et se déduit de la coexistence des mécanismes d'alerte avec d'autres mécanismes destinés à encadrer la liberté d'expression des employés. En effet, comme le soulignait de manière précoce Olivier Leclerc, l'alerte est « [...] lancée en vue de susciter une action correctrice, l'alerte doit être adressée à une personne à même d'y apporter une réponse. ». Et, comme l'urgence qui caractérise la situation dénoncée « appelle une réponse à bref délai », il est naturel que les dispositifs d'alerte institués par le Code du travail « prévoient avec une assez grande précision la procédure que doivent suivre aussi bien l'alerte lancée que la réaction de l'employeur »¹⁶⁷. Les « canaux » d'alerte institués par les récentes lois prévoient en effet des mécanismes bien précis de divulgation, distincts des autres modes d'expression des salariés¹⁶⁸. L'article 8 de la loi du 16 avril crée ainsi un article L. 4133-1 au sein du code du travail, qui dispose que « le travailleur alerte **immédiatement**¹⁶⁹ l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement ». Cette alerte peut également, aux termes de l'article L. 4133-2 du même code, transiter via le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des

¹⁶⁶*Simon v. Simmons Foods, Inc.*, 49 F.3d 386 (8th Cir. 1995)

¹⁶⁷LECLERC, (O.), Art. Cit., in *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, 2007, p. 287-298 ;

¹⁶⁸Tel est le cas, par exemple, du droit d'expression collective des salariés sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail, prévu par les articles L. 2281-1 et L. 2281-2 du Code du travail.

¹⁶⁹Souligné par nos soins.

conditions de travail ; dans cette hypothèse, l'employeur « *examine la situation conjointement avec le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui lui a transmis l'alerte et l'informe de la suite qu'il réserve à celle-ci* ». L'article 25 de la loi du 11 octobre 2013 en matière de conflits d'intérêts énumère lui aussi de manière limitative les destinataires du signalement : l'employeur, le déontologue de l'organisme ou une « *association de lutte contre la corruption agréée* ». Quand à la loi du 6 décembre 2013, celle-ci ne précisant pas à quelle autorité doit être transmise une alerte, l'on en déduit logiquement que celle-ci peut cheminer par tous moyens, y compris par le biais de la presse¹⁷⁰. Cette possibilité doit toutefois se lire à la lumière des critères de la jurisprudence européenne en la matière, qui considère que la diffusion des informations s'opère « *d'abord auprès du supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente* », avant que ne s'envisage la divulgation au public « *en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement* »¹⁷¹. Implicitement -mais, oserait-on dire, nécessairement- l'alerte doit être, en toute hypothèse, adressée à l'autorité la plus à même d'y mettre fin.

Chapitre 2 : L'octroi de l'usage légitime du droit d'alerte à un cercle étroit d'employés de « bonne foi »

Dans le double but de distinguer le lanceur d'alerte d'autres types de personnages jugés « non éthiques » et de prémunir les organisations contre des alertes abusives, une deuxième restriction du champ de la notion de « *lanceur d'alerte* » a consisté à n'offrir la possibilité de faire usage de l'alerte qu'à un nombre limité de personnes. Ainsi, en premier lieu, est exigé un élément « objectif » : seules les personnes liées par un lien de subordination à l'organisation dont ils dépendent (**Section 1**). De manière plus problématique, est exigé un second élément, que l'on pourrait qualifier de « *subjectif* » : celui de la « *bonne foi* » qui s'analyse en réalité comme une approche des intentions du lanceur d'alerte (**Section 2**).

¹⁷⁰ La circulaire NOR JUSD1402112C du 23 janvier 2014 relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et [financière](#) en prend acte, en mentionnant notamment, parmi les éventuels destinataires de signalements, la presse.

¹⁷¹ Cour EDH, G.C. 12 février 2008, [GUJA c. Moldavie](#), Req. N° 14277/04, § 142

Section 1 : L'exigence d'un lien de subordination ou de dépendance à une organisation

Le « lanceur d'alerte » ou *whistleblower* est avant tout protégé parcequ'il est le seul à avoir accès aux informations qu'il transmet aux pouvoirs publics: en toute logique, celui-ci doit justifier d'un lien de subordination à l'organisation dont il dépend. Accordé des catégories autrefois limitées d'employés (A), le droit d'alerter tend à être accordé à une nombre croissant de personnes (B).

A) Une conception restrictive du champ des titulaires du droit d'alerter.

Comme on a pu le constater *supra*, la notion d'alerte procède d'un régime bien particulier la différenciant d'autres types de prise de parole. L'exercice de l'alerte est ainsi restreinte à son contenu et à son but : celui de mettre fin à un agissement immédiatement dangereux en prévenant une personne capable de mettre fin à l'action. De cette caractéristique dépend également la qualité du titulaire potentiel de l'alerte : il s'agit dans ce cadre d'une personne ayant eu un accès privilégié, légitime à l'information transmise. Plus précisément, il s'agit, au vu des lois encadrant la pratique de l'alerte en France et aux États-Unis, d'un employé faisant partie d'un cercle -nécessairement restreint- d'employés ayant eu accès à une information par définition masquée. Comme le rappelle la Cour Européenne des Droits de l'homme en se référant au rapport explicatif de la Convention civile du Conseil de l'Europe sur la corruption¹⁷², « la divulgation de conduites ou d'actes illicites constatés sur leur lieu de travail doit être protégée dans certaines circonstances » et ce « **plus particulièrement**¹⁷³ lorsque l'agent concerné est seul à savoir – ou fait partie d'un petit groupe dont les membres sont seuls à savoir – ce qui se passe sur son lieu de travail et est donc le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique ».¹⁷⁴

En France, cette caractéristique du titulaire de la prérogative d'alerter se déduit naturellement de la rédaction des lois. En droit français, l'article 40 du code de procédure pénale et l'article

¹⁷²« En effet, les affaires de corruption sont difficiles à détecter et à instruire et les employés ou les collègues (du secteur public ou privé) des personnes impliquées sont souvent les premiers à découvrir ou à suspecter quelque chose d'anormal. »

¹⁷³Nous soulignons.

¹⁷⁴Cour EDH, G.C. 12 février 2008, [GUJA c. Moldavie](#), Req. N° 14277/04, § 72

6Ter du statut général de la fonction publique font tous deux référence à un « *tout agent public* » signalant un fait dont il aurait eu connaissance « *dans le cadre de ses fonctions* ». L'article L 1132-3-3 fait quand à lui référence à un salarié ayant eu connaissance du même type de faits « *dans l'exercice de ses fonctions* ». Il est intéressant de remarquer que la Cour de cassation a déjà admis que l'agent public qui saisit le procureur n'a pas nécessairement à être celui qui a eu connaissance des faits criminels ou délictueux : la transmission du signalement au supérieur hiérarchique oblige ce dernier à saisir le procureur¹⁷⁵. Mais « *il faut déduire des termes de l'arrêt de la chambre criminelle que le subordonné peut seulement être délié de l'obligation de transmission au procureur si son supérieur a accompli correctement cette tâche. Face à une non-dénonciation par le supérieur, ou une dénonciation sans cesse repoussée, le subordonné devra prendre alors ses responsabilités et transmettre lui-même au ministère public* »¹⁷⁶. Si l'obligation de divulgation peut être transférée au supérieur hiérarchique, elle appartient donc, en dernier lieu, à la personne ayant eu pour la première fois connaissance des faits dénoncés.

Aux États-Unis, la totalité des lois protectrices des *whistleblowers* visent également les salariés ou agents publics. La principale d'entre elles, le WPA, vise ainsi explicitement à « *renforcer et améliorer les droits des employés fédéraux* » et ne concerne donc que les agents publics employés au sein des services fédéraux. Plus précisément, sont protégés à la fois les employés, les anciens employés et les candidats à un poste ; de même, sont protégés les membres du « *Senior Executive Office* »¹⁷⁷. En revanche, en sont exclus les agents dont la nature des fonctions est « *confidentielle ou ont trait à la prise de décision politique, à la conception ou à la défense publique de ces politiques* » ou « *tout autre poste désigné par le président en raison de considérations de bonne administration* ». En sont également exclus les membres de services fédéraux considérés par le président comme « *participant à des activités d'espionnage et de contre-espionnage* ». Ces derniers sont régis par des statuts particuliers, généralement moins protecteurs, que nous n'aborderons pas par manque de temps et parce qu'il s'agit d'une problématique à part entière¹⁷⁸. Dans le secteur privé, la section 806

¹⁷⁵Cass.Crim., 14 décembre 2000, n° 00-86595, *AJFP*, 2001, p. 55, note S. Petit.

¹⁷⁶CHALON (G.), « L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP*, 2004, n° 1, p. 27.

¹⁷⁷Il s'agit du grade le plus élevé au sein de la fonction publique fédérale. Voir : <http://www.gov.im/lib/docs/hr/iomcs/handbook/seogradedescription.pdf>

¹⁷⁸Pour une présentation de ceux-ci, l'on pourra consulter : FISCHER (L.), « National Security Whistleblowers », CRS, Report for congress, décembre 2005.

de la loi Sarbanes-Oxley vise quand à elle à protéger l'ensemble des employés des sociétés cotées en bourse. Or, souligne Richard Moberly,¹⁷⁹ malgré la référence faite par la loi à « *tout agent, employé, contractant ou sous-contractant* » d'une société cotée, les instances juridictionnelles ont largement limité le nombre de titulaires potentiels de ce droit d'alerter. La majorité des juges ont ainsi limité la protection aux seuls employés des entreprises cotés à l'exception des contractants¹⁸⁰ ; l'ARB a quand à elle fixé des conditions impossibles à réunir en pratique, comme le fait de désigner explicitement, dans le cadre de la divulgation, la société cotée avec laquelle l'entreprise est liée par contrat¹⁸¹.

B) L'extension du champ des titulaires du droit d'alerter.

Bien heureusement, pour deux raisons bien distinctes en France et aux États-Unis, le champ des titulaires du droit d'alerte tend à s'élargir. En France, ce mouvement est principalement dû à l'intervention de deux lois récentes qui n'accordent pas le bénéfice du droit d'alerter qu'aux salariés et aux agents publics, mais aux « *citoyens* » de manière plus générale. En premier lieu, la loi du 16 avril 2013 relative aux lanceurs d'alerte sanitaires et environnementaux fait référence à « *toute personne physique ou morale* ». La possibilité de diffuser d'une information deviendrait dans ce cadre, d'après les propos mêmes du rapporteur du projet de loi à l'Assemblée Nationale Jean Roumégas, particulièrement large, visant « *non seulement les salariés mais également les agents publics* »¹⁸². Si les protections instituées par la loi ne concernent que les salariés, la référence à « *toute personne* » laisse à penser que le droit d'alerte pourrait également être exercé par tout citoyen ; l'on pourrait ainsi considérer, comme certains juristes, que « *l'alerte au public est désormais légalement consacrée* »¹⁸³. De la même manière, le fait que la loi sur la transparence de la vie publique fasse référence à « *toute personne* » et autorise à saisir une association de lutte contre la corruption -acteur extérieur à l'entreprise- laisse à penser que tous les citoyens pourraient désormais exercer un « *droit*

¹⁷⁹MOBERLY (R.), « Unfulfilled expectations: An empirical analysis of why Sarbanes-Oxley whistleblowers rarely win », *William & Mary Law Review*, 2007, vol. 49, pp. 109-112.

¹⁸⁰Ibid.

¹⁸¹Ibid.

¹⁸²ROUMEGAS (J-L), « 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 et à la protection des lanceurs d'alerte », 23 janvier 2013.

¹⁸³DUPISSON-GUINEHEUF (M.), Op.cit. 2013, p. 66

d'alerte » en matière de dénonciation de conflits d'intérêts, sans pour autant bénéficier d'une protection.

Aux États-Unis, des évolutions jurisprudentielles et législatives tendant également à étendre le champ des personnes bénéficiant des protections. Dans le secteur privé, le « *Dodd-Frank Act* » de 2010¹⁸⁴ a explicitement étendu le champ personnel de la protection instituée par la section 806 de la SOX en l'appliquant à l'ensemble des sous-contractants et contractants des sociétés cotées, mettant fin à « *une lacune qui conduisait à ce que les lanceurs d'alerte théoriquement protégés par la SOX se voient refuser une protection en raison de leur non-inclusion dans la sphère des « salariés protégés »* »¹⁸⁵. En ce sens toujours, la Cour suprême des États-Unis a rendu une décision étendant aux contractants et sous-traitants d'une société cotée la protection accordée par le Sarbanes-Oxley Act de 2002 aux seuls employés de ces sociétés¹⁸⁶. La Cour a notamment estimé, comme le souligne le juge Ginsburg, que « *la rédaction de la SOX et son objectif général favorise une interprétation tendant à étendre les protections à l'ensemble des contractants et sous-contractants des sociétés cotées, et pas uniquement aux seuls employés de sociétés cotées. La cour a ainsi estimé que le texte même de la loi, au vu de sa signification, entend également par « employé » d'une société cotée « l'employé du contractant » de cette même société* »¹⁸⁷. Dans le secteur public, la section 109 du *Whistleblower Protection Enhancement Act* (WPEA) a étendu, notamment, la protection instituée par le WPA aux 50.000 salariés chargés de la sécurité des aéroports au sein du *Transportation Security Administration*¹⁸⁸.

Section 2 : La nécessité d'agir de « bonne foi » ou l'approche problématique des intentions du lanceur d'alerte

Le standard de la « *bonne foi* », qui constitue la règle aux États-Unis comme en France, peut s'entendre de deux manières. En premier lieu, il s'agit d'un standard de croyance raisonnable de se trouver, soi-même, en conformité avec le droit et l'éthique en tirant l'alarme (A). Mais il

¹⁸⁴Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376

¹⁸⁵FOSCALDI (M.), « DEVELOPMENTS IN BANKING LAW: II. Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act », in *Review of Banking & Financial Law* vol.31, p.489.

¹⁸⁶ *Lawson v. FMR LLC*, No. 12-3, 2014 BL 57958 (U.S. Mar. 04, 2014)

¹⁸⁷RAPP (G.), » Opinion analysis : Coverage of SOX whistleblower protection is no longer Up in the Air » SCOTUSblog, Mar. 5, 2014

¹⁸⁸Pub.L. 112-199 (S.Rep. 112-155)

s'agit également, en second lieu, de s'assurer du caractère désintéressé de l'alerte, qui ne doit pas être lancée dans l'objectif d'en tirer un quelconque profit personnel, mais dans l'unique but de mettre fin à une situation illégale, dangereuse ou contraire à l'éthique. **(B)**

A) La bonne foi comme croyance raisonnable de se trouver face à une situation illégale ou contraire à l'éthique

En France comme aux États-Unis, la notion de « *bonne foi* » du salarié s'entend avant tout comme une croyance raisonnable de se trouver dans une situation conforme au droit. La notion entendue en ce sens permet d'éviter de protéger des individus qui opèrent, à dessein, de faux signalements. Comme le soulignent Christine Noiville et Marie-Ange L'Hermitte, « *le lanceur d'alerte doit avoir eu le sentiment honnête que la divulgation était d'intérêt public, de sorte que l'alerte ne puisse servir de voie d'accès à la dénonciation calomnieuse, à l'autopromotion ou à l'instrumentalisation* »¹⁸⁹. En France, le rapporteur de la loi du 16 avril précise à cet égard que la « *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* ». Elle peut sans doute également correspondre aux « motifs raisonnables » auxquels fait référence, en matière de droit de retrait, l'article L. 4131-3 du code du travail¹⁹⁰. Celui-ci est doublement conçu comme, d'une part, comme « *un motif raisonnable de se croire face à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé* » puis, une fois l'alerte donnée et une inspection diligentée, comme « *un motif objectif de danger grave et imminent* »¹⁹¹. Il y a donc ici un raisonnement en deux temps.

Ce caractère « *objectif et raisonnable* » de la croyance de se trouver face à une situation illégale ou dangereuse se laisse également à voir aux États-Unis, où les juges font appel au standard du « *reasonable man* ». Comme nous l'avons constaté précédemment s'agissant du WPA, il s'agit de faire appel à un hypothétique observateur extérieur, supposé « raisonnable », et d'examiner si celui-ci pourrait parvenir aux mêmes conclusions que le lanceur d'alerte

¹⁸⁹ NOIVILLE (C.), HERMITTE (M-A), « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte. », *Natures sciences sociétés*, 2006, vol. 14, no 3, p. 269-277.

¹⁹⁰ « Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux. »

¹⁹¹ CHAUMETTE (P.), « Droit de retrait. Danger grave et imminent. Motif raisonnable (oui). Obligation de sécurité de résultat. Nullité du licenciement » *Droit social* 2009 p. 489

s'agissant de la qualification de la situation dénoncée. Dans le cadre de l'ERA, cette notion est entendue comme dépendant, de la même manière, du fait de savoir « *si la croyance [de se trouver dans une situation de danger] pourrait apparaître légitime aux yeux d'un homme raisonnable, en tenant compte du niveau d'expérience et de compétences du salarié* »¹⁹².

B) La bonne foi comme pureté des intentions du lanceur d'alerte

Un aspect plus subjectif de la notion de « bonne foi » consiste à exiger, de façon plus contestable, que le lanceur d'alerte opère sa divulgation dans le but unique de mettre fin à la situation dénoncée, et non d'en tirer un quelconque intérêt personnel. Cette condition ne vise ici que les lois prévoyant des mécanismes de protection contre les agissements discriminatoires, et non les lois telles que le FCA qui, précisément, sont basées sur une rétribution des *whistleblowers*. Aux Etats-Unis, cette conception « éthique » du lanceur d'alerte « bon » salarié faisant preuve d'honnêteté par l'ensemble de son comportement prédomine. Bien que le circuit fédéral ait reconnu que le fait de lancer l'alerte « *peut naturellement conduire à des comportements perturbateurs et à des controverses* »¹⁹³, celui-ci retire systématiquement toute forme de protection aux salariés lanceurs d'alerte faisant preuve, dans leur comportement, d'insubordination. Ainsi, le fait pour un employé de « *faire usage d'un langage familier ou outrageux ainsi que d'une attitude de défiance à l'égard de sa hiérarchie* »¹⁹⁴ ne justifie pas que celui-ci soit protégé. De la même manière, le fait pour un salarié de faire preuve d'un comportement irrespectueux envers les règles de fonctionnement de l'entreprise ne permet pas de lui accorder une protection¹⁹⁵.

En France, une telle vision se laisse à voir dans le cadre de la jurisprudence de la Cour EDH. Celle-ci considère en effet que « *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* »¹⁹⁶, étant entendu qu'« *un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un*

¹⁹²*Pennsyl v. Catalytic, Inc.*, 83-ERA-2 (Sec'y Jan. 13, 1984)

¹⁹³*Curl v. Leroy Reavis and Iredell County*, 740 F.2d 1323, 4th Circ (1984)

¹⁹⁴*Pettway v. American Cast Iron*, 411 F.2d 998, 5th Circ. (1986)

¹⁹⁵*O'Day v. McDonnell Douglas*, 79 F.3d 756, 9th Circ (1996)

¹⁹⁶Cour EDH, arrêt précité, §75

*gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé »*¹⁹⁷. Cette conception de la « *bonne foi* » du porteur d'alerte apparaît quant à elle problématique dès lors que l'intérêt du déclenchement d'alerte ne tient pas tant à un élément subjectif – l'intention du lanceur d'alerte – qu'à un élément objectif, l'intérêt pour la société de la divulgation de l'information en question. Cette condition a d'ailleurs été supprimée en Grande-Bretagne¹⁹⁸. Néanmoins, comme le propose un rapport du Conseil de l'Europe, un signalement de « *bonne foi* » pourrait à l'avenir être défini « *comme un signalement ayant été fait « honnêtement* », et « *les auteurs de signalements devraient être présumés de bonne foi jusqu'à preuve du contraire* »¹⁹⁹.

Titre 2 : Un « droit à » alerter le public ? Une conception ouverte mais limitée de l'alerte comme contribution polémique au débat public.

Le lanceur d'alerte, en France comme aux États-Unis, n'est pas réductible à la figure du « *dénonciateur légal* » qui lui est assignée par son statut protecteur. Il existe une seconde conception, plus large, du rôle de ces personnes qui apparaît conceptuellement plus proche de l'idée selon laquelle le « *droit d'alerte* » s'analyserait comme l'exercice d'un droit fondamental. Cette vision, portée certains acteurs de la société civile, rejoint dans sa variante la plus radicale la question de la désobéissance civile et du « *droit de résistance à l'oppression* », entrant dans une sphère d'indifférenciation entre droit et politique. Dans ce cadre, 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. Cette vision s'appuie tout à la fois sur les lois encadrant et encourageant la transparence des administrations, et sur une conception extensive du droit à la liberté d'expression qui semble en partie avoir trouvé une consécration juridique

¹⁹⁷Ibid.

¹⁹⁸GAME (E.), « Blowing the whistle : what are your rights ? », in *British Journal of Neuroscience Nursing*, 2014, vol. 10, no 1, p. 46-47.

¹⁹⁹STEPHENSON (P.), LEVI (M.), « La protection des donneurs d'alerte », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40).

effective. En effet, dans les ordres juridiques français et nord-américains, les interprètes légitimes des droits fondamentaux ont ménagé un espace pour ce type de conception du lanceur d'alerte en consacrant un véritable « *droit public à l'information* », bénéficiant potentiellement à l'ensemble des citoyens. En effet, de prime abord, il ne paraît pas absurde de considérer que l'existence du « *droit du public à* » l'information puisse impliquer, implicitement mais nécessairement, l'existence corrélative d'un droit d'alerter le public protégeant ceux qui précisément permettent de rendre effectif le droit à l'information. En ce cas, le « *lanceur d'alerte* » n'est plus nécessairement un salarié soucieux d'alerter des comportements délictueux, risqués ou non-éthiques dans le but d'y mettre fin, mais peut être un simple citoyen soucieux de provoquer le débat public et, éventuellement, de chercher à provoquer un changement politique (**Chapitre 1**). Toutefois, cette conception du « lanceur d'alerte » est largement limitée par le caractère quasi-absolu du secret d'état et des exigences de sécurité nationale et la, qui limitent l'impact du « droit du public à l'information ». Le droit, en France et aux Etats-Unis, ne va pas jusqu'à consacrer la pratique du « *leaking* » ou fuitage d'information, qui consiste à rendre public des informations classifiées. (**Chapitre 2**)

Chapitre 1 Le droit à la liberté d'expression à l'appui de la révélation publique d'informations

L'action d'Edward Snowden s'inscrit, comme cela a été souligné dans l'introduction générale dans une « *tradition* » américaine de révélation des secrets d'État. 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. Celle-ci pourrait même potentiellement justifier, au nom des protections instituées par le premier amendement, la pratique de la dissémination publique d'informations classifiées. (**Section 1**) Le même type standard de protection tend à apparaître dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et de certaines juridictions françaises (bien que plus timidement), pour des raisons différentes. Là où la Cour suprême semble se focaliser en dernière analyse sur le droit « *subjectif* » du public à recevoir toute sorte d'informations, l'approche française et européenne tend un peu plus nettement à se focaliser sur le contenu du discours du lanceur d'alerte, et sur la protection de l'espace public de débat en lui-même. Ce qui peut justifier le droit accordé au lanceur d'alerte de porter

publiquement son message, ce n'est pas tant un droit subjectif à communiquer et recevoir tous types d'informations, mais, plus largement, l'intérêt que présente ses propos au regard de l'intérêt général. C'est dès lors le critère de l'intérêt général à ce qu'une information soit portée à la connaissance du public qui justifie le « *droit d'alerter* » le public, y compris lorsque les informations divulguées sont sensibles ou choquantes. En quelque sorte, la reconnaissance des « polémiques d'intérêt général » dans les ordres juridiques français et européens tend à offrir une assise à une conception large du droit d'alerter. (Section 2)

Section 1 : La portée « absolue » du premier amendement en matière de dissémination d'informations sensibles aux Etats-Unis

La portée extensive du premier amendement aux Etats-Unis a conduit à ce que soit accordé aux lanceurs d'alerte potentiels un « *droit du public à l'information* » très large (A). Ce « droit du public à l'information » semble, au vu de l'unique jurisprudence en la matière, aller jusqu'à autoriser la dissémination d'informations, qui ne peut être prohibée que dans des hypothèses respectivement énumérées (B)

A) Les contours extensifs du « droit du public à l'information » dans la jurisprudence de la Cour Suprême américaine

Comme le souligne Robert Vaughn, l'émergence internationale du concept de lanceur d'alerte apparaît « *concomitamment à la mise en œuvre de lois sur la liberté de l'information dans de nombreux Etats* »²⁰⁰, suggérant qu'il existerait un lien indissoluble entre la notion et celle, plus large, de démocratie ouverte²⁰¹. Les lois sur la liberté de l'information et les lois relatives au *whistleblowing* procéderaient toutes deux d'une matrice commune, celle d'une « *responsabilité démocratique directement fondée sur le droit du public à l'information* »²⁰². Le développement de ce « *droit* » a été particulièrement précoce aux États-Unis, se trouvant même au centre des conceptions constitutionnelles Nord-Américaines²⁰³. Le premier

²⁰⁰VAUGHN (R.), « *The successes and failures of whistleblower laws* », Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p.293

²⁰¹Ibidem.

²⁰²Ibid.

²⁰³V. notamment : O'BRIEN (D.), "The First Amendment and the Public's Right to Know" „*Hastings Const. LQ*, 1979, vol. 7, p. 579 ; SCHAUER (F.), "The Role of the People in First Amendment Theory", *California Law Review*, 1986, p. 761-788.

amendement consacrant la liberté d'expression a ainsi été conçu comme la « *seconde garantie* » - la première étant la séparation des pouvoirs- de contrôle effectif de l'activité gouvernementale²⁰⁴, et permettrait ainsi d'assurer la pleine effectivité de la souveraineté populaire²⁰⁵. Cette idée selon laquelle la pratique du *whistleblowing* se trouverait au cœur de la conception américaine de la liberté d'expression et de la démocratie a au demeurant été exprimée de manière explicite en 1927 par le juge Brandeis dans une opinion concordante remarquée et largement commentée²⁰⁶. Dans l'affaire « *Whitney c. Californie* » jugée par la cour suprême américaine, celui-ci avait notamment rappelé que les pères fondateurs, dans leur volonté de faire de la liberté d'expression un élément central d'exercice de la souveraineté populaire, s'étaient opposés à « *Toute forme de silence imposée par la loi* » et avaient pour objectif d'« *interdire la pratique, trop courante, consistant pour les gouvernants à masquer au public les informations embarrassantes* »²⁰⁷.

La mise en œuvre de ce « *droit du public à l'information* » a reposé en partie sur la mise en place de réformes législatives réduisant le champ des activités protégées par le secret d'État. Le « *Freedom of Information Act* »(FOIA)²⁰⁸ de 1966 (révisé en 2006) exige ainsi la publicité de l'ensemble des documents détenus par le gouvernement, y compris les documents ayant trait aux opérations militaires. Toutefois, comme nous l'étudierons plus en détail dans la suite de l'étude, si la transparence des activités gouvernementale constitue la règle, cette règle comporte de nombreuses exceptions. C'est ainsi avant tout à la Cour Suprême qu'est revenue la tâche de définir les contours d'un éventuel « *droit du public à l'information* ». Si celle-ci n'a jamais reconnu explicitement l'existence d'un tel droit, celui-ci se déduit implicitement de la conciliation des intérêts protégés par le premier amendement qu'opère la Cour. Dans ces hypothèses, l'intérêt du public apparaît toujours prédominer sur d'autres intérêts, y compris ceux d'autres acteurs pouvant se prévaloir des protections du premier amendement. Ainsi, le « *droit du public à avoir accès à des informations [...] fiables* » a été reconnu comme devant primer sur d'autres intérêts, y compris sur les intérêts commerciaux des fournisseurs

²⁰⁴ IVESTER (D.), « The Constitutional Right to Know », *Hastings Const. LQ*, 1977, vol. 4, p. 111

²⁰⁵ Ibidem

²⁰⁶ Nombre de membres de la doctrine Nord-Américaine considèrent cette opinion comme l'un des plaidoyers les plus puissants de membres d'une juridiction suprême en faveur de la liberté d'expression. Voir, notamment : Blasi, Vincent. "The First Amendment and the Ideal of Civic Courage: The Brandeis Opinion in *Whitney v. California*." *Wm. & Mary L. Rev.* 29 (1987): 653

²⁰⁷ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). Opinion concordante du juge Brandeis

²⁰⁸ Pub.L. 89-487, 80 Stat. 250

d'informations²⁰⁹. Mais, c'est avant sur les intérêts du gouvernement à garder secret des informations présentant un intérêt pour le public que le droit de celui-ci à avoir accès à l'information semble devoir primer. Cette démarche juridictionnelle est particulièrement visible dans l'approche adoptée par la Cour suprême face aux restrictions préalables (*prior restraints*) à la liberté de publication. Le but principal du premier amendement étant de « *prévenir les restrictions préalables à la liberté de publication* », la protection de la liberté de communiquer apparaît, comme le souligne le professeur Alan Katz, protéger « *l'intérêt ultime, prépondérant, du public : son droit à l'information* »²¹⁰. Ainsi, comme le rappelait le président de la Cour suprême Burger en 1973, concilier des intérêts concurrents dans le cadre de l'interprétation du premier amendement revient à « *déterminer ceux qui servent au mieux le droit du public à l'information* »²¹¹. La portée très large du « *droit du public à l'information* » semble venir à l'appui 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*. »²¹². Dans ce cadre, toute tentative d'imposer une censure devrait être vue comme grevée d'une « *présomption lourde d'inconstitutionnalité* »²¹³.

B) La jurisprudence des « Pentagon papers » et la restriction radicale des hypothèses d'interdiction de disséminer des informations classifiées.

Conséquence logique de la portée « *absolue* » du premier amendement, les hypothèses dans lesquelles une restriction préalable à la dissémination d'information peuvent être considérées comme conformes à la liberté constitutionnelle d'expression ont été radicalement réduites par la Cour Suprême des Etats-Unis. La première hypothèse, qui n'a que marginalement trait à la pratique du *whistleblowing*, correspond aux allégations mensongères, aux propos obscènes et aux menaces, qui ne « *forment pas une part essentielle du processus de communication des idées* »²¹⁴. La seconde, qui touche directement à la question de la protection des formes les plus radicales du lancement d'alerte, a trait à la communication d'informations qui, en elles-

²⁰⁹Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367 (1969)

²¹⁰KATZ (A.), « Government information leaks and the First Amendment », *California Law Review*, 1976, p. 115.

²¹¹CBS v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973).

²¹²STONE (G.) WikiLeaks and the First Amendment. *Fed. Comm. LJ*, 2011, vol. 64, p. 477.

²¹³Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58, 70 (1963)

²¹⁴Chaplinsky v. New Hampshire, 315 US.56_, 571-72 (1942)

même, peuvent présenter un danger pour la société. Le principal standard appliqué par la Cour Suprême est, à cet égard, celui du « *clear and present danger* » (danger clair et immédiat) énoncé par le Juge Oliver Wendell Holmes dans son opinion sur l'arrêt *Schenck V. United States*²¹⁵. Celui-ci expliquait la notion de « *clear and present danger test* » en prenant pour exemple une fausse alerte au feu dans un théâtre : en ce qu'une telle alerte serait susceptible de conduire de manière *imminente* à créer une situation de danger pour le public présent en raison d'éventuels mouvements de panique, celle-ci constituerait un danger immédiat. Une telle explication, se focalisant uniquement sur le danger présenté par une prise de parole, ne prend toutefois pas en compte l'hypothèse où cette prise de parole dangereuse correspondrait également à un intérêt du public. Qu'en serait-il si l'alerte au feu était justifiée ? Faudrait-il la taire au risque que le public soit exposé à un danger plus grand encore ? La jurisprudence a bien heureusement eu par la suite l'occasion d'approfondir la notion²¹⁶. Il appartient à la Cour Suprême, en toute hypothèse, d'« *examiner si la gravité du « mal » attendu, qui ne peut être improbable, est justifié au regard des atteintes portées à la liberté d'expression* »²¹⁷. Ainsi, une menace de révéler les « *secrets* » de la bombe à hydrogène semble pouvoir constituer une hypothèse de « danger immédiat »²¹⁸.

Qu'en serait-il dans l'hypothèse où le gouvernement tenterait d'empêcher un lanceur d'alerte de révéler au public des informations classées « *secret défense* », qui par essence peuvent créer une situation de « *danger immédiat* » en mettant en danger d'éventuelles troupes présentes sur un terrain de guerre ? En raison de la « *forte présomption d'inconstitutionnalité* » d'une telle tentative, souligne Alan Katz, le gouvernement n'a mené de telles tentatives qu'en assez peu d'hypothèses, si bien que la Cour Suprême Américaine n'a eu à traiter celle-ci qu'à une seule reprise dans son histoire, en 1971. Auparavant, la jurisprudence en la matière avait toutefois déjà été fixée dans un arrêt *Near v. United States* de 1931²¹⁹. Dans cette affaire, où était en cause une loi du Minnesota visant à censurer les publications « *obscènes et diffamatoires* », la Cour avait fait droit aux prétentions du

²¹⁵*Schenck V. United States*, 249 U.S 47,52 (1919)

²¹⁶STRONG (F.), « Fifty Years of « Clear and Present Danger » : from Schenck to Brandenburg – and beyond, 1969 *SUP.CT.REV.* 41

²¹⁷*Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Dans cette affaire, qui concernait des membres du Parti Communiste Américain, le danger n'était pas « imminent » car la justification apportée par le gouvernement -celui d'un renversement imminent du pouvoir par ces membres du parti communiste- n'était qu'improbable.

²¹⁸*United States v. Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990

²¹⁹*Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931)

requérant -qui demandait à ce que cette loi soit déclarée non-conforme à la constitution-, estimant que « *la Constitution impose que toute restriction préalable à la liberté d'expression soit justifiée par des preuves conséquentes du danger que constituent les propos visés* »²²⁰ et que toute limitation à cette liberté doit faire l'objet d'une « *attention scrupuleuse* »²²¹. Les juges ont toutefois, par un *obiter dictum*, apporté une importante exception au champ de la protection du premier amendement. Considérant que « *la protection de la liberté d'expression contre les restrictions préalables n'est pas absolue* »²²², les juges ont reconnu que, en temps de guerre « *certaines choses qui peuvent être dites en temps de paix sont susceptibles, en temps de guerre, de nuire aux efforts de guerre à un tel point que celles-ci ne peuvent être acceptées tant que des hommes continueront de se battre* »²²³. Plus précisément, personne ne saurait mettre en doute, aux yeux de la Cour, que le gouvernement puisse prévenir, par exemple, « *la publication du nombre de soldats déployés ou de la position exacte des troupes* »²²⁴; une telle publication constituerait, sans aucun doute possible, un « danger immédiat ». Comme le souligne le professeur Melissa Opper, « *la conclusion de la Cour selon laquelle les documents contenant des précisions sur les opérations militaires s'applique au cas de Wikileaks* »²²⁵.

Encore faut-il que l'ensemble des documents soient de nature à mettre en danger les troupes déployées, sans quoi une interdiction de publication qui viserait un ensemble de documents classifiés sans distinguer lesquels sont susceptibles de présenter un danger immédiat serait probablement inconstitutionnelle. Cette nécessité d'apprécier au cas par cas le danger présenté par la publication de documents classés secret défense découle implicitement de la première et unique application jurisprudentielle de l'exception sus-mentionnée, dans l'arrêt *New York Times Co. v. United States*²²⁶, plus connu sous le nom de la « *jurisprudence des Pentagon Papers* ». Dans cette affaire, la Cour Suprême avait considéré comme inconstitutionnelle la tentative du gouvernement d'interdire la publication par le New-York Times et le Washington

²²⁰Idem

²²¹Id.

²²²Id.

²²³Id.

²²⁴Id.

²²⁵OPPER (M.), « WikiLeaks: Balancing First Amendment Rights with National Security. *Loy. LA Ent. L. Rev.*, 2010, vol. 31, p. 237.

²²⁶*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)

Post des *Pentagon Papers*²²⁷, estimant, en se référant aux décisions des Cours du circuit fédéral, que le gouvernement n'avait pas de « *preuve irréfutable* » du danger imminent que causerait une publication. Dans une opinion concordante éclairant le raisonnement mené par la Cour, le juge Potter Stewart avait expliqué que, bien qu'étant « *convaincu que l'exécutif a sans doute raison de vouloir procéder à l'interdiction de certains des documents* », il lui semblait impossible de considérer toutefois que « *la divulgation de ceux-ci puisse, dans l'ensemble, causer de manière certaine un dommage irréparable à la Nation ou à son peuple.* »²²⁸. De plus, « *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 et critique* »²²⁹. Bien que la portée réelle de la jurisprudence des *Pentagon Papers* soit toujours discutée et que nombre de questions restent en suspens²³⁰, il semble peu douteux au vu de cette unique jurisprudence qu'une tentative d'interdire à un journal de publier les révélations faites par Edward Snowden eût été inconstitutionnelle. En effet, comme le soulignent des observateurs avertis, les révélations de celui-ci ressemblent fort, dans leur nature, aux révélations contenues dans les *Pentagon Papers*²³¹. Ainsi, le premier amendement et le « *droit du public à l'information* » qui en découle semble ouvrir à l'ensemble des citoyens un droit presque absolu de divulguer toute sorte d'information, y compris sensible -sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'imputations diffamatoires ou de documents détaillant tous des opérations de guerre- en protégeant les médias susceptibles par lesquelles ces informations transitent. Ce qui ne signifie pas, comme nous le constaterons *supra*, que ceux-ci se trouvent pour autant, en tant que personnes, mis à l'abri des représailles.

Section 2 : La reconnaissance par les juridictions françaises et européennes des vertus de la « *polémique d'intérêt général* ».

En France aussi, si l'on prend en compte la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, la portée du « *droit d'informer le public* » apparaît très large, devant en principe

²²⁷ Il s'agit de 47 volumes totalisant 7 000 pages secret-défense émanant du Département de la Défense à propos de l'implication politique et militaire des États-Unis dans la guerre du Viêt Nam de 1945 à 1971.

²²⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) (opinion concordante du juge Potter Stewart)

²²⁹ *Idem*

²³⁰ V. NIMMER (B.), “National Security Secrets v. Free Speech: The Issues Left Undecided in the Ellsberg Case”, *Stanford Law Review*, 1974, p. 311-333.

²³¹ Edwy Plenel, « En défense d'Internet et de WikiLeaks (3): la révolution numérique », *Mediapart – Les carnets d'Edwy Plenel*, 7 octobre 2011

primer sur les intérêts des opérateurs économiques et des administrations **(A)**. Ce qui peut justifier, toutefois, la diffusion d'informations sensibles ou choquantes n'est pas tant la protection du droit à la liberté d'expression en lui-même que l'intérêt général que présentent les propos. Dans ce cadre, les propos de type militant ou polémiques sont particulièrement protégés dès lors qu'ils s'inscrivent dans le cadre de débats concourant à l'intérêt général : en quelque sorte, les juridictions françaises et européennes tendent à reconnaître les vertus de la polémique. Bien que très casuistique, cette approche apparaît susceptible de tracer les contours d'un très large « *droit d'alerter* » le public, la notion d'intérêt général étant entendue de manière extensive par les juridictions françaises et européennes **(B)**.

A) La protection des polémiques à l'appui du « *droit du public à l'information* » dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Sans l'avoir mentionnée explicitement, la Cour européenne des droits de l'homme a très tôt reconnu le « *droit du public à l'information* » à l'occasion de l'affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni*²³² qui opposait un journal d'information au Royaume-Uni. Dans cette affaire, faisant application de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) la Cour avait précisé qu'il appartient aux médias « *de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux, comme celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public [...]* » et que « *le public a le droit de les recevoir* »²³³, formulation reprise par la suite par de nombreux arrêts²³⁴. Et, depuis l'arrêt *Handyside c./ Royaume-Uni* de 1976, il est admis que « *la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »²³⁵. Le « *droit du public* » à recevoir des informations utiles au débat public, que la cour conçoit comme inhérent à toute société démocratique, semble trouver pour consécration la protection des émetteurs de ces discours, y compris lorsque leurs positions sont minoritaires et prennent la forme d'un discours polémique. Or, cette protection de la

²³²Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n° 30, § 65

²³³Idem.

²³⁴Voir ex : Cour EDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c. France*. JCP G 1999, II, 10120, note E. Derieux ; RTDH, 1999, p. 682, obs. C. Bigot ; *Les Petites affiches*, n° 154, 4 août 1999, comm. R. Marie ; *Légipresse*, avril 1999, n° 160, II, p. 33, comm. G. Cohen-Jonathan et E. Dreyer ; *JDI*, n° 1, 2000, p. 91, comm. A. Guedj

²³⁵ Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72,

diversité des débats est essentielle s'agissant de l'étendue du droit d'alerter le public car les informations contenues au sein d'une alerte « *ne feront pas toujours l'unanimité* »²³⁶ et sont même susceptibles de heurter directement la sensibilité du public. Et, comme le souligne Francis Chateauraynaud, toute alerte engage « *une multiplicité de logiques d'action et de jugement et, notamment, la controverse, la polémique [...] le scandale* »²³⁷ et la protection des controverses est essentielle pour que s'opère la trajectoire publique d'une alerte et que celle-ci parvienne à son terme. Ce droit n'est toutefois pas absolu. D'une part, il a connu, de manière récente, d'importantes limitations²³⁸. D'autre part, doivent être appréciés « *la contribution à un débat d'intérêt général, la notoriété de la personne visée, l'objet de l'article, le comportement antérieur de la personne, le mode d'obtention des informations et leur véracité en enfin le contenu, la forme et les répercussions de la publication* »²³⁹.

Cette protection d'un « *public* » abstrait supposé devoir faire preuve de « *pluralisme* », de « *tolérance* » et d'« *ouverture d'esprit* »²⁴⁰ a directement conduit la Cour à protéger des hypothèses d'alerte en faisant prévaloir l'intérêt public sur les intérêts économiques des organisations et des personnes publiques. Dans une affaire « *Hertel* » déjà citée, la Cour avait estimé, s'agissant d'une interdiction faite à un chercheur de publier un article sur les dangers des fours à micro-ondes, que « *la mesure en cause a [...] pour effet de censurer partiellement les travaux de ce dernier [le requérant] et de limiter grandement son aptitude à exposer publiquement une thèse qui a sa place dans un débat public dont l'existence ne peut être niée* ». Soulignant qu'« *il serait particulièrement excessif de limiter la liberté d'expression à l'exposé des seules idées généralement admises* », la Cour avait en conséquence estimé qu'une telle ingérence dans la liberté d'expression ne pouvait « *passer pour nécessaire dans une société démocratique* »²⁴¹. De la même manière, s'agissant de la critique par un élu et militant écologiste du comportement de hauts fonctionnaires après un accident nucléaire²⁴², la Cour avait considéré d'une part que « *les propos tenus par le requérant relevaient de sujets*

²³⁶ DUPISSON-GUINEHEUF, (M.), *Le droit d'alerter. Étude sur la protection de l'intégrité physique des personnes*, Thèse de droit privé, soutenue le 20 novembre 2013 à l'Université de Nantes, sous la direction du Pr Rafael Encinas de Munagorri, p.72

²³⁷ CHATEAURAYNAUD (F.), « Les lanceurs d'alerte et la loi », *Experts* 83, p. 44-47

²³⁸ Voir notamment : HERVIEU (N.), « [Les funestes paradoxes européens de l'espace public verrouillé](#) » in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 juillet 2012

²³⁹ Cour EDH, 19 septembre 2013, Von Hannover c. Allemagne, Req. n° 8772/10

²⁴⁰ Cour EDH, Pl. 7 déc. 1976, Handyside c. Royaume-Uni, Req. n° 5493/72,

²⁴¹ Cour EDH, 25 août 1998, Hertel c. Suisse, req. N° 53440/99

²⁴² Cour EDH, 7 novembre 2006, Mamère C. France, req. n°12697/03

d'intérêt général et « s'inscrivaient d'ailleurs dans un débat public d'une extrême importance ». Et, d'autre part, le requérant s'exprimait *« sans aucun doute en sa qualité d'élu et dans le cadre de son engagement écologiste, de sorte que ses propos relevaient de l'expression politique ou « militante » ».*

Une autre affaire, qui concernait la critique par voie de presse la gestion publique d'affaires de pollution des eaux d'un département est également emblématique du très large droit d'alerter qu'ouvre, de facto, la conception européenne de l'espace public. Dans cet arrêt, reconnaissant que le langage employé par le requérant était *« provocateur »* et qu'il est vrai qu'un individu s'engageant dans un débat public d'intérêt public est tenu en principe de *« de ne pas dépasser certaines limites quant, notamment, au respect de la réputation et des droits d'autrui »*²⁴³, la Cour avait toutefois rappelé qu'il est *« permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation »*²⁴⁴. Toutefois, si les allégations du requérant s'analysaient *« en des imputations de faits ou en des jugements de valeur »*, elles n'étaient pas *« dépourvues de base factuelle »* et, surtout, *« s'inscrivaient dans le contexte d'un débat d'intérêt pour la population »*²⁴⁵. Surtout, la cour fait référence de manière explicite, pour la première fois, à la légitimité de la diffusion d'une alerte au public, en relevant que *« Tel qu'il ressort d'une simple lecture de l'article litigieux, le requérant voulait tirer un signal d'alarme et informer la population du département de Dolj de la pollution des eaux par la société A. De l'avis de la Cour, cet épisode de pollution répondait à un intérêt public, important en l'occurrence »*.²⁴⁶

Ainsi, la conception qu'a la CEDH de la liberté d'expression ouvre un large droit d'alerter le public sur des sujets relevant de l'intérêt général -sans aller, nous le verrons supra, jusqu'à justifier la divulgation ou la dissémination d'informations classées *« secret défense »* - y compris lorsque l'alerte prend la forme d'un discours militant ou provocateur et que l'opinion ou l'information divulguée est de nature à heurter la sensibilité du public. Le *« droit d'alerte »* considéré est donc moins restreint que le statut légal du lanceur d'alerte, et n'est pas limité à la dénonciation de risques et d'illégalités aux effets immédiats. Qu'en est-il dans l'hypothèse où

²⁴³Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, *Tanasoaica c/ Roumanie*, n° 3490/03, §52

²⁴⁴Idem, §53

²⁴⁵Id.

²⁴⁶Id.

le citoyen qui lance l'alerte est en même temps lié par un lien hiérarchique ou de subordination à une organisation, et que celui-ci divulgue, précisément, des faits ou comportements s'étant déroulés au sein de celle-ci ? L'usage du droit d'alerte serait sans aucun doute plus hasardeux car, comme nous le soulignons *supra*, la divulgation devra s'opérer « *d'abord auprès [du] supérieur hiérarchique* » avant que ne s'envisage la divulgation au public « *en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement* »²⁴⁷ et le lanceur d'alerte devra apporter la preuve de sa « *bonne foi* »²⁴⁸. Toutefois, ici aussi, l'intérêt général semble prédominant. La Cour européenne des droits de l'homme considère notamment que les sanctions prises à l'encontre de magistrats ou de salariés d'organismes publics ou privés qui ont divulgué des informations « *que les citoyens ont un grand intérêt à voir publier ou divulguer* » constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme. Dans l'affaire *Heinisch contre Allemagne*, la Cour a considéré que « *l'intérêt public à être informé des défaillances [dans la délivrance de soins par l'Etat] était d'une telle importance dans une société démocratique qu'il devait prévaloir sur la réputation et les intérêts commerciaux de cette dernière* »²⁴⁹.

B) La protection de l'alerte au public par les juridictions françaises.

La jurisprudence française semble avoir, elle aussi, adopté les standards européens en matière de droit d'information du public, en faisant prévaloir le critère de l'intérêt général de l'alerte sur l'ensemble des autres critères permettant de juger de la légitimité d'une atteinte à la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte. Ici aussi, la polémique est considérée comme vertueuse. S'agissant d'alertes concernant la sécurité des produits et prenant la forme de polémiques, la jurisprudence fait prévaloir l'intérêt du public à être informé sur les intérêts économiques des distributeurs. Ainsi, dans une affaire qui concernait un chargé de recherche ayant pointé de manière polémique les dangers de la consommation de sel, dans un article public²⁵⁰, le Tribunal de Grande Instance de Paris a fait prévaloir la libre-expression des chercheurs et des journalistes sur celui des producteurs de sel d'alimentation²⁵¹. Le TGI, rejetant l'accusation de

²⁴⁷Cour EDH, G.C. 12 février 2008, [GUJA c. Moldavie](#), Req. N° 14277/04, § 142

²⁴⁸Idem, § 77

²⁴⁹CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c/Allemagne*, n° 28274/08

²⁵⁰« Scandale alimentaire. Sel, le vice caché, magazine TOC, 18 mars 2006, p.14

²⁵¹TGI Paris, 13 mars 2009, Ministère public . Champremier, Cattan, Meneton

diffamation, a notamment estimé que l'article en question, bien que polémique, ne concerne que « *l'évocation d'une question d'ordre général sur l'utilisation excessive d'un produit naturel qui, quelle que soit sa pertinence, ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression dans une société démocratique.* »²⁵². Surtout, les propos polémiques relèvent d'une « *appréciation critique portée par un scientifique, qui ne recouvre aucun fait suffisamment précis pour être judiciairement prouvé.* »²⁵³. Ainsi, le droit de critique est largement ouvert dès lors qu'il concerne une question d'intérêt général, y compris lorsque la pertinence ou la véracité des opinions peut être mise en doute. De la même manière, dans une autre affaire, qui concernait la critique (par voie de presse) de manipulations des mesures des ondes téléphonique par un militant écologiste²⁵⁴, le Tribunal Correctionnel de Paris avait fait prévaloir l'intérêt du public sur celui des opérateurs de téléphonie mobile en adoptant une conception très large de l'imputation diffamatoire²⁵⁵. En effet, tout en reconnaissant que les conditions de la diffamation étaient réunies, les juges du Tribunal Correctionnel avaient jugé que l'alerte était justifiée dès lors que le militant avait pour souhait d'informer le public et disposait d'éléments de nature à fonder ses allégations. La dénonciation par voie de presse pouvait alors être conçue comme légitime.²⁵⁶

Mais l'hypothèse la plus remarquable de prévalence de l'intérêt général sur les intérêts privés visés par une alerte est illustrée par un arrêt du TGI de Boulogne-sur-Mer de 1998. Le litige opposait ici la société Eurotunnel à Robert Bell à propos du livre *Les Sept Péchés capitaux de la haute technologie*²⁵⁷, qui critiquait de manière vive la société pour sa gestion de la sécurité du tunnel de la manche, qualifiant notamment ce dernier de « *plus long crématorium du monde* ». Le TGI a ici relaxé le prévenu du chef de dénigrement en relevant que si la critique émise était « vigoureuse », elle n'en était pas moins étayée d'un argumentaire technique et économique conséquent²⁵⁸. Surtout, dans sa motivation, les juges du TGI ont relevé de manière remarquable que « *Notre siècle éminemment technologique a donné d'assez nombreux exemples de risques de cette nature qui ont tragiquement démontré leur capacité à se réaliser [...] pour qu'il n'apparaisse pas répréhensible d'évoquer ces*

²⁵²Idem

²⁵³Id.

²⁵⁴« Antennes-relais, le face à face », Journal du dimanche, 9 novembre 2003

²⁵⁵TGI Paris, 2 mars 2006, inédit

²⁵⁶Idem

²⁵⁷BELL (R.), *Les Sept Péchés capitaux de la technologie*, Paris, Le Seuil, 1998

²⁵⁸TGI de Boulogne-sur-Mer, Société Eurotunnel c. R. Bell et Éditions du Seuil, 12 août 1998, inédit

risques et de souligner les facteurs susceptibles de les aggraver dans un ouvrage d'investigation argumenté et rédigé dans un esprit de stricte controverse scientifique. »²⁵⁹. La liberté d'expression doit être reconnue, poursuit le Tribunal, « alors même que, comme il est invoqué, les inquiétudes et les alarmes exprimées dans ce livre pourraient être excessives et infondées. ». Dès lors, la liberté d'expression doit, dans le cadre d'alertes sur des risques technologiques, « être d'autant plus garantie qu'il s'agit d'un risque collectif [...] ce qui justifie qu'une réflexion sur la sécurité du tunnel sous la Manche soit rendue publique et dépasse le milieu discret des spécialistes de l'entreprise ». Bien que les arrêts cités ne concernent que des controverses scientifiques et qu'il ne s'agit que de décisions de juridictions du fond, l'alerte au public telle qu'elle est conçue par la Cour EDH semble avoir été largement réceptionnée par les juridictions françaises.

Chapitre 2 La juridicité incertaine de l'alerte comme acte de désobéissance ou la prohibition de la pratique du « leaking ».

Bien que les contours du droit d'alerter le public soient larges dans les deux ordres juridiques étudiés, l'on ne peut en conclure que celui-ci aille jusqu'à accorder une pleine reconnaissance aux personnes disséminant des informations classées « *secret défense* », qui semblent toujours hors de portée du débat démocratique. En effet, la portée très large des secrets d'état et de la « *sécurité nationale* » constitue sans nul doute un obstacle dirimant au plein développement du « *droit du public à l'information* » rend illusoire l'exercice légitime de ce type de prise de parole dans l'espace public. En effet, dès lors que certaines lois excluent explicitement la circulation de certaines informations dans l'agora public, l'existence d'un « *droit d'alerter* » sur des informations de cette nature apparaît conceptuellement impossible. **(Section 1)**. De plus, si la liberté d'expression tend à protéger le « *support* » de ces divulgations -principalement la presse- elles ne protègent pas les auteurs de ces disséminations, qui sont l'objet de dispositions répressives criminalisant leur action, bien que la Cour Européenne des Droits de l'Homme tende, en Europe à faire évoluer cette situation **(Section 2)**.

Section 1 – Le caractère absolu des secrets d'état en France et aux États-Unis : une restriction radicale de la portée du droit du public à l'information.

²⁵⁹Idem.

En France comme aux États-Unis, les législations relatives au « *secret-défense* » apparaissent comme l'angle mort de la transparence démocratique. Ainsi, aux États-Unis, le FOIA, qui avait pourtant été conçu dans l'objectif de garantir et d'encadrer le droit du public à l'information, apparaît de portée bien faible dans le cadre des politiques de lutte contre le terrorisme. **(A)** En France, une conception maximaliste du « *secret-défense* » rend également illusoire la possibilité de placer des informations classifiées au centre du débat public **(B)**

A) Le « *Freedom Of Information Act* » passé à l'acide des législations antiterroristes

Comme nous le soulignons supra, le « *Freedom of Information Act* » (FOIA)²⁶⁰ de 1966 (révisé en 2006) exige la divulgation de l'ensemble des documents détenus par le gouvernement, y compris les documents ayant trait aux opérations militaires. Cette loi, qui ne s'applique qu'aux agences gouvernementales, avait été présentée par Lyndon Johnson en 1966 comme « *découlant de l'un des principes les plus essentiels [de la démocratie américaine] : celui selon lequel la démocratie ne fonctionne au mieux que lorsque le peuple a accès à toute l'information dans les seules limites de la sécurité de notre nation* »²⁶¹. Apparaissant comme la mise en œuvre législative des idées constitutionnelles américaines sur le « *droit du public à l'information* », le FOIA a été créé en vue de faciliter l'exercice par les administrés du droit d'accès aux informations gouvernementales, notamment lorsque ceux-ci soupçonnent l'existence de pratiques illégales, mais sans avoir les moyens de les mettre au jour²⁶². Cette législation offre au public, en principe, « *un « droit de savoir » s'agissant de l'accès à l'information gouvernementale, en renversant la charge de la preuve de l'existence de pratiques douteuses ou illégales, qui ne repose plus sur le public, mais sur « les agences*

²⁶⁰ Pub.L. 89-487, 80 Stat. 250

²⁶¹ .REP.NO. 104-795, at 8 (1966)

²⁶² GENERAL ACCOUNTING OFFICE INFORMATION MANAGEMENT:UPDATE ON THE IMPLEMENTATION OF THE 1996 ELECTRONIC FREEDOM OF INFORMATION ACT AMENDMENTS4 (2002)

*gouvernementales qui refusent l'accès aux informations »*²⁶³. La mise en œuvre du mécanisme repose principalement sur la divulgation spontanée d'informations par les agences²⁶⁴ et sur la divulgation d'informations sur requête du public. Ce dernier mécanisme, qui permet au public de demander à accéder à toute information détenue par une agence fédérale sans avoir à se prévaloir d'une raison ou d'un besoin d'obtenir l'information, a été encadré pour faciliter son usage. Ainsi, « *si le personnel de l'agence agit de manière arbitraire ou fantasque à la demande, le Conseiller Spécial (Special Counsel*²⁶⁵) *doit mettre en œuvre, dans les plus brefs délais, une procédure en vue de déterminer s'il y a lieu d'intenter une action disciplinaire à l'égard de l'agent ayant traité la demande en premier lieu »*²⁶⁶. Par la suite, les citoyens peuvent saisir une cour fédérale s'ils ont des raisons de suspecter que l'agence a procédé de manière illégale à la destruction des documents demandés, ou a volontairement tardé à les produire²⁶⁷.

Le système ainsi institué apparaît, de prime abord, particulièrement protecteur des administrés ; son champ est en réalité réduit à bien peu de choses s'agissant des informations classifiées. En effet, si la transparence constitue le principe, celui-ci comporte de nombreuses exceptions s'agissant des activités de renseignement et des activités liées à la conduite de la politique extérieure du pays. Ainsi, l'acte lui-même prévoit que certains documents « *dont le caractère secret est établi par une décision gouvernementale dans l'intérêt de la défense nationale ou de la conduite de la politique étrangère du pays »* ne peuvent être communiqués²⁶⁸. Dès lors que c'est l'exécutif lui-même qui détermine les informations devant rester secrètes, le champ d'application de la loi apparaît extrêmement fluctuant et dépendant des orientations politiques générales des gouvernements : il n'y a donc pas ici de « *droit opposable* » à l'accès à l'information classifiée. Ainsi, sous la présidence Reagan, l'« executive order » n°12356²⁶⁹ de 1982, qui autorisait les agences fédérales à ne pas

²⁶³ UHL (K.), « Freedom of Information Act Post-9/11: Balancing the Public's Right to Know, Critical Infrastructure Protection, and Homeland Security. », *Am. UL Rev.*, 2003, vol. 53, p. 261.

²⁶⁴ Celles-ci doivent alors transiter, obligatoirement, par le registre fédéral de publication des informations

²⁶⁵ L'Office of Special Counsel est une agence fédérale indépendante dotée de pouvoirs d'investigation et de poursuites. L'un de ses rôles est de protéger les employés fédéraux et les candidats à la fonction publique contre les comportements discriminatoires. Cette agence est également chargée de protéger les droits des administrés en matière d'accès à l'information gouvernementale.

²⁶⁶ "U.S. Department of Justice Freedom of Information Act (FOIA) General Information". 2005-10-10. Retrieved 2010-01-0

²⁶⁷ Idem.

²⁶⁸ Id.

²⁶⁹ EO 12356

transmettre d'information en vertu de l'exemption n° 1 concernant la sécurité nationale, a largement réduit le champ d'application de la loi. A l'inverse, la présidence Clinton a déclassifié un nombre important de documents publics tandis que l'*Electronic Freedom of Information Act Amendments* (EFOIA) de 1996 a étendu la faculté de communication aux documents sous forme électronique.

Toutefois, les exigences de la lutte contre le terrorisme post « 9/11 » ont largement vidé de sa substance cette loi. Ainsi, l'Executive Order n°13233²⁷⁰ a largement restreint l'accès aux informations concernant les anciens présidents. De manière plus visible encore, le *Homeland Security Act* (HSA) de 2001 a prévu, à son article § 214(a)(1) que « *les informations concernant des infrastructures critiques soumises volontairement à des agences afin que celles-ci évaluent la sécurité des infrastructures critiques et des systèmes protégés* » seront exclues du champ d'application du FOIA²⁷¹. Plus précisément, ces dispositions nouvelles vont avoir 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* »²⁷². Malgré l'intervention de l'Open Government Act (OGA) en 2007²⁷³, la présidence Obama n'a pas remis en cause ces orientations. Plus encore, la présidence Obama a, par l'Executive Order n°13526²⁷⁴, autorisé le gouvernement à classifier des documents demandés par des administrations alors que ceux-ci seraient communicables au sens du FOIA, si celui-ci estime que les documents en question auraient dû être classifiés. Les politiques sécuritaires consécutives au 11 septembre 2001 semblent donc durablement réduire le champ du « *droit du public à savoir* », la lutte contre le terrorisme renforçant le « *privilège* » du secret dont le pouvoir exécutif apparaît comme le principal bénéficiaire²⁷⁵.

B) La portée absolue du « Secret défense » en France : un angle mort de la transparence démocratique.

²⁷⁰EO 13233

²⁷¹Pub.L. 107-296, 116 Stat. 2135

²⁷²UHL (K.), Art.cit. *Am. UL Rev.*, 2003, vol. 53, p. 278

²⁷³Pub.L. 110-81, 121 Stat. 735

²⁷⁴EO 13526

²⁷⁵FROST (A.), « The State Secrets Privilege and Separation of Powers. » *Fordham Law Review*, 2007, vol. 75, p. 1931.

En France, la loi du 17 juillet 1978 permet l'accès aux documents administratifs par l'intermédiaire de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA). En sont néanmoins exclus les documents dont « *la consultation ou la communication porterait atteinte : au secret de la défense nationale ; à la conduite de la politique extérieure de la France* »²⁷⁶. Comme le souligne Jean-Michel Belorgey, le maximalisme qui persiste à prévaloir en matière de secret défense, fait « *d'un système très englobant de dérogations à toutes les règles de transparence,* », apparaît comme un « *angle mort* » des dispositifs de régulation des institutions²⁷⁷. Le « secret-défense » est en effet défini de manière très large, et a en France un caractère quasi-absolu. L'article 413-9 du code pénal dispose de manière très large 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* ». Les mesures de protection du secret-défense consistent en une réglementation de l'accès des lieux où sont conservés les documents et un marquage particulier de ceux-ci en fonction de trois niveaux de protection : le « *Très Secret-Défense* »²⁷⁸, le « *Secret-Défense* »²⁷⁹ et le « *Confidentiel-Défense* »²⁸⁰. L'accès aux informations ou supports protégés est réservé aux personnes titulaires d'une décision d'habilitation ayant besoin de les connaître pour l'accomplissement de sa fonction ou de sa mission²⁸¹. La décision d'habilitation précise en outre le niveau de classification des informations auxquels la personne habilitée et intervient à la suite d'une procédure définie par le Premier ministre. Actuellement, cette décision est prise par le Premier ministre pour le niveau Très Secret-Défense,²⁸² tandis que pour les niveaux de classification Secret-Défense et Confidentiel-Défense, la décision d'habilitation est prise par chaque ministre pour le département dont il a la charge. L'accès à ces informations classifiées est donc très réglementé, et en dehors de ces personnes titulaires d'une habilitation spéciale, aucun citoyen ne peut demander l'accès à des informations classées « *secret-défense* ». En

²⁷⁶ Article 6 al. 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

²⁷⁷ BELORGEY (J-M), « L'État entre transparence et secret », *Pouvoirs* 2/ 2001 (n° 97), p. 25-32

²⁷⁸ Qui concerne les « *priorités gouvernementales en matière de défense et de sécurité nationale et* » dont la divulgation est de nature à nuire très gravement à la défense nationale ». Article R.2311-3 du Code de la défense.

²⁷⁹ Qui concerne les « *informations et supports dont la divulgation est de nature à nuire gravement à la défense nationale* ». Idem.

²⁸⁰ Qui concerne les « *informations et supports* » dont la divulgation est de nature à nuire à la défense nationale ou pourrait conduire à la découverte d'un secret de la défense nationale classifié au niveau Très Secret-Défense ou Secret-Défense. « . Id

²⁸¹ Article R. 2311-7 du Code de la défense.

²⁸² Article R 2311-5 et R 2311-6 du Code de la défense.

principe, ce type de documents devient communicable çà l'issue d'un délai de cinquante ans, qui peut être porté à soixante-quinze ans ou à cent ans²⁸³. Ceux-ci peuvent toutefois être incommunicable en toute hypothèse : ne peut jamais être communiquée une archive susceptible de diffuser des informations relatives aux armes de destruction massive²⁸⁴.

Le citoyen n'est pas seulement privé de l'accès direct aux documents classifiés, est également privé d'un accès indirect à ceux-ci, qui pourrait passer par la médiation d'une autorité judiciaire. En effet, de manière plus problématique encore au regard de la séparation des pouvoirs, la loi ne permet pas aux magistrats de prendre directement connaissance de documents classifiés : l'article 2312-4 du code de la défense impose à ceux-ci de présenter demande motivée de déclassification à l'autorité administrative qui a classifié le document²⁸⁵. Dans ce cadre, l'autorité administrative saisit sans délai la Commission consultative du secret de la défense nationale, dont l'institution en 1998 avait été présentée comme un grand progrès²⁸⁶. Celle-ci émet un avis dans les deux mois : favorable, favorable à une déclassification partielle ou défavorable, sans pour autant que son avis soit obligatoire. Dans la pratique les avis de la commission sont en majorité suivis, bien que celle-ci souligne dans ses rapports son manque d'indépendance budgétaire²⁸⁷. Ce caractère absolu du « *secret-défense* » tend à évoluer lentement. Ainsi, dans une QPC du 10 novembre 2011 sur la conformité à la Constitution des procédures liées à la protection du « *secret-défense* », le Conseil Constitutionnel avait déclaré inconstitutionnel le texte autorisant le classement secret défense de certains lieux dans lesquels une perquisition ne pouvait plus s'y dérouler sans que l'administration ait préalablement été avertie. Aux yeux du Conseil Constitutionnel, une telle mesure constituait une « *conciliation déséquilibrée* » entre les exigences contradictoires du procès équitable et le respect de la séparation des pouvoirs²⁸⁸. En revanche, les juges avaient refusé de sanctionner la procédure liée au classement et à la déclassification des documents « *secret-défense* ». Or, comme le souligne Roseline Letteron, ceci apparaît particulièrement

²⁸³Idem.

²⁸⁴Instruction générale interministérielle n° 1300 sur la protection du secret de la défense nationale, Article 63

²⁸⁵« Une juridiction française dans le cadre d'une procédure engagée devant elle peut demander la déclassification et la communication d'informations, protégées au titre du secret de la défense nationale, à l'autorité administrative en charge de la classification. Cette demande est motivée. L'autorité administrative saisit sans délai la Commission consultative du secret de la défense nationale. »

²⁸⁶Voir GUILLAUME (M.), « La réforme du droit du secret de la défense nationale », RFDA 1998 p. 1223

²⁸⁷Rapport de la commission consultative du secret de la défense nationale, bilan 1998/2004, la documentation française, Paris, 2005 page 23

²⁸⁸CC, [Décision n° 2011-192 QPC du 10 novembre 2011](#)

problématique au regard des exigences du procès équitable tel qu'il est conçu par la Cour EDH²⁸⁹. Dans une décision de 2000²⁹⁰, la Cour européenne des Droits de l'Homme a en effet énoncé que le refus de communiquer certains éléments de preuve liés à des informations classifiées doit être soumis à l'appréciation d'un juge. L'on constate donc à quel point le caractère absolu du « *secret-défense* » conduit à soustraire certaines informations sensibles du regard du public. Plus encore, l'information classifiée n'est en France, pas uniquement masquée au public : elle est également masquée à l'ensemble des acteurs étrangers à l'administration, y compris les acteurs du procès, conduisant à de véritables dénis de justice. Tout le système semble avoir été pensé pour faire de l'accès aux documents classifiés une prérogative exclusive de l'exécutif, et non un quelconque « droit ». Dès lors que le maximalisme en la matière conduit à violer des garanties essentielles de contrôle juridictionnel, un éventuel contrôle par le citoyen d'éventuels abus commis par l'exécutif apparaît comme une perspective très lointaine. Comme le soulignait Danièle Lochak il y a près de 25 ans, le système du « *secret-défense* » témoigne que « *la raison d'Etat ne fait jamais bon ménage avec la démocratie* »²⁹¹.

Section 2 Le maintien et la validation de dispositions criminalisant la dissémination d'informations classifiées

Conséquence logique de la volonté d'exclure les « *secrets d'état* » de l'espace public de débat, les personnes divulguant au public ce type d'informations font l'objet d'incriminations pénales. Celles-ci sont, paradoxalement, d'une constitutionnalité certaine au regard du premier amendement en tant qu'elle concernent des agents publics **(A.)** En France, la criminalisation des *leakers* est également prévue, mais pourrait se trouver, à l'avenir, sous le feu de la Cour EDH. **(B)**

A) La constitutionnalité certaine de la criminalisation de la divulgation des secrets d'état aux Etats-Unis

²⁸⁹LETTERON (R.), « Le secret de la défense nationale bientôt devant la cour européenne ? »

²⁹⁰Cour EDH, 6 février 2000, Rowe et Davis c. Royaume-Uni, req. n°28901/95

²⁹¹LOCHAK (D.), *Secret, sécurité et liberté*, Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1988, p. 51-70.

Les États-Unis ont de longue date maintenu des dispositions adoptées des dispositions criminalisant la divulgation d'informations classifiées. Ainsi, l'Espionage Act de 1917²⁹², créé dans le cadre de l'entrée des États-Unis dans la première guerre mondiale²⁹³, visait notamment à punir les agents ou soldats américains ayant obtenu ou divulgué des informations relatives à la défense nationale à une personne non habilitée à recevoir ce type d'information. Amendée à de multiples reprises et désormais codifiée²⁹⁴, la loi prévoit des peines de prison pouvant aller jusqu'à dix ans²⁹⁵ pour tout agent qui, possédant des informations liées à la défense nationale susceptibles de causer un dommage aux États-Unis ou d'avantager une nation étrangère, et qui « *communiquer, délivrer ou transmettre celles-ci* », ou tente de le faire. Cette loi a servi de fondement juridique aux poursuites engagées contre Bradley Manning²⁹⁶ et Edward Snowden²⁹⁷. Or, la validité de ces dispositions au regard du premier amendement ne fait guère de doute. En effet, bien que le premier amendement ouvre au *citoyen* un très large droit à divulguer des informations classifiées, il n'en va pas de même pour ce qui est des *agents publics*, dont la liberté d'expression ne bénéficie pas du même niveau de protection. Il apparaît même la pénalisation de ceux-ci en raison de la divulgation d'informations classifiées est parfaitement constitutionnelle. Cette situation paradoxale est due à des évolutions récentes dans l'appréciation par les juridictions américaines de la portée du premier amendement s'agissant des employés publics.

La Cour suprême américaine a, de longue date, reconnu que le gouvernement a « *un intérêt légitime à réglementer la liberté d'expression de ses employés, qui diffère grandement de ceux que ces mêmes agents lorsqu'ils s'expriment en tant que citoyens de manière générale* »²⁹⁸. Le problème est alors, soulignait la Cour, de trouver « *un équilibre satisfaisant entre le droit l'agent public à émettre un avis sur des sujets d'intérêt public en tant que citoyen d'une part, et les intérêts de l'Etat-employeur à assurer l'efficacité des services publics* ». Or, comme le souligne Stephen Vladeck, ce type de raisonnement juridictionnel indique nécessairement qu'il « *puisse y avoir des hypothèses dans lesquelles l'intérêt public présenté*

²⁹²Pub.L. 65-25, 40 Stat. 217

²⁹³Pour un historique et une présentation (critique) de cette loi, voir : ERICSON (T.). ["Building Our Own 'Iron Curtain': The Emergence of Secrecy in American Government"](#). *American Archivist*, 2005.

²⁹⁴U.S.C. Titre 18, Partie 1, Chapitre 37

²⁹⁵18 U.S.C. §793(a)–(f).

²⁹⁶DEWEY (C.), « Manning was charged under the Espionage Act. It doesn't have a proud history. », *Washington Post*, 31 juillet 2013.

²⁹⁷FINN (P.), HORWITZ (S.), « U.S charges Snowden with espionage », *Washington Post*, 21 juin 2013.

²⁹⁸*Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968)

par les divulgations d'un employé puisse primer sur l'intérêt légitime du gouvernement à maintenir le secret sur ses actions »²⁹⁹. S'agissant des employés des services de renseignement, la même Cour Suprême avait d'ores et déjà, en 1980, considéré qu'un ancien employé de la CIA pourrait être lié à son engagement de ne « publier aucune information ou aucun document en lien avec la CIA sans accord préalable »³⁰⁰, en estimant notamment qu'« une publication de documents liés à des activités d'espionnage par un ancien agent apparaît susceptible de nuire aux intérêts vitaux de la nation ». Certes, il ne ressort pas de cette décision que toute divulgation d'informations liées à des activités de renseignement ne serait pas protégée, et l'on peut considérer, comme certains membres de la doctrine Nord-américaine, que « selon ce standard [le standard adopté dans la décision Pickering], une majorité des révélations faites par des agents depuis le 11 septembre présenteraient un intérêt public prépondérant »³⁰¹. Toutefois, la révision du « Standard Pickering » par la décision *Garcetti c. Ceballos* en 2006 -décision sur laquelle nous reviendrons plus en détail infra- semble définitivement exclure les employés des protections instituées par le premier amendement. En effet, dans cette décision, les juges de la Cour Suprême ont estimé que « réduire le droit à la liberté d'expression d'agents publics s'exprimant sur des faits dont il n'a pu avoir connaissance que dans le cadre de ses responsabilités professionnelles ne porte atteinte à aucune des libertés dont jouit cet agent en tant que citoyen ». Or, les informations portant secrets liés à la sécurité nationale sont par définition des informations auxquelles le citoyen moyen n'a pas accès. Il semble donc raisonnable d'affirmer au vu de ces jurisprudences qu'un employé public divulguant à des journalistes ou à d'autres médias des informations classifiées « violerait ses obligations professionnelles et pourrait être renvoyé ou faire l'objet de sanctions pénale sans que cela ne viole le premier amendement ».³⁰²

B) La pénalisation des divulgations de secrets d'Etat sous le feu de la CEDH

En France également, des dispositions du Code pénal sanctionnent les divulgations d'informations classées « *secret-défense* ». Ainsi, les articles 413-11 et 413-11-1 du Code

²⁹⁹VLADECK (S.), « Espionage Act and National Security Whistleblowing after *Garcetti* » *The. Am. UL Rev.*, 2007, vol. 57, p. 1531.

³⁰⁰*Snepp v. United States* 444 U.S. 507 (1980)

³⁰¹VLADECK (S.), « Espionage Act and National Security Whistleblowing after *Garcetti* » *The. Am. UL Rev.*, 2007, vol. 57, p. 1531.

³⁰²STONE (G.), « WikiLeaks and the First Amendment ». *Fed. Comm. LJ*, 2011, vol. 64, p. 477.

pénal sanctionnent de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amendes fait de détruire, reproduire ou diffuser de telles informations. Dans ce cadre, le ministère de l'intérieur a relevé « 677 affaires d'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation - catégorie dans laquelle entre la compromission d'informations classifiées - pour 461 en 2007 »³⁰³. Bien qu'elles visent plus spécifiquement les faits d'espionnage, sa rédaction assez large ouvre, sans contexte, une très large marge de manœuvre aux pouvoirs publics pour sanctionner d'éventuels « Snowden à la française » qui tenteraient d'alerter le public sur des faits couverts par le secret de la défense nationale. Or, à l'aune d'une récente décision, il semble possible que la Cour Européenne puisse interdire la mise en place de poursuites pénales contre d'éventuels lanceurs d'alerte divulguant auprès du public des informations classifiées. Celle-ci a en effet, de longue date, considéré que l'intérêt du public à recevoir des informations d'intérêt public peut primer sur l'application du droit pénal³⁰⁴. Sa jurisprudence sur les lanceurs d'alerte divulguant des informations classifiées est toutefois fluctuante. Ainsi, dans une première affaire de 2010, qui concernait un journaliste ayant rendu public plusieurs atteintes graves à l'environnement par la Marine russe³⁰⁵ en fournissant des informations classifiées à une chaîne de télévision et à un journal japonais, la Cour avait refusé d'accorder une protection particulière au requérant, qui avait été condamné à quatre ans d'emprisonnement par le tribunal militaire de la Flotte russe du Pacifique pour trahison sous forme d'espionnage³⁰⁶. Pour rendre sa décision, la Cour a notamment estimé qu'en sa qualité d'officier militaire³⁰⁷, le demandeur était tenu à un devoir de discrétion quel que soit le domaine entrant dans l'exercice de ses fonctions³⁰⁸ et que la sanction prise par les autorités russes était « proportionnée » au but recherché, celui de préserver un « dommage [potentiellement] grave pour la sécurité nationale »³⁰⁹. La pratique du « leaking » semble de prime abord ne pas faire l'objet d'une protection particulière dans la jurisprudence de la Cour EDH.

³⁰³ DELON (F.), « Une publication du secrétaire général de la défense et de la sécurité nationale dans la revue Défense de l'IHEDN (mars-avril 2009), sur le thème du « Secret de la défense nationale » .

³⁰⁴ Cour EDH, 21 janvier 1999, Fressoz et Roire c. France, req. n°29183/95 29183/95

³⁰⁵ Précision d'importance : c'est en tant qu'officier, et non en tant que journaliste, que le requérant a eu accès à ces documents.

³⁰⁶ Cour EDH, 22 octobre 2009, Pasko c. Russie, requête n°69519/01

³⁰⁷ Idem, §86

³⁰⁸ Id.

³⁰⁹ Id.

Mais un arrêt plus récent, dans lequel la Cour applique les critères énoncés dans sa décision *Guja* de 2009, semble faire peser une forte présomption d'inconventionnalité sur d'éventuelles poursuites pénales engagées contre des agents révélant au public des informations classifiées, dès lors que ces révélations présentent un intérêt public et que le lanceur d'alerte est de bonne foi. En effet, dans un arrêt de 2013, la Cour EDH a invalidé la condamnation d'un agent des services secret roumains ayant révélé à l'occasion d'une conférence de presse des informations classifiées démontrant la mise sur écoute de journalistes, de personnalités politiques et d'hommes d'affaire. Dans cette décision, la Cour avait notamment relevé l'intérêt public des révélations, rappelant qu'un « *système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale comporte le risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre* »³¹⁰. L'application des critères énoncés par l'arrêt « *Guja* » semble donc de nature à protéger les lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement. Notons toutefois que si la cour a conclu³¹¹ que, dans les circonstances de l'espèce, la divulgation des faits dénoncés directement à l'opinion publique pouvait se justifier, elle ne l'a fait qu'après avoir conclu sans appel que le requérant ne disposait d'aucun autre moyen efficace pour procéder à la divulgation. Elle a de plus, et c'est un aspect déterminant par rapport à l'affaire *Pasko c. Russie*, relevé la bonne foi du requérant, qui n' pas été « *motivé par le désir de retirer un avantage personnel de son acte, qu'il aurait nourri un grief personnel à l'égard de son employeur ou qu'il aurait été mû par une quelconque autre intention cachée* »³¹². »La pratique la plus radicale du *leaking*, incarnée par Wikileaks, ne semble protégée par aucun texte international relatif à la liberté d'expression.

³¹⁰ §102

³¹¹La violation de l'article 10 de la convention a été reconnue à l'unanimité.

³¹²Cour EDH, 8 janvier 2013, Bucur et Toma c. Roumanie, §117

*

* *

Conclusion de la première partie

L'étude de la notion juridique de « *lanceur d'alerte* » en France et aux Etats-Unis a démontré que, malgré des différences notables, la distinction initiale entre le « *lanceur d'alerte* » français et son homologue Anglo-Saxon semble s'être presque totalement estompée : la nouvelle législation française ressemble fort à la législation Nord-Américaine, se focalisant sur la dénonciation de comportements ou faits délictueux ou présentant un risque pour le public. Mais elle a également renvoyé à notre difficulté de départ : celle d'une notion juridique dont les contours restent particulièrement difficiles à définir, notamment du fait de leur proximité avec les sphères de l'éthique et de la politique. Coexistent ainsi deux conceptions du lanceur d'alerte qu'une très grande profondeur philosophique et politique sépare. La conception « *fonctionnelle* » du lanceur d'alerte portée par le législateur ferait de celui-ci principalement un dénonciateur, dont l'action s'inscrit principalement dans le sillage tracé par les pouvoirs publics au fil des lois sectorielles. La notion remplit ici un objectif de politique publique, celui de simplifier la gestion par l'Etat des risques et illégalités. Certains philosophes libéraux analysent même la pratique du whistleblowing comme un « partenariat public-privé »³¹³ : il est vrai que la pratique du lancement d'alerte permet à l'Etat de « *privatiser* » la vigilance en la reportant sur des acteurs privés, et c'est même sans doute cela qui explique le succès international de la notion.

³¹³SAWYER (K.), « The Partnership Called Whistleblowing. » *Available at SSRN 2437407*, 2014.

La conception du lanceur d'alerte comme citoyen exerçant un « *droit à* » alerter le public, portée par les associations, trouve certes une consécration partielle dans l'émergence d'un « *droit du public à l'information* » qui tend à ouvrir à l'ensemble des citoyens le droit d'alerter le public sur des sujets qui présentent un intérêt prépondérant pour le bon déroulement du débat public ; et ceci d'autant plus que les lois relatives à la transparence gouvernementale adoptées dans les années 1970 tendent précisément à garantir ce droit du public à l'information. Cette dernière définition du lanceur d'alerte est toutefois limitée par la portée croissante des secrets d'état, et ne va pas jusqu'à protéger les lanceurs d'alerte révélant au public des faits ou documents liés aux impératifs de sécurité nationale. Ceux-ci, par un curieux paradoxe, sont pris en compte par le droit en ce que leur alerte est traitée par les pouvoirs publics et que les supports de leur prise de parole (presse, internet) sont protégés, mais cette prise en compte sert à mieux les exclure en les criminalisant. Ainsi, le « *droit du public à l'information* » n'implique pas, loin s'en faut, qu'il existe un « *droit d'informer le public* » de même portée au plan subjectif. Ce paradoxe d' « *inclusion exclusive* » exclut de la qualification de « *whistleblower* » les personnes telles qu'Edward Snowden ou Bradley Manning), dont les actes de dénonciation ne visent pas à mettre fin à une situation contraire à l'intérêt du public tel que défini par l'Etat, mais à mettre en cause une politique en révélant des faits sans que la loi ne les y aient autorisés. Plus encore, le phénomène d'inversion croissante de la hiérarchie entre sécurité et liberté tend à rendre de plus en plus illusoire la reconnaissance juridique de rôle de ces personnes et à pénaliser leur action : l'obsession de la sécurité est bien la « *menace ultime* » pesant sur la liberté d'expression³¹⁴. La situation de ceux-ci rejoint ainsi en partie celle des désobéissants civils. En effet, comme ceux, leur action de désobéissance est indirecte³¹⁵, non-violente et pénalisée par le système juridique³¹⁶. Toutefois, cette forme de désobéissance présente également des liens forts avec la notion d'objection de conscience, en ce qu'il s'agit avant tout d'un acte individuel. En l'absence d'une

³¹⁴KNOLL (E.), «National Security: The Ultimate Threat to the First Amendment», *Minn. L. Rev.*, 1981, vol. 66, p. 161.

³¹⁵ Comme dans le cas de la désobéissance civile telle qu'elle est conçue par Hannah Arendt, le contrevenant viole les lois relatives au secret « [...]non pas parcequ'il la juge en elle-même critiquable, mais pour protester contre l'injustice de décisions des autorités ou de la politique du gouvernement » *Op.cit.* ARENDT (H.), 1972, p. 58. V. également COHEN, Marshall. Civil Disobedience in a Constitutional Democracy. *The Massachusetts Review*, 1969, p. 211-226.

³¹⁶ La majorité de auteurs s'étant intéressés au sujet faisaient de la sanction et de l'acceptation de celle-ci un élément constitutif important de la « désobéissance civile ». Voir not : FREEMAN, Harrop A. The Right of Protest and Civil Disobedience. *Indiana Law Journal*, 1966, vol. 41, no 2, p. 3. ; ROSTOW (E.), « The Consent of the Governed », *Virginia Law Quarterly*, 1968 ; Pour une opinion contraire, voir : COHEN (C.) Civil Disobedience and the law. *Rutgers L. Rev.*, 1966, vol. 21, p. 1.

réelle consistance du « *droit à la désobéissance* »³¹⁷, ceux-ci sont provisoirement rejetés hors de la sphère du droit : c'est ici bel et bien de politique dont il s'agit, et une très grande profondeur de champ philosophique et politique sépare l'action de ces personnes de l'action des « *whistleblowers* » au sens classique du terme. Ceux-ci sont d'ailleurs désignés de manière uniforme sous le terme de « *Leaker* » : sans doute faudrait-il leur consacrer une étude à part entière, et ce d'autant plus que l'on peut sans aucun doute distinguer la situation d'un « *leaker* » comme Snowden -qui aurait sans doute vocation à terme à être reconnu comme whistleblower- et la situation des « *leakers* » de Wikileaks, dont l'action relève sans doute plus d'une conception idéologique radicale de la transparence démocratique que du lancement d'alerte stricto-sensu.

Si l'on aborde alors la question du *whistleblowing* sans l'angle des modalités de protection de cette activité et que l'on exclut explicitement du qualificatif de lanceur d'alerte les « *fuiteurs* » (Leakers) qui ne sont protégés en aucune hypothèse, alors les deux figures du porteur d'alerte comme « *dénonciateur légal* » et le « *citoyen désobéissant* » tendent à couvrir la même réalité . Il s'agit en effet dans les deux cas de citoyens soucieux de mettre fin à un danger pour le public. Certes, l'un utilisera pour ce faire des mécanismes de dénonciation institutionnalisés et limitera l'usage de sa liberté d'expression à alerter sur les autorités sur un danger immédiat, tandis que l'autre fera un usage plus large de sa liberté d'expression et pourra alerter sur un danger ou risque plus large ou dont la réalisation est plus improbable³¹⁸. Il s'agit là toutefois non d'une différence de nature entre ces deux types de « *lanceurs d'alerte* », mais d'une différence de méthode : alerter les autorités ou le public revient à adopter deux stratégies différentes de prise de parole, mais qui concourent au même but, celui de mettre fin à des agissements dangereux pour le public. Serait donc qualifiable de « *whistleblowing* » l'acte de dénonciation de risques avérés ou potentiels pour la poursuite de l'intérêt général, qui peuvent correspondre à des violations des droits de l'homme, notamment lorsque sont dénoncées des atteintes à l'environnement, à l'intégrité physique des personnes ou à des hypothèses de

³¹⁷Sur cette question, l'on pourra consulter les deux articles suivants : LOCHAK (D.); « Désobéir à la loi », in *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p 67 ; GROSBON (S.), « La justiciabilité problématique du droit de résistance à l'oppression : antilogie juridique et oxymore politique », in *A la recherche de l'effectivité des Droits de l'Homme*, LOCHAK (D.), CHAMPEIL-DESPLATS (V.)(dir.), Presses Universitaires de Paris 10, 2008, p. 139-163.

³¹⁸Mais la jurisprudence étant particulièrement casuistique en cette matière, ces derniers seraient placés, plus que les autres, dans une instabilité permanente, leur protection dépendant de l'interprétation -par essence fluctuante et incertaine- par les juges du droit fondamental à la liberté d'expression. Il y aurait peut-être, entre le Leaker et le Whistleblower, une troisième catégorie « grise » de personnes pouvant potentiellement être reconnues comme lanceurs d'alerte sans que cette issue soit certaine.

corruption au sens large³¹⁹. Le phénomène du lancement d'alerte apparaîtrait ainsi, principalement, comme un nouvel outil de gouvernance démocratique, visant à pallier l'érosion des capacités d'action des états, notamment face aux entreprises privées³²⁰ et aux évolutions technologiques³²¹. Dans ce cadre, si l'on « teste » l'hypothèse d'étude de la notion sous la forme des théories du contrat social et qu'on affine celle-ci³²², le lanceur d'alerte se trouve, principalement, dans une situation de « *loyauté* » à l'égard des pouvoirs publics, en ce qu'il participe de la poursuite de l'« *intérêt général* » tel qu'il est défini par ceux-ci.

L'on pourrait alors estimer qu'il n'existe, au final qu'une seule conception du « *lanceur d'alerte* », qui se définit alors comme tout employé ou citoyen soucieux d'alerter sur un danger en mettant en œuvre son droit à la liberté d'expression pour alerter les autorités ou le public sur un danger pour la société, que celui-ci soit actuel ou futur, certain ou incertain. Il s'agit alors de savoir comment s'articulent ces deux manières d'alerter., l'alerte au public et l'alerte aux autorités. Cela nous conduira, dans la suite de l'étude, à examiner cette fois-ci la question de la désobéissance du lanceur d'alerte à son organisation. C'est en effet dans le cadre d'un lien de subordination ou de hiérarchie -qui organise l'emprise sur le corps³²³ et l'esprit³²⁴ du travailleur et limite ses droits fondamentaux-que la question de leur protection se pose de la manière la plus aiguë. Comment le droit parvient-il à protéger les désobéissants contre des organisations face auxquelles ceux-ci opèrent, par hypothèse, dans une position de faiblesse ? C'est ici d'une difficile conciliation entre droits fondamentaux, libertés économiques et discipline administrative dont il sera question.

³¹⁹ Nombre d'auteurs, notamment dans les pays en voie de développement, tendent à chercher à établir un lien direct entre corruption et atteintes aux droits de l'Homme. Voir, not. VISHWANATHAN (V.) (ed.). *Corruption and Human Rights*. Allied Publishers, 2012, 212 pp.

³²⁰ Op. Cit, VAUGHN (R.), 2013 Chapitre 6.

³²¹ Le lanceur d'alerte à la Française est ainsi apparu comme un outil parmi d'autres d'une nouvelle forme de « bon gouvernement des risques. Op. Cit. NOIVILLE (C.), op. Cit., 2003.

³²² En l'affinant, nous pourrions alors -tout en ayant conscience du caractère fictionnel des théories du contrat- caractériser, comme le fait Hannah Arendt, la conception libérale du contrat social comme une version « horizontale » de celui-ci, qui « *tout en limitant le pouvoir de chacun des membres individuel, laisse intact le pouvoir de la société* ». V. ARENDT (H.), « *Du mensonge à la violence* », Paris, Pocket, 1972, p. 58

³²³ SUPIOT (A.), *Critique du droit du travail*. PUF, 1998

³²⁴ « *Le sens hiérarchique est le résultat d'une inculcation silencieuse, d'un conditionnement diffus mais efficace ; il s'exprime dans le réflexe hiérarchique qui commande la conduite des agents à tous les niveaux de la hiérarchie administrative ; il se perpétue grâce au bien-être, au confort psychologique que procure le système qui l'a engendré* ». LOCHAK (D.), « Le sens hiérarchique » in *Psychologie et Science administrative, Cahiers du CURAPP*, 1985, p. 147

Seconde partie -Les lacunes des mécanismes de protection des lanceurs d'alerte en France et aux Etats-Unis

Malgré l'émergence d'un statut protecteur des « lanceurs d'alerte », ceux-ci restent toujours soumis à des mesures de rétorsion, et, bien souvent, sont contraints au silence. Le directeur du Gouvernement Accountability Project, Thomas Devine, parle ainsi dans son « *Guide de survie à l'usage du lanceur d'alerte en milieu professionnel* » de « *protections de papier* »³²⁵ s'agissant des lois protectrices des lanceurs d'alerte aux Etats-Unis; sans doute le même constat pourrait-il être fait en France. Si les lanceurs d'alerte opèrent toujours en position de faiblesse extrême, voire de dénuement face aux organisations qui les emploient, sans doute est-ce le signe que ces protections ne sont pas effectives. Or, comme le souligne un universitaire, si les facteurs d'ineffectivité sont nombreux et que la sociologie est sans doute la mieux à même de les étudier, une partie de ces facteurs n'en tient pas moins à la nature de la règle de droit elle-même³²⁶. C'est, avant tout, ce facteur précis d'ineffectivité qui nous occupera. Ainsi, si les protections accordées aux lanceurs d'alerte apparaissent faiblement effectives, c'est sans doute parce que les mécanismes prévus pour protéger ceux-ci sont lacunaires. L'on conçoit aisément la difficulté pour les pouvoirs publics de mettre en place des dispositifs suffisamment protecteurs des lanceurs d'alerte face à des structures administratives et économiques puissantes : en ce que les lanceurs d'alerte peuvent nuire à la réputation d'une entreprise ou d'une administration, la mise en place de protections pour ceux-ci suscite nécessairement des réactions négatives des organisations, peu enclines à accepter des limitations de leur pouvoir. Les politologues Myron et Peningam Glazer rapportent ainsi,

³²⁵DEVINE (T.), MAASSARANI (T.), *The Corporate Whistleblower's Survival Guide: A Handbook for Committing the Truth*, San-Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2011, p.72

³²⁶RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p.14

dans leur ouvrage, de nombreux exemples de résistance systématique des entreprises, allant même jusqu'à comparer la lutte entre les lanceurs d'alerte et celles-ci aux luttes opposant, dans les années 1930, l'industrie aux syndicats ouvriers³²⁷. Sur le plan juridique, cette insuffisance renvoie directement à la question de l'articulation des droits fondamentaux et des libertés économiques : sans s'aventurer à qualifier le « droit d'alerte » de « droit social », l'on peut à tout le moins souligner que la garantie de la liberté d'expression des lanceurs face à des organisations impliquent, de la part de ce dernier, une action positive, une obligation de protéger voire, même, de réaliser le droit à la liberté d'expression. L'étendue des pouvoirs mis en œuvre par l'État en vue de réaliser la liberté d'expression du lanceur d'alerte en France et aux États-Unis renvoie à des résultats contrastés. L'on étudiera ces résultats de manière analytique en séparant, d'une part, la protection de la liberté d'expression du lanceur d'alerte, d'autre part, la protection de la personne du lanceur d'alerte proprement dit. En effet, les deux ne coïncident pas forcément : si un lanceur d'alerte peut se voir reconnaître un droit à la liberté d'expression dans un premier temps, cela n'implique pas nécessairement que celui-ci se verra protégé contre les mesures de rétorsion prises par son employeur suite à la prise de parole. Si cette protection est bien liée à la réalisation de la liberté d'expression de l'employé, elle nécessite une seconde étape consistant à établir un lien de causalité entre la mesure de rétorsion prise par l'employeur et la prise de parole du lanceur d'alerte, étape qui fait intervenir un certain nombre de droits que l'on pourrait qualifier de « sociaux » (droit à la non-discrimination, par exemple). Or, l'un des principaux enjeux de la mise en place d'une législation protectrice des lanceurs d'alerte est de mettre en place des mécanismes adéquats pour permettre d'établir cette preuve. Ainsi, dans un premier temps, l'on fera le constat d'un difficile exercice préalable par le lanceur d'alerte de sa liberté d'expression au sein de l'entreprise ou de l'administration. Si des « canaux » spécifiques ont bien été aménagés pour favoriser et sécuriser le lancement d'alerte au sein des organisations, ceux-ci représentent des garanties bien faibles, notamment en raison de la difficile conciliation du droit d'alerter avec d'autres exigences prises en compte par le droit (**Titre 1**). L'étude des mécanismes par lesquels le droit tente de protéger les lanceurs d'alerte contre les mesures de rétorsion de leur employeur n'offre pas un spectacle plus réjouissant. Si de réels progrès ont été réalisés, notamment en matière probatoire, les employeurs disposent toujours d'une marge de manœuvre largement suffisante pour nuire aux lanceurs d'alerte. (**Titre 2**)

³²⁷GLAZER (M.), GLAZER (P.), op. Cit., 1983.

Titre 1 : L'insuffisance des garanties apportées à la libre-expression du lanceur d'alerte

Les pouvoirs publics, conscients de l'intérêt que présente la notion dans la poursuite de certaines politiques publiques telles que la lutte contre la corruption, ont tenté d'encourager la prise de parole des lanceurs d'alerte au sein de leurs organisations, pour favoriser la circulation d'informations qui, sans le lancement d'alerte, seraient restées secrètes. L'une des solutions apportées a consisté à mettre en place des « canaux » spécifiques permettant à la fois d'encadrer la pratique du lancement d'alerte, et de garantir un traitement sécurisé de celles-ci. **(Chapitre 1)**. Toutefois, ces garanties semblent bien faibles au regard de l'étendue des droits et intérêts légitimes dont peuvent se prévaloir les organisations, avec lesquelles la liberté d'expression doit se concilier. **(Chapitre 2)**

Chapitre 1: La sécurisation en demi-teinte des « canaux » de cheminement de l'alerte

Faisant l'objet d'intenses débats aux États-Unis, la distinction entre alerte « interne » (au sein de l'entreprise) et « externe » (auprès de tiers) tend à perdre de sa pertinence. Comme nous l'avons constaté supra, les législations françaises et américaines, ouvrent un large droit de saisir des instances de régulation ou des instances juridictionnelles de faits dangereux, illégaux ou contraires à l'éthique. La possibilité d'exprimer des craintes « en interne » et de saisir la presse fait en revanche l'objet de protections à géométrie variable. **(Section 1)**. Une autre question fondamentale pour la protection des lanceurs d'alerte est celle de la protection de leur anonymat lorsque ceux-ci craignent que la révélation de leur identité ne mette en danger leur carrière. Or, la protection de l'anonymat des lanceurs d'alerte fait l'objet d'intenses polémiques et, surtout, d'une protection assez faible **(Section 2)**

Section 1 : La mise en place de canaux d'alerte sécurisés en France et aux Etats-Unis : des expériences contrastées.

Si de nombreuses dispositions garantissent le droit d'exprimer des craintes quand à des comportements ou faits intervenus ou sein de l'entreprise, l'étendue de ces protections est très variable selon les secteurs d'activité. (A) Reste, comme « dernier recours », le droit de porter une alerte par voie de presse ; l'exercice de ce droit ne semble toutefois être ouvert que dans des hypothèses trop restrictives pour être efficace. (B)

A) La protection à « géométrie variable » de l'alerte interne

Bien que nombre de lois aient apporté des garanties quand à l'exercice du droit d'alerter « en interne », cette protection de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte exprimant leurs craintes au sein de l'entreprise apparaît largement lacunaire. Ces lacunes législatives sont particulièrement criantes aux États-Unis : ainsi, dans le secteur privé, certains statuts protecteurs, comme celui de la CAA³²⁸ ou du Clean Water Act (CWA)³²⁹ ne protègent que les employés tirant l'alarme auprès d'agences de régulation, et n'instituent aucune procédure spécifique pour faciliter l'exercice de l'alerte interne. Plus largement, dans le secteur privé, le mécanisme juridictionnel protecteur de la « public policy exception »³³⁰ -qui sera étudié plus en détail *supra*- ne s'applique qu'imparfaitement aux lanceurs d'alerte ayant exprimé des craintes en interne. En effet, de nombreuses Cours Fédérales ont refusé, de manière récurrente, de protéger les lanceurs d'alerte ne tirant la sonnette d'alarme qu'en interne, en estimant que ce type de lancement d'alerte « ne promeuvent pas l'intérêt public lié à la détection et à la sanction des comportements illégaux ».³³¹ La situation des lanceurs d'alerte « internes » apparaît plus préoccupante encore dans le secteur public. En effet, ni le premier amendement garantissant leur liberté d'expression, ni le WPA ne protègent ceux-ci. S'agissant du premier amendement, l'arrêt *Pickering c. Board of Education*³³² avait établi que les

³²⁸U.S.C. §§7401–7671

³²⁹U.S.C. §§7401–7671

³³⁰ La « public policy exception » est une exception à la règle de Common Law dite « Employment at-will rule » selon laquelle l'employeur peut à tout moment, pour toute raison, mettre fin à la relation de travail. La public policy exception interdit notamment à l'employeur de renvoyer un salarié parce que celui-ci aurait refusé d'obéir à un ordre illégal ou dangereux, ou dénoncé un fait illégal ou dangereux.

³³¹ *Brown v. Donovan*, 747 F.2d 1029, 1035 (5th Cir. 1984)

³³²*Pickering v. Board of Education*, 391 U.S. 563 (1968)

lanceurs d'alerte pouvaient bénéficier des protections instituées par le premier amendement dès lors qu'ils divulguent des faits liés à « *des manquements à des obligations de service, des faits de corruption ou des menaces pour la santé et la sécurité publique* », présentant ainsi un intérêt général prépondérant. Appliquant ce standard, certaines Cours ont ainsi refusé d'accorder leur protection aux lanceurs d'alerte s'exprimant « *en interne* », au motif que ce type de prise de parole ne correspond pas à la poursuite d'un intérêt général³³³. Un arrêt plus récent, qualifié de « *pire décision rendue en matière de protection des lanceurs d'alerte* »³³⁴, a en outre définitivement exclu les lanceurs d'alerte « *internes* » des protections instituées par le premier amendement.

Dans l'arrêt « *Garcetti contre Ceballos* »³³⁵, la Cour suprême américaine a en effet estimé que, lorsque les agents publics divulguent des informations « *Dans le cadre/en vertu [pursuant to] de leurs obligations officielles* », ceux-ci ne sont pas à considérer comme des « *citoyens* » pouvant bénéficier des protections du premier amendement. Les agents publics, s'ils veulent bénéficier d'une protection, doivent donc s'exprimer « *en tant que citoyens* », et donc, en dehors de l'entreprise. Il est donc totalement exclu qu'un lanceur d'alerte « *interne* » puisse être protégé dans ce cadre, ce qui, soulignait le juge Stevens dans une opinion dissidente, « *crée une incitation perverse à passer outre les canaux de résolution interne des conflits et à s'exprimer directement en public* »³³⁶. De la même manière, le WPA ne protège pas les révélations faites par le lanceur d'alerte dans le cadre de ses « *tâches normales* » -qui incluent la nécessité de signaler à l'employeur les manquements constatés sur le lieu de travail - car, dans cette hypothèse, le lanceur d'alerte « *ne peut être considéré comme ayant mis en danger sa propre situation professionnelle* »³³⁷. De nombreuses cours ont ainsi estimé, en conséquence, que le WPA n'a pas vocation à protéger les employés qui signalent des faits à leur supérieur hiérarchique plutôt qu'à une agence gouvernementale habilitée à recevoir ce type de signalements³³⁸. La situation dans laquelle se trouvent ces personnes est alors inextricable : n'étant pas protégés lorsqu'ils tirent la sonnette d'alarme dans le cadre de leurs

³³³ESTLUND (C.), « Free Speech and Due Process in the Workplace », 71 IND.L.J., pp. 101-115

³³⁴MODESITT (N.), « The Garcetti Virus », *University of Cincinnati Law Review*, 2011, vol. 80, no 1, p. 161-208.

³³⁵*Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006)

³³⁶*Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006) (Opinion dissidente du juge Stevens)

³³⁷*Willis v. Department of Agriculture*, 141 F.3d 1139, 1144 (Fed. Cir. 1998).

³³⁸*Huffman v. Office of Personnel Management*, 263 F.3d 1341, 1352-54 (Fed. Cir. 2001)

« tâches normales », ils peuvent en revanche faire l'objet de sanctions pour avoir manqué à leur obligation de signalement³³⁹.

En France, la situation n'apparaît pas aussi problématique, notamment parce que les lois récentes ont institué des canaux de traitement des alertes « *internes* » de nature à assurer un traitement effectif de celles-ci. Ainsi, pour ce qui est de l'alerte transitant par la voie hiérarchique, l'article L 4133-3 du Code du travail prévoit la possibilité pour le travailleur ou son représentant de saisir le représentant de l'État dans le département, qui pourra alors transmettre l'alerte aux autorités compétentes et prendre les mesures nécessaires pour protéger le salarié. Toutefois, dans le secteur privé, l'exécution de « *bonne foi* » du contrat de travail qui peut, dans certaines hypothèses, faire obstacles à l'émission d'une alerte « *en interne* ». En effet, s'il ne peut être apporté à la liberté d'expression du salarié que « *des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché* »³⁴⁰, celui-ci n'en est pas moins soumis à une obligation générale de discrétion³⁴¹ est tenu de ne pas divulguer les informations dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, et ce ni à l'extérieur ni à l'intérieur de l'entreprise³⁴². Dans ce cadre, l'exercice de l'alerte « *interne* » auprès d'autres salariés de l'entreprise, par exemple, peut s'avérer délicate. Cette obligation de discrétion existe également dans le secteur public et pose le même type de problématiques. Ces « *obligations de se taire* » seront étudiées plus en détail infra.

B) Un droit de faire appel à la presse bien (trop) résiduel

En France comme aux États-Unis, les divulgations faites directement aux médias ne sont qu'imparfaitement protégées. Ainsi, en France, aucune des lois encadrant la pratique du lancement d'alerte ne mentionne explicitement la presse comme récipiendaire légitime d'une alerte. Certaines lois, comme la loi du 11 octobre 2013 sur la transparence de la vie publique, énumèrent de manière restrictive quelles sont les personnes auxquelles une alerte peut être adressée³⁴³. D'autres, telle que la loi du 30 avril 2013 sur l'alerte en matière environnementale ou la loi du 6 décembre 2013 sur la grande criminalité en matière économique et financière,

³³⁹Idem.

³⁴⁰ Article L.1122-1 du Code du travail.

³⁴¹Cass. Soc., 5 mai 1997, CSPB, 1997, S. 91

³⁴²Cass. Soc., 30 juin 1982 : Bull. civ. 1982, V, n° 314

³⁴³V. Supra, Première Partie, Chapitre 1, Section 2 B)

ne citent pas de manière limitative les personnes ou institutions auprès desquelles une divulgation peut être opérée, ce qui ouvrirait implicitement un droit de porter l'alerte auprès du public par le biais des médias. La circulaire d'application de la loi du 6 décembre 2013 en prend d'ailleurs note en mentionnant la presse dans les éventuels récipiendaires d'une alerte³⁴⁴. Cette possibilité de saisir la presse doit alors se lire à la lumière des critères européens en la matière, qui prévoient une “*gradation*” dans l'utilisation des canaux d'alerte. En effet, selon les critères fixés en la matière par l'arrêt « Guja », la diffusion des informations doit s'opérer « d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente », avant d'envisager la divulgation au public « en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement »³⁴⁵.

Aux Etats-Unis, la question est plus complexe. Comme nous l'avons constaté précédemment, dans le secteur public, les critères fixés dans l'arrêt *Garcetti c. Ceballos* pour bénéficier des protections du premier amendement créent, « *une incitation perverse à passer outre les canaux de résolution interne des conflits et à s'exprimer directement en public* »³⁴⁶. Paradoxalement, l'agent public semble avoir grand intérêt à s'exprimer directement auprès du public pour bénéficier d'un niveau de protection élevée. La situation dans le secteur privé est en revanche plus floue. Ainsi, dans le cadre de statuts protecteurs tels que celui mis en place par l'ERA, qui ne prévoient pas explicitement à qui une divulgation doit être adressée, la jurisprudence a reconnu de longue date que l'alerte peut être transmise à la presse³⁴⁷. Toutefois, une alerte portée directement auprès du public auparavant sans avoir tenté auparavant d'alerter une autorité ou un supérieur hiérarchique doit être considérée, dans ce cadre, comme « *trop prématurée au vu de l'objectif poursuivi qui est de mettre fin à la situation constatée* »³⁴⁸. D'autres lois du secteur privé, et en particulier la SOX, prévoient au contraire de manière limitative quelles sont les instances auprès desquelles le lanceur d'alerte peut adresser sa divulgation : il s'agit des « *autorités de régulation* », des « *membres du congrès* », mais également du « *supérieur hiérarchique du salarié* » ou, plus généralement « *toute autre personne travaillant pour le même employeur et ayant la capacité de mettre fin à*

³⁴⁴ La circulaire NOR JUSD1402112C du 23 janvier 2014 relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et [financière](#) mentionne notamment, parmi les éventuels destinataires de signalements, la presse.

³⁴⁵ Cour EDH, 12 février 2008, *GUJA c. Moldavie*, § 142

³⁴⁶ *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006) (Opinion dissidente du juge Stevens)

³⁴⁷ *Floyd v. Arizona Public Service Co.*, 90-ERA-39 (Sec'y Sept. 23, 1994)

³⁴⁸ *Simon v. Simmons Foods, Inc.*, 1995 U.S. App. LEXIS 3715 (8th Cir. 1995)

la situation dénoncée. »³⁴⁹. Cette énonciation semble limitative, et une décision du 9ème circuit fédéral a explicitement exclu des protections de la section 806 de la SOX les lanceurs d'alerte ayant pris contact avec des médias. Dans la décision *Tides v. The Boeing Co*³⁵⁰, la Cour a rappelé par l'intermédiaire du juge John Coughenour que « *le Congrès Américain a très clairement exprimé sa volonté de ne protéger que certaines catégories de whistleblowers. Dans ce cadre, le fait de transmettre des documents à la presse n'est pas à considérer comme une « activité protégée » au sens de la SOX* »³⁵¹. Comme le soulignent Terry Dworkin et Eletta Sangrey, ni la SOX ni aucun autre statut protecteur ne protège virtuellement les whistleblowers faisant appel aux médias³⁵².

Section 2 : L'anonymat du lanceur d'alerte : une garantie controversée.

La mise en place de « *hotlines* » permettant aux lanceurs d'alerte d'exercer leur droit d'alerte de manière anonyme est vue comme une garantie essentielle de confidentialité aux États-Unis, bien que de nombreux membres de la doctrine y soulignent le caractère généralement peu fiable de cette confidentialité. Elle a en revanche fait l'objet d'une importante levée de boucliers en France, et a été sévèrement encadrée par la CNIL. (A) L'anonymat des lanceurs d'alerte s'exprimant par voie de presse est quand à lui possible mais fortement compromis par la faiblesse du droit des journalistes à protéger leurs sources (B).

A) La question des « hotlines » et des alertes anonymes dans le cadre de l'alerte interne

La question de l'anonymat du *whistleblowing* apparaît comme une question aussi ancienne que la pratique elle-même. En effet, nombre des « *pionniers* » du *whistleblowing* avaient procédé de manière anonyme, le cas le plus emblématique étant celui de « *Deep Throat* », l'anonyme ayant révélé le scandale du Watergate. En ayant précisément à l'esprit le cas de « *Deep Throat* », le législateur avait envisagé, en 1974, d'accorder à l'ensemble des whistleblowers le bénéfice de l'anonymat, sans pour autant retenir cette solution³⁵³. Les premiers « *avocats* » de la cause des *whistleblowers* exprimaient eux-même leurs réserves à

³⁴⁹V. Supra, Première Partie, Chapitre 1, Section 2 B)

³⁵⁰*Tides v The Boeing Company*, 644 F.3d 809 (9th Cir. 2011)

³⁵¹*Tides v The Boeing Company*, 644 F.3d 809 (9th Cir. 2011) (Opinion majoritaire du juge Coughenour)

³⁵²CALLAHAN (E.), DWORKIN (T.), « Who blows the whistle to the media, and why: Organizational characteristics of media whistleblowers », *American Business Law Journal*, 1994, vol. 32, no 2, p. 154.

³⁵³VAUGHN (R.), « *The Successes and Failures of Whistleblower Laws* » Edward Elgar Publishing, 2012, p.312

l'égard de l'alerte anonyme³⁵⁴, ce qui témoigne du caractère controversé de cette question. En effet, il est possible de considérer, d'une part, un anonymat réel comme une garantie essentielle pour les lanceurs d'alerte, susceptible de mettre à l'abri des représailles les personnes qui estiment ne pas avoir suffisamment de ressources pour faire face à leur employeur³⁵⁵. Ainsi, le groupement le plus actif sur la question de la défense des *whistleblowers*, le GAP, publie-t-il des « *guides pratiques* » recommandant chaudement aux *whistleblowers* de « *ne pas risquer l'ensemble de leur carrière* » et de faire en sorte de rester anonyme³⁵⁶. De plus, comme le soulignent certains membres de la doctrine Nord-Américaine, l'anonymat peut avoir pour effet positif en ce qu'il conduit à se focaliser sur l'intérêt et la véracité des faits dénoncés, là où les alertes émises par des individus identifiés conduit souvent à se focaliser sur les qualités professionnelles du lanceurs d'alerte³⁵⁷. Néanmoins et d'autre part, les raisons de s'opposer à ce type de système sont également nombreuses et soulignées par certains auteurs : l'alerte anonyme peut ainsi encourager les alertes diffamatoires ou infondées, et décrédibiliser les *whistleblowers* les plus honnêtes³⁵⁸. Une étude réalisée sur les alertes anonymes en matière de fraude financière a d'ailleurs démontré que les lanceurs d'alerte anonymes étaient généralement considérés comme « *moins crédibles* » et que « *celles-ci étaient généralement étudiées avec moins d'attention que les alertes provenant de personnes identifiées* »³⁵⁹. L'anonymat en matière de lancement d'alerte apparaît donc comme une question extrêmement controversée.

Néanmoins et malgré ces controverses, l'anonymat des lanceurs d'alerte a été rendu obligatoire par le législateur américain dans certaines hypothèses. Il s'agit plus précisément des hypothèses de lancement d'alerte en matière de fraude financière, couvertes par la SOX, qui est actuellement l'unique loi fédérale prévoyant la possibilité de lancer l'alerte de manière anonyme. La section 301 de cette loi exige en effet des comités d'audit des entreprises cotées

³⁵⁴PETERS (C.), BRANCH (T.) *Blowing the whistle: Dissent in the public interest*. Praeger publishers, 1972.

³⁵⁵VAUGHN (R.), « State Whistleblower Statutes and the Future of Whistleblower Protection », *Administrative Law Review*, 1999, p. 581-625.

³⁵⁶RUCH (J.), « The art of anonymous activism: serving the public while surviving public service », *Government Accountability Project (GAP) Project on Government Oversight (POGO), Public Employees for Environmental Responsibility (PEER)*, 2002.

³⁵⁷NEAR (J.), MICELI (M.), « Effective-Whistle Blowing » *Academy of management review*, 1995, vol. 20, no 3, p. 692--93

³⁵⁸Idem,

³⁵⁹HUNTON (J.), ROSE (J.), « Effects of Anonymous Whistle-Blowing and Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-Blowing Allegations by Audit Committee Members » *Journal of Management Studies*, 2011, vol. 48, no 1, p. 75-77

que ceux-ci établissent des procédures permettant aux *whistleblowers* d'exercer leur droit d'alerte de manière anonyme. Celle-ci prévoit également de manière explicite que ces mêmes comités doivent prévoir des procédures pour conserver les données recueillies et traiter celles-ci. Généralement, les entreprises ont été amenées à faire appel à des prestataires extérieures pour mettre en place des « *hotlines* » permettant de lancer l'alerte de manière anonyme³⁶⁰. Le caractère effectif de cet anonymat est toutefois extrêmement discuté : Stephen Kohn³⁶¹ et Terence Miethe³⁶² soulignent ainsi que la nature même de l'alerte, qui est de porter sur des faits que seul un nombre restreint de personnes peuvent connaître, condamne l'anonymat : il sera toujours possible à l'employeur de déterminer l'identité du lanceur d'alerte en étudiant attentivement le contenu de la dénonciation.

La question de l'anonymat des lanceurs d'alerte s'est, en France, posée en raison de l'application extraterritoriale de la SOX³⁶³, pour effet d'institutionnaliser la procédure d'alerte dans les filiales françaises des entreprises Nord-Américaines. mais également dans leurs filiales. Celles-ci ont alors eu « *l'obligation [...] de mettre en place des codes de conduite internes et un système de surveillance collective par déclenchement d'alerte afin de pallier la défaillance des systèmes de contrôle interne des entreprises* »³⁶⁴. Or, la possibilité de rendre ces procédures anonymes a été rapidement et sévèrement encadrée par la CNIL. Par une première délibération prise en 2005³⁶⁵, elle n'hésita pas à assimiler de tels procédés à des « *systèmes organisés de délation professionnelle* ». Par la suite, assouplissant sa position par la publication d'un vademecum le 10 novembre 2005, la commission a considéré qu'elle n'était pas opposée à un système d'alerte éthique « *dès lors que les droits des personnes mises en cause (...) dans une alerte sont garantis au regard des règles relatives à la protection des*

³⁶⁰Voir : BJORHUS (J.), « *Hot Lines Hot: Watchdog law has companies scrambling to line up off-site services to record anonymous employee comments* » St. Paul Pioneer Press, Oct. 12, 2004. Cité dans .DWORKIN (T.), « *SOX and Whistleblowing* », *Michigan Law Review*, 2007, p. 1757-1780

³⁶¹KOHN (S.), « *The Whistleblower's Handbook: A Step-by-step Guide to Doing What's Right and Protecting Yourself* », Globe Pequot, 2011, pp. 123-125

³⁶²MIETHE (T.), « *Whistleblowing at work: Tough choices in exposing fraud, waste, and abuse on the job* », Boulder, CO : Westview Press, 1999, p.215

³⁶³Pour une présentation détaillée, voir : DIDIER (C.), « *L'alerte professionnelle en France: un outil problématique au coeur de la RSE* » In : *4e colloque du RIODD (Réseau international de recherche sur les Organisations et le Développement Durable)*. 2009.

³⁶⁴SCPC, op. cité, p. 225

³⁶⁵CNIL, « *Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle* » ; Voir, not. NAFTALSKI (F.) RAYNAL (F.) , « *La délibération de la CNIL du 8 décembre 2005 : des principes aux difficultés pratiques* », revue Lamy droit de l'immatériel, février 2006, n° 13

données personnelles », tout en rappelant que l'alerte anonyme « *ne peut que renforcer le risque de dénonciation calomnieuse.* »³⁶⁶. La commission a donc sévèrement encadré la possibilité d'émettre ce type d'alertes, en rappelant que les entreprises ne doivent pas « *inciter les personnes ayant vocation à utiliser le dispositif à le faire de manière anonyme* », et qu'une telle alerte ne peut être admise que dans le cas où « *la gravité des faits mentionnés est établie et les éléments factuels sont suffisamment détaillé* » et son traitement doit être entouré de « *précautions particulières* » telles qu'un « *examen préalable, par son premier destinataire, de l'opportunité de sa diffusion dans le cadre du dispositif* »³⁶⁷.

B) L'anonymat du lanceur d'alerte "externe" et la protection des sources journalistiques.

La protection du secret des sources journalistiques présente un intérêt particulier pour la problématique de l'anonymat des lanceurs d'alerte. En effet, un lanceur d'alerte souhaitant masquer son identité lorsqu'il lance l'alerte auprès de la presse ne peut le faire que s'il a la garantie que les journalistes seront en mesure de protéger son anonymat. La protection du secret des sources est donc essentielle, et le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a rappelé à ce titre que « *la protection de la relation professionnelle entre les journalistes et leurs sources est plus importante que la valeur réelle de l'information en question pour le public. Toute révélation d'une source peut avoir un effet inhibant sur les futures sources* »³⁶⁸. Or, en France comme aux États-Unis, cette protection est largement lacunaire. En France, la loi du 4 janvier 2010 dite loi « *Dati* »³⁶⁹ a ainsi modifié la loi du 29 juillet 1881³⁷⁰ en y introduisant un article 2, s'attachant dans un premier à établir que « *le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public* », et à préciser dans un second temps la définition de journaliste, les possibilités d'atteinte au secret des sources, la qualification de l'atteinte, et les manières d'apprécier cette atteinte au cours d'une procédure pénale. Un journaliste est ainsi défini comme « *[...] toute personne qui, exerçant sa profession dans une ou plusieurs entreprises de presse, de communication au public en ligne, de communication audiovisuelle ou une ou plusieurs agences de presse, y pratique, à*

³⁶⁶CNIL, « *Autorisation unique n° AU-004 - Délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle* »

³⁶⁷Idem.

³⁶⁸Comité des ministres du Conseil de l'Europe, « *Recommandation n° R (2000) 7 sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources* », 2000, §5.

³⁶⁹Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes

³⁷⁰Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, article 2.

titre régulier et rétribué, le recueil d'informations et leur diffusion au public »³⁷¹. Si cette définition se veut large, elle n'englobe toutefois pas les journalistes pigistes. De plus, la même loi prévoit qu'« *il ne peut être porté atteinte au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi* »³⁷². Or, l'interprétation de cette disposition par la jurisprudence est largement fluctuante, et le projet de loi sur la protection du secret des sources ne semble pas de nature à remédier à cet état de fait³⁷³. Les lanceurs d'alerte souhaitant rester anonymes n'ont donc aucune garantie quand à la protection de leur identité dans le cadre d'une affaire judiciaire.

Il en va de même s'agissant de la protection des sources (*Reporter's privilege*) aux Etats-Unis. En effet, dans un arrêt *Branzburg c. Hayes* de 1972³⁷⁴, la Cour suprême a refusé de reconnaître aux journalistes le droit de protéger leurs sources dans le cadre d'une affaire judiciaire. La question posée dans cette affaire était de savoir dans quelle mesure l'obligation faite à des journalistes de témoigner devant une Cour pénale est ou non conforme au premier amendement. Dans sa décision, la Cour Suprême a estimé que le premier amendement n'exonère en aucun cas les journalistes de leur obligation de témoigner dans le cadre de procédures pénales, et qu'à cet égard, un journaliste a les mêmes obligations que le citoyen ordinaire³⁷⁵. Toutefois, comme le souligne Rachel Harris, l'interprétation de cet arrêt de la Cour suprême par les Cours du Circuit Fédéral a été largement fluctuante, certaines reconnaissant le droit des journalistes à protéger leurs sources, d'autres non³⁷⁶. Certaines cours ont en outre tenté de contourner la question en interprétant la « *Federal Rule Of Evidence 501* »³⁷⁷ comme garantissant la protection des sources des journalistes. Cette loi fédérale autorise en effet les Cours fédérales à « *développer des privilèges en matière de preuve [...] en accord avec leurs interprétations de la Common Law et à la lumière de la raison et de*

³⁷¹Idem

³⁷²Id.

³⁷³V. BILLARD (A.), DURANTON (M.), FOEGLE (J.-P.), MARTIN-TEODORCZYK (T.), « Le 'milieu du gué' de la protection législative des lanceurs d'alerte », *Actualités Droits-Libertés*, 20 mai 2014, §33-41

³⁷⁴*Branzburg v. Hayes* 408 U.S. 665 (1972)

³⁷⁵Idem

³⁷⁶HARRIS (R.), « Conceptualizing and Reconceptualizing the Reporter's Privilege in the Age of Wikileaks. », *Fordham Law Review*, 2014, vol. 82, no 4, p. 1819-1821.

³⁷⁷U.S.C.A. Federal Rules of Evidence, 101-1103 (1975)

l'expérience »³⁷⁸. Là où certaines cours du circuit fédéral ont refusé de voir dans cet article une consécration d'un droit des journalistes à protéger leurs sources³⁷⁹, d'autres ont franchi le pas. Le jugement le plus emblématique est à cet égard le jugement *Re Grand Jury Subpoena*³⁸⁰, rendu en 2006 par la Cour fédérale de Washington. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Tatel a estimé que la « *Rule Of Evidence 501* » pouvait s'entendre « *à la lumière de la raison et de l'expérience* », *comme protégeant de manière certaine les sources journalistiques, car une vue contraire conduirait « à atteindre des intérêts vitaux de la pratique journalistique* »³⁸¹.

Pour remédier à ce « *vide juridique* », de nombreuses propositions de la loi ont en outre été introduites de manière récente en vue de créer un fondement textuel à la protection des sources des journalistes ; aucune d'entre elles n'a été adoptée.³⁸² Toutefois, une récente proposition, intitulée « *Free Flow of Information Act* »³⁸³, est actuellement en cours de discussion. Celle-ci devrait permettre de faire un « *pas en avant* » en matière de protection des sources, en protégeant les journalistes ayant travaillé dans un organisme de presse pendant une période de un an au cours des douze dernières années, mais également les étudiants en journalisme, les journalistes ayant travaillé de manière indépendante durant les cinq années passées et, plus largement, « *toute personne à laquelle une Cour fédérale accorderait le privilège du secret des sources en vue de protéger l'intérêt légitime des journalistes à obtenir des information fiables* »³⁸⁴. En l'absence de réforme législative, toutefois, rien ne garantit qu'un journaliste puisse protéger de manière effective un lanceur d'alerte qui lui servirait de source.

Chapitre 2 : La liberté d'expression, libertés économiques, pouvoir hiérarchique : une conciliation difficile

³⁷⁸Idem.

³⁷⁹V, par exemple : *States v. Sterling*, 724 F.3d 482, 499–500 (4th Cir. 2013) ; *Scarce v. United States*, 5 F.3d 397, 402–03 (9th Cir. 1993) (4th Circ. 2013); *Lee v. Dep't of Justice*, 401 F. Supp. 2d 123, 139 (2005)

³⁸⁰*Re Grand Jury Subpoena*, 438 F.3d 1141, 1172 (D.C. Cir. 2006)

³⁸¹*Re Grand Jury Subpoena*, 438 F.3d 1141, 1172 (D.C. Cir. 2006) (Opinion concordante du juge Tatel)

³⁸²Voir, sur ces lois : HARRIS (R.), « Conceptualizing and Reconceptualizing the Reporter's Privilege in the Age of Wikileaks. », *Fordham Law Review*, 2014, vol. 82, no 4, p. 1822-1823.

³⁸³Texte et suivi de la procédure législative disponibles en ligne [<https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s987/text>]

³⁸⁴Idem.

Le « *droit d'alerte* » se heurte directement aux droits et intérêts légitimes dont peuvent se prévaloir les organisations et les tiers. Or, dans la majorité des hypothèses, ces intérêts apparaissent suffisamment prépondérants pour forcer le lanceur d'alerte à maintenir le silence. Ainsi en est-il des différentes « *obligations de se taire* » dans les secteurs publics et privés **(Section 1)** . De même, le régime très protecteur des libertés économiques dont bénéficient les entreprises tend à rendre extrêmement difficile et hasardeux l'usage par le lanceur d'alerte de sa liberté d'expression ; le discours de celui-ci se heurte en effet tout à la fois à la prépondérance des intérêts économiques dont peuvent se prévaloir les entreprises, et aux droits d'éventuels tiers visés par l'alerte. **(Section 2)**

Section 1 : La liberté d'expression du lanceur d'alerte face aux « obligations de se taire »

Bien que la situation des lanceurs d'alerte dans le secteur public et dans le secteur privé présente des différences importantes, subsiste dans les deux types d'organisation le même type d'obstacle à l'exercice du droit d'alerter : l'obligation, reconnue par la loi, de se taire. Cette obligation se décline dans le secteur privé en de multiples « *clauses de confidentialité* » préservant les intérêts économiques de l'entreprise **(A)** ; dans le secteur public, ce sont des obligations liées à la nécessité de garder les « *secrets de l'administration* » et de maintenir une discrétion supposée vertueuse qui font obstacle au discours du lanceur d'alerte **(B)**.

A) La limitation de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte dans le secteur privé : les « clauses de confidentialité »

Dans les deux ordres juridiques étudié, la mise en place de clauses de confidentialité fait partie « *de la palette d'outils dont dispose le chef d'entreprise pour maîtriser plus finement le flux d'informations à l'intérieur et en dehors de l'entreprise* »³⁸⁵. Or, le lancement d'alerte ayant précisément pour but de faire « *sortir* » des informations du cadre de l'entreprise au nom d'un intérêt public prépondérant, ces clauses sont susceptibles de faire obstacle, directement, à l'exercice du droit d'alerte. Ainsi, en France, les employeurs peuvent insérer au sein du contrat de travail des clauses de confidentialité destinées à protéger le savoir-faire de l'entreprise, qui peuvent s'appliquer après la fin du contrat de travail³⁸⁶. Cette obligation de confidentialité semble fort heureusement devoir s'effacer d'elle-même dans les hypothèses où l'alerte porte sur un fait délictueux, dans le cas où celui-ci est révélé à des interlocuteurs habilités à la recevoir, comme par exemple un inspecteur du travail³⁸⁷. De la même manière, les clauses de confidentialité ne font pas obstacle à ce qu'un salarié produise en justice des informations supposées confidentielles si celles-ci sont indispensables au bon exercice des droits de la défense³⁸⁸. Ainsi, dès lors que l'alerte est adressée directement à une autorité, il semble que l'intérêt prépondérant que présente le discours du lanceur d'alerte semble devoir primer sur toute obligation de confidentialité. Le problème demeure toutefois lorsque la divulgation d'informations est directement assortie d'une sanction pénale, comme dans le cas d'une violation du secret professionnel d'une part et, d'autre part, lorsque la rupture de l'obligation de confidentialité est due à une alerte émise publiquement. S'agissant du secret professionnel, le code pénal indique, à l'article 226-14, que le secret professionnel peut être levé dans un certain nombre d'hypothèses, et notamment « *dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ». Il s'agit notamment des faits de maltraitance sur mineur³⁸⁹ ou majeurs incapable et des faits de violences sur des personnes constatées par un médecin³⁹⁰. Dans ces

³⁸⁵LECLERC (O.), « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Droit social*, 2005, no 2, p. 175.

³⁸⁶Cass. soc., 19 mars 2008 : RJS 2008, n° 631

³⁸⁷Cass. Soc., 14 mars 2000, Bull.Civ. V, n° 104 ; RJS, 4/00, n° 388

³⁸⁸Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258, M Fdida c/ Société OCME France N° Lexbase : A3756ABQ, D. 1999, jur. p. 431, note H. Gaba ; JCP G 1999, II, 10166, note S. Bouretz ; Dr. ouvrier 2000, p. 13, note R. Marié

³⁸⁹« L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : 1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique »

³⁹⁰« L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : [...] 2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans

hypothèses, qui correspondent à des atteintes à l'intégrité physique des personnes, les clauses de confidentialité semblent également devoir s'effacer d'elles-mêmes. Le problème reste en revanche entier dans l'hypothèse où ce type de divulgation ne s'opérerait pas auprès d'une autorité habilitée, mais auprès du public. Dans cette hypothèse, qui sera étudiée *infra*, l'usage par le lanceur d'alerte de sa liberté d'expression fera l'objet d'une délicate conciliation entre sa liberté d'expression, les intérêts économiques de l'organisation et les droits d'éventuels tiers visés par l'alerte.

Aux États-Unis également, les employeurs peuvent insérer des clauses de confidentialité au sein des contrats de travail de leurs employés. Ceux-ci prévoient généralement de manière exhaustive quelles sont les informations qui peuvent être divulguées, principalement en listant quelles sont, à contrario, les informations ne pouvant pas l'être³⁹¹. Ces clauses sont généralement validées par la jurisprudence ; tout au plus est-il exigé que celles-ci ne stipulent pas des durées excessives d'application au regard de l'objectif poursuivi par l'employeur. La protection des secrets commerciaux et des informations confidentielles de l'entreprise justifiant toutefois aux yeux de nombreuses cours du circuit fédéral que ne soit stipulée aucune durée précise³⁹². Plus largement, trois critères sont exigés par la jurisprudence pour qu'une clause de ce type soit valide : premièrement, celles-ci ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger les secrets de l'entreprise, et ne doit pas, en second lieu et toujours au regard de cet objectif, porter une atteinte excessive aux libertés des employés³⁹³. Surtout, en dernier lieu, ces clauses doivent ne doivent pas porter une atteinte excessive à « l'intérêt [des gouvernants] lié à la poursuite de politiques publiques »³⁹⁴. C'est ce dernier critère qui semble de nature à limiter la marge de manœuvre des employeurs en la matière. En effet, le *whistleblowing* a joué un rôle prépondérant dans le développement de la « *public policy exception* », que nous étudierons plus en détail *infra*, et qui permet de réduire le pouvoir de l'employeur sur son salarié lorsque celui-ci ne fait que se conformer à une loi ou à

l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire »

³⁹¹RADACK (D.), « Understanding Confidentiality Agreements » *Journal of the Minerals, Metals and Materials Society*, 1994, vol. 46, no 5, p. 68.

³⁹²*Pepsico, Inc. v. Redmond*, 54 F.3d 1262, 1272 n.10 (7th Cir. 1995)

³⁹³*Eden Hannon & Co. v. Sumitomo Trust & Banking Co.*, 914 F.2d 556, 563 (4th Cir. 1990).

³⁹⁴*Idem*.

une politique publique. Il paraît donc indéniable que le fait de porter l'alerte corresponde à la « *poursuite de politiques publiques* » et qu'un *whistleblower* ne pourrait, dans ce cadre, être lié par une clause de confidentialité dès lors qu'il fait usage de son droit d'alerter. C'est ce que confirme au demeurant une très récente décision *Barko c Halliburton*, dans laquelle la Cour Suprême de l'Etat de Washington a invalidé une clause de confidentialité qui prévoyait l'impossibilité, pour des salariés du nucléaire de divulguer toute forme d'information aux pouvoirs publics sans en avoir eu l'autorisation de leur hiérarchie³⁹⁵. La jurisprudence est toutefois très fluctuante en la matière, notamment parce que certaines cours exigent que le *whistleblower* dénonce la violation d'une loi en particulier³⁹⁶, et non d'un simple intérêt public, tandis que d'autres n'ont pas ce type d'exigences et se contentent d'un intérêt public prépondérant³⁹⁷. Les altermoiements de la jurisprudence sur ce point rendent donc particulièrement délicat l'articulation de l'alerte avec les clauses de confidentialité³⁹⁸.

B) Les « secrets de l'administration » face aux lanceurs d'alerte de la fonction publique.

Dans le secteur public français, la première obligation susceptible de restreindre le droit d'alerte est celle de se conformer au secret professionnel prévu par l'article 26, al. 1er de la loi du 13 juillet 1983. Celle-ci est définie comme l'obligation faite à tout agent public de ne pas révéler à autrui des renseignements confidentiels recueillis dans l'exercice de ses fonctions sur des personnes ou des intérêts privés. Or, en ce que les « *agissements pouvant représenter un risque pour autrui* » sont susceptibles de se confondre avec des faits couverts par le secret professionnel, dont le non-respect est sanctionné par l'article 226-13 du code pénal, la conciliation entre respect du secret et dénonciation de faits délictueux peut apparaître difficile. Toutefois, l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale semble constituer, précisément, un cas où la loi impose la révélation du secret. Il ressort donc de la combinaison de ces dispositions que le fonctionnaire qui effectue une dénonciation dans le cadre de cet article ne peut se voir sanctionné sur le fondement de la violation du secret professionnel³⁹⁹. Une autre

³⁹⁵*Barko v. Halliburton Co.*, No. 1:05-cv-1276 (D.D.C. Mar. 6, 2014)

³⁹⁶*Murphy v. Am. Home Prods. Corp.*, 448 N.E.2d 86, 87 (N.Y. 1983)

³⁹⁷*Bowman v. Parma Bd. of Educ.*, 44 Ohio App. 3d 169, 542 N.E.2d 663 (Ohio Ct. App, 1988)

³⁹⁸PHILIP (R.), « *Silence at Our Expense: Balancing Safety and Secrecy in Non-Disclosure Agreements* », *Seton Hall. L. Rev.*, 2002, vol. 33, p. 845.

³⁹⁹

L'articulation entre l'obligation de secret professionnel et l'obligation de dénonciation est particulièrement bien expliquée dans le rapport 2011 précité du service central de prévention de la corruption. Voir SPC,

obligation déontologique, qui pose sans doute le plus de difficultés, est celle du devoir de discrétion professionnelle prévu par l'article 26 al. 2 de la loi du 13 juillet 1983⁴⁰⁰. Ce sont « *les secrets de l'administration qui sont ici protégés* »⁴⁰¹. Or, ce sont précisément ces « *secrets* » qui sont concernés lorsqu'un agent va « *signaler aux autorités compétentes toute preuve, allégation ou soupçon d'activité illégale ou criminelle concernant la fonction publique dont il ou elle a connaissance dans ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* »⁴⁰².

Toutefois, la Cour de cassation affirme, de jurisprudence constante, que « *si l'article 40 du code de procédure pénale fait obligation à tout fonctionnaire ayant dans l'exercice de ses fonctions, acquis la connaissance d'un crime ou d'un délit d'en donner avis au procureur de la République, cette disposition ne saurait autoriser un agent public à enfreindre l'obligation de discrétion à laquelle il est soumis et à révéler à des particuliers des faits jugés par lui répréhensibles* ». Les juges ont donc admis que l'article 40 autorisait à passer outre l'obligation de discrétion professionnelle, mais uniquement si la dénonciation emprunte le canal défini par l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale : l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale constitue bien un des « *cas expressément prévus par la réglementation en vigueur* », auquel renvoie l'article 26 de la loi du 13 juillet 1983. Le problème reste toutefois entier s'agissant des lanceurs d'alerte saisissant la presse, qui violent indéniablement l'obligation déontologique de discrétion : la jurisprudence administrative la plus récente confirme l'importance de cette obligation, et la propension du juge administratif à considérer comme légales les sanctions infligées à l'encontre des agents qui dégradent l'image de l'administration⁴⁰³. L'alerte, pour être compatible avec l'obligation de réserve, doit

Op.cit., p. 210 et 211 de ce rapport.

⁴⁰⁰

« *Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent* »

⁴⁰¹DYENS (S.), « La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-elles compatibles ? », *AJCT*, 19 novembre 2012).

⁴⁰²Conseil de l'Europe, Recommandation du conseil des ministres n° R(2000) 10 du 11 mai 2000 relative au code de conduite pour les agents publics des États membres, § 12.5)

⁴⁰³CAA Bordeaux, 15 novembre 2011, n° 11BX00204, à propos d'un blâme infligé à un surveillant d'une maison d'arrêt qui avait accordé une interview en 2007 à un journal local dans lequel il dénonçait le système carcéral.V. Également : CE, sous-sections réunies, 27 juillet 2005, req. n° 260139 : «*M. X a méconnu l'obligation de réserve et de discrétion qui s'impose à lui (...), en publiant un livre et en participant à des émissions de télévision, sans autorisation de sa hiérarchie, pour dénoncer des dysfonctionnements au service de*

donc transiter, comme le prévoit la jurisprudence européenne, d'abord par le supérieur hiérarchique⁴⁰⁴ avant d'envisager de faire appel à la presse. Là est sans doute le paradoxe du nouveau régime protecteur des « lanceurs d'alerte » de la fonction publique : laissant coexister un « droit » d'alerter représenté par l'article 6ter du statut général de la fonction publique et un « devoir » de dénoncer institué par l'article 40-2 du Code de procédure pénale, celui-ci n'entoure pas le droit d'alerter de garanties suffisantes. Dans l'hypothèse d'alertes lancées auprès du public ou d'autres autorités, il faudrait alors appliquer la grille de lecture proposée par Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Guja*⁴⁰⁵ et s'intéresser au contenu et aux modalités de la dénonciation.

Dans le secteur public aux Etats-Unis, en dehors du cas de certains agents publics soumis à des obligations spéciales de confidentialité, tels que les « *government lawyers* »⁴⁰⁶, ce sont les « *secrets de l'administration* » au sens strict qui peuvent faire obstacle au *whistleblowing*. En effet, le WPA lui-même ne prévoit la possibilité de tirer l'alerte sur des faits dangereux, illégaux ou risqués qu'à condition que de tels signalements « *ne soient pas spécifiquement interdits par la loi ou que de telles informations n'aient pas à être maintenue secrètes en raison de l'intervention d'une décision gouvernementale dans l'intérêt de la défense nationale ou de la conduite de affaires étrangères* »⁴⁰⁷. Dans une décision *Mac Lean*, la jurisprudence a estimé que les règlements émis par les agences elles-même sont à considérer comme des « *lois* » au sens de la disposition précitée, dès lors qu'il s'agit de règles « *substantielles affectant directement les droits et obligations des agents selon une procédure prévue par la loi et dans le respect des compétences de cette agence* »⁴⁰⁸. Celles-ci ont donc une large marge de manœuvre pour définir ce qui peut être exclu du champ du « *droit d'alerte* ». Lorsqu'une divulgation porte précisément sur ces secrets, alors, selon la même jurisprudence, les personnes auxquelles peut être adressée la divulgation ne sont qu'au nombre de trois : l'inspection générale de l'agence, l'OSC ou un autre employé désigné par la direction de l'agence pour recevoir ce type de divulgation⁴⁰⁹. Les « *secrets de l'administration* » ne

santé des armées qu'il estimait répréhensibles au regard des dispositions du code pénal (...) »

⁴⁰⁴CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, Req. n° 14277/04, §71

⁴⁰⁵Idem.

⁴⁰⁶Voir CRAMTON (R.), *Lawyer as Whistleblower: Confidentiality and the Government Lawyer*, *The. Geo. J. Legal Ethics*, 1991, vol. 5, p. 291.

⁴⁰⁷Pub. L. No. 95-454, 92 Stat. 1111

⁴⁰⁸*MacLean v. Department of Homeland Security*, 112 M.S.P.R. 4, ¶ 25 (2009)

⁴⁰⁹Idem.

peuvent donc circuler qu'en interne, exposant particulièrement les *whistleblowers* aux représailles de leurs supérieurs hiérarchiques ; ces hypothèses de « *secret* » sont particulièrement prégnantes dans le domaine du renseignement. Or, les agents publics travaillant dans ce domaine ne disposent que de statuts assez peu protecteurs, et, malgré des progrès récents dus à la publication d'une nouvelle « *Presidential Policy Directive* » par Barack Obama le 12 octobre 2012⁴¹⁰, ceux-ci sont toujours particulièrement exposés aux agissements discriminatoires⁴¹¹.

Section 2 : La difficile conciliation de la liberté d'expression du lanceur d'alerte avec les libertés économiques et les droits des tiers

Au-delà des obligations, sanctionnées par la loi, qui impliquent a priori de maintenir le secret sur certaines activités de l'organisation, c'est plus largement, à posteriori, l'appréciation des effets du discours du lanceur d'alerte sur la préservation d'autres intérêts concurrents qui rend difficile la pratique du lancement d'alerte. En effet, lorsqu'elle se heurte aux intérêts économiques de l'entreprise, la prise de parole du lanceur d'alerte doit, dans son contenu même, être suffisamment pondérée pour que l'atteinte à l'organisation soit considérée comme « proportionnée » au but recherché (A). Lorsqu'elle vise plus spécifiquement des personnes physiques, l'alerte se heurte à des accusations potentielles de diffamation, tout en posant de délicates questions s'agissant de l'usage des données personnelles (B).

A) Un délicat et hasardeux contrôle de la « mesure » des paroles du lanceur d'alerte

La nécessité pour le lanceur d'alerte de ne pas nuire aux intérêts de son employeur est, aux États-Unis, implicite, et se déduit des comportements prohibés lors du lancement d'alerte. Bien que le circuit fédéral ait reconnu que le fait de lancer l'alerte « *peut naturellement conduire à des comportements perturbateurs et à des controverses* »⁴¹², celui-ci retire

⁴¹⁰PPD-19 [<http://fas.org/irp/offdocs/ppd/ppd-19.pdf>]

⁴¹¹MOBERLY (R.), « Whistleblowers and the Obama Presidency: The National Security Dilemma », *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 2012, vol. 16, p. 51.

⁴¹² *Curl v. Leroy Reavis and Iredell County*, 740 F.2d 1323, 4th Circ (1984)

systématiquement toute forme de protection aux salariés lanceurs d'alerte faisant preuve, dans leur comportement, d'insubordination. Ainsi, le fait pour un employé de « *faire usage d'un langage familier ou outrageux ainsi que d'une attitude de défiance à l'égard de sa hiérarchie* »⁴¹³ ne justifie pas que celui-ci soit protégé. De la même manière, le fait pour un salarié de faire preuve d'un comportement irrespectueux envers les règles de fonctionnement de l'entreprise ne permet pas de lui accorder une protection. Dans le cadre de l'entreprise, le lanceur d'alerte doit donc faire preuve de mesure dans son propos. En outre, pour ne pas s'exposer à des accusations de diffamation, le lanceur d'alerte doit faire preuve de bonne foi, c'est à dire, avoir une croyance raisonnable dans les faits qu'il dénonce, croyance qui devrait être partagé par tout « *homme raisonnable* »⁴¹⁴. S'il s'exprime en tant que citoyen, en dehors de l'entreprise, celui-ci doit également, pour bénéficier des protections du premier amendement, s'abstenir de tout « *présentation délibérément fausse des faits* » ou d'éventuelles « *menaces* » qui ne sont, aux yeux de la Cour suprême américaine, que d'« *importance faible aux yeux du premier amendement* »⁴¹⁵. Si ces exigences peuvent paraître simples à remplir, encore faut-il rappeler, comme le font Christine Noiville qu'« *en pratique, confronté, ou se croyant confronté, à des « étouffeurs d'alerte », ce dernier tend à durcir et à simplifier progressivement son discours, cesse de respecter les procédures auxquelles il est en principe astreint, peut se croire pris dans un véritable complot et arrive insensiblement à des termes excessifs, voire injurieux,* »⁴¹⁶. Dans ce cadre, le lanceur d'alerte s'expose à des accusations de diffamation s'il communique des faits inexacts dans le cadre de son alerte. Toutefois, établir l'existence d'une diffamation n'est pas chose aisée aux États-Unis : encore faut-il que soit prouvé l'existence d'une « *réelle intention de nuire* », définie comme une information « *publiée en connaissance du caractère erroné des faits* » ou « *avec un mépris total pour la recherche de la vérité des faits* »⁴¹⁷.

En France, l'exigence de « *mesure* » dans les propos du lanceur d'alerte se déduit en creux de la majorité des jurisprudences françaises et européennes ayant traité de cas de « *lanceurs d'alerte* ». Ainsi, dans l'affaire « *Hertel c. Suisse* » précitée, la Cour avait relevé que les

⁴¹³Pettway v. American Cast Iron, 411 F.2d 998, 5th Circ. (1986)

⁴¹⁴Voir supra, Première partie, Chapitre 1, Titre 2, Section 2.

⁴¹⁵Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 568, 571-572 (1942)

⁴¹⁶NOIVILLE (C.),HERMITTE (M-A), « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte. », *Natures sciences sociétés*, 2006, vol. 14, no 3, p. 269-277.

⁴¹⁷*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

critiques du chercheur n'avaient pas conduit à une désaffection du public à l'égard des fours à micro-ondes⁴¹⁸. En outre, en droit interne, le lanceur d'alerte s'expose potentiellement à des poursuites pénales pour diffamation ou dénigrement fautif. Nous avons constaté toutefois (Supra, Première Partie, Titre 2, Chapitre 1, Section 2) que la jurisprudence relative au droit d'alerter retenait une conception très large de l'imputation diffamatoire lorsque la santé du public se trouve mis potentiellement en danger⁴¹⁹. De manière plus générale, les jugements en la matière semblent implicitement mettre en balance les intérêts économiques des organisations avec l'intérêt du public à recevoir certaines informations. Cette condition découle explicitement de la jurisprudence européenne, qui estime devoir apprécier « *le poids respectif du dommage [qu'une divulgation] risqu[e] de causer à l'autorité publique et de l'intérêt que le public p[eut] avoir à obtenir cette divulgation* »⁴²⁰. Dans l'arrêt *Heinisch C. Allemagne*, la Cour a ainsi relevé qu'« *il existe un intérêt à protéger le succès commercial et la viabilité des entreprises, pour le bénéfice des actionnaires et des employés, mais aussi pour le bien économique au sens large* »⁴²¹ mais qu'en l'espèce, « *l'intérêt général s'attachant à la révélation des dysfonctionnements pouvant affecter la prise en charge institutionnelle des personnes âgées par une société publique revêt une importance telle dans une société démocratique qu'il prévaut sur la protection de la réputation professionnelle et des intérêts commerciaux de celle-ci.* »⁴²². La liberté d'expression du lanceur d'alerte se trouve ainsi au cœur d'une tension permanente entre libertés économiques et intérêt général.

B) Une prise de parole à concilier avec les droits des tiers

Lorsqu'elle concerne des personnes physiques, l'alerte se heurte au même risque de poursuites pour diffamation. De la même manière, aux États-Unis, d'éventuelles poursuites pour diffamation « *réelle intention de nuire, définie comme une information publiée en connaissance du caractère erroné des faits* » ou « *avec un mépris total pour la recherche de*

⁴¹⁸Cour EDH, 25 août 1998, Hertel c. Suisse, req. N° 53440/99

⁴¹⁹Voir, par exemple, s'agissant (par voie de presse) de manipulations des mesures des ondes téléphonique par un militant écologiste, un jugement où le tribunal correctionnel de Paris a fait prévaloir l'intérêt du public sur celui des opérateurs de téléphonie mobile en adoptant une conception très large de l'imputation diffamatoire. TGI Paris, 2 mars 2006, inédit

⁴²⁰CEDH, 12 février 2008, Guja c. Moldavie, n° 14277/04, §76

⁴²¹ Cour EDH, 12 juillet 2011, Heinisch c. Allemagne §89

⁴²²Idem, § 90.

la vérité des faits»⁴²³. En France, la diffamation peut être constituée d'autant plus facilement que le risque dénoncé est incertain. La jurisprudence européenne valide d'ailleurs, dans les hypothèses concernant des lanceurs d'alerte, les condamnations pour diffamation dès lors que le comportement du requérant conduit à viser de manière outrancière de personnes physiques. Ainsi, dans une affaire *Marchenko c. Ukraine*⁴²⁴, la Cour EDH avait validé la condamnation du requérant pour « *diffamation* », car -implicitement- celui-ci avait manqué de mesure en brandissant des pancartes directement hostiles à une personne physique lors d'une manifestation⁴²⁵. En France, le requérant peut toutefois, selon toute probabilité, échapper à des poursuites pénales en arguant de sa bonne foi, car l'intention requise en matière pénale ne sera pas constituée. Ainsi, rappelle la Chambre de la Presse du TGI de Paris, « *Si les imputations diffamatoires sont réputées faites dans l'intention de nuire* » le prévenu peut cependant justifier de sa bonne foi en établissant « *qu'il poursuivait, en diffusant les propos incriminés, un but légitime exclusif de toute animosité personnelle, qu'il a conservé dans l'expression une suffisante prudence et qu'il avait en sa possession des éléments lui permettant de s'exprimer comme il l'a fait* »⁴²⁶. A ce devoir général de prudence doublée d'absence d'animosité personnelle s'ajoute, pour les lanceurs d'alerte scientifiques, une obligation d'objectivité. En témoigne un arrêt de la Cour de Cassation en date du 3 juillet 1996, dans lequel les juges suprêmes ont estimé que la publication par l'Institution National de la Consommation d'un dossier présentant certains établissements hospitaliers⁴²⁷ comme des « *coupes-gorges hospitaliers* » relevait bien de la diffamation car celle-ci « *procédait d'une généralisation hâtive* » et, surtout, que « *la légitimité du but de l'information ne dispens[e] pas [le scientifique] de ses devoirs de prudence et d'objectivité dans l'expression de la pensée* »⁴²⁸. La prudence dans l'usage de la liberté d'expression est donc de mise, ce qui rend la prise de parole du lanceur d'alerte difficile dans la mesure où la frontière entre « *diffamation* » et « *critique* » n'est pas tracée de manière tranchée et définitive.

⁴²³ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254

⁴²⁴ Dans cette affaire, un enseignant et responsable syndical, transmet en 1997 au parquet et à l'organisme de contrôle des comptes publics d'Ukraine des allégations d'agissements délictueux de la part de la directrice de l'école où il travaillait.

⁴²⁵ Cour EDH, 19 février 2009, *Marchenko c. Ukraine*, req. n°4063/04

⁴²⁶ TGI Paris, 17e chambre, 17 mars 2006, *Commune de Puteaux c. Christophe G.*

⁴²⁷ Mais la solution est à notre sens applicable à la critique de personnes physiques

⁴²⁸ Cass. Crim, 3 juillet 1996, n°94-83195 : Bull.crim, n°283, p.862.

En outre, l'articulation de la liberté d'expression du lanceur d'alerte avec les droits des tiers recoupe également des préoccupations liées à la protection des données personnelles. En effet, les systèmes d'alerte institutionnalisés conduisent à ce que soient collectées certaines données personnelles sur les personnes visées par l'alerte. Les autorités chargées de la protection des données personnelles ont donc posé un certain nombre d'exigences pour que les traitements de données soient considérés comme proportionnés et légitimes dans le cadre des systèmes d'alerte. A l'échelon européen, le Groupe « *Article 29* » a ainsi, tout en considérant comme légitime le traitement de données dans le cadre des systèmes d'alerte⁴²⁹, exprimé sa préférence pour les « *signalements confidentiels dont l'auteur est identifié par rapport aux signalements anonymes* »⁴³⁰. Et, l'objectif du système de signalement étant « *de garantir le bon gouvernement d'entreprise* », les données collectées et traitées par le biais d'un mécanisme de dénonciation doivent « *se limiter aux faits ayant un rapport avec cette finalité* »⁴³¹. En France, la CNIL affiche le même niveau d'exigence, souhaitant que soient définis clairement quelles sont les personnes susceptibles de faire l'objet d'une alerte⁴³² et, surtout, exigeant que celles-ci soit informées d'éventuelles alertes les visant⁴³³ et puissent accéder aux données les concernant pour éventuellement faire procéder à leur suppression ou à leur rectification⁴³⁴. Loin de permettre l'instauration d'une dénonciation généralisée, les systèmes d'alerte sont donc largement encadrés, de sorte de protéger à la fois la liberté d'expression du lanceur d'alerte, et le droit légitime des personnes visées à la protection de leurs données personnelles.

Titre 2 : Les progrès en demi-teinte de la protection du lanceur d'alerte contre les mesures de rétorsion de son employeur

Le timide encouragement à la prise de parole des lanceurs d'alerte, qui se manifeste par la mise en place de « *canaux* » permettant à ceux-ci d'exprimer plus facilement leur message, ne constitue qu'une seule des deux faces de la promotion par les pouvoirs publics de la pratique du « *lancement d'alerte* ». En effet, là où la question de la garantie des canaux d'alerte incite

⁴²⁹Groupe « Article 29 », « *Avis 1/2006 relatif à l'application des règles de l'UE en matière de protection des données aux mécanismes internes de dénonciation des dysfonctionnements dans les domaines de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit, de la lutte contre la corruption et la criminalité bancaire et financière* », 1er février 2006 WP 117, pp. 7-8

⁴³⁰Idem, p.11.

⁴³¹Id., p.12.

⁴³²CNIL, Document d'orientation pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978, 10 novembre 2005., point 2.

⁴³³Idem, point 10.

⁴³⁴Idem, point 11.

faire une analyse a priori des obstacles à l'exercice du droit d'alerte et à se focaliser sur le régime protecteur de la liberté d'expression, la question de la protection des lanceurs d'alerte eux-même renvoie à une analyse centrée sur la personne du lanceur d'alerte plutôt que sur le message que celui-ci porte. Celle-ci s'effectue *a posteriori* ; c'est en effet, ici des mesures prises à l'égard du lanceur d'alerte après que celui-ci ait fait usage de sa parole dont il s'agit. Certes, les deux questions sont inextricablement liées : d'une part, c'est parce que le message qu'il porte est reconnu comme légitime, ou parce qu'il possède un droit fondamental à la liberté d'expression, que le lanceur d'alerte pourra être protégé contre les représailles de son employeur ; d'autre part, c'est également parce qu'il s'attend à être protégé après avoir fait usage de sa liberté d'expression que le lanceur d'alerte peut faire plus aisément le choix de prendre la parole. Ces deux questionnements diffèrent toutefois principalement sur le plan de l'effectivité des droits : si la multiplication des médias rendent la communication aisée et le droit à la liberté d'expression potentiellement plus effectif, la protection de la personne qui le porte est moins évidente pour deux raisons. En effet, pour reprendre une distinction introduite dans le cadre du droit international⁴³⁵, la protection de la liberté d'expression renverrait principalement à une obligation de respecter -impliquant une abstention des pouvoirs publics- tandis que la protection du travailleur soumis aux pouvoirs de gestion ou au pouvoir hiérarchique de son employeur impliquerait, pour les pouvoirs publics, une obligation de « protéger », voire « réaliser » le droit de celui-ci à ne pas être l'objet de mesures discriminatoires, ce qui doit conduire nécessairement à ce que l'État intervienne dans le cadre de la relation inégalitaire liant l'employé à son organisation. Or, l'on conçoit que cette intervention puisse, face à des organisations souvent peu enclines à accepter des limitations de leurs pouvoirs et disposant de moyens de pression importants sur les pouvoirs publics⁴³⁶, ne pas être des plus aisées. L'état des protections dont peut bénéficier le lanceur d'alerte renvoie en quelque sorte à la réalisation d'une forme de « *droit social* » passant du statut de prétention

⁴³⁵ En 1987, remettant en cause la distinction traditionnelle entre droits « sociaux » et droit « libertés », la rapporteure de la sous-commission de l'ONU sur le droit à l'alimentation suffisante, Mme Asbjørn Eiden, avait introduit un nouveau paradigme de réalisation des droits de l'homme. Ceux-ci impliqueraient trois niveaux d'obligations à la charge des Etats : l'obligation de respecter, de protéger et de réaliser. La première impliquerait que l'Etat s'abstienne d'entreprendre une action ; la seconde qu'il prenne des mesures pour empêcher que les droits d'un individu soient violés par l'action d'autres individus ; la dernière, qu'il prenne les mesures nécessaires pour garantir la satisfaction des besoins d'un sujet de droit s'il ne peut le faire lui-même. (E/CN.4/Sub.2/1987/23 (7 juillet 1987), § 66). V. également, sur ce sujet : GROSBON (S.), « Les ruptures du droit international », in *Droits des pauvres, pauvres droits? : recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*. Mission de recherche Droit et justice, 2010

⁴³⁶ Certains auteurs Nord-Américains soutiennent ainsi que toute tentative de régulation du comportement des acteurs économiques serait vouée à l'échec. Pour ceux-ci, les acteurs économiques auraient dans tous les cas, la possibilité de faire exercice, en amont, de leurs pouvoirs économiques pour vider de son sens une législation éventuellement contraire à leurs intérêts. CASS (R.). *Meaning of Liberty: Notes on Problems within the Fraternity*, The. *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y*, 1984, vol. 1, p. 777.

à celui de droit ; l'on connaît les difficultés de réalisation effective des « *droits sociaux* » dans les sociétés libérales . L'enjeu plus large semble être celui de la régulation du comportement des opérateurs économiques et des acteurs de l'administration⁴³⁷. Tout comme le droit de grève, le droit d'alerter, initialement associé à un comportement illicite, s'est vu progressivement associé à l'application d'un régime protecteur. Cette concrétisation d'un droit à ne pas faire l'objet de mesures de rétorsion lorsque l'on porte l'alerte s'est faite, pour des raisons pratiques, dans deux directions distinctes. La première a consisté à aménager le pouvoir de l'employeur ou de l'administration à l'égard du lanceur d'alerte en limitant le pouvoir dont disposent les organisations à l'égard de leurs employés. Un certain nombre de mesures visant les lanceurs d'alerte ont ainsi été prohibées. Toutefois, le pouvoir de disciplinaire, hiérarchique ou de direction des administrations et entreprises étant particulièrement large, la marge de manœuvre ainsi aménagée reste bien étroite (**Chapitre 1**). La seconde, qui relève plus de la technique procédurale stricto-sensu mais apparaît tout aussi fondamentale, a consisté à aménager la charge de la preuve des faits rapportés et du lien de causalité entre la sanction prise par l'employeur et le fait pour l'employé d'avoir fait usage de son droit d'alerte. Or, comme l'enseigne l'expérience Nord-Américaine, la question de la preuve est primordiale pour que le droit d'alerter soit effectif (**Chapitre 2**)

Chapitre 1 : L'aménagement des pouvoirs de l'employeur au profit du lanceur d'alerte

La reconnaissance croissante du rôle des lanceurs d'alerte au sein des entreprises a peu à peu conduit à ce que leur soit, bon an mal an, attribué un statut protecteur. La mise en place de ce statut s'est faite au prix d'une limitation des pouvoirs de gestion dont bénéficient les employeurs s'agissant de la gestion de leur personnel. Cette limitation bienvenue du pouvoir de gestion des organisations s'est faite en partie par le biais de décisions juridictionnelles marquant une adaptation croissante du droit commun à la question des lanceurs d'alerte. (**Section 1**). Mais, surtout, ce sont les interventions du législateur qui ont, aux États-Unis et

⁴³⁷ Op. Cit., GLAZER (M), GLAZER (P.), 1989 pp. 9-38

(plus tardivement) en France, tracé les contours d'un statut protecteur des lanceurs d'alerte, qui reste néanmoins largement lacunaire. (Section 2)

Section 1 : L'adaptation en demi-teinte du droit commun à la problématique de la protection des lanceurs d'alerte

En France comme aux Etats-Unis, des évolutions jurisprudentielles ont permis d'adapter, bien que de manière très casuistique, le droit commun du travail et de la fonction publique aux problématiques propres aux « *lanceurs d'alerte* ». Ainsi, dans le secteur privé l'application du droit fondamental à la liberté d'expression en France et la doctrine juridictionnelle de la « *Public Policy Exception* » aux Etats-Unis, ont partiellement pallié le caractère lacunaire du statut protecteur des porteurs d'alerte (A). Dans le secteur public, la situation des lanceurs d'alerte apparaît, pour des raisons différentes, bien plus problématique (B)

A) La liberté d'expression du salarié et la « public policy exception »

En France et aux États-Unis, le législateur ne s'est intéressé que de manière relativement tardive à la problématique de la protection des lanceurs d'alerte soumis à un lien de subordination ou de dépendance à une entreprise. Toutefois, l'émergence du phénomène ayant précédé son encadrement législatif contemporain, les juges avaient d'ores et déjà opéré de timides adaptations du droit commun du travail à la problématique du whistleblowing.

Aux Etats-Unis, la principale difficulté provenait de la rigueur de la doctrine juridictionnelle dite de l'« *employment at-will* », propre à la Common Law. Cette règle, rappelle Kenneth Swift, a été « *le point de départ de l'appréciation juridique de la relation employeur-employé depuis au moins la fin du dix-neuvième siècle* »⁴³⁸. Celle-ci est généralement définie comme la règle « *Devant laisser aux hommes [...] le droit de renvoyer [...] des employés au gré de leur volonté, pour une bonne cause ou sans cause, et même pour de mauvaises causes, sans être coupable ni commettre ce faisant un acte illégal* »⁴³⁹ et a marqué l'ensemble du droit commun du travail pendant près d'un siècle⁴⁴⁰. La dureté de cette règle, correspondant selon certains à

⁴³⁸SWIFT (K.), « The Public Policy Exception to Employment at-Will: Time to Retire a Noble Warrior ». *Mercer L. Rev.*, 2009, vol. 61, p. 551.

⁴³⁹Payne v. W. & Atl. R.R. Co., 81 Tenn. 507, 519–20 (1884)

⁴⁴⁰Voir, pour des premières application par des cours suprêmes d'Etats fédérés : Martin v. N.Y. Life Ins. Co., 42 N.E. 416 (N.Y. 1895); Henry v. Pittsburgh & Lake Erie R.R. Co., 21 A. 157 (Pa. 1891); Payne v. W. & Atl. R.R.

un stade de « *capitalisme avancé* »⁴⁴¹, est évidemment problématique pour les *whistleblowers* puisque elle autorise les employeurs à renvoyer ceux-ci pour de « *mauvaises causes* » et donc, avec des intentions discriminatoires. La jurisprudence a, fort heureusement, ménagé plusieurs exceptions à cette règle, la plus remarquable étant la règle dite de la « *public policy exception to the employment at-will doctrine* », généralement abrégée en « *Public-Policy Exception* ». Selon cette doctrine, un employé ne peut, par exception, être renvoyé en considération d'actes par lesquels celui-ci n'a fait que se conformer au droit ou à l'intérêt général. Cette exception, reconnue pour la première fois par la Cour d'Appel de Californie Américaine en 1959⁴⁴², couvre principalement quatre type d'hypothèses. Celle-ci peut être utilisée par des employés lorsque ceux-ci ont été renvoyés pour avoir refusé d'obéir à une directive illégale⁴⁴³, pour avoir réclamé un droit reconnu par la loi⁴⁴⁴, pour avoir rempli un devoir citoyen⁴⁴⁵ et, surtout, pour avoir lancé l'alerte⁴⁴⁶. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt *White c. General Motors*, a été reconnue une « Public Policy Exception » au profit d'un employé ayant alerté sur des défaillances d'une installation nucléaire. Autre exemple, dans l'arrêt *Garibaldi v. Lucky Food Stores*, la Cour a reconnu comme invalide le licenciement d'un camionneur ayant alerté sur le fait que les produits qu'il transportait étaient tous périmés⁴⁴⁷. Ce standard jurisprudentiel, dont l'application est principalement le fait des Cours des état fédérés, a permis et permet toujours de protéger les *whistleblowers* lorsque ceux-ci ne bénéficient pas de statut législatif protecteur. Là est toutefois précisément la limite de la « *Public-Policy Exception* » : comme le souligne Stephen Kohn, « *chaque état a[yant] sa propre définition de la « Public Policy Exception* », l'étendue des protections dont peuvent bénéficier les porteurs d'alerte est extrêmement variable⁴⁴⁸.

Co., 81 Tenn. 507,519–20 (1884)

⁴⁴¹BALLAM (D.) « The Development of the Employment At Will Rule Revisited: A Challenge to Its Origins as Based in the Development of Advanced Capitalism, » 13 HOFSTRALAB. & EMP. L.J. 75, 86 (1995)

⁴⁴²Petermann v. International Brotherhood of Teamsters, 344 P.2d 25 (Cal. Dist. Ct. App. 1959)

⁴⁴³Idem.

⁴⁴⁴Frampton v. Central Indiana Gas Co., 297 N.E.2d 425 (Ind. 1973)

⁴⁴⁵Nees v. Hock, 536 P.2d 512 (Or. 1975)

⁴⁴⁶White v. General Motors Corp., 908 F.2d 669 (10th Cir. 1990) ;Garibaldi v. Lucky Food Stores, Inc., 726 F.2d 1367 (9th Cir. 1984)

⁴⁴⁷Idem.

⁴⁴⁸KOHN (S.), « *The Whistleblower's Handbook: A Step-by-step Guide to Doing What's Right and Protecting Yourself* », Globe Pequot, 2011, p. 58

En France, le cheminement de la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre du droit commun du travail s'est faite principalement dans le cadre d'un mouvement plus d'affirmation des droits et libertés fondamentales du salarié, particulièrement visible avec la publication en 1992 d'un rapport sur les « *libertés publiques et l'emploi* »⁴⁴⁹ ayant conduit à l'adoption des articles L1121-1 et L 2281-1 du Code du travail. Cette préoccupation de protéger les droits fondamentaux des salariés a mis en place les conditions nécessaires à la protection des « *lanceurs d'alerte* » et du droit d'alerte en protégeant d'une part la liberté d'expression d'éventuels lanceurs d'alerte et, d'autre part, en valorisant le droit d'alerter sur des atteintes aux droits fondamentaux des salariés . Dès les années 2000, la Cour de Cassation a estimé qu'un salarié ne pouvait être sanctionné pour avoir dénoncé des faits délictueux au procureur de la république⁴⁵⁰, tout en ménageant un droit de critique assez large à certaines catégories bien précises de salariés. Ainsi en est-il des chercheurs salariés : dans l'affaire « *Cicolella* », la Cour a relevé que l'exercice du pouvoir de direction de l'employeur à l'égard des scientifiques doit s'exercer « *dans le respect des responsabilités confiées à l'intéressé et de l'indépendance due aux chercheurs* » et que ceux-ci disposent dès lors d'un assez large droit de critique du fait de leur qualité de chercheur⁴⁵¹. De même, en 2006, les juges ont considéré qu'une salariée responsable de la direction médicale n'avait pas commis de faute en signalant de bonne foi à sa hiérarchie des faits délictueux en rapport avec ses attributions⁴⁵². Ces quelques exemples jurisprudentiels témoignent à la fois d'une prise en compte par les juges des problématiques propres à l'alerte en entreprise⁴⁵³, mais également de la réticence de ces mêmes juges à reconnaître un droit général d'alerter à l'ensemble des salariés.

B) Des agents publics en quête de protection effective

Les protections de droit commun dont peuvent bénéficier les lanceurs d'alerte dans le secteur public apparaissent, pour des raisons distinctes en France et aux États-Unis, extrêmement faibles. Ainsi, aux États-Unis, comme nous l'avons constaté supra, le standard *Pickering c.*

⁴⁴⁹ LYON-CAEN (G.), « Les libertés publiques et l'emploi: rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle », La Documentation Française, 1992 - 169 pp

⁴⁵⁰ Cass. soc. 14 mars 2000, Droit social, 2000, p. 555, note J. SAVATIER

⁴⁵¹ Cass. soc. 11 oct. 2000 n° 3716, pourvoi n° 98-45.276.

⁴⁵² Cass. Soc. 8 nov. 2006, n°06-60.007, publié au Bulletin

⁴⁵³ Bien que cantonné à la dénonciation d'illégalités et d'atteintes à l'intégrité des personnes

*Board of Education*⁴⁵⁴ avait établi que les lanceurs d'alerte pouvaient bénéficier des protections instituées par le premier amendement dès lors qu'ils divulguent des faits liés à « *des manquements à des obligations de service, des faits de corruption ou des menaces pour la santé et la sécurité publique* », présentant ainsi un intérêt général prépondérant. Mais, depuis l'intervention en 2006 de l'arrêt « *Garcetti contre Ceballos* », ⁴⁵⁵ de la Cour suprême américaine, ceux-ci ne sont plus protégés s'ils s'expriment *dans le cadre/en vertu [pursuant to] de leurs obligations officielles* ». Les agents publics, s'ils veulent bénéficier d'une protection, doivent donc s'exprimer « *en tant que citoyens* », et donc, en dehors de leur administration. Ici, la distinction que crée explicitement la Cour Suprême entre le « *citoyen* » et l'« *agent public* » prive totalement les agents publics lanceurs d'alerte de toute forme de liberté d'expression au sein de leurs organisations. La situation est donc, comme le soulignent certains membres de la doctrine, particulièrement préoccupante, l'avocat et militant Stephen Kohn estimant que « *sur la base de cette décision, pas moins de 90% de l'ensemble des lanceurs d'alerte sont amenés à perdre leur procès* »⁴⁵⁶.

Dans la fonction publique française, les rigueurs de l'obligation de réserve ont été tempérées par un devoir de critique, qui s'exprime principalement par le biais du *droit de désobéir* inscrit à l'article 28 de la loi de 1983, qui précise que le fonctionnaire n'a pas à obéir « *dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». Cette exception trouve son origine dans l'arrêt *Langneur* du Conseil d'État.⁴⁵⁷ mais fait l'objet d'une interprétation restrictive du juge administratif qui exige la réunion des deux critères (un acte illégal *et* ⁴⁵⁸ nuisible à un intérêt public)⁴⁵⁹. Toutefois, comme le note Antony Taillefait « *montre très nettement que le caractère manifestement illégal de l'acte s'efface au profit de l'atteinte grave qu'il porte à un intérêt public pour déterminer la légalité de l'usage de la désobéissance* »⁴⁶⁰. Reste néanmoins que le « *droit de résistance* » du fonctionnaire apparaît d'une justiciabilité bien douteuse. Au-delà de ce droit embryonnaire de résistance, la jurisprudence administrative a largement toléré les critiques internes à l'administration. Ainsi,

⁴⁵⁴Pickering v. Board of Education , 391 U.S. 563 (1968)

⁴⁵⁵Garcetti v. Ceballos, 547 U.S. 410 (2006)

⁴⁵⁶KOHN (S.) "What Price Free Speech?: Whistleblowers and the Garcetti v. Ceballos Decision". National Whistleblowers Center, 29 juin 2006.

⁴⁵⁷CE, 10 nov. 1944

⁴⁵⁸Nous soulignons.

⁴⁵⁹CE, 27 mai 1949, *Arasse*, Rec. CE 1949, p. 249

⁴⁶⁰TAILLEFAIT (A.), « Obligations des agents publics », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 183, 2013.

dans une décision du 27 septembre 2006⁴⁶¹, le Conseil d'État a jugé que la réalité de dysfonctionnements d'une administration pouvait justifier des critiques, sans méconnaissance du devoir de retenue. En revanche, comme nous l'avons constaté supra, les critiques exprimées en-dehors de l'administration restent généralement peu protégées, bien que la situation tende à évoluer⁴⁶². Ainsi, dans la décision Matelly de 2011⁴⁶³, le Conseil d'État a, tout en refusant de ménager un « *droit de critique* » particulier attaché à la qualité de chercheur associé, jugé disproportionnée la sanction de mise à la retraite d'office infligée à un militaire pour avoir cosigné une tribune critiquant la politique gouvernementale de rattachement de la gendarmerie au ministère de l'intérieur. Reconnaisant que l'attitude du requérant était fautive, le conseil d'Etat considère toutefois la sanction comme disproportionnée au regard de deux éléments. Le premier tenait à la critique elle-même « *qui exprim[ait] une critique de fond présentée comme une défense du corps d'appartenance de l'intéressé et formulée en termes mesurés, sans caractère polémique* » et le second, aux excellents états de service du requérant. Sans que ne soit reconnu le droit à la critique polémique de l'administration, le fait pour un fonctionnaire de s'exprimer de manière mesurée peut permettre d'atténuer la force d'éventuelles sanctions. En outre, dans un arrêt de 2011, la CAA de Marseille a estimé que ne manquait pas à son obligation de réserve un fonctionnaire ayant dénoncé dans la presse un système d'éviction des cadres en place « *afin de promouvoir abusivement certains agents subalternes liés à sa personne par leur appartenance commune à un cercle philosophique* »⁴⁶⁴. Reste que cet amoncellement de décisions isolées ne forment pas en tant que tel une « *jurisprudence* » protectrice des lanceurs d'alerte à proprement parler. De plus, la jurisprudence récente du conseil d'État apparaît extrêmement timide, pour ne pas

⁴⁶¹

CE, sous-sections réunies, 27 septembre 2006, req. n° 282056.

⁴⁶²

Signalons à cet égard un jugement très récent du Tribunal administratif de Cergy-Pontoise dégageant par anticipation, un « principe général du droit » interdisant à l'administration de prendre des mesures discriminatoires à l'encontre des fonctionnaires ayant dénoncé des faits délictueux commis par leurs subordonnés ou par leur hiérarchie « Voir TA Cergy-Pontoise, 7e Ch., 15 juillet 2014, [M.H., Req. N° 1110539](#)

⁴⁶³CE, 12 janvier 2011, *M. Matelly*, n° 338461. V, sur cette décision : SLAMA (S.), " Annulation de la radiation des cadres d'un officier de gendarmerie en raison du caractère disproportionné de la sanction à et injonction à réintégrer (suite mais sûrement pas fin de l'affaire Matelly) " in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 janvier 2011.

⁴⁶⁴CAA Marseille, 27 septembre 2011, req. n° 09MA02175

dire timorée⁴⁶⁵, en la matière, bien que la réflexion sur les « *lanceurs d'alerte* » semble revêtir une importance croissante aux yeux de cette institution⁴⁶⁶.

Section 2 La faiblesse des garanties issues des lois protectrices des lanceurs d'alerte

Outre les évolutions du droit commun, ce sont avant tout les interventions législatives qui, en France et aux États-Unis, ont procédé à la mise en place d'un statut protecteur des donneurs d'alerte. Dans les deux états étudiés, toutefois, c'est avant tout le caractère incomplet et ineffectif de ces protections qui a été souligné. Ainsi, l'approche dominante aux États-Unis est casuistique, voire impressionniste. Si l'amoncellement de mécanismes protecteurs laisse bel et bien à voir une approche globale et complète du phénomène, son efficacité pratique reste, pour de nombreuses raisons soulignées par la doctrine, faible **(A)**. En France, la mise en place d'un statut protecteur a été trop tardive pour permettre d'avoir du recul quand à ses applications concrètes. Reste toutefois que celui-ci n'adopte à ce jour qu'une approche partielle, non complète du phénomène. **(B)**

A) Une approche pragmatique en quête d'efficacité pratique aux États-Unis⁴⁶⁷

L'approche Nord-Américaine des modes de protection des lanceurs d'alerte apparaît particulièrement complète, en ce qu'elle prévoit de manière relativement exhaustive quelles sont les pratiques discriminatoires interdites aux employeurs, mais également parce qu'elle institue un système juridictionnel et administratif sophistiqué pour venir en aide aux lanceurs

⁴⁶⁵En témoigne le rejet récent, dans une affaire emblématique, d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte. V. FOEGLE (J-P), SLAMA (S.), « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *La Revue des droits de l'homme* Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 14 mars 2014.

⁴⁶⁶V. Notamment : « [Quelle déontologie pour les hauts fonctionnaires ?](#) », Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, à l'Ecole nationale d'administration le 27 mars 2013

⁴⁶⁷Nous reprenons ici l'expression employée par un intervenant au colloque précité sur les lanceurs d'alerte, organisé par le CERA.

d'alerte en amont et en aval. En raison de la grande diversité et de la grande complexité de ces mécanismes, nous n'étudierons ici que les mécanismes institués par la SOX et par le WPA. Ainsi, dans le cadre de la SOX, les mesures de rétorsion sont définies comme le fait pour un employeur de renvoyer, suspendre, rétrograder, menacer, harceler ou « *discriminer de quelque manière que ce soit* » un employé lanceur d'alerte⁴⁶⁸. Cette définition de la mesure de rétorsion donnée par la SOX est, souligne Terry Dworkin, plus large que dans la majorité des autres statuts protecteurs⁴⁶⁹. Si le lanceur d'alerte fait l'objet de représailles, la section 806(a) de la loi l'autorise à déposer une plainte auprès du « *Secretary Of Labor* » (administration du travail), qui transmettra celle-ci à l'*Occupational Safety and Health Administration*⁴⁷⁰. Cette dernière se chargera d'enquêter pour vérifier si le lanceur d'alerte a bel et bien été soumis à des mesures de rétorsion motivées par l'exercice de son droit d'alerte. Par la suite, un « *juge administratif* » du DOL peut être amené, au vu des éléments qui lui sont soumis par l'OSHA, à rendre une décision en faveur ou au détriment du lanceur d'alerte. L'ensemble de cette procédure ne peut en outre durer plus de 180 jours. Au delà de ce délai, le lanceur d'alerte a la possibilité de saisir directement une Cour fédérale pour défendre sa cause⁴⁷¹. Dans l'hypothèse où le lanceur d'alerte aurait gain de cause à l'issue de la procédure, la section 806 de la loi prévoit alors que celui-ci pourra bénéficier « *de tous les secours (relief) nécessaires pour être pleinement dédommagé* »⁴⁷², ce qui inclut, en pratique, la réintégration à un poste de même ancienneté, le paiement des salaires perdus avec intérêts, en plus de dommages-intérêts pour couvrir les frais des procédures engagés⁴⁷³. De plus, la section 701 de la loi prévoit, à titre dissuasif, des sanctions pénales (amendes) pour les entreprises ayant pris intentionnellement et en connaissance de cause des mesures à l'égard de lanceurs d'alerte⁴⁷⁴.

Le WPA définit quand à lui les mesures de rétorsion comme le fait, pour un employé titulaire de l'autorité, de « *prendre, ordonner, recommander ou approuver ou menacer de prendre une mesure discriminatoire à l'égard d'un employé ou candidat à l'emploi en raison de sa qualité*

⁴⁶⁸ 18 U.S.C. § 1514(a)

⁴⁶⁹ DWORKIN (T.), « SOX and Whistleblowing », *Michigan Law Review*, 2007, p. 1757-1780.

⁴⁷⁰ 18 U.S.C. § 1514A

⁴⁷¹ 18 U.S.C. § 1514A(b)(1)(B)

⁴⁷² 18 U.S.C. § 1514A(c)(1).

⁴⁷³ 18 U.S.C. § 1514A(c)(2).

⁴⁷⁴ 18 U.S.C. § 1513(e)

de lanceur d'alerte »⁴⁷⁵. La « mesure discriminatoire » est définie à la section 2302(a)(2)(A) de la loi, et inclut 11 types de comportements discriminatoires distincts. La jurisprudence est assez libérale en la matière, estimant que le fait d'enquêter en interne sur des faits liés aux divulgations peuvent dans certaines hypothèses constituer un « *changement significatif dans les responsabilités ou dans les conditions de travail* » d'un lanceur d'alerte »⁴⁷⁶, qui constitue l'un des faits discriminatoires cités dans la section 2302(a)(2)(A) de la loi. Il en va de même pour ce qui est de refuser d'accorder des heures supplémentaires à un employé alors que « *tout autre employé aurait pû raisonnablement les obtenir* »⁴⁷⁷. De la même manière, le fait de proposer à un employé lanceur d'alerte un plan d'amélioration des performances peut, en ce qu'il est susceptible de permettre par la suite d'engager une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle, être considéré comme une mesure discriminatoire⁴⁷⁸. En revanche, le retrait de certificats de sécurité à un salarié ne constitue pas une mesure discriminatoire, y compris lorsque la titularité de ce type de certificat est nécessaire pour continuer à travailler au sein d'une agence⁴⁷⁹. Le champ des mesures de rétorsion prohibées semble donc très large et un très large champ de mesures de gestion de personnel qui seraient légales envers n'importe quel employé peuvent être qualifiées de mesures discriminatoires dès lors que l'employé en question a lancé l'alerte. Le système institué apparaît particulièrement protecteur. En outre, un système quasi-juridictionnel très élaboré est mis en place pour protéger le salarié. Ainsi, lorsque le salarié s'estimant victime d'agissements discriminatoires saisit directement l'OSC, celle-ci doit mener une enquête pour déterminer si ces allégations sont fondées ou non⁴⁸⁰. Si celles-ci sont considérées comme fondées, alors l'OSC demandera à l'agence de remédier de manière immédiate à la situation constatée, et pourra notamment demander que des poursuites disciplinaires soient engagées à l'égard du salarié ayant commis des agissements discriminatoires⁴⁸¹. Si l'agence en question refuse de se plier aux injonctions de l'OSC, celle-ci pourra saisir le MPSB en vue de faire ordonner une action corrective. Un juge administratif sera alors amené à statuer sur les allégations du salarié et ordonner le cas échéant toute mesure nécessaire pour remédier à la situation. En outre, les

⁴⁷⁵ U.S.C. § 2302(b).

⁴⁷⁶ Russell v. Department of Justice, 76 M.S.P.R. 317, 324-25(1997).

⁴⁷⁷ DiGiorgio v. Department of the Navy, 84 M.S.P.R. 6, ¶ 18 (1999).

⁴⁷⁸ Gonzales v. Department of Housing and Urban Development, 64 M.S.P.R. 314, 319(1994).

⁴⁷⁹ Egan v. Department of the Navy, 28 M.S.P.R. 509, 519 (1985).

⁴⁸⁰ 5 U.S.C. § 1214(b)(2)(C).

⁴⁸¹ 5 U.S.C. § 1214(b)(2)(B) et (C).

salariés disposent également d'un droit de faire appel directement au MPSB sans transiter par l'OSC⁴⁸².

Si le système institué peut paraître de prime abord extrêmement protecteur pour les lanceurs d'alerte, son efficacité pratique est faible. Deux raisons de cet échec peuvent être mises en avant. La première, que nous avons étudiée dans la première partie de cette étude, tient à la restriction par la jurisprudence des « *personnes protégées* », à savoir des personnes pouvant se voir qualifier de « *whistleblower* » et bénéficier par la suite des mécanismes protecteurs. Ainsi, s'agissant de la SOX, malgré la référence faite par la loi à « *tout agent, employé, contractant ou sous-contractant* » d'une société cotée, la majorité des juges ont limité la protection aux seuls employés des entreprises cotées à l'exception des contractants⁴⁸³. Le « *Dodd-Frank Act* » de 2010⁴⁸⁴ de même que la Cour suprême des Etats-Unis (dans un arrêt récent)⁴⁸⁵ ont explicitement étendu le champ personnel de la protection instituée par la section 806 de la SOX en l'appliquant à l'ensemble des sous-contractants et contractants des sociétés cotées. De la même manière, comme le souligne le rapport du comité des affaires intérieures du Sénat Américain, les juges du Circuit fédéral « *ont adopté de manière erronée une définition restrictive du type de divulgations qui peuvent considérées comme étant « protégées » au sens du WPA* »⁴⁸⁶, auxquelles le WPEA a tenté d'apporter une solution. Surtout, le système dans son ensemble, largement fondé sur l'intervention de « juges administratifs » dont l'indépendance apparaît douteuse, semble avoir vidé de sa substance les protections instituées par la loi. Ainsi, selon une étude du « *National Whistleblowers Legal Defense and Education Fund* », il s'est avéré que « *les juges employés par le MPSB n'ont, en 2008, rendu des décisions en faveur des employés que dans 1,7% des hypothèses* »⁴⁸⁷. Dans le cadre de la SOX, une étude menée par les professeurs Earle et Madeck⁴⁸⁸ a démontré que les juges employés par l'OSHA n'ont accordé une protection qu'à 183 *whistleblowers*, pour un total de

⁴⁸²Schmittling v. Department of the Army, 219 F.3d 1332, 1336 (Fed. Cir. 2000).

⁴⁸³Ibid.

⁴⁸⁴Pub. L. No. 111-203, 124 Stat. 1376

⁴⁸⁵Lawson v. FMR LLC, No. 12-3, 2014 BL 57958 (U.S. Mar. 04, 2014)

⁴⁸⁶S.Rep. 112-155

⁴⁸⁷« *Federal Employees Have Less than 2% Chance of Success before MSPB Judges* », National Whistleblowers Legal Defense & Education Fund (March 11, 2010) [<http://www.whistleblowersblog.org/2010/03/articles/legislation/federal>]

⁴⁸⁸EARLE (B.), MADEK (G.), « The Mirage of Whistleblower Protection Under Sarbanes-Oxley: A Proposal for Change ». *American Business Law Journal*, 2007, vol. 44, no 1, p. 19

677 demandes. Il y aurait donc un biais de ces juges en faveur de l'administration, notamment en raison de leur manque d'indépendance à l'égard de leur administration de rattachement. En effet, comme le rappelle le professeur Roger Mc Carthy, ces juges sont évalués par ces mêmes administrations, qui prennent également les principales décisions les concernant en matière d'avancement et de paie⁴⁸⁹. De l'énonciation de la norme protectrice à son application effective, il y a donc un écart important, dont les *whistleblowers* se trouvent être les principales victimes.

B) Le « milieu du gué » de la protection législative des lanceurs d'alerte en France.

S'agissant de la protection des lanceurs d'alerte *stricto sensu*, les trois lois intervenues en 2013 instaurent une protection calquée sur le modèle des dispositifs suscités contre les agissements discriminatoires ou les faits de harcèlement. La loi du 6 décembre 2013 crée en effet un article 6ter au sein statut général des fonctionnaires, qui prévoit qu'« aucune mesure concernant notamment⁴⁹⁰ le recrutement, la titularisation, la formation, la notation, la discipline, la promotion, l'affectation et la mutation » ne peut être prise à l'égard d'un fonctionnaire ou d'un agent non titulaire de droit public, qui aurait « relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ». Le même type de dispositif est prévu par l'article 25 de la loi du 11 octobre 2013. La loi du 6 décembre 2013 et celle du 16 avril 2013 créent en outre un article L1132-3-3 dans le Code du travail et un article L 1351-1 du Code de la Santé publique qui prévoient tous deux de manière similaire « qu'aucune personne procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ni être sanctionnée ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de traitement, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat ». Toutefois, de manière regrettable, l'article L 1351-1 du code de la santé publique, de même que l'article L 5312-4-2 du même code⁴⁹¹ ne prévoient pas, parmi les comportements interdits à l'employeur, le licenciement, de même que le nouvel article 6ter du statut général des

⁴⁸⁹MCCARTHY (R.), «Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers » *Wm. & Mary Pol'y Rev.*, 2011, vol. 3, p. 184.

⁴⁹⁰L'emploi de cet adverbe permet ainsi de ne pas circonscrire la protection à la liste énumérative qui suit

⁴⁹¹ Introduite par la Loi du 29 décembre 2011 n°2011-2012, relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé.

fonctionnaires ne prévoit pas l'hypothèse du non-renouvellement du contrat. De plus, l'article 6ter ne prévoit pas la réintégration de plein droit de l'agent public victime d'agissements discriminatoires, insuffisance immédiatement soulignée par Transparency International⁴⁹². Preuve que le « *malentendu français* » en matière de protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte n'est pas encore totalement dissipé⁴⁹³.

Au-delà de ces omissions, toutefois, le droit français en matière de protection des lanceurs d'alerte semble relativement complet, protégeant les lanceurs d'alerte contre un nombre importants de représailles potentielles de leur employeur. Cette approche semble au surplus conforme aux récentes recommandations du Conseil de l'Europe, qui suggère qu'une législation efficace en matière de lancement d'alerte devrait « *inclure les violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que les risques pour la santé et la sécurité publiques, et pour l'environnement* »⁴⁹⁴ et protéger les lanceurs d'alerte contre « *toutes formes de représailles, directes ou indirectes, de la part de leur employeur [telles que] [...] 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.* »⁴⁹⁵, ce qui est actuellement le cas en France.

Toutefois, pour différentes raisons, les mécanismes de protection des « *lanceurs d'alerte* » restent encore largement lacunaires. Ainsi les lanceurs d'alerte en matière environnementale disposent désormais d'un véritable statut instauré par la loi du 16 avril 2013, a été occulté des un élément pourtant essentiel dans la mise en place d'une culture ouverte à l'alerte : celle de la nécessité d'aménager les règles relatives au secret défense et au secret industrie. Cette problématique était pourtant abordée de manière claire et tranchée par la mission Lepage de 2008, qui proposait notamment de créer une obligation de communication de toutes les études préalables et les données sous-jacentes à la délivrance d'une autorisation dans la mesure où

⁴⁹²L'on signalera à cet égard la publication récente et bienvenue d'un « Guide pratique à l'usage du lanceur d'alerte français ». [http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/gp_pdf_v_28072014.pdf]

⁴⁹³MARIE-MEYER, « Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 9, 2014, p. 158.

⁴⁹⁴Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, *Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte*, §2

⁴⁹⁵Idem, §4

elles concernent la santé ou l'environnement⁴⁹⁶ et d'isoler au sein des documents classés secret défense les informations confidentielles pour permettre de créer une version publique de ceux-ci⁴⁹⁷. Or, en l'absence d'une réforme, les lanceurs d'alerte en matière environnementale pourront toujours faire l'objet de poursuites pénales pour violation du secret professionnel.

Des incertitudes subsistent également en matière de signalement de délits et de crimes, notamment quand au rôle exact assigné au SCPC et à la capacité de cette institution de remplir ses nouvelles missions. L'article 40-6 du code de procédure pénale, issu de la loi du 6 décembre 2013, dispose en effet que « *la personne qui a signalé un délit ou un crime commis (...) dans son administration est mise en relation, à sa demande, avec le service central de prévention de la corruption lorsque l'infraction signalée entre dans le champ de compétence de ce service* ». Or, dans son rapport d'activité 2010, le SCPC soulignait lui-même les incertitudes pesant sur son rôle en matière de protection des lanceurs d'alerte, et préconisait une réécriture de la loi de 1993, ainsi qu'une réforme en profondeur des moyens d'action et de l'autonomie de ce service⁴⁹⁸. Est également critiquable le fait que les pouvoirs de cette institution n'aient pas été élargis pour mieux remplir son rôle de protecteur des lanceurs d'alerte⁴⁹⁹. Plus largement, seuls les lanceurs d'alerte dénonçant des délits et crimes en matière de corruption auront la possibilité d'être mis en relation avec une instance chargée de les accompagner et de les protéger, là où les standards européens en la matière suggère qu'il « *devrait être envisagé de donner aux personnes qui prévoient de faire un signalement ou une révélation d'informations d'intérêt général un accès gratuit à des informations et à des conseils confidentiels* »⁵⁰⁰. Or, ce rôle de conseil et d'accompagnement est primordial dans le

⁴⁹⁶LEPAGE (C.), Rapport au Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables sur la gouvernance écologique, *La documentation française*, 2008, Proposition 8.

⁴⁹⁷Idem, proposition 10.

⁴⁹⁸

« *Rôle d'information ou de soutien au lanceur d'alerte ? Le service aura alors besoin de moyens matériels lui permettant de garantir la confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte. Rôle d'investigation ? La loi l'ayant créée (...) ne lui en a pas donné les pouvoirs. La place du SCPC dans les dispositifs d'alerte reste par conséquent à expliciter* ». Introduction de M. François Badie au rapport 2011 du Service central de prévention de la corruption) : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/124000499/0000.pdf>.

⁴⁹⁹

Dans son rapport *Système national d'intégrité, le dispositif français de transparence et d'intégrité de la vie publique et économique*, paru en novembre 2011, Transparency International France pointait déjà la faiblesse des moyens dévolus au SCPC.

⁵⁰⁰

Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, *Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte*, §28.

cadre du lancement d'alerte. Il serait plus judicieux, comme le proposent certains⁵⁰¹, de créer une instance indépendante de protection globale. L'absence d'une telle initiative et le manque de moyens alloués aux instances de protection des lanceurs d'alerte témoigne ici sans doute de l'impact du « *tournant néolibéral* » sur les modes de protection des droits fondamentaux⁵⁰².

Chapitre 2 : L'adaptation des modes d'administration de la preuve au profit du lanceur d'alerte

Dans la mesure où l'alerte peut directement nuire aux intérêts des administrations et des entreprises mais aussi constituer un « *test* » pour la crédibilité du lanceur d'alerte, celle-ci a été enserrée dans le cadre d'un régime probatoire bien particulier. Celui-ci vise tout à la fois à réduire le risque d'alerte infondée et de permettre à l'employé d'exercer plus facilement ses droits. En effet, un droit sans sa preuve n'est rien. Ainsi, il est apparu nécessaire aux pouvoirs publics d'adapter la preuve des faits dénoncés par le lanceur d'alerte (**Section 1**) ainsi que celle de la mesure de rétorsion dont les lanceurs d'alerte estiment avoir été la cible. (**Section 2**)

Section 1 : L'administration de la preuve des faits dénoncés par le lanceur d'alerte

Dans la mesure où la véracité des faits dénoncés conditionne la reconnaissance de la qualité de « *lanceur d'alerte* » et l'application d'un statut protecteur, l'administration de la preuve de la véracité de ces faits a fait l'objet d'aménagements. Or, il y a souvent en la matière un conflit de temporalités : les expertises permettant de s'assurer de la véracité d'un fait peuvent être très longues, alors que le lanceur d'alerte a, par définition, besoin d'une protection de manière

⁵⁰¹L'avocat William Bourdon estime ainsi qu' *'il faut donc une institution pour que les gens puissent lancer l'alerte, dialoguer, être conseillés et, le cas échéant, même si on n'en est pas là, bénéficier d'une forme d'immunité* » [<http://www.maveritesur.com/william-bourdon/lanceurs-d-alerte-comment-agir-sans-se-mettre-en-danger/868>]

⁵⁰²GOURCUFF (M.), L'impact du tournant néolibéral sur les dispositifs de protection des droits et libertés. *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2014, no 5.

immédiate. Ainsi, la France comme les États-Unis ont adopté comme standard celui d'une « *bonne foi* » entendue comme croyance raisonnable en la véracité des faits dénoncés. Cette bonne foi est en France désormais présumée (A) et qui traduit aux États-unienne par le standard du « *reasonable man* » (B).

A) La bonne foi présumée du lanceur d'alerte en France

L'article 6ter du statut général des fonctionnaires prévoit qu' « *en cas de litige relatif à l'application des deux premiers alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.* ». La bonne foi du lanceur d'alerte est donc désormais, en France, présumée, les autres lois relatives au lancement d'alerte reprenant cette présomption de bonne foi. Or, comme nous l'avons déjà constaté, la « *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* ». Elle peut sans doute également correspondre aux « *motifs raisonnables* » auxquels fait référence , en matière de droit de retrait, l'article L. 4131-3 du code du travail⁵⁰³. Celui-ci est doublement conçu comme, d'une part, « *un motif raisonnable de se croire face à un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé* » puis, une fois l'alerte donnée et une inspection diligentée, comme « *un motif objectif de danger grave et imminent* »⁵⁰⁴. Cette « *bonne foi* » doit en outre s'articuler avec l'article 226-10 du Code Pénal, qui définit la dénonciation calomnieuse comme la « *dénonciation, effectuée par tout moyen (...) d'un fait (...) que l'on sait totalement ou partiellement inexact* »⁵⁰⁵, ce qui correspond donc à l'exact contraire de la « *bonne foi* » exigée pour prétendre à une protection. Mais, comme nous l'avons rappelé, le requérant peut échapper à des poursuites pénales sur le fondement de la dénonciation calomnieuse ou imputation diffamatoire en arguant de sa bonne foi. Ainsi, rappelle la Chambre de la Presse du TGI de Paris, « *si les imputations*

⁵⁰³ « Aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux. »

⁵⁰⁴ CHAUMETTE (P.), Art. Cité, « *Droit social* 2009 p. 489

⁵⁰⁵ Nous soulignons.

diffamatoires sont réputées faites dans l'intention de nuire » le prévenu peut cependant justifier de sa bonne foi en établissant « qu'il poursuivait, en diffusant les propos incriminés, un but légitime exclusif de toute animosité personnelle, qu'il a conservé dans l'expression une suffisante prudence et qu'il avait en sa possession des éléments lui permettant de s'exprimer comme il l'a fait »⁵⁰⁶. La cour EDH reprend le même type d'exigence en matière de lancement d'alerte, en considérant 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 »⁵⁰⁷. Ainsi, un lanceur d'alerte s'abstenant de tout propos et exprimant de manière (idéalement) explicite son souhait de poursuivre un but légitime (celui de faire respecter le droit) devrait sans aucun doute pouvoir, à l'avenir, être présumé de bonne foi.

B) Le standard Nord-Américain du « Reasonable man »

La bonne foi comme croyance objective et raisonnable de se trouver dans face à une situation illégale ou dangereuse es également prépondérant aux États-Unis, où les juges font appel au standard du « *reasonable man* » pour apprécier la bonne foi du lanceur d'alerte . Comme nous l'avons constaté précédemment s'agissant du WPA, il s'agit de faire appel à un hypothétique observateur extérieur, supposé « *raisonnable* », et d'examiner si celui-ci pourrait parvenir aux mêmes conclusions que le lanceur d'alerte s'agissant de la qualification de la situation dénoncée. Définissant ce que constitue une illégalité « *triviale* » au sens du WPA, les juges ont ainsi estimé que, si le lanceur d'alerte signale ce qu'une personne raisonnable considérerait comme une illégalité « [...] *manifestement mineure et commise par inadvertance par un agent public remplissant par ailleurs ses obligations de manière consciencieuse* », alors ce signalement « *ne saurait être protégé* »⁵⁰⁸. Dans le cadre de l'ERA, cette notion est entendue comme dépendant, de la même manière, du fait de savoir « *si la croyance [de se trouver dans une situation de danger] pourrait apparaître légitime aux yeux d'un homme raisonnable, en tenant compte du niveau d'expérience et de compétences du salarié* »⁵⁰⁹. Ce standard d'appréciation a au demeurant été exprimé de la manière la plus « *doctrinale* » par le circuit

⁵⁰⁶TGI Paris, 17e chambre, 17 mars 2006, Commune de Puteaux c. Christophe G.

⁵⁰⁷Ibid.

⁵⁰⁸Drake v. Agency for International Development, 543 F.3d 1377, 1381, Fed. Cir. (2008).

⁵⁰⁹Pennsyl v. Catalytic, Inc., 83-ERA-2 (Sec'y Jan. 13, 1984)

fédéral en 1999 dans une affaire qui concernait l'appréciation de la notion d' « *erreur grave de gestion* » au sens du WPA. Selon la Cour, la question à se poser pour apprécier la bonne foi du salarié est la suivante : « *Un homme raisonnable peut-il, au vu d'éléments de fait facilement accessibles et connus du salariés, conclure que l'action du gouvernement constitue une « erreur grave de gestion » ?*⁵¹⁰. C'est cette conception précise de la bonne foi que le WPEA a entendu codifier, comme l'indique l'historique législatif de cet acte⁵¹¹. Cette notion correspond de plus à la notion de « *preuve substantielle* » telle qu'interprétée par la Cour suprême Américaine, qui parle de preuve « *qu'un esprit raisonnable pourrait concevoir comme suffisante pour en parvenir à une conclusion unique* »⁵¹². A l'avenir, comme l'indique le rapport du comité des affaires intérieures du Sénat Américain⁵¹³, les juges du Circuit fédéral ne devraient exiger des lanceurs d'alerte qu' « *une croyance raisonnable que les informations divulguées prouvent l'existence d'un comportement prohibé* ». La bonne foi du lanceur d'alerte apparaît donc relativement aisée à établir.

Section 2 : L'administration de la preuve des mesures de rétorsion subies par le lanceur d'alerte.

Une fois établi la véracité des faits dénoncés, encore faut-il que le lanceur d'alerte apporte la preuve des mesures de rétorsion dont il aurait fait l'objet. Plus précisément, il s'agit alors pour celui-ci de prouver que ces mesures ont été prises , principalement, en considération de sa qualité de porteur d'alerte. Ce type d'administration de la preuve étant particulièrement difficile, a été adopté, en France (A) comme aux Etats-Unis (B), un standard de partage de la preuve bénéficiant à l'employé tirant la sonnette d'alarme.

A) Le choix français du mécanisme de partage de la preuve

Comme le souligne David Jacotot, « *il existe bien un lien entre la charge de la preuve et l'effectivité de la règle de droit* », car « *plus le juge rencontre le doute, et moins il applique la règle de droit sollicitée par une partie au litige. L'attribution de la charge de la preuve*

⁵¹⁰ Lachance v. White, 174 F.3d 1378, 1381 (Fed. Cir. 1999)

⁵¹¹ S.Rep. 112-155, p.9

⁵¹² Richardson v. Perales, 402 U.S. 389, 401 (1971).

⁵¹³ S.Rep. 112-155 , p.9

*influence donc l'application des règles au risque de les rendre ineffectives »⁵¹⁴. Les lois protectrices des lanceurs d'alerte prévoient toutes l'institution d'un partage de la charge de la preuve en cas de litige, puisque « dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime » il incombe désormais à l'administration ou à l'entreprise de « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Ce standard de la preuve est directement calqué sur les dispositifs suscités contre les agissements discriminatoires ou les faits de harcèlement. Ainsi, en cette matière, le juge administratif considère depuis l'arrêt d'assemblée *Perreux* du 30 octobre 2009⁵¹⁵, que « s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure [empreinte de discrimination] de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si la décision contestée devant lui a été ou non prise pour des motifs entachés de discrimination, se détermine au vu de ces échanges contradictoires ; qu'en cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile ». Une formulation du même type est en outre reprise, en matière de harcèlement moral, par la décision de section *Mme Montaut* du 11 juillet 2011⁵¹⁶.*

Cette solution de « *partage de la preuve* », directement inspirée de la jurisprudence européenne, est également la règle en droit du travail, la Cour de Cassation considérant de longue date que, lorsqu'une partie s'estime victime de discrimination, il lui appartient « *de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation, ou la*

⁵¹⁴JACOTOT(D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve » in *Au coeur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, sous la dir. E. Dockès, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p. 279

⁵¹⁵CE, Ass., 30 octobre 2009, req. ° 298348

⁵¹⁶Dans laquelle le Conseil d'État a jugé qu'« *il appartient à un agent public qui soutient avoir été victime d'agissements constitutifs de harcèlement moral, de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence d'un tel harcèlement ; qu'il incombe à l'administration de produire, en sens contraire, une argumentation de nature à démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à tout harcèlement ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si les agissements de harcèlement sont ou non établis, se détermine au vu de ces échanges contradictoires, qu'il peut compléter, en cas de doute, en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ».

différence de rémunération constatée, est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe »⁵¹⁷.

Ce partage de la preuve apparaît en outre conforme aux recommandations du conseil de l'Europe, qui souhaite que « *sous réserve que [le lanceur d'alerte] donne des motifs raisonnables de penser que l'acte préjudiciable constituait une forme de représailles à la suite de son signalement ou de sa révélation d'informations, il incombe à l'employeur d'établir que telle n'était pas la motivation de l'acte préjudiciable.* »⁵¹⁸. Bien que toute difficulté ne soit pas écartée, le standard apparaît donc relativement protecteur en ce que le lanceur d'alerte estimant avoir été licencié à la suite de l'alerte qu'il a lancée n'aura pas à prouver par lui seul que tel a été le motif réel de son licenciement, en dépit de ceux avancés par l'employeur. Cette reconfiguration du fardeau de la preuve apparaît donc fondamentale car elle fait peser l'essentiel de la charge de la preuve sur l'employeur qui, par hypothèse, dispose de plus de moyens pour faire valoir ses droits.

B) La prédominance du “contributing factor test” aux Etats-Unis

La majorité des lois relatives au whistleblowing aux Etats-Unis ont majoritairement adopté le standard du « *contributing factor* » s'agissant de l'établissement de la preuve du lien de causalité existant entre des mesures prises par l'employeur contre un employé, et le fait que cet employé lancé l'alerte. L'administration du travail⁵¹⁹ ainsi que de nombreux universitaires⁵²⁰ considèrent en effet celle-ci comme plus favorable aux employés que d'autres types de standard tels que celui du « *motivating factor* ». Sous l'empire du « *contributing factor* », un employeur ne peut avoir gain de cause en justice que s'il parvient à prouver qu'il aurait pris exactement la même décision à l'égard de l'employé s'il n'avait pas lancé l'alerte. A l'inverse, sous l'empire du « *motivating factor* » tel qu'il est interprété par la Cour suprême américaine⁵²¹, l'employeur n'aurait qu'à prouver que le fait que le salarié ait lancé l'alerte n'ait

⁵¹⁷Cass.Soc, 23 novembre 1999, *Bull.civ. n°447*

⁵¹⁸Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, *Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte*

⁵¹⁹V. Procedures for the Handling of Discrimination Complaints Under Section 806 of the Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002, Title VIII of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, 69 Fed. Reg. 52,107 (Août 2004)

⁵²⁰V. Notamment : MOBERLY (R.), « Unfulfilled expectations: An empirical analysis of why Sarbanes-Oxley whistleblowers rarely win » *William & Mary Law Review*, 2007, vol. 49, p. 65.

⁵²¹V. *Mt. Healthy City School District Board of Education v. Doyle*, 429 U.S. 274 (1977)

pas été « *l'un des facteurs déterminants* » parmi d'autres de la mesure prise à l'égard du salarié. La charge de la preuve est donc plus lourde pour l'employeur dans le cadre du « *contributing factor* » que dans le cadre du « *motivating factor* ». Certains des principaux statuts protecteurs ont donc adopté ce standard. Ainsi, la SOX, qui adopte sur ce point le schéma du « *Wendell H. Ford Aviation Investment and Reform Act for the 21st Century* » (dit « *AIR21* »)⁵²², exige-t-elle explicitement que le fait que le salarié ait lancé l'alerte soit un « *facteur contributif* » aux mesures prises par l'employeur à l'égard de son salarié⁵²³. Le circuit fédéral a interprété ce standard de manière strict, invalidant une décision de l'ARB ayant refusé de reconnaître un lien de causalité entre les mesures prises à l'égard de l'employé et le fait que celui-ci ait lancé l'alerte en raison du temps écoulé (20 mois) entre les deux faits. Dans cette décision, le circuit fédéral a rappelé que le seul élément d'appréciation de ce type de lien de causalité est l'existence d'un « *facteur contributif* » indépendamment de tout élément temporel⁵²⁴. En revanche, les insuffisances professionnelles du salarié constatées bien avant le lancement d'alerte sont suffisantes pour que le fait d'avoir lancé l'alerte ne soit pas considéré comme un facteur contributif aux mesures prises par l'employeur⁵²⁵.

Le standard du « *contributing factor* » constitue également la règle dans le secteur public, le WPA y faisant lui aussi explicitement référence⁵²⁶. Le circuit fédéral a, de manière curieuse, interprété la charge de la preuve instaurée par le WPA dans un sens plus proche du « *motivating factor* » que du « *contributing factor* », en exigeant que le fait de porter l'alerte soit « *l'un des facteurs qui, seul ou en lien avec d'autres, a pu influencer la décision prise par l'employeur*⁵²⁷ ». Le rapport du comité des affaires intérieures du Sénat Américain sur le WPEA a, à ce titre, souhaité que le circuit fédéral revienne à une interprétation plus proche de celle prévue initialement par le statut⁵²⁸. Le circuit fédéral a en outre estimé en 1993 que la simple proximité temporelle entre la mesure prise par l'employeur et le lancement d'alerte ne

⁵²²V. MOBERLY (R.), « Sarbanes-Oxley's Whistleblower Provisions: Ten Years Later. » *SCL Rev.*, 2012, vol. 64, p. 1.

⁵²³29 CFR. § 1980.104(b)(2)(C)

⁵²⁴*Lockheed Martin v. Adm. Review Bd.*, USDOL, No. 11-9524 (10th Cir. June 4, 2013)

⁵²⁵*Robinson v. U.S. Dep't of Labor*, No. 10-1587 (7th Cir. Dec. 27, 2010)

⁵²⁶5 U.S.C. § 1214(b)(4)(B)(i); 5 U.S.C. § 1221(e)(1).

⁵²⁷*Marano v. Department of Justice*, 2 F.3d 1137, 1140 (Fed. Cir. 1993)

⁵²⁸S.Rep. 112-155, p.15

suffit pas à présumer l'existence d'un facteur contributif⁵²⁹. Le Congrès a, en 1994, explicitement voté une loi pour revenir sur cette jurisprudence⁵³⁰, et la proximité temporelle entre les mesures de rétorsion subies par l'employé et le fait d'avoir lancé l'alerte constitue le principal élément d'appréciation dans le cadre du « *contributing factor* ». Dans ce cadre, le lanceur d'alerte peut démontrer qu'un « *délai raisonnable* » s'est écoulé entre le moment où la hiérarchie a pris connaissance du lancement d'alerte, et le moment où celle-ci a pris des mesures de rétorsion⁵³¹. Ce « *délai raisonnable* » n'est pas défini de manière claire, bien que le MPSB ait estimé de manière régulière qu'un délai de un an entre le lancement d'alerte et la mesure de rétorsion pouvait être considéré comme suffisamment court pour qu'un lien de causalité soit établi⁵³². D'autres facteurs que la proximité temporelle peuvent en outre être pris en compte, et les juges apprécient notamment « *la force ou la faiblesse des raisons invoquées par l'agence, le fait que le lancement d'alerte ait ou non visé la hiérarchie de l'entreprise, et si cette hiérarchie a pu sembler exprimer le désir de sanctionner l'employé* »⁵³³. Dans ce cadre, les cours examinent fréquemment si l'employeur présente ou non une « *preuve claire et convaincante* » qu'il n'a pas fait usage de ses pouvoirs en considération de la qualité de lanceur d'alerte du salarié. Cette « *preuve claire et convaincante* » est conçue par la jurisprudence comme une preuve qui « *produit dans l'esprit du juge des faits une croyance ferme en la véracité des allégations* » de l'employeur⁵³⁴ ; il s'agit, aux yeux des juges, d'un standard plus exigeant que celui du simple caractère « *prépondérant* » d'une preuve⁵³⁵. Le standard du « *contributing factor* » semble donc, de prime abord, exiger un effort élevé de l'employeur en matière d'administration de la preuve, ce qui apparaît particulièrement protecteur des employés lanceurs d'alerte.

⁵²⁹Clark v. Department of the Army, 997 F.2d 1466 (Fed. Cir. 1993)

⁵³⁰Public Law No. 103-424,

⁵³¹Reid v. Merit Systems Protection Board, 508 F.3d 674, 678-79 (Fed. Cir. 2007)

⁵³²Inman v. Department of Veterans Affairs 112 M.S.P.R. 280, ¶ 12 (2009) pour un délai de 15 mois ; Redschlag v. Department of the Army, 89 M.S.P.R. 589, ¶ 87 (2001) pour un délai de 18 mois.

⁵³³Powers v. Department of the Navy, 69 M.S.P.R. 150, 156 (1995)

⁵³⁴Horton v. Department of the Navy, 66 F.3d 279, 284 (Fed. Cir. 1995).

⁵³⁵Idem

*
* *

Conclusion de la seconde partie

Ainsi, un examen attentif des protections accordées aux employés auxquels les pouvoirs publics ont entendu conférer le statut de « *lanceur d'alerte* » ou « *whistleblower* » laisse à voir, tout à la fois, des points communs et d'importantes divergences d'approche du phénomène. Divergents, les deux systèmes juridique le sont indéniablement dans leur conception des modes de protection des lanceurs d'alerte : la préoccupation de protéger ceux-ci a été bien plus précoce aux Etats-Unis, qui disposent de ce fait non seulement d'une

législation complète mais également d'une véritable politique publique en matière de protection des « *whistleblowers* ». En France, l'émergence d'un statut protecteur, qui n'est de surcroît pas complet, a été plus récente et a suscité des réactions contrastées ; à ce jour, l'Hexagone ne dispose toujours pas d'une politique publique cohérente en la matière. A cet égard, malgré la relative ineffectivité des lois portant sur la protection des lanceurs d'alerte aux Etats-Unis, l'expérience Nord-Américaine en matière de protection des porteurs d'alerte est sans doute riche d'enseignements pour le juriste Français, ne serait-ce que parce qu'elle ouvre -du fait précisément de son ancienneté- un champ presque infini d'études empiriques. Mais, malgré ces divergences, l'étude que nous venons de mener a mis en évidence deux traits distinctifs communs aux systèmes étudiés. Le premier trait tient à un paradoxe entre une prise de parole valorisée au niveau socio-politique, et une législation protectrice inadéquate, voire ineffective. Surtout, et en second lieu, l'étude des mécanismes de protection accordés à ceux qui méritent le qualificatif de « lanceur d'alerte » laisse à voir des obstacles persistants à la réalisation effective d'une protection que les pouvoirs publics appellent pourtant de leurs vœux. Il apparaît en effet que la correspondance entre le citoyen d'une part -supposé libre de ses choix- étudié en partie I et valorisé par les pouvoirs publics et le travailleur subordonné d'autre part n'est qu'imparfaite. Ainsi, de la valorisation d'une certaine figure du lanceur d'alerte au plan socio-politique à la mise en œuvre d'une protection effective au plan juridique, le chemin semble long et parsemé d'embûches. Nous venons en effet de constater que le respect et la mise en œuvre du droit à la liberté d'expression du lanceur d'alerte se heurtait directement aux libertés des opérateurs économiques ainsi qu'à la rigueur du principe hiérarchique et à l'intérêt des administrations à maintenir le secret sur certaines de leurs activités. Et, quand bien même le lanceur d'alerte parviendrait à faire usage de sa liberté d'expression, il se trouverait pas pour autant à l'abri d'éventuelles représailles. En effet, le régime juridique du droit fondamental à la liberté d'expression semble bien plus concrétisé que ne l'est le « *droit à* » être protégé contre des mesures de représailles, notamment parce que la liberté d'expression peut venir à l'appui de libertés économiques⁵³⁶. En témoigne le succès relatif des canaux « *internes* » de dénonciation⁵³⁷ qui, lorsqu'ils sont mis en place par

⁵³⁶ Jean-Sébastien Boda souligne ainsi l'ambivalence du droit à la liberté d'expression qui peut, tout à la fois , justifier des limitations aux libertés économiques et entretenir avec celles-ci une relation de complémentarité.

Voir BODA (J-S), « Entre libertés économiques et droits de l'Homme : l'ambivalence de la liberté d'expression », in *Libertés économiques et Droits de l'Homme*, D. Lochak et V. Champeil-Desplats (dir.), Presses Universitaires de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2011

⁵³⁷ Des membres de la doctrine Nord-Américaine ont en effet très tôt souligné le caractère opérationnel de ce type de « canaux » d'alerte, qui peuvent correspondre à un intérêt de l'entreprise et être un « outil de gouvernance. Des études empiriques plus récentes confirment d'ailleurs le succès de ces mécanismes internes de lancement

les entreprises dans le cadre de politiques de « *compliance* », correspondent directement à un intérêt stratégique de l'entreprise, notamment celui du contrôle sur les salariés⁵³⁸. Dans le cas contraire, lorsque l'acte d'accusation du lanceur d'alerte met directement en cause l'organisation à laquelle il appartient au nom d'un intérêt public primant sur l'intérêt de l'organisation (ce qui correspond peu ou prou aux hypothèses de lancement d'alerte « externe »), ce sont alors une palette de droits sociaux visant à limiter le pouvoir du fort sur le faible qui ont vocation à être mis en œuvre. Or, la faiblesse de la concrétisation de ceux-ci, particulièrement aux États-Unis⁵³⁹ -et plus généralement la « force argumentative » des libertés économiques⁵⁴⁰ - rend cet usage difficile. Dans toutes les hypothèses considérées, le *whistleblowing* ou lancement d'alerte apparaît alors comme une activité très strictement encadrée par un processus long et souvent opaque.

D'où une relative ineffectivité des protections : placés dans une insécurité juridique permanente et se trouvant dans l'incapacité de monter des dossiers suffisamment complets là où leurs organisations bénéficient généralement d'excellents conseils juridiques, les lanceurs d'alerte préfèrent bien souvent se taire. Et, lorsqu'ils prennent malgré tout la parole, c'est alors bien souvent au prix de leurs « biens terrestres » ; plus prosaïquement, de leur emploi et de leur salaire. Est-ce à dire que malgré les appels vibrants transformer le lieu de travail en « entreprise citoyenne »⁵⁴¹, la citoyenneté et ses bénéfices supposés s'arrêterait aux portes de

d'alerte Voir DWORKIN (T.) CALLAHAN (E.) Internal Whistleblowing: Protecting the Interests of the Employee, the Organization, and Society. *American Business Law Journal*, 1991, vol. 29, no 2, p. 267-308. ; MOBERLY (R.) et WYLIE (L.) « An empirical study of whistleblower policies in United States corporate codes of ethics. », in LEWIS (D.) , VANDEKERKHOVE (W.) , *Whistleblowing and democratic values*, 2011, p. 27-55. Voir également, en langue Française « Whistleblowing : quel système d'alerte pour les entreprises françaises ? », in *Les Cahiers de l'éthique* mars 2005, no 2, p. 14 ;

⁵³⁸ Prenant précisément l'exemple de certaines politiques relatives à l'alerte éthique dans les entreprises Françaises, Isabelle Meyrat y voit un moyen de normalisation et de modélisation des comportements dans le but d'y maintenir une forme de « douce » discipline. MEYRAT, (I.) La référence à l'éthique dans le champ des relations de travail: nouveau facteur d'assujettissement des salariés. *E. Dockès Au cœur des combats juridiques: pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 194-206. V. également SUPLOT (A.), « Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises », art. cit., p. 546.

⁵³⁹ Manon Altwegg-Boussac, Marina Eudes et Céline Fercot parlent à cet égard de « cause perdue » s'agissant de la défense doctrinale des « droits sociaux » aux États-Unis, notamment en raison de l'absence de texte constitutionnel fédéral garantissant des obligations positives de mettre en œuvre les droits « sociaux ». ALTWEGG-BOUSSAC (M.), EUDES (M.), FERCOT (C.). Section 4. La justiciabilité des droits sociaux aux États-Unis. *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2012, no 1, p. 176-193.

⁵⁴⁰ Antoine Lyon-Caen souligne avec justesse, s'agissant de la liberté d'entreprendre et de sa « force argumentative », que « dans une économie mondiale au sein de laquelle les États connaissent une érosion de leurs pouvoirs normatifs, on saisit [...] l'importance que revêt la pesée du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre dans leur conciliation avec les droits qui fondent l'Etat social » LYON-CAEN (A) La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprise. *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2014, no 5.

⁵⁴¹ Voir, par ex, WAQUET (P.). *L'entreprise et les libertés du salarié*. Wolters Kluwer France, 2003. ; MATTEN (D.), CRANE (A.). Corporate citizenship: Toward an extended theoretical conceptualization. *Academy of Management*

celui-ci ? Sans doute est-ce une conclusion partiellement exacte mais quelque peu hâtive. En effet l'expérience des « *combats juridiques* » menés en droit du travail⁵⁴² témoigne du fait qu'il n'existe pas de fatalité en matière de garantie des droits, et que les acteurs de la société civile peuvent sans aucun doute contribuer à faire mettre en place une législation protégeant de manière effective les lanceurs d'alerte. L'un des enjeux de l'effectivité du droit protecteur des lanceurs d'alerte est alors sans doute celui de la simplification de celui-ci, qui s'apparente fort, dans son état actuel, à un « stroboscope législatif »⁵⁴³. Mais ne faudrait-il pas alors, pour employer une terminologie rigoureuse, parler d'efficacité de celui-ci, et d'étudier par la suite en quoi les modalités d'énonciation de la norme peuvent contribuer à cette même efficacité⁵⁴⁴ ?

CONCLUSION GENERALE

Au terme de cette étude comparée de la notion de « *lanceur d'alerte* », plusieurs traits caractéristiques de celle-ci et de son régime ont pu être mis en évidence. Le premier tient à une incertitude persistante, en France comme aux Etats-Unis, sur la définition de ce qu'est ou devrait être considéré comme un lanceur d'alerte ou *whistleblower* : il n'existe en effet dans aucun des deux systèmes juridiques, de définition globale de la notion. Pris en compte par le droit, le « *diseur de vérité* » que nous mentionnions en introduction perd de sa substance révolutionnaire, et apparaît à la fois comme un acteur de la transparence démocratique, mais également et surtout, paradoxalement (et même, « malgré lui »), comme un gardien du secret :

review, 2005, vol. 30, no 1, p. 166-17

⁵⁴² . Voir les contributions à l'ouvrage suivant : DOCKES (E.), *Au cœur des combats juridiques: pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 194-206.

⁵⁴³ Cette notion, introduite par Emmanuel Dockès, pourrait servir de facteur explicatif à l'« incohérence » constatée du droit applicable aux « lanceurs d'alerte » en France et aux Etats-Unis. Le recours à une technique législative progressive, empilant les petites réformes les unes sur les autres permettrait ainsi d'entretenir l'illusion d'une action efficace, tandis que la complexité ainsi générée aurait pour avantage de masquer de réelles régressions sociales ou, à tout le moins, le maintien du statut quo. V, sur cette problématique : DOCKES (E.). Perte du sens et effritement du droit du travail. *Projet*, 2008, no 1, p. 21-28 ; « Le stroboscope législatif », *Dr. soc.* 2005, pp. 35-38.

⁵⁴⁴ Comme le soulignent Véronique Champeil-Desplats et Eric Millard, le concept d'effectivité du texte renverrait « à la mise en action de l'énoncé normatif par les autorités d'application (et au-delà au critère d'identification d'une norme comme existant) », tandis que l'efficacité « désigne la relation entre l'intention ou l'objectif supposé recherché par les auteurs de l'énoncé initial et le résultat obtenu ». Dans ce cadre, « la formulation de l'énoncé juridique s'impose sans doute comme une contribution nécessaire à son efficacité, mais assurément pas comme une condition suffisante. ». Les modalités de formulation de l'énoncé juridique -qui peut être pensée de manière systémique ou/et en se focalisant sur la formulation du seul énoncé normatif- présente alors un intérêt pour l'étude de l'effectivité d'une législation. Voir CHAMPEIL-DESPLATS (V.) MILLARD (E.) et al. Efficacité et énoncé de la norme, in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, 2013, p. 63-73.

seules les vérités considérées comme communicables par les pouvoirs publics peuvent être portées à la connaissance du public. Dans les autres cas, les mécanismes institués visent soit à interdire de faire circuler certaines informations, soit à encadrer celle-ci de sorte qu'elle circule de manière bien contrôlée dans le cadre des mécanismes traditionnels de régulation et de contrôle démocratique. D'une certaine manière, la variante « légale » du *whistleblowing* constituerait une manière de sécuriser l'information en évitant sa dissémination.

L'étude des protections dont bénéficient les lanceurs d'alerte démontre toutefois que cette promotion d'un nouveau mode de gouvernance s'est heurtée à de nombreuses contraintes rendant son efficacité hautement problématique. Les facteurs explicatifs de cette inefficacité sont multiples et principalement d'ordre extra-juridique : ceux-ci sont culturels⁵⁴⁵, mais surtout socio-économiques⁵⁴⁶. Mais il existe également un facteur proprement juridique, tenant à l'énoncé de la norme au sens large : celui du caractère éclaté et contradictoire du droit en la matière. Sans doute est-il possible de contribuer à l'efficacité de la norme en simplifiant celle-ci, en associant les acteurs de la société civile à son élaboration⁵⁴⁷ et en mettant en place une communication efficace⁵⁴⁸ pour que celle-ci soit mieux connue et donc, utilisée. Certains membres de la doctrine se sont d'ailleurs essayé à l'exercice très prescriptif de définir ce que pourrait être une « *bonne législation* », dont le plus notable est à notre sens celui mené par Paul Stephenson⁵⁴⁹. L'on retrouve le même type de suggestions dans les recommandations de

⁵⁴⁵ Voir, sur ce sujet : SIMONS (M.). *Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement. Vanderbilt Law Review*, 2003, vol. 56.

⁵⁴⁶ Comme le souligne Noberto Bobbio, « pour la réalisation des droits de l'homme, certaines conditions objectives sont nécessaires ; celles-ci ne dépendent ni de la bonne volonté de ceux qui les ont proclamés, ni des bonnes dispositions de ceux qui détiennent les moyens pour les protéger. [...] Il ne suffit pas de fonder ni de proclamer un [...] droit. Le problème de sa mise en œuvre n'est un problème ni philosophique, ni moral. Mais ce n'est pas non plus un problème juridique. C'est un problème dont la solution dépend d'un certain développement de la société et, en tant que tel, il défie la constitution la plus progressiste et déstabilise le plus parfait mécanisme de garantie juridique ». Bobbio (N.) *L'Età dei diritti*, op. cit., p. 42. Cité dans CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Effectivité et droits de l'homme: approche théorique.*, LOCHAK (D.) (dir.) *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*. Presses Univ. de Paris, 2008, p.16

⁵⁴⁷ Dit processus de « procéduralisation » de la norme. Sur ce concept, voir : LENOBLE (J.), *Droit et communication*, Paris, Édition du Cerf, 1994 ; LYON-CAEN (A.), « Droit du travail et procéduralisation », in *L'Avenir de la concertation sociale en Europe*, t. II, Public. du Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, mars 1995

⁵⁴⁸ Les rapports officiels, aux Etats-Unis, ont souligné que l'ineffectivité des protections accordées aux lanceurs d'alerte provenait souvent d'un manque d'information sur ces celles-ci. Voir US Merit System Protection Board *Whistleblowing in the Federal Government: an update.*, 1993 Pour une présentation, en langue française, du lien entre communication et efficacité de la norme, voir KOUBI (G.), « La communication administrative de la norme » In *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, 2013.

⁵⁴⁹ Prenant pour exemple le succès de l'expérience Anglaise en la matière, celui estime ainsi qu'une législation efficace en la matière devrait procéder d'une consultation la plus large possible des acteurs de la société civile, instituer un organisme indépendant pour protéger et traiter les alertes et créer une législation à la fois compréhensible et « complète », couvrant toutes les hypothèses de dénonciation et protégeant tous les canaux de signalement. STEPHENSON (P.), [« What makes a good whistleblowing law ? »](#)

Transparency International⁵⁵⁰, et dans le rapport (rédigé par le même auteur) du Conseil de l'Europe⁵⁵¹, qui a servi de base de travail à une récente recommandation du même organe faisant la synthèse des « *bonnes pratiques* » pour mettre en place une législation efficace⁵⁵². Les standards internationaux offrent donc, potentiellement, des pistes intéressantes en la matière.

Au-delà, le sort des lanceurs d'alerte semble, de facto, irréductiblement lié à l'évolution d'un certain nombre de Droits de l'Homme (Liberté d'expression, droits « sociaux ») qui peuvent être mobilisés en leur faveur. Et, a cet égard, le développement et même -en France- la « *fondamentalisation* » des libertés économiques⁵⁵³, ainsi que la tendance à criminaliser les variantes les plus radicales du lancement d'alerte⁵⁵⁴, n'incitent pas à être optimiste quand aux issues futures de cette conciliation. Mais peut-on conclure l'étude sur ce constat pessimiste ? Celle-ci ne serait en effet qu'incomplète si elle se contentait de dresser, en guise de conclusion, le constat d'une impuissance des sociétés démo-libérales à protéger pleinement les lanceurs d'alerte. En effet, l'étude que nous venons de mener ne s'est focalisée que sur le phénomène dans sa nature, ses usages et ses manifestations dans le droit positif, et non dans ses causes et effets.

Or, si l'on fait le choix d'étudier le *whistleblowing* non pas dans ses manifestations juridiques, mais sous l'angle de ses effets sociaux et politiques, l'on peut -timidement- tenter une synthèse. Dans ce cadre en effet, les tensions à l'œuvre dans le phénomène apparaissent particulièrement productives, en ce qu'elles testent en permanence les limites des Droits de l'Homme, interrogent la capacité de nos systèmes politiques à se réformer, incitent à

⁵⁵⁰ OSTERHAUS (A.), " *Recommended draft principles for whistleblowing legislation*." Transparency International, novembre 2009

⁵⁵¹ STEPHENSON (P.), LEVI (M.), « [La protection des donneurs d'alerte](#) », *Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012.

⁵⁵² Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, 30 avril 2014, [Recommandation CM/Rec\(2014\)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte](#)

⁵⁵³ Pour une étude du phénomène, voir : CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « *Libertés économiques et droits de l'homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux* », RDT, 2007, no1, p. 19

⁵⁵⁴ En témoigne de manière éloquent le récent projet de loi déposé par le Ministre de la Justice Australien, tendant à punir de peines de dix ans de prison les lanceurs d'alerte -mais aussi les journalistes- lorsque leurs révélations touchent à la « sécurité nationale ». Voir : Le Monde, 18 juillet 2004 « En Australie, bientôt des peines de prison pour les « lanceurs d'alerte ».

« *parfaire le système des droits de l'homme, de l'étendre, de le pousser au terme* »⁵⁵⁵. Dans ses effets, le lancement d'alerte peut en effet contribuer à améliorer l'effectivité des droits de l'homme et à maintenir leur vitalité en interrogeant de manière permanente leur contenu et champ d'application. Dans une démocratie, le lanceur d'alerte apparaîtrait comme un « *contre-pouvoir non institutionnel* »⁵⁵⁶ susceptible à ce titre de contribuer à la garantie des droits : la philosophie politique nous apprend que le mensonge (qui peut masquer des violations des droits humains) est toujours moins puissant que la vérité brute⁵⁵⁷.

Dans ce cadre, les lanceurs d'alerte « *légaux* », ceux qui font usage des voies de recours qui leur sont ouvertes pour refuser de maintenir le silence exercerait ainsi une forme processualisée de « *l'esprit révolutionnaire* » inhérent aux droits de l'homme. Leur action, bien que formellement légitime - mais peu efficacement protégée - tend également à tester les limites des droits de l'homme dans leur réalisation effective. Comme le souligne le philosophe Abraham Mansbach, le lanceur d'alerte crée une « *tension productive* »⁵⁵⁸ entre sphère privée et sphère socio-politique en rendant public des faits ou comportements contraires aux valeurs supposées portées par la démocratie. En désobéissant au niveau individuel à une organisation - à laquelle il est supposé rester loyal - au nom d'intérêts et valeurs qui dépassent celles-ci celui-ci réalise un acte citoyen en démontrant que la citoyenneté ne se réduit pas simplement à l'exercice de la participation politique, et que celle-ci peut également dépasser la distinction entre sphère privée et sphère publique. Les Droits de l'Homme, qui présentent la caractéristique d'être à la fois fondement du pouvoir au plan politique⁵⁵⁹ et revendication subjective au plan individuel, offrent un terreau fertile à l'exercice de ce type de citoyenneté. Surtout, en révélant des faits potentiellement contraires aux droits de l'homme, le lanceur d'alerte pose un défi aux institutions démocratiques : en mettant à jour l'ineffectivité potentielle des droits de l'homme dans la sphère privée et en enjoignant les pouvoirs publics à prendre des mesures pour réduire cet écart, ceux-ci incitent en permanence à pousser ceux-ci au terme de leur réalisations. Acte salubre en ce que c'est en la matière

⁵⁵⁵ DESMONS (E.), « Propos introductifs : la politique des droits de l'homme et le "révolutionnarisme" », *La Revue des droits de l'homme* 1^{er} juin 2014.

⁵⁵⁶ RICHARD (K.), « Un contrepoids parmi les contre-pouvoirs : la figure de l'anonyme », Communication pour le IX^e congrès de l'AFDC

⁵⁵⁷ ARENDT (H.), Op. cit, 1972, p 26.

⁵⁵⁸ MANSBACH (A.), Art. Cité, 2011

⁵⁵⁹ KERVEGAN (J-F), « Souveraineté, Etat de droit, supra-nationalité : un rapport contradictoire ? », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 539-553.

que « l'écart entre l'existence de la norme et l'effectivité de son application est le plus grand »⁵⁶⁰, en particulier face aux entreprises privées.

Les *whistleblowers* qui pratiquent la variante la plus radicale de cette forme de contestation tendent, eux-aussi, à tester les « limites » des droits de l'homme et de la démocratie, mais de manière plus abrupte. Ce type de pratique, intervenant, comme la désobéissance civile, lorsque les citoyens « ont acquis la conviction de l'évolution ne fonctionnent plus ou que leurs réclamations ne seront pas entendues ou suivies d'effets »⁵⁶¹ vient tester l'aptitude du système politique et des droits de l'homme à s'adapter aux changements : dans une perspective dite de « démocratie délibérative », il s'agit alors d'un « test-limite » pour l'état constitutionnel⁵⁶². L'on pourrait alors être tenté de voir d'inscrire l'émergence du phénomène des lanceurs d'alerte la réalisation plus large d'un « droit à la désobéissance ». Mais, dans une période de transformations rapides, il est alors inévitable que le droit apparaisse comme « une force de contrainte, donc une influence négative dans un monde qui admire avant tout l'action positive »⁵⁶³, et il semble illusoire de vouloir tenter une conceptualisation juridique d'un « droit à la désobéissance ». Ce serait un truisme que de rappeler que le droit, dans sa structure « ne saurait justifier la violation de la loi »⁵⁶⁴, et tenter de découvrir dans le droit positif un éventuel droit de résistance conduirait à se placer en ceux « d'une épistémologie où une connaissance vraie des normes est censée faire autorité, indépendamment d'une interprétation authentique »⁵⁶⁵.

Dans ce cadre, si un éventuel « droit à la désobéissance » en venait à se concrétiser, cette concrétisation n'interviendrait sans doute pas dans la sphère du droit positif, mais plutôt par une reconnaissance institutionnelle et, surtout, dans le cadre des « usages sociaux » du droit. Sur le plan institutionnel, un premier pas pourrait être franchi en reconnaissant aux désobéissants « la même forme de reconnaissance que celle qui est accordée à de nombreux

⁵⁶⁰ BOBBIO (N.), *L'Età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997, p. 66.

⁵⁶¹ ARENDT (H.), Op. cit, 1972, p 46.

⁵⁶² HABERMAS (J.), « Civil disobedience: litmus test for the democratic constitutional state ». *Berkeley Journal of Sociology*, 1985, p. 95-116.

⁵⁶³ LEVI (E.), "The crisis in the nature of law", in *The Record of the Association of the Bar of the City of New-York*

⁵⁶⁴ COHEN, Marshall. Civil Disobedience in a Constitutional Democracy. *The Massachusetts Review*, 1969, p. 211-226

⁵⁶⁵ DESMONS, Éric. *Droit et devoir de résistance en droit interne: contribution à une théorie du droit positif*. 1994. Thèse de doctorat. Paris 2.

*intérêts particuliers et à les traiter [...] de la même façon que les groupes de pression qui ont le droit d'influencer et d'apporter leur aide [aux pouvoirs publics] en utilisant le poids de leur opinion et le nombre de leurs adhérents »*⁵⁶⁶. Encore faudrait-il que les « lanceurs d'alerte » et les différents types de citoyens désobéissants se structurent en cause collective et qu'une jonction s'opère avec des revendications plus larges, fondées sur la volonté d'étendre et pousser à son terme le système des droits de l'homme. Une éventuelle concrétisation d'un « droit de désobéir » implique donc une multitude de choix appartenant au domaine du politique. Sans doute faut-il alors, en guise de conclusion, rappeler que, ici comme ailleurs, *« l'histoire des droits de l'homme n'est ni l'histoire d'une marche triomphale, ni l'histoire d'une cause perdue d'avance : elle est l'histoire d'un combat »*.⁵⁶⁷

BIBLIOGRAPHIE

I.Traités et manuels

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) , GAUDIN (H.), MARGUÉNAUD (J.P), RIALS (S.), SUDRE (F.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, Quadrige, 2008, 864 pp.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) , GONZALEZ (G.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.) , SUDRE (F.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 6^e éd., Paris, PUF, coll. Thémis, 2011, 902 pp.

CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, tome 2 , 15e édition, Paris, Montchrestien, 2001, 1440 pp.

⁵⁶⁶ ARENDT (H.), 1972, p.102

⁵⁶⁷ LOCHAK (D.), [Les droits de l'homme](#), La Découverte, 2011

BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (B.), LONG (M.), WEIL (P), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19^e ed., Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 2013, 1033 pp.

DOCKES (E.), JEAMMAUD (A), LYON-CAEN (A.), PELISSIER (J.), *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e ed, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts 2008, 970 pp.

GUINCHARD (S.), BUISSON (J.), *Procédure pénale*, 3^e ed. , Paris, Ed. Litec, Coll. Manuels, 2005, 1098 pp.

HENNETTE-VAUCHEZ (S.), ROMAN (D.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 1^e ed., Paris, Dalloz-Sirey, Coll. Hypercours, 2013, 739 pp.

LOCHAK (D.), *Les droits de l'homme*, 3^e ed, Paris, La découverte, Coll. Repères, 2009, 127 pp.

PACTEAU (B.), *Traité du contentieux administratif*, 1^e ed., Paris, PUF, Droit fondamental, 2008, 648 pp.

PESKINE (E.), WOLMARK (C.), *Droit du travail*, 7e ed., Paris, Dalloz, 2013, 688 pp.

SUDRE (F)., *Droit international et européen des droits de l'homme*, 11^e ed., Paris, PUF, Droit fondamental, 2012, 944 pp.

ZOLLER, Elisabeth. *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 2000, 1328 p.

II- Ouvrages et monographies

A. Droit américain

1. Le Whistleblowing aux Etats-Unis

ALFORD (F.), *Whistleblowers: Broken lives and organizational power*, Ithaca, Cornell University Press, 2002, 192 pp.

DEVINE (T.) , MAASSARANI (T.), *The Corporate Whistleblower's Survival Guide: A Handbook for Committing the Truth*, San-Francisco, Berrett-Koehler Publishers, 2011, 288 pp.

GLAZER (M.), GLAZER (P.), *The whistleblowers: Exposing corruption in government and industry*, New-York, Basic Books, 1989, 286 pp.

KOHN (S.). *The Whistleblower's Handbook: A Step-by-step Guide to Doing What's Right and Protecting Yourself*, Guilford, Globe Pequot Press, 2011, pp. 332

LAMPERT (N.), *Whistleblowing in the Soviet Union: A Study of Complaints and Abuses Under State Socialism*. Schocken Books, 1985.

NADER (R.) , PETKAS (P.), BLACKWELL (K.), *Whistle Blowing. The report of the Conference on professional Responsibility*, New-York, Grossman, 1972, 126 pp.

RUCH (J.), « The art of anonymous activism: serving the public while surviving public service », *Government Accountability Project (GAP) Project on Government Oversight (POGO), Public Employees for Environmental Responsibility (PEER)*, 2002

VAUGHN, Robert G. *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2012, 368 pp.

VINTEN, (G.)(ed.). “*Whistleblowing: subversion or corporate citizenship?*”, *St. Martin's Press*, 1994

B) Droit Francais

BOURDON (W.), *Petit manuel de désobéissance citoyenne*, Paris, JC Lattès, 2014, 240 pp.

BOY (L) RACINE (J-B) SIIRIAINEN (F.), *Droit économique et droits de l'homme*, Bruxelles Larcier, 2009, 637 pp.

CHATEAURAYNAUD (F.) , TORNY (D.) , *Les Sombres précurseurs : Une Sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Paris, Éditions de l'EHESS, 1999, 278 pp.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2008, 266 pp.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), LOCHAK (D.) (dir.), *Libertés économiques et droits de l'homme*, Nanterre, Presses Universitaires de Paris Ouest Nanterre la Défense, 2011, 295 pp.

CICOLELLA (A.) , BROWAEYS (D.) , *Alertes Santé*, Paris, Fayard, 2005, 218 pp.

HAROCHE (C.) (dir.), *Le for intérieur*, Cahiers du C.U.R.A.P.P, Paris, P.U.F., 1995, 415 pp.

HARTMANN (F.) *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Paris, Don Quichotte, 2014, 234 pp.

KERVEGAN (J-F), « Souveraineté, Etat de droit, supra-nationalité : un rapport contradictoire ? », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 539-553.

KONDYLIS (V.), *Le principe de neutralité dans la fonction publique*, Paris, LGDJ, 1994, 256 pp.

LOCHAK (D.) (dir), *Les usages sociaux du droit*, Cahiers du C.U.R.A.P.P, Paris, P.U.F., 1989, 335 pp.

NOIVILLE (C.). *Du bon gouvernement des risques: le droit et la question du" risque acceptable*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, 278 pp.

VIGOUROUX (C.), *Déontologie des fonctions publiques*, Paris, Dalloz, 2006, 439 pp.

C) Ouvrages de philosophie et de théorie du droit

ARENDT (H.), *Du mensonge à la violence*, Paris, Presses Pocket, 1991, 265 pp.

FOUCAULT (M.) , *Fearless speech*. Semiotexte(s), 2001

FOUCAULT (M.), *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II, Cours au collège de France 1984*, Paris, Gallimard Seuil, 2009, 342 pp.

HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et norme*, Paris, Gallimard, 1997, 342 pp.

HIEZ (D.), VILLALBA (D.) (dir.), *La désobéissance civile : Approches politique et juridique*, Villeneuve d'Ascq, Presses universitaires du Septentrion, coll. « Espaces politiques », 2008, 198 p.

THOREAU (H.D), *La Désobéissance civile*, Paris, Mille et une nuits, 1997, 63 p

III- Thèses

AUVRET (P.) , *La liberté d'expression du journaliste et le respect dû aux personnes*, Thèse, Paris II, 1982.

BEFRE (P.), *La liberté d'expression du salarié*, Thèse, Aix-Marseille, 2010.

BOURDONCLE (R.), *Fonction publique et liberté d'opinion en droit positif français*, LGDJ,

1957.

DESMONS (E.), *Droit et devoir de résistance en droit interne*, LGDJ, 1999.

DUPISSON-GUINEHEUF (M.), *Le droit d'alerter. Contribution à l'étude de la protection de l'intégrité physique des personnes*. Thèse, Nantes, 2013.

LETTERON (R.), *L'administré et le droit à l'information*, thèse microfichée Paris X, 1987.

MARY (S.), *Révélation du secret médical et justifications*, Thèse, Nantes, 2003.

MAUREL (A.), *Les chercheurs saisis par la norme. Contribution à l'étude des droits et devoirs des chercheurs*, Thèse, Toulouse, 2012.

.

IV Articles et extraits d'ouvrages

A) En langue Française

ADAM, (P.), « Le retour des sycophantes? (à propos du whistleblowing). » *Droit ouvrier*, 2006, no 695, p. 281-296.

APETROAIE (C.) , « Forum annuel 2011 sur la lutte contre la corruption et la fraude dans

AUROY (N.), « La protection du dénonciateur dans l'alerte professionnelle », in *La dénonciation en droit privé*, Economica, p.127

BELORGEY (J-M), « L'État entre transparence et secret », *Pouvoirs* 2/ 2001 (n° 97), p. 25-32

BENAICHE (L.), « La protection du lanceur d'alerte », *RLCT*, n° 98, février 2014, p. 64.

BILLARD (A.), DURANTON (M.), FOEGLE (J.-P.), MARTIN-TEODORCZYK (T.), « Le ‘milieu du gué’ de la protection législative des lanceurs d’alerte », *Actualités Droits-Libertés*, 20 mai 2014

BOUTON (J.), « Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français », *RDT* 2014, p.471

BOUTON (J.), « La protection du salarié donneur d'alerte en matière de corruption », *RDT* 2008, p.182

CARCASSONNE (G.), « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001, no 2, p. 17-23.

CHALOND (G.), « L’article 40 du code de procédure pénale à l’épreuve du statut général de la fonction publique », *AJFP*, 2004, p. 27.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) « Libertés économiques et droits de l'Homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », *Revue de droit du travail*, 2007, n° 1, p. 19

CHAMPEIL-DESPLATS (V.) MILLARD (E.) *et al.* Efficacité et énoncé de la norme, in *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, 2013, p. 63-73.

CHATEAURAYNAUD (F.) TORNAY (D.) *al.* , « Mobiliser autour d'un risque. Des lanceurs aux porteurs d'alerte ». *Risques et crises alimentaires*, 2005, p. 329-339.

CHATEAURAYNAUD (F.) "Les lanceurs d’alerte et la loi. Comment la protection des lanceurs d’alerte et des alertes peut modifier les processus d’expertise" , *Experts*, Avril 2009, n°83, pp. 44-47.

CHATEAURAYNAUD (F.), "Les lanceurs d’alerte dans l’espace politique. Réflexions sur la trajectoire d’une cause collective. *Texte pour la journée «Lanceurs d’alerte et système d’expertise: vers une législation exemplaire en 2008?»*.Paris,Sénat, Mars 2008

CHAUMETTE (P.), « Droit de retrait. Danger grave et imminent. Motif raisonnable (oui). Obligation de sécurité de résultat. Nullité du licenciement » *Droit social* 2009 p. 489

DESMONS (E.), « Le droit de résistance du fonctionnaire », *Droits*, n°15, 1992, p. 101.

DIDIER (C.), « L'alerte professionnelle en France: un outil problématique au coeur de la RSE » In : *4e colloque du RIODD (Réseau international de recherche sur les Organisations et le Développement Durable)*. 2009.

DOCKÈS (E.). Perte du sens et effritement du droit du travail. *Projet*, 2008, no 1, p. 21-28 ; « Le stroboscope législatif », *Dr. soc.* 2005, pp. 35-38

DONDERO (B.), « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux » *D.* 2012. 1686

DYENS (S.), « La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-ils compatibles ? », *AJCT* 2012, p.557

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.), « La désobéissance civile : une source de droit ? », *RTD civ.* 2005. 73

FOEGLE (J.-P.), SLAMA (S.), « Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *Actualités Droits-Libertés*, 14 mars 2014.

FORCE OUVRIERE « Les systèmes d'alerte éthique. Une conception bien désagréable de la démocratie en entreprise », *InFOjuridique*, n° 50, 2005.

GUILLAUME (M.), « La réforme du droit du secret de la défense nationale », *RFDA* 1998 p. 1223

JACOTOT(D.), « Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve : vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve » in *Au coeur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, sous la dir. E. Dockès, Dalloz, Thèmes et commentaires, Actes, 2007, p. 279

JUNOD (V.), « La liberté d'expression du whistleblower », *RTDH* 2009, p.227

JUNOD (V.), « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *RTDH*, n° 98, 2014, p. 459.

KOUBI (G.) « Réflexions sur la qualité de fonctionnaire citoyen », in *Les Petites Affiches*, 29 juillet 1988, p. 2.

KOUBI (G.). « Penser le droit de résistance à l'oppression dans les sociétés démocratiques contemporaines. » *Obéir et désobéir. Le citoyen face à la loi*, Brussels: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2000.

KOUBI (G.), «La communication administrative de la norme” In *L'efficacité de l'acte normatif, Nouvelle norme, nouvelles normativités*, 2013.

LECLERC, (O.). Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail. *Droit social*, 2005, no 2, p. 173-180.

LECLERC, (O.). La protection du salarié lanceur d'alerte. *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, 2007, p. 287-298.

LETTERON (R.), « Faut-il protéger les ‘lanceurs d’alerte » ? , *Contrepoints.fr*, 11 décembre 2013 (<http://www.contrepoints.org/2013/12/11/149495-faut-il-proteger-les-lanceurs-dalerte>).

LETTERON (R.), « Le secret de la défense nationale bientôt devant la cour européenne ? » *Libertés Chéries*, 7 novembre 2013

LOCHAK (D.), « Le sens hiérarchique » in *Psychologie et Science administrative, Cahiers du CURAPP*, 1985, p. 147

LOCHAK (D.), "La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ?"; *L'État de droit, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, p.76

LOCHAK (D.); « Désobéir à la loi », in *Pouvoir et Liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p 67.

LYON-CAEN (A) La vitalité constitutionnelle de la liberté d'entreprise. *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2014, no 5.

LYON-CAEN (A.). et VACARIE (I.), « Droits fondamentaux et droit du travail » ; *Mélanges JM. Verdier-Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXIème siècle*, Dalloz, Paris, 2001, p. 421.

LYON-CAEN (A.)., « Droit du travail et procéduralisation », in *L'Avenir de la concertation sociale en Europe*, t. II, Public. du Centre de philosophie du droit, Université Catholique de Louvain, mars 1995

MARCOVICI (E.), « Les spécificités de la répression du harcèlement sexuel dans la fonction publique », *AJFP*, 2011, p. 212.

MEYER (F.), "La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?", *Droit Ouvrier*. 2005, p. 185

MEYER (N-M.), "L'alerte éthique depuis 2009", 2012, Publications en ligne de Transparency International. Disponible à cette adresse : http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/llt_whistleblowing.pdf

MEYER (N-M), "Alerte éthique et service public : un malentendu français", 2010, Publications en ligne de Transparency International. Disponible à cette adresse : http://www.transparency-france.org/e_upload/pdf/alerte_ethique_2010.pdf

MEYER (N.-M.), « Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ? », *Revue des juristes de Sciences Po*, n° 9, 2014, p. 158.

MEYRAT (I.), « La référence à l'éthique dans le champ des relations de travail: nouveau facteur d'assujettissement des salariés », in *E. Dockès Au cœur des combats juridiques: pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, 2007, p. 194-206.

MEYRAT (I.), « Le droit du travail à l'épreuve de l' « éthique des affaires » », *RDT* 2010, p.572

NAFTALSKI (F.) RAYNAL (F.) , « La délibération de la CNIL du 8 décembre 2005 : des principes aux difficultés pratiques », revue *Lamy droit de l'immatériel*, février 2006, n° 13.

OCQUETEAU, (F.) et PICHON (P.), « Secret professionnel et devoir de réserve dans la police. Le pouvoir disciplinaire face aux lanceurs d'alerte », *Archives de politique criminelle*, 2011, no 1, p. 113-132.

PERRAY (L.), RAPP (T.), « Whistleblowing ou dénonciation : la CNIL sépare le bon grain de l'ivraie », *Revue Lamy droit de l'immatériel*, mars 2006, n° 14 ;

PONTIF (V.), « CHSCT : les contours du risque grave justifiant le recours à une expertise », *Rev. Trav.* 2014, p. 269

PRINGAULT (S.) , « Le droit positif à la recherche du point d'équilibre entre obligation de réserve et devoir de dénonciation d'actes de harcèlement moral », *AJFP* 2012, p.202

RANGEON (F.), « Réflexions sur l'effectivité du droit », in CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989

RICHARD (K.), « Un contrepoids parmi les contre-pouvoirs : la figure de l'anonyme », Communication pour le IXe congrès de l'AFDC

ROMANET (L.), « Le dispositif d'alerte éthique de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale : un « instrument juridique pivot » de la lutte contre la corruption publique ? », *La revue du Grasco*, n° 7, novembre 2013.

ROSENFELD (M.), « La philosophie de la liberté d'expression en Amérique. La liberté d'expression en théorie et en pratique. » *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, 2006, p. 883-895.

SLAMA (S.), " Annulation de la radiation des cadres d'un officier de gendarmerie en raison du caractère disproportionné de la sanction à et injonction à réintégrer (suite mais sûrement pas fin de l'affaire Matelly) " in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 13 janvier 2011.

TAILLEFAIT (A.), « Obligations des agents publics », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 183, 2013

VIGOUROUX (C.). « Le devoir de parler ». *Commentaire*, 2010, no 1, p. 197-202.

B)En langue Anglaise

ALFORD, (C.) "Whistleblowers and the Narrative of Ethics", *Journal of Social Philosophy*, 2001, vol. 32, no 3, p. 402-418.

BANISAR (D.), "Freedom of Information: International Trends and National Security", In : *Workshop on Democratic and Parliamentary Oversight of Intelligence Services*. 2002. p. 3-5.

BANISAR (D.) , “Whistleblowing: International Standards and Developments”, *Corruption and transparency : debating the frontiers between State, Market and the society*, Sandoval, ed., World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington, DC, 2011.

BAYNES (M.), “Just Pucker and Blow: An analysis of corporate whistleblowers, the duty of care, the duty of loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act” . *John's L. Rev.*, 2002, vol. 76, p. 875.

BROWN (A.J.). "Flying Foxes and Freedom of Speech: Statutory Recognition of Public Whistleblowing in Australia." *Whistleblowing and Democratic Values* (2011), p. 86. ;

BROWN (A.J.), LATIMER (P.), « Whistleblower Laws: International Best Practice », *UNSW Law Journal* 31-3, 2008 766-794.

CALLAHAN (E.S), DWORKIN (T.M), “The state of state whistleblower protection. “*American Business Law Journal*, 2000, vol. 38, no 1, p. 99-175.

CALLAHAN (E.), DWORKIN (T.), LEWIS (T.M), "Whistleblowing: Australian, UK, and US Approaches to Disclosure in the Public Interest." *Va. J. Int'l L.* 44 (2003), p.879.

CAMPBELL (G.), “ Snitch or Savior? How the Modern Cultural Acceptance of Pharmaceutical Company Employee External Whistleblowing is Reflected in Dodd-Frank and the Affordable Care Act. “ *U. Pa. J. Bus. L.*, 2013, vol. 15, p. 565-565.

COHEN, Marshall. Civil Disobedience in a Constitutional Democracy. *The Massachusetts Review*, 1969, p. 211-226

CRAMTON (R.), Lawyer as Whistleblower: Confidentiality and the Government Lawyer, *The. Geo. J. Legal Ethics*, 1991, vol. 5, p. 291

DESAI (U.), “Crying Foul: Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act of 2010”, *Loy. U. Chi. LJ*, 2011, vol. 43, p. 427.

DWORKIN (T.M), NEAR, (J.), “ Whistleblowing Statutes: Are They Working?”, *American Business Law Journal*, 1987, vol. 25, no 2, p. 241-264.

DWORKIN (T.) CALLAHAN (E.) Internal Whistleblowing: Protecting the Interests of the Employee, the Organization, and Society. *American Business Law Journal*, 1991, vol. 29, no 2, p. 267-308. ;

DWORKIN (T.M), “ SOX and Whistleblowing”, *Michigan Law Review*, 2007, p. 1757-1780.

EARLE (H.), MADEK (A.), “ The Mirage of Whistleblower Protection Under Sarbanes-Oxley: A Proposal for Change†” *American Business Law Journal*, 2007, vol. 44, no 1, p. 1-54.

ELLISTON (A.), “Civil disobedience and whistleblowing: A comparative appraisal of two forms of dissent”, *Journal of Business Ethics*, 1982, vol. 1, no 1, p. 23-28.

ERICSON (T.). "Building Our Own "Iron Curtain": The Emergence of Secrecy in American Government". *American Archivist* , 2005.

ESTLUND (C.), « Free Speech and Due Process in the Workplace », 71 IND.L.J., pp. 101-115

FASTERLING (B.), LEWIS (D.), « Leaks, legislation and freedom of speech: How can the law effectively promote public-interest whistleblowing?. *International Labour Review*, 2014, vol. 153, no 1, p. 73.

FISHER (D.), “The Whistleblower Protection Act of 1989: A False Hope for Whistleblowers”. *Rutgers L. Rev.*, 1990, vol. 43, p. 355.

FOSCALDI (M.), « DEVELOPMENTS IN BANKING LAW: II. Whistleblower Provisions of the Dodd-Frank Act », in *Review of Banking & Financial Law* vol.31, p.489.

FROST (A.), « The State Secrets Privilege and Separation of Powers. » *Fordham Law Review*, 2007, vol. 75, p. 1931.

FOUCAULT (M.), “Discourse and truth: The problematization of parrhesia”, *University of California at Berkeley, October–November*, 1983.

GARCIA (J.), “Against Legislation: Garcetti v. Ceballos and the Paradox of Statutory Protection for Public Employees”, *First Amend. L. Rev.*, 2008, vol. 7, p. 22.

HABERMAS (J.), “Civil disobedience: litmus test for the democratic constitutional state”, *Berkeley Journal of Sociology*, 1985, vol. 30, p. 95-116.

ARRIS (R.), « Conceptualizing and Reconceptualizing the Reporter’s Privilege in the Age of Wikileaks. », *Fordham Law Review*, 2014, vol. 82, no 4, p. 1819-1821.

HILIP (R.), « *Silence at Our Expense: Balancing Safety and Secrecy in Non-Disclosure Agreements* », *Seton Hall. L. Rev.*, 2002, vol. 33, p. 845.

HUNTON (J.), ROSE (J.), « Effects of Anonymous Whistle-Blowing and Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-Blowing Allegations by Audit Committee Members » *Journal of Management Studies*, 2011, vol. 48, no 1, p. 75-77

IVESTER (D.), « The Constitutional Right to Know », *Hastings Const. LQ*, 1977, vol. 4, p. 111

JUBB (P.), “Whistleblowing: A restrictive definition and interpretation”, *Journal of Business Ethics*, 1999, vol. 21, no 1, p. 77-94.

KAPLAN (E.), “The International emergence of legal protections for whistleblowers”, *The Journal of Public Inquiry*, 2001, p. 37-42

KATZ (A.), "Government information leaks and the First Amendment", *California Law Review*, 1976, p. 108-145.

KLEINBRODT (J.), "Pro-whistleblower Reform in the Post-Garcetti Era", *Mich. L. Rev.*, 2013, vol. 112, p. 111.

KNOLL (E.), "National Security: The Ultimate Threat to the First Amendment", *Minn. L. Rev.*, 1981, vol. 66, p. 161.

LEVI (E.), "The crisis in the nature of law", in *The Record of the Association of the Bar of the City of New-York*

LEWIS (D.), "Arbitrary legal protection will only deter whistleblowers", *Nursing Standard*, 2013, vol. 27, no 39, p. 31-31.

MANSBACH (A.), "Keeping Democracy Vibrant: Whistleblowing as Truth-Telling in the Workplace", *Constellations*, 2009, vol. 16, no 3, p. 363-376.

MANSBACH (A.), "Whistleblowing as fearless speech: The radical democratic effects of late-modern parrhesia", *Whistleblowing and democratic values. London, The International Whistleblowing Research Network*, 2011, p. 12-26

MCCARTHY (R.), "Blowing in the Wind: Answers for Federal Whistleblowers", *William & Mary Policy Review*, 2012, vol. 3, p. 184.

MCWILLIAM (C.), "Civil Disobedience and Contemporary Constitutionalism: The American Case", *Comparative Politics*, 1969, vol. 1, no 2, p. 211-227.

MEIKLEJOHN (A.), "The First Amendment is an absolute", *The Supreme Court Review*, 1961, vol. 1961, p. 245-266.

MENDELSON (J.), "Calling the Boss or Calling the Press: A Comparison of British and American Responses to Internal and External Whistleblowing", *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 2009, vol. 8, p. 723.

MICELI (M.), NEAR (J.), SCHWENK (C.), "Who blows the whistle and why", *Indus. & Lab. Rel. Rev.*, 1991, vol. 45, p. 113.

MIETHE (T.), « *Whistleblowing at work: Tough choices in exposing fraud, waste, and abuse on the job* », Boulder, CO : Westview Press, 1999, p.215

MOBERLY (R.), "Unfulfilled expectations: An empirical analysis of why Sarbanes-Oxley whistleblowers rarely win", *William & Mary Law Review*, 2007, vol. 49, p. 65.

MOBERLY (R.), "The Supreme Court's Antiretaliation Principle" *Case W. Res. L. Rev.*, 2010, vol. 61, p. 375.

MOBERLY (R.), "Sarbanes-Oxley's Whistleblower Provisions—Ten Years Later", *SCL Rev.*, 2012, vol. 64, p. 1, 39.

MOBERLY (R.), "Whistleblowers and the Obama Presidency: The National Security Dilemma." *Employee Rights and Employment Policy Journal*, 2012, vol. 16, p. 51.

MOBERLY (R.) et WYLIE (L.) « An empirical study of whistleblower policies in United States corporate codes of ethics. », in LEWIS (D.) , VANDEKERKHOVE: (W.) , *Whistleblowing and democratic values*, 2011, p. 27-55.

MODESITT (N.), "The Garcetti Virus. ", *University of Cincinnati Law Review*, 2011, vol. 80, no 1, p. 161-208.

NEAR (J.)et MICELI (M.), « Organizational dissidence: The case of whistle-blowing", *Journal of Business Ethics*, 1985, vol. 4, no 1, p. 1-16. ;

NEAR (J.) MICELI (M.), " Effective Whistle-Blowing ", *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 3, juillet 1995, p. 680

NEWCOMB (T.) , "In from the Cold: The Intelligence Community Whistleblower Protection Act of 1998", *Administrative Law Review*, 2001, p. 1235-1272.

NIMMER (B.), "National Security Secrets v. Free Speech: The Issues Left Undecided in the Ellsberg Case", *Stanford Law Review*, 1974, p. 311-333.

O'BRIEN (D.), "The First Amendment and the Public's Right to Know" ,*Hastings Const. LQ*, 1979, vol. 7, p. 579.

OPPER (M.), "WikiLeaks: Balancing First Amendment Rights with National Security.", *Loy. LA Ent. L. Rev.*, 2010, vol. 31, p. 237.

PETERS (C.), BRANCH (T.) *Blowing the whistle: Dissent in the public interest*. Praeger publishers, 1972.

PAPANDREA (M-R), "Under Attack: The Public's Right to Know and the War on Terror", *Boston College Third World Law Journal*, 2005, vol. 25.

POWER (P.), "On civil disobedience in recent American democratic thought", *The American political science review*, 1970, vol. 64, no 1, p. 35-47.

RADACK (D.), « Understanding Confidentiality Agreements » *Journal of the Minerals, Metals and Materials Society* , 1994, vol. 46, no 5, p. 6

RAMIREZ (M.), "Blowing the Whistle on Whistleblower Protection: A Tale of Reform Versus Power", *University of Cincinnati Law Review*, 2007, vol. 76, no 1, p. 183.

RAPP (G.), » Opinion analysis : Coverage of SOX whistleblower protection is no longer Up in the Air » SCOTUSblog, Mar. 5, 2014

RAPP (G.), “Four Signal Moments in Whistleblower Law: 1983-2013”, *Hofstra Lab. & Emp. LJ*, 2013, vol. 30, p. 389-591.

RIORDAN (R.), WOOD (L.), “ Whistleblower Provision of Sarbanes-Oxley: Discerning the Scope of Protected Activity.”, *Hofstra Lab. & Emp. LJ*, 2006, vol. 24, p. 95.

ROHDE-LIEBENAU (B.), “The Value of an Ombuds System in Whistleblowing Situations”, *Whistleblowing and Democratic Values*, 2011, p. 70.

RONGINE (N.), « Toward a Coheren Legal esponse to the Public Policy Dilemma Posed by Whistleblowing ». *American Business Law Journal*, Summer 1985, Vol 23. 2. Issue; page 28.

SASSER (J.), “Silenced Citizens: The Post-Garcetti Landscape for Public Sector Employees Working in National Security”, *U. Rich. L. Rev.*, 2006, vol. 41, p. 759.

SCHAUER (F.), “The Role of the People in First Amendment Theory”, *California Law Review*, 1986, p. 761-788.

SIMONS (M.). Retribution for Rats: Cooperation, Punishment, and Atonement. *Vanderbilt Law Review*, 2003, vol. 56.

SMOLLA (R.), “Privacy and the First Amendment Right to Gather News”, *Geo. Wash. L. Rev.*, 1998, vol. 67, p. 1097.

STONE (G.),” WikiLeaks and the First Amendment”, *Fed. Comm. LJ*, 2011, vol. 64, p. 477.

STONE (G.), “Wikileaks, the proposed SHIELD Act, and the First Amendment”, *J. Nat'l Sec. L. & Pol'y*, 2011, vol. 5, p. 105.

TSAHURIDU (E.), “Whistleblowing Management is Risk Management”, *Whistleblowing and Democratic Values*, 2011, p. 56.

UHL (K.), “Freedom of Information Act Post-9/11: Balancing the Public's Right to Know, Critical Infrastructure Protection, and Homeland Security”, *Am. UL Rev.*, 2003, vol. 53, p. 261.

VAUGHN (R.), The Whistleblower Protection Act of 1989: Foundation for the Modern Law of Employment Dissent », *Administrative Law Review*, 1999, p. 531-579.

VAUGHN (R.), « America's First Comprehensive Statute Protecting Corporate Whistleblowers », *Administrative Law Review*, 2005, p. 1-105

VLADECK (S.), “ The Espionage Act and National Security Whistleblowing after Garcetti”, *Am. UL Rev.*, 2007, vol. 57, p. 1531.

WEIL (P.), “Citizenship, Passports, and the Legal Identity of Americans: Edward Snowden and Others Have a Case in the Courts”, 123 *YALE L.J. F.* 565, 2014.

IV- Rapports et avis

A) En France

ANTONMATTÉI (P.) VIVIEN (P.), LARCHER (G.) « Chartes d'ethique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives. », Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, La Documentation Française, 2007.

CHAPDELAIN (M-A), Rapport n°1622 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi renforçant la protection du secret des sources des journalistes, 11 décembre 2013.

COMMISSION DE RÉFLEXION POUR LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LA VIE PUBLIQUE, « Pour une nouvelle déontologie de la vie publique », rapport remis au Président de la République le 26 janvier 2011.

COMMISSION DE RÉNOVATION ET DE DÉONTOLOGIE DE LA VIE PUBLIQUE, « Pour un renouveau démocratique », rapport remis au président de la république le 12 novembre 2012.

Circulaire ministérielle DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur, ministère du Travail, des Relations sociales et de la Solidarité, Direction générale du travail, sous division des relations individuelles du travail.

Circulaire de la Ministre de la Justice du 23 janvier 2014 relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. NOR : JUSD1402112C

CNIL , « Document d'orientation adopté par la commission le 10 novembre 2005 pour la mise en place de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés », Paris.

CNIL, Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en oeuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle, 2005

CNIL , Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en oeuvre d'un dispositif de ligne éthique, 2005.

GALUT (Y.) rapports n°1130 et 1331 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière et le projet de loi organique (N° 1019) relatif au procureur de la République financier, 12 juin 2013

LEPAGE (C.), Rapport au Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables sur la gouvernance écologique, La documentation française, 2008.

LYON-CAEN (G.), « Les libertés publiques et l'emploi: rapport pour le ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle », La Documentation Française, 1992 - 169 pp

ROUMEGAS (J-L), Rapport n°3725 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, 23 janvier 2013.

SERVICE CENTRAL DE PREVENTION DE LA CORRUPTION, « *Rapport annuel pour l'année 2011* », chapitre V, p. 220

B) Au plan international et européen

1. OCDE

OCDE, « *Whistleblower protection : encouraging reporting* », Paris, 2012.

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.

OCDE, « *Guidelines for Multinational Enterprises* », Paris, 2011.

OCDE, “ *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* ” , Paris, 2009.

OCDE, ” *Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service* ”, Paris, 2003.

OCDE, ” *Trust in Government: Ethics Measures in OECD Countries* ”, Paris, 2000.

OCDE, “ *Principles for Managing Ethics in the Public Service* ”, Paris, 1998

2. O.N.U

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, « *Rapport de l'Expert indépendant pour la promotion d'un ordre international démocratique et équitable* » Document n° A/HRC/24/38, p. 5, §14. , New-York, 1er juillet 2013.

ASSEMBLEE GENERALE, « *Rapport du Rapporteur spécial sur le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale susceptible d'être atteint* », Document n° A/HRC/20/15, p. 20, § 60, New-York, 10 avril 2012.

BUREAU DU HAUT-COMMISSAIRE POUR LES DROIT DE L'HOMME , « *UN expert calls for concrete protection to support civil society voices, including 'whistleblowers'* », New-York, 11 septembre 2013

BUREAU DU HAUT-COMMISSAIRE POUR LES DROIT DE L'HOMME,. “ *Mass surveillance: Pillay urges respect for right to privacy and protection of individuals revealing human rights violations* ”, New-York, 12 Juillet 2013.

3. Conseil de l'Europe

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, « *Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte* », Strasbourg, 30 avril 2014.

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, » *Recommandation n°CM/ Rec (2000) 7 sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources* », Strasbourg, 8 mars 2000.

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

4. Union Européenne

COMMISSION EUROPENNE, « *Communication du Vice-President Šefčovič sur les lignes directrices en matière de Whistleblowing* »

G29, « *Avis 1/2006 relatif à l'application des règles de l'UE en matière de protection des données aux mécanismes internes de dénonciation des dysfonctionnements dans les domaines de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit, de la lutte contre la corruption et la criminalité bancaire et financière* » , WP117, 1^{er} février 2006

C) Aux Etats-Unis

BUREAUCRACY TASK FORCE, UNITED STATES. CONGRESS, SENATE. COMMITTEE ON GOVERNMENTAL AFFAIRS. *The Whistleblowers: A report on federal employees who disclose acts of governmental waste, abuse, and corruption*. Vol. 74. US Government Printing Office, 1978.

FISHER (L.). « *National security whistleblowers* », Congressional Research Service, 2005.

GENERAL ACCOUNTING OFFICE INFORMATION MANAGEMENT: UPDATE ON THE IMPLEMENTATION OF THE 1996 ELECTRONIC FREEDOM OF INFORMATION ACT AMENDMENTS⁴ (2002)

MSPB, « *Whistleblower Rights and protections for DOL employees* » , 2011.

MSPB, « *Whistleblower protections for federal employees : A report to the president of the United States* » , 2011.

MSPB “*Blowing the whistle : barriers to federal employees making disclosures : A report to the president of the United States*”, 2011.

OSHA, “*Your Rights as a Whistleblower*”, 2013.

SEC, “*2013 Annual report to congress on Dodd-Franck whistleblower program*”, 2013.

SHIMABUKURO (J.), WHITAKER (L.), PAIGE (L.), “*Whistleblower Protections Under Federal Law: An Overview.*”, Congressional Research Service, 2012.

SHIMABUKURO (J.), WHITAKER (L.), ROBERTS (E.), “*Survey of Federal Whistleblower and Anti-Retaliation Laws.*” 2013.

D) Positions associatives

FONDATION SCIENCES CITOYENNES, « *Risques et lanceurs d’alerte* », Septembre 2010

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY PROJECT, *“The Current State of Whistleblowing Law in Europe”*, Avril 2013.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY PROJECT, *“Whistleblowing witch hunts”*,
Décembre 2010

NATIONAL WHISTLEBLOWERS LEGAL DEFENSE & EDUCATION FUND « *Federal Employees Have Less than 2% Chance of Success before MSPB Judges* », (March 11, 2010)

TRANSPARENCY INTERNATIONAL (FRANCE), *“L’alerte éthique ou whistleblowing en France”*, Janvier 2013

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *“ Whistleblowing: an effective tool in the fight against corruption”*, 2010.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL *“Recommended draft principles for Whistleblowing Legislation”*, 2009.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *“Alternative to Silence: Whistleblower Protection in 10 European Countries”*, 2009.

VI –Colloques et conférences

« *Quelle place pour les lanceurs d’alerte dans l’administration publique ?*, » journée d’étude commune ENA/INET, organisée à Strasbourg le 31 mars 2014, actes non publiés (compte-rendu en ligne : <http://www.ena.fr/index.php?/fr/actualites/Quelle-place-pour-les-lanceurs-d-alerte-dans-l-administration-publique>).

« *Banques, remparts ou passoires pour l’argent sale ?* », colloque de la Plateforme paradis fiscaux et judiciaires, organisés au Palais Bourbon à Paris le 20 juin 2014, actes non publiés.

« *Re-visiting Whistleblower Protection: From commitments to effective protection* », colloque organisé par l'OCDE à Paris, le 17 juin 2014. Actes non publiés

« *Whistleblowing : l'alerte éthique en question* », conférence de la Chaire intelligence économique et stratégie des organisations de l'Université Paris Dauphine, organisée le 4 juillet 2013 à l'Université Paris Dauphine.

« *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/>)

« *Lanceurs d'alerte et système d'expertise : vers une législation exemplaire en 2008 ?* », colloque organisé par Marie-Christine Blandin et la Fondation *Sciences citoyennes* au Sénat, à Paris, le 27 mars 2008 .([Liste des intervenants et programme.](#))

VII- Sites internet

A) Sites français

Transparency International France : www.transparency-france.org

Fondation Sciences Citoyennes : sciencescitoyennes.org

SHERPA : www.asso-sherpa.org/

SOS Fonctionnaire Victime : sos-fonctionnaire-victime.com

Mediapart : www.mediapart.fr/

B) Sites Américains

SCOTUS Blog : www.scotusblog.com

The False Claims Act Legal Center : www.taf.org

National Whistleblower Center : <http://whistleblowers.nonprofitsoapbox.com/>

Government Accountability Project : www.whistleblower.org

Whistleblower Protection Program & information , U.S. Department of Labor
<http://www.whistleblowers.gov/>

TABLE DES JURISPRUDENCES

1. Jurisprudence aux Etats-Unis

A) SCOTUS

Lawson v. FMR LLC, No. 12-3, 2014 BL 57958 (U.S. Mar. 04, 2014)

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

CBS v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973)

Branzburg v. Hayes 408 U.S. 665 (1972)

Pickering v. Board of Education , 391 U.S. 563 (1968)

New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964)

Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367 (1969)

Inc. v. Sullivan, 372 U.S. 58, 70 (1963)

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)

Chaplinsky v. New Hampshire, 315 U.S. 56_, 571-72 (1942)

Near v. Minnesota, 283 U.S. 697 (1931)

Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927). Opinion concordante du juge Brandeis

Schenck V. United States, 249 U.S. 47,52 (1919)

B) Cours des Etats Fédérés

Barko v. Halliburton Co., No. 1:05-cv-1276 (D.D.C. Mar. 6, 2014)

Murphy v. Am. Home Prods. Corp., 448 N.E.2d 86, 87 (N.Y. 1983)

Bowman v. Parma Bd. of Educ., 44 Ohio App. 3d 169, 542 N.E.2d 663 (Ohio Ct. App, 1988)

Nees v. Hock, 536 P.2d 512 (Or. 1975)

Frampton v. Central Indiana Gas Co., 297 N.E.2d 425 (Ind. 1973)

Petermann v. International Brotherhood of Teamsters, 344 P.2d 25 (Cal. Dist. Ct. App. 1959)

C) Circuit fédéral

Lockheed Martin v. Adm. Review Bd., USDOL, No. 11-9524 (10th Cir. June 4, 2013)

Tides v The Boeing Company, 644 F.3d 809 (9th Cir. 2011)

Chambers v. Department of the Interior, 602 F.3d 1370, 1379, Fed. Cir. (2010)

Robinson v. U.S. Dep't of Labor, No. 10-1587 (7th Cir. Dec. 27, 2010)

Drake v. Agency for International Development, 543 F.3d 1377, 1381, Fed. Cir. (2008).

Reid v. Merit Systems Protection Board, 508 F.3d 674, 678-79 (Fed. Cir. 2007)

White v. Department of the Air Force, 391 F.3d 1377, 1382, Fed. Cir. (2004)

Meuwissen v. Department of the Interior, 234 F.3d 9, 13, Fed. Cir. (2000)

Huffman v. OPM, WL 914869, Fed. Cir. (2001)

Langer v. Department of the Treasury, 265 F.3d 1259, 1266, Fed. Cir (2001). *

Schmittling v. Department of the Army, 219 F.3d 1332, 1336 (Fed. Cir. 2000).

Willis v. Department of Agriculture, 141 F.3d 1139, 1144(Fed. Cir. 1998).

Lopez v. Department of Housing and Urban Development, 98 F.3d 1358, Fed. Cir. (1996)

O'Day v. McDonnell Douglas, 79 F.3d 756, 9th Cir (1996)

Simon v. Simmons Foods, Inc., 49 F.3d 386 (8th Cir. 1995)

Horton v. Department of the Navy, 66 F.3d 279, 284 (Fed. Cir. 1995).

Pepsico, Inc. v. Redmond, 54 F.3d 1262, 1272 n.10 (7th Cir. 1995)

Marano v. Department of Justice, 2 F.3d 1137, 1140 (Fed. Cir. 1993)

Clark v. Department of the Army, 997 F.2d 1466 (Fed. Cir. 1993)

Edison Co. v. Secretary of Labor, No. 91-3737 (6th Cir. 1992)

Eden Hannon & Co. v. Sumitomo Trust & Banking Co., 914 F.2d 556, 563 (4th Cir. 1990).

Pettway v. American Cast Iron, 411 F.2d 998, 5th Cir. (1986)

Curl v. Leroy Reavis and Iredell County, 740 F.2d 1323, 4th Cir (1984)

Brown v. Donovan, 747 F.2d 1029, 1035 (5th Cir. 1984)

D) Merit System Protection Board

Miller v. Department of Homeland Security, 111 MPSB. 312, ¶¶ 16-19 (2009)

Mogyorossy v. Department of the Air Force, 96 M.S.P.R. 652, ¶ 11 (2004).

Redschlag v. Department of the Army, 89 M.S.P.R. 589, ¶ 87(2001)

Murphy v. Department of the Treasury, 86 M.S.P.R. 131, ¶ 7 (2000)

DiGiorgio v. Department of the Navy, 84 M.S.P.R. 6, ¶ 18 (1999)

Russell v. Department of Justice, 76 M.S.P.R. 317, 324-25(1997).

Sirgo v. Department of Justice, 66 M.S.P.R. 261, 267 (1995)

Powers v. Department of the Navy, 69 M.S.P.R. 150, 156 (1995)

Floyd v. Arizona Public Service Co., 90-ERA-39 (Sec'y Sept. 23, 1994)

Gonzales v. Department of Housing and Urban Development, 64 M.S.P.R. 314, 319 (1994)

Egan v. Department of the Navy, 28 M.S.P.R. 509, 519 (1985)

2. Jurisprudence en France

2.1 Jurisprudences du juge administratif

A) Conseil d'état

CE, 12 janvier 2011, *M. Matelly*, n° 338461

CE, Ass., 30 octobre 2009, req.° 298348

CE, 27 mai 1949, *Arasse*, Rec. CE 1949, p. 249

CE, 10 nov. 1944, Langneur.

B) Cours administratives d'appel

CAA Bordeaux, 15 novembre 2011, n° 11BX00204

CAA Marseille, 27 septembre 2011, req. n° 09MA02175

C) Tribunaux Administratifs

TA Paris, 6 décembre 2012, n° 1113351

TA Cergy-Pontoise, 15 juillet 2014, N° 1110539

2.1 Jurisprudences du juge judiciaire

A) Cour de Cassation

Cass.Soc. 18 décembre 2013, n° 12-21.719, inédit

Cass. soc., 19 mars 2008 : RJS 2008, n° 631

Cass. Soc. 8 nov. 2006, n°06-60.007, publié au Bulletin

Cass. soc.11 oct. 2000 n° 3716, pourvoi n° 98-45.276.

Cass. Soc., 14 mars 2000, Bull.Civ. V, n° 104 ; RJS, 4/00, n° 388

Cass.Soc, 23 novembre 1999 , *Bull.civ. n°447*

Cass. soc., 2 décembre 1998, n° 96-44.258

Cass. Soc., 5 mai 1997, CSPB, 1997, S. 91

Cass. Crim, 3 juillet 1996, n°94-83195 : Bull.crim, n°283, p.862

Cass. Soc., 30 juin 1982 : Bull. civ. 1982, V, n° 314

B)Tribunaux de Grande Instance

TGI Paris, 13 mars 2009, Ministère public . Champremier, Cattan, Meneton

TGI Paris, 17e chambre, 17 mars 2006, Commune de Puteaux c. Christophe G.

TGI de Boulogne-sur-Mer, Société Eurotunnel c. R. Bell et Éditions du Seuil, 12 août 1998 , inédit

3. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Cour EDH, 8 janvier 2013 ,*Bucur et Toma c. Roumanie*,

Cour EDH, 3e sect., 19 juin 2012, *Tanasoaica c/ Roumanie*, n° 3490/03

. Cour EDH, 12 juillet 2011, Heinisch c. Allemagne

Cour EDH, 22 octobre 2009, Pasko c. Russie , requête n°69519/01

Cour EDH, 19 février 2009, *Marchenko c.Ukraine*, req. n°4063/04

Cour EDH, G.C. 12 février 2008, *GUJA c. Moldavie*, Req. N° 14277/04, § 142

Cour EDH, 7 novembre 2006, *Mamère C. France*, req. n°12697/03

Cour EDH, 6 février 2000, *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, req. n°28901/95

Cour EDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c. France*

Cour EDH, 25 août 1998, *Hertel c. Suisse*, req. N° 53440/99

Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n° 30, § 65

Cour EDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72,

TABLE DES MATIERES

Remerciements.....	P.1
Sommaire	P.2
Table des abréviations.....	P.3
Introduction générale.....	P.9
Première partie : Le dédoublement conceptuel de la notion de “lanceur d’alerte” en France et aux Etats-Unis.....	P.28
<i>Titre 1 :L’alerte à l’appui des politiques publiques : Une conception fonctionnelle du lanceur d’alerte comme sentinelle des risques, illégalités et irrégularités.....</i>	P.29
Chapitre 1 : La restriction de la notion d’alerte à la dénonciation d’atteintes imminentes à des	

intérêts protégés par les pouvoirs publics.....	P.30
<i>Section 1 : L'alerte confinée à la stricte dénonciation d'illégalités et de « risques ».....</i>	P.30
A) L'alerte comme dénonciation d'illégalités <i>stricto sensu</i>	P.30
B) L'alerte comme dénonciation de risques et de comportements contraires à l'éthique.....	P.33
<i>Section 2 La nécessité d'établir le caractère substantiel et imminent de l'atteinte dénoncée.....</i>	P.36
A) Une atteinte suffisamment grave et imminente à un intérêt légalement protégé.....	P.36
B) Une divulgation transmise à une personne ayant la capacité de mettre fin aux faits ou comportements dénoncés.....	P.39
Chapitre 2 : L'octroi de l'usage légitime du droit d'alerte à un cercle étroit d'employés de	
« bonne foi ».....	P.42
<i>Section 1 : L'exigence d'un lien de subordination ou de dépendance à une organisation.....</i>	P.42
A) Une conception restrictive du champ des titulaires du droit d'alerter.....	P.42
B) L'extension croissante du champ des titulaires du droit d'alerter.....	P.44
<i>Section 2 : La nécessité d'agir de « bonne foi » ou l'approche problématique des intentions du lanceur d'alerte.....</i>	P.46
A) La bonne foi comme croyance raisonnable de se trouver face à une situation illégale ou contraire à l'éthique.....	P.46
B) La bonne foi comme pureté des intentions du lanceur d'alerte.....	P.47
Titre 2 : Un “droit à” alerter le public? Une conception ouverte mais limitée de l'alerte comme	
contribution polémique au débat public.....	P.49
Chapitre 1 : Le droit à la liberté d'expression à l'appui de la divulgation publique	
d'informations.....	P.50

<i>Section 1 La portée « absolue » du premier amendement en matière de divulgation publique d'informations aux Etats-Unis.....</i>	P.50
Les contours extensifs du « droit du public à l'information » dans la jurisprudence de la cour suprême américaine	P.51
La jurisprudence des « Pentagon papers »et la restriction radicale des hypothèses d'interdiction de disséminer des informations classifiées.....	P.53
<i>Section 2 : La reconnaissance par les juridictions françaises et européennes des vertus de la « polémique d'intérêt général ».</i>	P.52
A) La protection des polémiques à l'appui du « <i>droit du public à l'information</i> » dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	P.56
B) La protection de l'alerte au public par les juridictions françaises.....	P.59
Chapitre 2 : La juridicité incertaine de l'alerte comme acte de désobéissance ou la prohibition de la pratique du « leaking ».....	P.62
<i>Section 1 – Le caractère absolu des secrets d'état en France et aux États-Unis : une restriction radicale de la portée du droit du public à l'information.....</i>	P.62
A) Le Freedom Of Information Act passé à l'acide des législations antiterroristes.....	P.63
B)La portée absolue du « Secret défense » en France :un “angle mort” de la transparence démocratique.....	P.65
<i>Section 2 Le maintien et la validation de dispositions criminalisant la dissémination d'informations classifiées.....</i>	P.68
A) La constitutionnalité certaine de la criminalisation de la divulgation des secrets d'état aux Etats-Unis.....	P.68
B) La pénalisation des divulgations de secrets d'Etat sous le feu de la CEDH.....	P.70
Conclusion de la première partie.....	P.73
Seconde partie : Les lacunes des mécanismes de protection des lanceurs d'alerte en France et aux Etats-Unis.....	P.77
Titre 1 : L'insuffisance des garanties apportées à la libre-expression du lanceur d'alerte.....	P.79
Chapitre 1 : La sécurisation en demi-teinte des « canaux » de cheminement de l'alerte.....	P.79
<i>Section 1 : La mise en place de canaux d'alerte sécurisés en France et aux Etats-Unis: des expériences contrastées.....</i>	P.79
A) La protection à « géométrie variable » de l'alerte interne.....	P.80
B)Un droit de faire appel à la presse bien (trop) résiduel.....	P.82
<i>Section 2 : L'anonymat du lanceur d'alerte : une garantie controversée.....</i>	P.84

A)La question des « hotlines » et les alertes anonymes dans le cadre de l'alerte interne	P.84
B) L'anonymat du lanceur d'alerte “externe” et la protection des sources journalistiques.....	P. 87
Chapitre 2 : Liberté d'expression, libertés économiques, pouvoir hiérarchique : une conciliation difficile.....	P.89

<i>Section 1 : La liberté d'expression du lanceur d'alerte face aux « obligations de se taire »</i>	P.89
A) La limitation de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte dans le secteur privé : les « clauses de confidentialité ».....	P.90
B) Les « secrets de l'administration » face aux lanceurs d'alerte de la fonction publique.....	P.93
<i>Section 2 La difficile conciliation de la liberté d'expression du lanceur d'alerte avec les libertés économiques et les droits des tiers</i>	P.96
A) Un délicat et hasardeux contrôle de la « mesure » des paroles du lanceur d'alerte.....	P.97
B) Une prise de parole à concilier avec les droits des tiers.....	P.99
Titre 2 :Les progrès en demi-teinte de la protection du lanceur d'alerte contre les mesures de rétorsion de son employeur	P.101
Chapitre 1 : L'aménagement des pouvoirs de l'employeur au profit du lanceur d'alerte.	P.103
<i>Section 1 : L'adaptation en demi-teinte du droit commun à la problématique de la protection des lanceurs d'alerte</i>	P.103
A) La liberté d'expression du salarié et la « public policy exception »	P.103
B) Des agents publics en quête de protection effective.....	P.106
<i>Section 2 : La faiblesse des garanties issues des lois protectrices des lanceurs d'alerte</i>	P.108
A) Une approche pragmatique en quête d'efficacité pratique aux Etats-Unis.....	P.109
B) Le « milieu du gué » de la protection législative des lanceurs d'alerte en France.....	P.112
Chapitre 2 : L'adaptation des modes d'administration de la preuve au profit du lanceur d'alerte	P.115
<i>Section 1 L'administration de la preuve des faits dénoncés par le lanceur d'alerte</i>	P.116
A) La bonne foi présumée du lanceur d'alerte	P.116
B) Le standard Nord-Américain du “Reasonable man”.....	P.117
<i>Section 2 : L'administration de la preuve des mesures de rétorsion subies par le lanceur d'alerte</i>	P.118
A) Le choix français du mécanisme de partage de la preuve.....	P.119
B) La prédominance du “contributing factor test” aux Etats-Unis.....	P.120
Conclusion de la seconde partie	P.124
Conclusion générale	P.127

Bibliographie.....	P.132
Tables des jurisprudences.....	P.159