

AJDA

AJDA 2014 p.2229

Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? (1)

Serge Slama, Maître de conférences en droit public, université Paris Ouest - Nanterre La Défense, CREDOF-CTAD UMR 7074

L'essentiel

Figure ancienne, mais difficile à saisir juridiquement, le lanceur d'alerte est dans l'actualité. Dans de nombreux pays, et plus récemment en France, le législateur s'est penché sur sa protection. Celle-ci n'est pourtant que rarement réellement assurée, comme peuvent en témoigner des figures françaises et étrangères du whistleblowing. Néanmoins, une unification du régime de l'alerte éthique semble être en marche.

Si la publication d'un dossier sur l'alerte éthique dans une revue de droit administratif est assurément une première, on peut néanmoins se demander si le lanceur d'alerte constitue réellement une figure nouvelle du droit public.

De longue date, le droit public français a, en effet, croisé ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui des « lanceurs d'alerte », depuis que des sociologues ont forgé l'expression (F. Chateauraynaud et D. Torny, *Les sombres précurseurs : une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Ed. de l'EHESS, 1999). Que l'on songe en particulier, comme le rappelle le président Sauvé dans ce dossier, à l'« alerte » donnée par le lieutenant-colonel Picquart à ses supérieurs lorsqu'il découvre le « petit bleu », adressé par l'attaché militaire allemand à Esterházy, démontrant l'innocence de Dreyfus. On peut aussi évoquer, comme Danièle Lochak dans sa contribution (v. p. 2236), la publication, dans l'Express du 27 mars 1957, d'une lettre du général Jacques Pâris de Bollardièrre dénonçant la torture en Algérie ou, encore, le rapport remis en février 1959, par Michel Rocard, jeune inspecteur des finances de vingt-huit ans, au délégué général en Algérie Paul Delouvrier sur les centres de regroupements (publié not. in P. Vidal-Naquet, *La raison d'Etat*, textes réunis par le comité Maurice Audin, Ed. de Minit, 1962, p. 204) qui fuite dans la presse (Le Monde, France observateur) après avoir été transmis au garde des Sceaux. Plus proche de nous, des chercheurs, André Cicoella (sur les éthers de glycol) (2), Pierre Meneton (sur les dangers du sel) (3), par exemple, des fonctionnaires et assimilés comme Olivier Théron (4) ou encore Nicole Marie Meyer (5) mais aussi des représentants des forces de l'ordre (Jean-Hugues Matelly, Philippe Pichon, Sihem Souid) ont incarné médiatiquement et devant les juridictions la figure du lanceur d'alerte.

Tous ces cas ont en commun d'avoir subi des mesures de représailles en raison de l'alerte lancée. Ainsi, Georges Picquart a d'abord été affecté en Tunisie, avec consigne de ne pas révéler ses informations, puis, après leur diffusion, il a été révoqué en 1898 et emprisonné pendant près d'un an. Il ne sera réhabilité qu'en 1906, en même temps que le capitaine Dreyfus. Le général de Bollardièrre a subi une sanction de soixante jours d'arrêt de forteresse en avril 1957 à La Courneuve puis a été relevé de son poste et affecté en Allemagne, avant de quitter l'armée (6). Le

premier ministre Michel Debré a souhaité la révocation de Michel Rocard avant d'y renoncer en apprenant que la fuite dans la presse du rapport rédigé par le jeune inspecteur des finances avait été organisée par son garde des Sceaux, Edmond Michelet lui-même (M. Rocard, Rapport sur les camps de regroupement et autres textes sur la guerre d'Algérie. Edition critique, Mille et une nuits, 2003, p. 324). Et hormis André Ciccollella qui obtient satisfaction devant la Cour de cassation (Soc. 11 oct. 2000, n° 98-45.276, Institut national de recherche et de sécurité), la majeure partie de ces fonctionnaires lanceurs d'alerte n'ont jamais été totalement rétablis dans leurs droits. Ainsi, si Jean-Hugues Matelly obtient sa réintégration dans les cadres de la gendarmerie suite aux décisions du Conseil d'Etat, le juge administratif reconnaît la légitimité d'une sanction pour les propos critiques tenus sur une radio, comme chercheur au centre d'études sociologiques sur le droit et les institutions pénales, sur la fusion police-gendarmerie et les quotas (CE 12 janv. 2011, n° 338461, Matelly, Lebon ; AJDA 2011. 623 , note E. Aubin ; AJFP 2011. 115 ; ADL du 13 janv. 2011 par S. Slama). La révocation de Sihem Souid est confirmée au motif que son livre a profondément dégradé l'image de l'administration auprès de l'opinion publique (TA Paris, 13 juill. 2011, n° 10211146/5-1). Nicole Marie Meyer obtient une indemnisation devant le tribunal administratif de Paris, mais pas sa réintégration comme agent contractuel. La mise la retraite d'office de Philippe Pichon a été confirmée par la cour administrative d'appel de Paris le 16 juin 2013. Son pourvoi en cassation est en cours d'examen au Conseil d'Etat (v. le rejet de sa QPC : CE 5 févr. 2014, n° 371396, Pichon, AJDA 2014. 312 ; AJFP 2014. 219, et les obs. ; ADL du 14 mars 2014, par S. Slama et J.-Ph. Foegle). Comme le note Danièle Lochak dans sa contribution, « il y a loin entre les discours qui parent les lanceurs d'alerte de toutes les vertus et la réalité concrète ».

Ces exemples montrent, en effet, que si le lanceur d'alerte est une figure ancienne, il n'avait jusqu'à une période récente pas été saisi positivement par le droit public français. Comparé à la soixantaine de pays dans le monde qui se sont dotés d'une législation protectrice, en particulier les Etats-Unis ou la Grande-Bretagne, et au développement du droit international et européen en la matière (v. la contribution de N. M. Meyer, p. 2242, et l'encadré Pour en savoir plus), la protection des lanceurs d'alerte par le droit est récente. On assiste néanmoins depuis 2011 incontestablement à une accélération importante provoquant « un aggiornamento salutaire de notre droit », comme le note Jean-Marc Sauvé. Ce mouvement, qui est particulièrement prégnant s'agissant des risques sanitaires ou environnementaux et de la lutte contre les conflits d'intérêts (v. la contribution de J.-M. Sauvé, p. 2249) et contre les crimes et délits dans la fonction publique (v. la contribution de J.-Ph. Foegle et S. Pringault, p. 2256), permet de combler en partie ce que Transparency International France qualifiait de « retard » ou même de « malentendu » français.

Toutefois, la législation française reste encore « très parcellaire et restrictive » (A. Billard, M. Duranton, J.-Ph. Foegle et T. Martin-Teodorczyk, Le « milieu du gué » de la protection législative des lanceurs d'alerte, v. encadré). Et, contrairement aux préconisations de l'OCDE (Whistleblowing Protection Frameworks. Compendium of Best Practices and Guiding Principles for Legislation, 2011) ou du Conseil de l'Europe (recommandation CM/Rec[2014]7 du 30 avr. 2014 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte), le législateur français peine à adopter une « approche globale » en la matière.

Cette difficulté à appréhender de manière globale la protection du lanceur ou donneur d'alerte - les deux expressions sont utilisées dans les recommandations du Conseil de l'Europe - tient au fait que cette figure est particulièrement difficile à cerner juridiquement. On assiste toutefois ces

dernières années, sous l'influence notamment du droit international et européen, à une unification progressive du régime juridique de l'« alerte éthique » (expression que l'on doit à Transparency International France, v. la contribution de N. M. Meyer).

I - Le lanceur d'alerte, une figure difficile à cerner juridiquement

En droit américain, le lanceur d'alerte - ou whistleblower (en référence à l'agent qui souffle dans son sifflet) - est une figure ancienne et même plus ancienne qu'on ne le pense généralement. Ainsi, on fait souvent remonter l'apparition du premier statut de lanceur d'alerte au False Claims Act (FCA), loi fédérale - toujours applicable aujourd'hui - adoptée sous l'administration Lincoln le 2 mars 1863. Elle visait à réagir à des abus de contractants de l'administration qui avaient fourni à l'armée de l'Union des chevaux et mules en mauvaise santé, des rations de nourriture périmées et des armes et munitions défectueuses. Mais, comme l'a mis en évidence Stephen Kohn, dès 1777, c'est-à-dire peu après la fondation des Etats-Unis, le Congrès continental avait déjà adopté à l'unanimité une première loi protectrice des lanceurs d'alerte. Elle faisait suite à des poursuites engagées par un amiral de la flotte américaine à l'égard de l'un de ses subordonnés qui avait dénoncé des agissements de torture perpétrés par ce dernier (S. Kohn, *The whistleblower's Handbook : A Step-by-step Guide to Doing Wha's Right and Protecting Yourself*, Globe Pequot, 2011 cité par J.-Ph. Foegle, *Les lanceurs d'alerte. Etude comparée France-Etats-Unis*, mémoire de M2 droits de l'homme, V. Champeil-Desplats [dir.], Paris Ouest-Nanterre, 2013/2014, p. 9). Resté longtemps en sommeil, le FCA, codifié en 1986, a été modifié en 2009 par le Fraud Enforcement & Recovery Act puis en 2010 par le Patient Protection & Affordable Care Act dans le but de contribuer à la lutte contre la criminalité financière. Il repose sur un mécanisme de common law (celui du « qui tam ») permettant à des personnes physiques d'engager une action contre un tiers au nom de l'Etat en étant rétribuées par une partie de l'amende perçue.

Le terme de whistleblower apparaît quant à lui le 30 septembre 1970 lorsqu'à l'occasion de l'affaire des « papiers du Pentagone » (v. F. Hartmann, *ouvr. préc.*, p. 65 et s. et D. Ellsberg, *Secrets : Memoir of Vietnam and the Pentagon papers*, Viking, 2002 ; v. aussi H. Arendt, *Du mensonge en politique. Réflexion sur les papiers du Pentagone*, *New York Review of Books*, nov. 1971). Ralph Nader, avocat américain militant, l'utilise pour séparer la notion de celles de « dénonciateur » ou « délateur ». Il soutenait alors Daniel Ellsberg qui avait fait fuiter dans la presse 7 000 pages d'un dossier classé confidentiel sur le processus décisionnel pendant la guerre du Vietnam. Comme Chelsea - anciennement Bradley - Manning dans l'affaire wikiLeak, Daniel Ellsberg et Anthony Rousso (son assistant) ont été poursuivis sur le fondement de la loi de 1917 sur l'espionnage. Après plusieurs années de procédure notamment devant la Cour suprême, ceux-ci sont relaxés en mai 1973 dans le contexte de l'affaire du Watergate (elle aussi déclenchée par un whistleblower - le fameux « Deep Throat » - qui a renseigné les journalistes du *Washington Post*). Comme nous le rappelle Nicole Marie Meyer dans ce dossier, ces affaires sont suivies par l'adoption du Civil Service Reform Act en 1978, qui protège les agents fédéraux lanceurs d'alerte en créant notamment l'Office of Special Counsel, autorité de l'alerte. Elles suscitent aussi la création, en 1977, d'une fondation consacrée à la défense de cette cause (Government Accountability Project).

Ces deux temps de la construction de la figure du lanceur d'alerte en droit américain sont importants, car ils font émerger les deux variétés distinctes du whistleblower (nous reprenons ici la distinction développée par J.-Ph. Foegle dans son mémoire, *préc.*).

Dans une première variété, le lanceur d'alerte apparaît dans sa relation avec l'Etat davantage comme un « dénonciateur légal » que comme un désobéissant (sur les liens entre ces notions, v. l'article de D. Lochak). En effet, dans des domaines déterminés (lutte contre la corruption, conflits d'intérêts ou crimes et délits, risques sociaux, environnementaux ou sanitaires, etc.), le législateur reconnaît comme légitime la dénonciation, par des systèmes d'alerte ou de signalement, d'illégalités, de risques ou de comportements contraires à la déontologie professionnelle.

Cette première forme est particulièrement développée aux Etats-Unis où se sont multipliées dans les trente dernières années plus d'une quinzaine de législations sectorielles organisant divers systèmes d'alerte (Whistleblower Protection Act de 1989, Clean Air Act de 1970 et de 1990, Sarbanes-Oxley Act de 2002, etc.). La France a suivi le même cheminement puisque, entre 2007 et 2013, cinq lois ont été votées, adoptant la même approche protégeant respectivement le signalement de faits de corruption dans le secteur privé (art. 9 de la loi n° 2007-1598 du 13 nov. 2007 modifiant l'art. L. 1161-1 du C. trav.), de faits relatifs à la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé (art. 43 de la loi n° 2011-2012 du 29 déc. 2011), de risques graves pour la santé publique et l'environnement (art. 1er de la loi n° 2013-316 du 16 avr. 2013), de conflits d'intérêts dans la vie publique (L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013) et la lutte contre les crimes et délits (L. n° 2013-1117 du 6 déc. 2013).

Ces lois viennent en pratique compléter des systèmes d'alerte qui existaient déjà en droit social et en droit de la fonction publique comme, par exemple, le droit de retrait ou les témoignages en cas de discriminations, de distinction homme-femme ou de harcèlement moral ou sexuel.

De manière ambiguë, ces législations consacrent l'alerte dans ces différents champs comme un « droit » mais aussi, dans certains cas, comme une obligation, thématique qui se posait d'ailleurs déjà avec l'article 40 du code de procédure pénale (v. les développements de J.-Ph. Foegle et S. Pringault). Aux Etats-Unis, il existe même des cas dans lesquels un agent peut être sanctionné s'il n'a pas respecté l'obligation de signalement (J.-Ph. Foegle, mémoire préc., p. 78). D'ailleurs, rappelons qu'en droit français de la fonction publique, tout manquement à une obligation statutaire est susceptible de donner lieu à des poursuites disciplinaires : ainsi, un fonctionnaire qui manquerait de signaler des faits répréhensibles alors que le statut général l'impose pourrait être sanctionné. Cela pose la question du caractère subjectif du « droit d'alerter » et sa qualification en « liberté fondamentale » (7) ou, en tout cas, comme corollaire de certains droits de l'homme, comme la liberté d'expression, la résistance à l'oppression (art. 2 DDHC) ou encore le principe selon lequel « la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration » (art. 15 DDHC) (8).

On peut aussi s'interroger sur la titularité de ce droit ou de cette obligation dans la mesure où, selon les lois, l'alerte éthique est ouverte aux seuls « employés » (9), à tout agent ou « tout fonctionnaire [...] dans l'exercice de ses fonctions » (art. 6 ter A de la loi du 13 juill. 1983 issu de l'art. 35 de la loi du 6 déc. 2013) ou même, dans certains cas, « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire [...] dans l'exercice de ses fonctions » (C. pr. pén., art. 40 al. 2). Mais, dans d'autres textes, elle est ouverte à toute « personne [...] dans l'exercice de ses fonctions » (CSP, art. L. 5312-4-2 issu de l'art. 43 de la loi du 29 déc. 2011) ou encore plus largement à « toute personne », y compris les personnes morales et n'importe quel citoyen (art. 1er de la loi n° 2013-316 du 16 avr. 2013).

La seconde variété de lanceur d'alerte est plus ouverte et radicale et se rapproche davantage de la désobéissance civile. Dans cette conception, l'alerte éthique constitue un acte « citoyen », fondé sur la conscience personnelle et intrinsèquement dirigé vers la société civile. Conscient d'un danger particulier, le lanceur d'alerte dénonce auprès de sa hiérarchie, des autorités sanitaires ou même du grand public un danger (sanitaire, environnemental, pour les valeurs de la démocratie, etc.) ou des manquements à l'éthique. Dans ce cadre, l'alerte éthique a en commun avec la désobéissance civile d'être un acte conscient et intentionnel de transgression d'une norme ou d'une autorité au nom de la conscience accrue d'un individu d'un danger et du souci de se conformer à un principe supérieur. Comme le désobéissant, le lanceur d'alerte assume les conséquences possibles de ses actes visant à faire prendre conscience du danger, y compris en étant exposé à des sanctions (disciplinaires, pénales ou autres (10)).

L'acte de désobéissance civile a nécessairement une dimension publique et collective (11) et repose sur le principe de non-violence. Il vise aussi et surtout à faire modifier la norme critiquée, c'est-à-dire qu'il a une finalité essentiellement politique (selon la définition de J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987, p. 405). A l'inverse, l'alerte éthique vise d'abord et avant tout à la prise de conscience du danger par les autorités chargées d'y remédier. Elle obéit à un principe de proportionnalité entre le danger encouru et les moyens employés pour le signaler (v. infra). Elle a une dimension essentiellement individuelle (même s'il n'est pas exclu que plusieurs personnes se liguent pour lancer une alerte). En effet, lancer une alerte est le plus souvent un combat individuel, à l'image d'un Don Quichotte qui, même accompagné par Sancho Panza, lutte seul contre les moulins. Une étude américaine tend à montrer que les whistleblowers, souvent isolés, finissent par souffrir de dépression nerveuse, de fatigue chronique ou de problèmes relationnels (J. Rothschild et T. Miethe, *Whistleblower disclosures and management retaliation. The battle to control information about organization corruption*, *Work & occupations*, 1999, vol. 26, p. 107).

Cette seconde variété correspond le mieux à la conception moderne et globale du lanceur d'alerte. Comme l'explique le philosophe israélien Abraham Mansbach (*Keeping Democracy Vibrant : Whistleblowing as Truth-Telling in The Workplace*, *Constellations*, 2009, vol. 16, Issue 3, p. 363), la figure actuelle du whistleblower renvoie au « parrésiasite » décrit par Michel Foucault lors d'une leçon inaugurale au Collège de France. Cette notion implique, selon Foucault, la réunion de deux conditions : d'une part, le fait de dire la « vérité » et, d'autre part, le fait que cette vérité dite comporte un risque pour celui qui l'énonce (M. Foucault, *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II*, Cours au Collège de France, Gallimard-Seuil, 2009, p. 14). Ainsi, le lanceur d'alerte, comme le parrésiasite, est soumis à un paradoxe : si son discours est désormais valorisé socialement dans une société monitoire, adepte de l'information en continu et de la transparence et friande de la dénonciation des scandales, il est dans le même temps exposé, au niveau individuel, à des représailles. C'est aussi une forme de « privatisation de la vigilance » (J.-Ph. Foegle, *mémoire préc.*, p. 69).

Ainsi, avec cette conception élargie, sont perçus et défendus comme des lanceurs d'alerte Irène Frachon (Médiator), Jean-Hugues Matelly (rapprochement police/gendarmerie et logique des quotas), Philippe Pichon (en faisant fuiter dans la presse, après avoir alerté en vain sa hiérarchie, les fiches de Djamel Debbouze et de Johnny Hallyday, pour dénoncer les dysfonctionnements du système de traitement des infractions constatées [STIC]) ou encore Sihem Souid (sexisme et violences dans la police aux frontières).

Témoigne aussi de cet élargissement le fait que font la une des journaux en qualité de whistleblower des personnalités comme Edward Snowden, Bradley/Chelsea Manning, Sherron Watkins, Coleen Rowley, Cynthia Cooper (12), par exemple. Dans le même sens, on pourrait qualifier d'alertes éthiques dans une forme plus collective certaines actions des Femen, des Pussy Riot, du collectif « La barbe », du collectif « Sciences en marche », des « délinquants de la solidarité » (qui s'opposent à la pénalisation de l'aide désintéressée aux sans-papiers), de Boat4people (qui alerte sur la disparition des migrants en Méditerranée), les agents d'EDF refusant de couper l'électricité aux plus démunis ou encore des collectifs dénonçant des projets tels que l'extension du camp militaire du Larzac, les actions de certains « ZADistes » opposés à l'aéroport de Notre Dame des Landes ou des opposants au barrage de Sivens ou à la « ferme des mille vaches ». D'autres défendent que méritent cette qualification les commandos anti-IVG, les militants pro-life qui, aux Etats-Unis, manifestent en permanence devant les cliniques pratiquant l'avortement (13) ou encore - pourquoi pas - les « veilleurs en marche » dans le cadre de la « manif pour tous » pour dénoncer la loi Taubira légalisant le mariage de personnes de même sexe, le risque de légalisation de la GPA ou de développement de la PMA.

Il nous semble aussi nécessaire d'établir une distinction entre le whistleblower (lanceur d'alerte) et le leaker (fuiteur) : si les deux sont des formes d'alerte reposant sur la transgression d'une norme ou d'une autorité, le leaking repose davantage sur une conception de la démocratie comme une société de transparence absolue alors que le whistleblowing vise à tirer la sonnette d'alarme pour alerter d'un danger ou d'illégalités. Certains auteurs défendent toutefois qu'il n'y a qu'une différence de degré et non de nature (B. Fasterling et D. Lewis, *Leaks, legislation and freedom of speech : How can the law effectively promote public-interest whistleblowing ?*, *International Labour Review*, vol. 153, Issue 1, p. 71-92, March 2014, cité par J.-Ph. Foegle, mémoire préc., p. 71).

En l'absence de définition globale du lanceur d'alerte, la notion n'est donc pas unitaire, aussi bien en droit américain qu'en droit français, et la figure du lanceur d'alerte reste difficilement saisissable par le droit. Certes, il existe des tentatives, dans certaines législations étrangères (14), et dans le droit européen des droits de l'homme (v. la contribution de N. M. Meyer), d'unifier la notion. Mais, comme c'est souvent le cas avec les notions fonctionnelles, on assiste bien davantage à une unification du régime de l'alerte éthique.

II - L'unification progressive du régime de l'alerte éthique

L'étude systématique des différents régimes d'alerte éthique tend à montrer que celle-ci se caractérise par un certain nombre de traits saillants, comme tendent à le confirmer dans ce dossier plusieurs contributions. On retrouve ces caractéristiques aussi bien dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (v., en particulier, CEDH 12 févr. 2008, n° 14277/04, *Guja c/ Moldova*, AJDA 2008. 978, chron. J.-F. Flauss) que, dans une certaine mesure, dans la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et dans des recommandations et rapports du Conseil de l'Europe (v., en particulier, P. Stephenson et M. Levi, *La protection des donneurs d'alerte*, rapp. 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]9 FIN, Strasbourg, déc. 2012).

Ces caractéristiques peuvent, de manière schématique, être synthétisées de la manière suivante.

En premier lieu, l'alerte éthique doit viser à la protection d'un intérêt public (public concern). En ce sens, de longue date, en droit français, pour être délié du principe d'obéissance hiérarchique, il est nécessaire de démontrer non seulement que l'ordre est manifestement illégal, mais aussi qu'il est de nature à porter gravement atteinte à un intérêt public ou à un service public (CE 10 nov. 1944, Langneur, Lebon 288 ; D. 1945. 89, concl. Chénot).

En deuxième lieu, le risque d'atteinte invoqué doit être suffisamment grave, imminent et substantiel et en tout cas tangible, pas seulement purement hypothétique (v. J.-Ph. Foegle, mémoire préc., p. 33 et s.).

En troisième lieu, le lanceur d'alerte doit être de bonne foi, c'est-à-dire « avec la conviction que l'information [qu'il divulgue] est authentique » (Guja, préc.). Comme le soulignent Christine Noiville et Marie-Angèle 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 ». Aux Etats-Unis, on retrouve une exigence similaire avec le standard du « reasonable man » (J.-Ph. Foegle, mémoire préc., p. 44). Le lanceur d'alerte doit se trouver dans une croyance raisonnable d'être face à une situation illégale ou contraire à l'éthique. Toutefois, dans ses recommandations, le Conseil de l'Europe estime que ce standard ne doit pas être trop élevé et que la bonne foi doit s'entendre comme « un signalement ayant été fait honnêtement » et que l'auteur de l'alerte doit être « présumé de bonne foi, jusqu'à preuve du contraire » (P. Stephenson et M. Lévi, La protection des donneurs d'alerte, rapp. préc., p. 40).

A titre dissuasif, l'article 25 II de la loi du 11 octobre 2013 prévoit de punir les signalements effectués « de mauvaise foi ou avec l'intention de nuire ou avec la connaissance au moins partielle de l'inexactitude des faits rendus publics ou diffusés » des peines prévues pour l'infraction de dénonciation calomnieuse (C. pén., art. 226-10).

En quatrième lieu, l'alerte doit être, en principe, désintéressée : le lanceur d'alerte ne doit pas chercher à en tirer un profit personnel en termes matériels, de carrière ou d'avancement, mais agir dans l'unique but de mettre fin à une illégalité, une situation de danger ou d'atteinte à l'éthique. Aux Etats-Unis, il existe des formes d'alerte faisant l'objet d'un intéressement du whistleblower (« bounty law »), suivant la logique du chasseur de prime ou de l'indicateur de police - ce qui d'ailleurs fait débat (M. A. Vega, Beyond Incentives : Making Corporate Whistleblowing Moral in the New Era of Dodd-Frank Act Bounty Hunting, Connecticut Law Review, 45.2, 2012.481).

En cinquième lieu, l'alerte doit être transmise à une autorité ou personne ayant la capacité de mettre fin au danger, au comportement dénoncé. En effet, l'alerte est « lancée en vue de susciter une action correctrice » (O. Leclerc).

En sixième lieu, les moyens utilisés pour la divulgation doivent être proportionnés. Il faut privilégier, lorsqu'ils existent et s'ils peuvent être efficaces, les canaux de signalement internes auprès de l'employeur, de la hiérarchie, des représentants du personnel, du comité d'hygiène et de sécurité ou encore d'un médiateur ou d'un déontologue avant d'envisager des alertes externes auprès d'une association de lutte contre la corruption, d'une autorité administrative indépendante, d'une autorité judiciaire et, en dernier ressort, de la presse et du grand public.

La proportionnalité concerne aussi le type de secret divulgué (« clear and present danger test » aux Etats-Unis). Il est évident que si est dévoilée une information couverte par le secret défense ou classifiée, l'intérêt en jeu justifiant l'alerte devra être d'autant plus important suivant la logique de mise en balance des intérêts en présence. Ainsi, si les révélations d'Edward Snowden dans la presse apparaissent justifiées, c'est compte tenu de l'ampleur du phénomène d'écoutes généralisées et indifférenciées pratiquées par la NSA en dehors du tout contrôle démocratique et judiciaire.

En septième lieu, comme en matière de discrimination ou de harcèlement moral ou sexuel, le lanceur d'alerte bénéficie d'un régime de partage de la charge de la preuve favorable (« contributing factor test »), que l'on retrouve dans les différentes lois adoptées ces dernières années (v. supra).

En huitième lieu, il apparaît nécessaire de développer des organismes chargés de soutenir et protéger les lanceurs d'alerte et d'évaluer le bien-fondé de l'alerte éthique (autorités administratives indépendantes, associations spécialisées, maisons ou associations spécialisées ; v. aussi les exemples donnés par N. M. Meyer), comme la Haute autorité pour la transparence dans la vie publique en matière de conflits d'intérêts ou en Grande-Bretagne et de manière plus globale, le Public Concern at Work. Il est aussi nécessaire de prévoir des sanctions à l'encontre des auteurs de représailles.

En neuvième lieu, en règle générale le lanceur d'alerte ne bénéficie pas de l'anonymat. Lancer une alerte c'est prendre un risque et s'exposer. Mais là aussi, aux Etats-Unis, il existe des régimes assurant l'anonymat du lanceur d'alerte, compte tenu notamment de l'affaire du Watergate dévoilée par un informateur anonyme (15). Ainsi, pour lutter contre les fraudes financières, le SOX act prévoit pour les autorités la possibilité de recueillir des alertes de manière anonyme et les entreprises sont encouragées à mettre en place des hotlines confiées à des prestataires extérieurs garantissant l'anonymat du lanceur d'alerte (T. M. Dworkin, SOX and Whistleblowing, Michigan Law Review, 2007, p. 1757). Interrogée sur l'application extraterritoriale de la loi SOX par des filiales françaises d'entreprises nord-américaines, la CNIL a strictement encadré ces procédures anonymes, pour éviter que le lanceur d'alerte ne devienne au mieux un témoin anonyme et au pire un délateur ou un calomniateur (CNIL, Délib. n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à la demande d'autorisation de Mc Donald's France pour la mise en oeuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle).

Toutes ces garanties sont importantes pour éviter au lanceur d'alerte de lâcher prise face aux « étouffeurs d'alerte » (Ch. Noiville et M.-A. Hermitte, art. préc.). Comme le relève Nicole Marie Meyer dans sa contribution, si 75 à 99 % de salariés se taisent dans les pays européens dénués d'une législation spécifique de protection des lanceurs d'alerte, ce pourcentage se réduit à 30 ou 33 % dans des pays dotés d'un véritable droit d'alerte.

Face à l'émergence de cette nouvelle figure en droit français, il nous paraît aussi nécessaire de développer la recherche. Alors que les travaux sur les lanceurs d'alerte sont légion outre-Manche ou outre-Atlantique, ils sont encore rares en France. Très peu de travaux juridiques en langue française sont consacrés à cette notion. En droit public, ces travaux ne sont guère plus nombreux

(v., cependant, l'encadré Pour en savoir plus). Ce dossier n'a d'autre ambition que de poser une première pierre pour tenter de combler cet autre retard français.

Pour en savoir plus

A. Cicolella et D. Benoit Browaeys, *Alertes Santé*, Fayard, 2005.

F. Hartmann, *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Le Seuil - Don Quichotte Ed., 2014.

D. Banisar, *Whistleblowing : International Standards and Developments*, in Sandoval (Ed.), *Corruption and Transparency. Debating the frontiers between State, Market and Democracy*, World Bank-Institute for Social Research, UNAM, Washington DC, 2011.

J. Bouton, *Vers une généralisation du lanceur d'alerte en droit français*, RDT 2014. 471 .

S. Niquège, *Le lanceur d'alerte, un ami qui vous veut du bien ?*, AJFP 2014. 249 .

N. M. Meyer, *L'alerte éthique ou whistleblowing en France*, rapport à Transparency International, 2012. Accessible sur <http://www.transparency-france.org>.

N. M. Meyer, *Alerte éthique et fonction publique : la fin d'un malentendu français ?*, *Revue des juristes de Sciences Po* 2014, n° 9, p. 159.

A. Billard, M. Duranton, J.-Ph. Foegle et T. Martin-Teodorczyk, *Le « milieu du gué » de la protection législative des lanceurs d'alerte*, *Rev DH/ADL* 20 mai 2014, <http://revdh.revues.org/752>.

M. Dupissson-Guihéneuf, *Le droit d'alerter. Etude sur la protection de l'intégrité physique des personnes*, Thèse de droit privé, R. Encinas de Munagorri (dir.), Université de Nantes, 2013.

A. Taillefait, *Obligations des agents publics*, *J.-Cl. Adm.*, fasc. 183, 2013.

W. Bourdon, *Petit manuel de désobéissance citoyenne*, JC Lattès, 2014.

E. Weissman, *La désobéissance éthique*, Stock, 2010.

D. Hiez et B. Villalba (dir.), *La désobéissance civile : approches politique et juridique*, PU du Septentrion, 2008.

A. Ogien, *Pourquoi désobéir en démocratie ?*, La Découverte, 2011.

Ch. Noiville et M.-A. Hermitte, *Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte*, *EDP Sciences | Natures Sciences Sociétés* 2006/3, p. 269.

O. Leclerc, *La protection du lanceur d'alerte*, in Emmanuel Dockès (dir.), *Au coeur des combats juridiques*, Dalloz, 2007, p. 298.

W. Vandekerckhove et D. Lewis (Ed.), Whistleblowing and democratic values, International Whistleblowing Research Network, 2011.

T. Devine et T. Maassarani, The Corporate Whistleblower's Survival Guide : A Handbook for Committing the Truth, San Francisco, Berett-Koelher Publishers, 2011.

S. Schehr, L'alerte comme forme de déviance : les lanceurs d'alerte entre dénonciation et trahison, *Déviance et Société* 2/2008 (vol. 32), p. 149-162.

P.-H. Antonmattei et P. Vivien, Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives, rapport remis au ministre du travail Gérard Larcher, Doc. fr., 2007.

S. Robin-Olivier, L'alerte éthique, *RDT* 2009. 184 .

S. Pringault, 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, *Dr. adm.* 2012. Etude 8.

C. Vigouroux, Signalement par l'agent public (Whistleblower ou Hinweisgeber), in *Déontologie des fonctions publiques*, Dalloz, 2012, p. 485.

S. Dyens, La déontologie du fonctionnaire et l'alerte éthique sont-elles compatibles ?, *AJCT* 2012. 557 .

J.-Ph. Foegle et S. Slama, Refus de transmission d'une QPC sur la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte, *Rev DH/ADL*, 14 mars 2014, <http://revdh.revues.org/628>.

J.-Ph. Foegle, Une première application paradoxale mais ambitieuse du régime de protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte », *Rev. DH/ADL*, 20 août 2014, <http://revdh.revues.org/86>.

Mots clés :

DROITS FONDAMENTAUX ET PRINCIPES GENERAUX * Droits et libertés fondamentaux * Liberté d'expression * Lanceur d'alerte
FONCTION PUBLIQUE * Déontologie des agents publics * Lanceur d'alerte * Droits et garanties des agents publics * Liberté d'opinion des agents publics

(1) L'AJDA, dans son n° 39/2014, a publié un dossier intitulé « Les lanceurs d'alerte », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants :

- Danièle Lochak, L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance, p. 2236 ;

- Nicole Marie Meyer, Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde, p. 2242 ;

- Jean-Marc Sauvé, La prévention des conflits d'intérêts et l'alerte éthique, p. 2249 ;

- Jean-Philippe Foegle et Stephen Pringault, Les « lanceurs d'alerte » dans la fonction publique, p. 2256 .

(2) André Cicolella a lui-même contribué au développement de la notion par ses écrits (A. Cicolella et D. Benoit-Browaeyns, Alertes Santé, Fayard, 2005) et au travers de la Fondation sciences citoyennes (v. le colloque « La protection du lanceur d'alerte sanitaire » à Paris V - faculté de Jussieu, 29 mars 2003).

(3) « Pierre Meneton : lanceur d'alerte malgré lui », TV5 Monde, 30 août 2013
<http://www.tv5monde.com>

(4) « Un ex-agent de Tracfin condamné pour des révélations sur Cahuzac », AFP 16 mai 2014 ; v. F. Hartmann, Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties, p. 320.

(5) « Nicole Marie Meyer, la paria du Quai d'Orsay », Médiapart, 17 août 2013
<http://www.mediapart.fr>

(6) http://fr.wikipedia.org/wiki/Jacques_Pâris_de_Bollardi%C3%A8re. Devenu membre du Mouvement pour une alternative non-violente (MAN), il participe au mouvement d'occupation du Larzac contre l'extension du camp militaire puis, lors d'une manifestation au large du Mururoa en juillet 1973 contre les essais nucléaires atmosphériques, il est intercepté en mer. Son nom est d'ailleurs connu dans les facultés de droit car il est associé à l'arrêt qualifiant d'acte du gouvernement le décret créant autour de l'atoll une zone de sécurité (CE, ass., 11 juill. 1975, n° 92381, Pâris de la Bollardière, Lebon 423 ; AJDA 1975. 455, chron. M. Franc et M. Boyon ; JDI 1976. 126, note D. Ruzié).

(7) Sur une thématique proche (le droit pour un fonctionnaire de ne pas subir un harcèlement moral) : CE 19 juin 2014, n° 381061, Commune du Castellet, Lebon ; AJDA 2014. 2079 , note O. Le Bot .

(8) Sur cette thématique, nous organisons, le 10 avril 2015, avec J.-Ph. Foegle un colloque sur Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme pour le CREDOF-CTAD, la CNCDH et le soutien de Transparency International France (v. l'appel à contributions <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2014/10/03>).

(9) Ainsi, par ex., dans une décision récente, la Cour suprême des Etats-Unis a étendu la protection accordée par le Sarbane-Oxley Act de 2002 aux seuls employés des sociétés cotées

(public company) à ceux des sous-contractants et contractants de celles-ci (Lawson v. FMR LLC, N°. 12-3, US Mar 04, 2014).

(10) V. par ex. sur le retrait du passeport de Snowden, attribut de sa citoyenneté américaine : P. Weil, Citizenship, Passports, and the Legal Identity of Americans : Edward Snowden and Others Have a Case in the Courts, The Yale law journal, 23 avr. 2014
<http://www.yalelawjournal.org/forum/citizenship-passports-and-the-legal-identity-of-americans>

(11) Toutefois, Henry David Thoreau, lorsqu'il a théorisé le concept dans La Désobéissance civile (1849), agissait de manière individuelle en refusant de payer une taxe destinée à financer la guerre contre le Mexique. De même, Antigone agit individuellement lorsqu'elle enterre son frère en violation des ordres du roi Créon.

(12) En 2012, à partir de l'exemple de ces trois femmes, le Time a désigné les whistleblowers comme « personnalités de l'année »
<http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,1003998,00.html>

(13) La Cour suprême a récemment censuré, comme contraire à la liberté d'expression (premier amendement), une législation du Massachusetts qui définissait une zone devant les portes de la clinique dans laquelle les militants pro-life ne pouvaient pénétrer pour interpellier les femmes souhaitant pratiquer un avortement pour les en dissuader (Mc Cullen et al. V. Coakley, N°. 12-1168, June 26, 2014 ; v. A. Howe, Court strikes down abortion clinic "buffer zone" : In Plain English, SCOTUSblog, Jun. 27, 2014 <http://www.scotusblog.com/2014/06/court-strikes-down-abortion-clinic-buffer-zone-in-plain-english>).

(14) Le Royaume-Uni et l'Australie sont cités en exemples comme pays ayant adopté une approche plus globale (v. E. Sangrey Callahan, T. Morehead Dworkin et D. Lewis, Whistleblowing : Australian, UK, and US Approaches to Disclosure in the Public Interest, Va. J. Int'l L. 44 (2003) : 879).

(15) La question est controversée aux Etats-Unis, v. C. Peters et T. Branch, Blowing the whistle : Dissent in the public interest, Praeger publishers, 1972 ; J. Ruch, The art of anonymous activism : serving the public while surviving public service, Government Accountability Project et alii, 2002.