

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **Le lancement d'alerte (whistleblowing), une atteinte au secret financier voulue par l'autorité ?**

Lachapelle, Amélie

*Published in:*  
Revue internationale de Droit comparé

*Publication date:*  
2019

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*  
Lachapelle, A 2019, 'Le lancement d'alerte (whistleblowing), une atteinte au secret financier voulue par l'autorité ?', *Revue internationale de Droit comparé*, numéro 1, pp. 65-106.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## LE LANCEMENT D'ALERTE (*WHISTLEBLOWING*), UNE ATTEINTE AU SECRET FINANCIER VOULUE PAR L'AUTORITÉ ?\*

Amélie LACHAPELLE\*\*

### INTRODUCTION

1. Depuis la crise économique de 2008, le monde financier est sous le feu des projecteurs. Ce monde autrefois réservé aux initiés dévoile peu à peu ses petits secrets au travers d'affaires largement médiatisées. « *SwissLeaks* », « *LuxLeaks* », « *Panama Papers* » pour n'en citer que quelques-unes. Ces scandales n'auraient jamais éclaté au grand jour sans l'intervention fortuite de « lanceurs d'alerte ».

2. Dans ce contexte, le présent article entend démontrer que le lancement d'alerte constitue aujourd'hui une atteinte au secret financier voulue par l'autorité, en l'occurrence européenne. La proposition de directive déposée par la Commission européenne le 23 avril dernier conforte ce point de vue<sup>1</sup>.

---

\* L'auteure remercie Yves Poullet, professeur émérite à l'Université de Namur (CRIDS/NADI) et Quentin Van Enis, chargé de cours à l'Université de Namur (CRIDS/NADI) pour leurs discussions variées qui ont permis de nourrir et de structurer la présente contribution. Le présent texte, arrêté à la date du 18 mai 2018, a été rédigé dans le cadre d'une intervention au Colloque « Le secret financier » (Centre français de droit comparé / EY Société d'Avocats) qui s'est déroulé à Paris le 15 novembre 2017.

\*\* Amélie Lachapelle est doctorante-aspirante F.R.S.-FNRS à l'Université de Namur (Belgique) et réalise une thèse de doctorat sur la dénonciation fiscale à l'ère numérique. Elle est également co-directrice de l'unité Libertés, Information et Société du CRIDS/NADI (Centre de Recherche Information, Droit et Société/Namur Digital Institute – Université de Namur-Belgique) et membre associée du CRECO (Centre de Recherche sur l'État et la Constitution – Université catholique de Louvain – Belgique).

<sup>1</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018 relative à la protection des personnes signalant des violations du droit de l'Union (COM(2018) 218 final).

3. Par « secret financier », on vise ici quatre types de secrets :

- le « secret d'affaires » qui, conformément à la directive « secret d'affaires », couvre les informations secrètes ayant une valeur commerciale et ayant fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes<sup>2</sup> ;

- le « secret fiscal » qui désigne la confidentialité traditionnellement attachée en France et en Belgique aux informations de nature fiscale. Dans les pays latins, on constate en effet une plus grande tendance au secret dans le domaine, en contraste avec les pays scandinaves. Ce secret peut également s'entendre comme l'obligation de secret professionnel à laquelle est tenue le fonctionnaire fiscal en France et en Belgique et dont la violation est pénalement sanctionnée ;

- le « secret bancaire » qui s'entend comme l'obligation de secret professionnel imposée à une institution bancaire et dont la violation est pénalement sanctionnée. Entendu en ce sens, il n'a jamais existé en droit belge, même si on l'a parfois cru à l'étranger<sup>3</sup>. Tout au plus existait-il un devoir de « discrétion bancaire »<sup>4</sup>. Toujours est-il qu'il est en voie de perte eu égard au mouvement actuel de transparence fiscale<sup>5</sup> ;

- la « discrétion professionnelle », à défaut d'une obligation formelle de secret professionnel, attendue des professionnels du chiffre (institutions financières, experts-comptables, etc.), d'une part, et des spectateurs, de près ou de loin, de transactions financières (notaires, huissiers de justice, avocats, entreprises de jeux et paris, etc.).

4. À la lumière de ce qui précède, le plan s'impose de lui-même : dans un premier point, nous définirons et situerons le lancement d'alerte et dans un deuxième point, nous exposerons en quoi il représente une atteinte au secret financier voulue par l'autorité.

<sup>2</sup> Art. 2 de la directive (UE) n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, JOUE, L. 157/1 à L. 157/18, 15 juin 2016. Ci-après : directive « secret d'affaires ».

<sup>3</sup> Sur le « secret bancaire » en Belgique, v. not. Th. AFSCHRIFT, *La levée du secret bancaire*, Bruxelles, Larcier, 2011 ; P. MALHERBE et M. BEYNSBERGER, « Les nouvelles limites du secret bancaire en droit fiscal belge », *Revue générale du contentieux fiscal*, 2012/2, pp. 57-72 ; J.-P. BOURS, « Le secret bancaire fiscal en Belgique – Un état des lieux », *Journal des tribunaux*, 2012, liv. n° 6471, pp. 205-218 ; P. MIHAIL, « La portée et les raisons du secret bancaire en Belgique », *Revue générale de fiscalité*, 2003, p. 2 et s.

<sup>4</sup> R. ALVAREZ CAMPA, « La situation indiciaria, un mode preuve spécial », in *Le contrôle fiscal* (R. ALVAREZ CAMPA, F. BALTUS, F. COLLON e.a.), Les ateliers des FUCAM, Limal, Anthemis, 2012, p. 151.

<sup>5</sup> Le secret bancaire demeure toutefois d'application dans certaines circonstances. V., dans le présent ouvrage, les contributions de Marie-Paule Gillen et Barbara Ofner. De plus, il faut souligner que le secret bancaire se voit protégé indirectement via le droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel.

## I. LE « LANCEMENT D'ALERTE » ...

5. Quoique les définitions en la matière foisonnent, il n'existe actuellement pas de définition univoque du lancement d'alerte<sup>6</sup>. Sa généalogie singulière n'y est pas étrangère. Il est toutefois possible et utile, à la lumière de l'abondante littérature sur le sujet<sup>7</sup>, de définir quels sont ses éléments constitutifs.

### A. – La généalogie du lancement d'alerte « à l'europpéenne »

6. La notion de « lanceur d'alerte » se dérobe à mesure qu'on tente de l'approcher. Alors qu'on la croyait d'origine française, on réalise qu'elle procède d'une institution anglo-saxonne vraisemblablement ancienne : le « *whistleblowing* ». En réalité, c'est la fusion des notions française d'« alerte éthique » et américaine de « *whistleblowing* » qui a donné, à notre sens, ce que recouvre aujourd'hui, en droit européen, l'expression « lancement d'alerte ».

#### 1. Du *whistleblowing* à l'américaine ...

7. L'idée du « *whistle-blowing* » (littéralement : « fait de souffler dans le sifflet ») remonterait au Moyen-Âge britannique<sup>8</sup> et prendrait racine dans le principe antique du « *qui tam* »<sup>9</sup>. Elle aurait ensuite percolé le droit américain via le « *False Claims Act* » (FCA) dite « loi Lincoln »<sup>10</sup>, adoptée lors de la guerre de Sécession (1863), qui encourage la dénonciation des

<sup>6</sup> V. not. l'*Impact Assessment* accompagnant la proposition de directive du 23 avril 2018, p. 6.

<sup>7</sup> V. not. *International Handbook on Whistleblowing Research* (D. LEWIS, A. J. BROWN e.a., éd.), Cheltenham, Elgar, 2014 ; T. DEVINE et T. F. MAASSARANI, *The Corporate Whistleblower's Survival Guide: a handbook for committing the truth*, publié avec l'association Government Accountability Project, San Fransisco, Berrett-Koehler Publishers ; *Whistleblowing and Democratic Values* (D. LEWIS et W. VANDEKERCKHOVE, éd.), Londres, International Whistleblowing Research Network, 2011.

<sup>8</sup> V. not. T. BOYER, « Les dispositifs d'alerte dans les entreprises : whistleblowing vs. droit d'alerte », *Management & Avenir*, 2013/4, n° 62, p. 93.

<sup>9</sup> Les lois « *qui tam* », du latin « *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur* » (littéralement « celui qui poursuit l'action autant pour le compte de son roi que pour son propre compte ») permettent à un citoyen d'introduire un recours pour le compte du gouvernement et de partager l'argent récupéré par ce biais (« *Qui tam: a definition, a history* », disponible sur le site internet [www.whistleblowingprotection.org](http://www.whistleblowingprotection.org) (consulté le 11 février 2017)).

<sup>10</sup> En ce sens, v. M. BARDIN, « Les "lanceurs d'alerte" à l'ère du numérique : un progrès pour la démocratie ? », in *Protection des données personnelles et Sécurité nationale. Quelles garanties juridiques dans l'utilisation du numérique ?* (O. de DAVID BEAUREGARD-BERTHIER et A. TALEB-KARLSSON, coord.), Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 256 ; T. DEVINE et T. F. MAASSARANI, *op. cit.*, p. 314.

fraudes perpétrées par des fournisseurs du Gouvernement<sup>11</sup>. À l'époque, l'institution se différencie peu de la dénonciation telle que nous la connaissons en Europe. D'ailleurs, les deux termes sont parfois employés comme synonymes, mais la doctrine a cherché à les distinguer pour des raisons culturelles, politiques et historiques.

8. C'est dans le courant des années 70 que le terme « *whistle-blower* » apparaît formellement, à l'occasion d'une conférence donnée par un avocat militant, Ralf Nader<sup>12</sup>. L'expression vise précisément à prendre ses distances avec la dénonciation<sup>13</sup>. Le contexte n'est pas anodin en ce sens que la conférence intervient en pleine guerre du Viêt Nam, qui était très controversée parmi l'opinion américaine.

La légitimité des « *whistle-blowers* » progresse auprès du peuple américain à la faveur de deux grands scandales médiatiques qui suivent de près la conférence de Ralf Nader. D'une part, l'affaire « Daniel Ellsberg », qui est à l'origine des « *Pentagon Papers* » : 7000 pages de documentation classée « secret défense » et relatives à l'implication politique et militaire du gouvernement américain lors de la guerre du Viêt Nam (début 1971). D'autre part, le Watergate (1972-1974), qui a mis en lumière, grâce à l'intervention d'une source mystérieuse se faisant appeler « *Deep Throat* » (« gorge profonde »), des pratiques illégales au sein de l'administration présidentielle. Comme on le sait, cette affaire aboutira à la démission du président Nixon en 1974.

9. Faisant suite à ces événements marquants, le législateur américain adopte, en 1978, le « *Civil Service Reform Act* » qui encourage et protège, *expressis verbis*, le « *whistleblowing* »<sup>14</sup>. C'est toutefois à l'occasion d'un autre texte américain que le *whistleblowing* s'invite sur le continent européen pour la première fois<sup>15</sup> : le « *Sarbanes-Oxley Act* », adopté en réaction à la faillite de grosses multinationales<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> T. M. DWORKIN et A. J. BROWN, « The Money or the Media? Lessons from Contrasting Developments in US and Australian *Whistleblowing* Laws », *Seattle Journal for Social Justice*, 2013, vol. 11, Issue 2, art. 8, p. 65, disponible sur le site internet <http://digitalcommons.law.seattleu.edu/sjsj/vol11/iss2> (consulté le 11 mai 2017).

<sup>12</sup> L'expression est consacrée un an plus tard au travers d'un ouvrage collectif : R. NADER, P. PETKAS, et K. BLACKWELL, *Whistle-blowing : The report of the conference on professional responsibility*, New York, Grossman, 1972.

<sup>13</sup> J.-Ph. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France – États-Unis », *La Revue des droits de l'homme [on line]*, n° 2014/6, p. 14.

<sup>14</sup> *Civil Service Reform Act*, Pub. L. No. 95-454, 92 Stat. 1111 (1978) (codified as amended in scattered sections of 5 U.S.C.) cité in T. M. DWORKIN et A. J. BROWN, *op. cit.*, p. 653.

<sup>15</sup> De tradition anglo-saxonne, le *whistleblowing* était déjà réglementé par un texte exprès en Grande-Bretagne depuis 1998 : le « *Public Interest Disclosure Act* ».

<sup>16</sup> Sur ces scandales, v. not. M. GOLDFAYS, « Les systèmes d'alerte professionnelle, un impératif catégorique? », *Orientations*, 2013/2, p. 16.

10. Depuis lors, la définition élaborée, en 1985, par les professeurs Marcia P. Miceli et Janet P. Near constitue la définition la plus largement acceptée et utilisée dans la littérature relative au *whistleblowing*, qu'elle soit juridique ou non<sup>17</sup>. Les deux professeures définissent le « *whistleblowing* » comme « *the disclosure by organization members (formers or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action* »<sup>18</sup>.

## 2. ... à l'alerte éthique à la française

11. L'alerte éthique est une notion d'origine française<sup>19</sup>. L'expression « lanceur d'alerte » est apparue au cours de travaux de sociologie<sup>20</sup> pour désigner, par un autre mot que celui de « dénonciateur », trop chargé historiquement, « toute personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général »<sup>21</sup>. Tel fut, par exemple, le cas d'Irène Franchon. Pneumologue, cette dernière a livré un combat de plusieurs années auprès des autorités françaises pour faire interdire le Mediator, prescrit contre le diabète, en raison des risques d'accidents cardiaques liés à la consommation de ce médicament<sup>22</sup>.

La conjoncture est la même qu'aux États-Unis : une série de crises conjuguée à une perte de confiance de l'opinion publique dans les mécanismes traditionnels permettant de prévenir et de réagir à ces crises<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> En ce sens, v. not. T. M. DWORKIN, « Foreword », in *International Handbook on Whistleblowing Research* (D. LEWIS, A. J. BROWN e.a., éd.), Cheltenham, Elgar, 2014, p. XX.

<sup>18</sup> « Mécanisme par lequel un employé, ancien ou actuel, révèle des actes répréhensibles commis sous le contrôle de son employeur à quelqu'un qui est capable de faire quelque chose pour y remédier » (nous traduisons) : J. P. NEAR et M. P. MICELI, « Organizational dissidence: The case of whistleblowing », *Journal of Business Ethics*, February, 4 (1), 1985, p. 4, disponible sur [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net) (consulté le 7 juin 2017).

<sup>19</sup> V. not. L. ROMANET et L. BENAÏCHE, *Les lanceurs d'alerte, auxiliaires de justice ou gardiens du silence ? L'alerte éthique en droit français*, Paris, Editions de Santé, 2014 ; Conseil d'État français, « Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger », étude adoptée le 25 février 2016 par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, La Documentation française, 2016.

<sup>20</sup> Ces travaux étaient menés dans le cadre d'un programme du Centre national de la recherche scientifique (CNRS), dirigé par Claude Gilbert et intitulé « Risques collectifs et situations de crise ».

<sup>21</sup> F. CHATEAURAYNAUD, « Lanceur d'alerte », in *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation* (I. CASILLO avec R. BARBIER, L. BLONDIAUX, F. CHATEAURAYNAUD, e.a., dir.), Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, disponible sur [www.dicopart.fr](http://www.dicopart.fr) (consulté le 17 mai 2017). V. aussi l'étude précitée du Conseil d'État français, Annexe 6 – Contribution du professeur Henri Oberdorff sur la notion d'alerte éthique, p. 111.

<sup>22</sup> V. not. A. POUCHARD, « Affaire du Mediator : le point si vous avez raté un épisode », *Le Monde.fr*, 12 décembre 2012 (consulté le 28 février 2018).

<sup>23</sup> M. BARDIN, *op. cit.*, p. 257.

### 3. Un rapprochement discutable

12. Depuis une dizaine d'année, l'échelle de grandeur a considérablement changé. Que l'on pense à l'affaire du glyphosate, l'herbicide controversé commercialisé par Monsanto, à l'affaire « Snowden », du nom de l'ancien employé de la CIA<sup>24</sup> et de la NSA<sup>25</sup> ayant révélé les pratiques de surveillance massive menées par les gouvernements américain et britannique, ou encore à l'affaire des « Panama Papers », ces millions de fichiers confidentiels (11,5 millions d'après la presse) dérobés au cabinet d'avocats panaméen Mossack Fonseca.

Ces affaires planétaires ont conduit à une convergence des notions de « whistleblower » et de « lanceur d'alerte ». L'expression « lanceur d'alerte » a ainsi été reprise tant dans les milieux scientifiques, médiatiques que politiques, pour traduire l'expression américaine de « whistleblower ». Edward Snowden et John Doe, la source des « Panama Papers », furent ainsi qualifiés de « whistleblowers » dans les pays anglophones et de « lanceurs d'alerte » dans les pays francophones.

13. Ce rapprochement ne doit pas occulter l'écart qui sépare, à l'origine, le whistleblowing à l'américaine de l'alerte éthique à la française. Cette dualité nous paraît fondamentale en ce qu'elle explique, d'une part, la variété de régimes juridiques en la matière et, d'autre part, l'ambiguïté des impressions que suscite le lancement d'alerte parmi l'opinion.

L'objectif du whistleblowing est de régler prioritairement les faits dénoncés en interne, au sein de l'organisation, alors que celui du lancement d'alerte est bien de les révéler sur la place publique, laquelle s'est aujourd'hui dématérialisée au profit de l'Internet et des réseaux sociaux. Ceci implique que, dans le premier cas, on s'adresse à une personne ou autorité capable de régler le problème alors que, dans le second cas, on se dirige vers une personne capable de diffuser une information (quitte à ce qu'elle soit récupérée ensuite par les autorités, comme on l'a vu dans les « Panama Papers »). Ensuite, le whistleblowing se rapporte, à la base, au signalement d'un acte irrégulier ou illégal tandis que le lancement d'alerte renvoie à l'anticipation d'un risque<sup>26</sup>. Enfin, alors que le whistleblowing cherche à préserver l'organisation mise en cause, selon une idée de responsabilité sociale, le lancement d'alerte tend plutôt à remettre en cause l'organisation ou le système dénoncé. Les détracteurs du glyphosate, en dénonçant les effets dangereux de ce produit, attaquent aussi une entreprise, Monsanto, le

<sup>24</sup> Central Intelligence Agency.

<sup>25</sup> National Security Agency.

<sup>26</sup> F. CHATEAURAYNAUD, *op. cit.*

« géant américain de l'agroalimentaire »<sup>27</sup>, et ce qu'elle représente à une époque où le capitalisme est largement questionné.

14. L'ambivalence que nous venons de dépeindre se répercute sur la conception du lancement d'alerte en droit européen. La proposition de directive déposée par la Commission européenne le 23 avril dernier se fait encore le témoin de cette dualité<sup>28</sup> que Jean-Philippe Foegle exprime au travers des concepts de lancement d'alerte « démocratique » et de lancement d'alerte « managérial »<sup>29</sup>.

En son sens « démocratique », le lancement d'alerte se conçoit comme une extension de la liberté d'expression, laquelle est protégée juridiquement parce qu'elle constitue, pour reprendre l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme, « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »<sup>30</sup>. En son sens « managérial » ou « monitoire » (de l'anglais « monitor »)<sup>31</sup>, le lancement d'alerte est encouragé et favorisé dans les hypothèses où il permet de réaliser des objectifs de politique publique. La sensibilité de cette seconde approche tient au fait qu'elle érige la dénonciation au rang de mode de gouvernance. Or, une telle façon de faire était, jusqu'à présent, plutôt l'apanage des régimes totalitaires que des régimes démocratiques.

15. Le lancement d'alerte à l'européenne apparaît à nos yeux comme la résultante de ces deux notions. À la lumière de la Recommandation (2014)7 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe<sup>32</sup> et de la toute récente proposition de directive de la Commission européenne<sup>33</sup>, le lancement d'alerte à l'européenne peut se définir comme le signalement ou la révélation d'informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général

<sup>27</sup> S. SEELOW, « Monsanto, un demi-siècle de scandales sanitaires », *Le Monde.fr*, 16 février 2012 (consulté le 28 février 2018).

<sup>28</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, Mémoire explicatif, pp. 1-2.

<sup>29</sup> J.-Ph. FOEGLE, « Le lanceur d'alerte dans l'Union européenne : démocratie, management, vulnérabilité(s) », in *Les lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?* M. DISANT et D. POLLET-PANOUSSIS (dir.), Issy-les-Moulineaux, Lextenso, 2017, p. 110. Dans le même sens, v. aussi, W. VANDEKERCKHOVE, « Freedom of expression as the « broken promise » of whistleblower protection », *La Revue des droits de l'homme [en ligne]*, n° 10/2016 ; P. MBONGO, « Manning, Snowden... Deux questions sur les "lanceurs d'alerte" », *The Huffington Post.fr*, 31 juillet 2013 (consulté le 8 août 2017).

<sup>30</sup> Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, req. nos 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, § 53. V. aussi Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n° 5493/72, § 49.

<sup>31</sup> V. not. pour une telle conception « whistleblower like a monitor » : B. FASTERLING, « Whistleblower Protection : A Comparative Law Perspective », in *International Handbook on Whistleblowing Research* (D. LEWIS, A. J. BROWN e.a., éd.), Cheltenham, Elgar, 2014, pp. 340-345.

<sup>32</sup> Recommandation CM/Rec (2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014, Annexe, Section IV, Principe 14.

<sup>33</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, art. 1 et 2.

dans le contexte de la relation de travail. Plus concrètement, la Commission européenne renvoie aux violations actuelles ou potentielles du droit de l'Union dans certains domaines de politiques spécifiques<sup>34</sup>.

### B. – Les éléments constitutifs du lancement d'alerte

16. Le lancement d'alerte se compose de quatre éléments centraux : le lanceur d'alerte, l'acte de signalement, la partie auprès de qui le signalement est effectué et l'organisation concernée, directement ou indirectement, par le signalement<sup>35</sup>.

#### 1. Le lanceur d'alerte

17. En Europe, le statut de lanceur d'alerte ne semble pouvoir être reconnu qu'à une personne qui signale des informations dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé<sup>36</sup>.

Une protection juridique spécifique s'impose ici pour trois motifs. Tout d'abord, le travailleur jouit d'un accès privilégié aux informations de l'organisation pour laquelle il travaille<sup>37</sup>. Partant, il est « le mieux placé pour agir dans l'intérêt général en avertissant son employeur ou l'opinion publique »<sup>38</sup>. Ensuite, il se trouve dans une évidente situation de vulnérabilité économique vis-à-vis de son employeur, duquel dépend *de facto* son emploi<sup>39</sup>. Enfin, ce lien de subordination va de pair avec un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion à l'égard de l'employeur<sup>40</sup>. Amené à « opposer une loyauté à une autre » – celle de son organisation, d'une part, et celle de la société dans

<sup>34</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, art. 3 (1). V. aussi l'annexe (Part I et II) qui accompagne la proposition de directive.

<sup>35</sup> J. P. NEAR et M. P. MICELI, *op. cit.*, p. 2.

<sup>36</sup> Recommandation CM/Rec (2014)7, Annexe, Définitions, a). V. aussi Proposition de directive du 23 avril 2018, article 2 et considérant n° 25 ; le document de travail publié par la Commission européenne en vue de la consultation publique organisée du 3 mars au 29 mai 2017 à propos de la protection des lanceurs d'alerte (p. 2) : G29, Avis n° 1/2006 du 1<sup>er</sup> février 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 (ci-après : Avis n° 1/2006), WP 117, p. 6.

<sup>37</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, considérant n° 25.

<sup>38</sup> V. not. Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Heimisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011, req. n° 28274/08, § 63.

<sup>39</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, considérant n° 24.

<sup>40</sup> V. not. Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Medzlis Islamske Zajednice Brcko et autres c. Bosnie-Herzégovine*, 27 juin 2017, req. n° 17224/11, § 80.

laquelle il évolue, d'autre part – le travailleur doit faire face à un inévitable « conflit de loyautés »<sup>41</sup>.

Au-delà, le lancement d'alerte exacerbe un problème éthique fondamental qui sous-tend le rapport aux autres dans toute société : faut-il dire la vérité ou garder le secret<sup>42</sup> ? Faut-il raccuser ou pratiquer l'omerta ? Un problème surgit lorsque la règle légale et/ou éthique du secret entre en conflit avec celle de la transparence et inversement. Mais comment résoudre ce problème fondamental ? La réponse à cette question dépasse de loin le cadre du présent article, mais cette question méritait d'être signalée.

18. L'appréciation du champ d'application personnel se veut large. Ainsi, si en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le statut protecteur de lanceur d'alerte n'a été accordé qu'à un fonctionnaire ou un employé, il semble établi que la notion de « travailleur » doit également inclure les travailleurs temporaires et à temps partiel, les stagiaires, les bénévoles ainsi que les anciens et futurs employés<sup>43</sup>. De plus, la proposition de directive déposée par la Commission européenne le 23 avril dernier entend étendre la notion à d'autres catégories de personnes physiques ou morales, qui sans être « travailleurs » au sens de l'article 45 TFUE, peuvent jouer un rôle clé dans la révélation de manquements au droit de l'Union et peuvent se trouver, eu égard à leur relation professionnelle, dans une situation

<sup>41</sup> V. not. Q. VAN ENIS, « Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la « post-vérité » ? », in *Le secret, recyclage en droit*, Limal, Anthemis, 2017, p. 129, n° 41 ; C. ALFORD, *Whistleblowers: Broken lives and organizational power*, Ithaca, Cornell University Press, 2002, p. 78 ; S. SCHEHR, « L'alerte comme forme de déviance : les lanceurs d'alerte entre dénonciation et trahison », *Déviance et Sociétés*, vol. 32, n° 2, 2008, p. 157 ; M. DUPISSON, *Le droit d'alerter. Etude sur la protection de l'intégrité physique des personnes*, thèse de doctorat en droit privé et sciences criminelles, 20 novembre 2013, p. 140 ; M. P. MICELI, S. DREYFUS et J. P. NEAR, « Outsider 'whistleblowers' : Conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing' behavior », in *International Handbook on Whistleblowing Research* (D. LEWIS, A. J. BROWN e.a., éd.), Cheltenham, Elgar, 2014, pp. 71-94 ; J.-Ph. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte. Étude comparée France – États-Unis », *La Revue des droits de l'homme [on line]*, n° 2014/6, p. 18.

<sup>42</sup> H. BURKERT, « Le droit d'accès en tant que droit de l'homme et l'éthique de la communication », *Éthique publique [En ligne]*, vol. 6, n° 2/2004, p. 13, mis en ligne le 20 novembre 2015, consulté le 5 mars 2018.

<sup>43</sup> Recommandation CM (2014)7, Annexe, Section II, Principes 3 et 4 et Exposé des motifs, § 45 ; Proposition de directive du 23 avril 2018, articles 2 et 3 (10) et considérants n°s 25 et 28. V. aussi Convention des Nations Unies contre la Corruption (United Nations Convention Against Corruption – UNCAC), adoptée par l'Assemblée générale par la Résolution n° 58/4 du 31 octobre 2003 et en vigueur depuis le 14 décembre 2005, art. 33 ; Transparency International, *International Principles for Whistleblower Legislation : Best Practices for Laws to Protect Whistleblowers and Support Whistleblowing in the Public Interest*, 2013, p. 4, point 4) ; Rapport du Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, David Kaye, sur la protection des sources d'information et des lanceurs d'alerte, A/70/361, 8 septembre 2015, pp. 15-16 ; Groupe des Verts/ALE du Parlement européen, *Draft directive « Whistleblower protection in the public and private sector in the European Union »*, 23 avril 2016, art. 3, c).

de vulnérabilité économique<sup>44</sup>. On pense, par exemple, aux clients, fournisseurs et autres cocontractants, actionnaires et autres tiers en rapport avec l'employeur<sup>45</sup>, soit à l'ensemble des personnes gravitant autour de l'organisation sous le contrôle duquel des irrégularités sont susceptibles d'être commises<sup>46</sup>.

## 2. Le signalement

19. Le signalement doit porter sur des informations concernant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général qui ont été découvertes dans le contexte d'une relation de travail<sup>47</sup>. Que la menace soit potentielle n'a pas d'importance du moment qu'elle est susceptible de se réaliser<sup>48</sup>. Il peut s'agir d'actions ou d'omissions ou de toute révélation d'informations sur de tels faits<sup>49</sup>.

Quoique les États membres sont libres de déterminer, comme ils l'entendent, ce que recouvre la notion d'« intérêt général », les instances européennes ont émis quelques orientations sur le sujet. En particulier, mentionnons que le Parlement européen insiste sur l'importance de « protéger, dans le secteur privé comme dans le secteur public, ceux qui détectent des erreurs de gestion et des irrégularités et qui dénoncent des cas de corruption nationaux et transfrontaliers liés à des intérêts financiers de l'Union européenne »<sup>50</sup>. De son côté, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a focalisé le débat, dans la droite ligne de la conception

<sup>44</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, article 3 (9) et considérant n° 27.

<sup>45</sup> Recommandation CM (2014)7, Exposé des motifs, point 45 et proposition de directive du 23 avril 2018, art. 2.

<sup>46</sup> En ce sens, v. not. le Rapport du Parlement européen du 10 octobre 2017 sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics (2016/2224(INI)), § 14. Notons que des auteurs américains ont forgé, à côté du concept de « *whistle-blower* », le concept de « *bell-ringing* » pour désigner précisément l'alerte lancée par des personnes externes à l'organisation (« *outsiders* »), tels que des clients ou des consommateurs (M. P. MICELI, S. DREYFUS et J. P. NEAR, *op. cit.*, pp. 71-94).

<sup>47</sup> Recommandation CM (2014)7, Annexe, Définitions, a) ; Proposition de directive précitée du 23 avril 2018, considérant n° 1 ; Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, req. n° 14277/04, § 72. V. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch*, § 93 ; Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *Görmsis et autres c. Turquie*, 19 janvier 2016, req. n° 49085/07, § 76.

<sup>48</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, considérant n° 30 et art. 3 (1).

<sup>49</sup> Recommandation CM (2014)7, Annexe, Définitions, b) et proposition de directive du 23 avril 2018, art. 3 (2).

<sup>50</sup> Résolution du Parlement européen du 23 octobre 2013 sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux: recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre (rapport final) (2013/2107(INI)), § 14. V. aussi Résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), § F.

démocratique du lancement d'alerte véhiculée au sein du Conseil de l'Europe, sur le respect des droits de l'homme et de l'état de droit<sup>51</sup>.

Dans sa proposition de directive du 23 avril dernier, la Commission européenne a choisi de lister les faits susceptibles d'être dénoncés par un lanceur d'alerte. Il peut s'agir notamment d'un manquement dans le domaine des services financiers, de la prévention du blanchiment d'argent et du financement du terrorisme, d'un manquement affectant les intérêts financiers de l'Union ou d'un manquement relatif au marché intérieur, tel qu'une violation des règles en matière d'impôt des sociétés ou un mécanisme dont la finalité est d'obtenir un avantage fiscal qui contourne l'objet ou la finalité du droit fiscal applicable<sup>52</sup>.

20. À la faveur des scandales financiers de ces dernières années, une question importante mérite d'être mise en exergue : le lancement d'alerte peut-il porter sur des activités préjudiciables sans être illégales, voire sur des pratiques jugées immorales ? Tel semble être le cas dans le régime imaginé par la Commission européenne. Dans sa proposition de directive du 23 avril dernier, la Commission précise effectivement que doivent être protégés, non seulement le signalement d'activités illégales, mais aussi celui d'abus de droit, à savoir des « actes ou omissions relevant du champ d'application du droit de l'Union qui ne se présentent pas en tant que tels comme illégaux mais qui nuisent aux objectifs ou aux finalités poursuivies par les règles applicables »<sup>53</sup>. Tel est le cas de certaines pratiques d'évitement licite de l'impôt, en raison de leur degré extrême de complexification et de l'importance des montants éludés par ce biais<sup>54</sup>. De telles mesures sont sanctionnées par des dispositions dites « anti-abus »<sup>55</sup>. À ce sujet, une distinction capitale doit être opérée entre la fraude fiscale et l'évasion fiscale, seule la fraude fiscale étant en règle illicite<sup>56</sup>.

<sup>51</sup> Recommandation CM/Rec (2014)7, Annexe, Section I, Principe 2.

<sup>52</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, art. 1.1, a), ii) ; art. 1.1.c), art. 1.1.d) et Annexe, Partie I et II. V. aussi Document de travail publié par la Commission européenne en vue de la consultation publique organisée du 3 mars au 29 mai 2017 à propos de la protection des lanceurs d'alerte, p. 2.

<sup>53</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, art. 3 (3) et considérant n° 29.

<sup>54</sup> M. BOURGEOIS et A. LACHAPPELLE, « Multinationales : la lutte contre l'évasion fiscale en Europe », *Journal de droit européen*, 2016/8, n° 232, pp. 302-303.

<sup>55</sup> V. not. en Belgique M. BOURGEOIS et A. NOLLET, « La réécriture de la mesure "générale anti-abus" applicable en matière d'impôts sur les revenus, de droits d'enregistrement et de droits de succession », *Journal des tribunaux*, 2012, n° 6483, pp. 493-504.

<sup>56</sup> La « fraude fiscale » se caractérise par la présence de deux éléments : un élément « matériel », à savoir une altération de la vérité (violation de la loi fiscale au sens large), et un élément « moral », à savoir l'intention d'éviter, ou de réduire, la charge fiscale finalement due. L'expression « évasion fiscale » recouvre, quant à elle, des pratiques d'évitement licite de l'impôt qui, comme son nom l'indique, sont licites. Dans cette hypothèse, l'élément matériel requis pour la fraude fiscale est, en effet, absent. Seul l'élément moral est présent. V. not. J. KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 55, n° 1.27.

En ce sens, la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg avait déjà admis, dans l'affaire *LuxLeaks*, que la dénonciation de la pratique de l'optimisation fiscale par des entreprises transnationales puisse relever de l'intérêt général, de par le débat public suscité sur l'imposition des sociétés, sur la transparence fiscale, la pratique des rescrits fiscaux et sur la justice fiscale en général<sup>57</sup>.

21. Enfin, il importe que les informations dénoncées soient jugées confidentielles ou secrètes par l'organisation concernée. Cela signifie, aux yeux de la Cour de Strasbourg, que les informations ne sont pas facilement ou publiquement accessibles<sup>58</sup>. Ceci explique que le *whistleblowing* soit historiquement limité aux travailleurs dans la mesure où ce sont eux qui disposent, par hypothèse, d'un accès privilégié à l'information d'une entreprise ou d'une institution publique<sup>59</sup>, ce que la récente proposition de directive européenne ne manque pas de souligner<sup>60</sup>.

La définition de ce qui est confidentiel peut fortement différer d'un pays à un autre en fonction des sensibilités nationales. Ainsi, la Finlande, de tradition protestante, prévoit la publicité de certaines données fiscales selon les modalités prévues par la loi<sup>61</sup> tandis que la Belgique, de tradition catholique, défendaient encore, jusqu'il y a peu, une certaine forme de secret s'agissant des données fiscales<sup>62</sup>. L'Autorité nationale de protection des données a même argué, à l'occasion d'un avis de 2007, que « même si les données fiscales en tant que telles ne sont pas reprises sous la qualification de "données sensibles" sensu stricto [dans le régime européen de protection des données], elles ont une telle connotation et sont souvent – et à juste titre – considérées comme sensibles et ayant un impact important sur la sphère de la vie privée »<sup>63</sup>. Le mouvement international et européen de transparence

<sup>57</sup> Cour d'appel du Grand-Duché du Luxembourg (10e ch.), arrêt du 15 mars 2017, affaire dite « LuxLeaks », disponible sur le site [www.justice.public.lu](http://www.justice.public.lu) (consulté le 21 mars 2017).

<sup>58</sup> V. Cour eur. D.H., arrêt *Guja*, § 72 ; Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., déc. *Balenović c. Croatia*, 30 septembre 2010, req. n° 28369/07 ; arrêt *Medzlis*, § 80. En ce sens, v. not. V. JUNOD, « La liberté d'expression du whistleblower. Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Guja c. Moldova*, 12 février 2008 », *Rev. trim. dr. h.*, n° 2009/77, p. 245.

<sup>59</sup> V. not. P. B. JUBB, « *Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation* », *Journal of Business Ethics*, n° 21, 1999, p. 86.

<sup>60</sup> Proposition de directive du 23 avril, Mémoire explicatif, p. 10.

<sup>61</sup> Art. 5 de la loi n° 1346/1999 sur la publication et la confidentialité des informations fiscales. L'application de cette disposition était au cœur de l'affaire *Satamedia* (v. *infra* n° 34). Sur la notion de transparence dans les pays du Nord, v. not. H. BURKERT, *op. cit.*, p. 6 ; J.-F. KERLÉO, « Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ? Classification et conceptualisation d'une catégorie juridique insaisissable », in *Les lanceurs d'alerte. Quelle protection juridique ? Quelles limites ?* (M. DISANT et D. POLLET-PANOUSIS, dir.), Issy-les-Moulineaux, Lextenso, 2017, p. 26.

<sup>62</sup> Sur le « secret bancaire fiscal » à la belge, voy. not. les références citées *supra* note 4.

<sup>63</sup> CPVP, avis n° 01/2007 du 17 janvier 2007, p. 2, point 4. En ce sens, v. aussi *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-3064/001, avis de la section de législation du Conseil d'État n° 42.034/2 sur le projet de loi relatif à certains traitements de données à caractère personnel par le Service Public Fédéral Finances, p. 74.

fiscale et d'échange d'informations devrait néanmoins avoir raison de ces réticences culturelles.

### 3. Le destinataire de la dénonciation : interne – externe – public

22. Au sein du lancement d'alerte, on distingue communément trois types de signalement : le signalement interne, le signalement externe et la révélation publique<sup>64</sup>. Le signalement interne a lieu au sein d'une organisation ou d'une entreprise ; le signalement externe intervient auprès d'organes réglementaires publics, d'autorités de répression ou d'organes de contrôle ; la révélation publique d'informations peut se faire, quant à elle, auprès d'un journaliste, d'une organisation non gouvernementale, d'un parlementaire ou directement via une page web ou une plateforme en ligne<sup>65</sup>. Dans les trois cas, le dépôt d'une dénonciation passe aujourd'hui, presque nécessairement, par le truchement d'une plateforme ou d'une interface dont les données sont stockées sur un réseau informatique.

23. Le signalement public représente indubitablement le mode de signalement le plus attentatoire pour l'organisation concernée, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'une administration.

Parfois englobé sous le couvert du signalement externe, le signalement public se distingue fondamentalement du signalement interne et externe en ce qu'il s'adresse, non pas directement à une personne ou organe chargé d'investiguer sur le fait dénoncé, et d'y mettre fin, le cas échéant, mais à un intermédiaire qui sert de passeur. Cette précision fait écho à la distinction que nous avons épinglée plus haut entre le *whistleblowing* américain et l'alerte éthique à la française.

<sup>64</sup> V., entre autres, chapitres II et III de la proposition de directive du 23 avril 2018; Recommandation CM/Rec (2014)7, Annexe, Section IV, Principe 14; Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017 sur les mesures légitimes visant à protéger les lanceurs d'alerte qui divulguent, au nom de l'intérêt public, des informations confidentielles d'entreprises et d'organismes publics, 2016/2224(INI), considérant F; Groupe des Verts/ALE du Parlement européen, Draft directive, précité, articles 6-8; Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC), *Resource Guide on Good Practices in the Protection of Reporting Persons*, New York, United Nations, 2015, pp. 29-45; Rapport préc., A/70/361, pp. 18-19; OECD, *Committing to Effective Whistleblower Protection*, Paris, OECD Publishing, 2016, p. 53. V. aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., arrêt *Guja*; déc. *Bathellier*; arrêt *Heimisch*; arrêt *Bucur*; arrêt *Görmüs*). Du côté de la doctrine, v. not. T. DEVINE et T. F. MAASSARANI, *op. cit.*, chapitre 4; R. MOBERLY, « 12. 'To persons or organizations that may be able to effect action': Whistleblowing recipients », in *International Handbook on Whistleblowing Research* (D. LEWIS, A. J. BROWN e.a., éd.), Cheltenham, Elgar, 2014, pp. 273-297.

<sup>65</sup> Recommandation CM/Rec (2014)7, Annexe, Section IV, Principe 14. V. aussi la proposition de directive du 23 avril 2018, articles 3 (6), (7) et (8) et considérant n° 32.

#### 4. L'organisation contre laquelle le signalement est introduit

24. Enfin, et c'est là le dernier élément constitutif, la Cour européenne des droits de l'homme distingue selon que le lanceur d'alerte relève du secteur public ou du secteur privé. Si tout travailleur jouit du droit à la liberté d'expression, la juridiction estime en effet que le devoir de réserve auquel est soumis un fonctionnaire de l'État doit être apprécié plus strictement<sup>66</sup>.

Il n'empêche que la protection des lanceurs d'alerte doit couvrir à la fois le travailleur du secteur public et celui du secteur privé<sup>67</sup>. En pratique, cette protection peut être globale ou sectorielle. Par exemple, le *Public Interest Disclosure Act* (« PIDA ») protège à la fois, au Royaume-Uni, les lanceurs d'alerte du secteur public et ceux du secteur privé, alors que le *Whistleblower Protection Act* (« WPA ») ne protège, aux États-Unis, que les fonctionnaires de l'administration fédérale<sup>68</sup>.

## II. ... UNE ATTEINTE AU SECRET FINANCIER VOULUE PAR L'AUTORITÉ

25. Il découle de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, construite au départ de l'arrêt de principe rendu dans l'affaire *Guja*, que le lancement d'alerte représente une extension de la liberté d'expression, spécialement protégée en raison de son rôle vital dans une société démocratique. La juridiction strasbourgeoise établit, dans ce cadre, un juste équilibre entre les intérêts, libertés et droits des parties concernées, ce qui conduit, plus essentiellement, à pondérer deux valeurs fondamentales, celle de la transparence et celle du secret.

Le lancement d'alerte est parfois spécifiquement encouragé en vue d'asseoir des politiques d'intérêt public, spécialement dans le domaine économique et financier. En l'état actuel du droit, l'obligation d'instaurer un dispositif d'alerte existe, pour le secteur privé, dans la plupart des États membres de l'Union européenne en vue de mieux réguler le secteur

<sup>66</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Guja*, § 70.

<sup>67</sup> V. not. le document de travail publié par la Commission dans le cadre de la consultation publique sur la protection des lanceurs d'alerte, préc., p. 2 ; Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017, préc., points I<sup>er</sup> et T ; Recommandation CM/Rec (2014)7, Annexe, Définitions, a).

<sup>68</sup> V. not. Septième rapport général d'activité (2006) du GRECO, adopté lors de la 32<sup>e</sup> réunion plénière du GRECO, p. 12.

bancaire<sup>69</sup>, de lutter contre les abus de marché<sup>70</sup>, contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme<sup>71</sup> et de garantir la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer<sup>72</sup> ainsi que des transports maritimes<sup>73</sup> et des transports en avion<sup>74</sup>. À la lecture de la proposition de directive du 23 avril dernier, on peut du reste s'attendre à la création d'une telle obligation dans bien d'autres domaines relevant du droit de l'Union<sup>75</sup>, notamment dans le domaine de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales, conformément au rapport de la Commission PANA<sup>76</sup>.

<sup>69</sup> Directive 2013/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, modifiant la directive 2002/87/CE et abrogeant les directives 2006/48/CE et 2006/49/CE, *J.O.U.E.*, L 176/338 à L 176/436, 27 juin 2013 (directive bancaire) et directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II), *J.O.U.E.*, L 335/1 à L 335/155, 17 décembre 2009 (directive Solvabilité II).

<sup>70</sup> Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 173/1 à L 173/61, 12 juin 2014.

<sup>71</sup> Directive (UE) 2015/849 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 141/73 à L 141/117, 5 juin 2015 (Quatrième Directive anti-blanchiment).

<sup>72</sup> Directive (UE) 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, *J.O.U.E.*, L 178/66 à L 178/106, 28 juin 2013, article 22, considérant n° 41 et annexe IV.

<sup>73</sup> Directive 2013/54/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à certaines responsabilités de l'État du pavillon en ce qui concerne le respect et la mise en application de la convention du travail maritime, 2006, *J.O.U.E.*, 10 décembre 2013, L 329/1 à L 329/4 et Directive 2009/16/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative au contrôle par l'État du port, *J.O.U.E.*, L 131/57 à L 131/100, 28 mai 2009, article 23.5.

<sup>74</sup> Règlement (UE) n° 376/2014 du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant les comptes rendus, l'analyse et le suivi d'événements dans l'aviation civile, modifiant le règlement (UE) n° 996/2010 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2003/42/CE du Parlement européen et du Conseil et les règlements de la Commission (CE) n° 1321/2007 et (CE) n° 1330/2007, *J.O.U.E.*, L 122/18 à L 122/43, 24 avril 2014, articles 4 et 5.

<sup>75</sup> Conformément au principe de proportionnalité, la proposition de directive du 23 avril 2018 n'établit des standards minimum communs de protection que dans certains domaines de politique. Ceux-ci ont été sélectionnés sur la base de trois critères, selon (i) qu'il existe un besoin de renforcer l'effectivité du droit en question ; ii) que la pauvreté des signalements est un facteur clé qui affecte l'effectivité du droit en question ; iii) que les manquements au droit de l'Union peuvent résulter en des atteintes sérieuses à l'intérêt public (Mémorandum explicatif, p. 6 et considérant n° 5).

<sup>76</sup> Committee of Inquiry to investigate alleged contraventions and maladministration in the application of Union law in relation to money laundering, tax avoidance and tax evasion (Commission PANA), Report on the inquiry into money laundering, tax avoidance and tax evasion (2017/2013(INI)), 16 November 2017, §§ 171-174. Dans le même sens, v. le rapport de la Commission belge « *Panama Papers* » (Rapport fait au nom de la Commission spéciale « Fraude fiscale internationale/Panama Papers » : Les *Panama Papers* et la fraude fiscale internationale, 31 octobre 2017, *doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2749/001, recommandation n° 23, p. 28).

### A. – La liberté de lancer l'alerte dans le domaine financier

26. Le droit de dénoncer des irrégularités appartient, en tant que volet du droit à la liberté d'expression, à tout citoyen. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme estime qu'une protection spécifique « peut s'imposer lorsque l'employé ou le fonctionnaire 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 »<sup>77</sup>. C'est ainsi que la juridiction a reconnu, sous le prisme du droit à la liberté d'expression, le droit des fonctionnaires et des autres salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, autrement dit de lancer l'alerte.

Si ce n'est qu'à quelques rares reprises que la juridiction strasbourgeoise a été amenée à se prononcer sur la divulgation d'informations au sujet d'une entreprise (en l'occurrence, publique), la juridiction strasbourgeoise a estimé que les principes de protection établis dans son arrêt *Guja*, confirmés à l'occasion d'un second arrêt<sup>78</sup>, pouvaient s'appliquer au secteur privé dès lors que le devoir de réserve, de discrétion et de loyauté y est apprécié plus soûplement<sup>79</sup>.

27. Selon les principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>80</sup>, la divulgation au public ne doit intervenir qu'en dernier ressort. L'information publiée doit ensuite présenter un intérêt public et être authentique ; le dénonciateur doit agir de bonne foi ; l'intérêt du public d'obtenir l'information dénoncée doit peser plus lourd que le dommage

<sup>77</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Guja*, § 72 ; arrêt *Martchenko*, § 46 ; arrêt *Heinisch* § 63 ; arrêt *Bucur*, § 93. Notons que la structure d'analyse adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme demeure similaire, que le droit à la liberté d'expression soit exercé par un travailleur du secteur privé ou public, qu'il soit qualifié de « lanceur d'alerte » ou non. Dans un premier temps, elle vérifie si les faits allégués sont susceptibles de représenter une « ingérence ». Le cas échéant, elle examine alors si ladite ingérence est « prévue par la loi », si elle poursuit l'une ou l'autre finalité légitime énumérée au second paragraphe de l'article 10 de la Convention, et enfin, si elle est « nécessaire dans une société démocratique » afin d'accomplir ces finalités.

<sup>78</sup> Cour eur. D.H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *Guja c. Moldavie* (n° 2), 27 février 2018, req. n° 1085/10.

<sup>79</sup> En l'occurrence, les employés donneurs d'alerte travaillaient dans une société détenue par l'État, mais dans laquelle la relation entre l'employeur et ses employés obéissait aux règles de droit privé. Dans l'affaire *Heinisch*, la maison de repos dont les pratiques étaient dénoncées était détenue principalement par le Land de Berlin. Et dans l'affaire *Bathellier*, le requérant était le directeur d'un centre EDF-GDF (Loir & Cher) sachant que EDF-GDF était, au moment des faits, un établissement public à caractère industriel et commercial.

<sup>80</sup> Sur ces principes, v. not. Q. VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 95-151 ; V. JUNOD, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? (Cour eur. dr. h., *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013) », *Rev. trim. dr. h.*, 2014/98, pp. 459-482 ; K. ROSIER, « Chapitre III : hypothèses dans lesquelles une violation des obligations de secret ou de confidentialité pourrait être admise, Section 1. *Whistleblowing* », in *Secret et loyauté dans la relation de travail* (S. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER et S. PALATE, dir.), Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 129-150.

supporté par l'employeur ; enfin, la gravité de la sanction encourue par le dénonciateur est prise en considération par le juge.

Les principes établis par la Cour européenne sont cumulatifs bien que certains semblent occuper une place prépondérante, tel que celui relatif à l'existence d'autres moyens de divulgation<sup>81</sup>, qui est placé systématiquement en tête<sup>82</sup> ou mis en exergue par la Cour elle-même<sup>83</sup>.

Nous proposons de détailler ces principes dans les lignes qui suivent.

#### 1. L'existence d'autres moyens pour procéder à la divulgation

28. Suivie en ce sens par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe<sup>84</sup> et la Commission européenne<sup>85</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme préconise le suivi d'une procédure échelonnée eu égard au devoir de loyauté, de réserve et de discrétion auquel est astreint le lanceur d'alerte<sup>86</sup>. Il importe que ce dernier « procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente. La divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement »<sup>87</sup>. La formulation alternative utilisée s'agissant du signalement interne et du signalement externe ne doit pas tromper : en principe, le lanceur d'alerte doit, d'abord, faire part de ses préoccupations en interne, au sein de son entreprise ou de son administration, avant de les signaler en externe aux autorités<sup>88</sup>.

29. La procédure échelonnée suggérée par la juridiction européenne n'est néanmoins pas absolue. Une appréciation au cas par cas plutôt qu'une hiérarchie stricte entre les canaux de signalement doit être préférée<sup>89</sup>. S'il n'existe pas de dispositif d'alerte permettant de faire part de ses préoccupations en interne, ou si celui-ci s'avère inefficace ou inadapté compte tenu de la nature du problème, le lanceur d'alerte devrait pouvoir légitimement, sans perdre le bénéfice de sa protection, passer directement à

<sup>81</sup> Q. VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 131-132, n° 47.

<sup>82</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch*, § 65 ; arrêt *Guja*, § 73 ; arrêt *Bucur*, §§ 97-100.

<sup>83</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Medzlis*, § 80.

<sup>84</sup> Recommandation CM/Rec (2014)7, Exposé des motifs, § 67.

<sup>85</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, art. 13.

<sup>86</sup> Sur cette procédure échelonnée, v. not. V. JUNOD, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? ... », *op. cit.*, p. 468 ; K. ROSIER, *op. cit.*, p. 134.

<sup>87</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch*, § 65 ; arrêt *Guja*, § 73.

<sup>88</sup> Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 132, point 49. Pour une illustration, v. not. Cour eur. D.H., déc. *Bathellier* ; Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch*, §§ 73-76 ; Cour eur. D.H., 5<sup>e</sup> sect., arrêt *Soares c. Portugal*, 21 juin 2016, req. n° 79972/12, § 48.

<sup>89</sup> V. not. Recommandation CM/Rec (2014)7, Exposé des motifs, § 67 ; Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017, préc., point 34 ; Proposition de directive du 23 avril 2018, Mémoire explicatif, p. 12 et considérants n° 61-64.

l'échelon externe<sup>90</sup>. D'où l'importance pour une organisation de disposer de canaux de signalement interne clairs et efficaces. Des circonstances exceptionnelles, telles que la violation grave du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou d'autres droits fondamentaux par un État, de même que le risque d'un danger irréversible, peuvent également justifier de recourir directement à la divulgation au public<sup>91</sup>. Le cas échéant, l'existence, dans la législation nationale, d'une obligation de dénonciation – autrement dit de signalement externe – auprès des autorités étatiques est du reste pris en compte par la Cour de Strasbourg<sup>92</sup>. Or, le domaine financier est particulièrement propice aux obligations de dénonciation.

30. En guise d'illustration, on notera que la Cour d'appel luxembourgeoise a jugé, dans l'affaire *LuxLeaks*, que ni le signalement interne ni le signalement externe n'étaient possibles au motif que les rescrits fiscaux n'étaient pas considérés comme illégaux ni comme une anomalie au Grand-Duché de Luxembourg. Il en résulte « qu'une information du public par un média était, en l'occurrence et vu les circonstances, la seule alternative réaliste pour lancer l'alerte »<sup>93</sup>.

## 2. L'intérêt public présenté par les informations divulguées

31. Exigence classique dans le contexte de la liberté de la presse<sup>94</sup>, le critère de l'intérêt public rappelle que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a spécialement été construite en ayant égard à la divulgation publique d'informations<sup>95</sup>, même si le lancement d'alerte englobe également le signalement interne et le signalement externe ainsi que nous l'avons vu.

Dans ce cadre, la Cour rappelle systématiquement « le principe selon lequel l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou

<sup>90</sup> En ce sens, v. not. Recommandation CM/Rec (2014)7, Exposé des motifs, § 67 ; Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017, préc., point 34 ; Proposition de directive du 23 avril 2018, art. 13.2.

<sup>91</sup> En ce sens, v. Proposition de directive du 23 avril 2018, article 13.4 ; Rapport précité, A/70/361, p. 19, § 38. V. aussi la loi française « Sapin II », dont l'article 8, III, prévoit qu'« en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles », le signalement peut intervenir directement auprès d'autorités externes ou être rendu public. Sur le sujet, v. not. A. LACHAPPELLE, « La déclaration d'informations (« reporting ») comme outil de lutte contre la criminalité financière: commentaire de la décision n° 2016-741 du Conseil constitutionnel français », *Tijdschrift voor Fiscaal Recht*, n° 522, mei 2017, pp. 427-431.

<sup>92</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Heimisch*, § 74.

<sup>93</sup> Cour d'appel du Grand-Duché du Luxembourg (10<sup>e</sup> ch.), arrêt du 15 mars 2017, affaire dite « *LuxLeaks* », préc..

<sup>94</sup> Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 132, point 49.

<sup>95</sup> En ce sens, v. Rapport préc., A/70/361, p. 19, § 37.

des questions d'intérêt général »<sup>96</sup>. Dans un système démocratique, il importe que les actions ou omissions du gouvernement se trouvent « placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique »<sup>97</sup>.

Aujourd'hui, à la faveur du mouvement de responsabilité sociale et de transparence fiscale, il est manifeste que les grosses entreprises et leurs pratiques fiscales se retrouvent également sur la sellette. Les journalistes d'investigation et les ONG, telles que *Transparency International* et *Global Witness*, ont activement contribué au renforcement des attentes à l'égard des entreprises, en termes de responsabilité et de transparence<sup>98</sup>. La Commission européenne a dans cet esprit précisé, dans le document de travail élaboré à l'occasion de la consultation publique sur la protection des lanceurs d'alerte, que relèvent, entre autres, de la catégorie de menace ou préjudice pour l'intérêt général, « la fraude, la corruption, la fraude fiscale, la mauvaise gestion des deniers publics »<sup>99</sup>. La proposition de directive qu'elle a déposée récemment confirme cette tendance<sup>100</sup>.

32. Les avancées normatives et jurisprudentielles de ces dernières années abondent concrètement dans le sens d'une telle évolution.

En premier lieu, il faut mentionner que l'OCDE, recommande, au titre de l'action 13 de son projet « BEPS » (« *Base Erosion and Profit Shifting* »)<sup>101</sup>, d'instituer un mécanisme de « déclaration pays-par-pays » à charge des grandes multinationales, plus connu sous l'expression anglaise « *Country-By-Country Report* » (« CbCR »). Concrètement, cette déclaration s'impose aux groupes d'entreprises multinationales exerçant des activités dans l'Union par l'intermédiaire d'au moins un établissement (filiale ou succursale) et dont le chiffre d'affaires net consolidé mondial dépasse 750 millions d'euros. Doivent y figurer des informations relatives à la répartition mondiale des bénéfices de l'entreprise multinationale et des impôts acquittés, accompagnées de certains indicateurs concernant la localisation des activités du groupe multinational considéré.

Les informations déclarées dans ce cadre ne sont pas publiques. Elles ne sont accessibles qu'aux autorités fiscales du pays de résidence fiscale de l'entité mère ultime du groupe multinational ainsi qu'aux autres autorités fiscales concernées dans le cadre de l'échange de déclarations pays par pays.

<sup>96</sup> V. not. Cour eur. D.H., arrêt *Görmis*, § 41 ; arrêt *Guja*, § 74 ; arrêt *Heimisch*, § 66.

<sup>97</sup> V. not. Cour eur. D.H., arrêt *Guja*, § 74.

<sup>98</sup> « Corporate Transparency : The openness revolution », *The Economist.com*, 11 décembre 2014, consulté le 5 mars 2018.

<sup>99</sup> Document de travail publié par la Commission européenne en vue de la consultation publique organisée du 3 mars au 29 mai 2017 à propos de la protection des lanceurs d'alerte, p. 2.

<sup>100</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, art. 1.1.1, d).

<sup>101</sup> O.C.D.E., *Exposé des actions 2015 - Projet O.C.D.E./G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, O.C.D.E., 2015.

La Commission européenne a toutefois déposé, le 12 avril 2016, une proposition<sup>102</sup> dont l'objet est précisément de rendre accessibles au public certaines informations déjà contenues dans la « déclaration pays par pays »<sup>103</sup>.

Une telle obligation de publicité existe déjà pour le secteur bancaire<sup>104</sup> et les industries extractives et forestières<sup>105</sup>.

En l'état actuel, la proposition de la Commission n'a pas encore été adoptée<sup>106</sup>. Elle a cependant déjà fait l'objet d'une implémentation en France, mais celle-ci a été jugée contraire à la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel<sup>107</sup>.

À côté de cette initiative, il faut par ailleurs noter que la Quatrième Directive anti-blanchiment prévoit l'établissement d'un registre central des bénéficiaires effectifs (« *UBO-Register* »). Celui-ci peut prendre la forme d'un registre du commerce, d'un registre des sociétés ou d'un registre public<sup>108</sup>. En tout état de cause, les informations sur les bénéficiaires effectifs doivent être accessibles « a) aux autorités compétentes et aux CRF, sans aucune restriction; b) aux entités assujetties, dans le cadre de la vigilance à l'égard de la clientèle conformément au chapitre II; c) à toute personne ou organisation capable de démontrer un intérêt légitime »<sup>109</sup>.

33. Il convient de surcroît de revenir sur une décision que la Cour européenne des droits de l'homme a rendue en 1999 à l'occasion de l'affaire *Fressoz et Roire*. À l'origine de cette affaire figurait la publication, par le journal hebdomadaire satirique *Le Canard enchaîné*, d'informations relatives

<sup>102</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive n° 2013/34/UE en ce qui concerne la communication, par certaines entreprises et succursales, d'informations relatives à l'impôt sur les bénéfices, 12 avril 2016, COM(2016) 198 final. Sur le sujet, v. not. M. BOURGEOIS et A. LACHAPPELLE, *op. cit.*, pp. 308-309.

<sup>103</sup> Devraient ainsi figurer dans la déclaration la nature des activités, le nombre de salariés, le chiffre d'affaires net (y compris avec des parties liées), le résultat avant impôt, le montant de l'impôt sur les bénéfices dû dans le pays au titre des bénéfices réalisés pendant l'exercice en cours, le montant effectivement versé au Trésor du pays au cours de cet exercice et le montant des bénéfices non distribués.

<sup>104</sup> Art. 89 de la directive n° 2013/36/UE préc.

<sup>105</sup> Chapitre 10 de la directive n° 2013/34/UE du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive n° 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives nos 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, *J.O.U.E.*, L 182/19 à L 182/76, 29 juin 2013.

<sup>106</sup> Au 18 mai 2018, elle était en attente de la première lecture du Parlement.

<sup>107</sup> Conseil constitutionnel français, décision n° 2016-741 du 8 décembre 2016. Pour un commentaire, v. not. A. LACHAPPELLE, « La déclaration d'informations (« *reporting* ») ... », *op. cit.*, pp. 422-432.

<sup>108</sup> Art. 30.3 de la Quatrième directive anti-blanchiment. Notons que la mesure a été transposée en droit belge, mais qu'il n'a pas été opté pour le registre public.

<sup>109</sup> Art. 30.5 de la Quatrième directive anti-blanchiment. Transposition par la loi du 18 septembre 2017 et mise en œuvre par un projet d'arrêté royal relatif aux modalités de fonctionnement du registre des bénéficiaires effectifs approuvé le 30 mars 2018 par le Conseil des ministres.

aux augmentations salariales de Monsieur Jacques Calvet, patron de l'entreprise Peugeot, en pleine période d'agitation sociale. Alors que la direction de Peugeot avait refusé au personnel une augmentation salariale, les avis d'imposition de son PDG, dont un extrait accompagnait l'article litigieux, démontraient qu'il avait quant à lui bénéficié d'une sensible augmentation salariale. Manifestement, les photocopies des avis d'impositions ne pouvaient avoir été remises à la presse que par un fonctionnaire de l'administration fiscale, mais celui-ci ne put être identifié avec certitude. De leur côté, les requérants, Monsieur Fressoz et Monsieur Roire, respectivement ancien directeur de la publication de l'hebdomadaire *Le Canard Enchaîné* et journaliste pour cet hebdomadaire, furent condamnés en appel pour recel de photocopies de déclarations d'impôt provenant de la violation du secret professionnel par un fonctionnaire des impôts non identifié.

Monsieur Fressoz et Monsieur Roire ont alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En particulier, on retiendra que la Cour de Strasbourg a conclu que l'article litigieux apportait une contribution à un débat public relatif à une question d'intérêt général : celui-ci intervenait en effet « dans le cadre d'un conflit social, largement évoqué par la presse, au sein d'une des principales firmes automobiles françaises : les salariés revendiquaient des augmentations de salaires que la direction refusait. L'article démontrait que le dirigeant avait bénéficié d'importantes augmentations de salaires à l'époque, alors que parallèlement il s'opposait aux demandes d'augmentation de ses salariés »<sup>110</sup>. Aussi, la Cour a souligné que l'emploi et la rémunération suscitent généralement beaucoup d'attention de la part du public qui jouit, en vertu de l'article 10 de la Convention, du droit de recevoir des informations.

De surcroît, la Cour européenne des droits de l'homme a encore observé que les informations sur le montant des revenus annuels de Monsieur Calvet étaient déjà, dans une certaine mesure, accessibles au public. De fait, le droit fiscal français prévoit déjà une certaine transparence dès lors que « les contribuables communaux peuvent ainsi consulter la liste des personnes assujetties à l'impôt dans leur commune, liste faisant mention du revenu imposable et du montant de l'impôt pour chaque contribuable »<sup>111</sup>. En outre, les salaires des dirigeants de grandes entreprises, telles que Peugeot, ou à tout le moins des échelles de grandeur, sont régulièrement publiés dans des revues financières. Monsieur Roire indique d'ailleurs s'être référé à une revue de ce

<sup>110</sup> Cour eur. D. H., gde ch., arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, req. n° 29183/95, § 50.

<sup>111</sup> *Ibid.*, § 53.

type pour vérifier la fiabilité des avis d'imposition qu'il avait reçus conformément aux règles de la profession journalistique.

À la lumière de ces considérations, la juridiction strasbourgeoise a conclu que la condamnation des journalistes n'était pas proportionnée et partant violait l'article 10 de la Convention.

34. Il découle de cet arrêt que la publication de certaines données fiscales d'un contribuable déterminé, sélectionnées avec rigueur, peuvent, dans certaines circonstances, revêtir un caractère d'intérêt général<sup>112</sup>.

L'actualité récente nous amène à faire deux précisions.

Premièrement, il importe que les données divulguées se rapportent à des faits nouveaux. Se référant précisément à l'arrêt *Fressoz et Roire*, la Cour d'appel luxembourgeoise a effectivement jugé, dans l'affaire *LuxLeaks*, que les déclarations fiscales des clients de *PricewaterhouseCoopers* remises par Raphaël Hallet au journaliste Edouard Perrin ne présentaient pas d'intérêt public au motif qu'elles n'avaient rien apporté, *in concreto*, au débat sur l'évasion fiscale et la pratique luxembourgeoise des rescrits fiscaux initié par les révélations d'Antoine Deltour quelques années auparavant<sup>113</sup>. En ce sens, la proposition de directive du 23 avril dernier précise que la protection des lanceurs d'alerte ne s'applique pas au signalement d'informations qui sont déjà tombées dans le domaine public<sup>114</sup>. Soulignons que le journaliste en possession de telles données n'est pas davantage à l'abri dès lors que de telles données continuent, en règle, de relever des droits à la vie privée et à la protection des données. Ce faisant, il est tenu de respecter les prescriptions afférentes à ces droits.

Cette remarque nous conduit à notre deuxième précision, qui a trait à l'affaire *Satamedia*<sup>115</sup>. Cette affaire ne concerne pas proprement dit un cas de lancement d'alerte, mais porte sur la publication massive de données fiscales. À l'origine de l'affaire se trouvaient plus exactement la collecte de données fiscales par l'entreprise *Satakunnan Markkinapörssi Oy* auprès des autorités fiscales finlandaises et leur publication dans le magazine *Veropörssi*, ainsi que leur transmission à l'entreprise *Satamedia* en vue d'en permettre la diffusion sur demande via un service de sms. En 2002, la publication assurée par la première entreprise a pris des proportions jamais atteintes auparavant : les données relatives aux revenus imposables et au patrimoine de près de 1,2

<sup>112</sup> V. JUNOD, « La liberté d'expression du whistleblower ... », *op. cit.*, p. 236.

<sup>113</sup> Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg (10e ch.), arrêt du 15 mars 2017, affaire dite « *LuxLeaks* », préc.

<sup>114</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, considérant n° 30.

<sup>115</sup> V. Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 21 juillet 2015, req. n° 931/13 ; Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Satakunnan Markkinapörssi Oy et Satamedia Oy c. Finlande*, 27 juin 2017, req. n° 931/13 ; CJUE, arrêt *Tietosuoja- ja valtuutettu* contre *Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, 16 décembre 2008, aff. C 73/07.

million de personnes physiques ont ainsi été publiées, ce qui équivaut à pratiquement 1/3 du nombre total de contribuables en Finlande<sup>116</sup>.

À la suite de plaintes déposées auprès du médiateur finlandais, les autorités et juridictions finlandaises interdirent à la société *Markkinapörssi* de traiter des données fiscales selon les mêmes modalités et à la même échelle qu'en 2002 et de transmettre ces données à un service de SMS, et à la société *Satamedia* de collecter, sauvegarder ou transmettre à un service de SMS toute information extraite des fichiers de la première société requérante et publiée dans le magazine *Veropörssi*.

Saisie de l'affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que de telles interdictions constituaient une ingérence dans l'exercice du droit des deux sociétés finlandaises de communiquer des idées<sup>117</sup>. On aurait pu s'attendre à ce que le développement des technologies de l'information et de la communication, ainsi que la montée du principe de transparence fiscale, conduisent la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme à adapter les critères développés dans le cadre des affaires *Von Hannover* et *Axel Springer*. Cette dernière a cependant estimé qu'ils étaient applicables moyennant quelques aménagements<sup>118</sup> et a conclu, sur leur base, à l'absence de violation de l'article 10 Convention. Quoique nous comprenions cette conclusion, nous ne pouvons souscrire au raisonnement de la Cour qui refuse, tout d'abord, de reconnaître aux sociétés requérantes l'« exception journalistique » prévue par l'article 9 de la directive 95/46/CE<sup>119</sup>, et ce alors que la Cour de justice de l'Union européenne a jugé, sur question préjudicielle dans le cadre de l'affaire précisément en cause, que les activités des sociétés requérantes devaient être considérées comme des activités de traitement de données à caractère personnel exercées « aux seules fins de journalisme » au sens de la directive 95/46/CE, si lesdites activités avaient « pour seule finalité la divulgation au public d'informations, d'opinions ou d'idées, sous quelque moyen de transmission que ce soit »<sup>120</sup>, ce qui était le cas en l'espèce.

En revanche, à l'instar de la Cour, il nous semble pertinent de distinguer l'accès à l'information de sa diffusion, comme l'a fait la cour administrative

<sup>116</sup> Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Satamedia*, § 110.

<sup>117</sup> Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Satamedia*, § 140. Pour une critique de cet arrêt, v. not. D. VOORHOOF, « No journalism exception for massive exposure of personal taxation data », *Auteurs & Media*, n° 2017/1, pp. 73-76.

<sup>118</sup> Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Satamedia*, § 166.

<sup>119</sup> Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L 281/31 à L 281/50, 23 novembre 1995. Cette exception est reprise à l'article 85 du Règlement Général sur la Protection des Données (n° 2016/679) dont l'entrée en application est fixée au 25 mai 2018. Soulignons que l'exception journalistique ne permet pas au journaliste d'échapper aux règles de protection des données, mais de bénéficier d'un aménagement, lequel doit être spécifié par les États membres.

<sup>120</sup> Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Satamedia*, § 61.

suprême finlandaise. Que l'accès du public à des données fiscales contribue à un débat public d'intérêt général ne signifie en effet pas que la publication massive de ces mêmes données brutes, sans aucun rapport analytique, serve lui aussi l'intérêt général<sup>121</sup>. L'appréciation du principe de publicité, comme celui de transparence qui lui est étroitement lié, requiert à notre opinion une gradation. Il n'y a de fait pas de commune mesure entre la publicité qui s'exerce à l'égard d'un individu qui le demande et la publicité qu'emportent les activités d'entreprises de médias. Cette gradation a été mise en œuvre par le législateur finlandais au travers des balises mises en place autour de l'accès du public aux données fiscales. Ces balises ont toutefois été sciemment déjouées par les sociétés requérantes. C'est dans ces modalités d'obtention des informations, qui constitue un critère d'appréciation de la Cour, que réside selon nous le cœur du problème. Face à la demande d'explications de la direction générale finlandaise des impôts et de la commission finlandaise de protection des données quant à la quantité de données fiscales réclamée, les sociétés requérantes ont effectivement préféré annuler leur demande d'accès et rémunérer des personnes pour collecter manuellement des données fiscales dans les centres locaux des impôts. De la sorte, les sociétés requérantes ont contourné la loi et ont mis à mal les équilibres ménagés par le législateur finlandais. En outre, elles ont fait fi des lignes directrices qui leur étaient applicables à l'époque selon lesquelles « l'accessibilité au public de certaines informations ne signifie pas nécessairement que celles-ci peuvent être librement publiées »<sup>122</sup>.

### 3. L'authenticité des informations divulguées

35. En troisième lieu, la Cour européenne des droits de l'homme exige que l'information divulguée ou publiée soit authentique, c'est-à-dire supposée exacte et digne de crédit. La Cour laisse le soin aux États membres de sanctionner les dénonciations qui s'avèrent diffamatoires<sup>123</sup>. La Commission européenne, de son côté, les oblige à une telle sanction dans le but « de décourager les dénonciations malveillantes et abusives qui affectent l'effectivité et la crédibilité du système tout entier de protection des lanceurs d'alerte, ainsi que de prévenir les dommages injustifiés à la réputation des personnes concernées »<sup>124</sup>.

<sup>121</sup> *Ibid.*, §§ 174-175

<sup>122</sup> *Ibid.*, § 54.

<sup>123</sup> Cour eur. D.H., déc. *Balenović*.

<sup>124</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, Mémoire explicatif, p. 13 et considérant n° 78.

36. La Cour de Strasbourg ne va pas jusqu'à exiger que les révélations soient *in fine* confirmées par les autorités qui s'en sont saisies<sup>125</sup>. Il suffit que les allégations du requérant ne soient pas « dépourvues de fondement factuel »<sup>126</sup>. Dans son appréciation, la Cour européenne garde, par ailleurs, à l'esprit le principe de présomption de bonne foi établi dans la Résolution 1729 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe<sup>127</sup>.

37. L'examen du critère de l'authenticité conduit la Cour de Strasbourg à tenir compte des « devoirs et responsabilités » que comporte l'exercice de la liberté d'expression. Leur étendue dépend, d'un côté, de la situation du requérant et, de l'autre côté, du procédé technique utilisé<sup>128</sup>. S'agissant du premier critère, la Cour est attentive à la place occupée par le lanceur d'alerte dans la hiérarchie de son organisation, le secteur dans lequel il travaille et l'intensité du devoir de réserve auquel il est soumis<sup>129</sup>. S'agissant du second critère, la Cour prend tout d'abord en considération la forme de diffusion (écrite, orale, ...) <sup>130</sup> ainsi que la portée du moyen employé (revue locale ou nationale par exemple)<sup>131</sup>. La publication d'informations sur Internet, de par l'envergure de ses effets, représente évidemment un procédé particulièrement attentatoire au regard du droit à la vie privée et à la protection de la réputation. Ainsi que nous l'avons vu, la révélation publique d'informations représente, en règle, l'ultime recours quoiqu'elle puisse s'imposer dans certaines circonstances exceptionnelles.

### 4. Le préjudice causé à l'employeur

38. La Cour de Strasbourg examine également l'ampleur et la gravité du préjudice causé à l'employeur par la divulgation d'informations.

39. Cet examen est cependant relativement formel dès l'instant où l'information divulguée a été jugée d'intérêt public par la Cour. Ainsi, si la Cour admet que des mesures de sanction prises à l'encontre d'un lanceur d'alerte peuvent avoir pour objectif de maintenir la confiance dans

<sup>125</sup> Ainsi, une erreur d'appréciation commise de bonne foi ne doit pas faire perdre au lanceur d'alerte le bénéfice de la protection (en ce sens, v. not. proposition de directive du 23 avril 2018, Mémoire explicatif, p. 12).

<sup>126</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch*, § 79.

<sup>127</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Bucur*, § 107 ; arrêt *Heinisch*, § 80. Selon ce principe, « tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraires à l'éthique » (Résolution 1729 (2010), préc., point 6.2.4). Cette présomption a été reprise dans la proposition de directive du 23 avril 2018 (considérant n° 60).

<sup>128</sup> V. not. Comm. eur. D.H., déc. *Haseldine* ; Cour eur. D.H., déc. *Balenović*.

<sup>129</sup> V. not. Cour eur. D.H., déc. *Bathellier* ; déc. *Balenović*.

<sup>130</sup> V. not. Cour eur. D.H., déc. *Bathellier*.

<sup>131</sup> V. not. Cour eur. D.H., déc. *Balenović*.

l'administration concernée<sup>132</sup> ou encore de « 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 »<sup>133</sup>, elle veille aussitôt<sup>134</sup> à rappeler que « l'intérêt général à la divulgation d'informations faisant état de pratiques discutables au sein d'une institution publique ou d'une entreprise est si important dans une société démocratique qu'il l'emporte sur l'intérêt qu'il y a à maintenir la confiance du public dans l'institution ou la réputation professionnelle de l'entreprise »<sup>135</sup>.

### 5. La motivation du lanceur d'alerte

40. Au-delà de la dimension objective de la bonne foi, appréciée à l'occasion du critère de l'authenticité des informations, la juridiction européenne tient encore compte de sa dimension subjective et, partant, de la motivation du salarié qui procède à la divulgation<sup>136</sup>. Dans cette appréciation, il importe d'établir « si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question »<sup>137</sup>.

La Cour précise à ce propos qu'« un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé »<sup>138</sup>. Une telle appréciation peut se révéler problématique eu égard à la possibilité grandissante de récompenser les lanceurs d'alerte (v. *infra* n° 45). Il n'empêche que le lanceur d'alerte peut, de façon certaine, poursuivre concomitamment des intérêts plus personnels, telle que la volonté d'améliorer ses conditions de travail, à la condition de poursuivre, à titre principal, une finalité d'intérêt général<sup>139</sup>.

41. En réalité, il faut dire que la pertinence du critère de la motivation est fortement discutée dans la littérature<sup>140</sup> dès lors que le lancement d'alerte tire sa justification, non pas de la vertu du lanceur d'alerte, mais bien de l'intérêt

<sup>132</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Görmis*, § 63 ; arrêt *Bucur*, § 115.

<sup>133</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch*, §§ 89-90.

<sup>134</sup> À tel point que Quentin Van Enis parle d'« autoneutralisation » (Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 140, point 65).

<sup>135</sup> V. not. Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch* du 21 juillet 2011, req. n° 28274/08, § 90

<sup>136</sup> J.-Ph. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte dans l'Union européenne... », *op. cit.*, pp. 45-48.

<sup>137</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Guja*, § 77 ; arrêt *Heinisch*, § 69.

<sup>138</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Guja*, § 77 ; arrêt *Heinisch*, § 69 ; arrêt *Bucur*, § 93 ; arrêt *Görmis*, § 50.

<sup>139</sup> V. Cour eur. D.H., arrêt *Heinisch*, § 83.

<sup>140</sup> V. not. V. JUNOD, « La liberté d'expression du whistleblower... », *op. cit.*, p. 237 ; Q. VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 140-141 ; J.-Ph. FOEGLE, « Les lanceurs d'alerte dans l'Union européenne... », *op. cit.*, pp. 45-48.

pour la société de la divulgation de l'information<sup>141</sup>. Sans doute l'enjeu principal repose-t-il sur la « conviction raisonnable »<sup>142</sup> du lanceur d'alerte dans le bien-fondé de son signalement au moment où il est effectué<sup>143</sup>, ce que la Cour de Strasbourg vérifie d'ailleurs à deux reprises : lors de l'appréciation du critère de l'authenticité, d'une part, et lors de l'appréciation du critère de la motivation, d'autre part<sup>144</sup>. Partant, le lanceur d'alerte ne devrait pas perdre le bénéfice de sa protection du seul fait d'avoir commis de bonne foi une erreur d'appréciation des faits<sup>145</sup>.

### 6. La gravité de la sanction encourue par le dénonciateur

42. Pour finir, la juridiction des droits de l'homme apprécie la sévérité de la sanction encourue par le lanceur d'alerte.

Dans cet examen, la Cour tient évidemment compte de la gravité de la sanction infligée concrètement au travailleur, mais aussi des répercussions de cette sanction sur sa carrière et sur son effet dissuasif à l'égard d'autres travailleurs de l'administration ou de l'entreprise visée ainsi qu'à l'égard d'autres travailleurs, en cas de retentissement médiatique.

### B. – Les aménagements de la liberté de lancer l'alerte dans le domaine financier

43. Dans le secteur financier, le législateur européen encourage le lancement d'alerte comme outil de mise en œuvre des politiques suivantes : le renforcement de la régulation des marchés financiers, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et la détection des actes répréhensibles.

Soulignons qu'aucune des mesures préconisées par le législateur européen dans ce cadre ne comporte un signalement public. Le législateur n'encourage et ne protège spécialement que le signalement au sein de l'organisation concernée et le signalement auprès des autorités compétentes et ce, dans le souci évident de garantir la confidentialité des informations

<sup>141</sup> J.-Ph. FOEGLE, « Le lanceur d'alerte dans l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 117.

<sup>142</sup> Expression recommandée notamment in P. STEPHENSON et M. LEVI, « 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 », CDCJ(2012)9FIN, p. 31, point 5.23 ; Rapport précité, A/70/361, p. 16, § 30.

<sup>143</sup> En ce sens, y. proposition de directive du 23 avril 2018, article 13.1 ; Recommandation (2014)7, Annexe, Section VII, Principe 22.

<sup>144</sup> Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 141, § 68.

<sup>145</sup> Recommandation (2014)7, Annexe, Section VII, Principe 22 ; Proposition de directive du 23 avril 2018, Mémoire explicatif, p. 12 et considérant n° 60. V. aussi Rapport précité, A/70/361, p. 16, § 30.

signalées. Il n'en demeure pas moins que le signalement public demeure possible, en tant qu'extension du droit à la liberté d'expression, dans les conditions prescrites par la Cour européenne des droits de l'homme (v. *supra* nos 26 et s.).

### 1. Une atteinte au secret financier en vue de mieux réguler les marchés

44. Soucieux de préserver l'intégrité des marchés financiers dans un contexte d'instabilité financière, le législateur américain a lancé le mouvement d'une régulation des marchés financiers et a érigé le *whistleblowing* au rang d'instrument de cette politique.

Faisant suite à la faillite de grosses multinationales, en particulier Enron (2001), WorldCom (2002) et Parmalat (2003), le congrès américain a décidé d'améliorer la qualité et la fiabilité des informations qui sont publiées par les entreprises cotées afin de permettre aux actionnaires et investisseurs d'apprécier leur santé financière. Concrètement, il fut décidé de réformer les lois qui prévoient de telles publications, les « *securities law* », tout en renforçant les standards éthiques et la responsabilité (au sens de « *accountability* ») des sociétés cotées<sup>146</sup>. Cette réforme a été opérée par le célèbre « *Sarbanes-Oxley Act* » dit « *SOX Act* »<sup>147</sup> dont l'application est contrôlée aux États-Unis par la *Securities and Exchange Commission* (SEC), l'autorité américaine de réglementation et de contrôle des marchés financiers.

Parmi les dispositions contenues dans le *SOX Act*, deux dispositions concernent spécifiquement le *whistleblowing*.

Tout d'abord, la Section 301 du *SOX Act* exige des comités d'audit des entreprises publiques américaines et leurs filiales dans l'Union européenne, ainsi que des sociétés non américaines cotées à une bourse américaine d'établir une procédure permettant aux employés de l'émetteur des titres de soumettre de façon anonyme leurs inquiétudes au sujet de problèmes dans le domaine de la comptabilité et de l'audit.

<sup>146</sup> V. not. C. KUNER, *European Data Protection Law. Corporate Compliance and Regulation*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 271 ; Septième rapport général d'activité (2006) du GRECO, adopté lors de la 32<sup>e</sup> réunion plénière du GRECO, p. 10 ; Conseil d'État français, *Le droit d'alerte: signaler, traiter, protéger*, Étude adoptée le 25 février 2016 par l'assemblée générale plénière du Conseil d'État, p. 23 ; O. GOFFARD, « Les systèmes d'alerte professionnelle (*whistleblowing*) et le respect de la vie privée : du Sarbanes-Oxley Act à la recommandation de la Commission de la vie privée », *Revue de Droit Commercial Belge/Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, 2007/3, p. 203.

<sup>147</sup> Selon son énoncé complet, le *SOX Act* vise principalement à « protéger les investisseurs en améliorant la qualité et la fiabilité des déclarations faites par les entreprises en vertu des *securities laws* » (« *An Act to protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and other purposes* », H. R. 3763, cited as the « *Sarbanes-Oxley Act of 2002* »).

Une prescription similaire à celle édictée dans le *SOX Act* a été insérée dans les règlements des deux principaux marchés financiers américains : d'une part, la bourse de New York (*New York Stock Exchange* – NYSE) et, d'autre part, le NASDAQ (*National Association of Securities Dealers Automated Quotations*)<sup>148</sup>.

Soulignons que c'est à l'occasion de la mise en œuvre du *SOX Act* par les entreprises européennes concernées que s'est posée, pour la première fois, la question de la conformité du *whistleblowing* avec le droit de l'Union européenne, en l'occurrence, les droits à la protection des données et au respect de la vie privée<sup>149</sup>.

Parallèlement, la Section 806 du *SOX Act* insère expressément un régime de protection selon lequel les employés, contractants, sous-contractants et agents des sociétés cotées ne peuvent faire l'objet de représailles (par exemple, harcèlement, licenciement, etc.) de la part de leur employeur pour avoir révélé auprès d'un supérieur, ou d'une autre autorité compétente telle qu'énumérée légalement, toute conduite dont on peut croire qu'elle constitue une violation des règles de la SEC ou de toute loi fédérale ayant pour objet les fraudes perpétrées à l'encontre des actionnaires<sup>150</sup>. Le cas échéant, les travailleurs concernés ont le droit d'agir en justice contre l'auteur des représailles.

Ce dispositif de protection ne s'applique pas, selon la jurisprudence américaine, aux citoyens non américains travaillant en dehors des États-Unis pour des filiales étrangères de compagnies soumises au *SOX Act*<sup>151</sup>.

Prenant acte du fait que le caractère anonyme du dispositif de signalement ne représentait pas, manifestement, un incitant suffisant<sup>152</sup>, le législateur américain est venu adopter le « *Dodd-Frank Act* »<sup>153</sup>, en vue de permettre à la SEC d'octroyer une récompense financière au *whistleblower* lorsqu'il lui fournit spontanément des informations originales au sujet d'une violation des « *securities laws* » lui permettant de recouvrer plus de 1 million

<sup>148</sup> V. not. C. KUNER, *op. cit.*, p. 271.

<sup>149</sup> Sur le sujet, v. not. O. GOFFARD, *op. cit.*, pp. 201-220 ; K. ROSIER, *op. cit.*, pp. 129-150 ; F. COTON et J.-F. HENROTTE, « Le lanceur d'alerte : une personne concernée par le traitement de ses données à caractère personnel, mais également par son avenir professionnel ... », *Revue de Droit des Technologies de l'Information*, n° 61/2015, pp. 43-78.

<sup>150</sup> Notons que la Section 1107 « *Retaliation against informants* » du *SOX Act* prévoit encore que peut se voir infliger une amende et/ou être condamné à purger une peine de prison de 10 ans maximum toute personne prenant sciemment des mesures de représailles en violation des Sections 301 et 806.

<sup>151</sup> *Carnero/Boston Scientific Corp.*, 433 F.3d 1 (1st Cir., 5 janvier 2006), cité in O. GOFFARD, *op. cit.*, pp. 201-220. V. aussi F. COTON et J.-F. HENROTTE, *op. cit.*, p. 50.

<sup>152</sup> T. M. DWORKIN, « SOX and Whistleblowing », *Michigan Law Review*, vol. 105, issue 8, 2007, pp. 1774-1775, disponible sur <http://repository.law.umich.edu/mlr/vol105/iss8/5> (consulté le 4 déc. 2017).

<sup>153</sup> *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, enacted on 21 July 2010.

de dollars<sup>154</sup>. La récompense financière représente 10 à 30 % de la somme recouvrée<sup>155</sup>. Ce dispositif, adopté au lendemain de la crise financière de 2008, se calque sur l'acte de naissance du *whistleblowing* aux États-Unis, le *False Claims Act* (FCA)<sup>156</sup>, que nous avons évoqué plus haut.

45. L'Union européenne n'est pas restée de marbre face aux répercussions mondiales que peut avoir la faillite de grosses multinationales. Elle a toutefois choisi de focaliser son action, dans un premier temps, sur le renforcement de la protection des données à caractère personnel dans le secteur financier<sup>157</sup>.

Dans un monde toujours plus globalisé, le *whistleblowing* devait cependant, tôt ou tard, pénétrer la législation financière européenne, et la crise financière de 2008 fut sans doute un catalyseur important.

Concrètement, les directives européennes 2013/36<sup>158</sup> et 2009/138/CE<sup>159</sup>, dites directive « bancaire » et directive « solvabilité II », énoncent que les établissements de crédit et les entreprises d'assurance et de réassurance doivent disposer d'un système de gouvernance adéquat reposant sur un système adéquat d'alerte interne prévoyant entre autres un mode de transmission spécifique, indépendant et autonome, des infractions aux normes et aux codes de conduite de l'entreprise.

Dans la droite ligne du *SOX Act*, le règlement n° 596/2014 sur les abus de marché est, du reste, venu réformer le cadre juridique de l'Union destiné à protéger l'intégrité du marché financier et la confiance du public dans les valeurs mobilières et les instruments dérivés<sup>160</sup>. D'après l'article 32.1 de ce règlement, « les États membres doivent veiller à ce que les autorités

<sup>154</sup> Securities and Exchange Commission (SEC), *Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934*, 12 August 2011, 17 CFR Parts 240 and 249, Release No. 34-64545; File No. S7-33-10, RIN 3235-AK78.

<sup>155</sup> Rapport fait au nom de la Commission spéciale « Fraude fiscale internationale/Panama Papers » : Les *Panama Papers* et la fraude fiscale internationale, 31 octobre 2017, Annexe 5 : La rétribution du lanceur d'alerte (*whistleblowers*) – de MM. Bourgeois et Delanote, *doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2749/002, p. 198.

<sup>156</sup> T. M. DWORKIN, « SOX and Whistleblowing », *op. cit.*, pp. 1774-1775.

<sup>157</sup> R. ISHAM, « Sarbanes Oxley and EU Data Protection and Privacy – a decade on », 24 avril 2013, disponible sur <https://www.iglobalaw.com> (consulté le 6 décembre 2017).

<sup>158</sup> Art. 71 de la directive 2013/36/UE précitée.

<sup>159</sup> Art. 41, 44 et 46 de la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (directive « solvabilité II »), *J.O.U.E.*, L 335/1 à L335/155, 17 décembre 2009.

<sup>160</sup> Art. 32. 2 c) du règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *J.O.U.E.*, L 173/1 à L 173/61, 12 juin 2014. V. aussi la Directive d'exécution (UE) 2015/2392 de la Commission du 17 décembre 2015 relative au règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne le signalement aux autorités compétentes des violations potentielles ou réelles dudit règlement, *J.O.U.E.*, L 332/126 à L 332/132, 18 décembre 2015.

compétentes<sup>161</sup> mettent en place des mécanismes efficaces pour permettre le signalement des violations potentielles ou réelles au règlement aux autorités compétente ». Les employeurs exerçant des activités réglementées par la réglementation relative aux services financiers sont de même tenus de mettre en place des procédures internes appropriées permettant à leur personnel de signaler toute violation du règlement.

De surcroît, il faut souligner que l'article 32.4 du règlement, qui s'inspire du *Dodd-Frank Act* précité, autorise l'octroi d'incitations financières aux personnes qui signalent des violations du règlement. L'octroi de tels incitants est soumis à quatre conditions. Les trois premières conditions ont trait aux informations, qui doivent être pertinentes ; nouvelles et amener à infliger une sanction administrative ou pénale ou à prendre une autre mesure administrative pour cause de violation du règlement. La dernière condition concerne la qualité de l'informateur et exige qu'il ne soit pas soumis à d'autres obligations légales ou contractuelles préexistantes de communiquer de telles informations. Ce faisant, le règlement ouvre la voie, selon certains observateurs, à la généralisation, en Europe, de l'établissement d'incitants financiers au signalement d'informations<sup>162</sup>. Il n'empêche, soulignons-le, qu'une telle faculté n'a pas été accueillie en droit belge à l'occasion de l'implémentation dudit règlement, et ce alors qu'une telle disposition existait dans le projet de loi initial.

46. L'octroi de récompenses financières aux lanceurs d'alerte peut, aux premiers abords, choquer<sup>163</sup>. Toutefois, force est de constater que la rétribution des dénonciateurs se pratique déjà en matière pénale.

En Belgique<sup>164</sup>, l'arrêté royal du 6 janvier 2011 permet d'octroyer des « avantages » aux indicateurs qui transmettent des informations pertinentes aux autorités policières<sup>165</sup>. Ces avantages prennent parfois la forme d'une somme

<sup>161</sup> En Belgique, il s'agit de l'Autorité des services et marchés financiers, dite FSMA, conformément à l'article 69bis tel qu'insérée par l'article 13 de la loi du 31 juillet 2017 modifiant la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, en vue de mettre en œuvre le Règlement (UE) n° 596/2014 sur les abus de marché et de transposer la Directive 2014/54/UE relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché ainsi que la Directive d'exécution (UE) 2015/2392 concernant le signalement des violations, et portant des dispositions diverses, *Moniteur belge* du 11 août 2017.

<sup>162</sup> V. not. B. FASTERLING, *op. cit.*, p. 343.

<sup>163</sup> Sur le sujet, v. not., en Europe, J. SCHWARTZ MIRALLES, « Les récompenses financières des lanceurs d'alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain », *Revue [française] des droits de l'homme*, 2016/10, pp. 1-15 ; N.-M. MEYER, « Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ? », <https://transparency-france.org/> (consulté le 9 mars 2017) ; Rapport fait au nom de la Commission spéciale « Fraude fiscale internationale/Panama Papers » : Les *Panama Papers* et la fraude fiscale internationale, 31 octobre 2017, Annexe 5 : La rétribution du lanceur d'alerte (*whistleblowers*), *préc.*, pp. 195-201.

<sup>164</sup> A. LACHAPPELLE, « La déclaration d'informations (« reporting ») ... », *op. cit.*, p. 429.

<sup>165</sup> Art. 8 de l'arrêté royal du 6 janvier 2011 fixant les règles de fonctionnement des gestionnaires nationaux et locaux des indicateurs et des fonctionnaires de contact, *Moniteur belge* du 18 janvier 2011.

d'argent. Bien que la loi ne le prévoient pas formellement, de tels avantages peuvent aussi être octroyés aux informateurs, qui, à la différence des indicateurs, n'appartiennent pas « au milieu ». Comme en droit américain, où l'octroi de récompenses financières aux « *whistleblowers* » est commun, l'avantage financier intervient, en aval, dans le cadre des méthodes particulières de recherche<sup>166</sup>, lorsque les informations ont été vérifiées et ont permis aux autorités d'aboutir à une condamnation. Il ne s'agit donc nullement d'acheter des informations, comme on a pu le voir en Allemagne et au Danemark à l'occasion des « *Panama Papers* ». Mais à la différence du droit américain cependant, l'idée qui sous-tend en droit belge l'octroi d'un avantage financier n'est pas de récompenser le dénonciateur, mais de clore définitivement la relation avec un « milieu peu fréquentable ». La logique est donc davantage indemnitaire et vise à compenser les risques encourus par l'indicateur ou l'informateur.

En France, la rétribution des indicateurs de police, déjà pratiquée auparavant de façon officieuse, a été légalisée en 2004, à l'occasion de la loi dite « Perben II »<sup>167</sup>. Cette loi prévoit, en outre, une réduction de peine en faveur des repentis qui collaborent avec la police<sup>168</sup>.

Au demeurant, l'idée de rétribuer les « aviseurs fiscaux » fait son chemin.

En Belgique, le ministre des Finances, Johan Van Overtveldt, a pris la décision de charger l'Inspection spéciale des impôts d'étudier la possibilité pour l'État de racheter, auprès des journalistes du Consortium international des journalistes d'investigation, ou directement auprès de la source « John Doe », les données provenant d'institutions bancaires établies dans des

<sup>166</sup> Sous-section 5, « Le recours aux indicateurs » de la loi du 6 janvier 2003 concernant les méthodes particulières de recherche et quelques autres méthodes d'enquête, *Moniteur belge* du 12 mai 2003.

<sup>167</sup> L'article 15-1 de la loi française n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, tel que modifié par l'article 3 de la loi française n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (« loi Perben II »), ainsi que par l'article 37 de la loi française n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale énonce que « [l]es services de police et de gendarmerie [« ainsi que les agents des douanes habilités à effectuer des enquêtes judiciaires en application de l'article 28-1 du code de procédure pénale »] peuvent rétribuer toute personne étrangère aux administrations publiques qui leur a fourni des renseignements ayant amené directement soit la découverte de crimes ou de délits, soit l'identification des auteurs de crimes ou de délits. Les modalités de la rétribution de ces personnes sont déterminées par arrêté conjoint du ministre de la justice, du ministre de l'intérieur, du ministre de la défense et du ministre des finances ».

<sup>168</sup> Art. 132-78 tel que modifié par l'article 12 de la loi Perben II. En Belgique, le Conseil des ministres a approuvé, le 14 décembre 2017, un avant-projet de loi modifiant le Code d'instruction criminelle en vue d'introduire des dispositions légales relatives aux repentis. Comme en France, il serait possible, en contrepartie des déclarations faites par le repentis, d'octroyer une réduction de peine, ou d'autres « bénéfices dans le cadre de l'action publique, de l'exécution de la peine ou de la détention ». L'avant-projet est actuellement soumis au Conseil d'État pour avis.

paradis fiscaux et/ou concernant des contribuables belges identifiés dans l'affaire des « *Panama Papers* ». Du reste, il faut savoir que l'allocation de récompenses financières s'est déjà pratiquée dans le domaine fiscal, mais elle était limitée à la matière des douanes et accises et a récemment été abrogée<sup>169</sup>.

En France, le décret n° 2017-601 du 21 avril 2017 permet à l'administration fiscale d'indemniser les personnes qui lui communiquent des informations conduisant à la découverte d'un manquement à certaines règles et obligations déclaratives fiscales<sup>170</sup>. Plus qu'une récompense, le dispositif vise toutefois à réparer et/ou soutenir la démarche du donneur d'alerte. En outre, la mesure a été présentée comme une mesure « expérimentale ».

## 2. Une atteinte au devoir de discrétion professionnelle en vue de lutter contre le blanchiment de capitaux

47. La prévention du blanchiment de capitaux repose principalement sur l'obligation faite à certaines professions spécifiques (institutions bancaires, notaires, huissiers, casinos, etc.) de dénoncer leurs soupçons de blanchiment auprès de la cellule nationale de renseignement financier (CRF)<sup>171</sup>.

48. Depuis peu, le droit de l'Union européenne a été révisé de façon à implémenter le lancement d'alerte, interne et externe, dans ce domaine également. L'article 61.1 de la Quatrième directive anti-blanchiment oblige les autorités compétentes<sup>172</sup> à mettre en place « des mécanismes efficaces et fiables pour encourager le signalement à ces autorités des infractions potentielles ou avérées aux dispositions nationales de transposition »<sup>173</sup>. Ces mécanismes doivent comprendre au moins « a) des procédures spécifiques pour la réception des signalements d'infractions et leur suivi ; b) une protection appropriée du personnel, ou des personnes se trouvant dans une situation comparable au sein d'une entité assujettie, qui signalent des

<sup>169</sup> Arrêté royal du 12 novembre 2017 modifiant l'arrêté du Régent du 17 août 1948 relatif à l'exercice d'imputabilité de certaines dépenses en matière d'infractions aux lois de douane et accise, ainsi qu'à l'allocation de récompenses en matière de recherche et de constatation de ces infractions, *Moniteur belge* du 4 décembre 2017.

<sup>170</sup> Décret n° 2017-601 pris pour l'application de l'article 109 de la loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017. Sur le sujet, v. not. A. DESRAMEAUX, « La dénonciation fiscale en France et aux États-Unis : un enjeu républicain », *Revue européenne et internationale de droit fiscal*, n° 2018/1, pp. 61-68.

<sup>171</sup> En France, il s'agit de la Cellule de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (« Tracfin ») et, en Belgique, de la Cellule de Traitement de l'Information Financière (« CTIF »).

<sup>172</sup> En Belgique, il s'agit de l'Autorité belge des services et marchés financiers (FSMA) et de la Banque Nationale Belge (BNB).

<sup>173</sup> Pour une illustration, v. la procédure mise en place sur le site web de la FSMA (<https://www.fsma.be/fr/faq/point-de-contact-lanceurs-dalerte> (consulté le 20 mars 2018)) ainsi que sur celui de la BNB (<https://www.nbb.be/fr/supervision-financiere/prevention-du-blanchiment-de-capitaux-et-du-financement-du-terrorisme-37> (consulté le 23 mars 2018)).

infractions commises au sein de celle-ci ; c) une protection appropriée de la personne accusée ; d) la protection des données à caractère personnel, tant pour la personne qui signale une infraction que pour la personne physique présumée responsable de cette infraction, conformément aux principes prévus dans la directive 95/46/CE ; e) des règles claires garantissant dans tous les cas la confidentialité à la personne qui signale des infractions commises au sein de l'entité assujettie, sauf si la divulgation d'informations est exigée par le droit national dans le cadre d'un complément d'enquête ou d'une procédure judiciaire ultérieure ».

D'autre part, l'article 61.3 de la Quatrième directive anti-blanchiment exige des « entités assujetties qu'elles disposent de procédures appropriées permettant à leur personnel ou aux personnes se trouvant dans une situation comparable de signaler en interne les infractions par une voie spécifique, indépendante et anonyme, qui soient proportionnées à la nature et à la taille de l'entité assujettie concernée ». Les personnes qui effectuent un signalement interne doivent également jouir d'une protection en vertu de l'article 38 de la Quatrième directive anti-blanchiment.

### 3. Une atteinte au secret d'affaires en vue de détecter les actes répréhensibles

49. La directive « secret d'affaires »<sup>174</sup> harmonise, en Europe, la protection juridique des informations confidentielles détenues ou produites par une entreprise, tout en garantissant un juste équilibre entre les droits et libertés fondamentales en tension<sup>175</sup>.

Aux fins de la directive, on entend par « secret d'affaires », « des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes : a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ; b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ; c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes »<sup>176</sup>. À la lumière des « *trade secrets* » américains, la notion

<sup>174</sup> Directive 2016/943/UE préc. Mentionnons que le 19 janvier 2018, le Conseil des ministres belge a approuvé un avant-projet de loi visant à transposer en droit belge la directive UE/2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

<sup>175</sup> V. CASSIERS, « La directive 2016/943/UE du 8 juin 2016 sur les secrets d'affaires », *Journal des tribunaux*, n° 2017/21, p. 385.

<sup>176</sup> Art. 2 de la directive « secret d'affaires ». Sur cette définition, v. not. V. CASSIERS, *op. cit.*, pp. 387-388.

couvre donc des informations très variées, « qui vont des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires ou les études et stratégies de marché »<sup>177</sup>.

50. Adoptée à peine deux mois après que n'éclate le scandale des « *Panama Papers* », la directive « secret d'affaires » a été accueillie avec beaucoup de circonspection par la presse et l'opinion publique. Il est vrai que le lanceur d'alerte porte, par définition, atteinte au « secret d'affaires » dès l'instant où ce dernier se définit comme un travailleur qui signale ou divulgue des informations confidentielles dont il a eu connaissance sur son lieu de travail dans un but d'intérêt général (v. *supra* n° 17-21).

Il nous semble toutefois réjouissant qu'un aménagement leur ait été spécifiquement dédié, bien qu'il n'ait été accompagné d'aucune définition du « lanceur d'alerte », ce qui est source de confusion comme nous allons le voir.

51. Faisant une lecture plus enthousiaste de l'article 5 de la directive que certains auteurs<sup>178</sup>, nous pensons que cette disposition permet d'accueillir les différentes virtualités du lancement d'alerte.

Comme nous l'avons vu dans le premier point, le lancement d'alerte, dans sa conception européenne, couvre le signalement interne, externe et public d'informations d'intérêt général (v. *supra* n° 22). Nous sommes arrivés à la conclusion que la conception européenne du lancement d'alerte était, en réalité, le produit du *whistleblowing* à l'américaine et de l'alerte éthique à la française.

Selon notre opinion, l'article 5, b de la directive « secret d'affaires » ne permet pas de couvrir toutes les dimensions du lancement d'alerte entendu en ce sens. C'est donc à raison que l'expression « lancement d'alerte » n'y apparaît pas, d'autant plus que la directive « secret d'affaires » n'est pas accompagnée d'une définition du « lanceur d'alerte ». En outre, il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'une personne, qui n'est pas qualifiée de « lanceur d'alerte », peut dénoncer des actes répréhensibles et se voir protégée au regard de l'article 10 CEDH<sup>179</sup>. Du reste, certains États, comme la France, ont décidé d'adopter une conception

<sup>177</sup> Communiqué de presse, 3317e session du Conseil, Compétitivité (marché intérieur, industrie, recherche et espace), PR CO 29, Bruxelles, 26 mai 2014, p. 7.

<sup>178</sup> Par ex., Quentin Van Enis voit dans l'article 5 un affaiblissement de la protection dont les lanceurs d'alerte jouissent dans ce domaine sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et des textes pertinents au sein de l'ONU et du Conseil de l'Europe (Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 150, point 76).

<sup>179</sup> Sans leur reconnaître le statut protecteur de lanceur d'alerte, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu aux usagers d'un service public le droit de dénoncer et a fait une application partielle des critères de la jurisprudence *Guja* pour conclure, in fine, qu'il y avait eu violation de l'article 10 CEDH (Cour eur. D. H., 2<sup>e</sup> sect., arrêt *Bargão et Domingos Correia c. Portugal*, 15 novembre 2012, req. n° 53579/09 et 53582/09, § 35).

très large de la notion de lanceur d'alerte et de l'étendre au-delà de la relation de travail<sup>180</sup>.

52. À la lumière de ces considérations, l'article 5 de la directive « secret d'affaires » peut se lire comme suit :

« Les États membres veillent à ce qu'une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

a) pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ; Cette première hypothèse peut couvrir le signalement public effectué par l'intermédiaire d'un journaliste. À la lecture du considérant n° 19, on pourrait penser que cette hypothèse ne s'applique pas aux lanceurs d'alerte, mais c'est là oublier qu'un lanceur d'alerte peut constituer, lorsqu'il s'adresse anonymement ou confidentiellement à un journaliste<sup>181</sup>, une « source journalistique » aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>182</sup>.

b) pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ;

Cette deuxième hypothèse renvoie au signalement interne et externe, à l'exclusion du signalement public. Si le considérant n° 20 de la directive associe cette hypothèse aux « activités des lanceurs d'alerte », il faut signaler que, jusqu'en avril 2016, les textes préparatoires traduisaient tous l'expression « *whistleblowing activity* » par celle de « dénonciation de dysfonctionnements », laquelle est à notre sens plus restrictive que la conception européenne du lancement d'alerte<sup>183</sup>. Que l'expression « activités

<sup>180</sup> L'article 6 de la loi française Sapin II définit largement le lanceur d'alerte comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ». A la différence du Comité des ministres du Conseil de l'Europe et de la Commission européenne, le législateur français a ainsi choisi de reconnaître également le lancement d'alerte en dehors du cadre de la relation de travail (pour un commentaire, v. A. LACHAPPELLE, « La déclaration d'informations (« reporting ») ... », *op. cit.*, pp. 427-428).

<sup>181</sup> En ce sens, v. le considérant 10<sup>ter</sup> du compromis de la présidence qui précise, à la différence de la directive finalement adoptée, que « les médias rendent souvent publiques des données ou informations publiques [qui sont] considérées comme un secret d'affaires par une autre partie mais dont la publication pourrait être d'intérêt général » (doc 9475/14).

<sup>182</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Görmils*, § 60. Sur le sujet, v. Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 99, § 4.

<sup>183</sup> Au sens juridique, la dénonciation renvoie traditionnellement au signalement d'une infraction auprès des autorités étatiques (G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2000, p. 274).

de lanceur d'alerte » ait été substituée à celle de « dénonciation de dysfonctionnements » le même mois que celui de la révélation des « *Panama Papers* » n'y change rien vu le flou qui entoure actuellement l'expression de « lanceur d'alerte »<sup>184</sup>.

L'exigence de bonne foi que l'article 5, b de la directive paraît imposer est critiquable. Conformément au considérant n° 20, il suffit que le contrevenant ait eu « toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la [...] directive ». On ne peut qu'être sceptique quant au bien-fondé de cette dernière condition. En tout premier lieu, on s'interroge sur la notion d'« intérêt public général ». En croisant les notions communes d'intérêt public et d'intérêt général, le législateur européen a-t-il voulu renvoyer à un « super » intérêt public ? On en doute. En outre, cette condition s'avère difficile à prouver. C'est pourquoi un renversement de la charge de la preuve au profit du lanceur d'alerte serait souhaitable. Un tel renversement, ou à tout le moins un assouplissement, est déjà traditionnellement préconisé vis-à-vis de l'employeur ayant pris des mesures que l'on peut qualifier de repréailles à l'égard d'un travailleur<sup>185</sup>. Du reste, cette condition est inutile dès l'instant où la protection du lanceur d'alerte se justifie en raison de sa contribution à la protection de l'intérêt général, et non en raison de sa volonté d'agir de la sorte (v. *supra* n° 41).

c) la divulgation par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime par ces représentants de leur fonction conformément au droit de l'Union ou au droit national, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice;

Cette troisième hypothèse peut protéger spécifiquement le signalement externe effectué auprès d'un syndicat. Quoique nous ne l'ayons pas évoqué dans la première partie de la présente contribution, il faut savoir que, selon une certaine opinion, devraient figurer parmi les révélations protégées par le lancement d'alerte les signalements effectués auprès des syndicats<sup>186</sup>. Ces derniers pourraient effectivement offrir une assistance utile aux lanceurs

<sup>184</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites - Résultat de la première lecture du Parlement européen (Strasbourg, du 14 au 17 avril 2016), 21 avril 2016, doc. 7940/16, p. 15, considérant n° 20.

<sup>185</sup> V. not. Recommandation CM/Rec (2014)7, Annexe, principe 25 ; Groupe des Verts/ALE du Parlement européen, Draft directive, préc., art. 11 ; Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017, préc., § 47 ; L. ROMANET et L. BENAÏCHE, *op. cit.*, p. 22.

<sup>186</sup> V. not. Groupe des Verts/ALE du Parlement européen, Draft directive préc., p. 5 et art. 5 ; R. BOSUA, S. MILTON, S. DREYFUS et R. LEDERMAN, « Going public : Researching external whistleblowing in a new media age », in *International Handbook on Whistleblowing Research* (D. LEWIS, A. J. BROWN e.a., éd.), Cheltenham, Elgar, 2014, p. 251.

d'alerte et servir d'intermédiaires, voire de filtres, vis-à-vis des autorités étatiques<sup>187</sup>.

d) aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national ».

L'article 5, d de la directive établit une exception générale permettant au juge d'arbitrer entre les droits et libertés en présence. Concrètement, la divulgation d'un secret d'affaires ne peut pas être sanctionnée dès lors qu'elle est intervenue « aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national ». Par « intérêt légitime », il faut entendre le respect des droits et libertés fondamentaux « dont la liberté d'expression et d'information »<sup>188</sup>, ainsi que de l'intérêt public, sachant que celui-ci recouvre, entre autres, « la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique et la protection de l'environnement »<sup>189</sup>. La mobilité des travailleurs ne devrait, en outre, pas être mise en péril par le secret d'affaires<sup>190</sup>.

La protection de ces enjeux a, plusieurs fois, animé l'action publique d'un lanceur d'alerte. On pense, par exemple, à Irène Franchon qui a publié un livre dénonçant les effets dangereux du médicament Mediator<sup>191</sup> et à Anne-Lise Ducanda, qui a posté une vidéo sur la plateforme *Youtube* en vue d'alerter sur les dangers des écrans des télévisions et smartphones pour les jeunes enfants<sup>192</sup>.

Cette dernière hypothèse pourrait donc englober le signalement public effectué directement par un lanceur d'alerte au travers, par exemple, d'un blog ou d'un livre.

Du reste, précisons que le considérant n° 14 de la directive mentionne que la protection du secret d'affaires couvre les informations pour lesquelles « il existe à la fois un intérêt légitime à les garder confidentiels et une attente légitime de protection de cette confidentialité ». Il est évident qu'une entreprise ne peut se voir reconnaître un intérêt légitime à garder secrètes des activités illégales ou immorales<sup>193</sup>.

<sup>187</sup> V. not. Résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017, préc., § 53.

<sup>188</sup> Amendement n° 5 proposé par la commission de l'industrie, de la recherche et de l'énergie, mais non repris dans le texte final de la directive (Rapport sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (COM(2013)0813 – C7-0431/2013 – 2013/0402(COD)), 22 juin 2015, A8-0199/2015, p. 49).

<sup>189</sup> Considérant n° 21 de la directive « secret d'affaires ». En ce sens, v. aussi la définition de l'intérêt général, donnée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans le cadre du lancement d'alerte : Recommandation CM/Rec (2014)7, principe 2.

<sup>190</sup> Art. 1.3 et considérant n° 21 de la directive « secret d'affaires ».

<sup>191</sup> I. FRANCHON, *Mediator 150 mg, Combien de morts ?*, Brest, éd. Dialogues, 2010.

<sup>192</sup> A.-L. DUCANDA, « Les écrans : un danger pour les enfants de 0 à 4 ans », *Youtube*, 1<sup>er</sup> mars 2017.

<sup>193</sup> En ce sens, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe observe que « dans de nombreuses juridictions, les tribunaux ont estimé qu'il ne pouvait y avoir aucune confidentialité en matière d'actes répréhensibles » (Recommandation CM/Rec (2014)7, Exposé des motifs, § 15).

En conclusion, il nous semble que la méprise dans la compréhension de l'article 5 est due au fait que ce dernier traduit implicitement une double conception du lancement d'alerte : le lancement d'alerte « démocratique » (art. 5, a et d) et le lancement d'alerte « managérial » (art. 5, b et c) (v. *supra* n° 14)<sup>194</sup>. Mais sans doute était-ce difficile d'être explicite vu l'ambiguïté qui entoure toujours l'expression de lancement d'alerte en Europe.

53. Dans l'attente d'une intervention législative, il incombera au juge national, et *in fine* européen, de garantir la protection du lanceur d'alerte qui divulgué un secret d'affaires dans un but d'intérêt général.

La décision rendue, dans le cadre de l'affaire *LuxLeaks*, par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, peut augurer un avenir rassurant<sup>195</sup>. Certes, les deux lanceurs d'alerte n'ont pas été totalement acquittés, mais le juge luxembourgeois a accueilli en droit la figure du lanceur d'alerte, ce qui mérite assurément d'être souligné<sup>196</sup>.

En particulier, la Cour a jugé que constituaient des « secrets d'affaires » les documents concernant des rescrits fiscaux, en l'occurrence des demandes d'ATAs (« *Advanced Tax Agreement* »), au sujet d'un nombre conséquent de clients de *PricewaterhouseCoopers* approuvés par l'administration fiscale luxembourgeoise et communiqués par le lanceur d'alerte Antoine Deltour au journaliste Edouard Perrin. En effet, « les structures mises en place, difficilement accessibles, n'étaient connues que d'un cercle restreint de personnes qui avaient intérêt à les tenir secrètes ». Cependant, encore faut-il que la personne en cause ait agi avec le dol spécial requis par la loi luxembourgeoise, à savoir que la divulgation ait eu lieu soit dans un but de concurrence, soit avec l'intention de nuire, soit avec l'intention de se procurer un avantage illicite (art. 309 Code pénal luxembourgeois). Or, il apparaît qu'Antoine Deltour « n'a nourri aucune animosité ou rancune à l'égard de son ancien employeur, mais a agi par conviction, dans le but de permettre au journaliste Edouard Perrin de préparer un documentaire consacré à l'optimisation fiscale internationale afin de dévoiler et de dénoncer la pratique luxembourgeoise systémique des ATAs qui permettent aux sociétés multinationales d'optimiser la charge fiscale. Il entendait provoquer le débat public sur un système qu'il réprouvait ».

Cette conclusion se concilie parfaitement avec l'article 5 de la directive « secret d'affaires » qui prévoit qu'une sanction ne peut intervenir si la

<sup>194</sup> Notons que l'auteur de cette distinction, Jean-Philippe Foegle, ne voit traduite la double conception du lancement d'alerte que dans les hypothèses a et b de l'article 5 de la directive « secret d'affaires » (J.-Ph. FOEGLE, « Le lanceur d'alerte dans l'Union européenne ... », *op. cit.*, p. 112).

<sup>195</sup> Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg (10<sup>e</sup> ch.), arrêt du 15 mars 2017, affaire dite « *LuxLeaks* », préc.

<sup>196</sup> V. not. A. LACHAPPELLE, « Arrêt *LuxLeaks* : la figure du lanceur d'alerte juridiquement reconnue ! », *Trends-Tendances*, 6 avril 2017, p. 96.

divulgarion du secret d'affaires a eu lieu soit pour contribuer au débat public sur une question d'intérêt général (art. 5, a), soit pour révéler un acte répréhensible, sachant que l'optimisation fiscale, lorsqu'elle est abusive, représente, aux yeux d'une classe politique grandissante, une menace pour l'intérêt public général (art. 5 b).

Notons qu'un document ne bénéficiant pas de la protection du secret d'affaires, mais jugé confidentiel par l'entreprise concernée, peut être protégé par d'autres instruments. Ainsi, dans l'arrêt mentionné, la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg a jugé que les déclarations fiscales produites par PwC étaient couvertes par l'obligation de secret professionnel instaurée à charge des réviseurs d'entreprise. Elle a toutefois conclu que l'article 10 CEDH autorisait dans les faits la révélation de tels renseignements.

54. Quoi qu'il en soit, on ne peut qu'encourager le législateur national<sup>197</sup> à tirer parti de la transposition de la directive « secret d'affaires » pour adopter une protection spécifique des lanceurs d'alerte qui divulguent des secrets d'affaires<sup>198</sup>. À cet égard, il faut noter que la directive permet aux États membres de prévoir une protection des secrets d'affaires plus étendue que celle requise par la directive, mais précise que celle-ci doit se faire dans le respect entre autres des exceptions prévues à l'article 5<sup>199</sup>. En tout état de cause, la façon dont le lancement d'alerte est conçu dans le cadre d'une procédure pour violation du secret d'affaires doit être conforme avec la façon dont elle est entendue dans la proposition de directive du 23 avril 2018, laquelle met en garde sur le caractère dissuasif d'une telle procédure au regard d'autres potentiels lanceurs d'alerte<sup>200</sup>.

## CONCLUSION

55. Au terme de la présente contribution, il est manifeste que l'autorité européenne, qu'il s'agisse du législateur ou du juge, autorise, encadre, et même encourage, dans certains cas, l'atteinte au secret financier par un lanceur d'alerte.

<sup>197</sup> En France, l'Assemblée nationale vient d'adopter en première lecture, le 28 mars 2018, la proposition de loi sur le « secret des affaires ». En Belgique, le Conseil des ministres belge a approuvé, le 19 janvier 2018, un avant-projet de loi visant à transposer en droit belge la directive UE/2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. L'avant-projet a été transmis au Conseil d'État pour avis.

<sup>198</sup> Q. VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 150-151 ; V. CASSIERS et A. STROWEL, « La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires », in *Le secret*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2017, pp. 93-94.

<sup>199</sup> Art. 1.1, alinéa 2, de la directive « secret d'affaires ».

<sup>200</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, considérant n° 74.

56. Indépendamment d'un secteur spécifique, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît, sous l'angle de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, le droit du lanceur d'alerte de divulguer des informations confidentielles dans le but de contribuer à un débat public d'intérêt général. Participe sans nul doute à ce débat la révélation d'informations relatives au bon fonctionnement de l'économie, en ce compris du point de vue fiscal. Ainsi, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a récemment été appliquée par des juridictions nationales à l'occasion de l'affaire *LuxLeaks*, qui concernait la révélation de mécanismes d'optimisation fiscale.

57. De son côté, le législateur européen encadre et encourage le lancement d'alerte en appui de certaines politiques, parmi lesquelles le domaine financier est spécialement représenté. Que cela soit dans l'optique de mieux réguler les marchés financiers ou de lutter contre les abus de marché, un certain nombre d'entreprises et d'autorités sont tenues de mettre en place des dispositifs efficaces et fiables d'alerte. La proposition de directive du 23 avril dernier vise à compléter ces législations, de façon à harmoniser vers le haut les standards minimums de protection, tout en conservant certaines spécificités liées aux secteurs régulés<sup>201</sup>. S'agissant de la fameuse directive « secret d'affaires », nous avons proposé une lecture audacieuse de son article 5, lui permettant d'accueillir le lancement d'alerte dans toutes ses dimensions (signalement public auprès d'un journaliste, signalement interne et externe, signalement public direct). Une telle lecture ne représente cependant qu'un pis-aller dans l'attente d'un cadre juridique global du lancement d'alerte en droit européen.

58. C'est ce que tend à apporter la proposition de directive déposée par la Commission européenne le 23 avril dernier. Vu le thème qui nous occupe, il importe de souligner que la proposition vise à soutenir, dans le domaine de la fiscalité, les actions de la Commission, prises notamment en réaction au scandale des *Panama Papers*<sup>202</sup>, visant à assurer une taxation plus juste, plus transparente et plus effective au sein de l'Union<sup>203</sup>. Plus concrètement, la proposition se dit compléter les initiatives récentes tendant à protéger les budgets nationaux contre les pratiques fiscales dommageables (notamment via l'échange international d'informations en matière fiscale) ainsi qu'à renforcer les règles européennes anti-blanchiment.

Ceci étant, on peut augurer que l'obtention d'un consensus dans le domaine précisément de la fiscalité risque de se heurter à de sérieux obstacles.

<sup>201</sup> *Ibid.*, art. 1.2 et considérant n° 18

<sup>202</sup> Communication of 5 July 2016 on further measures to enhance transparency and the fight against tax evasion and avoidance (COM(2016) 451).

<sup>203</sup> Proposition de directive du 23 avril 2018, Mémoire explicatif, p. 3. V. aussi considérant n° 17 et art. 1.1 d).

Seule une règle très minimale n'a de chances d'aboutir<sup>204</sup>. L'implémentation d'un dispositif européen de lancement d'alerte fiscale implique effectivement de pousser un peu plus loin le processus d'harmonisation fiscale, ce qui n'est pas une mince affaire.

59. Dans un précédent article, nous nous étions déjà interrogée sur le sort de notre vie privée à la lumière des mesures récentes de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales : le droit à la vie privée ne protégerait-il plus que les éléments qui n'ont pas d'intérêt pour le pouvoir taxateur ?<sup>205</sup>

La question peut être aujourd'hui élargie dès l'instant où il semblerait que le secret s'estompe drastiquement lorsque des actes supposés répréhensibles sont commis.

Il est évidemment essentiel pour un État de lutter efficacement contre la délinquance, qu'elle soit économique ou non, et de disposer de ressources suffisantes pour mener à bien ses politiques. Qui n'aspirerait pas à un monde plus sûr et plus juste ? Néanmoins, on se demande sérieusement, dans l'équilibre des pouvoirs qui fonde l'état de droit, s'il ne relève pas de notre liberté la plus élémentaire de pouvoir transgresser la règle de droit et, ce à l'abri des regards. Si l'État doit pouvoir sanctionner l'individu qui commet une infraction, ce dernier doit pouvoir, en amont, commettre ladite infraction.

À cette heure où la transparence bascule dangereusement vers la surveillance, la question, quoique plus technologique et philosophique que juridique, mérite assurément d'être posée. Car il ne faut jamais oublier que c'est le pouvoir en place qui définit ce qu'il faut entendre par « répréhensible ». Or, l'Histoire nous a montré qu'une telle définition pouvait considérablement s'éloigner du bien-être commun pour servir des ambitions personnelles et dévastatrices.

---

<sup>204</sup> En ce sens, v. not. A. P. DOURADO, « Whistle-Blowers in Tax Matters: Not Public Enemies », *Intertax*, 2018, vol. 46, issue 5, p. 424.

<sup>205</sup> A. LACHAPELLE, « Le respect du droit à la vie privée dans les traitements d'informations à des fins fiscales : état des lieux de la jurisprudence européenne (1<sup>re</sup> partie), *Revue Générale de Fiscalité et de Comptabilité Pratique*, 2016/9, p. 25. V. aussi F. VANISTENDAEL, « Big Brother is watching you ! », *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 2014/11, p. 4.