

Le lanceur d'alerte

Michel Foucault, dans sa dernière leçon au Collège de France, explorait la notion grecque de la *parrèsia*, vertu grecque désignant la franchise envers et contre tout, le franc parler de l'ami, le « courage de la vérité », du titre même du cours livré par le philosophe. Cette figure de l'audace possède, selon Michel Foucault, une importante dimension politique, dès lors qu'elle s'entend comme l'exercice du franc-parler envers le genre humain tout entier. Loin d'être désuet, ce concept trouve aujourd'hui un écho particulier dans la figure du lanceur d'alerte, qui ne désintéresse ni le droit pénal français ni l'opinion publique, ainsi qu'en témoigne la succession récente des affaires : *Wikileaks*, *Swissleaks*, *Luxleaks*, *Mediator*, ou encore *Panama papers*. Certains sont même devenus les symboles de ces salariés et fonctionnaires qui mettent en lumière des faits graves ou dangereux pour informer et protéger le grand public. Alors que le dénonciateur a longtemps fait figure de traître, le lanceur d'alerte est désormais devenu un héros démocratique.

Les premières apparitions de l'expression « lanceurs d'alerte » en France sont récentes. L'idée, comme le mot, ne sont pas familiers de la culture juridique française. Pourtant, depuis une vingtaine d'années, à la faveur d'affaires ou de scandales sanitaires graves et médiatisés, ils ont tous deux cheminé dans les réflexions sociales et juridiques. La notion de lanceur d'alerte apparaît ainsi dans les années 1990 et renvoie à une personne ou une entité qui cherche à faire reconnaître l'importance d'un danger ou d'un risque en lien avec l'intérêt général. Initialement, et dans une conception stricte, le lanceur d'alerte n'est envisagé qu'à travers une relation de travail et ne bénéficie que d'une protection disciplinaire, laquelle trouve son fondement dans la loi du 6 décembre 2013. Le lanceur d'alerte est là un salarié qui constate l'existence d'un danger grave et collectif et qui entre dans une stratégie de résistance au risque de faire l'objet de représailles. Dans une conception élargie, est un lanceur d'alerte toute personne soucieuse qui alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour la communauté. La loi dite « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 pose, en son article 6, une définition souple : est un lanceur d'alerte une personne physique révélant personnellement et de manière désintéressée, la violation d'une norme internationale ou une menace grave pour l'intérêt général. De cette acception large, ressort l'idée que le lanceur d'alerte est cette personne, ce héros, défiant des règles établies et connues au nom de la révélation d'une information servant l'intérêt général. Si la loi du 9 décembre 2016 a le mérite de clarifier les contours de la notion, il est évident que le droit pénal traitait déjà de la réalité du phénomène tant les visages du lanceur d'alerte sont multiples.

Héros ou traître, le lanceur d'alerte inspire encore une certaine méfiance. Il existe en effet un risque que, sous couvert d'alerte, certains dénoncent des faits sans prendre garde aux conséquences qui peuvent pourtant être très lourdes, ou que d'autres visent en réalité à nuire à une entreprise, à la réputation d'une personne. Lors des premiers appels portant sur l'introduction d'un statut pour les lanceurs l'alerte, la CNIL craignait d'ailleurs la mise en place d'« un système organisé de délation professionnelle ». Autrement dit, on devine que, compte tenu de leur rôle essentiel, les lanceurs

d'alerte doivent être clairement identifiés, puis protégés, mais que cette protection ne peut être absolue. La protection qui doit être offerte au lanceur d'alerte contre le risque de poursuites pénales conduit en effet à trouver un équilibre entre les différentes libertés fondamentales en jeu, la liberté d'expression et le droit à l'information, d'un côté, et le respect de la vie privée et des secrets protégés, de l'autre. C'est cet équilibre délicat qu'a tenté d'atteindre la loi du 9 décembre 2016, en introduisant un mécanisme de protection du lanceur d'alerte contre des poursuites pénales.

Toute la question est alors de savoir si **la protection pénale du lanceur d'alerte assure-t-elle un équilibre satisfaisant entre les différents droits susceptibles d'être méconnus à la suite de la divulgation de l'alerte ?**

Pour tenter de répondre à cette question, il convient en premier lieu de s'intéresser à la définition du lanceur d'alerte, et d'observer la conception fonctionnelle qu'en a le droit pénal français (I), avant d'étudier, en second lieu, la protection spécifique qui en découle, laquelle présente une certaine complexité (II).

I- La conception fonctionnelle du lanceur d'alerte en droit pénal

Parce que la notion du lanceur d'alerte questionne les notions de légalité et de légitimité, ses contours doivent être déterminés (A), afin que puisse pleinement s'exercer le « droit d'alerte » déjà reconnu par la jurisprudence (B)

A) Les contours définis de la notion d'alerte

Le sujet exige de la précision dans les termes employés, au risque de créer une catégorie « fourre-tout », imprécise et facteur d'insécurité juridique. Longtemps ignoré par les textes, le lanceur d'alerte n'en existait pas moins en droit pénal de fond comme de forme, au travers de notions connexes portant le même impératif de dénonciation des faits délictueux. L'article 40 du Code de procédure pénale, prévoit ainsi dans son second alinéa, que « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ». Si l'article ne comporte pas le terme « lanceur d'alerte », mais « donner avis » d'un crime ou d'un délit repéré par un agent public dans l'exercice de ses fonctions, il traduit néanmoins cette idée selon laquelle s'impose dans certaines circonstances la nécessité de mettre la lumière sur des faits délictueux. Facilitant cette alerte, au nom de la protection de l'ordre public, la Cour de cassation n'impose d'ailleurs aucune condition de forme¹. Encore, la notion de non-assistance à personne en danger érigée en infraction à l'article 223-6 du Code pénal peut également être perçue comme ayant une parenté avec la notion de lanceur d'alerte dans la mesure où elle définit

¹ Cass. crim. 28 janv. 1992

comme modalité d'assistance le fait de « provoquer un secours ». Plus restrictive et marquée par l'instantanéité, la notion de non-assistance à personne en danger n'en est pas moins une composante.

Passée l'idée globale, inhérente à la notion d'intérêt général, qu'une menace à un intérêt essentiel doit être dénoncée, le législateur a, récemment, introduit une définition légale et un statut du lanceur d'alerte avec la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016. Selon l'article 6 de cette loi, « *un lanceur d'alerte est 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* ». Le lanceur d'alerte ne peut être qu'une personne physique. À cela on ajoutera que le lanceur d'alerte ne peut être anonyme. La loi ajoute encore que le lanceur d'alerte doit être désintéressé, ce qui signifie une absence de contrepartie au signalement, que cette contrepartie soit financière ou matérielle, qu'elle soit directe ou indirecte. Par cette exigence, la loi veut éviter que les lanceurs d'alertes agissent comme des mercenaires au profit d'un concurrent de l'entreprise dont les agissements sont dénoncés. Mais cette exigence conduit aussi à exclure la victime des faits dénoncés, notamment s'il s'agit de harcèlement, car elle ne sera pas désintéressée. Le lanceur d'alerte doit encore être de bonne foi, ce qui se comprend aisément : il s'agit d'exclure du bénéfice de la protection légale tout informateur agissant avec l'intention de nuire. La question se posera surtout lorsque les faits dénoncés se révéleront faux, et il conviendra alors de déterminer si le lanceur d'alerte avait connaissance de la fausseté des informations ; pour cela, il faudra apprécier lors de la divulgation de l'information l'existence de ces motifs raisonnables de penser que cette information était vraie, afin de déterminer si le lanceur d'alerte a ou non agi de bonne foi. Enfin, le lanceur d'alerte doit avoir eu personnellement connaissance du crime ou du délit révélé. Les deux critères sont ici importants : la personne doit avoir connaissance du fait, il ne s'agit donc pas d'une déduction ou d'une supposition, et elle doit en avoir une connaissance personnelle, ce qui exclut du bénéfice de la protection des lanceurs d'alerte la personne qui ne fait que répéter des informations déjà divulguées.

Cette conception stricte du lanceur d'alerte, posée par la loi du 9 décembre 2016, n'est toutefois pas représentative des différentes situations et la jurisprudence, déjà, reconnaissait plus largement l'exercice d'un « droit d'alerte ».

B) La reconnaissance de l'exercice d'un « droit d'alerte »

Le concept de lanceur d'alerte, en droit pénal français, n'est pas réductible à la figure du « dénonciateur légal ». En effet, déjà avant la loi « Sapin 2 », la jurisprudence s'était saisie de la question et tolérait, voire encourageait, sur le fondement du droit à la liberté d'expression, la

révélation publique d'informations au nom de l'intérêt général. L'approche jurisprudentielle, tant française qu'euro-péenne, tend alors à se focaliser sur le contenu du discours du lanceur d'alerte et sur la protection de l'espace public de débat en lui-même. Notamment, la Cour européenne des droits de l'homme a très tôt reconnu le « *droit du public à l'information* » à l'occasion de l'affaire *Sunday Times c/ Royaume-Uni*² qui opposait un journal d'information au Royaume-Uni précisant, sur le fondement de l'article 10 de la convention, qu'il appartient aux médias « *de communiquer des informations et des idées sur les questions dont connaissent les tribunaux, comme celles qui concernent d'autres secteurs d'intérêt public* » et que « *le public a le droit de les recevoir* », formulation reprise par la suite par de nombreux arrêts. Encore, depuis l'arrêt *Handyside c/ Royaume-Uni* de 1976, il est admis que « *la liberté d'expression vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent : ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique* »³. Le « droit du public » à recevoir des informations utiles au débat public, que la cour conçoit comme inhérent à toute société démocratique, semble trouver pour consécration la protection des émetteurs de ces discours, y compris lorsque leurs positions sont minoritaires et prennent la forme d'un discours polémique.

C'est ainsi que se justifie le droit accordé au « lanceur d'alerte » de porter publiquement son message : c'est le critère de l'intérêt général à ce qu'une information soit portée à la connaissance du public qui justifie le « droit d'alerter » le public, y compris lorsque les informations divulguées sont sensibles ou choquantes. Ainsi, le droit pénal s'attache à concilier la garantie du secret inhérent à la phase préparatoire du procès pénal tout en garantissant la liberté de la presse, notamment en apportant une protection à l'information révélée ainsi qu'aux sources de ladite information. Si, au regard de l'article 11 du Code de procédure pénale, le journaliste ne peut être associé à la phase préparatoire du procès pénal, si la Cour de cassation sanctionne de telles atteintes au secret de l'enquête ou de l'instruction⁴, et si le Conseil constitutionnel a pu estimer que l'atteinte à l'exercice de la liberté d'expression et de communication était nécessaire, adaptée, et proportionnée aux objectifs poursuivis de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions⁵, cette restriction s'amoin-drit lorsque l'information révélée repose sur un enjeu d'intérêt général. Ainsi apparaît l'idée d'un droit à lancer l'alerte, faisant fi du caractère secret de la phase d'enquête, lorsque se distingue un « *besoin social impérieux* ». Cela peut notamment être le cas lorsqu'un responsable politique est mis en cause⁶. Reste, qu'encore une fois, l'équilibre recherché par le droit pénal entre juste répression et nécessaire garantie des droits et libertés fondamentaux ne permet pas une absence de limite à ce droit d'alerte. Ainsi, l'équilibre poursuivi par le droit pénal, lorsqu'est en jeu une question d'intérêt général, un

² CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*

³ CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*

⁴ Cass. crim. 10 janv. 2017 pour l'exécution d'une perquisition en présence d'un tiers captant le déroulement de l'action par le son ou l'image par exemple

⁵ Cons. const. 2 mars 2018

⁶ CEDH, 26 avril 1995, *Prager et Oberschlik c/ Autriche* ; CEDH, 25 juill. 2001, *Perna c/ Italie*

« besoin social impérieux », ne saurait pour autant laisser une place pour une atteinte à la présomption d'innocence. Encore le Tribunal correctionnel de Paris a eu l'occasion de faire prévaloir l'intérêt du public sur celui des opérateurs de téléphonie mobile en adoptant une conception très large de l'imputation diffamatoire. En effet, tout en reconnaissant que les conditions de la diffamation étaient réunies, les juges répressifs estimaient que l'alerte était justifiée dès lors que le militant avait pour souhait d'informer le public et disposant d'éléments de nature à fonder ses allégations. La dénonciation par voir de presse pouvait alors être conçue comme légitime⁷.

De la même manière, il est constant que le droit pénal français fait preuve d'une certaine sévérité à l'égard de la violation du secret professionnel. Preuve en est, l'article 226-13 du Code pénal prévoit que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire* » peut être punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende. En conséquence, s'il est prouvé que les sources du journalistes concourent à la procédure, celles-ci se rendent coupables du délit de violation du secret de l'instruction⁸, dès lors le journaliste peut être poursuivi et condamné pour recel de violation du secret professionnel par violation du secret de l'instruction. Néanmoins, et c'est la logique de toute l'évolution du droit relatif au lanceur d'alerte, dans le but de favoriser la divulgation d'informations servant l'intérêt général, le législateur a fait le choix d'une protection accrue du secret des sources du journaliste. La loi du 14 novembre 2016 est ainsi venue modifier l'article 2 de la loi sur la liberté de la presse, lequel affirme solennellement en son premier alinéa que « *le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public* ». Cette mansuétude à l'égard du journaliste, allant dans le sens d'une reconnaissance d'un droit d'alerte, se comprend au regard de l'objectif poursuivi : éviter une auto-censure par peur de possibles sanctions pénales de la part des journalistes, mais également encourager les tiers à la procédure, sources du journaliste, à délivrer l'information. C'est la recherche de cet équilibre qui justifie, par exemple, les termes de l'article 2 de loi du 29 juillet 1881 selon lesquels il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées répondent aux principes de nécessité et de proportionnalité, l'atteinte ne peut jamais consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources. Rendant effective cette protection, la Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à annuler des actes d'enquête qui, non strictement nécessaires et proportionnés, portent atteinte au secret des sources des journalistes⁹.

Tirant les conséquences de ces situations, entre obligation de dénoncer et autorisation d'alerter, le législateur est venu encadrer, au moyen d'une protection complexe, la figure particulière du lanceur d'alerte.

⁷ TGI, Paris, 2 mars 2006, inédit

⁸ Cass. crim. 25 oct. 2005

⁹ Cass. crim. 6 déc. 2011 pour des investigations sur des lignes téléphoniques

II- La protection complexe du lanceur d'alerte en droit pénal

Bien que soumise à la réunion de conditions strictes (A), une protection spécifique est désormais reconnue au lanceur d'alerte à travers l'introduction législative d'un nouveau fait justificatif (B).

A) L'existence de conditions strictes pesant sur le lanceur d'alerte

Afin d'assurer l'équilibre entre les différentes libertés fondamentales en jeu, la liberté d'expression et le droit à l'information, d'une part, et le respect de la vie privée, d'autre part, la loi du 9 décembre 2016 a soumis le bénéfice de l'article 122-9 du Code pénal, siège de la protection du lanceur d'alerte, au respect de conditions strictes. La lecture de l'article 122-9 du Code pénal permet d'identifier les différentes conditions posées par ce texte : la personne qui souhaite bénéficier du fait justificatif doit bien sûr répondre à la définition du lanceur d'alerte, la divulgation effectuée doit ensuite être nécessaire et proportionnée, et l'intéressé doit enfin avoir respecté les procédures de signalement prévues par la loi. Ainsi, lorsque la personne est bien un lanceur d'alerte, c'est-à-dire lorsqu'elle désintéressée, de bonne foi et a une connaissance personnelle des faits dénoncés, elle peut prétendre au bénéfice de la protection accordée aux lanceurs d'alerte. Mais il faut encore que l'information et la divulgation respectent à leur tour une série de conditions. Les faits susceptibles de faire l'objet d'une alerte sont largement définis : selon l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016, l'alerte peut porter sur « *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* ». De plus, l'article 122-9 du Code pénal ajoute que cette divulgation doit être « *nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* » ; par ces précisions, on retrouve ici l'inspiration européenne du texte visant à protéger la liberté d'expression.

Enfin, le bénéfice de l'irresponsabilité pénale en cas de divulgation d'un secret protégé par la loi est conditionné au respect des procédures de signalement appropriées. La loi du 9 décembre 2016 établit des procédures d'alerte dans le cadre professionnel, une procédure normale et une procédure d'urgence ; d'autres lois peuvent également instaurer une procédure d'alerte spécifique dans ou en dehors du cadre professionnel. S'agissant de la procédure normale, le signalement d'une alerte doit d'abord être porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. Ce n'est qu'en l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte que le signalement peut être adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels. Enfin, en dernier ressort et à défaut de traitement par l'une de ces autorités, le signalement peut être rendu public. Le texte organise donc le signalement d'une alerte autour de trois temps, et l'on devine que cette procédure de signalement vise en quelque sorte à éviter ce signalement public, en prévoyant des

étapes intermédiaires. Cette procédure de signalement prévue par la loi doit être suivie scrupuleusement, car à défaut, le lanceur d'alerte ne peut bénéficier de la cause d'irresponsabilité¹⁰. Toutes ces conditions doivent être réunies, mais elles soulèvent certaines difficultés, tant de compréhension que de mise en œuvre, ce qui fait peser sur le lanceur d'alerte une risque pénal lié à une erreur d'appréciation.

Reste qu'une fois ces conditions réunies, le lanceur d'alerte se voit reconnaître un fait justificatif, lequel lui permet d'échapper aux sanctions pénales.

B) La reconnaissance d'un fait justificatif pour le lanceur d'alerte

Après avoir défini le lanceur d'alerte et déterminé les conditions relatives à sa qualification, la loi du 9 décembre 2016 a ainsi introduit avec le nouvel article 122-9 un fait justificatif spécial lié à la divulgation d'un secret protégé. Selon ce texte, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* ». Ainsi, dès lors qu'un lanceur d'alerte, au sens de la loi du 9 décembre 2016, porte atteinte à un secret protégé, dans les conditions prévues par la loi, sa responsabilité pénale ne peut être engagée. L'introduction de ce nouveau fait justificatif est tout à fait remarquable, même si l'on peut considérer qu'il ne s'agit que d'une application du fait justificatif tiré de l'autorisation de la loi. Le lanceur d'alerte peut donc être pénalement exonéré de sa responsabilité pénale pour les infractions commises lors de la divulgation d'un secret protégé par la loi, et puisqu'il s'agit d'une nouvelle cause d'irresponsabilité, l'article 122-9 est une disposition plus favorable susceptible de s'appliquer immédiatement¹¹.

À l'instar des autres causes générales d'irresponsabilité pénale prévues par les articles 122-1 et suivants, l'article 122-9 du Code pénal ne limite pas expressément les infractions susceptibles d'être justifiées dans la situation qu'il prévoit ; on se rappelle sur ce point que l'article 122-4-1 du Code pénal apportait de telles précisions. Certes, le texte vise l'atteinte à un secret protégé par la loi, mais il convient de ne pas avoir une lecture trop restrictive de cette assertion, qui renvoie plus au *modus operandi* qu'à une délimitation du champ des infractions concernées. Toutes les infractions pourraient donc être justifiées lorsqu'elles sont commises par un lanceur d'alerte, sous réserve de respecter les conditions posées par le texte. On comprend toutefois, au regard tant de la logique de l'article 122-9 que des autres dispositions introduites qui font référence à la diffamation, que les infractions concernées sont en lien avec la liberté d'expression. Pourraient

¹⁰ CA Lyon, 24 nov. 2019, n°19/508

¹¹ Cass. crim. 17 oct. 2018, n° 17-80.485

ainsi être justifiées les infractions en lien avec l'origine de l'information, et d'abord la violation d'un secret protégé, en précisant immédiatement que la loi du 9 décembre 2016 continue d'interdire la divulgation de certains secrets (secret de la défense nationale, secret médical et secret des relations entre un avocat et son client) ; dès lors, la personne qui révèle une information protégée par l'un de ces secrets ne peut bénéficier de la protection offerte aux lanceurs d'alerte. Le lanceur d'alerte peut encore s'exonérer des faits de vol commis pour obtenir l'information : si le vol d'information n'est pas répréhensible, une information n'étant pas une « chose » au sens de l'article 311-1, le vol peut être retenu en cas d'appréhension du support physique ou en cas de copie des données informatiques¹². De tels faits pourraient alors être couverts par le nouveau fait justificatif, tout comme le recel d'un tel vol, ou le recel de violation d'un secret protégé. Pourraient également être justifiées les infractions en lien avec les conséquences de la révélation, notamment la diffamation ou encore la dénonciation calomnieuse visée par l'article 226-10 du Code pénal. Mais pour cela, le lanceur d'alerte doit encore avoir respecté les conditions posées par la loi.

¹² Cass. crim., 20 mai 2015, n°14-81.336 ; Cass. crim., 28 juin 2017, n°16-81.113