

Mise en œuvre de la nouvelle  
directive sur la protection  
des lanceurs d'alerte :  
\_\_\_\_\_ Un guide de transposition  
pour les journalistes





Publié par la FÉDÉRATION EUROPÉENNE DES JOURNALISTES (FEJ),  
la plus importante organisation de journalistes en Europe,  
qui représente 320.000 journalistes, dans 72 organisations dans 45 pays.

[EUROPEANJOURNALISTS.ORG](http://EUROPEANJOURNALISTS.ORG)

Rédigé par Mary Inman, Carolina Gonzalez et Claudia Quinones  
International Whistleblower Practice of Constantine Cannon LLP à Londres.

[CONSTANTINECANNON.COM](http://CONSTANTINECANNON.COM)

Traduction : Francine De Groof

Ce document a reçu le financement de Open Society Initiative for Europe au sein de  
Open Society Foundations

Tous droits réservés. 2020.

# Mise en œuvre de la nouvelle directive de l'UE sur les lanceurs d'alerte : Un guide de transposition pour les journalistes<sup>1</sup>

## Introduction

La directive relative à la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (« directive européenne sur les lanceurs d'alerte » ou « directive ») a été approuvée par le Parlement européen le 16 avril 2019 et par le Conseil le 25 septembre 2019.<sup>2</sup> Les États membres ont jusqu'à décembre 2021 pour mettre en œuvre et respecter ses dispositions, un processus communément appelé « transposition en droit national ». La directive européenne sur les lanceurs d'alerte établit des « normes minimales communes » pour la protection des lanceurs d'alerte qui signalent certaines violations du droit de l'UE, cherchant ainsi à réduire au minimum l'incohérence dans l'application des lois au niveau national. Toutefois, il est important de noter que la directive adopte une approche sectorielle, ce qui signifie qu'elle offre une protection aux personnes qui signalent des violations dans certains domaines du droit de l'Union et que ses dispositions ne s'appliquent pas lorsque des protections sectorielles spécifiques sont déjà prévues pour les lanceurs d'alerte. Par exemple, le droit du travail de l'UE ne relève pas du champ d'application de cette directive.

La directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte adopte une approche plus large du type de personnes qui peuvent être protégées. Outre les personnes qui signalent des violations du droit de l'Union (lanceurs d'alerte), la directive protège contre des représailles les « facilitateurs » ou les personnes qui aident l'auteur du signalement. Bien qu'à première vue cela semble positif pour les journalistes qui paraissent ainsi être couverts par le terme « facilitateur », l'utilisation de ce terme pourrait être problématique étant donné les connotations négatives qu'il a dans les législations nationales de nombreux États membres où,

selon une définition large, un « facilitateur » peut être considéré comme un complice d'un acte potentiellement répréhensible - criminel ou autre. Dans l'affaire Luxleaks, par exemple, le journaliste d'investigation français Edouard Perrin a été accusé de complicité avec le lanceur d'alerte Raphael Halet dans sa violation présumée des règles relatives aux secrets d'affaires et au secret professionnel en vertu de la loi luxembourgeoise même si les informations divulguées portaient sur une violation du droit de l'Union (adoption d'accords secrets sur des avantages fiscaux allant à l'encontre de l'objet des lois sur l'impôt des sociétés). Bien qu'Edouard Perrin ait finalement été acquitté, l'affaire Luxleaks a mis en évidence les divergences qui existent entre les États membres en matière de protection des lanceurs d'alerte et a incité à l'adoption de la directive.

L'adoption de la directive sous sa forme actuelle témoigne des efforts considérables de sensibilisation déployés par divers groupes d'intérêt public, y compris des organisations de journalistes, qui ont cherché à mettre en évidence le rôle essentiel que les lanceurs d'alerte et les journalistes jouent dans la divulgation d'informations sur des questions d'une importance capitale pour le public. Les scandales Luxleaks, Panama Papers et Football Leaks sont des exemples révélateurs des raisons pour lesquelles leur protection est cruciale pour la démocratie européenne. En effet, dans le considérant 46, la directive reconnaît l'importance des lanceurs d'alerte en tant que sources journalistiques : « Les lanceurs d'alerte sont, en particulier, des sources importantes pour les journalistes d'investigation. Le fait d'offrir une protection efficace aux lanceurs d'alerte contre les représailles accroît la sécurité

juridique pour les lanceurs d'alerte potentiels et encourage ainsi le lancement d'alertes via les médias. À cet égard, la protection des lanceurs d'alerte en tant que sources journalistiques est cruciale pour préserver le rôle de «sentinelle» du journalisme d'investigation dans les sociétés démocratiques.»

Ce guide de transposition se propose de fournir aux journalistes des informations sur la manière dont la directive peut affecter leur profession et sur la manière dont les protections contre les représailles s'appliquent à eux et à leurs sources. Il met également en évidence les domaines dans lesquels les journalistes peuvent s'efforcer d'entreprendre des efforts de sensibilisation supplémentaires au niveau national pour améliorer la manière dont la directive est transposée, y compris, par exemple, l'interaction entre la directive sur les lanceurs d'alerte et la directive sur les secrets d'affaires. En tant que l'un des principaux groupes d'intérêt public qui ont plaidé avec succès en faveur de l'adoption de la directive européenne sur les signalements de violations du droit de l'Union, les journalistes ont désormais un rôle tout aussi important à jouer pour plaider en faveur de nouvelles améliorations à mesure que la directive est transposée dans les législations nationales des 27 États membres.

+ Les personnes qui communiquent des informations (lanceurs d'alerte) sont protégées pour autant que leurs révélations concernent des violations de certains aspects du droit de l'UE.

+ La directive ne prévaut pas sur l'application de certaines lois des États membres (par exemple, de sécurité nationale).

+ La directive protège contre les représailles les facilitateurs qui aident les auteurs de signalements et le terme « facilitateur » est suffisamment large pour inclure les journalistes. Toutefois, le terme

« facilitateur » peut avoir des connotations négatives selon la législation nationale des États membres s'il est perçu comme complice d'un acte répréhensible.

+ Bien que le signalement interne ne soit plus obligatoire, la divulgation publique aux médias n'est pas sans restriction, car les lanceurs d'alerte doivent toujours faire preuve du respect des conditions qui pourraient être considérées comme lourdes et labyrinthiques.

+ La directive garantit la confidentialité mais ne prévoit pas la possibilité d'un signalement anonyme.

Ce guide fournit aux journalistes une analyse et des recommandations résumées comme suit :

Dans l'ensemble, les organisations de journalistes devraient envisager de s'engager dans des efforts de sensibilisation ciblés au niveau national visant à dépasser les normes minimales communes établies par la directive tout en abordant certaines dispositions problématiques que nous expliquons ci-dessous.

# Contexte

L'historique législatif de la directive<sup>3</sup> montre comment l'absence de protection uniforme des lanceurs d'alerte dans les États membres a eu une incidence négative sur le fonctionnement des politiques de l'UE, se traduisant par des milliards d'euros de pertes annuelles. Elle a eu également des retombées négatives sur les États membres. Dans sa forme actuelle, la directive entend lutter contre la vulnérabilité des lanceurs d'alerte et répondre aux mesures de dissuasion existantes qui brident le signalement par les lanceurs d'alerte de cas de fraude et de corruption impliquant des infractions au droit de l'UE. Parmi les autres préoccupations qui y sont associées, on peut citer le lien entre la protection des lanceurs d'alerte et les droits fondamentaux, ainsi que le rôle des médias dans la communication des informations nécessaires au public.

La liberté de la presse et la liberté d'expression sont des droits fondamentaux reconnus par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et la Charte européenne des droits fondamentaux. Un média responsable est donc un élément central des sociétés démocratiques. La protection des sources est un pilier essentiel du journalisme, car sans anonymat et confidentialité, la plupart des gens hésiteraient à fournir des informations. Dans le cas des lanceurs d'alerte, il existe une crainte supplémentaire de représailles et même d'inscription sur une liste noire de l'industrie. La directive reconnaît le rôle clé que jouent les lanceurs d'alerte en exposant et en alertant les parties prenantes sur les menaces ou les atteintes à l'intérêt public. Elle cherche donc à encourager les lanceurs d'alerte en les protégeant des représailles.

Les lanceurs d'alerte occupent une fonction privilégiée pour démasquer les infractions au droit de l'UE dans le cadre de leurs activités professionnelles. Toutefois, la législation actuelle en la matière est fragmentée entre les États membres. L'Allemagne et l'Espagne, par exemple, protègent les lanceurs d'alerte dans leur droit du

travail. D'autres pays, comme le Royaume-Uni et, plus récemment, la France, offrent une protection plus étendue. Les normes minimales communes établies par la directive tentent d'uniformiser les règles du jeu en protégeant les lanceurs d'alerte et leurs « facilitateurs » contre les représailles.

Les journalistes doivent être conscients des lacunes et des limites potentielles de la directive, qui doivent être comblées au niveau national avant l'échéance de décembre 2021.

La section suivante analyse les articles les plus pertinents de la directive pour la pratique journalistique (articles 2, 3, 4, 5, 6, 15, 16, 19, 21, 22 & 25) et propose quelques recommandations.

# Analyse

## Article 2:

### **Seules les violations de certains domaines du droit de l'UE sont couvertes par la Directive.**

#### *Champ d'application matériel*

1. La présente directive établit des normes minimales communes pour la protection des personnes signalant les violations suivantes du droit de l'Union :

a. Les violations relevant du champ d'application des actes de l'Union figurant en annexe qui concernent les domaines suivants :

- i. marchés publics;
- ii. services, produits et marchés financiers et prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme;
- iii. sécurité et conformité des produits;
- iv. sécurité des transports;
- v. protection de l'environnement;
- vi. radioprotection et sûreté nucléaire;
- vii. sécurité des aliments destinés à l'alimentation humaine et animale, santé et bien-être des animaux;
- viii. santé publique;
- ix. protection des consommateurs;
- x. protection de la vie privée et des données à caractère personnel, et sécurité des réseaux et des systèmes d'information;

b. les violations portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union visés à l'article 325 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et précisés dans les mesures pertinentes de l'Union ;

c. les violations relatives au marché intérieur visé à l'article 26, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, y compris les violations des règles de l'Union en matière de concurrence et d'aides d'État, ainsi que les violations relatives au marché intérieur en ce qui concerne les actes qui violent les règles applicables en matière d'impôt sur les sociétés et les dispositifs destinés à obtenir

*un avantage fiscal qui va à l'encontre de l'objet ou de la finalité de la législation applicable en matière d'impôt sur les sociétés.*

2. La présente directive est sans préjudice du pouvoir qu'ont les États membres d'étendre la protection au titre du droit national en ce qui concerne des domaines ou des actes non visés au paragraphe 1.

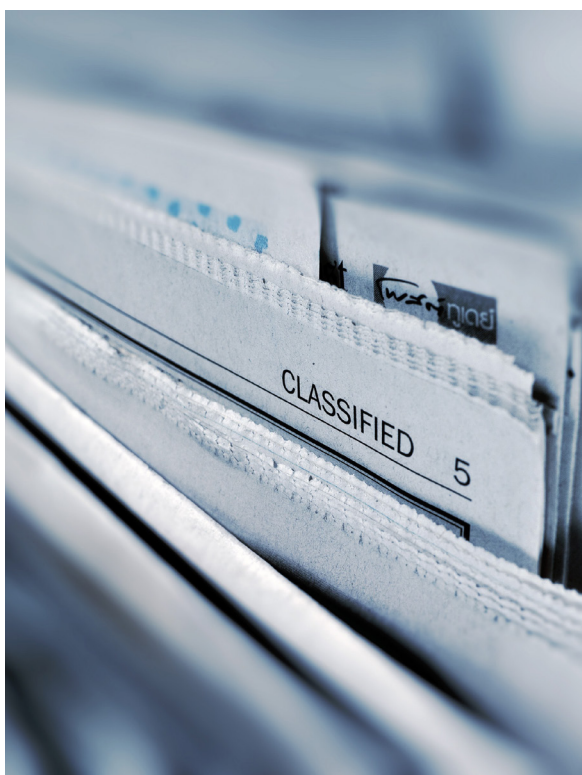
Au lieu d'une couverture complète, la directive a opté pour une approche sectorielle dans laquelle seuls certains domaines du droit de l'UE sont couverts, comme le montre la référence de la directive à une annexe qui contient une liste de plusieurs instruments juridiques que la directive couvrirait expressément. Cette approche sectorielle, qui englobe un éventail limité d'actes répréhensibles, est susceptible de créer une incertitude juridique pour les personnes qui souhaitent dénoncer de tels actes répréhensibles, ce qui se traduit en fin de compte par un sous-signalement ou l'absence de signalement. Selon Transparency International, si les lanceurs d'alerte estiment qu'ils ne remplissent pas les critères juridiques, ils garderont le silence, laissant les gouvernements et le public dans l'ignorance des fautes qui peuvent nuire à leurs intérêts.<sup>4</sup>

La directive prévoit un seuil de base, ce qui signifie que les États membres sont libres de mettre en œuvre des lois nationales offrant une plus grande protection aux lanceurs d'alerte, par exemple en élargissant le spectre des préoccupations que ceux-ci peuvent soulever et en rejetant l'approche sectorielle de la directive. En France, jusqu'en 2016, la protection des lanceurs d'alerte n'était accordée que dans le contexte des conflits d'intérêts, de la lutte contre la corruption ou de la protection de la santé et de l'environnement.<sup>5</sup> Depuis l'adoption de la loi « Sapin II » en décembre 2016, le statut et la protection des lanceurs d'alerte en France ont été

considérablement élargis dans le cadre d'une loi générale.<sup>6</sup> L'Espagne cherche à faire des progrès similaires dans ce domaine par l'introduction d'une proposition de loi de transposition au Parlement en novembre 2019, qui comprend (dans son article 4) une liste plus complète de types d'informations sur les infractions qu'un lanceur d'alerte peut divulguer.<sup>7</sup>

#### Recommandation :

Les journalistes devraient chercher à minimiser les approches sectorielles et préconiser plutôt des protections au niveau national pour faire écho à des législations telles que Sapin II et la nouvelle proposition de loi de transposition en Espagne. Bien qu'imparfaite, elle élargit les types de préoccupations qu'un lanceur d'alerte peut soulever sans danger. Ce faisant, la législation nationale devrait réduire au minimum l'incertitude et favoriser le signalement dans un large éventail de domaines.



### Article 3:

**La directive n'empêche pas l'application de certaines lois nationales, dont la protection d' « informations classifiées ».**

*Lien avec d'autres actes de l'Union et dispositions nationales*

1. *Lorsque des règles spécifiques concernant le signalement de violations sont prévues dans les actes sectoriels de l'Union énumérés dans la partie II de l'annexe, ces règles s'appliquent. Les dispositions de la présente directive sont applicables dans la mesure où une question n'est pas obligatoirement réglementée par ces actes sectoriels de l'Union.*
2. *La présente directive n'affecte pas la responsabilité qu'ont les États membres d'assurer la sécurité nationale, ni leur pouvoir de protéger leurs intérêts essentiels en matière de sécurité. En particulier, elle ne s'applique pas aux signalements de violations des règles relatives aux marchés publics comportant des aspects touchant à la défense ou à la sécurité, à moins que les actes pertinents de l'Union ne les régissent.*
3. *La présente directive n'affecte pas l'application du droit de l'Union ou du droit national concernant l'un ou l'autre des éléments suivants :*
  - a. *La protection des informations classifiées;*
  - b. *La protection du secret professionnel des avocats et du secret médical ;*
  - c. *Le secret des délibérations judiciaires;*
  - d. *Les règles en matière de procédure pénale.*
4. *La présente directive n'affecte pas les règles*

*nationales relatives à l'exercice par les travailleurs de leur droit de consulter leurs représentants ou leurs syndicats, et à la protection contre toute mesure préjudiciable injustifiée suscitée par une telle consultation, ainsi qu'à l'autonomie des partenaires sociaux et à leur droit de conclure des conventions collectives. Cela est sans préjudice du niveau de protection accordé par la présente directive.*

Les journalistes doivent savoir que la directive ne les protège pas en cas de divulgation d'informations dites « classifiées ». Comme le précise la Section 3. a., la directive de l'UE sur les lanceurs d'alerte n'affecte pas l'application de lois de sécurité nationale, optant plutôt de permettre aux États membres de sauvegarder leurs intérêts particuliers dans la détermination des modalités de publication des informations classifiées et de sanction des responsables de leur publication.

Alors que la directive européenne sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union a tenté d'esquiver la question, l'équilibre entre la sécurité nationale et le droit à l'information a été abordé dans d'autres contextes. En 2013, grâce à l'Open Society Justice Initiative, 22 organisations et centres universitaires ont rédigé, en consultation avec plus de 500 experts du monde entier, les principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information, connus sous le nom de principes de Tshwane.<sup>8</sup> Les principes 40, 41 et 43 stipulent que les lanceurs d'alerte « membres du personnel public » doivent être protégés contre les représailles si l'intérêt public à ce que les informations soient divulguées l'emporte sur le préjudice que la divulgation pourrait causer à l'intérêt public.<sup>9</sup> Le principe 41 prévoit expressément l'immunité de responsabilité civile et pénale pour la divulgation d'informations classifiées ou autres informations confidentielles, tandis que le principe 46 stipule que les lanceurs d'alerte « membres du personnel public » ne devraient pas être soumis à des sanctions pénales même si leur divulgation n'est pas autorisée.<sup>10</sup>

Les principes 47, 48 et 49 de Tshwane revêtent une importance particulière pour les journalistes. Le Principe 47 protège les lanceurs d'alerte qui ne sont pas des « fonctionnaires » - y compris les journalistes - contre les « sanctions » pour possession et diffusion d'informations classifiées, y compris les accusations de complot ou d'autres délits connexes fondés sur la recherche ou l'obtention d'informations classifiées.<sup>11</sup> Le Principe 48 interdit les lois et règlements visant à contraindre les lanceurs d'alerte qui ne sont pas des « fonctionnaires » à révéler des sources confidentielles et des « documents non publiés dans le cadre d'une enquête concernant la divulgation non autorisée d'informations à la presse ou au public ». Le principe 49 interdit également « les ordres émanant d'organes judiciaires ou d'autres organes de l'État » contre la publication d'informations « déjà en possession » de lanceurs d'alerte qui ne sont pas « fonctionnaires ». En outre, si l'information a été rendue publique - même par des moyens illégaux - les efforts visant à empêcher toute publication ultérieure sont présumés non valables.

#### Recommandation :

Les principes de Tshwane peuvent servir de guide précieux aux journalistes lors de l'examen des propositions de transposition au niveau national de la directive européenne sur les lanceurs d'alerte. Les points à prendre en considération sont notamment les suivants :

+ Reconnaissance expresse de la primauté de certains droits fondamentaux (liberté d'expression, d'information et d'accès à l'information) sur la non-divulgation de l'information : en d'autres termes, les interdictions ou limitations totales de la divulgation d'informations (même les divulgations non autorisées) devraient être l'exception, et non la règle.



+ Limitation du pouvoir discrétionnaire des États membres pour exempter certains domaines de l'application de la protection des « lanceurs d'alerte ». Par exemple, les motifs de sécurité nationale ne devraient pas être utilisés sans discernement comme bouclier pour saper le droit fondamental d'accès du public à l'information.

+ Introduction des dispositions claires et sans ambiguïté établissant l'immunité contre les poursuites pénales et civiles, y compris les poursuites pour diffamation. Au minimum, l'immunité devrait s'appliquer aux divulgations protégées. Pour les divulgations non protégées, toute sanction pénale potentielle devrait être exceptionnelle et les conditions devraient être spécifiquement définies dans la loi en question. Dans le cas d'informations classifiées, par exemple, le type d'information devrait être directement lié à son incidence sur la sécurité nationale (par exemple, la divulgation de données technologiques spécifiques sur les armes ou les codes nucléaires ou la divulgation de l'identité d'agents secrets de renseignement). En outre, la divulgation devrait présenter un risque significatif, imminent et identifiable, tandis que toute sanction devrait être proportionnelle au préjudice causé. Plus important encore, la loi devrait établir des recours efficaces, tels que des moyens de défense pouvant être articulés devant les tribunaux.<sup>12</sup> Enfin, il est conseillé d'établir une liste de facteurs cumulatifs que les procureurs et les juges pourront prendre en compte lorsqu'ils évalueront si une divulgation l'emporte sur tout intérêt public à la non-divulgation.<sup>13</sup>

+ Interdire les pénalités ou sanctions pénales, civiles et même administratives à l'encontre de tiers (notamment les journalistes) pour la possession et la diffusion d'informations fournies par des lanceurs d'alerte. Une telle interdiction devrait également s'étendre aux infractions connexes telles que le complot ou d'autres infractions qui y sont associées comme le piratage, la photocopie ou la reproduction de documents dans les canaux de distribution de

masse de l'information comme les médias sociaux. Une telle interdiction devrait en outre préciser que les recours tels que les injonctions des tribunaux ne doivent pas être utilisés pour empêcher la poursuite de la publication d'informations déjà mises à la disposition du public, même lorsque ces informations ont été rendues publiques par des moyens illicites. Là encore, les droits fondamentaux d'accès à l'information et la liberté d'information devraient primer et cette primauté devrait être clairement établie dans la loi.

La jurisprudence de la CEDH devrait également être prise en considération dans les propositions de législation afin d'assurer l'harmonisation entre les pouvoirs législatif et judiciaire des États membres.<sup>14</sup> En particulier, les journalistes méritent un niveau de protection plus élevé car ils servent de canaux de communication pour les lanceurs d'alerte. Pour cette raison, les lois nationales devraient prévoir des recours efficaces tels que la justification du journalisme responsable - une défense formulée par le journaliste Edouard Perrin dans l'affaire Luxleaks pour atténuer les accusations de comportement criminel - en particulier si ces juridictions accusent les journalistes d'être complices de lanceurs d'alerte. Entre-temps, les journalistes doivent tenir compte du moment où leurs sources divulguent leurs informations ainsi que des actes qui y sont associés (copie de fichiers, prise de contact, etc.). Les journalistes doivent également connaître les lois applicables en matière de piratage informatique et de cybercriminalité, car elles peuvent être utilisées pour intimider les journalistes en les accusant de complicité dans l'accès et le transfert non autorisés de données protégées par un lanceur d'alerte.

## Article 4 :

### La directive protège les « facilitateurs » contre les représailles.

#### Champ d'application personnel

1. La présente directive s'applique aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel, y compris au moins :
  - a. les personnes ayant le statut de travailleur, au sens de l'article 45, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE -, y compris les fonctionnaires ;
  - b. les personnes ayant le statut de travailleur indépendant, au sens de l'article 49 du TFUE ;
  - c. Les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, y compris les membres non exécutifs, ainsi que les bénévoles et les stagiaires non rémunérés ;
  - d. toute personne travaillant sous la supervision et la direction de contractants, de sous-traitants et de fournisseurs.
2. La présente directive s'applique également aux auteurs de signalement lorsqu'ils signalent ou divulguent publiquement des informations sur des violations obtenues dans le cadre d'une relation de travail qui a pris fin depuis.
3. La présente directive s'applique également aux auteurs de signalement dont la relation de travail n'a pas encore commencé dans les cas où des informations sur des violations ont été obtenues lors du processus de recrutement ou d'autres négociations précontractuelles.

4. Les mesures de protection des auteurs de signalement énoncées au chapitre VI s'appliquent également, le cas échéant, aux :
  - a. facilitateurs ;
  - b. tiers qui sont en lien avec les auteurs de signalement et qui risquent de faire l'objet de représailles dans un contexte professionnel, tels que des collègues ou des proches des auteurs de signalement ;
  - c. entités juridiques appartenant aux auteurs de signalement ou pour lesquelles ils travaillent, ou encore avec lesquelles ils sont en lien dans un contexte professionnel.

Avant de commenter la protection contre les représailles accordée aux « facilitateurs », il convient de noter que l'application de la directive concerne uniquement les personnes qui signalent des actes répréhensibles liés à leurs activités professionnelles. Ce faisant, l'Union Européenne a inévitablement choisi non seulement de conditionner la protection aux comportements liés au travail, mais aussi d'exclure les lanceurs d'alerte qui ne seraient pas dans une relation de travail (quelle qu'elle soit). En d'autres termes, les divulgations concernant le comportement de personnes extérieurs au lieu de travail du lanceur d'alerte ainsi que les personnes disposant d'informations sur des actes répréhensibles détectés en une qualité qui ne serait pas liée au travail (c'est-à-dire en dehors du milieu de travail) ne sont pas couvertes par la directive. Par conséquent, les journalistes eux-mêmes seraient exclus ainsi que les personnes travaillant pour des ONG ou des organisations de la société civile (à moins, bien sûr, que l'acte répréhensible divulgué soit lié à leur lieu de travail). En outre, les lanceurs d'alerte personnellement affectés par des actes répréhensibles (à l'exception des actionnaires de sociétés impliqués dans des actes répréhensibles, qui sont couverts par l'article 4, paragraphe 1.c.),

voire les chercheurs et les experts de l'industrie seraient également exclus.

Cette approche limitée n'est pas souhaitable, et les journalistes devraient s'efforcer de plaider en faveur d'une approche qui donne la priorité à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, en reconnaissant les lanceurs d'alerte comme des outils d'application précieux pour garantir la responsabilité sociale et celle des entreprises. Par exemple, la loi britannique sur l'intérêt public (PIDA) protège spécifiquement les divulgations faites dans l'intérêt public même si elles ne sont pas liées au lieu de travail.<sup>15</sup>

En ce qui concerne les protections contre les représailles, la directive couvre les lanceurs d'alerte (c'est-à-dire les « auteurs de signalements » avec la mise en garde expliquée ci-dessus) ainsi que les tiers qui sont soit liés aux lanceurs d'alerte (parents ou collègues de travail) ou les ont « aidés » à signaler des infractions à la législation de l'UE. Les dispositions en matière de rétorsion sont examinées ci-dessous dans l'analyse des articles 19 et 21.

Les journalistes doivent savoir que, bien qu'ils ne soient pas nommément mentionnés dans l'article 4 ni dans la définition du « facilitateur » (cf. article 5 ci-dessous), le terme « facilitateur » est défini de manière suffisamment large pour englober les journalistes. L'utilisation du terme « facilitateur » peut être particulièrement problématique pour les journalistes en raison des conséquences négatives qu'il entraîne dans le cadre des lois pénales nationales de certains États membres. Par exemple, en vertu de ces lois, en tant que facilitateur, un journaliste peut être interprété comme approuvant un crime, se rendant complice d'actes illégaux, ou même étant impliqué en tant que participant plutôt qu'intermédiaire entre un lanceur d'alerte et le public. Il peut en résulter des problèmes importants et une fragmentation au sein des États membres et entre eux, les journalistes risquant de se voir appliquer des lois pénales nationales

pour des comportements protégés par la directive européenne sur les lanceurs d'alerte.

La nouvelle législation sur les lanceurs d'alerte récemment introduite dans le cadre du processus de transposition de la directive européenne sur les lanceurs d'alerte en Espagne comprend des dispositions concernant les facilitateurs qui sont plus protectrices pour les journalistes. En vertu de la loi espagnole récemment proposée,<sup>16</sup> les « facilitateurs » sont définis comme toute personne physique ou morale qui « contribue, aide ou assiste le lanceur d'alerte à révéler ou à rendre publiques des informations sur des violations, y compris, mais sans s'y limiter, les organisations de la société civile, les organismes ou associations professionnels, les syndicats, les journalistes, les organisations de journalistes et les avocats ». <sup>17</sup> En outre, les lanceurs d'alerte et les facilitateurs ont droit à la sécurité, à l'anonymat et à la confidentialité, même vis-à-vis des personnes chargées de traiter des signalements et des conseils.<sup>18</sup> La législation espagnole proposée impose également des sanctions sévères aux chaînes d'information qui ne protègent pas l'identité des journalistes même si elles le prétendent, y compris, par exemple, celles qui retracent l'adresse IP d'une plainte.<sup>19</sup> Les facilitateurs ont, par ailleurs, droit à une protection policière lorsqu'ils sont en danger ou menacés.<sup>20</sup>

#### Recommandation :

Les journalistes devraient obtenir une proposition de transposition qui tende à clarifier et à élargir le terme « facilitateur » et à inclure une formulation spécifiquement conçue pour exclure les connotations négatives évoquées ci-dessus. En d'autres termes, les journalistes ne devraient pas être considérés comme des complices d'actes répréhensibles, mais plutôt comme des intermédiaires jouant un rôle vital dans les sociétés démocratiques. En outre, les meilleures pratiques indiquent que le terme « facilitateur » tel qu'il est défini devrait inclure une liste non-exhaustive des

personnes qui seraient considérées comme des « facilitateurs » et mentionner spécifiquement les journalistes et les organisations de journalistes. Si les lanceurs d'alerte méritent une protection, et que ce sont eux qui obtiennent et divulguent en premier lieu des informations protégées/confidentielles, les journalistes et leurs organisations devraient mériter le même niveau de protection pour communiquer l'information et la rendre publique. Une législation élargissant la définition des divulgations pour permettre le signalement d'actes répréhensibles non liés au travail est également souhaitable. Cela encouragerait les lanceurs d'alerte extérieurs à l'entreprise ou l'organisation à se manifester, augmentant ainsi le nombre de lanceurs d'alerte autorisés à signaler des informations sur des actes répréhensibles.



## Article 5 :

Bien qu'ils ne soient pas précisément inclus dans la définition, les journalistes (non leurs organisations) pourraient être qualifiés de « facilitateurs » et seraient protégés contre les représailles que pourraient engendrer des signalements dans le cadre du champ d'application de la directive.

### *Définitions*

*Aux fins de la présente directive, on entend par :*

[...]

(3) « signalement » ou « signaler », la communication orale ou écrite d'informations sur des violations ;

(4) « signalement interne », la communication orale ou écrite d'informations sur des violations au sein d'une entité juridique du secteur privé ou public ;

(5) « signalement externe », la communication orale ou écrite d'informations sur des violations aux autorités compétentes ;

(6) « divulgation publique » ou « divulguer publiquement », la mise à disposition dans la sphère publique d'informations sur des violations ;

(7) « auteur de signalement », une personne physique qui signale ou divulgue publiquement des informations qu'elle a obtenues dans le cadre de ses activités professionnelles ;

(8) « facilitateur », une personne physique qui aide un auteur de signalement au cours du processus de signalement dans un contexte professionnel et dont l'aide devrait être confidentielle ;

[...]

(11) « représailles », tout acte ou omission direct ou indirect qui intervient dans un contexte professionnel,

*est suscité par un signalement interne ou externe ou une divulgation publique et qui cause ou peut causer un préjudice injustifié à l'auteur de signalement.*

La directive européenne sur les lanceurs d'alerte a adopté une définition restrictive du terme « facilitateur », limitant sa couverture aux seules personnes physiques et excluant ainsi les personnes morales telles que les organisations de journalistes et les organisations de la société civile qui soutiennent les lanceurs d'alerte. En revanche, la nouvelle proposition de loi espagnole sur les lanceurs d'alerte élargit la définition de « facilitateur » aux personnes morales, notamment les organisations de la société civile, les syndicats et les organisations de journalistes, entre autres. Les recherches scientifiques démontrent que l'acte de signalement peut avoir des conséquences personnelles importantes sur les lanceurs d'alerte, les isolant des collègues de travail et d'autres systèmes de soutien et entraînant une augmentation des cas de dépression, de toxicomanie et de conflits conjugaux.<sup>21</sup>

En conséquence, les lanceurs d'alerte se tournent fréquemment vers leurs syndicats, leurs associations professionnelles ou les organisations qui les protègent pour discuter de leurs préoccupations et naviguer sur les eaux insidieuses de la divulgation. Toutefois, en vertu de la directive, on peut penser que seul le journaliste individuel, et non les grands organismes de médias dans lesquels il ou elle siège, serait protégé contre les représailles. En raison de cette omission, les organisations de médias peuvent faire l'objet de poursuites, en représailles, pour diffamation ou violation de données protégées (pour ne citer que quelques exemples) pour avoir publié des informations fournies par des lanceurs d'alerte à leurs journalistes individuels. Sans le soutien des médias pour lesquels ils travaillent, les journalistes individuels peuvent être moins susceptibles de courir le risque d'aider des lanceurs d'alerte à rendre l'information publique.

### Recommandation :

Les journalistes devraient envisager de clarifier/élargir le terme « facilitateur » dans le sens indiqué ci-dessus (c'est-à-dire inclure les journalistes parmi les personnes physiques visées par le terme « facilitateur » ainsi que les personnes morales telles que les organisations de médias, les syndicats et les groupes de soutien aux lanceurs d'alerte) ou de remplacer « facilitateur » par un terme moins accusateur, tel qu'« intermédiaire », tout en incluant une formulation spécifique et des exemples d'actions considérées comme soutenant le signalement d'actes répréhensibles par les lanceurs d'alerte ainsi que les personnes physiques et morales considérées comme des intermédiaires/sympathisants. L'incertitude juridique entourant les termes de base tels que « facilitateur » peut décourager les lanceurs d'alerte à se manifester, dissuader les journalistes et leurs publications de les aider à transmettre au public des informations sur des actes répréhensibles.

## Article 6 :

**La directive protège les auteurs de signalement à condition qu'ils (i) croient raisonnablement en la véracité de l'information au moment de sa divulgation et (ii) utilisent l'un ou l'autre canal de signalement, dont le partage de l'information avec des journalistes.**

### *Conditions de protection des auteurs de signalement*

1. *Les auteurs de signalement bénéficient de la protection prévue par la présente directive pour autant que :*
  - a. *ils aient eu des motifs raisonnables de croire que les informations signalées sur les violations étaient véridiques au moment du signalement et que ces informations entraînent dans le champ d'application de la présente directive ; et*
  - b. *ils aient effectué un signalement soit interne conformément à l'article 7, soit externe conformément à l'article 10, ou aient fait une divulgation publique conformément à l'article 15.*
2. *Sans préjudice des obligations en vigueur visant à permettre les signalements anonymes en vertu du droit de l'Union, la présente directive n'affecte pas le pouvoir des États membres de décider si les entités juridiques du secteur privé ou public et les autorités compétentes sont tenues d'accepter les signalements anonymes de violations et d'en assurer le suivi.*
3. *Les personnes qui ont signalé ou divulgué publiquement des informations sur des violations de manière anonyme, mais qui sont identifiées par la suite et font l'objet de représailles, bénéficient néanmoins de la protection prévue au chapitre VI, pour autant qu'elles répondent aux conditions prévues au paragraphe 1.*
4. *Les personnes qui signalent auprès des institutions, organes ou organismes de l'Union compétents des violations relevant du champ d'application de la présente directive bénéficient de la protection prévue par la présente directive dans les mêmes conditions que les personnes qui effectuent un signalement externe.*

La directive établit trois canaux de signalement par lesquels les lanceurs d'alerte peuvent signaler des actes répréhensibles et bénéficier d'une protection : la divulgation interne, externe et publique. Cf. les articles 5.4, 5.5 et 15. Le signalement interne concerne les divulgations au sein d'une entité juridique du secteur privé ou public où la conduite signalée par le lanceur d'alerte est présumée avoir lieu, tandis que le signalement externe concerne les divulgations faites aux autorités de contrôle compétentes. Les divulgations publiques sont les signalements effectués auprès de médias.

Bien que la directive européenne ne rende pas la notification interne obligatoire pour les lanceurs d'alerte, elle est fortement encouragée en tant que premier port d'escale du lanceur d'alerte, lorsque cela est possible, selon la logique exprimée au considérant 47 estimant que les informations pertinentes doivent d'abord être portées à la connaissance des personnes les plus proches de la source du problème et qui sont les plus à même d'enquêter et de le résoudre, c'est-à-dire les personnes au sein de l'organisation où se produit l'acte.<sup>22</sup> L'article 7, paragraphe 2, renforce cette préférence pour le signalement interne en premier ressort, mais précise qu'il ne peut être exigé que si deux conditions préalables sont remplies : (1) « lorsque la violation peut être traitée efficacement en interne » et (2) « lorsque la personne qui fait le signalement considère qu'il n'y a pas de risque de représailles ».

Ce faisant, la directive permet effectivement de faire un signalement externe en premier lieu (c'est-à-dire de sauter les canaux de signalement internes et de s'adresser directement aux autorités) dans les situations où un signalement interne s'avèrerait inefficace et créerait un risque de représailles contre le lanceur d'alerte. Comme ils risquent de subir des représailles si la dénonciation se réalise par les voies internes, les lanceurs d'alerte sont autorisés, en vertu de la directive, à contourner le système de signalement interne et à adresser, dès le départ, des signalements externes aux autorités s'il est peu probable que la violation soit traitée efficacement par des canaux internes. Par exemple, dans les organisations où l'acte répréhensible présumé a été orchestré par un grand nombre de cadres supérieurs, les lanceurs d'alerte peuvent s'adresser directement aux autorités parce qu'il est peu probable que leur préoccupation soit traitée efficacement au sein de l'organisation et que la probabilité de représailles est élevée.

Pour faciliter le signalement interne, la directive impose aux États membres d'établir des canaux de signalement interne dans les secteurs privé et public (article 8.1), qui peuvent être gérés soit par une personne ou un service au sein d'une organisation désignée à cet effet, soit par un tiers (article 8.5).

Cette exigence s'applique aux organisations du secteur privé comptant 50 salariés ou plus et à toutes les entités du secteur public (article 8.3). Les personnes ou organismes chargés de la communication des informations par la voie interne sont tenus d'assurer un suivi diligent des personnes qui ont fait le signalement interne et de fournir un retour d'information dans un délai raisonnable, qui ne doit pas dépasser trois mois après l'accusé de réception de la plainte (article 9.1).

Les exigences relatives aux signalements externes aux autorités sont couvertes par les articles 10 à 12. L'accent mis sur la mise en place de canaux de signalement clairement désignés et sur la

nécessité de tenir les lanceurs d'alerte informés de l'état d'avancement de leur signalement s'étend du signalement interne au signalement externe. En vertu de l'article 11, paragraphe 1 et de l'article 11, paragraphe 2, point a), les États membres doivent mettre en place des autorités compétentes chargées de recevoir les signalements d'infraction, de donner des informations en retour et d'en assurer le suivi, et veiller à ce que ces autorités mettent en place des canaux de notification externes indépendants et autonomes pour recevoir et traiter les informations relatives aux infractions. Un retour d'information doit être fourni à chaque signalement dans un délai de trois mois, ou de six mois dans des cas justifiés (article 11.2(d)). Les autorités qui reçoivent des signalements, qui ne disposent pas des compétences nécessaires pour traiter la violation potentielle, doivent les transmettre à l'autorité compétente dans un délai raisonnable et de manière sécurisée, en informant sans délai la personne à l'origine du signalement (article 11.6).

Après les signalements internes et externes, la troisième voie de transmission à protéger en vertu de la directive est la divulgation publique à la presse. Les conditions qui doivent être remplies pour qu'une divulgation publique soit protégée sont examinées plus en détail dans l'analyse de l'article 15 ci-dessous. Toutefois, il découle des exigences de communication interne et externe examinées ci-dessus que la directive n'autorise une personne à faire un signalement à la presse et à être protégée que si elle a fait un signalement interne, externe ou les deux et n'a pas reçu de retour d'information après la période requise (c'est-à-dire une période de trois à six mois) - sauf si la personne qui réalise le signalement a des raisons valables de croire que la violation peut causer un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public ou si l'autorité externe a été compromise. Par conséquent, lorsqu'ils travaillent avec des lanceurs d'alerte en tant que sources, les journalistes doivent faire attention à ce que

des canaux internes ou externes aient été mis en place au moment de la couverture du signalement et si l'auteur du signalement a eu recours à ces mécanismes. Le délai est également important, car les canaux internes ou externes disposent d'un minimum de trois mois pour fournir un retour d'information.

Pour bénéficier de la protection de la directive, l'auteur d'un signalement doit avoir « des motifs raisonnables de croire que les informations [qu'il elle signale] sont vraies ». Toutefois, la directive ne précise pas si le critère du caractère raisonnable est subjectif ou objectif. Que signifie « avoir des motifs raisonnables de croire que l'information est vraie » ? Idéalement, le caractère raisonnable de la conviction sera jugé par rapport à ce qu'une personne dans une situation similaire et ayant des connaissances similaires pourrait croire, c'est-à-dire selon une norme objective. Toutefois, cette estimation peut également être liée au concept de bonne foi, qui a une interprétation différente selon chaque système juridique. Comme aucune norme juridique spécifique régissant ces principes n'est identifiée, il existe un risque de résultats différents et d'incertitude juridique, ce qui accroît le risque de fragmentation plus importante au niveau national.

Le considérant 32 de la directive indique à juste titre que « les motifs amenant les auteurs de signalement à effectuer un signalement devraient être sans importance pour décider s'ils doivent recevoir une protection ». Tant que l'auteur du signalement croit réellement que les informations qu'il présente sont vraies, il n'est pas pertinent que, par exemple, le lanceur d'alerte ait été motivé partiellement par la malveillance à l'égard de son supérieur. Le motif est toutefois important dans le cas de « signalements malveillants ou abusifs » au sens de la directive, lorsque l'auteur du signalement a délibérément et sciemment communiqué des informations erronées ou trompeuses, auquel cas la personne qui les a communiquées n'est pas

protégée et peut se voir infliger une amende.<sup>23</sup> Compte tenu des représailles auxquelles sont fréquemment confrontés les lanceurs d'alerte lorsqu'ils divulguent des informations, ces cas ne sont toutefois pas aussi fréquents que la directive semble le laisser entendre. En tout état de cause, dans toute proposition de transposition, il conviendrait de définir clairement ce qui est considéré comme un signalement malveillant ou abusif, afin de ne pas décourager les lanceurs d'alerte de communiquer des informations véridiques. Divulguer sciemment des informations fausses serait en l'occurrence un cas de figure évident.

Le considérant 31 reconnaît que le droit à la liberté d'expression et d'information englobe le droit de recevoir et de communiquer des informations ainsi que la liberté et le pluralisme des médias. Les principes démocratiques de transparence et de responsabilité sous-tendent également le droit de s'exprimer. La directive tente de trouver un équilibre entre ces libertés et l'intérêt des employeurs à gérer leurs organisations et à protéger leurs propres intérêts, d'une part, et l'intérêt du public à être protégé contre tout préjudice, d'autre part.<sup>24</sup>

#### Recommandation :

Les journalistes doivent soutenir une proposition de transposition qui précise les points clés suivants. Premièrement, l'exigence de « caractère raisonnable » prévue à l'article 6.1(a) devrait être clairement définie comme un test objectif dans lequel il doit avoir été objectivement raisonnable pour le lanceur d'alerte d'avoir eu une telle conviction. Des principes directeurs peuvent également être inclus pour qu'un tribunal ou un tribunal de première instance puisse les utiliser si le lanceur d'alerte est obligé de défendre le caractère raisonnable de sa conviction. Deuxièmement, la



finalité et l'objet de la directive sont d'inciter les lanceurs d'alerte à se manifester afin d'enquêter sur des violations du droit de l'UE. En tant que tel, le motif d'un lanceur d'alerte ne devrait absolument pas être pertinent dans ce contexte. L'accent doit être mis sur le message, et non sur le messenger. Tant que l'information est vraie ou que la personne qui la signale croit raisonnablement qu'elle l'est, le lanceur d'alerte et les intermédiaires (y compris les journalistes) devraient être protégés. Troisièmement, les lanceurs d'alerte devraient être autorisés à évaluer et à déterminer lequel des trois canaux de signalement leur convient le mieux en fonction de leur situation particulière. Bien que la directive ne prévoie plus de signalement interne obligatoire, elle contient toujours un langage conditionnant le recours direct aux autorités et aux médias à l'épuisement de certaines exigences labyrinthiques, telles que la réception d'un retour d'information des canaux internes et/ou externes (cf. l'analyse de l'article 15).

## Article 15 :

**Le partage d'informations avec des journalistes est qualifié de « divulgation publique » et exige que son auteur respecte avant tout certaines conditions.**

### *Divulgations publiques*

1. *Une personne qui fait une divulgation publique bénéficie de la protection prévue par la présente directive si l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie :*
  - a. *la personne a d'abord effectué un signalement interne et externe, ou a effectué directement un signalement externe conformément aux chapitres II et III, mais aucune mesure appropriée n'a été prise en réponse au signalement dans le délai visé à l'article 9, paragraphe 1, point f), ou à l'article 11, paragraphe 2, point d) ;*
  - b. *la personne a des motifs raisonnables de croire que :*
    - i. *la violation peut représenter un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public, comme lorsqu'il existe une situation d'urgence ou un risque de préjudice irréversible ; ou*
    - ii. *en cas de signalement externe, il existe un risque de représailles ou il y a peu de chances qu'il soit véritablement remédié à la violation, en raison des circonstances particulières de l'affaire, comme lorsque des preuves peuvent être dissimulées ou détruites ou lorsqu'une autorité peut être en collusion avec l'auteur de la violation ou impliquée dans la violation.*
2. *Le présent article ne s'applique pas aux cas dans lesquels une personne révèle directement des informations à la presse en vertu de dispositions nationales spécifiques établissant un système de protection relatif à la liberté d'expression et d'information.*

La protection des lanceurs d'alerte en cas de divulgation publique à la presse ou par les médias n'est pas automatique dans le cadre de la directive. L'article 15, paragraphe 1, prévoit deux voies principales par lesquelles les lanceurs d'alerte peuvent signaler des actes répréhensibles aux médias et bénéficier d'une protection. Tout d'abord, les lanceurs d'alerte peuvent effectuer un signalement interne puis externe ou réaliser un signalement externe direct, lorsque les signalements n'ont pas été pris en compte dans le délai imparti (c'est-à-dire trois mois, ou six mois pour les canaux externes). Article 15.1(a). Deuxièmement, les lanceurs d'alerte peuvent effectuer un signalement aux médias lorsqu'ils ont des raisons de croire qu'il existe un danger imminent pour le public ou qu'il y a peu de chances que les autorités traitent le rapport de manière satisfaisante lorsque le signalement est externe. Article 15.1(b).

Pour que la protection offerte par la deuxième voie (article 15.1(b)) s'applique, le lanceur d'alerte doit avoir des « motifs raisonnables » de croire qu'il existe une situation d'urgence susceptible de mettre en danger l'intérêt public ou que la voie externe de signalement aux autorités a été compromise. Dans le cadre du processus de transposition, il est nécessaire de clarifier et d'orienter la portée et la signification de la notion de « motifs raisonnables » et de déterminer si une défense de bonne foi s'appliquerait. La directive note que même si les informations divulguées par les lanceurs d'alerte sont incorrectes ou autrement inexactes, les lanceurs d'alerte seraient toujours protégés tant qu'ils estiment que les informations sont vraies ou exactes au moment du signalement ou de la divulgation.<sup>25</sup> Une présomption de protection au titre de la directive s'applique à moins qu'il ne soit démontré que le lanceur d'alerte a sciemment divulgué de fausses informations.

En vertu de l'article 15.1(b)(i) (qui protège les lanceurs d'alerte divulguant aux médias des actes répréhensibles susceptibles de mettre en danger le public de manière imminente), il n'est pas tout à

fait clair si le lanceur d'alerte de Luxleaks, Antoine Deltour, aurait pu bénéficier d'une protection, car il n'est pas certain que le signalement de régimes d'évasion fiscale ou d'optimisation fiscale agressive constitue un « danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public » au sens strict du terme. L'article 15.1(b)(ii) offre encore moins de certitude, étant donné qu'il dépend de circonstances indépendantes de la volonté du lanceur d'alerte, telles que la dissimulation ou la destruction de preuves par une autorité compétente ou la collusion de cette dernière avec l'auteur de la violation signalée par le lanceur d'alerte. Tel qu'il est rédigé, l'article 15.1 peut servir à décourager les lanceurs d'alerte potentiels de se manifester, ce qui, à son tour, peut entraver les reportages journalistiques et le droit du public à être informé.

Les conditions énoncées ci-dessus ne s'appliquent pas si la divulgation à la presse est faite en vertu de « dispositions nationales spécifiques établissant un système de protection relatif à la liberté d'expression et d'information », conformément à l'article 15.2. Ce type d'exception applicable dans des pays tels que la Suède est certainement utile, et les journalistes devraient être conscients de son existence, mais il semblerait qu'elle porte préjudice aux lanceurs d'alerte et aux journalistes situés dans des pays européens où les droits à la liberté d'expression et d'information sont limités. De plus, il n'est pas précisé clairement que la loi à appliquer est celle du pays où la divulgation a lieu ou celle de la nationalité du lanceur d'alerte, voire celle du journaliste ou du lieu de la publication.

Les modalités de signalement d'actes répréhensibles par les lanceurs d'alerte et via quels canaux a été un point de tension et de contestation lors de la rédaction de la directive européenne. Dans la proposition initiale,<sup>26</sup> l'utilisation de canaux de signalement à plusieurs niveaux était expliquée comme étant nécessaire pour garantir que l'information parvienne aux parties les mieux placées pour résoudre une infraction ainsi que pour « éviter que la divulgation publique ne porte atteinte de manière injustifiée à une réputation ».

Toutefois, le succès des récentes révélations de presse coordonnées par l'ICIJ (International Consortium of Investigative Journalists – Consortium international des journalistes d'investigation), telles que les Panama et Paradise Papers, les Bahamas, Maurice et Luanda Leaks, dans le traitement d'infractions au droit de l'UE, contredisent l'hypothèse sous-jacente aux canaux de signalement à plusieurs niveaux selon laquelle les canaux internes sont les plus efficaces.

Bien que la référence à l'atteinte à la réputation ait été supprimée de la version finale de la directive, le considérant 33 identifie comme suit les intérêts que la directive cherche à équilibrer avec l'utilisation des canaux de signalement à plusieurs niveaux : « ... il est nécessaire de protéger les divulgations publiques en tenant compte des principes démocratiques tels que la transparence et la responsabilité, et des droits fondamentaux tels que la liberté d'expression et la liberté et le pluralisme des médias, tout en conciliant l'intérêt des employeurs à gérer leurs organisations et à protéger leurs intérêts, d'une part, et l'intérêt du public à être protégé contre les atteintes, d'autre part, conformément aux critères développés dans la jurisprudence de la CEDH. »<sup>27</sup> La jurisprudence de la CEDH citée en référence, qui sert de pierre angulaire pour l'équilibre des intérêts en présence, tient compte de l'existence de la législation nationale et/ou de canaux de signalement internes ou externes au moment de la divulgation pour déterminer l'éligibilité d'un lanceur d'alerte à la protection contre des représailles.

Dans l'affaire *Guja c. Moldavie*,<sup>28</sup> la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a examiné si un lanceur d'alerte avait droit à une protection contre des représailles après avoir divulgué des documents officiels du bureau du procureur général auprès d'un journal, qui a ensuite publié l'information. Les documents divulgués montraient que le vice-président du Parlement avait fait pression sur le procureur général pour qu'il intervienne dans le cas de

quatre policiers qui avaient été accusés d'avoir fait usage de la force lors d'arrestations illégales. Le lanceur d'alerte a déclaré qu'il avait agi en conformité avec plusieurs lois nationales en divulguant les documents, y compris la loi sur l'accès à l'information, et qu'il suivait l'exhortation du Président à dénoncer les actes de corruption au sein du gouvernement. Ni le bureau du procureur ni le vice-président du Parlement n'ont mis en doute la véracité des documents divulgués, mais le gouvernement a fait valoir qu'il n'y avait pas eu d'ingérence dans le droit à la liberté d'expression du lanceur d'alerte parce qu'il n'était pas l'auteur des articles. En outre, le lanceur d'alerte aurait été licencié pour avoir enfreint le règlement interne du bureau du procureur général et non pour avoir fait les révélations en question.

Le tribunal a estimé que l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales<sup>29</sup> s'appliquait à l'affaire, car le licenciement du lanceur d'alerte pour avoir rendu les documents publics constituait une ingérence d'une autorité publique dans son droit à la liberté d'expression. Pour que l'ingérence soit autorisée, elle doit être prescrite par la loi, avoir un ou plusieurs objectifs légitimes et être nécessaire dans une société démocratique pour atteindre ces objectifs. Comme il n'existe pas de législation applicable en matière de signalement en Moldavie, les salariés ne disposent d'aucune procédure pour signaler des actes répréhensibles sur leur lieu de travail. Le lanceur d'alerte avait donc des raisons de croire que les preuves seraient dissimulées ou détruites s'il effectuait un signalement interne, et qu'il n'avait pas d'autre choix que de s'adresser à la presse. La Cour a statué en dernier ressort en faveur du lanceur d'alerte : « Consciente de l'importance du droit à la liberté d'expression sur des questions d'intérêt général, du droit des fonctionnaires et autres salariés de signaler des comportements illicites et des actes répréhensibles sur leur lieu de travail, des devoirs et responsabilités des salariés envers leurs employeurs et du droit des employeurs

de gérer leur personnel - et après avoir pesé les autres différents intérêts en jeu dans la présente affaire - la Cour conclut que l'ingérence dans le droit du requérant à la liberté d'expression, en particulier son droit à l'information, n'était pas 'nécessaire dans une société démocratique.' »<sup>30</sup>

Bien que la liberté d'expression ait été reconnue comme un droit fondamental, son application n'est pas toujours uniforme dans l'UE. Les organes législatifs et judiciaires, tant au niveau national qu'eupéen, hésitent à accorder le bénéfice du doute aux lanceurs d'alerte qui divulguent des documents internes à la presse, comme en témoigne l'accent mis par la CEDH sur le devoir de loyauté des salariés à Guja. Ainsi, l'atteinte potentiellement portée à la réputation des employeurs par des informations fournies à la presse par des lanceurs d'alerte pèse lourdement sur le manque de canaux de signalement nationaux. Même si des canaux de signalement ou des recours nationaux existent, ils pourraient s'avérer fonctionnellement inutiles, par exemple, si le système est corrompu.

La directive reconnaît que les organisations non gouvernementales ont un rôle important à jouer dans la promotion et la protection des lanceurs d'alerte. Elle considère également que les réseaux sociaux et les canaux numériques sont de plus en plus utilisés tant par les lanceurs d'alerte que par les journalistes pour diffuser l'information. Ces informations sont considérées comme des divulgations publiques qui relèvent du champ d'application de la directive si les dispositions de l'article 15 sont respectées.<sup>31</sup>

Toutefois, les lanceurs d'alertes devraient être libres de déterminer quel est le canal de signalement le plus approprié pour divulguer des informations. Le recours à des canaux non internes et indépendants devrait être davantage encouragé, car il constitue souvent le moyen le plus efficace d'attirer l'attention sur les actes répréhensibles et d'y remédier, comme le montre l'expérience des Panama et Paradise Papers, des Bahamas, Maurice et Luanda Leaks. Les divulgations

faites par ces canaux relèvent des droits de la liberté d'expression, de la presse et de l'information, et doivent être exemptés de toute réserve.

#### Recommandation :

Les journalistes doivent travailler en étroite collaboration avec les parties prenantes concernées (par exemple, les organisations à but non lucratif qui travaillent sur la protection des lanceurs d'alerte ainsi que les organisations qui travaillent sur la transparence et la responsabilité) pour faire comprendre que les charges et les obstacles inutiles à l'accès aux canaux de signalement, y compris l'incertitude juridique concernant les exigences en matière de signalement, ne serviront qu'à décourager les lanceurs d'alerte. Dans l'ensemble, des efforts devraient être déployés au niveau national pour dépasser les normes minimales de la directive et donner aux lanceurs d'alerte la liberté de déterminer le canal le plus approprié pour leurs divulgations ultérieures ainsi que les délais pour accéder à ces canaux et faire une divulgation.



## Articles 19 et 21:

Les facilitateurs sont protégés contre les formes directes et indirectes de représailles et de responsabilité juridique.

## Article 19 :

### *Interdiction de représailles*

L'article 19 interdit toute forme de représailles contre les auteurs de signalement et les facilitateurs, le cas échéant, sans limitation : suspension, mise à pied, licenciement, rétrogradation, évaluation de performance ou attestation de travail négative, mesures disciplinaires, coercition, intimidation, harcèlement, discrimination ou traitement injuste, atteintes à la réputation de la personne (notamment, sur les réseaux sociaux), pertes financières, mise sur liste noire et annulation d'une licence ou d'un permis. Les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour assurer que les personnes visées à l'article 4, qui englobent les facilitateurs, soient protégés contre des représailles (article 21, paragraphe 1). La directive reconnaît donc explicitement que les tiers qui aident des lanceurs d'alerte sont éligibles à la protection contre des formes directes et indirectes de représailles.

En incluant les médias sociaux comme plateforme de représailles, la directive reconnaît à juste titre les mécanismes « informels » qui peuvent néanmoins avoir un impact négatif important sur la réputation, l'emploi et la capacité du lanceur d'alerte ou du facilitateur à obtenir un emploi à l'avenir. En outre, ces activités ne se déroulent pas strictement dans la sphère professionnelle, ce qui reflète le flou des limites publiques et privées qui caractérisent la société moderne.

## Article 21 :

### *Mesures de protection contre les représailles*

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les personnes visées à l'article 4 soient protégés contre les représailles. Ces mesures comprennent notamment celles visées aux paragraphes 2 à 8 du présent article.
2. Sans préjudice de l'article 3, paragraphes 2 et 3, lorsque des personnes signalent des violations sur des informations ou font une divulgation publique conformément à la présente directive, elles ne sont pas considérées comme ayant enfreint une restriction à la divulgation d'informations et n'encourent aucune responsabilité d'aucune sorte concernant ce signalement ou cette divulgation publique pour autant qu'elles aient eu des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation publique de telles informations était nécessaire pour révéler une violation en vertu de la présente directive.
3. Les auteurs de signalement n'encourent aucune responsabilité en ce qui concerne l'obtention des informations qui sont signalées ou divulguées publiquement, ou l'accès à ces informations, à condition que cette obtention ou cet accès ne constitue pas une infraction pénale autonome. Au cas où cette obtention ou cet accès constitue une infraction pénale autonome, la responsabilité pénale continue d'être régie par le droit national applicable.
4. Toute autre responsabilité éventuelle des auteurs de signalement découlant d'actes ou d'omissions qui ne sont pas liés au signalement ou à la divulgation publique ou qui ne sont pas nécessaires pour révéler une violation en vertu de la présente directive continue d'être régie par le droit de l'Union ou le droit national applicable.
5. Dans le cadre d'une procédure engagée devant une juridiction ou auprès d'une autre autorité

concernant un préjudice subi par l'auteur de signalement, et sous réserve que celui-ci établisse qu'il a effectué un signalement ou fait une divulgation publique et qu'il a subi un préjudice, il est présumé que le préjudice a été causé en représailles au signalement ou à la divulgation publique. En pareil cas, il incombe à la personne qui a pris la mesure préjudiciable d'établir que cette mesure était fondée sur des motifs dûment justifiés.

6. Les personnes visées au paragraphe 4 ont accès, lorsque cela est approprié, à des mesures correctives contre les représailles, y compris des mesures provisoires dans l'attente du règlement des procédures judiciaires, conformément au droit national.
7. Dans les procédures judiciaires, y compris pour diffamation, violation du droit d'auteur, violation du secret, violation des règles en matière de protection des données ou divulgation de secrets d'affaires, ou pour des demandes d'indemnisation fondées sur le droit privé, le droit public ou le droit collectif du travail, les personnes visées à l'article 4 n'encourent aucune responsabilité du fait des signalements ou des divulgations publiques effectués au titre de la présente directive. Ces personnes ont le droit d'invoquer ce signalement ou cette divulgation publique pour demander l'abandon de la procédure, à condition qu'elles aient eu des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation publique était nécessaire pour révéler une violation en vertu de la présente directive. Lorsqu'une personne signale ou divulgue publiquement des informations sur des violations relevant du champ d'application de la présente directive, et que ces informations comportent des secrets d'affaires, et lorsque cette personne remplit les conditions de la présente directive, ce signalement ou cette divulgation publique est considéré comme licite dans les conditions énoncées à l'article 3, paragraphe 2, de la directive (UE) 2016/943.

8. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que des recours et une réparation intégrale soient accordés pour les dommages subis par les personnes visées à l'article 4 conformément au droit national.

Les facilitateurs (qui, selon la définition de l'article 5, comprennent sans doute des journalistes mais pas leurs organisations) peuvent bénéficier de la protection contre les représailles en vertu de l'article 21, puisqu'ils font partie des personnes visées à l'article 4 auxquelles s'appliquent les protections de la directive. Cela a des implications claires pour l'attribution de la responsabilité. Les personnes qui communiquent des informations sur les violations ou qui les rendent publiques ne sont pas considérées comme ayant enfreint les restrictions à la divulgation d'informations et n'encourent aucune responsabilité d'aucune sorte tant qu'elles ont des motifs raisonnables de croire que la communication ou la divulgation publique était nécessaire pour révéler une violation du droit de l'UE conformément à la directive (article 21, paragraphe 2). Il s'agit là d'une défense claire contre la responsabilité contractuelle, car de nombreuses entreprises et employeurs utilisent des accords de non-divulgation et de confidentialité pour bâillonner les lanceurs d'alerte potentiels et leurs partisans.

Les lanceurs d'alerte ne sont pas non plus responsables de l'acquisition ou de l'accès à l'information, sauf si celle-ci constitue une infraction pénale autonome. Dans ce cas, la responsabilité pénale est régie par le droit national (article 21.3). Cela pourrait avoir des répercussions pour les journalistes s'ils entrent en contact avec des informations qui pourraient avoir été obtenues illégalement, en vertu du droit national, par leur source ou au cours de leur enquête, comme dans le cas du journaliste Martin Bright (alors reporter à The Observer) qui a publié une note de service recueillie par Katharine Gun, lanceuse d'alerte du GCHQ, et qui a fait l'objet d'une fuite, ou l'accusation portée contre le journaliste Edouard Perrin dans l'affaire Luxleaks d'être complice de la violation

présumée du secret professionnel, mentionnée ci-dessus.

En ce qui concerne la diffamation (article 21.7), la CEDH a déclaré que la protection de la réputation peut agir comme une limite à la liberté d'expression si certaines circonstances sont réunies. Dans l'affaire *Margulev c. Russie*<sup>32</sup>, le conseil municipal de Moscou a poursuivi le responsable d'une organisation non-gouvernementale pour diffamation. Le requérant, Margulev, avait été cité dans un journal critiquant la restauration d'un complexe architectural par la ville et suggérant que ces travaux avaient eu un impact négatif sur le jardin paysager du parc. Le conseil municipal a affirmé que la déclaration de Margulev selon laquelle le Conseil privait le public de son patrimoine historique et culturel avait terni sa réputation commerciale et a demandé que le requérant se rétracte.

Le tribunal a estimé que Margulev avait assumé une « fonction de surveillance sociale » en faisant des remarques concernant une question d'intérêt public. Par conséquent, une analyse de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme (liberté d'expression) était justifiée. La CEDH a appliqué les mêmes normes de protection que celles accordées à la presse. Ces normes sont les suivantes :

1. s'il y a eu une ingérence dans la liberté d'expression d'une partie (y compris l'utilisation de la presse/des médias et la contribution à un débat sur l'intérêt général) ;
2. si cette ingérence était prescrite par la loi et poursuivait un but légitime ; et
3. si cette ingérence était nécessaire dans une société démocratique.

En particulier, la Cour a noté au paragraphe 48 : « En vertu de la fonction essentielle que la presse remplit dans une démocratie... l'article 10 de la Convention offre aux journalistes une protection, à condition qu'ils agissent de bonne foi afin

de fournir des informations exactes et fiables conformément aux principes du journalisme responsable. »

Lors de l'analyse d'une affaire de diffamation, il convient de distinguer soigneusement les faits des jugements de valeur. Les jugements de valeur peuvent s'avérer excessifs s'ils ne reposent pas sur une base factuelle raisonnable.<sup>33</sup> Un tribunal doit trouver un juste équilibre et déterminer si les mesures prises pour interférer avec la liberté d'expression étaient pertinentes et suffisantes. La CEDH a également noté qu'un simple intérêt institutionnel d'un organe gouvernemental (ici, un conseil municipal) à protéger sa réputation n'offre pas nécessairement le même niveau de garanties que celles accordées à la protection de la réputation des particuliers. En outre, le droit à la vie privée est plus important pour les individus que pour les organisations.

Margulev démontre donc que les journalistes peuvent surmonter les allégations de diffamation en faisant preuve de bonne foi et que les informations transmises étaient exactes et fiables.

#### Recommandation :

Les journalistes devraient connaître la jurisprudence de la CEDH en matière de diffamation, ainsi que les dispositions nationales applicables, lorsqu'ils publient des informations fournies par des lanceurs d'alerte. Ces deux sources ainsi que la directive exigent la bonne foi, c'est-à-dire des motifs raisonnables de croire que l'information est vraie au moment de sa divulgation. Les journalistes doivent donc être prêts à faire preuve de la diligence requise dans leurs allégations et à vérifier les faits au mieux de leurs capacités, ce qui fait déjà partie des pratiques journalistiques responsables. La responsabilité contractuelle n'est pas un motif de contestation d'une divulgation publique, mais la responsabilité pénale reste un problème, car elle continue d'être régie par le droit national.

## Articles 16 et 22 :

**L'identité des sources doit demeurer confidentielle et les facilitateurs ne peuvent être tenus de révéler l'identité de lanceurs d'alerte alors que les enquêtes sont en cours.**

### Article 16 :

#### *Devoir de confidentialité*

1. Les États membres veillent à ce que l'identité de l'auteur de signalement ne soit pas divulguée sans le consentement exprès de celui-ci à toute personne autre que les membres du personnel autorisés compétents pour recevoir des signalements ou pour en assurer le suivi. Cela s'applique également pour toute autre information à partir de laquelle l'identité de l'auteur de signalement peut être directement ou indirectement déduite.

2. Par dérogation au paragraphe 1, l'identité de l'auteur de signalement et toute autre information visée au paragraphe 1 peuvent être divulguées uniquement lorsqu'il s'agit d'une obligation nécessaire et proportionnée imposée par le droit de l'Union ou le droit national dans le cadre d'enquêtes menées par des autorités nationales ou dans le cadre de procédures judiciaires, notamment en vue de sauvegarder les droits de la défense de la personne concernée.

### Article 22 :

#### *Mesures de protection des personnes concernées*

1. Les États membres veillent à ce que, conformément à la Charte, les personnes concernées jouissent pleinement du droit à un recours effectif et à un procès équitable, ainsi que de la présomption d'innocence et des droits de la défense, y compris le droit d'être entendues et le droit d'accéder à leur dossier.

2. Les autorités compétentes veillent, conformément au droit national, à ce que l'identité des personnes concernées soit protégée aussi longtemps que les enquêtes déclenchées par le signalement ou la divulgation publique sont en cours.

3. Les règles prévues aux articles 12, 17 et 18 concernant la protection de l'identité des auteurs de

*signalement s'appliquent également à la protection de l'identité des personnes concernées.*

La directive ne traite que du devoir de confiance et néglige donc la possibilité de faire des signalements anonymes, ce qui va également à l'encontre d'autres législations et résolutions de l'UE. Par exemple, la résolution du Parlement européen du 24 octobre 2017 sur les mesures légitimes de protection des lanceurs d'alerte reconnaît l'importance de garantir l'anonymat car il « pourrait encourager les lanceurs d'alerte à partager des informations qu'ils ne partageraient pas autrement ; (...) souligne que l'identité du lanceur d'alerte et toute information permettant de l'identifier ne devraient pas être révélées sans son consentement ; considère que toute violation de l'anonymat devrait faire l'objet de sanctions ».<sup>34</sup> Deux autres exemples permettant la déclaration anonyme sont la directive européenne sur le blanchiment d'argent et certaines législations nationales telle que la loi bancaire allemande (Kreditwesengesetz - KWG).

L'article 22.2 prévoit que l'identité des auteurs de signalement est protégée tant que les enquêtes déclenchées par la divulgation publique sont en cours. Cela signifie que les journalistes ne peuvent pas être contraints de révéler l'identité de leur source en application de cette directive. En outre, les droits et recours prévus par la directive ne peuvent être abandonnés ou limités par un accord, une politique, une forme ou une condition d'emploi, y compris une convention d'arbitrage préalable à un litige (article 24). Ceci est extrêmement important, car les journalistes peuvent dans certains cas subir des pressions de la part des services de contrôle ou d'autres parties intéressées pour qu'ils divulguent l'identité d'une source.

#### Recommandation :

Les journalistes travaillent régulièrement avec des sources anonymes. L'expérience montre que lorsque l'anonymat est assuré, les lanceurs d'alerte sont plus susceptibles de signaler des actes répréhensibles. Par conséquent, les journalistes devraient se concentrer sur une proposition de transposition qui garantit l'anonymat des signalements si l'objectif final est de porter à l'attention du public les infractions au droit de l'UE qui présentent un intérêt pour le public. Là



encore, les propositions devraient mettre l'accent sur l'importance du message et non sur l'identité du messager. Outre la directive et la protection de la confidentialité des sources, les journalistes peuvent également s'appuyer sur la législation nationale et internationale préexistante pour protéger l'identité de leurs sources.

## Article 25 :

**Les États membres peuvent adopter des dispositions plus favorables aux auteurs de signalement et ne peuvent réduire le niveau de protection existant du niveau national.**

*Traitement plus favorable et clause de non-régression*

- 1. Les États membres peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables aux droits des auteurs de signalement que celles prévues par la présente directive, sans préjudice de l'article 22 et de l'article 23, paragraphe 2).*
- 2. La mise en œuvre de la présente directive ne peut, en aucun cas, constituer un motif pour réduire le niveau de protection déjà offert par les États membres dans les domaines régis par la présente directive.*

La directive vise à créer un seuil « plancher » et non un « plafond » de protections et de droits accordés aux lanceurs d'alerte. La directive établit des normes minimales communes aux États membres concernant les lanceurs d'alerte et n'empêche pas ces derniers de renforcer et d'étendre ces protections. Il n'est pas clair si les facilitateurs sont inclus dans cette disposition, car l'article 4 n'est pas mentionné, mais il ne devrait y avoir aucun obstacle juridique à la capacité des États membres d'étendre la protection aux journalistes qui travaillent avec des lanceurs d'alerte. La directive correspond à un intérêt d'ordre public de protéger les lanceurs d'alerte et les tiers concernés contre des représailles liées à leur signalement d'infractions au droit de l'UE. Il serait contre-productif de censurer les États membres qui encouragent les journalistes à exposer des questions importantes pour le public par le biais d'informations fournies par des lanceurs d'alerte.

La directive précise également que sa mise en œuvre ne constitue pas un motif de réduction de la protection déjà accordée aux lanceurs d'alerte au niveau national. Les journalistes peuvent donc se tourner vers la législation nationale sur les lanceurs d'alerte pour obtenir une mesure de protection supplémentaire, en complément de la directive, ainsi que vers les dispositions européennes et nationales en matière de liberté d'expression, de presse et de confidentialité.

Bien que les États membres disposent de deux ans pour mettre en œuvre la directive (jusqu'en décembre 2021), l'approbation d'une proposition de loi actuellement enregistrée au Parlement espagnol ferait de l'Espagne le premier pays à transposer la directive dans son droit national. Un élément clé de ce projet de loi est l'utilisation de boîtes aux lettres numériques que les lanceurs d'alerte peuvent utiliser pour divulguer des informations de manière anonyme et sûre. Les « boîtes aux lettres d'alerte » ont déjà été utilisées dans des institutions gouvernementales (la première à l'hôtel de ville de Barcelone) et sont actuellement reproduites dans tout le pays. Le succès de ces mesures peut servir à encourager d'autres législatures nationales à adopter des mesures de protection plus larges, tant pour les lanceurs d'alerte que pour les journalistes.

## Recommandation :

Les journalistes doivent se familiariser avec le projet de loi de transposition introduit en Espagne et travailler en étroite collaboration avec les parties prenantes concernées, telles que Xnet et WIN, qui ont participé à la rédaction de la proposition de loi espagnole sur les lanceurs d'alerte. La stratégie législative devrait viser à (i) dépasser les normes minimales au niveau national et (ii) à réduire les lacunes, les failles ou même les conflits présents dans la directive et dans d'autres directives de l'UE (par exemple, la directive sur les secrets d'affaires). La proposition de loi espagnole montre également comment les lois nationales peuvent étendre la protection des facilitateurs (qui a été spécialement définie pour inclure les journalistes et les médias ou organisations). Les journalistes devraient encourager l'élaboration et l'adoption de lois similaires ainsi que l'inclusion des journalistes dans le texte pour des dispositions plus spécifiques et une application harmonisée.

**Une attention particulière doit être prêtée aux Considérants 92 et 98 qui pourraient être utilisés par des États membres pour saper l'objet de la directive.**

Les journalistes doivent être vigilants face aux tentatives des États membres de conditionner la protection de l'obtention d'informations sur les violations du droit de l'UE au respect de la « licéité de l'acquisition ». Bien que les considérants ne soient pas des dispositions obligatoires, ils fournissent un aperçu précieux des politiques des États membres et constituent un prédicteur de la manière dont les États membres pourraient transposer la directive. Il convient d'accorder une attention particulière au considérant 92, car il reflète la tension sous-jacente entre les législations pénales des États membres et la protection des lanceurs d'alerte au niveau de l'UE. Son libellé est le suivant :

*« Lorsque les auteurs de signalement obtiennent les informations sur les violations ou les documents contenant ces informations, ou y ont accès, de façon licite, ils devraient bénéficier d'une immunité de responsabilité. Il devrait en être ainsi tant dans les cas où les auteurs de signalement révèlent le contenu de documents auxquels ils ont accès de façon licite que dans les cas où ils font des copies de tels documents ou les emportent hors des locaux de l'organisation dans laquelle ils sont employés, en violation de clauses contractuelles ou d'autres clauses prévoyant que les documents concernés appartiennent à l'organisation. Les auteurs de signalement devraient aussi bénéficier d'une immunité de responsabilité dans les cas où l'obtention des informations ou des documents concernés ou l'accès à ces informations ou documents soulève une question de responsabilité en droit civil, en droit administratif ou en droit du travail. Il peut s'agir, par exemple, des cas où les auteurs de signalement ont obtenu les informations en consultant les courriers électroniques d'un collègue ou des dossiers qu'ils n'utilisent normalement pas dans le cadre de leur travail, en photographiant les locaux de l'organisation ou en accédant à des lieux auxquels ils n'ont normalement pas accès. Si les auteurs de signalement ont obtenu*

*les informations ou documents concernés ou y ont eu accès en commettant une infraction pénale, telle qu'une atteinte physique aux droits de propriété ou un piratage informatique, leur responsabilité pénale devrait demeurer régie par le droit national applicable, sans préjudice de la protection accordée en vertu de l'article 21, paragraphe 7, de la présente directive. De même, toute autre responsabilité éventuelle des auteurs de signalement découlant d'actes ou d'omissions qui ne sont pas liés au signalement ou qui ne sont pas nécessaires pour révéler une violation en vertu de la présente directive devrait demeurer régie par le droit de l'Union ou le droit national applicable. Dans ces cas, il devrait incomber aux juridictions nationales d'évaluer la responsabilité des auteurs de signalement à la lumière de toutes les informations factuelles pertinentes et en tenant compte des circonstances particulières de l'affaire, y compris le caractère nécessaire et proportionnel de l'acte ou de l'omission par rapport au signalement ou à la divulgation publique. »*

Selon ce considérant, il apparaît que la directive établit une distinction entre les « bons » et les « mauvais » lanceurs d'alerte à l'aune des modalités d'obtention des informations. Les cas examinés ci-dessous illustrent pourquoi l'ambiguïté quant à ce qui constitue une « acquisition licite » et l'accent mis sur la motivation du comportement d'un lanceur d'alerte sont problématiques.

La référence à l'enlèvement de documents dans les locaux d'une organisation en infraction au considérant 92 peut sans doute faire référence à l'affaire Luxleaks où Antoine Deltour serait un exemple de « bon » lanceur d'alerte, puisqu'il a copié des dossiers internes avant de quitter l'entreprise où il travaillait. À l'inverse, Football Leaks semble présenter le cas d'un « mauvais » lanceur d'alerte qui a utilisé le piratage informatique pour découvrir les informations qu'il a ensuite divulguées à la presse. Dans ce cas, Rui Pinto n'avait pas l'état

d'esprit requis pour bénéficier de la protection de la directive, car il aurait utilisé les informations pour tenter d'extorquer des fonds avant de les rendre publiques. Cependant, Deltour et Pinto ont tous deux été traités de la même manière en vertu des dispositions de leur droit national respectif et ont été accusés de délits. Le texte de la directive n'aborde pas pleinement cette question et ne prévoit pas d'uniformité. En fondant son régime de protection sur des circonstances subjectives plutôt que sur une recherche objective de la vérité, la directive peut dissuader les lanceurs d'alerte.

Le considérant 92 transfère également le pouvoir décisionnel aux tribunaux nationaux, ce qui risque de produire des résultats différents. Les normes en matière de caractère raisonnable et de bonne foi peuvent varier d'un État membre à l'autre. Dans l'affaire Luxleaks, par exemple, deux lanceurs d'alerte (Antoine Deltour et Raphael Halet) ont été mis en examen devant le tribunal pénal de Luxembourg et condamnés à des peines d'emprisonnement et à des amendes ; le journaliste d'investigation responsable de la publication de l'information (Edouard Perrin) a été acquitté. La Cour d'appel a confirmé la décision, mais la Cour de cassation a exonéré l'un des lanceurs d'alerte en reconnaissant son statut en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui interprète l'article 10 de la CEDH.

Cette jurisprudence prévoit que les signalements sont protégés s'ils répondent aux critères suivants :

- la divulgation doit correspondre à un intérêt public fort ;
- il ne doit y avoir aucun autre moyen efficace de remédier à l'acte répréhensible ;
- l'intérêt public doit être suffisamment fort pour surmonter le devoir de confiance ;

- l'intérêt public ne doit pas l'emporter sur le préjudice qui en résulte ;
- la divulgation ne doit pas être motivée par un grief personnel ou un gain pécuniaire ; et
- le lanceur d'alerte doit agir de bonne foi et croire que l'information est vraie et que sa divulgation est faite dans l'intérêt public.

La Cour d'appel luxembourgeoise a déclaré que dans une affaire d'intérêt général concernant la fraude fiscale, la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte peut, sous certaines conditions, prévaloir et être invoquée pour justifier des infractions pénales nationales : « La justification du statut de lanceur d'alerte neutralisera donc l'illégalité de la violation de la loi, à condition que la violation ait été commise de bonne foi et de manière proportionnée et adéquate, pour révéler des informations d'intérêt général ».

La Cour d'appel a accordé à Deltour le statut de lanceur d'alerte et a confirmé l'acquittement antérieur de Perrin. Perrin était à l'origine accusé de complicité avec Halet pour la violation de secrets d'affaires et professionnels. Cependant, comme Perrin a suggéré l'utilisation d'une boîte aux lettres morte pour recevoir les documents pertinents tout en protégeant sa source et qu'il n'a ni instruit, ni guidé Halet sur la manière de se procurer les documents, il a pu invoquer la défense de justification légale. Plus précisément, la modalité du journalisme responsable s'applique lorsque les journalistes d'investigation agissent de bonne foi et fournissent des informations exactes et crédibles. Dans les cas où la confidentialité est invoquée, le tribunal utilisera un test de proportionnalité pour évaluer la conduite d'un journaliste.

Il est intéressant de noter que la Cour d'appel a estimé que Deltour ne pouvait pas invoquer de justification légale pour des raisons d'état de

nécessité, car il n'y avait pas de « danger réel et imminent » ou de situation de crise. Elle a indiqué que le défendeur avait attendu huit mois avant de divulguer l'information après s'être approprié les documents pertinents et que, par conséquent, le danger qu'il alléguait ne pouvait pas être imminent. Au moment où Deltour a transféré les documents à Perrin, tout danger éventuel était déjà passé. Il convient de noter que Deltour a téléchargé 20.000 pages concernant 538 sociétés et contenant des informations fiscales techniques. La tergiversation de Deltour peut être interprétée comme une mesure de prudence, car il n'avait aucune connaissance professionnelle des questions fiscales et a consulté un journaliste d'investigation spécialisé dans les questions fiscales avant de rendre ses conclusions publiques. Mais sans une ligne de conduite claire en cas de danger imminent, la législation nationale et européenne en matière de signalement pourrait continuer à être fragmentée.

En analysant l'affaire à la lumière de la jurisprudence de la CEDH, la Cour d'appel a estimé que M. Deltour ne savait pas que les documents seraient divulgués dans leur intégralité par la presse. Il n'a pas non plus agi pour nuire à son employeur ou pour en tirer un profit personnel. Ces circonstances ont pesé en faveur d'une conclusion de bonne foi et d'intérêt public, qui a conduit à l'octroi à Deltour du statut de lanceur d'alerte et à son acquittement. Toutefois, Halet est resté coupable et son appel devant la CEDH est actuellement en cours.<sup>35</sup>

Après cinq années passées devant les tribunaux et de multiples enquêtes en cours, Luxleaks a eu un impact majeur sur la politique de signalement de l'UE. En plus d'approuver la directive, la Commission européenne a annoncé son intention d'enquêter sur les accords fiscaux secrets au cœur de Luxleaks en mars 2019. Le député européen Sven Giegold, rapporteur du Parlement européen pour la transparence, la responsabilité et l'intégrité dans les institutions européennes,

a déclaré : « Une action courageuse pour le bien commun doit bénéficier de la meilleure protection juridique possible ». <sup>36</sup> Mais ce n'est pas toujours le cas, surtout si le lanceur d'alerte ne se conforme pas aux mœurs sociales acceptées. Une personne comme Rui Pinto peut être motivée par l'indignation, ce qui l'amène à enfreindre la loi. Si un lanceur d'alerte n'a pas de relation de travail avec l'entreprise qu'il expose, il s'exposera probablement à des sanctions pénales nationales, puisque la directive ne s'appliquera pas à lui.

En ce qui concerne le piratage informatique, certains pays ont des lois nationales qui pénalisent les personnes qui obtiennent un accès non autorisé à des informations sur des ordinateurs. Par exemple, les États-Unis disposent d'une loi fédérale (Computer Fraud and Abuse Act, CFAA) souvent utilisée par le gouvernement pour inculper des personnes dans des affaires impliquant des données de sécurité nationale. Cette loi interdit l'accès, l'utilisation ou la distribution non autorisés de toute information liée à la sécurité nationale, aux dossiers des institutions financières, aux départements ou agences du gouvernement américain, aux communications et au commerce étrangers ou interétatiques dans l'intention de frauder. Cette distinction est cruciale, tout comme l'obligation d'accéder intentionnellement à un ordinateur protégé sans autorisation. L'Electronic Communications Privacy Act (ECPA) protège les données stockées sur les systèmes informatiques et transférées à partir de ceux-ci, y compris les messages stockés (c'est-à-dire les courriels) dans les archives des serveurs, en pénalisant ceux qui y accèdent sans autorisation. Par conséquent, les journalistes devraient réfléchir à la manière dont leurs sources d'information obtiennent des informations, à la manière dont elles ont été consultées et s'ils ont été autorisés à le faire.

En vertu de la CFAA et de l'ECPA, il est probable que Rui Pinto aurait encore été accusé d'avoir commis une infraction pénale, mais le fait que son intention ait changé après avoir obtenu les

informations pourrait peser en faveur d'une peine plus légère si le tribunal présidant l'audience décide de prendre en compte tous les faits. La nature de l'information et les préoccupations d'intérêt public doivent également être prises en compte. Pinto a publié divers documents, notamment des contrats, des courriels et des feuilles de calcul. Bien que ces documents n'aient pas d'implications en matière de sécurité nationale, ils contiennent de nombreux détails financiers sensibles, comme des informations sur les comptes bancaires, et il a accédé à ces données sans autorisation. Si le tribunal portugais estime que Pinto n'a pas agi de bonne foi, il pourrait être condamné à une peine de prison plus longue. Aucun journaliste n'a encore été inculpé pour avoir divulgué les informations recueillies par Pinto, mais cette possibilité ne peut être écartée.

Qualifier une information d'« obtenue légalement » par opposition à « obtenue illégalement » complique inutilement les mesures de protection de la directive. La restriction de la protection des lanceurs d'alerte contre les représailles devrait être l'exception, et non la règle. Elle conduit également à une fragmentation juridique supplémentaire entre l'UE et les États membres, ce que la directive vise à prévenir et implique également les journalistes. Comme l'indiquent Xnet et European Digital Rights (EDRi), « la présente directive doit avoir pour objectif de faciliter la révélation d'actes graves portant atteinte à l'intérêt général. Aux fins de cet objectif, il importe peu que l'auteur de cette révélation ait été mu par de bonnes ou de mauvaises intentions, pour autant que ces actes correspondent à la vérité ».<sup>37</sup>

À la lumière du considérant 92, les journalistes devraient connaître les principes de Tshwane et, plus particulièrement, le principe concernant l'immunité contre les poursuites pénales et civiles ainsi que l'interdiction de sanctions à l'encontre des personnes qui possèdent ou diffusent les informations fournies par le lanceur d'alerte. En outre, la jurisprudence de la CEDH devrait

également être prise en considération pour les propositions de législations afin d'assurer l'harmonisation entre les pouvoirs législatif et judiciaire. En particulier, les journalistes méritent un niveau de protection plus élevé lorsque les informations sont d'intérêt public, en dépit de prétendues préoccupations de sécurité nationale. Comme indiqué plus haut, la sécurité nationale ne doit pas être utilisée sans discernement comme un bouclier pour saper le droit fondamental d'accès du public à l'information.

Le considérant 98 fait référence à l'application de la directive sur les secrets d'affaires aux dispositions de l'UE sur la protection des lanceurs d'alerte. Son libellé est le suivant :

*« La directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil prévoit des règles destinées à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires. Toutefois, elle prévoit également que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret d'affaires est considérée comme licite dans la mesure où elle est autorisée par le droit de l'Union. Les personnes qui divulguent des secrets d'affaires obtenus dans un contexte professionnel ne devraient bénéficier de la protection accordée par la présente directive, y compris en termes d'exonération de la responsabilité civile, que si elles remplissent les conditions fixées dans la présente directive, y compris celle tenant à la nécessité de la divulgation pour révéler une violation relevant du champ d'application matériel de la présente directive. Lorsque ces conditions sont remplies, les divulgations de secrets d'affaires doivent être considérées comme « autorisées » par le droit de l'Union au sens de l'article 3, paragraphe 2, de la directive (UE) 2016/943. De plus, les deux directives devraient être considérées comme étant complémentaires (...) Les autorités compétentes qui reçoivent des informations sur des violations comprenant des secrets d'affaires devraient veiller à ce qu'ils ne soient pas utilisés ou divulgués à des*

*fins allant au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un suivi approprié des signalements ».*

La directive sur les secrets d'affaires peut avoir un impact sur l'obligation de confidentialité prévue à l'article 16. Toutefois, la Commission européenne a précisé que les journalistes restent libres d'enquêter et de publier des informations sur les pratiques et les affaires des entreprises et sont protégés même si un secret d'affaires a été détourné. Ce sont les lanceurs d'alerte qui sont principalement soumis aux dispositions de cette directive. Ils seront protégés si le secret d'affaires a été divulgué afin de révéler une violation du droit de l'Union couverte par la directive sur le signalement. Néanmoins, étant donné que les lanceurs d'alerte sont souvent les seules sources disponibles pour détecter les actes répréhensibles des entreprises, le fait qu'ils puissent utiliser une défense de bonne foi pour réfuter la charge de la preuve prévue par la directive sur les secrets d'affaires est à double tranchant. D'une part, les lanceurs d'alerte ne sont pas automatiquement sanctionnés pour avoir divulgué un secret d'affaires. D'autre part, la « bonne foi » exige l'évaluation par un juge. Il pourrait en résulter des décisions judiciaires divergentes d'un État membre à l'autre, laissant les lanceurs d'alerte potentiellement exposés à des poursuites pour intimidation.

Par exemple, un récent décret français transposant la directive sur les secrets d'affaires<sup>38</sup> introduit un mécanisme permettant aux juges d'ordonner des mesures provisoires ou de protection pour prévenir ou mettre fin à une violation du secret d'affaires. Un juge peut également imposer une garantie financière (caution) afin d'indemniser le détenteur du secret si l'accusé souhaite utiliser le secret d'affaires ou si la procédure n'est pas réglée en sa faveur. Bien qu'il s'agisse de recours civils et que le décret ne pénalise pas la violation ou l'utilisation et la divulgation de secrets d'affaires, la garantie (caution) fonctionne essentiellement comme

une sanction pour la personne qui a divulgué l'information. Les entreprises peuvent utiliser ce décret pour décourager les lanceurs d'alerte de divulguer des informations sur des violations du droit de l'UE susceptibles d'impliquer des secrets d'affaires.

#### Recommandation :

Les journalistes devraient examiner la transposition précédente de la directive sur les secrets d'affaires et l'efficacité de sa mise en œuvre en pratique en ce qui concerne les lanceurs d'alerte, les journalistes et les notions qui y sont associées (protection des sources, liberté d'expression, etc.). Cela pourrait être un bon indicateur des points faibles de la directive européenne sur le signalement d'abus et des suggestions d'amélioration, surtout à la lumière des dispositions du décret français. Les journalistes pourraient également utiliser la directive européenne sur le signalement comme un bouclier pour protéger leurs sources, en plus des autres législations nationales et internationales.

## Etudes de cas



### Luxleaks

En 2014, le Consortium international des journalistes d'investigation a publié une enquête détaillant comment certaines des plus grandes sociétés mondiales ont fait transiter des milliards de dollars par le Luxembourg dans le cadre d'un vaste programme d'évasion fiscale. L'enquête impliquait plus de 300 accords fiscaux secrets entre le Luxembourg et des entreprises comme Disney, Skype et GlaxoSmithKline. Ces accords fiscaux, appelés « tax rulings », permettaient aux entreprises de payer moins de 1% d'impôt au Luxembourg. La principale source, un Français du nom d'Antoine Deltour, travaillait pour Pricewaterhouse Coopers (PWC) et a copié des milliers de dossiers internes, documentant ainsi les décisions fiscales associées à ces dossiers, avant de quitter l'entreprise. Deltour a donné ces informations au journaliste Edouard Perrin. Deltour et Raphael Halet, un autre employé de PWC, ont été accusés de vol, de divulgation d'informations confidentielles et de secrets d'affaires. Perrin a été arrêté et inculpé pour avoir publié l'information. Après deux ans et un verdict déclarant les lanceurs d'alerte coupables, Deltour a obtenu le statut de lanceur d'alerte et a été disculpé en 2018, tandis que l'affaire Halet est toujours en voie de traitement par la Cour européenne des droits de l'homme. Perrin a également été acquitté.



### Martin Bright/Katharine Gun

En 2003, Katharine Gun a travaillé dans un centre de renseignement du gouvernement et a découvert que le gouvernement américain prévoyait d'espionner les Nations Unies afin d'obtenir l'autorisation d'envoyer des troupes en Irak. Katharine Gun a divulgué cette information à The Observer et Martin Bright est le journaliste qui a révélé l'information. À la suite de ses actions, Mme Gun a été licenciée, arrêtée et accusée d'avoir violé l'« Official Secrets Act ». Bien qu'elle ait fait cette révélation dans l'intérêt du public pour éviter de nombreuses victimes, le gouvernement n'a abandonné les charges que peu de temps avant le procès. Le procureur principal n'a présenté aucune preuve et a refusé de commenter les raisons de l'abandon des poursuites pénales. Cette histoire a récemment été portée à l'écran par un film hollywoodien « Official Secrets » dont la vedette Keira Knightley joue le rôle de Katharine Gun, lanceuse d'alerte dans la vie réelle, et Matt Smith celui du journaliste Martin Bright.

## Panama Papers

En 2016, un journal allemand a reçu d'une source anonyme 11,5 millions de fichiers provenant de la base de données du quatrième plus grand cabinet juridique offshore au monde, Mossack Fonseca. Le journal a partagé ces informations avec le Consortium international des journalistes d'investigation (ICIJ), qui les a ensuite communiquées à plusieurs organismes internationaux, tels que la BBC. Ces documents ont permis de relier des centaines de personnes, y compris des dirigeants et des politiciens nationaux, à l'utilisation de paradis fiscaux offshore. Ce fut l'une des plus grandes fuites d'informations de l'histoire - près de 60 fois la quantité des documents Luxleaks. La source reste anonyme, même pour les journalistes qui ont réalisé le reportage, mais elle a été louée pour ses efforts courageux visant à sensibiliser le public à cette évasion fiscale à grande échelle. À ce jour, 23 pays ont pu récupérer au moins 1,2 milliard de dollars d'impôts, les hommes politiques impliqués ont soit démissionné soit fait l'objet de poursuites, et au moins 82 pays ont mené des enquêtes à ce sujet.

## Football Leaks

Cependant, les lanceurs d'alerte n'opèrent pas uniquement au sein des institutions politiques ou financières. En 2016, Rui Pinto a commencé à partager avec la presse des informations révélant les méfaits et les manquements d'un club de football et d'une agence sportive portugaise, notamment dans le même journal allemand qui avait révélé les Panama Papers. Ces informations ont mis le doigt sur de sombres transactions financières et de la corruption dans le monde du football professionnel européen. M. Pinto a été emprisonné au Portugal après avoir été mis en détention en Hongrie et extradé, quatre ans après que les divulgations ont eu lieu. Il a été accusé de cybercriminalité et de tentative de chantage, entre autres, totalisant 147 délits. L'avocat de M. Pinto a critiqué les autorités portugaises et estime que son client n'aurait pas été arrêté en Allemagne, en France, en Angleterre ou en Italie. Toutefois, ces informations ont conduit à la condamnation de dizaines de sportifs de haut niveau pour évasion fiscale et à une surveillance accrue du sport en tant qu'activité économique.



©GUE/NGL



## Conclusion

La directive européenne sur les lanceurs d'alerte est une étape importante pour les lanceurs d'alerte et les journalistes, dont les efforts pour dénoncer les violations graves du droit de l'UE sont reconnus au niveau supranational. L'ajout indirecte des journalistes dans la protection contre les représailles par le biais du terme « facilitateur » est accueillie très favorablement, car il y a eu des cas où des journalistes ont été accusés et poursuivis pour avoir aidé des lanceurs d'alerte. L'interdiction de représailles directes et indirectes prévue par la directive est également louable.

Toutefois, il convient de noter que la directive n'est pas un instrument « fourre-tout » et que plusieurs domaines peuvent encore exposer les journalistes à des responsabilités. Par exemple, l'article 2 illustre le fait que seuls certains domaines du droit de l'UE peuvent bénéficier d'une protection et que, lorsqu'une législation sectorielle spécifique est déjà en place, la directive ne s'appliquera pas. Le droit du travail est un excellent exemple de ce type de législation. L'article 15, concernant les « divulgations publiques », est une autre disposition qui doit être examinée avec soin. Bien que le droit national puisse protéger un journaliste si la directive ne le fait pas, il est toujours possible qu'une question de conflit de lois se pose, en particulier si le lanceur d'alerte a une nationalité différente de celle du lieu où la violation ou le signalement s'est produit ou a eu lieu.

Les articles 3 et 21, qui traitent de la divulgation d'informations, contiennent d'autres possibilités de responsabilité. Les lanceurs d'alerte et les facilitateurs peuvent être inculpés en vertu du droit national si les informations sont classifiées/ concernent la sécurité nationale et si leur divulgation peut être qualifiée d'infraction pénale. Ce domaine est particulièrement privilégié par les entités gouvernementales/publiques et peut également avoir un effet dissuasif sur les lanceurs d'alerte. Toutefois, le projet de loi soumis au Parlement espagnol est un exemple de la manière dont la législation nationale peut aider les lanceurs

d'alerte et inclure les journalistes dans la définition des « facilitateurs » sans connotation négative. La législation nationale peut donc constituer un moyen supplémentaire de soutien si les groupes politiques sont sensibilisés à l'importance de la protection des lanceurs d'alerte, des journalistes et si on leur en donne les moyens. Les ONG et les groupes d'intérêt public sont essentiels à la réussite de ces efforts, et les journalistes peuvent mobiliser le soutien nécessaire par l'intermédiaire de divers canaux et connexions.

Dans l'ensemble, la directive européenne relative à la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union fournit une feuille de route pour la protection des lanceurs d'alertes et des facilitateurs/journalistes. Elle est complétée par la législation nationale existante. Il est possible que la directive incite les gouvernements nationaux à adopter des mesures de protection plus importantes dans le cadre de l'ordre public, mais en attendant des résultats concrets, les journalistes doivent être informés des limites de la directive. Le rôle essentiel des journalistes d'investigation ne doit pas se limiter à la compréhension de la directive, mais doit également comprendre des efforts considérables de sensibilisation pour éduquer les parties prenantes et leur faire comprendre l'importance du partenariat entre les lanceurs d'alerte et les journalistes pour la protection de la démocratie et du bien-être de la population.

## Notes de fin de texte

- 1 Rédigé par by Mary Inman, Carolina González et Claudia Quiñones de Constantine-Cannon LLP.
- 2 Copie de la directive disponible sur : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-78-2019-INIT/fr/pdf>
- 3 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil, 2018/0106 (COD).
- 4 Transparency International, A Best Practice Guide for Whistleblowing Legislation, [https://www.transparency.org/whatwedo/publication/best\\_practice\\_guide\\_for\\_whistleblowing\\_legislation](https://www.transparency.org/whatwedo/publication/best_practice_guide_for_whistleblowing_legislation).
- 5 Cf. loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 sur la transparence dans la vie publique ; loi n° 2077-1598 établissant l'article L1161-1 du Code du travail et la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 sur l'indépendance de l'expertise relative à la santé, l'environnement et la protection des lanceurs d'alerte.
- 6 Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 sur les mesures de transparence, d'anticorruption et la modernisation de la vie économique (loi Sapin II)
- 7 Introduit en novembre 2019, le projet de loi a été enregistré le 11 décembre 2019 avec le soutien de seize parlementaires. Il s'intitule « Proposición de Ley de Protección Integral de los Alertadores » (Proposition de loi de protection intégrale des lanceurs d'alerte) et a été soumis par Xnet, un projet militant sans but lucratif travaillant dans différents domaines des droits numériques, de la démocratie en réseau et de la liberté d'expression. Xnet est membre du réseau « Whistleblowing International Network (WIN) ». Cf. la première transposition de la directive de l'Union européenne sur la protection des lanceurs d'alerte disponible sur : <https://xnet-x.net/en/xnet-primera-transposicion-ley-alertado-res-whistleblowers-denunciantes/>. La traduction anglaise du projet de loi se trouve sur : <https://xnet-x.net/en/template-law-full-protection-whistleblowers>
- 8 Open Society Justice Initiative, Principes globaux sur la sécurité nationale et le droit à l'information (Principes de Tshwane Principles) sur : <https://www.justiceinitiative.org/publications/global-principles-national-security-and-freedom-information-tshwane-principles>
- 9 Le « personnel public » ou les « fonctionnaires publics » sont définis comme « salariés, contractants et sous-traitants actuels ou passés des autorités publiques, notamment dans le secteur de la sécurité. Le terme englobe également des personnes salariées d'organismes non-étatiques qui sont détenus ou contrôlés par le gouvernement ou en sont des agents ; des salariés d'entités privées et autres qui remplissent des fonctions publiques ou réalisent des prestations de services publics, voire fonctionnent grâce à des financements publics substantiels ou des prestations publiques importantes, mais uniquement dans le périmètre de réalisation de ces fonctions, de la prestation de services ou de l'utilisation de financements publics ou des prestations publiques. » À noter que le Principe 47 ne couvre pas d'autres délits tels que « le vol pour effraction ou le chantage, commis lors de la recherche ou de l'obtention des informations. »
- 10 Les sanctions pénales sont donc conditionnées par des circonstances limitées : (i) la divulgation de catégories étroites d'informations, clairement définies dans la loi applicable ; (ii) la divulgation doit présenter un « risque réel et identifiable de dommage significatif » ; (iii) toute sanction pénale doit être proportionnelle au dommage causé ; (iv) les alerteurs au sein du « personnel public » doivent être en mesure d'invoquer la « défense de l'intérêt public » (Principe 43).
- 11 Lorsqu'il est utilisé en tant que nom, le terme « sanction désigne toute forme de pénalité ou de déshonneur et englobe les mesures pénales, civiles et administratives. Le verbe sanctionner désigne la mise en application de telle forme de pénalité ou de déshonneur. »
- 12 Cf. Principe 43(a) des Principes de Tshwane (prévoyant la « défense de l'intérêt public »).
- 13 Le Principe 43(b) dispose : « Pour décider si l'intérêt public de la divulgation est supérieur à l'intérêt public du secret, les autorités de procuration et judiciaires doivent examiner : (i) si l'étendue de la divulgation était raisonnablement nécessaire pour divulguer les informations d'intérêt public ; (ii) la portée et la probabilité des dommages pour l'intérêt public entraînés par la divulgation ; (iii) si la personne avait des motifs raisonnables de croire que la divulgation était d'intérêt public ; (iv) si la personne a tenté de procéder à une divulgation protégée par le biais de procédures internes et/ou auprès d'un organisme indépendant de surveillance et/ou au public... et (v) l'existence de circonstances impératives justifiant la divulgation. »
- 14 Cf. par exemple, M & Co. c. République fédérale d'Allemagne, 13258/87, 9 février 1990 ; The Observer et The Guardian c. le Royaume-Uni, [1991] 14 CEDH 153, CEDH 49 [1991], [1991] CEDH 1385, 26 novembre 1991 ; Initiative des jeunes pour les droits de l'homme c. Serbie, 48315/06, 25 juin 2013 ; Haldimann c. Suisse, 21830/09, 24 février 2015.
- 15 La section 43C se réfère aux divulgations aux employeurs ou « autre personne responsable » et est libellée comme suit :  
« (1) Une divulgation admissible est faite conformément au présent article si le travailleur fait la divulgation de bonne foi  
a) à son employeur, ou  
b) lorsque le travailleur croit raisonnablement que le manquement en question concerne uniquement ou principalement : (i) le comportement d'une personne autre que son employeur, ou (ii) toute autre question pour laquelle une personne autre que son employeur a une responsabilité légale, envers cette autre personne.  
(2) Le travailleur qui, conformément à une procédure dont l'utilisation par lui est autorisée par son employeur, fait une divulgation admissible à une personne autre que son employeur, doit être considéré, aux fins de la présente partie, comme faisant la divulgation admissible à son employeur. »
- 16 Discuté de manière plus détaillée dans l'analyse ci-dessous de l'article 21 : Mesures de protection contre les représailles.
- 17 Proposition de loi sur la protection des lanceurs d'alerte : <https://xnet-x.net/en/template-law-full-protection-whistleblowers/>
- 18 Article 3(b).
- 19 Article 5 : « Les droits à la sécurité, à l'anonymat et à la confidentialité, même vis-à-vis des personnes qui accueillent et gèrent le processus résultant de la communication d'informations sur des violations, l'accès aux dossiers et aux procédures, les conseils juridiques et l'indemnisation, sont garantis aux lanceurs d'alerte et aux facilitateurs. En tout état de cause, les droits et recours prévus par la présente loi ne peuvent être ni abandonnés ni limités par un accord, une politique, une forme ou une condition d'emploi, y compris une convention d'arbitrage préalable à un litige. »
- 20 Cf. article 7, paragraphe 2, reconnaître le droit du lanceur d'alerte à « la confidentialité et à l'anonymat » tout en imposant aux « facilitateurs » l'obligation de « respecter cette confidentialité et de ne révéler l'identité du lanceur d'alerte en aucune circonstance », à condition que le lanceur d'alerte ait « clairement indiqué qu'il souhaitait que [son identité] reste confidentielle ». Cf. également l'article 14 concernant la protection de la confidentialité ou de l'anonymat par les « canaux de divulgation » ; l'article 37 qui classe les violations de la loi proposée en « très graves, graves ou mineures », les violations de l'anonymat et de la confidentialité étant considérées comme très graves et entraînant des amendes comprises entre 100.001 et 300.000 euros, conformément à l'article 38.
- 21 L'article 6.2 dispose : « Les lanceurs d'alerte et les facilitateurs bénéficient d'une protection policière lorsqu'ils signalent que leur vie, leur intégrité corporelle ou leurs biens sont en danger ou menacés en raison de la communication ou de la divulgation d'informations. Dans ce cas, toutes les mesures de protection préventive stipulées dans la loi sur la protection des témoins et des experts dans les affaires pénales (titre IV) et dans le statut de la victime doivent être appliquées pour mettre fin aux menaces et aux représailles contre le lanceur d'alerte et/ou le facilitateur et les éviter. »
- 22 Aaron S. Kesselheim, M.D., J.D., M.Ph.H. et al, Whistle-Blowers' Experiences dans Fraud Litigation against Pharmaceutical Companies, New England Journal of Medicine, 13 mai 2010. Peut être consulté sur : <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMs0912039>.
- 23 Considérant 47 : « Pour une détection et une prévention efficaces des violations du droit de l'Union, il est essentiel que les informations pertinentes parviennent rapidement à ceux qui sont les plus proches de la source du problème, les plus aptes à enquêter et qui disposent des pouvoirs nécessaires pour y remédier, si possible. Par principe, les auteurs de signalement devraient, dès lors, être encouragés à utiliser en premier lieu les canaux de signalement interne et à effectuer un signalement auprès de leur employeur, si ces canaux leur sont accessibles et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils fonctionnent. »
- 24 Cf. considérant 32 (« Pour bénéficier de la protection prévue par la présente directive, les auteurs de signalement devraient avoir des motifs raisonnables de croire, à la lumière des circonstances et des informations dont ils disposent au moment du signalement, que les faits qu'ils signalent sont véridiques. Cette exigence est une garantie essentielle contre les signalements malveillants, fantaisistes ou abusifs, dès lors qu'elle garantit que les personnes qui, au moment du signalement, ont signalé délibérément et sciemment des informations erronées ou trompeuses ne se voient pas accorder de protection. ») et l'article 23.2 « Les États membres prévoient des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables aux auteurs de signalement lorsqu'il est établi qu'ils ont sciemment signalé ou divulgué publiquement de fausses informations. »
- 25 Considérant 33 : « De plus, il est nécessaire de protéger les divulgations publiques en tenant compte des principes démocratiques, tels que la transparence et l'obligation de rendre des comptes, et des droits fondamentaux, comme la liberté d'expression ainsi que la liberté et le pluralisme des médias, tout en mettant en balance, d'une part, l'intérêt des employeurs à gérer leurs organisations et à protéger leurs intérêts et, d'autre part, l'intérêt du public à être protégé contre tout préjudice, conformément aux critères élaborés par la jurisprudence de la CEDH. »
- 26 Considérant 32 : « En même temps, cette exigence garantit que l'auteur de signalement reste protégé lorsqu'il a signalé de bonne foi des informations inexacts sur des violations. »
- 27 Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, 2018/0106 (COD), 23 avril 2018 (appelée dans le texte « Proposition »), considérant 61.
- 28 Considérant 33 de la Directive de l'UE relative à la protection des lanceurs d'alerte.
- 29 No. 14277/04, 17 février 2008.
- 30 A consulter sur [https://www.echr.coe.int/Documents/Collection\\_Convention\\_1950\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf)
- 31 Guja v. Moldova ¶197.
- 32 Considérant 45 : « La protection contre les représailles comme moyen de protéger la liberté d'expression et la liberté et le pluralisme des médias devrait être garantie à la fois aux personnes qui signalent des informations sur des actes ou des omissions au sein d'une organisation (signalement interne) ou à une autorité externe (signalement externe) et aux personnes qui mettent ces informations à disposition dans la sphère publique, par exemple, directement à la disposition du public via des plateformes en ligne ou les médias sociaux, ou aux médias, aux représentants élus, aux organisations de la société civile, aux syndicats, ou aux organisations professionnelles et commerciales. »
- 33 ECHR 388, 8 octobre 2019.
- 34 Cf. GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Switzerland, CEDH 006, 9 janvier 2018
- 35 N° 49, disponible sur [http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0402\\_EN.html](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0402_EN.html).
- 36 La Cour d'appel a estimé que les informations obtenues et divulguées par Hallet n'étaient pas aussi secrètes ou difficiles à obtenir que celles de Deltour et ne révélaient rien de nouveau sur les pratiques fiscales de la société. Il n'y avait aucune « raison impérieuse d'intérêt général » à la divulgation de ces informations.
- 37 Cf. Naomi Fowler « European Commission to Investigate Secret #LuxLeaks Tax Deal », Tax Justice Network (13 mars 2019), à consulter sur <https://www.taxjustice.net/2019/03/13/european-commission-to-investigate-secret-luxleaks-tax-deal/>.
- 38 Cf. Analyse et propositions de modifications nécessaires du projet de directive de l'UE relative à la protection des lanceurs d'alerte en collaboration avec Christiana Mauro (Nuclear Transparency Watch) et Naomi Colvin (Courage Foundation), avec l'aval (en cours) d'Expose Facts, de l'Institut de Drets Humans (IDHC) et de Loic Dachary. A consulter sur [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/feedback/11913\\_attachment/090166e5bb53ee6a\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/feedback/11913_attachment/090166e5bb53ee6a_en).
- 39 Loi n° 2018-670 publiée le 30 juillet 2018 et promulguée par le décret n° 2018-1126 le 11 décembre 2018.

