Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte

Van Enis, Quentin

Published in:
Le secret (sous la coord. de Y. Ninane)

Publication date:
2017

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Van Enis, Q 2017, Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte: une impérieuse nécessité à l'ère dite de la "post-vérité" ? Dans *Le secret (sous la coord. de Y. Ninane).* Recyclages en droit , Numéro 4, Anthemis, p. 95-152.

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

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

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

Download date: 24. Apr. 2024

Une solide protection des sources journalistiques et des lanceurs d'alerte : une impérieuse nécessité à l'ère dite de la « post-vérité » ?

Quentin Van Enis
Chargé d'enseignement à l'UNamur (CRIDS)
Chargé de cours invité à l'UCL
Avocat au barreau de Bruxelles
Membre du Conseil de déontologie journalistique (CDJ)

Abstract

Les secrets se dévoilent rarement d'eux-mêmes. Dans ce contexte, le rôle des journalistes et des lanceurs d'alerte est essentiel pour assurer l'information des citoyens sur des questions qui peuvent les concerner au plus haut point. La présente contribution vise à faire la lumière sur le droit des « journalistes » à la confidentialité de leurs sources d'information et sur la protection des lanceurs d'alerte lorsque ces derniers décident de révéler publiquement les manquements qu'ils dénoncent.

Introduction

1. Il ne se passe plus un jour sans que les lanceurs d'alerte, individuellement ou collectivement, ne se trouvent sous les feux de l'actualité. Qu'il nous suffise ici d'évoquer le cas d'Edward Snowden qui, grâce au concours de journalistes du *Guardian*, révéla au monde entier les détails d'un programme de surveillance de masse organisé par les États-Unis ; celui du soldat américain Bradley Manning (désormais Chelsea Manning) condamné pour espionnage à une peine de trente-cinq ans de prison (réduite à sept ans par le président Obama à la fin de son mandat) pour avoir transmis au site *WikiLeaks* des documents militaires classifiés, à savoir des documents portant sur des morts de civils en Afghanistan et une vidéo dépeignant une bavure militaire lors de la guerre d'Irak ; ou encore le cas d'Antoine Deltour et de Raphaël Halet, anciens collaborateurs de la firme *PwC*, condamnés pour avoir copié et transmis à un journaliste des centaines d'accords passés entre des multinationales et le fisc luxembourgeois, mettant ainsi au jour un vaste scandale d'optimisation fiscale, rapidement baptisé « *LuxLeaks* ».

Les exemples sont légion. Et tout porte à croire que la liste vienne s'allonger dans un futur proche. Dans notre pays, la récente révélation du scandale *Publifin* par le lanceur d'alerte Cédric Halin à la fin de l'année 2016 et l'impact qu'elle suscita dans l'opinion publique ne nous démentiront pas.

Le rôle des lanceurs l'alerte est aujourd'hui largement reconnu par les instances internationales, tant au sein de l'ONU que du Conseil de l'Europe, où la Cour européenne des droits de l'homme a joué un rôle précurseur. Il reste toutefois du chemin à parcourir pour voir émerger, notamment au plan national belge et au plan de l'Union européenne, un véritable contexte juridique favorable aux lanceurs d'alerte.

2. Le contraste peut paraître saisissant avec le domaine connexe, mais distinct, de la protection des sources journalistiques, laquelle, depuis un arrêt fondateur de la Cour de Strasbourg rendu il y a déjà plus de vingt ans, semble solidement ancrée dans la jurisprudence de la haute juridiction européenne et a donné lieu dans l'intervalle à l'adoption de législations nationales[1].

Pourtant, on aurait tort de croire que cette protection que les juges de Strasbourg qualifient inlassablement d'« une des pierres angulaires de la liberté de la presse » constitue un acquis définitif. On assiste en effet ces derniers temps à des interprétations restrictives de cette garantie, qu'elles soient le fait des autorités chargées des poursuites[2], des décideurs politiques[3], voire

1 Voy., en Belgique, la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources [journalistiques], *M.B.*, 27 avril 2005.

2 Deux affaires récentes ont mis en lumière des violations apparentes de la loi du 7 avril 2005 en Flandre. Dans une première affaire, un journaliste de l'émission *Terzake* (V.R.T.) a fait l'objet d'une perquisition et d'une saisie de son téléphone portable et de son ordinateur de travail dans le cadre de l'enquête sur le meurtre du châtelain de Wingene (voy. à ce sujet « Huiszoeking journalist flagrante schending van wet op bronnengeheim », *Standaard*, 24 novembre 2016 ; « Huiszoeking bij Terzakejournalist is flagrante schending van bronnengeheim », *deredactie.be*, 24 novembre 2016). Par ailleurs, au début de cette année 2017, une journaliste *freelance* pour le journal *Het Laatste Nieuws*, qui avait publié un article au sujet de la mise en cause d'un échevin gantois devant le Conseil de déontologie de la Ville, aurait fait l'objet d'un repérage téléphonique, probablement aux fins de confirmer l'origine de la fuite, après que le numéro d'appel de la journaliste eut été relevé sur le téléphone portable d'un conseiller communal à la suite d'un repérage général de l'ensemble des G.S.M. des membres de ce conseil (à propos de cette dernière affaire, voy. J.-F. Dumont, « Une violation flagrante du secret des sources », communiqué diffusé sur le site de l'A.J.P. ; l'opinion de P. Deltour, secrétaire national de la Vlaamse Vereniging van Journalisten (V.V.J.), « De wet op het bronnengeheim is geen vodje papier », *Knack.be*, 6 janvier 2017 ; W. De Smedt, « De vervolgingsdrift van het Gentse parket », *Apache.be*, 9 janvier 2017). Sur les deux affaires, voy. également M. Simonis, « Gare à vos sources ! », *Journalistes*, janvier 2017, n° 188, p. 2. Plus récemment encore, on a appris que le parquet de Bruxelles a ordonné l'audition par la police d'une journaliste du quotidien *La Dernière Heure*, le 23 février 2017, comme « suspect », à la suite d'une plainte de la STIB, et ce, afin d'identifier la source de ses informations concernant la surveillance des stations de métro bruxelloises. Nous verrons, dans la suite de l'exposé, qu'au titre de la loi belge, *seul un juge*, et non le parquet ou la police, peut interroger un journaliste, et ce, moyennant la réunion de conditions bien précises. Une exigence similaire se déduit par ailleurs de la jurisprudence européenne. Cette dernière atteinte manifeste à la protection des sources a été dénoncée sur la plateforme mise en place par le Conseil de l'Europe « pour renforcer la protection du journalisme et la sécurité des journalistes » : http://www.coe.int/fr/web/media-freedom/all-alerts/-/soj/alert/23405103.

3 Voy. ci-dessous, d'une part, la proposition du Collège des procureurs généraux visant à renforcer les peines sanctionnant les fuites à la presse, notamment par les personnes prêtant leur concours professionnel à l'instruction (n° 17), et, d'autre part, l'avant-projet du ministre Geens visant à permettre aux services de renseignement et de sûreté d'écarter la protection des sources des journalistes professionnels dans l'hypothèse où lesdits services « constateraient » que des journalistes n'exercent pas ou plus cette profession (n°s 30-31).

de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même[4]. Et le contexte actuel de défiance à l'égard de la presse, outre-Atlantique[5] et sur le Vieux Continent[6], le déploiement de mesures de surveillance à large spectre[7] et les multiples affaires actuellement pendantes à ce sujet devant la Cour de Strasbourg[8] n'incitent pas nécessairement à l'optimisme.

3. Dans quelle mesure la protection des sources et celle des lanceurs d'alerte doivent-elles trouver place dans un ouvrage sur le secret et le droit ?

Ces deux institutions font partie des moyens nécessaires qui permettent au public d'avoir accès à des informations qui peuvent les concerner au plus haut point mais qui peuvent être occultées par les pouvoirs publics ou par des entreprises. À cet égard, la protection des sources et des lanceurs d'alerte forme le complément nécessaire du droit d'accès des citoyens aux informations détenues par les pouvoirs publics qui instaure une forme de transparence citoyenne[9]. On relèvera à ce sujet que, dans un récent arrêt de grande

4 Voy. ci-dessous nos observations à propos de l'arrêt *Görmüş et autres c. Turquie*, rendu le 19 janvier 2016 (n° 18).

5 Voy. notamment l'éditorial du journal *Le Monde*, le 20 février 2017 : « Donald Trump veut délégitimer la liberté de la presse » (http://www.lemonde.fr/idees/article/2017/02/20/trump-veut-delegitimer-la-liberte-de-la-presse_5082405_3232.html). Le président américain a récemment invité les médias à s'abstenir de publier tout article reposant sur des sources non identifiées. Le journal *The Independent* a relevé que Donald Trump s'était appuyé sur une prétendue source anonyme pour soutenir sur Twitter que l'ancien président Obama n'était pas né sur le sol américain (« Donald Trump cited anonymous sources to make claims on Obama's birthplace », *The Independent*, 26 février 2017, http://www.independent.co.uk/news/world/americas/donald-trump-war-with-media-anonymous-sources-claims-about-barack-obamas-birthplace-a7599591.html).

6 Sir Harold Evans, ancien rédacteur en chef du *Sunday Times*, a récemment pointé trois dangers majeurs pour la presse : la difficulté croissante qu'il peut y avoir à faire la distinction entre les faits et la fiction, les attaques dont font régulièrement l'objet les médias, désormais régulièrement accusés de parti pris, et la concentration grandissante dans le secteur médiatique (voy. « Post-truth era is perilous for media, says former Sunday Times editor », *The Guardian*, 27 février 2017, https://www.theguardian.com/media/2017/feb/27/post-truth-era-perilous-for-media-sunday-times-editor-harold-evans).

7 Selon les informations du journal allemand *Der Spiegel*, les services de renseignements extérieurs allemands (B.N.D.) auraient espionné les journalistes de plusieurs médias étrangers, dont la B.B.C., le *New York Times* et l'agence de presse Reuters, à partir des numéros de téléphone, de fax ou d'adresses électroniques de journalistes ou de rédactions (voy. « L'Allemagne a espionné des médias étrangers, affirme "Le Spiegel" », *Le Monde*, 24 février 2017).

8 Voy. *10 Human Rights Organisations et autres c. Royaume-Uni* (n° 24960/15) ; *Bureau of Investigative Journalism et Alice Ross c. Royaume-Uni* (n° 62322/14) ; *Becker c. Norvège* (n° 21272/12) ; *Ivashchenko c. Russie* (n° 61064/10) ; *Nasibov c. Azerbaïdjan* (n° 4903/09) ; *Khalil c. Azerbaïdjan* (n°s 60659/08, 38175/09 et 53585/09). À en croire certains sites Internet spécialisés, de nombreuses requêtes (pas moins de 13 !) seraient également dirigées contre la France à propos de la récente loi sur le renseignement et, même si nous n'avons pas pu prendre connaissance des arguments développés par les différents requérants, il est probable, vu l'identité de ces derniers, que certains de leurs griefs soient articulés autour du droit à la confidentialité des sources journalistiques : *Association confraternelle de la presse judiciaire et autres c. France* (n° 49526/15) ; *Martin c. France* (n° 49616/15) ; *Lecomte c. France* (n° 49615/15) ; *Babonneau c. France* (n° 49617/15), *Souchard c. France* (n° 49618/15) ; *Triomphe c. France* (n° 49619/15) ; *E.G.R.E. c. France* (n° 49620/15) ; *Deniau c. France* (n° 49621/15) ; *Ordre des avocats au Barreau de Paris c. France* (n° 55058/15) ; *Sur c. France* (n° 55061/15) ; *Eydoux c. France* (n° 59602/15) ; *Conseil national des barreaux c. France* (n° 59621/15) ; *Syndicat national des journalistes et Fédération internationale des journalistes c. France* (n° 5763/16).

9 D. Kaye, *Rapport établi par le Rapporteur spécial sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression*, 8 septembre 2015, A/70/361, spéc. § 58 : « Un même fil lie entre eux le droit d'accès à l'information, la protection des sources et la protection des lanceurs d'alerte : le droit du public de savoir. »

chambre, la Cour européenne des droits de l'homme a admis en des termes explicites qu'un droit d'accéder aux informations détenues par les autorités publiques pouvait se déduire dans certains cas de l'article 10 de la Convention. Aux yeux de la Cour, « lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier "la liberté de recevoir et de communiquer des informations" », refuser cet accès constitue une ingérence dans l'exercice de ce droit[10].

À y regarder de plus près, deux obligations de secret peuvent se trouver en cause lorsqu'on parle de protection des lanceurs d'alerte et de protection des sources. D'une part, en levant le voile sur certains manquements, les lanceurs d'alerte sont généralement amenés à violer une obligation de secret qui s'applique à eux[11] ; d'autre part, en invoquant la protection des sources, les journalistes cherchent à maintenir secrète l'identité des informateurs auxquels ils ont garanti l'anonymat en échange d'informations.

À l'inverse, le champ des sources journalistiques ne se limite naturellement pas aux seuls lanceurs d'alerte et ces dernières peuvent souhaiter que leur anonymat soit conservé pour d'autres raisons que pour éviter l'application de sanctions attachées à la violation d'une obligation de confidentialité.

Pour autant, les lanceurs d'alerte ne sont pas toujours des sources journalistiques à proprement parler. Ces derniers peuvent être amenés à se confier à l'interne, révéler un problème à une autorité compétente ou décider de révéler directement au public les informations qu'ils détiennent, sans nécessairement passer par l'intermédiaire d'un « journaliste »[12].

Dans l'hypothèse où les voies de recours internes propres à l'entreprise ou à l'administration concernées ne se révèlent pas réellement efficaces et où le lanceur d'alerte souhaite préserver son anonymat, ce dernier peut toutefois songer à s'adresser aux médias qui peuvent lui garantir l'anonymat. Il peut de la sorte acquérir la qualité de « source journalistique » et profiter ainsi de la protection indirecte que la loi lui confère par l'intermédiaire du « journaliste ». C'est à juste titre que l'on peut ainsi considérer, avec deux auteurs, qu'« un régime efficace concernant les lanceurs d'alerte suppose une pleine protection des sources des journalistes, qui constituent très souvent l'indispensable moyen de transmission et d'analyse des informations révélées »[13].

10 Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, 8 novembre 2016, spéc. §§ 155-156. Pour un premier commentaire, voy. D. Voorhoof, « Recht op expressievrijheid en wobben door journalisten, ngo's en bloggers », *A.M.*, 2016/3, pp. 219-227.

11 D. Voorhoof, « Freedom of journalistic newsgathering, access to information, and protection of whistleblowers under Article 10 ECHR and the standards of the Council of Europe », *in* A. Koltay (éd.), *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression*, Budapest, Kluwer, 2015, p. 318.

12 Dans cette hypothèse, les lanceurs d'alerte devraient pouvoir s'appuyer sur « des plateformes Internet gérées par des exploitants privés et des prestataires de services en ligne », comme l'a souligné le Comité des ministres dans sa Déclaration sur la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion et d'association en ce qui concerne les plateformes Internet gérées par des exploitants privés et les prestataires de services en ligne, adoptée le 7 décembre 2011, lors de la 1129e réunion des délégués des ministres.

13 F. Dubuisson et J. Pieret, « Société de l'information, médias et liberté d'expression », *J.E.D.H.*, 2016/3, p. 347.

4. La protection des sources par le biais du journaliste et celle directement conférée au lanceur d'alerte sont complémentaires[14] et il fait sens de les aborder conjointement[15]. Il faut toutefois d'emblée souligner deux différences majeures qui caractérisent les deux régimes de protection.

1) Les « journalistes » bénéficient d'une protection quasiment absolue de la confidentialité de leurs sources journalistiques. Cette protection a pour effet, en règle, de faire échec à toute mesure d'investigation qui viserait à recourir à la voie du journaliste pour identifier l'origine d'une information. En revanche, la protection des sources n'interdit pas les mesures d'information ou d'instruction qui seraient directement dirigées contre des personnes dont il existerait des raisons de penser qu'elles auraient violé une obligation de confidentialité (voy. *infra*, n° 17).

2) En principe, les journalistes ne partagent pas avec leurs informateurs le devoir de secret auquel ces derniers peuvent être astreints. Le rôle des journalistes consiste précisément à communiquer des informations au public. En règle, leur responsabilité ne pourra être mise en cause au simple motif qu'ils auraient diffusé des informations révélées par un tiers en violation d'une obligation de secret[16]. De leur côté, ce n'est qu'à des conditions relativement exigeantes, prévues notamment dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que les lanceurs d'alerte pourront

14 D. Voorhoof, « Freedom of journalistic newsgathering, access to information, and protection of whistleblowers under Article 10 ECHR and the standards of the Council of Europe », *op. cit.*, p. 300.

15 Voy. aussi le rapport précité de D. Kaye, rapporteur spécial de l'ONU sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, qui traite ensemble la protection des sources d'information et des lanceurs d'alerte.

16 Comme l'ont souligné, dans une déclaration conjointe du 19 décembre 2006, le rapporteur spécial de l'ONU sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression, le représentant de l'O.S.C.E. sur la liberté des médias, le rapporteur spécial de l'Organisation des États américains sur la liberté d'expression et le rapporteur spécial de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples sur la liberté d'expression, « *[j]ournalists should not be held liable for publishing classified or confidential information where they have not themselves committed a wrong in obtaining it. It is up to public authorities to protect the legitimately confidential information they hold* ». Voy. également D. Voorhoof, « Freedom of journalistic newsgathering, access to information, and protection of whistleblowers under Article 10 ECHR and the standards of the Council of Europe », *op. cit.*, p. 307 : « a journalist should not be prosecuted or sanctioned because of breaches of confidentiality or the use of illegaly obtained documents ». Au sein de la jurisprudence strasbourgeoise, voy. Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, § ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Dammann c. Suisse*, 25 avril 2006, § 55 ; Cour eur. D.H., 4e ch., arrêt *Stoll c. Suisse*, 25 avril 2006, § 50 ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Radio Twist a.s. c. Slovaquie*, 19 décembre 2006, § 62 : « La Cour observe encore que la société requérante a été pénalisée essentiellement pour le simple fait qu'elle avait diffusé des informations qu'un tiers avait obtenues et enregistrées illégalement. Elle n'est pas convaincue cependant que ce seul fait suffise à priver la société requérante de la protection de l'article 10 de la Convention. » Voy. toutefois Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Bédat c. Suisse*, 29 mars 2016, § 57 : « [...] il n'a pas été allégué que le requérant se serait procuré les informations litigieuses de manière illicite [...]. Néanmoins, cette circonstance n'est pas nécessairement déterminante dans l'appréciation de la question de savoir s'il a respecté ses devoirs et responsabilités au moment de la publication de ces informations. Or, comme la chambre l'a relevé à juste titre, le requérant, journaliste de profession, ne pouvait pas ignorer le caractère confidentiel des informations qu'il s'apprêtait à publier [...] » (à propos du secret de l'instruction) ; Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Stoll c. Suisse*, § 144 : « l'absence de comportement illicite de la part du requérant n'est pas nécessairement déterminante dans l'appréciation de la question de savoir s'il a respecté ses devoirs et responsabilités. En tout état de cause, il ne pouvait, en tant que journaliste, ignorer de bonne foi que la divulgation du document litigieux était réprimée par l'article 293 du Code pénal [...] » (à propos de la « publication de débats officiels secrets »).

échapper à leur responsabilité découlant de la violation d'une obligation de confidentialité, en s'appuyant sur leur droit à la liberté d'expression[17].

Compte tenu de cette protection différenciée qui caractérise les deux garanties étudiées, l'on ne manquera pas de s'étonner d'un récent arrêt de la Cour de Strasbourg dans lequel la haute juridiction analyse l'ingérence dans le droit à la protection des sources des requérants, journalistes, à l'aune des conditions classiquement applicables à la protection des lanceurs d'alerte[18]. Il est à craindre que ce précédent constitue une première étape vers une forme de relativisation de la protection jusqu'alors très robuste du droit des « journalistes » à préserver la confidentialité de leurs sources d'information. Nous y reviendrons (voy. *infra*, n° 18).

5. Avant d'entrer dans le vif du sujet, il nous reste encore à délimiter l'étendue de notre étude. La mise en place de systèmes d'alerte au sein des entreprises suscite aujourd'hui d'importants questionnements touchant notamment au droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel qui ne peuvent être ignorés[19]. La présente étude se concentre quant à elle sur la protection par le droit à la liberté d'expression des lanceurs d'alerte qui choisissent d'exposer publiquement les problèmes qu'ils dénoncent, le cas échéant, en s'adressant aux médias. Quoique certains exemples de droit comparé viendront çà et là utilement étayer notre propos, la présente contribution vise avant tout à faire la lumière sur le droit belge et européen applicable à la protection des sources journalistiques (section 1) et à la protection des lanceurs d'alerte (section 2).

Section 1
La protection des sources journalistiques

6. Il convient avant toute chose de rappeler le fondement et la justification de la protection des sources journalistiques (§ 1). Il faut ensuite s'interroger sur le champ d'application personnel de cette garantie, tant du point de vue de son bénéficiaire direct (§ 2) que de son bénéficiaire indirect, sa « source

17 Voy. *infra*, n^os^ 43 et s., nos développements sur cette question.

18 Cour eur. D.H., 2^e^ sect., arrêt *Görmüş et autres c. Turquie*, 19 janvier 2016.

19 À cet égard, voy. notamment F. Coton et J.-F. Henrotte, « Le lanceur d'alerte : une personne concernée par le traitement de ses données à caractère personnel, mais également par son avenir professionnel... », *R.D.T.I.*, 2015/4, n° 61, pp. 43-78. Voy. également la recommandation 01/2006 de la Commission de la protection de la vie privée relative à la compatibilité des systèmes d'alerte interne professionnelle avec la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (adoptée le 29 novembre 2006) ; voy. encore, au plan européen, l'avis 1/2006 du Groupe de travail « Article 29 » relatif à l'application des règles de l'U.E. en matière de protection des données aux mécanismes internes de dénonciation des dysfonctionnements dans les domaines de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit, de la lutte contre la corruption et la criminalité bancaire et financière, 00195/06/FR, WP 117 (adopté le 1^er^ février 2006) ; voy. enfin, en France, le document d'orientation de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (adopté le 10 novembre 2005).

journalistique » (§ 3). L'objet de la protection conférée tant par la loi du 7 avril 2005 (§ 4) que par la loi plus récente du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité mérite un examen actualisé (§ 5). Une dernière question importante à laquelle il s'agit d'apporter une réponse concerne la responsabilité du « journaliste » qui aurait violé l'engagement de confidentialité pris à l'égard d'une source d'information (§ 6).

Dans la mesure où, comme d'autres, nous avons déjà eu l'occasion d'examiner en détail le régime de protection mis en place par la loi belge et la Convention européenne[20], nous nous limiterons ici à exposer les grands principes qui gouvernent la matière, en mettant l'accent sur ses développements les plus récents.

§ 1. Fondement et justification de la protection des sources journalistiques

7. Déduite de l'article 10 de la Convention par la Cour européenne à la faveur d'un arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, la protection des sources journalistiques constitue, selon la formule inlassablement répétée par la haute juridiction strasbourgeoise, « l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse »[21].

La justification de la règle est simple : sans la garantie de leur anonymat, certaines[22] sources d'information risquent de se tarir, peu enclines qu'elles

20 Voy., entre autres études, E. Brewaeys, « Informatiebronnen van journalisten », *N.J.W.*, 2005, pp. 542-550 ; J. Ceuleers, « De journalistieke bronnen wettelijk berschermd », *R.W.*, 2005-2006, pp. 48-52 ; K. Lemmens, « La protection des sources journalistiques – Un commentaire de la loi du 7 avril 2005 », *J.T.*, 2005, pp. 669-676 ; B. Mouffe, « La loi sur la protection des sources journalistiques », *in* A. Masset (coord.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 7-59 ; B. Mouffe,, « Observations relatives au texte de la loi sur la protection des sources journalistiques », *A.M.*, 2007, pp. 20-36 ; Q. Van Enis, « La liberté d'expression des "journalistes" et des autres "chiens de garde" de la démocratie », *in* A.-C. Rasson, N. Renuart et H. Vuye, *Six figures de la liberté d'expression*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 31-36 ; idem, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 603-680 ; idem, « Développements récents relatifs à la protection des sources journalistiques en Belgique. Pierre angulaire ou pierre d'achoppement ? », *J.T.*, 2010, pp. 261-269 ; D. Voorhoof (éd.), *Het journalistiek bronnengeheim onthuld*, Bruges, die Keure, 2008 ; E. Werkers et P. Valcke, « The Journalist's Right not to reveal his Information Sources : continuing Battle or Truce established ? », *R.E.D.C.*, 2011, pp. 635-663.

21 Voy. Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39 ; Cour eur. D.H., 4^e^ sect., arrêt *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, 25 février 2003, § 46 ; Cour eur. D.H., 2^e^ sect., arrêt *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003, § 91 ; Cour eur. D.H., 1^re^ sect., déc. *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark*, 8 décembre 2005 ; Cour eur. D.H., 3^e^ sect., déc. *Weber et Saravia c. Allemagne*, 29 juin 2006, § 143 ; Cour eur. D.H., 3^e^ sect., arrêt *Voskuil c. Pays-Bas*, 22 novembre 2007, § 65 ; Cour eur. D.H., 2^e^ sect., arrêt *Tillack c. Belgique*, 27 novembre 2007, § 53 ; Cour eur. D.H., 3^e^ sect., arrêt *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, 31 mars 2009, § 54 ; Cour eur. D.H., 4^e^ sect., arrêt *Financial Times Ltd et autres c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2009, § 59 ; Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, 14 septembre 2010, § 50 ; Cour eur. D.H., 3^e^ sect., déc. *Solanelles Mollar c. Andorre*, 20 mars 2012, § 45 ; Cour eur. D.H., 5^e^ sect., arrêt *Martin et autres c. France*, 12 avril 2012, § 59 ; Cour eur. D.H., 5^e^ sect., arrêt *Ressiot et autres c. France*, 28 juin 2012, § 95 ; Cour eur. D.H., 3^e^ sect., arrêt *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. et autres c. Pays-Bas*, 22 novembre 2012, § 127 ; Cour eur. D.H., 5^e^ sect., arrêt *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxembourg*, 18 avril 2013, § 49 ; Cour eur. D.H., 3^e^ sect., déc. *Stichting Ostade Blade c. Pays-Bas*, 27 mai 2014 ; Cour eur. DH., 2^e^ sect., arrêt *Görmüş et autres c. Turquie*, 19 janvier 2016.

22 Comme le souligne le rapporteur spécial D. Kaye dans son rapport précité, si « des sources identifiées sont préférables à des sources anonymes », « les journalistes dépendent toutefois souvent de sources qui s'exposent à des représailles ou d'autres dangers en cas de révélation de leur identité et leur promettent donc la confidentialité » (*op. cit.*, p. 9, n° 14).

seraient à confier des informations, parfois cruciales, aux journalistes. Plus que les journalistes, le grand public pâtirait immanquablement de l'absence d'une protection efficace des sources journalistiques puisque, dans une telle hypothèse, de nombreux scandales ne seraient jamais mis au jour. On ne s'étonnera donc pas que la Cour de Strasbourg puisse concevoir la protection des sources comme « un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection »[23].

§ 2. Qui peut tirer bénéfice de la protection des sources journalistiques ?

8. Dès l'affaire *Goodwin* s'est d'emblée posé la question du champ d'application de la garantie nouvellement consacrée. Dans une opinion dissidente jointe à l'arrêt, le juge Walsh a exprimé des doutes sur l'opportunité d'accorder un tel droit aux journalistes, définis sur une base professionnelle : « Dans sa plaidoirie devant la Cour, l'avocat du requérant a déclaré que son client "ne demandait aucune faveur particulière du fait de sa profession parce que les journalistes ne sont pas au-dessus des lois". Or il me semble que la Cour a en fait décidé que, dans le cadre de la Convention, un journaliste jouit de privilèges dont ne bénéficient pas les autres professions. Tout citoyen envoyant une lettre à la presse pour qu'elle la publie ne devrait-il pas bénéficier des mêmes avantages qu'un journaliste, même s'il n'exerce pas cette profession ? »

9. De telles interrogations furent également de mise en Belgique lorsque le législateur fédéral décida de légiférer sur la protection des sources journalistiques. Après de longues discussions[24], la première catégorie de bénéficiaires, regroupés sous le vocable « journaliste », fut définie sur le double fondement du caractère professionnel et régulier de leur activité (art. 2, 1°). Les droits consacrés dans la loi furent également reconnus aux « collaborateurs de la rédaction », « soit toute personne qui, par l'exercice de sa fonction, est amenée à prendre connaissance d'informations permettant d'identifier une source et ce, à travers la collecte, le traitement éditorial, la production ou la diffusion de ces mêmes informations » (art. 2, 2°).

Saisie par deux blogueurs qui jugeaient trop restrictive la définition des journalistes bénéficiaires, la Cour constitutionnelle, alors Cour d'arbitrage, a rectifié le tir en expurgeant la définition des conditions restrictives qu'elle contenait et en allant jusqu'à supprimer de la loi le terme même de « journaliste »[25]. Désormais, la première catégorie de bénéficiaires s'entend donc de toute personne qui exerce des activités journalistiques, à savoir « toute personne qui

23 Arrêt *Tillack c. Belgique*, précité, § 65.

24 Pour une analyse systématique des différents critères proposés au cours des discussions parlementaires, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 628-646, nos 493-505. Voy. également J. Englebert, « Le statut de la presse : du "droit de la presse" au "droit de l'information" », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007, pp. 229-288, spéc. pp. 241-261, nos 15-30.

25 C.A., arrêt n° 91/2006, 7 juin 2006.

contribue directement à la collecte, la rédaction, la production ou la diffusion d'informations, par le biais d'un média, au profit du public »[26].

10. Une telle conception large du champ des bénéficiaires de la garantie étudiée est partagée par le rapporteur spécial de l'ONU pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression qui considère que la protection des sources doit pouvoir être invoquée par « toute personne ou entité collectant ou rassemblant des informations dans le but de les publier ou de les diffuser publiquement »[27]. Comme en écho à l'arrêt rendu par notre Cour constitutionnelle, le rapporteur spécial insiste : « Une activité régulière et professionnelle peut signifier qu'il y a protection, mais l'absence d'une telle activité ne doit pas constituer une présomption que les autres personnes qui collectent des informations à des fins de diffusion publique sont exclues de son bénéfice. »[28]

L'expert onusien fait référence à la position du Comité des droits de l'homme qui, dans son observation générale n° 34, avait souligné que « le journalisme est une fonction exercée par des personnes de tous horizons, notamment des reporters et analystes professionnels à plein temps ainsi que des blogueurs et autres particuliers qui publient eux-mêmes le produit de leur travail, sous forme imprimée, sur l'Internet ou d'autre manière »[29].

11. Si, à ce jour, elle ne s'est jamais directement prononcée sur la question de la reconnaissance du droit au secret des sources à des personnes non-journalistes, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle depuis maintenant plus d'une dizaine d'années que la presse n'a pas de monopole sur la fonction, ô combien essentielle en démocratie, consistant à informer le public sur toute question d'intérêt général[30]. Pour la Cour, le haut niveau de protection offert à la presse peut être octroyé à d'autres acteurs, comme des O.N.G. ou des chercheurs universitaires. À cet égard, la haute juridiction strasbourgeoise a d'ailleurs récemment reconnu que « compte tenu de ce que les sites Internet contribuent grandement à améliorer l'accès du public à l'actualité et, de manière générale, à faciliter la diffusion de l'information [...], la fonction des blogueurs et des utilisateurs populaires des médias sociaux peut aussi être assimilée à celle de "chien de garde public" en ce qui concerne la protection offerte par l'article 10 »[31].

26 La formulation alternative (« ou ») des différentes activités journalistiques qui permettent de fonder le bénéfice de la protection légale soulève la question de savoir si un simple intermédiaire technique qui se contenterait d'assurer la « diffusion » des propos d'un utilisateur pourrait invoquer la protection instaurée par la loi. À cet égard, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 655-658, n° 512.

27 Rapport précité, § 18.

28 *Ibid.*

29 Comité des droits de l'homme, *Observation générale n° 34 – Article 19 : Liberté d'opinion et liberté d'expression*, CCPR/C/GC/34, 12 septembre 2011, § 44.

30 À ce sujet et pour des références, voy. Q. Van Enis, « La liberté d'expression des "journalistes" et des autres "chiens de garde" de la démocratie », *op. cit.*, pp. 18-28 ; idem, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 210-218, nos 149-156.

31 Arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, précité, § 168.

12. Pour autant, l'idée d'accorder le droit à la protection des sources à l'ensemble de ceux qui peuvent contribuer à l'information du public ne semble pas partagée par tous.

Ainsi, dans une recommandation 1950 (2011) sur la protection des sources d'information des journalistes, adoptée le 25 janvier 2011, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a soutenu que « le droit des journalistes de ne pas divulguer leurs sources d'information est *un privilège professionnel*, destiné à encourager des sources à leur transmettre des informations importantes qu'elles ne fourniraient pas sans un engagement de confidentialité »[32].

En France, la question de l'octroi du droit à la protection des sources à d'autres personnes qu'à des journalistes professionnels a été évoquée dans le processus législatif visant à renforcer le mécanisme de protection mis en place par une précédente loi du 4 janvier 2010[33] conformément à une promesse de campagne du président Hollande.

Dans un avis adopté le 25 avril 2013, la Commission consultative des droits de l'homme, citant la législation belge en exemple, affirmait clairement que « dans la mesure où il contribue à l'information du public, le droit à la protection du secret des sources doit être reconnu à tous : aussi bien aux journalistes qu'à toute personne publiant des informations à titre simplement occasionnel », ajoutant que « la limitation dans son principe même du droit au secret des sources aux journalistes professionnels apparaît inadaptée et injustifiée »[34].

L'extension du champ d'application personnel de la garantie considérée avait finalement été limitée, d'une part aux personnes qui exercent des fonctions de direction de la publication ou de la rédaction, et d'autre part aux collaborateurs de la rédaction[35]. Quoique limitée, cette avancée a été censurée par le Conseil constitutionnel au motif, selon ce dernier, que le législateur avait manqué à son obligation d'assurer une conciliation entre, d'une part, la liberté d'expression et de communication et, d'autre part, d'autres intérêts, parfois eux-mêmes érigés en droits et libertés, en accordant une immunité à « des personnes dont la profession ne présente qu'un lien indirect avec la diffusion d'informations au public »[36].

32 § 15 (nous soulignons).

33 Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes, *J.O.R.F.*, 5 janvier 2010.

34 § 7 de l'avis.

35 Art. 4 de la loi n° 2016-1524 du 6 octobre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias (dite loi « Bloche »), *J.O.R.F.*, 15 novembre 2016.

36 Conseil constitutionnel, déc. n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016 à propos de la loi du 6 octobre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias (dite loi « Bloche »), §§ 22-23. La protection des collaborateurs de la rédaction est pourtant prévue par le texte de la recommandation R(2000)7 du Comité des ministres aux États membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information, adoptée par le Comité des ministres le 8 mars 2000, lors de la 701e réunion du Comité des ministres, principe 2 (Droit de non-divulgation d'autres personnes) : « Les autres personnes qui, à travers leurs relations professionnelles avec les journalistes, prennent connaissance d'informations identifiant une source à travers la collecte, le traitement éditorial ou la publication de cette information, devraient bénéficier de la même protection en application des présents principes. » Dans son rapport précité, le rapporteur spécial D. Kaye a encore rappelé que « la protection des sources va au-delà de la personne qui rapporte directement

Aux États-Unis, les propositions visant à voir reconnaître au plan fédéral un droit des journalistes de refuser de témoigner au sujet de leurs sources d'informations semblent avoir fait long feu. On peut penser que l'obstacle de la définition des bénéficiaires d'un tel droit, soulevé en son temps par une majorité de juges de la Cour suprême[37], figure parmi les principales raisons de cet échec.

On le voit, la question du champ d'application personnel de la protection des sources est encore loin à ce jour de faire l'unanimité sur le plan international ou dans les droits nationaux.

§ 3. Qu'est-ce qu'une source journalistique ?

13. Un autre aspect controversé de la protection des sources, révélé au grand jour par une récente décision de la Cour de Strasbourg, concerne la définition de ce qu'il faut entendre par une « source journalistique ».

La Cour semblait jusqu'alors concevoir plutôt largement cette notion. Dans plusieurs arrêts récents qui, il est vrai, ne portaient pas directement sur cette question, les juges européens avaient souligné que « selon la conception de la Cour, la "source" journalistique désigne "toute personne qui fournit des informations à un journaliste" »[38], s'appropriant ainsi la définition relativement large retenue par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans sa recommandation R(2000)7 aux États membres sur le droit des journalistes de ne pas révéler leurs sources d'information[39]. L'exposé des motifs de ce dernier texte semble d'ailleurs confirmer la nécessité d'une approche extensive de la notion de « source journalistique » lorsqu'il prévoit que « [l]es journalistes peuvent recevoir leur information de toutes sortes de sources. Une interprétation *non restrictive* de ce terme est donc nécessaire »[40].

Dans une récente décision *Stichting Ostade Blade c. Pays-Bas*[41], la Cour de Strasbourg a pourtant fait preuve d'une approche relativement restrictive de la notion de « source journalistique » en refusant de reconnaître le droit à la protection des sources à une fondation qui avait publié dans le magazine qu'elle éditait une lettre de revendication d'une attaque à la bombe. Aux yeux de la Cour, en l'espèce, l'informateur n'était pas mû par le désir de fournir au public des informations que le public était en droit de connaître. Au contraire, il revendiquait des crimes dont il était *lui-même* l'auteur.

l'information : elle s'étend aux rédacteurs, éditeurs et autres personnes qui participent à l'activité » (*op. cit.*, § 25).

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

38 Cour eur. D.H., 3e sect., arrêt *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. et autres c. Pays-Bas*, 22 novembre 2012, § 86 ; Cour eur. D.H., 5e sect., arrêt *Saint-Paul Luxembourg S.A. c. Luxembourg*, 18 avril 2013, § 50 ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Nagla c. Lettonie*, 16 juillet 2013, § 81.

39 Adoptée par le Comité des ministres le 8 mars 2000, lors de la 701e réunion du Comité des ministres.

40 Exposé des motifs, § 17 (nous soulignons).

41 Cour eur. D.H., 3e sect., 27 mai 2014.

La position de la Cour est étonnante[42].

Certes, par le passé, la haute juridiction avait déjà refusé la qualité de source à une personne qui s'était confiée sur son expérience personnelle de pédophile à un journaliste[43]. Toutefois, dans l'affaire concernée, aucune promesse de confidentialité, même implicite, n'avait pu être trahie, dans la mesure où le journaliste ne s'était pas présenté comme tel à l'intéressé et avait enregistré l'entretien sous caméra cachée[44].

L'argument selon lequel en se confiant à la presse, l'auteur présumé de l'attentat n'avait cherché qu'à bénéficier du voile de l'anonymat ne nous paraît pas pertinent. On ne voit pas en quoi le fait de se confier à la presse sur les motivations de son acte aurait été pour lui un moyen d'échapper à sa responsabilité pénale. Il faut d'ailleurs admettre qu'au moment où l'intéressé s'est confié à la rédaction du magazine, les autorités chargées des poursuites disposaient d'une quantité d'informations moindre qu'une fois sa lettre de revendication parue dans le magazine.

L'explication d'un auteur[45] selon laquelle la source ne pourrait être elle-même le sujet de l'information transmise à la presse ne nous paraît pas davantage satisfaisante dans la mesure où dans de nombreuses hypothèses, les journalistes font reposer leur reportage sur des témoignages personnels.

§ 4. Le contenu de la protection conférée par la loi belge

A. Les règles générales de la loi relative à la protection des sources journalistiques

14. La Belgique s'est dotée le 7 avril 2005 d'une loi qui offre un solide ancrage légal aux principes préalablement dégagés par la Cour de Strasbourg[46]. La loi belge permet ainsi à ses bénéficiaires de refuser de dévoiler l'identité d'une source, même à l'égard d'un juge (art. 3), et les protège à l'égard des mesures d'information ou d'instruction (perquisitions, saisies, écoutes téléphoniques, etc.), qui sont également sinon davantage susceptibles de compromettre la confidentialité des sources journalistiques que des ordonnances de divulgation (art. 5). La loi consacre également l'interdiction des poursuites du chef de recel (art. 6) ou de complicité de violation du secret professionnel (art. 7), lorsque ceux qui exercent des activités journalistiques

42 Dans une affaire ultérieure à sa décision *Stichting Ostade Blade*, la Cour a rappelé le principe voulant que « la "source" journalistique désigne "toute personne qui fournit des informations à un journaliste" » (Cour eur. D.H., 2e sect., arrêt *Görmüş et autres c. Turquie*, précité, § 45).

43 Cour eur. D.H., 1re sect., déc. *Nordisk Film & TV A/S c. Danemark*, 8 décembre 2005.

44 Sur la question de savoir si un intermédiaire de la société de l'information pourrait invoquer la protection des sources journalistiques pour refuser de révéler l'identité de ses utilisateurs, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 655-658, n° 512.

45 Voy. J. Englebert, « Presse et secrets », *in* B. Bouioukliev (coord.), *Les secrets professionnels : approche transversale*, coll. du Jeune Barreau de Charleroi, Limal, Anthemis, 2015, pp. 115-158, ici pp. 138-140, n° 35.

46 Voy. Q. Van Enis, « Développements récents relatifs à la protection des sources journalistiques... », *J.T.*, 2010, pp. 261-269.

entendent faire valoir leur droit de garder le secret sur l'origine de leurs informations.

B. L'exception légale et les limites générales de la protection octroyée par la loi

15. La Cour de Strasbourg a directement admis que la protection des sources puisse céder devant « un impératif prépondérant d'intérêt public »[47]. De son côté, le législateur belge n'a retenu qu'une seule exception possible à la protection des sources (art. 4), celle de la prévention des infractions portant gravement atteinte à l'intégrité physique des personnes, dont les conditions d'application peuvent paraître exigeantes compte tenu de ce que seul un juge pourrait décider de faire obstacle au droit consacré par la loi, après avoir constaté que l'information ne pourrait être obtenue d'aucune autre manière et que cette information est nécessaire pour prévenir un danger immédiat[48].

16. Au-delà de l'exception susmentionnée, le fait de préserver la confidentialité de ses sources d'information ne peut servir d'alibi au journaliste qui chercherait à se soustraire à sa responsabilité, civile ou pénale, découlant d'un défaut d'investigation suffisante quant aux informations diffusées. En règle, le bénéficiaire du droit au secret des sources ne peut se retrancher derrière son silence pour échapper à sa responsabilité. La Cour européenne des droits de l'homme a validé la décision des juridictions nationales qui avaient considéré qu'en choisissant de ne pas révéler leurs sources, les requérants avaient pris le risque d'être condamnés pour diffamation[49]. On ne saurait donc que trop conseiller au journaliste de ne pas faire reposer ses allégations factuelles exclusivement sur des témoignages transmis sous couvert d'anonymat, dans la mesure où ces derniers ne permettent que difficilement d'en éprouver l'authenticité et la fiabilité.

17. Une dernière limite générale tient au fait que, d'après un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2008, le dispositif légal se borne à interdire d'user de la voie du journaliste pour remonter à la source de l'information, la loi ne prohibant pas, en revanche, les mesures d'information ou d'instruction directement dirigées vers l'identification d'une personne suspectée d'avoir violé une obligation légale de secret en dévoilant des informations à un journaliste[50]. Dans l'affaire concernée, un policier était soupçonné d'avoir violé le secret de l'instruction en dévoilant certaines informations à un journaliste. En vue d'évaluer le bien-fondé

47 Arrêt *Goodwin*, précité, § 39.

48 Sur les contours de cette exception et sur la question de savoir si la « liste » arrêtée par le législateur ne se veut pas trop restrictive au regard de la protection due à d'autres droits fondamentaux, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 675-678, n° 523.

49 Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Cumpănă et Mazăre c. Roumanie*, 17 décembre 2004, § 106 ; Cour eur. D.H., anc. sect. II, arrêt *Stângu et Scutelnicu c. Roumanie*, 31 janvier 2006, § 52 ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Ruokanen et autres c. Finlande*, 6 avril 2010, § 47 ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Kasabova c. Bulgarie*, 19 avril 2011, § 65. En Belgique, voy. Civ. Bruxelles (21e ch.), 15 octobre 2009, *A.M.*, 2010, p. 202 (extraits).

50 Cass., 6 février 2008, *A.M.*, 2008, p. 130, note J. Englebert ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2008, p. 802, note F. Lutgenz ; *J.L.M.B.*, 2008, p. 777 ; *R.W.*, 2008-2009, pp. 1728-1729, note B. De Smet.

de ces soupçons, il fut procédé à un repérage des appels téléphoniques émis et reçus par le téléphone portable du policier. L'appareil fut ensuite saisi par le juge d'instruction. Sollicitant la mainlevée de la saisie, tout en contestant la régularité des devoirs accomplis, le policier avait vu sa demande rejetée tant par la chambre du conseil que par la chambre des mises en accusation.

Une récente affaire déférée à la Cour de Strasbourg mérite d'être épinglée à cet égard car elle semble imposer, à tout le moins dans certaines circonstances, un devoir de diligence aux États quant à la recherche de l'origine de fuites d'informations qui peuvent porter atteinte au droit au respect de la vie privée des individus[51]. En l'espèce, le requérant alléguait une violation de l'article 8 de la Convention en raison de la fuite dans la presse de transcriptions d'écoutes téléphoniques effectuées dans le cadre d'une enquête pénale. La Cour a souligné que deux éléments essentiels doivent être pris en considération pour apprécier la réaction de l'État : tout d'abord, il s'agit de vérifier si ce dernier a organisé ses services et formé ses équipes en vue d'éviter de telles fuites ; ensuite, il faut analyser si le requérant disposait de moyens lui permettant d'obtenir le redressement de l'atteinte portée à ses droits[52]. Sur ce second point, la haute juridiction strasbourgeoise a notamment relevé qu'en l'espèce, « aucune action n'avait été entreprise en vue d'identifier l'institution ou l'employé responsable » à l'origine de la fuite[53]. La Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

L'arrêt précité de la Cour de cassation du 6 février 2008 portait sur la situation où une personne précise faisait l'objet de soupçons préalables. Serait-il autorisé pour autant de procéder à des repérages téléphoniques dirigés à l'égard de l'ensemble des sources potentielles d'un journaliste, notamment lorsque seul un nombre réduit de personnes est susceptible de connaître l'information concernée[54] ? L'esprit de la loi ne serait-il pas bafoué dans ce cas ?

Compte tenu de l'enseignement de la Cour de cassation et de la marge de liberté qu'il ménage en faveur des autorités chargées des poursuites, l'on ne s'étonnera guère de la tentation affichée par certains[55], pour lutter contre les fuites d'information dans la presse, de prévoir un durcissement des peines susceptibles d'être prononcées en cas de violation de secret professionnel, avec pour effet corrélatif de faire tomber l'infraction sanctionnée à l'article 458 du Code pénal dans la catégorie de celles qui autorisent le recours aux méthodes

51 Cour eur. D.H., 3e sect., arrêt *Căşuneanu c. Roumanie*, 16 avril 2013. Voy également. Cour eur. D.H., 1re sect., arrêt *Craxi c. Italie (n° 2)*, 17 juillet 2003.

52 *Ibid.*, § 94.

53 *Ibid.*, § 95 (traduction libre).

54 Voy. à cet égard l'affaire évoquée ci-dessus, dans l'introduction.

55 Voy. le rapport 2013-2014 du Collège des procureurs généraux au Comité parlementaire chargé du suivi législatif, *Doc. parl.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-0435/002, p. 239. Cette proposition avait déjà été avancée par le Procureur général près la Cour d'appel d'Anvers dans une mercuriale prononcée le 3 septembre 2012 (Y. Liégeois, « De vierde macht », *Nullum Crimen*, p. 419). À en croire la presse, l'idée aurait été reprise à son compte par le ministre Geens ; voy. J.-C. Matgen, « Protection des sources des journalistes menacée, Koen Geens va-t-il museler la presse ? », *La Libre Belgique*, 22 juin 2016.

particulières de recherche et notamment aux écoutes téléphoniques et au traçage informatique.

Si le souci des autorités judiciaires de lutter contre les fuites d'information est louable, et si la volonté n'est, semble-t-il, pas de « remettre en cause le principe de la protection des sources »[56], il ne faudrait pas que l'élargissement de l'éventail des mesures admissibles pour rechercher les auteurs de ces fuites ne réduise à peau de chagrin la protection due aux sources journalistiques.

18. Une dernière question mérite d'être posée quant aux limites du régime de protection des sources : ladite protection doit-elle dépendre du comportement des journalistes au stade de la publication des informations ?

Dans un récent arrêt *Görmüş et autres c. Turquie*, déjà évoqué, la Cour a semblé vouloir conditionner la jouissance par les journalistes du droit au secret de leurs sources à la circonstance que ces derniers auraient satisfait à leur « devoir de ne pas publier les renseignements que des fonctionnaires lanceurs d'alerte leur ont fournis, jusqu'à ce que ces fonctionnaires aient utilisé les procédures administratives internes prévues pour faire part de leurs préoccupations à leurs supérieurs »[57].

Un tel raisonnement n'est pas exempt de critiques car il repose sur l'idée que le droit à la protection des sources serait un privilège qui devrait se mériter pour son bénéficiaire, perdant de vue qu'il s'agit en réalité d'une garantie essentielle de la liberté de la presse, qui participe au droit du public de recevoir des informations d'intérêt général.

Il nous paraît dès lors particulièrement inapproprié de faire dépendre la garantie du maintien de l'anonymat des sources journalistes de circonstances tenant à la publication des informations révélées. À ce moment, en effet, la source s'est déjà confiée au journaliste en espérant que son identité ne soit pas révélée. Il faut éviter que la promesse d'anonymat faite à la source puisse être trahie au simple motif que le journaliste aurait publié précipitamment certaines informations, sans avoir attendu d'acquérir la certitude que le lanceur d'alerte a bien utilisé les procédures administratives internes qui s'ouvraient à lui. En pratique, le journaliste semble d'ailleurs assez mal placé pour effectuer une telle vérification. On rappellera d'ailleurs qu'en principe les journalistes ne sont pas tenus eux-mêmes au respect du devoir de confidentialité qui peut lier leur source d'information et on ne voit pas sur quel fondement il pourrait leur être fait interdiction de diffuser une information d'intérêt public[58]. Enfin, dans la rigueur des principes établis par la Cour, le lanceur d'alerte qui se serait confié au journaliste, sans avoir au préalable effectué une dénonciation interne qui présenterait des chances raisonnables de succès, pourrait déjà se voir reprocher cette indiscrétion, sans que le silence du journaliste n'y change rien.

56 Selon les termes du rapport précité du Collège des procureurs généraux.

57 Arrêt précité, § 61.

58 Voy. *supra*, n° 4.

Les précédents cités par la Cour à l'appui de son raisonnement ne convainquent pas. En effet, le premier, l'arrêt *Colombani et autres c. France*, concernait le devoir classique des journalistes de vérifier le bien-fondé de leurs informations, question totalement étrangère à celle qui occupait la Cour dans le cas d'espèce ; le second, l'arrêt *Guja c. Moldova*, déjà évoqué, portait sur l'appréciation du comportement du lanceur d'alerte lui-même, dont la Cour exige, selon une jurisprudence constante, qu'il use d'abord des voies internes de signalement avant de divulguer publiquement les manquements qu'il entend dénoncer.

L'approche de la Cour nous paraît tout aussi contestable lorsque, pour apprécier la nécessité de l'ingérence dans le droit à la protection des sources des requérants, elle prend en considération « le style de l'article litigieux » et « le moment de sa publication » (§ 62) et lorsque, analysant le comportement des requérants, elle s'interroge sur la question de savoir « si, du point de vue de sa forme, l'article publié par les requérants respectait les règles déontologiques et si les requérants avaient agi de bonne foi ». Comme nous l'avons déjà écrit par ailleurs, « il faut soigneusement distinguer la question du secret des sources de celle de la responsabilité qui pourrait frapper le journaliste qui aurait méconnu ses obligations au stade de la publication »[59]. À notre estime, il serait dangereux de vouloir sanctionner une source en la privant de sa garantie d'anonymat (et de dissuader dans le même temps de futures sources potentielles) en raison d'un manquement qui serait imputable au journaliste et dont ce dernier pourrait du reste être amené à répondre personnellement.

En somme, cet attendu de l'arrêt *Görmüş* paraît difficilement conciliable avec la jurisprudence antérieure de la Cour qui avait clairement souligné, à la faveur d'un arrêt *Tillack c. Belgique*, que « le droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège *qui leur serait accordé ou retiré en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources*, mais un véritable attribut du droit à l'information, à traiter avec la plus grande circonspection »[60]. Or, dans le cas qui nous occupe, la « licéité de la source » ne résiderait ni plus ni moins dans la circonstance que cette dernière aurait préalablement usé des possibilités internes de dénonciation qui s'offraient à elle.

Cette nouvelle exigence dégagée dans l'affaire *Görmüş* revient à créer une nouvelle exception à la protection des sources qui ne nous semble pas dictée par un véritable « impératif prépondérant d'intérêt public », pourtant seul de nature, selon la Cour elle-même, à justifier une ingérence dans cette garantie essentielle pour la liberté de la presse.

A priori, ces nouveaux développements strasbourgeois ne devraient pas constituer un obstacle en Belgique à l'exercice par le journaliste de son droit à la protection des sources journalistiques. En effet, la loi du 7 avril 2005 ne comporte pas d'exigence similaire et les législateurs nationaux conservent, en principe,

59 Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique, op. cit.*, p. 619, n° 484.

60 Arrêt précité, § 65.

par application de l'article 53 de la Convention, la possibilité de prévoir des règles plus protectrices des libertés consacrées par le texte conventionnel[61].

C. Les sanctions attachées à la méconnaissance du droit à la protection des sources journalistiques

1. Un écartement des éléments de preuve obtenus en violation de la loi relative à la protection des sources [journalistiques] ?

19. En 2010, à l'occasion des cinq ans de l'entrée en vigueur de la loi du 7 avril 2005, nous déplorions qu'aucune sanction n'ait été instaurée par le législateur[62].

Un amendement prévoyant une sanction de nullité a été rejeté durant le processus parlementaire[63]. Une proposition de loi a été ultérieurement déposée en vue notamment de compléter l'article 5 de la loi par la phrase suivante : « Les données obtenues en violation de la présente loi sont nulles. »[64] Elle est désormais caduque.

Aucune sanction procédurale ne permet de justifier l'écartement des débats d'éléments de preuve obtenus en violation des dispositions de la loi. Dans le contexte de la jurisprudence Antigone de la Cour de cassation, désormais consacrée par l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale, à défaut de sanction de nullité expressément prévue par le texte instaurant la protection des sources, il aurait fallu, pour qu'un juge puisse écarter des éléments de preuve collectés en violation des dispositions de cette loi, que la méconnaissance de ces règles entache la fiabilité de la preuve ou porte atteinte au droit au procès équitable, hypothèses qui semblent étrangères à la question du maintien de la liberté de la presse en cause lorsqu'on parle d'une méconnaissance du droit au secret des sources.

20. Il se pourrait cependant que, même en l'absence de toute sanction expresse de nullité dans la loi, les preuves obtenues en violation du dispositif de la loi du 7 avril 2005 puissent être écartées par le juge.

61 Une difficulté pourrait cependant survenir en cas de conflit entre plusieurs libertés concurremment consacrées par la Convention, dès lors que, par une sorte de jeu de « vases communicants », le surplus de protection accordé à l'une des libertés se traduirait dans le même temps par un rétrécissement de l'autre. Voy. à cet égard, S. Van Drooghenbroeck, « L'horizontalisation des droits de l'homme » *in* H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 380-382 et Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique, op. cit.*, pp. 341-342, n° 261. Il reste qu'à défaut d'imposition par la Cour de Strasbourg d'obligations positives précises, la recherche d'un équilibre entre les droits et libertés en conflit incombe au premier chef aux autorités nationales.

62 Q. Van Enis, « Développements récents relatifs à la protection des sources journalistiques... », *op. cit.*, p. 268, n° 34.

63 Voy. E. Brewaeys, « Informatiebronnen van journalisten », *N.J.W.*, 2005, pp. 549-550, n^{os} 48-51 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2004-2005, n° 3-670/3. L'amendement n° 10 de M. Mahoux visait à insérer dans le texte de loi un article 5*bis* ainsi rédigé : « Les preuves recueillies en violation des conditions posées par les articles 4 et 5 seront écartées du débat tandis que les actes de procédure violant ces conditions seront frappés de nullité, entraînant la nullité des actes de procédure qui en découlent. »

64 Voy. la proposition de loi déposée par M^{me} Smeyers modifiant la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques en ce qui concerne la protection à l'égard des services de renseignements et de sécurité du 27 janvier 2009, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord., 2008-2009, n° 52-1757/001.

Telle serait à tout le moins, selon un auteur bien informé[65], la possible conséquence d'un récent arrêt prononcé par la Cour de cassation qui réserverait une hypothèse d'écartement des débats de certains éléments de preuve étrangère aux trois hypothèses limitativement énumérées par le nouvel article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Dans cet arrêt du 21 septembre 2016[66], la Cour de cassation, sur conclusions conformes de l'avocat général Vandermeersch, a jugé qu'une loi dont « l'économie générale » et « la finalité » prévoit une limite d'utilisation par le juge de certaines pièces – il s'agissait en l'occurrence de l'article 55 de la loi relative à la protection de la jeunesse – n'avait pas vocation à être modifiée par la loi du 24 octobre 2013 introduisant un nouvel article 32 dans le titre préliminaire du Code de procédure pénale. Par conséquent, pour la haute juridiction, les juges d'appel avaient valablement pu prononcer l'écartement de ces pièces, sans avoir à examiner si les conditions prévues à l'article 32 du titre préliminaire du Code de procédure pénale étaient rencontrées.

On soulignera toutefois que, dans ses conclusions, l'avocat général avait clairement distingué la question soumise à l'appréciation de la Cour de celle de l'écartement d'éléments de preuve obtenus de manière irrégulière. Il avait ainsi souligné que les juges d'appel avaient écarté les pièces litigieuses non parce qu'elles « avaient été établies en violation de la loi ou que le demandeur les avait obtenues de manière irrégulière [...] mais seulement en application de l'article 55, alinéa 3, de la loi du 5 avril relative à la protection de la jeunesse ».

Il reste donc à voir si, par identité de motifs, un juge pourrait sur le fondement de cet arrêt écarter des éléments de preuve obtenus en violation de la loi du 7 avril 2005.

Dans le doute, il reste loisible au bénéficiaire du droit à la confidentialité des sources de faire appel à d'autres mécanismes pour tenter d'en faire sanctionner la violation ou d'obtenir une compensation de son dommage.

2. *La réparation du dommage subi par le bénéficiaire en raison de la violation de son droit au secret des sources journalistiques*

21. En l'absence de sanction explicite dans la loi, rien n'empêcherait le bénéficiaire, victime d'une violation du secret des sources par les pouvoirs publics, de mettre en cause la responsabilité civile de ces derniers sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Une affaire mérite d'être épinglée en ce sens. Une journaliste du quotidien néerlandophone *De Morgen* ainsi que le journal lui-même se sont tournés

65 F. Lutgenz, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale – Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2017, p. 64. L'auteur concerné est conseiller à la Cour de cassation et a siégé dans la formation qui a rendu l'arrêt sur lequel il fonde son appréciation.

66 Cass. (2e ch.), 21 septembre 2016, n° P.15.1123.F, disponible sur www.juridat.be.

vers le Tribunal de première instance de Bruxelles pour entendre condamner l'État belge à la réparation du dommage résultant pour eux de la violation par les autorités judiciaires de leur droit au secret des sources journalistiques. En l'espèce, il avait été procédé à un repérage des appels téléphoniques d'une journaliste en vue d'identifier la source d'une fuite judiciaire.

Bien que les faits reprochés aux autorités fussent antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi relative à la protection des sources [journalistiques], le tribunal a considéré que « compte tenu des débats parlementaires qui étaient alors pleinement en cours à propos de l'approbation de la loi du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques, les autorités judiciaires savaient, ou auraient dû savoir, qu'à compter de l'entrée en vigueur imminente de cette réglementation, l'enregistrement des conversations téléphoniques d'un journaliste ne pouvait plus avoir lieu qu'en des circonstances très exceptionnelles, alors qu'en l'espèce, celles-ci faisaient défaut »[67].

Concluant à l'existence d'une faute dans le chef de l'État, le tribunal a condamné ce dernier à réparer tant le dommage moral subi par la journaliste du fait de l'identification de sa source que le dommage matériel du journal résultant du risque de tarissement subséquent de ses sources. Chacun des deux postes du dommage fut évalué *ex æquo et bono* à 500 euros.

3. *Le recours au droit pénal ?*

22. Une dernière piste envisageable pour sanctionner la violation du droit à la confidentialité des sources pourrait résulter de l'application des articles 148 et 151 du Code pénal[68]. Ces articles érigent en infraction pénale les atteintes portées par des fonctionnaires publics aux droits garantis par la Constitution, dont le titre II protège non seulement la liberté de la presse (art. 25) et la liberté d'expression (art. 19), mais encore l'inviolabilité du domicile (art. 15), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 22) et le secret des lettres (art. 29).

§ 5. Les règles particulières de protection à l'égard des mesures de surveillance

23. Par une loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil de données par les services de renseignement et de sécurité[69] modifiant la loi organique des services de renseignement et de sécurité du 30 novembre 1998, le législateur fédéral a tenté de prendre en compte la nécessité de sauvegarder le secret des sources à l'égard des mesures de surveillance qui peuvent être mises en œuvre par les services de la sûreté de l'État et le Service général du renseignement et de la sécurité.

67 Civ. Bruxelles (21e ch.), 29 juin 2007, *A.M.*, 2007, p. 500. Sur cette affaire, voy. D. Voorhoof, « Screenen van telefoongesprekken van journaliste *De Morgen* bewijst dat wet bescherming journalistieke bronnen nodig is », *A.M.*, 2005, p. 7.

68 Voy. E. Brewaeys, *op. cit.*, pp. 549-550, n° 51.

69 *M.B.*, 10 mars 2010.

Il convient tout d'abord de présenter le régime de protection mis en place par cette loi spécifique (A), avant d'en livrer une appréciation critique (B) et d'exposer une récente tentative politique de rétrécissement des garanties qu'elle prévoit (C).

A. Présentation du régime légal

24. Il faut d'emblée souligner que le législateur n'a instauré de régime spécifique de protection qu'en faveur des seuls journalistes admis à porter le titre de journaliste professionnel (au sens de la loi du 30 décembre 1963 relative à la reconnaissance et à la protection du titre de journaliste professionnel)[70], faisant fi de l'enseignement précité de la Cour constitutionnelle et de l'ensemble de la jurisprudence belge voulant que la liberté de la presse, comme l'exercice d'activités journalistiques, appartienne à l'ensemble des citoyens, protégés sur un pied d'égalité[71].

25. Le principe reste celui de l'interdiction pour les services de renseignement et de sécurité d'obtenir, d'analyser ou d'exploiter des données protégées par le secret des sources des journalistes[72].

À titre exceptionnel, il est permis d'obtenir, d'analyser ou d'exploiter les données protégées par le secret des sources lorsque le service en question dispose au préalable d'*indices sérieux* révélant que le journaliste professionnel participe ou a participé *personnellement et activement* à la naissance ou au développement d'une menace potentielle contre un certain nombre d'intérêts jugés cruciaux.

La liste des menaces dépasse de loin le champ de la prévention des infractions pouvant porter atteinte à l'intégrité physique des personnes qui, comme nous l'avons vu, constitue pourtant la seule exception à la protection due aux sources journalistiques admise par la loi du 7 avril 2005.

La mise en œuvre d'une méthode « spécifique » ou « exceptionnelle » est subordonnée au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité (art. 2, § 1, al. 4).

La décision de recourir à ces méthodes doit, selon le cas, être notifiée à « la commission administrative chargée de la surveillance des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données des services de renseignement et de sécurité » ou faire l'objet d'un avis conforme de ladite commission[73].

[70] *M.B.*, 14 janvier 1964. Sur les conditions d'obtention de ce titre et sur les motifs qui ont présidé à l'adoption de cette loi, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 100-103, nos 69-70.

[71] Dans son avis 59.509/4 du 27 juin 2016 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité », rappelant l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle du 7 juin 2006, la section de législation du Conseil d'État a souligné que la distinction opérée par le texte de la loi actuelle entre le « journaliste » et le « journaliste professionnel » soulevait « des questions d'ordre constitutionnel » (§ 2) (le texte de l'avis se trouve désormais annexé au projet de loi du 20 septembre 2016 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259*bis* du Code pénal, *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-20143/001).

[72] Art. 2, § 2, al. 1er, de la loi du 30 novembre 1998, telle que modifiée par la loi du 4 février 2010 relative aux méthodes de recueil des données par les services de renseignement et de sécurité.

[73] Aux termes de l'article 43/1 de la loi, la commission est composée de trois membres effectifs et de trois suppléants, désignés par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, sur proposition du ministre de la Justice et du ministre de la Défense. Les membres effectifs et leurs suppléants doivent avoir la qualité de magistrat. La loi prévoit que les membres effectifs doivent comprendre un magistrat du ministère public et deux juges, dont un juge d'instruction.

26. Le texte prévoit, en outre, des garanties procédurales particulières, qui, rappelons-le, ne protègent que les titulaires du titre de « journaliste professionnel ».

En voici un aperçu :

1) En cas de mise en œuvre d'une méthode *spécifique* ou *exceptionnelle* à l'égard d'un journaliste, de ses locaux, de moyens de communication qu'il utilise à des fins professionnelles, de sa résidence ou de son domicile, le président de l'Association des journalistes professionnels[74] doit être averti au préalable par le président de la commission administrative chargée de la surveillance des méthodes spécifiques et exceptionnelles de recueil de données des services de renseignement et de sécurité (art. 18/2, § 3, al. 1er).

2) Dans les mêmes circonstances, « le président de la commission vérifie si les données obtenues grâce à cette méthode, lorsqu'elles sont protégées [...] par le secret des sources du journaliste, sont directement liées à la menace » (art. 18/2, § 3, al. 2).

3) « Si une méthode *exceptionnelle* est mise en œuvre à l'égard [...] d'un journaliste, le président de la commission ou le membre de la commission délégué par lui doit être présent lors de la mise en œuvre de la méthode » (art. 18/2, § 3, al. 3)[75].

4) Les méthodes *spécifiques* ne peuvent être mises en œuvre à l'égard d'un journaliste ou de moyens de communication que celui-ci utilise à des fins professionnelles qu'à la condition que le service de renseignement et de sécurité dispose au préalable d'indices sérieux attestant que le journaliste participe ou a participé personnellement et activement à la naissance ou au développement de la menace potentielle et après que la commission a rendu un avis conforme favorable sur la proposition du dirigeant du service (art. 18/3, § 1er, al. 3).

5) Les méthodes *exceptionnelles* ne peuvent être mises en œuvre à l'égard d'un journaliste, des locaux, de moyens de communications qu'il utilise à des fins professionnelles, de sa résidence ou de son domicile qu'à la condition que le service de renseignement ou de sécurité dispose préalablement d'indices sérieux attestant que le journaliste participe ou a participé personnellement et activement à la naissance ou au développement de menaces graves (art. 18/9, § 4).

[74] Ce président est tenu au secret professionnel. Le projet de loi du 20 septembre 2016 modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité et l'article 259*bis* du Code pénal prévoit la possibilité d'avertir le *suppléant* du président de l'Association des journalistes professionnels.

[75] Le projet de loi du 20 septembre 2016 prévoit de laisser la possibilité à ce président de choisir s'il souhaite ou non être présent lors de la mise en œuvre de la méthode, compte tenu de l'impact de cette présence en termes de sécurité.

6) Les menaces graves qui justifient la méthode *exceptionnelle* de recueil de données et, le cas échéant, les indices sérieux attestant que le journaliste participe ou a participé personnellement et activement à la naissance ou au développement de la menace doivent être décrits dans le projet d'autorisation à soumettre à la commission administrative (art. 18/10, § 2, 1°).

B. Appréciation critique

27. On fera tout d'abord remarquer qu'à l'instar de la loi du 7 avril 2005, la loi du 4 février 2010 reste en défaut de prévoir des sanctions explicites en cas de violation des règles qu'elle instaure. Le législateur s'est borné à prévoir de façon générale que, par principe, « il est interdit aux agents chargés d'exécuter les méthodes de recueil de données de commettre des infractions dans le cadre de leur mission »[76]. Les observations formulées ci-dessus sont valables ici *mutatis mutandis*, notamment dans la mesure où, en cas d'indices sérieux relatifs à la commission d'un crime ou d'un délit, les services de renseignement et de sécurité ont un devoir de communication à la commission de surveillance qui, si elle constate les mêmes indices, est tenue d'informer le parquet ou le parquet fédéral par le biais d'un procès-verbal dressé par son président.

28. Il conviendra également de rester attentif à l'interprétation future par les services de renseignement et de sécurité, ainsi que les instances chargées de leur contrôle, de la condition de « participation personnelle et active » à la menace. L'on ne pourrait, à cet égard, se contenter d'un simple contact avec une personne pour conclure que cette condition est remplie.

29. Enfin, le régime de protection mis en place par la loi doit être examiné au regard de récents développements à mettre au crédit des organes du Conseil de l'Europe, qui ont insisté sur la nécessité de prévoir un régime de protection spécifique lorsque les mesures de surveillance ont pour objet de prendre connaissance de communications protégées soit par un secret professionnel soit par la confidentialité des sources journalistiques. La Commission de Venise a ainsi souligné dans un récent rapport que : « *Interception of privileged communications by means of signals intelligence is particularly problematic as is use of signals intelligence against journalists in order to identify their sources. Methods must be devised to provide lawyers and other privileged communicants and journalists with some form of protection, such as requiring a high, or very high, threshold before approving signals intelligence operations against them, combined with procedural safeguards and strong external oversight.* »[77]

[76] Art. 13/1, § 2.

[77] Commission européenne pour la démocratie par le droit (dite « Commission de Venise »), *Update of the 2007 Report on the Democratic Oversight of the Security Services and Report on Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies*, adoptée lors de la 102e session plénière de la Commission, les 20 et 21 mars 2015, p. 5, § 18. Voy. également les §§ 106-107 de ce texte. La Commission de Venise ne semble pas totalement exclure le répérage des communications d'un journaliste : « *there can be no absolute prohibition of contact-chaining journalists where there are very strong reasons for doing so (most likely the leaking of top-secret information)* ». L'organe consultatif strasbourgeois souligne également la difficulté qu'il y a à définir les limites de la profession de journaliste.

À cet égard, la question se pose de savoir si le régime mis en place par le législateur belge se trouve suffisamment protecteur à l'égard des communications entre les « journalistes » et leurs sources d'information, tant au niveau des circonstances dans lesquelles une telle surveillance peut être mise en œuvre que des conditions procédurales et du contrôle externe qui doivent l'entourer.

Sur ce dernier point, le régime instauré par la loi du 4 février 2010 peut également prêter à discussion au regard de la jurisprudence subséquente de la Cour européenne des droits l'homme en matière de surveillance. Si la Cour de Strasbourg n'a pas érigé en règle absolue l'exigence d'une autorisation préalable par un juge ou par un organe indépendant de toute mesure de surveillance mise en œuvre, elle n'en considère pas moins qu'une telle exigence doit impérativement être rencontrée dans certaines circonstances, parmi lesquelles figure l'hypothèse d'une surveillance dirigée contre les médias[78]. La Cour a admis à cet égard qu'un contrôle *ex post* des mesures de surveillance n'était pas à même de restaurer la confidentialité des sources une fois cette dernière compromise[79].

Or, en l'état actuel du droit, seule une méthode « exceptionnelle » doit faire l'objet d'un avis conforme de la commission de surveillance avant sa mise en œuvre. Par ailleurs, même si la loi décrète que « la commission effectue sa tâche de contrôle en toute indépendance », il est permis de remettre en cause l'indépendance de ladite commission puisqu'y siège un magistrat du ministère public. À cet égard, on rappellera que, dans son arrêt de grande chambre rendu dans l'affaire *Sanoma*, la Cour européenne a souligné que « si le procureur, comme tout agent public, est lié par les exigences de l'intégrité ordinaire, du point de vue procédural il est une "partie" qui défend des intérêts potentiellement incompatibles avec la protection des sources des journalistes et il ne peut guère passer pour suffisamment objectif et impartial pour effectuer la nécessaire appréciation des divers intérêts en conflit »[80].

C. Une tentative avortée de révision à la baisse des garanties légales

30. Par un avant-projet de loi « modifiant la loi du 30 novembre 1998 organique des services de renseignement et de sécurité », le ministre Geens

[78] Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Szabó et Vissy c. Hongrie*, § 77. Dans la précédente affaire *Roman Zakharov c. Russie* tranchée en grande chambre, la Cour de Strasbourg n'avait pas explicitement répondu à l'argument du requérant, journaliste, qui avait fait valoir que l'application de la législation russe sur la surveillance secrète risquait de compromettre la confidentialité de ses sources d'information (voy. les arguments du requérant au § 162 de l'arrêt sur la qualité de « victime » de ce dernier et au § 191 sur le droit interne qui, quoique prévoyant en règle la nécessité d'une autorisation judiciaire pour la mise en œuvre d'une mesure de surveillance secrète, se révélerait relativement peu contraignant aux yeux du requérant et ne mettrait en place aucune mesure particulière en vue de préserver la confidentialité des sources journalistiques). Au sujet de ces deux arrêts, voy. F. Dubuisson, « La Cour européenne des droits de l'homme et la surveillance de masse », *Rev. trim. dr. h.*, 2016, pp. 855-886.

[79] Cour eur. D.H., 3e sect., arrêt *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. et autres c. Pays-Bas*, 22 novembre 2012, § 101.

[80] Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*, 14 septembre 2010, § 93.

avait prévu d'autoriser la commission administrative de surveillance, sur la base d'une proposition motivée du dirigeant du service, « à ne plus considérer comme telle une personne protégée par le titre de journaliste pour l'application de la loi au motif qu'elle n'exerce pas réellement la profession de journaliste »[81].

En d'autres termes, il s'agissait d'autoriser l'écartement de la protection spécifique accordée par la loi aux personnes qui exercent la profession de journaliste, reconnues comme telles par la commission d'agréation instituée par la loi du 30 décembre 1963, au motif que, selon les services de renseignement, les intéressés n'exerceraient pas réellement cette profession.

Selon les auteurs de l'avant-projet, « il a été constaté par les services de renseignement que certaines personnes utilisent le titre de journaliste comme couverture pour leurs activités d'espionnage, ou d'ingérence sur notre territoire, sans pour autant exercer réellement la fonction de journaliste et sans publier le moindre nouvel article. La protection qui leur est accordée ne se justifie pas ou plus ».

31. L'avant-projet a naturellement et légitimement suscité des réactions très négatives de la presse professionnelle qui a vu dans le texte de l'avant-projet le risque d'un contournement de la protection octroyée par la loi[82].

L'avant-projet a également été sévèrement critiqué par la section de législation du Conseil d'État, dans la mesure où son texte permettait d'écarter la qualité de journaliste professionnel et, avec elle, tout le régime dérogatoire prévu par la loi, à des conditions beaucoup moins exigeantes que celles qui avaient été retenues par le législateur de 2010 : « Pour écarter la qualité de "journaliste professionnel", le texte en projet prévoit la nécessité d'indices sérieux que l'intéressé se livre à des activités visées par la loi sans plus exiger "une participation personnelle et active" à ces activités et sans plus prévoir que ce n'est qu'"à titre exceptionnel" que cette dérogation pourrait être appliquée. En outre, il suffit que les services de renseignement "constatent" qu'une personne bénéficiant du titre de journaliste professionnel n'exerce pas réellement cette profession. »[83]

Le Conseil d'État a relevé sur ce point l'absence de toute précision quant aux modalités et aux critères sur lesquels un tel constat pourrait s'établir et a rappelé que la Cour constitutionnelle avait déjà souligné que la régularité de l'activité journalistique n'était pas un critère pertinent pour déterminer le champ d'application du droit à la protection des sources[84].

81 Avis précité de Conseil d'État.

82 J.-C. Matgen, « Protection des sources des journalistes menacée, Koen Geens va-t-il museler la presse ? », précité.

83 Avis précité, § 4.

84 *Ibid.*, §§ 4-5. Voy. *supra*, n° 9, nos développements sur ce point.

La section de législation a relevé en outre que le texte opérait une confusion entre le fait de ne pas ou de ne plus exercer le métier de journaliste et celui de se livrer à des activités liées à certaines menaces visées par la loi. Or, comme le souligne la section de législation, « c'est précisément l'existence d'indices concernant de telles activités qui permet, en l'état actuel du droit, aux services de renseignement de déroger "à titre exceptionnel" et moyennant des conditions strictes, à la protection des sources des journalistes professionnels »[85]. Il est dès lors apparu au Conseil d'État que, dans la mesure où le nouveau texte se fondait pour l'essentiel sur les mêmes éléments factuels (« indices sérieux que le journaliste se livre à des activités liées à la menace ») que les éléments sur lesquels reposait déjà la législation en vigueur, l'avant-projet n'avait pour seul effet que d'amoindrir la protection des sources journalistiques en revoyant à la baisse les conditions auxquelles une restriction à cette garantie pourrait être admise dans le droit existant[86].

Pour ces différentes raisons, la section de législation a invité le législateur à revoir son texte.

Le message a visiblement été bien entendu. Le projet de loi déposé à la Chambre des représentants le 20 septembre 2016 ne comporte plus aucune trace de l'introduction de la possibilité, dans les circonstances décrites dans le texte de l'avant-projet, d'un retrait de la qualité de journaliste professionnel et du régime spécifique de protection qui lui est attaché[87]. On ne peut que s'en réjouir.

§ 6. La protection des sources journalistiques : un droit... et une obligation dont la violation pourrait être sanctionnée ?

32. La Cour d'appel de Bruxelles a jugé dans une récente affaire que les journalistes ont, en vertu de la loi du 7 avril 2005, « le droit – et non l'obligation – de taire leurs sources »[88]. Il n'est donc nullement question d'un secret professionnel[89].

Pour autant, doit-on exclure de façon absolue qu'une source puisse chercher réparation dans l'hypothèse où son identité aurait été dévoilée au mépris d'une

85 *Ibid.*, § 5.

86 *Ibid.*, § 6.

87 Projet de loi précité.

88 Bruxelles (4e ch.), 27 novembre 2012, *A.M.*, 2013/3-4, p. 254. Voy. C.E., avis nos 35.989/2 et 35.990/2 du 25 novembre 2003 sur une proposition de loi « relative à la protection des sources d'information du journaliste » et sur une proposition de loi « visant à accorder aux journalistes le droit au secret de leurs sources d'information », *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 51-0024/002, § 3.2 ; proposition de loi relative à la protection des sources d'information du journaliste, rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Wathelet, 15 avril 2004, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-3004, n° 51-0024/10, p. 51, où G. Bourgeois souligne qu'« il s'agit bel et bien d'un droit – et non d'une obligation – du journaliste de taire sa source » et p. 58, où C. Doutrelepont soutient que « le secret des sources est un droit du journaliste, mais non une obligation » et que « le journaliste a dès lors la liberté de divulguer ou de taire ses sources ».

89 Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 18 décembre 2007, *A.M.*, 2008, p. 488 : « Une correspondance adressée à un journaliste n'est pas, par nature, confidentielle, celui-ci n'étant pas dépositaire d'un secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal. »

promesse d'anonymat ? La question semble appeler une réponse négative sur la base des quatre considérations suivantes.

1) Il faut rappeler tout d'abord que le respect de la protection des sources journalistiques constitue une obligation déontologique pour le journaliste[90], dont la violation peut, dans certaines circonstances, constituer un manquement à l'obligation générale de prudence et engager la responsabilité civile de ce dernier au titre de l'article 1382 du Code civil. Les travaux préparatoires de la loi du 7 avril 2005 témoignent à cet égard de ce que le législateur n'a pas entendu priver la source de tout recours en cas de révélation fautive de son identité[91].

2) On soulignera ensuite que la divulgation non consentie de l'identité d'une source se trouve pénalement sanctionnée dans certains pays[92].

3) Enfin, il n'est pas à exclure, même si elle ne s'est pas encore prononcée à cet égard, que la Cour de Strasbourg puisse voir dans un éventuel refus systématique de toute forme de réparation une violation des obligations positives des États leur imposant de mettre en place un régime de nature à garantir une protection effective des sources journalistiques.

33. À quelles conditions le journaliste pourrait-il dès lors voir sa responsabilité mise en cause lorsqu'il compromet la confidentialité de ses sources d'information ? Tout sera, comme souvent, fonction des circonstances de l'espèce. À ce propos, il a été jugé par la Cour d'appel de Bruxelles qu'« il ne suffit [...] pas d'avoir un entretien avec un journaliste pour considérer que celui-ci devrait être couvert par le secret des sources »[93].

Tout dépendra, nous semble-t-il, sinon des engagements précis qui ont pu être pris par le journaliste, à tout le moins des attentes légitimes de confidentialité que ce dernier a pu créer dans l'esprit de la personne qui se confie à lui en cette qualité[94].

Dans le premier cas, on pourrait voir une rupture d'engagement contractuel, à tout le moins si le journaliste a entendu assumer une obligation de confi-

90 Voy. le 7e devoir de la Déclaration des devoirs et des droits des journalistes adoptée par les représentants des syndicats de journalistes des six pays membres de la Communauté européenne à Munich, les 24 et 25 novembre 1971, et adopté ensuite par la Fédération internationale des journalistes (F.I.J.) au Congrès d'Istanbul en 1972 et qui fait obligation aux journalistes de « garder le secret professionnel et [de] ne pas divulguer la source des informations obtenues confidentiellement ». Voy., en Belgique francophone et germanophone, le Code de déontologie journalistique adopté par le Conseil de déontologie journalistique le 16 octobre 2013, dont l'article 21 énonce que « les journalistes gardent secrète l'identité des informateurs à qui ils ont promis la confidentialité. Il en va de même lorsque les journalistes peuvent présumer que les informations leur ont été données sous la condition d'anonymat ou lorsqu'ils peuvent craindre de mettre en danger ces informateurs. Les journalistes ne communiquent alors aucun élément permettant de rendre leur source identifiable ».

91 Voy. le rapport précité de M. WATHELET, pp. 42-43.

92 Tel est le cas en Suède, aux termes des articles 3 à 5 du chapitre 2 de la loi fondamentale sur la liberté d'expression de 1991. Voy. le rapport précité du rapporteur spécial D. KAYE, p. 10, n° 16.

93 Bruxelles (4e ch.), 27 novembre 2012, *A.M.*, 2013/3-4, p. 254.

94 Rappr. à cet égard avec la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Nordisk Film*, précitée, dans laquelle la haute juridiction a refusé de qualifier de « source journalistique » l'individu qui s'était confié à un journaliste qui ne s'était pas déclaré comme tel et qui avait enregistré un entretien sous caméra cachée.

dentialité à l'égard de sa source[95]. Il convient de rappeler à cet égard que la règle du consensualisme veut qu'on contrat peut se nouer entre parties, même en l'absence d'un écrit, pour autant qu'existe un accord de volonté destiné à produire des effets juridiques.

Dans le second cas, on pourrait à tout le moins admettre que le journaliste qui compromet le secret de ses propres sources journalistiques puisse dans certaines circonstances voir sa responsabilité aquilienne engagée. Il est vrai que les dispositions, contenues dans des codes de bonnes pratiques journalistiques, qui prévoient une obligation du journaliste de maintenir la confidentialité de ses sources n'ont pas de valeur légale et que « les tribunaux et cours de l'ordre judiciaire ne sont pas des instances habilitées à se prononcer sur la question de savoir si [un journaliste] a respecté ou non ses obligations déontologiques »[96]. Il n'en demeure pas moins que « la violation d'une règle déontologique peut constituer une faute civile »[97]. Si dans l'affaire concernée, la Cour d'appel de Bruxelles n'a pas reconnu que le journaliste concerné s'était « écarté du comportement normalement prudent et diligent d'un journaliste placé dans les mêmes circonstances »[98], il n'est pas exclu qu'une atteinte au secret des sources puisse constituer une faute susceptible de fonder une action en responsabilité extracontractuelle contre le journaliste qui en serait l'auteur.

34. Il convient de rappeler que seule la révélation fautive de l'identité de sa source pourrait, le cas échéant, obliger le journaliste à réparer le dommage causé à cette dernière. On signalera à cet égard que la déontologie journalistique admet que dans certaines circonstances, l'intérêt général peut justifier la divulgation du nom d'un informateur[99].

35. En toute hypothèse, pour pouvoir prétendre à une réparation, la source dont l'identité aurait été fautivement dévoilée aurait encore à établir l'existence d'un dommage et son étendue de même que le lien de causalité entre ce dommage et la faute du journaliste. À ce propos, il ne nous paraîtrait pas légitime de faire automatiquement supporter au seul journaliste l'ensemble des conséquences de la responsabilité découlant des actes commis par sa source. À cet égard, l'on rappellera que la Cour européenne a déjà admis qu'« on ne saurait invoquer [le droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention] pour se plaindre d'une atteinte à sa réputation qui résulterait de manière prévisible de ses propres actions, telle une infraction pénale »[100].

95 Voy. à cet égard Cour suprême des États-Unis, *Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 U.S. 663 (1991).

96 Arrêt précité de la Cour d'appel de Bruxelles.

97 *Ibid.*

98 *Ibid.*

99 Pour un exemple dans lequel un tel intérêt général n'était pas présent, Conseil de déontologie journalistique, *M. et Mme V. c. Sudpresse*, plainte 12-43, avis du 16 janvier 2013, disponible sur le site du C.D.J., www.lecdj.be.

100 Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, § 83 ; Cour eur. D.H., 2e sect., arrêt *Sidabras et Džiautas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, § 49.

Section 2
La protection des lanceurs d'alerte

36. Si la protection des sources journalistiques a été consacrée il y a déjà plus de vingt ans par la Cour européenne des droits de l'homme, l'intérêt porté par les juristes à la protection des lanceurs l'alerte se veut plus récent, à tout le moins sur le continent européen. Cette section nous amènera à rappeler le fondement et la justification de la protection des lanceurs d'alerte (§ 1), à délimiter le champ des personnes qui peuvent, ou qui pourraient d'après nous, en revendiquer le statut (§ 2) et, enfin, à analyser les conditions auxquelles ces personnes pourraient invoquer la protection qui y est attachée en vertu du droit en vigueur (§ 3). Un paragraphe spécifique sera consacré à l'analyse du texte de la récente directive européenne sur les secrets d'affaires[101], qui prévoit une exception en faveur des lanceurs d'alerte, mais dont la portée nous semble malheureusement trop limitée pour protéger efficacement les lanceurs d'alerte (§ 4).

§ 1. Fondement et justification de la protection des lanceurs d'alerte

37. Il semble qu'en l'état actuel du droit, le *whistle-blowing* ne constitue pas tant un droit fondamental à part entière qu'une forme particulière d'exercice du droit à la liberté d'expression.

Cet ancrage dans le droit à la liberté d'expression nous paraît pertinent pour deux raisons[102]. Tout d'abord, le lanceur d'alerte peut naturellement se prévaloir de son droit de communiquer des idées ou des informations, lequel, comme la Cour européenne l'a signalé à maintes reprises, vaut également dans la sphère professionnelle[103] et peut obliger les États à adopter des mesures positives de nature à assurer sa jouissance jusque et y compris dans les rapports entre personnes privées[104]. Ensuite, la protection conférée au lanceur d'alerte qui choisit de révéler publiquement les manquements qu'il dénonce permet de faire émerger des informations qui nourrissent le débat public et contribue ainsi à la réalisation du droit du public à être informé sur toute question d'intérêt général.

101 Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.*, L 157, 15 juin 2016, pp. 1-18.

102 Voy. D. Lochak, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'homme : réflexions conclusives », *La revue des droits de l'homme*, 2016/10, § 26.

103 Voy., parmi beaucoup d'autres, Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Guja c. Moldova*, 12 février 2008, § 70.

104 Voy. notamment, dans le domaine qui nous occupe, Cour eur. D.H., 5e sect., arrêt *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011. De façon plus générale, à propos des obligations positives des États sur le terrain de l'article 10 de la Convention, voy. le rapport de recherche de la Division de la recherche de la Cour européenne des droits de l'homme, « Positive obligations on member States under Article 10 to protect journalists and prevent impunity », décembre 2011 (disponible sur le site de la Cour), ainsi que les nombreuses références citées.

38. Les nombreux textes adoptés sous l'égide du Conseil de l'Europe font référence aux nombreux autres bienfaits de la protection du *whistle-blowing* pour la société démocratique, même lorsque l'alerte reste confinée au domaine interne des entreprises ou de l'administration.

Selon la résolution 1729 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, les lanceurs d'alerte permettent « de renforcer la responsabilisation et de mieux lutter contre la corruption et la mauvaise gestion, dans le secteur tant public que privé »[105]. La protection des lanceurs d'alerte assure une meilleure transparence et donc une plus forte intégrité dans ces deux secteurs. Elle tend aussi, par la possibilité d'un contrôle qu'elle instaure, à restaurer la confiance des citoyens dans le système. Elle permet enfin de rendre effective l'obligation de rendre des comptes pour ceux qui adoptent des pratiques contraires à l'intérêt général.

À l'heure actuelle, la dénonciation et la divulgation éventuelle au public semblent appréhendées avant toute chose comme un moyen de mettre fin aux manquements dénoncés ou de remédier à une situation de danger. En témoigne notamment l'obligation pour ceux qui souhaitent lancer l'alerte, à tout le moins lorsque cette voie se révèle suffisamment efficace, de dénoncer préalablement les irrégularités qu'ils constatent à l'interne afin de permettre à l'administration ou à l'entreprise concernée de prendre les mesures qui s'imposent pour y remédier (voy. *infra*, nos 48 et s., à ce sujet)[106].

105 Adoptée le 9 avril 2010 (17e séance), § 1. Voy. aussi la recommandation 1916 (2010).

106 On soulignera toutefois que la jurisprudence de la Cour européenne n'est pas exempte de toute incertitude sur la question de savoir si le lanceur d'alerte pourrait s'appuyer valablement sur l'article 10 de la Convention dans l'hypothèse où il se serait limité à dénoncer les manquements auprès d'une instance compétente interne ou externe à l'entreprise concernée. Cour eur. D.H., 3e sect., arrêt *Harabin c. Slovaquie*, 20 novembre 2012, §§ 150-153. En l'espèce, le requérant avait fait l'objet d'une sanction disciplinaire pour avoir fait part au ministre des Finances de son refus de laisser les enquêteurs de ce ministère procéder à un audit de la Cour constitutionnelle dont il était président, dans la mesure où il jugeait que le service d'audit de la Cour suprême était seul compétent à cette fin. Dans son arrêt, la Cour de Strasbourg a notamment considéré que « *the disciplinary offence of which the applicant was accused and found guilty did not involve any statements or views expressed by him in the context of a public debate or in the media* ». À suivre une opinion doctrinale, « ceux qui se plaignent à leur hiérarchie ou à une autorité de surveillance devraient être tout aussi bien protégés, sinon mieux, que ceux qui se tournent vers les médias » (V. Junod, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013, *Rev. trim. dr. h.*, 2014, pp. 476-477). Selon la résolution 1729 de l'assemblée parlementaire, la législation des États membres « devrait protéger quiconque utilise, de bonne foi, les canaux internes existants pour donner l'alerte contre toute forme de représailles (licenciement abusif, harcèlement ou tout autre traitement discriminatoire ou sanction) » (art. 6.2.2). Sans situer le débat sur le terrain de la protection des lanceurs d'alerte, dans un arrêt *Sosinowska c. Pologne* (4e sect.), du 18 octobre 2011, la Cour avait pourtant déjà vu une violation de l'article 10 dans l'infliction d'une sanction disciplinaire à un médecin qui avait fait part à une autorité compétente de ses préoccupations à propos des décisions prises par son supérieur et de la qualité des soins médicaux administrés aux patients de ce dernier. Il est vrai que dans un arrêt antérieur, la Cour avait déjà consacré la liberté pour les médecins de se prononcer sur le comportement de leurs confrères *dans les avis qu'ils peuvent donner à leurs patients* (arrêt *Frankowicz c. Pologne* (4e sect.), 16 décembre 2008). On signalera encore, que par une récente décision *Simić c. Bosnie-Herzégovine* (5e sect.), du 15 novembre 2016, la Cour a déclaré irrecevable la requête adressée par un juge de la Cour constitutionnelle révoqué de son poste pour avoir porté atteinte à l'autorité de ladite Cour ainsi qu'à la réputation d'un juge. La Cour a jugé que la révocation du requérant n'était pas fondée sur des propos tenus publiquement, mais exclusivement sur ceux contenus dans une lettre envoyée à des personnalités politiques, qui, selon la Cour, permettaient de douter de son impartialité et de

On soulignera enfin que la protection des lanceurs d'alerte présente une utilité qui dépasse les cas dans lesquels la liberté d'expression est concrètement exercée puisque la simple menace d'une révélation peut déjà remplir un effet dissuasif salutaire contre les mauvaises pratiques.

§ 2. Qui est « lanceur d'alerte » ?

39. Dans sa recommandation CM/Rec(2014)7[107], le Comité des ministres du Conseil de l'Europe définit le lanceur d'alerte comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle les informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général *dans le contexte de sa relation de travail*, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé »[108]. On le voit : l'accent est mis sur la relation de travail même si cette dernière est appréciée largement puisque la recommandation prévoit que la nature de cette relation, son caractère rémunéré ou bénévole et la circonstance qu'elle aurait pris fin ou n'aurait pas encore commencé ne sont pas pertinents[109]. On rappellera à cet égard qu'Edward Snowden n'était pas un salarié de la N.S.A., mais un sous-traitant de cette agence lorsqu'il a révélé le scandale des programmes de surveillance massive que l'on sait.

La définition retenue par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution 1729 (2010) se veut beaucoup plus globalisante[110]. L'organe parlementaire range sous le terme de « donneur d'alerte » « toute personne soucieuse qui tire la sonnette d'alarme afin de faire cesser des agissements pouvant représenter un risque pour autrui ».

Dans son rapport précité, le rapporteur spécial de l'ONU propose lui aussi une définition large du lanceur d'alerte, qui anticipe déjà en partie la question des conditions auxquelles une protection peut être reconnue à ce dernier. À ses yeux, « le terme "lanceur d'alerte" désigne une personne qui dévoile des informations qu'elle a des motifs raisonnables de croire véridiques au moment où elle procède à leur divulgation et qui portent sur des faits dont elle juge qu'ils constituent une menace ou un préjudice pour un intérêt général, tel étant par exemple le cas d'une violation du droit interne ou international, d'un abus d'autorité, d'un gaspillage, d'une fraude ou d'une atteinte à l'environnement, à la santé publique ou à la sécurité publique »[111].

son indépendance et donc de son aptitude à exercer la fonction de juge. Comp. avec l'affaire *Baka* évoquée ci-dessous, n° 40.

107 Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte, adoptée par le Comité des ministres le 30 avril 2014, lors de la 1198e réunion des délégués des ministres.

108 Nous soulignons. Le texte du préambule se montre apparemment plus généreux en qualifiant de « lanceurs d'alerte » « les personnes qui font des signalements ou révèlent des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général ».

109 §§ 3 et 4.

110 Résolution précitée, § 1.

111 Rapport précité, § 28.

Le rapporteur spécial juge insuffisamment protecteurs les textes qui livrent une définition des lanceurs d'alerte limitée « aux personnes qui alertent "dans le contexte de leurs relations de travail" » et se réfère expressément à la recommandation précitée du Comité des ministres du Conseil de l'Europe[112]. Le rapporteur spécial souligne à juste titre qu'« il peut arriver qu'une personne ait connaissance d'une information d'intérêt public hors de ce contexte »[113]. Certes, admet l'auteur du rapport, « le lanceur d'alerte est *en général* un employé de l'institution mise en cause »[114]. Pour autant, « on ne saurait recommander d'en limiter la définition aux personnes ayant ce statut vu la diversité des autres catégories de personnes susceptibles de formuler des allégations relatives à des actes illicites, par exemple des consultants, des stagiaires, des candidats à l'emploi, des élèves, des patients et autres, qui n'ont pas de relation juridique les protégeant avec l'institution en cause »[115].

La doctrine tend également à proposer une définition relativement extensive du champ d'application personnel des systèmes d'encadrement du *whistle-blowing* que les États devraient mettre en place dans leur législation nationale : « non seulement les employés actuels et anciens devraient être couverts, mais également les cocontractants, clients et tiers en rapport avec l'employeur »[116].

Récemment, dans la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin 2 », le législateur français a défini largement le lanceur d'alerte comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance »[117].

40. De son côté, la jurisprudence de la Cour européenne se révèle quelque peu hésitante quant à la délimitation de la notion de « lanceur d'alerte ».

La Cour a admis que les principes dégagés à l'égard d'un véritable agent public dans l'affaire *Guja* valent également pour les *whistle-blowers* du secteur privé[118].

112 *Ibid.*, § 29.

113 *Ibid.*

114 *Ibid.* (nous soulignons).

115 *Ibid.*

116 V. Junod, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *op. cit.*, p. 480, note 68.

117 Art. 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (*J.O.R.F.*, 10 décembre 2016).

118 V. Junod, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *op. cit.*, p. 474. L'auteure souligne à juste titre que l'arrêt *Heinisch* se réfère aux obligations positives des États de protéger la liberté d'expression contre les ingérences de tiers privés (§ 44). Voy. également le § 64 de l'arrêt, où la Cour souligne que si le devoir de loyauté,

Dans une affaire *Bargão et Domingos Correia c. Portugal*, la haute juridiction a admis que les motifs de la protection des lanceurs d'alerte, énoncés dans ses arrêts *Guja* et *Heinisch*, « peuvent s'appliquer au cas d'usagers de services publics dans la mesure où ils ont connaissance ou utilisent les opérations internes du service en cause »[119]. On relèvera toutefois que dans cette affaire, la Cour ne s'est référée à ces précédents arrêts que « *mutatis mutandis* »[120], ce qui semble indiquer que les principes applicables aux usagers ne sont pas identiques en tout point à ceux qui s'appliquent aux véritables lanceurs d'alerte.

À la faveur d'une affaire *Morice c. France*, la Cour, réunie en grande chambre, a souligné qu'« un avocat doit pouvoir attirer l'attention du public sur d'éventuels dysfonctionnements judiciaires, l'autorité judiciaire pouvant tirer un bénéfice d'une critique constructive »[121], sans faire référence à la protection des lanceurs d'alerte.

Dans l'importante affaire *Baka*, du nom d'un ancien juge de la Cour européenne des droits de l'homme, ensuite destitué de son poste de président de la Cour suprême de Hongrie en raison de ses prises de position publiques contre les mesures prises par le pouvoir politique en matière de justice, la Cour n'a pas davantage situé le débat sur le terrain de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte[122].

Plusieurs autres affaires récentes témoignent également d'un certain embarras de la Cour dans la délimitation de la catégorie des personnes pouvant aspirer à être qualifiées de « lanceurs d'alerte ».

Dans deux de ces affaires[123], la Cour se trouvait saisie par des universitaires qui avaient dénoncé publiquement des manquements au sein de leur propre

de réserve et de discrétion qui s'impose aux employés « peut être plus accentué pour les fonctionnaires et les employés de la fonction publique que pour les travailleurs travaillant sous le régime du droit privé, il constitue sans nul doute aussi une composante de ce régime. En conséquence, la Cour considère [...] que les principes et critères énoncés dans sa jurisprudence aux fins de la mise en balance du droit des employés d'exercer leur liberté d'expression en dénonçant un comportement ou un acte illicite de leur employeur avec le droit de celui-ci à la protection de sa réputation et de ses intérêts commerciaux sont également applicables en l'espèce ».

119 Cour eur. D.H., 2e sect., arrêt *Bargão et Domingos Correia c. Portugal*, 15 novembre 2012, § 35.

120 *Ibid.*, § 40.

121 Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Morice c. France*, 23 avril 2015, § 167. Sur cet arrêt, voy. M. Cadelli et J. Englebert, « Se taire, c'est mentir », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, pp. 169-200.

122 Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016. Dans cet arrêt, la Cour a tout à la fois rappelé sa jurisprudence classique voulant que « l'on est en droit d'attendre des fonctionnaires de l'ordre judiciaire qu'ils usent de leur liberté d'expression avec retenue chaque fois que l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont susceptibles d'être mises en cause » (§ 164) et souligné que « si une question suscitant un débat a des implications politiques, ce simple fait n'est pas en lui-même suffisant pour empêcher un juge de prononcer une déclaration sur le sujet » (§ 165) et que « dans une société démocratique, les questions relatives à la séparation des pouvoirs peuvent concerner des sujets très importants dont le public a un intérêt légitime à être informé et qui relèvent du débat politique » (§ 165), ce qui fait dire à une auteure que « la frontière entre le devoir de se taire et le devoir de parler s'est considérablement déplacée » (C. Matray, « Verve ou réserve du juge », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, p. 232).

123 Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Rubins c. Lettonie*, 13 janvier 2015 (la demande, soumise par le gouvernement de renvoyer l'affaire devant la grande chambre, a été rejetée par le collège de la grande chambre le 1er juin 2015) ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Aurelian Oprea c. Roumanie*, 19 janvier 2016.

université, chacune financée par des fonds publics. Le premier avait été licencié et le second condamné au civil à verser une importante somme d'argent en compensation au professeur dont il était accusé d'avoir terni la réputation.

Dans les deux cas, la haute juridiction européenne a commencé par préciser que la protection des lanceurs d'alerte n'était pas en cause[124]. *Par conséquent*, la Cour a jugé que le critère de la motivation personnelle du requérant, classiquement appliqué au cas des lanceurs d'alerte (voy. *infra*, nos 66 et s., à cet égard), n'était pas pertinent. Dans les deux affaires, il apparaissait que les dénonciations des requérants étaient, en partie au moins, dictées par la défense de leurs propres intérêts puisque le premier s'était plaint auprès du recteur de la suppression de son poste de chef de département en raison de la fusion de son département avec un autre département, ainsi que d'une mauvaise gestion de fonds, et que le second avait formulé de nombreuses demandes infructueuses afin d'accéder au rang de professeur, avant de mettre en cause le comportement du recteur adjoint de l'université pour avoir favorisé un plagiat, pour sa gestion d'un programme de recherches financé par des fonds publics et pour avoir cumulé un nombre trop élevé de positions managériales.

La Cour n'a pas réellement justifié en quoi il n'était pas pertinent d'analyser l'ingérence sous l'angle de la protection des lanceurs d'alerte. Il apparaît d'ailleurs que, dans les deux affaires évoquées, pour assurer la mise en balance entre les intérêts en présence, la Cour a tout de même entendu prendre en considération le critère de la motivation personnelle de chacun des requérants[125]. De façon plus générale, on fera également remarquer que, dans les deux cas, les juges européens se sont appuyés sur des critères globalement similaires à ceux dégagés dans ses précédents arrêts relatifs à la liberté d'expression des lanceurs d'alerte. Sans le dire explicitement, la Cour a peut-être tenté de limiter la portée du critère de la motivation personnelle de l'auteur, qui, il est vrai, n'est pas exempt de critiques (voy. *infra*, nos 66 et s., à ce sujet)[126] . Il reste que, ce faisant, la Cour n'a pas vraiment contribué à éclaircir le champ de ceux qui peuvent véritablement être qualifiés de « *whistle-blowers* ».

124 *Ibid.*, respectivement, aux §§ 87 et 69.

125 Pour les juges Mahoney et Wojtyczek, dissidents dans l'affaire *Rubins*, le critère de la motivation personnelle du requérant est central dans l'exercice de mise en balance imposé par l'article 10 de la Convention, également dans les affaires étrangères au contexte du *whistle-blowing* (point 11).

126 Ainsi, dans l'affaire *Aurelian Oprea*, la Cour semble s'être montrée moins exigeante que par le passé à l'égard des motivations personnelles du requérant, en admettant que la poursuite d'un intérêt personnel peut coexister avec la volonté d'éclairer le public sur des questions d'intérêt général : « *On the basis of the materials before it, and* even assuming that the applicant's frustration as a result of not being promoted to a position of professor might have been an additional motive for his actions, *the Court has no reason to doubt that the applicant acted in good faith and in the belief that it was in the public interest to disclose the alleged shortcomings in his University to the public.* » (§ 71)

À l'inverse des deux affaires précitées, dans un arrêt *Langer c. Allemagne*, la Cour est partie du fait que le requérant était mû par un sentiment d'animosité personnelle pour aboutir à la conclusion que le cas devait être distingué de ceux qui concernaient des lanceurs d'alerte[127]. Une certaine circularité se fait ainsi jour dans le raisonnement de la Cour lorsque les facteurs à prendre en considération en présence d'une situation qui s'apparente à celle du lancement d'une alerte sont utilisés pour déterminer l'application même de sa jurisprudence pertinente sur les lanceurs d'alerte[128].

41. Les hésitations de la Cour témoignent peut-être d'une crainte de dilution de la notion de « lanceur d'alerte » et, partant, de la protection qui y est attachée.

Les incertitudes actuelles invitent en toute hypothèse à s'interroger sur ce qui distingue réellement du lanceur d'alerte d'autres individus qui dénoncent (publiquement ou non) ce qui peut leur apparaître comme des pratiques contraires à l'intérêt général[129].

La tentation semble grande aujourd'hui d'apposer rapidement l'étiquette de « lanceur d'alerte » sur l'ensemble de ces personnes, y compris de façon rétrospective. Faudrait-il aller jusqu'à reconnaître le statut de lanceur d'alerte à Luther pour sa dénonciation de la vente des indulgences ou à Émile Zola pour son « J'accuse ! » ?, s'interroge ainsi une auteure[130].

La question pourrait également être posée s'agissant de la jurisprudence européenne antérieure à l'arrêt *Guja*. Il est vrai que dans ce dernier arrêt, rendu en 2008, la haute juridiction considérait qu'une question nouvelle se posait à elle, dans la mesure où, jusqu'alors, elle n'avait « encore eu à connaître d'aucune affaire dans laquelle un fonctionnaire aurait divulgué des informations internes » (§ 72). Il n'empêche qu'une lecture extensive de la notion

127 Cour eur. D.H., 5e sect., arrêt *Langner c. Allemagne*, 17 septembre 2015, § 47.

128 Voy. également Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Soares c. Portugal*, 21 juin 2016, § 49, où, dans l'avant-dernier paragraphe de son arrêt, et après avoir relevé que le requérant ne disposait pas d'éléments factuels suffisants et qu'il ne s'était pas adressé en premier lieu à ses supérieurs hiérarchiques, la Cour conclut ainsi : « *In the light of the above, the instant case has therefore to be distinguished from cases of justified information of the superior or "whistle-blowing", an action warranting special protection under Article 10 of the Convention.* » On relèvera que, dans ce dernier cas, la Cour parle cependant de « *justified information of the superior or "whistle-blowing"* », ce qui peut laisser supposer qu'elle a bien analysé la situation au regard de sa jurisprudence sur le *whistle-blowing*, mais qu'elle conclut que l'action du requérant n'était pas justifiée au regard des critères dégagés dans ses précédents arrêts.

129 La Cour ne fait pas une application systématique des critères qu'elle a elle-même dégagés pour aborder les cas qui mettent en cause des lanceurs d'alerte. Voy. notamment, à titre d'exemples, les affaires *Koudechkina c. Russie* (voy. *infra*, n° 48, à ce sujet) et *Kayasu c. Turquie*, spéc. § 101 : « La Cour souligne, en ce qui concerne le fait que le requérant a informé la presse en utilisant son statut de procureur, qu'elle n'a certes pas à cautionner la conduite de l'intéressé lorsque l'on considère son devoir de loyauté envers l'État employeur [...]. Cependant, elle constate en l'espèce l'existence d'un enjeu qui dépasse une déclaration d'opinion personnelle qui irait à l'encontre d'un des intérêts légitimes prévus au deuxième paragraphe de l'article 10 de la Convention : le discours litigieux servait fondamentalement à démontrer un dysfonctionnement du régime démocratique [...]. La Cour estime que cet enjeu doit avoir un certain poids dans la mise en balance des intérêts en conflit au regard de la Convention. »

130 D. Lochak, *op. cit.*, 2016/10, § 1.

de « lanceur d'alerte » pourrait conduire à une sorte de requalification rétrospective d'anciens requérants[131].

Certes, il ne faudrait pas par l'adoption d'une définition restrictive décourager des personnes qui pourraient faire la lumière sur de graves dangers pour la collectivité. De nombreuses dénonciations méritent d'être protégées au titre du droit à la liberté d'expression qui, comme la Cour européenne l'a déjà signalé à maintes reprises, protège le droit de *chaque citoyen* de participer à la discussion des questions d'intérêt général.

Toutefois, ne faudrait-il pas réserver le qualificatif de « lanceur d'alerte » à celui qui constate, dans son champ professionnel, l'existence d'un grave danger collectif ou, à tout le moins, à celui qui se trouve contraint de « faire un choix entre plusieurs loyautés en conflit »[132] et risque par le choix de la révélation, interne ou externe, de faire l'objet de sanctions spécifiques, pour violation d'une obligation légale, réglementaire ou contractuelle de loyauté, que cette dernière prenne la forme d'un secret professionnel, d'un devoir de réserve ou d'un engagement de confidentialité[133] ?

En l'absence de ce « conflit de loyautés », les personnes qui dénoncent des scandales pourront tirer profit de la jurisprudence classique de la Cour à propos de la diffamation et des autres actions, pénales et civiles, que pourraient être tentées d'intenter à leur encontre les personnes, physiques ou morales, privées ou publiques, mises en cause par leurs révélations[134].

42. L'hypothèse d'un tel « conflit entre plusieurs loyautés » semble généralement devoir être écartée s'agissant des révélations dont les journalistes

131 Dans plusieurs arrêts qui concernaient l'échange de correspondance privée entre des citoyens et les autorités, la Cour a affirmé que, dans de telles circonstances, l'intérêt légitime à protéger au titre de l'article 10, § 2, de la Convention devait être mis en balance « non pas avec les intérêts de la liberté de la presse ou ceux de la libre discussion de questions d'intérêt général, mais plutôt avec le droit [du requérant] de signaler aux autorités compétentes des irrégularités dans la conduite d'un fonctionnaire », sans faire référence à la protection des lanceurs d'alerte (voy. récemment encore Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et autres c. Bosnie-Herzégovine*, 13 octobre 2015, § 31 et les arrêts cités). Voy. également Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 221, n° 159.

132 D. Lochak, *op. cit.*, § 13.

133 La situation du lanceur d'alerte peut sur ce point être comparée à celle de l'objecteur de conscience qui bénéficie d'un statut protecteur au titre de l'article 9 de la Convention. Dans une importante affaire *Bayatyan c. Arménie*, tranchée en grande chambre, la Cour de Strasbourg a ainsi considéré que « l'opposition au service militaire, lorsqu'elle est motivée par *un conflit grave et insurmontable* entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou autre, constitue une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9 » (arrêt du 7 juillet 2011, § 110, nous soulignons). Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises dans la jurisprudence ultérieure de la Cour. Voy. à cet égard, les références citées dans la fiche thématique consacrée à ce sujet par l'« Unité de la Presse » de la Cour, septembre 2016 (accessible sur le site de la Cour, onglet « Presse »).

134 Les sanctions pénales ou civiles qui peuvent être prononcées à l'encontre des personnes qui prennent part à la libre discussion de questions d'intérêt général font l'objet d'une attention particulière de la Cour européenne dans sa jurisprudence, compte tenu de l'« effet dissuasif » qu'elles peuvent entraîner. Voy. notamment Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005 (allégations factuelles critiques tenues par des militants à propos de la firme *McDonald's*). Pour d'autres références, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 460-468, nos 365-368.

seraient les auteurs directs. En effet, la vocation essentielle de ces derniers consiste précisément à communiquer au public les informations d'intérêt général dont ils entrent en possession, parfois d'ailleurs grâce au concours de lanceurs d'alerte[135].

Il reste que le journaliste peut, lui aussi, découvrir des pratiques contraires à l'intérêt général sur son propre lieu de travail et être amené à cet égard à revêtir le rôle de « lanceur d'alerte » en raison du « conflit entre plusieurs loyautés » que leur révélation peut impliquer. Le cas s'est déjà présenté à plusieurs reprises dans des affaires soumises à la Cour de Strasbourg qui, quoique s'étant abstenue de se référer expressément à ses précédents arrêts relatifs aux lanceurs d'alerte, a jugé qu'« au vu du rôle joué par les journalistes dans la société et de leurs responsabilités tenant à la contribution et à l'encouragement du débat public, les restrictions découlant d'une obligation de discrétion ou de confidentialité ne pouvaient leur être appliquées avec la même vigueur, dans la mesure où la nature même de leurs fonctions veut qu'ils transmettent informations et idées »[136]. La Cour a d'ailleurs souligné qu'il en allait d'autant plus ainsi s'agissant de journalistes du service public[137].

§ 3. Les conditions de la protection en l'état actuel du droit

43. Il convient tout d'abord d'examiner les conditions dans lesquelles les lanceurs d'alerte peuvent aspirer à une protection tirée du droit à la liberté d'expression (A). Il faut ensuite présenter les grandes lignes du dispositif légal de protection mis en place en Belgique, à ce jour exclusivement en faveur des travailleurs du secteur public (B).

44. Nul besoin de préciser qu'en l'absence dans notre pays d'une législation générale applicable à l'ensemble des lanceurs d'alerte, les enseignements tirés de la jurisprudence européenne sur le terrain de l'article 10 de la Convention revêtent une importance capitale, compte tenu également de l'effet direct qui s'attache à cette disposition.

135 D. Lochak, *op. cit.*, § 15.

136 Traduction libre. Voy. Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Wojtas-Kaleta c. Pologne*, 16 juillet 2009, § 46 (sanction disciplinaire infligée à une journaliste d'une société de télévision publique pour avoir critiqué la politique de programmation de cette société) ; Cour eur. D.H., 2e sect., arrêt *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, § 39 (licenciement d'un journaliste pour avoir publié un livre accusant le directeur de la chaîne de service public, pour laquelle il travaillait, d'actes de censure).

137 Voy. les deux arrêts précités, respectivement § 47 (*in fine*) et § 39 (*in fine*). Dans le second arrêt, la Cour a explicitement souligné que « *the applicant's decision to make the impugned information and documents public was based on the experience that neither his complaint to the president of the television company nor the editor-in-chief's letter to the board had prompted any response* [...]. *Thus, the Court is satisfied that the publication of the book took place only after the applicant had felt prevented from remedying the perceived interference with his journalistic work within the television company itself – that is, for want of any effective alternative channel* ».

A. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Introduction

45. Au plan européen, la Cour de Strasbourg a fait office de pionnier dans le développement de la protection des *whistle-blowers* par son arrêt de principe rendu en 2008 dans l'affaire *Guja*.

46. Dans cette affaire, la Cour était amenée à connaître de la requête introduite par un ancien fonctionnaire du service de presse du parquet général moldave révoqué pour avoir communiqué à un journal deux lettres qui mettaient en lumière des tentatives de pression sur une affaire en cours par le président du Parlement. La haute juridiction a saisi l'occasion pour définir clairement les conditions dans lesquelles le lanceur d'alerte peut valablement invoquer l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme lorsqu'il choisit d'exposer (publiquement) les manquements qu'il dénonce.

Naturellement, la protection conférée aux lanceurs d'alerte n'a évidemment pas vocation à être absolue. Il s'agit de trouver un juste équilibre avec les autres intérêts légitimes mentionnés au second paragraphe de l'article 10. La protection de la réputation de l'employeur ou de tiers, la sécurité nationale ou le but d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles font ainsi partie des motifs susceptibles de justifier une restriction de la liberté d'expression du *whistle-blower*.

On rappellera que, par hypothèse, le lanceur d'alerte se trouve pris dans un « conflit entre plusieurs loyautés » qui ne se manifeste pas lorsqu'on analyse la situation du point de vue de la liberté d'expression de ceux dont la profession consiste à informer le public et qui, en principe, ne sont pas astreints à une obligation de secret[138].

Par conséquent, la jurisprudence se montre plus exigeante à l'égard du lanceur d'alerte qu'à l'égard du journaliste dans l'appréciation des conditions dans lesquelles le premier peut être autorisé à dévoiler des informations au public au mépris de l'obligation de secret qui lui est applicable.

47. Les conditions de protection des lanceurs d'alerte sont, semble-t-il, d'application cumulative, même si la gravité d'une sanction prononcée à l'égard d'un requérant, qu'il puisse ou non être qualifié de « lanceur d'alerte », peut toujours à elle seule emporter violation du droit à la liberté d'expression[139]. En tout cas, dans deux affaires, la haute juridiction s'est bornée à relever que le requérant n'avait pas respecté la première exigence de dénonciation « par paliers » (ci-dessous, nos 48-56) pour conclure à l'absence de violation

138 Voy. ci-dessus, n° 4. Voy. également, pour une situation intermédiaire, les cas dans lesquels les journalistes revêtent eux-mêmes le statut de lanceur d'alerte (voy. les arrêts cités *supra*, n° 42).

139 Voy. ci-dessous (n° 70) nos développements relatifs à l'affaire *Marchenko*.

de l'article 10 de la Convention[140], sans juger nécessaire d'analyser les autres « facteurs » d'appréciation de la liberté d'expression des *whistle-blowers*.

Il reste toutefois possible que le critère concerné constitue la condition *sine qua non* de la protection octroyée par l'article 10 de la Convention, sans que les autres critères présentent le même caractère.

1. *L'existence de moyens efficaces pour dénoncer les manquements à la hiérarchie ou à une autre autorité compétente*

48. Une approche par « paliers » (ou par « échelons ») est défendue par la Cour de Strasbourg[141]. Il s'agit là d'un critère essentiel[142] pour apprécier la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression du *whistle-blower*.

Compte tenu du devoir de loyauté ou de discrétion qui s'applique à elle, « il importe que la personne concernée procède à la divulgation d'abord auprès de son supérieur ou d'une autre autorité ou instance compétente ». Pour la haute juridiction européenne, « la divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement ». Afin de juger du caractère proportionné de la restriction imposée à la liberté d'expression de l'intéressé, il appartient à la Cour d'examiner si ce dernier « disposait d'autres moyens effectifs de faire porter remède à la situation qu'il jugeait critiquable »[143].

49. La formulation alternative utilisée par la Cour, qui semble mettre sur le même pied le « supérieur » ou « une autre autorité ou instance compétente », ne doit pas tromper. La Cour a clairement affirmé qu'il convient que le lanceur d'alerte soulève d'abord le problème à l'interne avant de le dénoncer auprès d'une instance compétente ou auprès des autorités pénales. Dans un arrêt récent, la Cour a ainsi refusé de voir une violation de l'article 10 de la Convention dans le cas d'un requérant qui, quoique conscient de l'existence de voies internes au sein de sa hiérarchie militaire, avait fait part d'accusations graves directement au service compétent du ministère de l'Intérieur, sans apporter d'explications convaincantes sur ce choix[144].

140 Voy. notamment Cour eur. D.H., 5e sect., déc. *Bathellier c. France*, 12 octobre 2010 ; Cour eur. D.H., 3e sect., déc. *Stănciulescu c. Roumanie* (n° 2), 22 novembre 2011, § 32.

141 Voy. à cet égard V. Junod, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *op. cit.*, pp. 468-469. Dans un arrêt *Koudechkina c. Russie* (1re sect., 26 février 2009), la Cour n'a pas analysé ce premier facteur alors que l'affaire semblait mettre en cause une lanceuse d'alerte qui avait été révoquée de sa fonction de juge après avoir exprimé des doutes quant à l'indépendance des tribunaux en Russie (voy. à cet égard l'opinion dissidente du juge Kovler à laquelle se rallie le juge Steiner).

142 Ce critère est listé en premier lieu dans l'affaire *Guja* (2008). Il est mentionné en deuxième lieu dans l'affaire *Heinisch* (2011). Il est à nouveau analysé en premier dans l'affaire *Bucur et Toma* (2013).

143 Arrêt *Guja*, § 73 ; arrêt *Heinisch*, § 65.

144 Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Soares c. Portugal*, 21 juin 2016, § 48. Voy. également, dans le même sens, Cour eur. D.H., 5e sect., déc. *Bathellier c. France*, 12 octobre 2010 : « S'il a effectivement fait part de sa position à ses supérieurs hiérarchiques directs, la Cour observe cependant que le requérant ne s'est pas adressé à sa direction avant d'en informer le préfet. » La Cour relève en outre que « le requérant n'a pas envoyé une copie du courrier adressé au préfet, aux dirigeants d'E.D.F.-G.D.F. concernés ».

50. Il est certain par ailleurs que, comme le prescrit l'article 6.2.3 de la résolution 1729 de l'Assemblée parlementaire sur la protection des donneurs d'alerte, « lorsqu'il n'existe pas de voies internes pour donner l'alerte, ou qu'elles ne fonctionnent pas correctement, voire qu'il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce qu'elles fonctionnent correctement étant donné la nature du problème dénoncé par le donneur d'alerte, il conviendrait de la même manière de protéger celui qui utilise des voies externes, y compris les médias ». La Cour de Strasbourg a eu l'occasion de rappeler cette règle à plusieurs reprises[145].

51. Pour que le requérant puisse valablement prétendre avoir épuisé un échelon, il importe que les griefs aient au moins été soulevés en substance, indépendamment de leur qualification juridique précise, de légères variations pouvant par ailleurs exister entre les informations délivrées aux différents échelons[146].

52. La Cour semble également avoir fait sienne la règle selon laquelle « on ne peut raisonnablement attendre d'un employé qu'il signale d'abord à son employeur les faits qu'il lui reproche lorsqu'il a connaissance d'un délit dont la non-dénonciation l'exposerait à des poursuites pénales »[147]. Dans ces circonstances, l'employé peut être admis à dénoncer *directement* les manquements par le biais d'une plainte soumise aux instances pénales.

53. Le lanceur d'alerte ne peut en principe recourir à la divulgation publique qu'en dernier ressort. Dans une affaire *Marchenko c. Ukraine*, la Cour a ainsi retenu comme élément en défaveur du requérant le fait que ce dernier avait participé à une manifestation durant laquelle de graves accusations avaient été proférées à l'encontre du directeur d'une école, avant que les autres moyens procéduraux disponibles n'aient été épuisés[148].

54. De son côté, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, tout en rappelant les trois possibilités de dénonciation qui s'offrent au lanceur d'alerte (dénonciation interne, signalement aux autorités ou révélation publique), admet que « la situation individuelle de chaque cas déterminera la voie la plus appropriée »[149], sans prévoir de hiérarchie entre elles.

55. Pour sa part, le rapporteur spécial de l'ONU semble admettre des exceptions à la règle de la dénonciation par paliers, y compris dans l'hypothèse où

145 Arrêt *Heinisch*, §§ 73-74 (la Cour a considéré que le dépôt d'une plainte pénale était une voie externe appropriée en l'espèce) ; arrêt *Bucur et Toma*, §§ 95-100 (la Cour a jugé qu'on ne pouvait reprocher au requérant d'avoir organisé une conférence de presse sur les conseils d'un membre de la Commission de surveillance compétente pour connaître de sa dénonciation, plutôt que d'avoir dénoncé les faits auprès de la Commission elle-même, soupçonnée de partialité ou que d'avoir dénoncé officiellement les faits auprès de ses supérieurs alors que l'un de ceux-ci l'avait réprimandé pour lui avoir fait part des irrégularités constatées) ; arrêt *Görmüş*, § 61 (la Cour relève que le gouvernement défendeur n'a soumis aucun élément permettant d'attester que des moyens existaient au sein des forces armées pour contester les pratiques litigieuses).

146 Arrêt *Heinisch*, § 72. Voy. V. Junod, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *op. cit.*, p. 468.

147 Arrêt *Heinisch*, § 73.

148 Cour eur. D.H., 5e sect., arrêt *Marchenko c. Ukraine*, 19 février 2009, § 51.

149 Recommandation CM/Rec(2014)7 précitée, point 14.

il existerait des dispositifs internes pouvant être considérés comme efficaces, notamment lorsque les révélations visent à dévoiler au public des « violations graves du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire ou d'autres droits fondamentaux dans un État au sein d'organes institués par sa Constitution ou sa législation » ou « dans le cas où la valeur de la connaissance d'une information par le public est fonction de sa divulgation en temps utile ou d'urgence »[150].

56. On soulignera enfin qu'aux fins d'apprécier la bonne foi du requérant, qui constitue pourtant un critère distinct de celui analysé ici, la Cour n'hésite pas à prendre en considération le souci du requérant de limiter l'impact initial de ses dénonciations. Elle a ainsi estimé que la bonne foi apparente du requérant pouvait être *corroborée* par le fait que ce dernier, avant de s'adresser aux médias, a fait part de ses inquiétudes aux autorités pénales[151] ou à un membre d'une commission compétente pour connaître des irrégularités dénoncées[152]. À l'inverse, les soupçons existants quant à la poursuite d'un intérêt personnel peuvent être *confortés* par le fait que les accusations ont d'abord été portées dans la presse avant d'être soumises aux autorités[153].

2. *L'objet de la dénonciation : des « informations » qui présentent un « intérêt public »*

57. Le second facteur pris en considération par la Cour dans les affaires d'alerte éthique réside dans l'intérêt public des informations dévoilées par le lanceur d'alerte.

Il s'agit là d'un critère classique dans la jurisprudence de la Cour, laquelle, dans le contexte de la liberté de la presse, répète inlassablement qu'il incombe aux médias de communiquer des informations et des idées sur toute question d'intérêt public et qu'« à leur fonction qui consiste à en diffuser s'ajoute le droit pour le public d'en recevoir »[154].

58. Une des principales questions dont la réponse demeure incertaine à l'heure actuelle est celle de savoir si le lanceur d'alerte doit être protégé lorsqu'il ne révèle pas des comportements *illicites* au sens strict, mais des comportements *immoraux* ou qui ne cadrent pas avec l'image externe véhiculée par une entreprise publique ou privée[155].

150 Rapport précité, § 108.
151 Arrêt *Heinisch*, § 86.
152 Arrêt *Bucur et Toma*, § 117.
153 Cour eur. D.H., 1re sect., déc. *Balenović c. Croatie*, 30 septembre 2010.
154 Parmi de nombreux autres, Cour eur. D.H., plén., arrêt *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 65. Pour une analyse approfondie du critère de l'intérêt public ou de l'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 135-210, nos 92-148.
155 À cet égard, voy. également *infra*, n° 76, nos observations sur la directive relative à la protection du secret des affaires.

A priori, la jurisprudence de la Cour européenne semble se limiter à protéger les lanceurs d'alerte qui révèlent des comportements *illégaux*. Les arrêts *Guja* et *Heinisch* se réfèrent ainsi à la situation dans laquelle les employés exercent leur liberté d'expression « en dénonçant un comportement ou un acte *illicite* de leur employeur »[156]. Il est vrai, cependant, que la Cour a parfois mis l'accent sur l'aspect d'intérêt général de la révélation faite par le lanceur, sans nécessairement souligner le caractère illégal des actes dénoncés[157].

De son côté, le rapporteur spécial des Nations unies sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression conçoit largement l'objet des dénonciations susceptibles d'être faites par le lanceur d'alerte. Ces dernières peuvent porter « sur des faits dont [le lanceur d'alerte] juge qu'ils constituent une menace ou un préjudice pour un intérêt général tel étant par exemple le cas d'une violation du droit interne ou international, d'un abus d'autorité, d'un gaspillage, d'une fraude ou d'une atteinte à l'environnement, à la santé publique ou à la sécurité publique »[158]. Le rapporteur spécial souligne de façon plus précise encore que « l'alerte ne porte pas toujours sur des actes illicites spécifiques, elle peut consister à révéler des informations occultées qu'il est dans l'intérêt légitime du public de connaître »[159].

Selon d'aucuns[160], cette approche large concorderait avec celle promue par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans sa recommandation CM/Rec(2014)7. L'exposé des motifs de ce texte prévoit : « Dans de nombreuses juridictions, les tribunaux ont estimé qu'il ne pouvait y avoir aucune confidentialité en matière d'actes répréhensibles et que les révélations publiques d'informations étaient valides et protégées, en particulier lorsque l'intérêt du public à avoir connaissance d'informations l'emporte sur le droit de l'employeur à y mettre des restrictions. »[161] Il apparaît que la notion d'« actes répréhensibles » doit s'entendre largement comme incluant « les risques pour l'intérêt général »[162]. En toute hypothèse, le fait que de tels risques peuvent également faire l'objet d'une dénonciation[163] résulte du point 2 du texte même de la recommandation qui prévoit que « les États membres devraient préciser expressément le champ d'application du cadre national qui devrait, pour le moins, inclure les violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que les risques pour la santé et la sécurité publiques, et pour l'environnement ». En outre, le texte précise que le « signalement ou [la] révélation d'informations d'intérêt général » désigne « tout signalement d'actions ou

156 Arrêt *Guja*, § 72 et arrêt *Heinisch*, § 64. Nous soulignons.
157 Voy. notamment l'arrêt *Matúz*, précité, § 49.
158 Rapport précité, § 28.
159 *Ibid.*, § 32.
160 F. Dubuisson et J. Pieret, *op. cit.*, pp. 350-351.
161 § 15.
162 F. Dubuisson et J. Pieret, *op. cit.*, p. 351.
163 Voy. le § 41 de l'exposé des motifs.

d'omissions constituant une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, ou toute révélation d'informations sur de tels faits »[164].

L'approche de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe semble quant à elle plutôt restrictive lorsqu'elle présente comme « complète » une législation pour la protection des donneurs d'alerte dont la définition des révélations protégées inclurait « tous les avertissements de bonne foi *à l'encontre de divers types d'actes illicites*, y compris toutes les violations graves des droits de l'homme, qui affectent ou menacent la vie, la santé, la liberté et tout autre intérêt légitime des individus en tant que sujets de l'administration publique ou contribuables, ou en tant qu'actionnaires, employés ou clients de sociétés privées »[165].

59. Une autre incertitude concernant l'objet des révélations faites par le lanceur d'alerte s'est fait jour dans une décision *Bathellier c. France*[166]. Dans cette affaire, la Cour a semblé prêter de l'importance au fait que les dénonciations effectuées par le requérant comportaient des considérations personnelles et a, de ce fait, distingué le cas d'espèce des circonstances en cause dans son arrêt de principe *Guja*. La haute juridiction a observé à cet égard qu'il existait sur les questions évoquées par le requérant « différents points de vue possibles qui n'appellent pas de réponse précise ». Cette approche nous paraît dangereuse dans la mesure où la liberté d'expression ne se résume pas à communiquer des renseignements dépourvus de toute appréciation personnelle[167] et où il n'existe pas de frontière étanche entre les allégations de fait et les jugements de valeur[168].

60. On soulignera enfin qu'un consensus se dessine pour admettre que le caractère « confidentiel », voire « ultrasecret » attaché aux informations ne constitue pas une raison suffisante permettant d'écarter la protection des lanceurs d'alerte[169]. Il faut tout d'abord souligner qu'il incombe aux États d'ap-

164 Recommandation CM/Rec(2014)7 précitée, définitions, b).

165 Résolution 1729 (2010), § 6.1.1.

166 Cour eur. D.H., 5e sect., 12 octobre 2010.

167 Voy. notamment Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Semik-Orzech c. Pologne*, 15 novembre 2011, § 62 : « La Cour note que la cour d'appel a suggéré que, pour rendre compte des affaires judiciaires, les journalistes étaient *tenus de se limiter à relater des faits et de s'abstenir de présenter leurs propres opinions* [...]. Cette déclaration ne peut s'autoriser d'aucun précédent dans la jurisprudence de la Cour et une telle approche ne semble pas compatible avec le rôle de la presse d'assurer le caractère public des procédures judiciaires et leur transparence et équité » (nous traduisons et soulignons).

168 Sur la distinction souvent épineuse entre ces deux catégories d'allégations et sur la tentation grandissante de la Cour de relativiser son impact, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 127-129, n° 87, ainsi que p. 639, n° 501 à propos de la proposition, énoncée au cours des discussions précédant l'adoption de la loi belge relative à la protection des sources journalistiques, de limiter la protection instaurée aux seules « informations ». Voy. également, pour un cas de dénonciation faite par un lanceur d'alerte qui mêlerait allégations factuelles et jugements de valeur, l'arrêt *Matúz*, § 41.

169 Voy. l'arrêt *Bucur et Toma* et l'arrêt *Görmüş*. Comp. toutefois Cour eur. D.H., 1re sect., arrêt *Pasko c. Russie*, 22 octobre 2009, §§ 86-87 (en matière de sécurité nucléaire). Voy. également le rapport précité du rapporteur spécial de l'ONU pour la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression qui considère que les principes relatifs à la protection des lanceurs d'alerte « devraient s'appliquer dans le contexte de la sécurité nationale », moyennant certaines adaptations (§§ 43 et s.). La Recommandation CM/Rec(2014)7 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe a prévu quant à elle la possibilité d'un régime particulier pour « les informations relatives à la sécurité nationale, à la défense, à l'ordre public ou aux relations internationales de l'État » (§ 5). De son côté, dans sa résolution 2060 (2015), l'Assemblée parlementaire a souligné que la protection des lanceurs d'alerte doit s'étendre aux « personnes qui travaillent pour le compte des services de sécurité nationale ou de renseignement » (§ 8). On notera par ailleurs que dans ce dernier texte, « l'Assemblée parlementaire appelle [...] les États membres et observateurs du Conseil de l'Europe, et l'Union européenne, le cas échéant [...] à octroyer l'asile, autant que possible en vertu du droit interne, aux donneurs d'alerte menacés de mesures de rétorsion dans leur pays d'origine, sous réserve que leurs révélations réunissent les conditions nécessaires à leur protection au titre des principes énoncés par l'Assemblée » et « appelle les États-Unis d'Amérique à permettre à M. Edward Snowden de rentrer sans craindre l'engagement de poursuites pénales à son encontre dans des conditions qui ne l'autoriseraient pas à soulever l'exception d'intérêt général ». Voy. cependant l'article 6, alinéa 2, de la récente loi « Sapin 2 » précitée, qui prévoit que « les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, *couverts par le secret de la défense nationale*, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client, sont exclus du régime de l'alerte défini par le présent chapitre » (nous soulignons).

porter des éléments permettant de justifier le classement des informations[170], sans quoi le simple fait de classer des informations comme « ultrasecrètes » ou comme « confidentielles » permettrait aux autorités de se soustraire à toute forme de contrôle[171]. Comme le relève le rapporteur spécial de l'ONU pour la liberté d'opinion et d'expression, « un intérêt de sécurité nationale légitime doit être authentique » et ne peut être détourné de sa finalité[172]. Par ailleurs, à l'estime de l'expert onusien, « c'est à l'État qu'il devrait incomber de prouver que l'atteinte à un intérêt légitime de sécurité nationale l'emporte sur l'intérêt public que présente la divulgation »[173].

3. *L'authenticité de l'information divulguée*

61. D'entrée de jeu, dès son arrêt *Guja*, la Cour a érigé l'authenticité de l'information comme un facteur important à prendre en considération pour apprécier la nécessité de l'ingérence dans la liberté d'expression du lanceur d'alerte[174]. La haute juridiction a ainsi fait le lien avec sa jurisprudence classique voulant que « *quiconque* choisit de divulguer des informations doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'elles sont exactes et dignes de crédit »[175].

62. Il semble que, jusqu'à preuve du contraire, la bonne foi du lanceur d'alerte doive être présumée. Tel paraît du moins être l'enseignement de la résolution 1729 (2010) de l'assemblée parlementaire qui prévoit que « tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, *sous réserve*

170 Arrêt *Bucur et Toma*, §§ 111-112 ; arrêt *Görmüş*, §§ 62-66.

171 Dans son arrêt de grande chambre, rendu dans l'affaire *Stoll c. Suisse*, la Cour a souligné que « la liberté de la presse s'avère d'autant plus importante dans des circonstances dans lesquelles les activités et les décisions étatiques, en raison de leur nature confidentielle ou secrète, échappent au contrôle démocratique ou judiciaire. Or la condamnation d'un journaliste pour divulgation d'informations considérées comme confidentielles ou secrètes peut dissuader les professionnels des médias d'informer le public sur des questions d'intérêt général » (arrêt du 10 décembre 2007, § 110). Dans l'affaire *Görmüş*, la Cour a souligné que « la tâche d'information et de contrôle accomplie par les médias s'étend aux forces armées » (§ 62).

172 Rapport précité, § 47.

173 *Ibid.*, § 50.

174 Arrêt *Guja*, § 75.

175 Voy., parmi de nombreux arrêts, Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, 20 mai 1999, § 65 (nous soulignons).

qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraires à l'éthique »[176].

63. Toute la question qui se pose, s'agissant des lanceurs d'alerte, est celle de l'étendue des vérifications qui peuvent être attendues de leur part avant qu'ils ne livrent leurs soupçons à leurs supérieurs ou à une autorité compétente ou avant qu'ils ne les exposent publiquement. Le fait que la plainte soumise par le *whistle-blower* ne soit pas rendue publique ne semble pas avoir une influence déterminante sur l'étendue de l'obligation de vérification qui s'impose à lui. En revanche, l'intensité de cette obligation de vérification sera fonction des qualités personnelles de l'auteur de la révélation[177].

Le sort qui pourrait finalement être réservé à une plainte ou à une dénonciation n'a normalement pas d'impact sur l'appréciation de la responsabilité du lanceur d'alerte. Ainsi, dans l'arrêt *Heinisch*, la Cour a observé qu'« il incombe au premier chef aux représentants de la loi de vérifier la véracité des allégations contenues dans une plainte pénale et que l'on ne saurait raisonnablement attendre de la personne l'ayant déposée de bonne foi qu'elle sache si l'enquête débouchera sur une inculpation ou sur un classement sans suite »[178]. La circonstance que l'enquête subséquente soit abandonnée ou ne permette pas d'établir la matérialité de l'ensemble des faits dénoncés par le lanceur d'alerte ne le prive pas en règle de la protection qui lui est due en vertu de l'article 10 de la Convention[179].

Il n'en demeure pas moins que des plaintes, même non rendues publiques, ne peuvent être frivoles ou dépourvues de toute base factuelle[180]. Plusieurs requérants l'auront appris à leurs dépens[181], même si la jurisprudence de la

176 6.2.4 (nous soulignons). La Cour s'est directement appuyée sur ce principe dans son arrêt *Bucur et Toma*, § 107 et dans son arrêt *Heinisch*, § 80. Voy. également le principe 22 de la recommandation CM/Rec(2014)7 : « La personne ayant fait un signalement ou ayant révélé des informations ne devrait pas perdre le bénéfice de sa protection au seul motif qu'elle a commis une erreur d'appréciation des faits ou que la menace perçue pour l'intérêt général ne s'est pas matérialisée, *à condition qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire en sa véracité.* » (nous soulignons)

177 Cour eur. D.H., 5e sect., arrêt *Langner c. Allemagne*, 17 septembre 2015, § 48.

178 Arrêt *Heinisch*, § 80.

179 *Ibid.*, § 81 ; arrêt *Bargão et Domingos Correia*, §§ 41-42. Comp. toutefois Cour eur. D.H., 4e sect., déc. *Skwirut c. Pologne*, 4 novembre 2014, § 46 : « La Cour note que les conclusions susvisées des autorités compétentes en matière de protection de l'environnement naturel ont été ultérieurement corroborées par le parquet à l'issue d'une enquête clôturée par une décision de non-lieu, laquelle se fondait sur une expertise scientifique contredisant les dires du requérant. »

180 La Cour vérifie systématiquement cette question, de manière plus ou moins approfondie. Outre les affaires déjà citées, voy., pour un cas d'examen relativement sommaire de cette condition, Cour eur. D.H., 5e sect., arrêt *Marchenko c. Ukraine*, 19 février 2009, § 47 : « [*The applicant*] *cannot be reproached for doing so in bath faith, in particular, as he had acted on behalf of his trade union and presented various materials in support of his allegations.* »

181 Voy. notamment Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Soares c. Portugal*, 21 juin 2016, §§ 46-47 (la Cour souligne que même si le but recherché par le requérant était de provoquer une investigation, il aurait dû disposer d'une base factuelle suffisante pour soutenir ses allégations qui n'étaient en définitive basées que sur de simples rumeurs) ; Cour eur. D.H., 4e sect., déc. *Skwirut c. Pologne*, 4 novembre 2014, §§ 43-46 (plainte non rendue publique mais qui comportait des assertions jugées dépourvues de pertinence « compte tenu du fait que les désordres constatés dans l'entreprise de son employeur avaient été supprimés par la suite »).

Cour européenne n'est peut-être pas définitivement fixée sur ce point. En effet, la grande chambre de la Cour se trouve actuellement saisie d'une affaire portant sur l'étendue des vérifications factuelles attendues de ceux qui font part d'irrégularités aux autorités[182].

4. *Le poids respectif du dommage que la divulgation risquait de causer à l'autorité publique ou à l'employeur et l'intérêt que le public pouvait avoir à connaître cette divulgation*

64. Ce quatrième critère semble impliquer une sorte de mise en balance dans la mise en balance. Toutefois, derrière une apparente pesée entre les intérêts en cause, la Cour s'attache surtout à déterminer l'ampleur du préjudice subi par l'autorité publique ou par l'employeur à la suite des révélations faites par le lanceur d'alerte. Il apparaît en effet que l'intérêt public attaché à l'objet de la divulgation fait l'objet d'un critère spécifique (voy. *supra*, nos 57-60). Il reste que, comme le souligne une auteure, « le sérieux du préjudice subi par l'employeur doit d'entrée de cause être mis en relation avec l'importance des irrégularités et le besoin du public d'être mis au courant »[183].

La Cour s'attache donc principalement à analyser l'impact négatif potentiel qu'ont pu avoir les révélations par leur retentissement médiatique. Ce facteur peut recouvrir en partie celui du choix de la discrétion qui peut conduire le lanceur d'alerte à user des mécanismes internes de dénonciation ou de mécanismes externes dépourvus de publicité[184]. À l'inverse, dans une affaire *Balenović c. Croatie*[185], la Cour a pris soin de relever que la requérante, pour exprimer ses vues, a eu recours à un moyen auquel s'attache un impact large et immédiat, à savoir un quotidien national à grand tirage. Le fait que la divulgation est intervenue lors d'une réunion à laquelle assistaient des personnes externes à l'entreprise peut également revêtir de l'importance pour apprécier l'étendue du dommage subi par l'employeur[186]. Au titre de

182 Affaire *Medžlis Zajednice Brčko et autres c. Bosnie-Herzégovine*. Par quatre voix contre trois, la chambre (4e sect.) a considéré que la condamnation de quatre O.N.G. du chef de diffamation pour avoir dénoncé des faits aux autorités n'emportait pas violation de l'article 10 de la Convention. Une particularité de cette affaire réside dans le fait que si les déclarations litigieuses sont finalement parues dans la presse, il n'a jamais été démontré que les requérantes se soient trouvées à l'origine de leur diffusion. La Cour a observé que les requérantes « se sont contentées de transmettre aux autorités les informations qu'elles avaient reçues sans s'efforcer dans la mesure du raisonnable d'en vérifier l'exactitude » (§ 34). Dans leur opinion séparée, les juges dissidents relèvent quant à eux qu'« il est manifeste que les requérantes comptaient que les autorités enquêteraient sur les diverses allégations afin d'en apprécier la validité ». À la demande des O.N.G. requérantes, l'affaire a été renvoyée devant la grande chambre le 14 mars 2016.

183 V. Junod, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *op. cit.*, p. 472.

184 Cour eur. D.H., 4e sect., déc. *Skwirut c. Pologne*, 4 novembre 2014, § 43 : « Le requérant a adressé des plaintes aux autorités sans rendre public leur contenu. Celles-ci n'avaient donc aucun impact pour l'image de l'employeur auprès de l'opinion publique. »

185 Cour eur. D.H., 1re sect., déc. *Balenović c. Croatie*, 30 septembre 2010. Comp. Cour eur. D.H., 2e sect., arrêt *Bargão et Domingos Correia c. Portugal*, 15 novembre 2012, § 38 : « S'agissant de la publication d'une partie de la lettre dans un journal local, rien ne ressort, de façon précise, du dossier quant à son étendue ou son impact dans la population locale. »

186 Cour eur D.H., 5e sect., arrêt *Langner c. Allemagne*, 17 septembre 2015, § 51.

ce critère, la Cour a parfois également pris en considération le fait de savoir si les informations divulguées circulaient déjà, en tout ou en partie, dans l'espace public[187].

65. L'appréciation de ce quatrième critère peut conduire la Cour à identifier une perte de confiance dans l'institution ou l'entreprise concernée par la révélation. Toutefois, dans la foulée, la Cour souligne généralement qu'il peut être dans l'intérêt des institutions de pouvoir « examiner les carences alléguées » et de « s'en expliquer dans le cadre d'un débat public ouvert »[188] ou que « le citoyen a un intérêt à ce que les irrégularités reprochées à une institution publique donnent lieu à une enquête et à des éclaircissements »[189], ce qui tend à instaurer une forme d'« autoneutralisation » de cette considération.

5. *La motivation du lanceur d'alerte*

66. Depuis son arrêt *Guja*, la Cour se montre attachée à sonder les intentions du lanceur d'alerte. Dans cette affaire, la haute juridiction a notamment souligné qu'« un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé »[190].

Dans un arrêt relatif à la protection des sources journalistiques, la Cour avait déjà souligné que les motivations d'une source pouvaient entrer en ligne de compte dans l'ajustement entre les différents intérêts en présence[191].

67. Pour sa part, le rapporteur spécial de l'ONU ne juge pas ce critère pertinent : « La motivation du lanceur d'alerte au moment où il divulgue des informations ne devrait pas être prise en considération pour déterminer s'il a droit à une protection [...]. Le critère de "bonne foi" risque [...] d'être interprété de façon erronée si l'on se focalise sur la motivation du lanceur d'alerte plutôt que sur la véracité et la pertinence des informations qu'il a dévoilées. Peu importe la raison pour laquelle le lanceur d'alerte a fait ses révélations pourvu qu'elles soient véridiques. »[192]

Il a pu être soutenu en doctrine que la motivation personnelle du lanceur d'alerte ne devrait constituer qu'un facteur *secondaire* dont l'impact serait inversement proportionnel à l'importance de l'intérêt public en jeu : « même l'employé mû par un grief personnel doit être admis à dénoncer une atteinte grave, réelle ou imminente, à des intérêts publics particulièrement importants

187 Voy. Cour eur. D.H., 2e sect., arrêt *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, §§ 42-43.

188 Arrêt *Heinisch*, § 89.

189 Arrêt *Bucur et Toma*, § 115.

190 Arrêt *Guja*, § 77. Cet attendu a été repris à plusieurs reprises depuis lors. Voy. notamment Cour eur. D.H., 1re sect., arrêt *Koudechkina c. Russie*, 26 février 2009, § 95 ; arrêt *Heinisch*, § 69 ; arrêt *Matúz*, § 45 ; arrêt *Bucur et Toma*, § 93.

191 Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Financial Times Ltd et autres c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2009, § 64. Sur cette question, voy. Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, pp. 619-620, n° 485.

192 Rapport précité, § 31.

tels la santé publique ; à l'inverse, si l'intérêt public en cause est peu important, la pureté des motifs de l'employé peut constituer un élément décisif »[193].

68. À titre personnel, nous serions enclins à considérer que la principale question à se poser sur le terrain de la bonne foi repose sur l'existence d'une croyance légitime de l'intéressé dans le bien-fondé des informations révélées[194].

Telle est l'option retenue par le Comité des ministres dans sa recommandation CM/Rec(2014)7. L'exposé des motifs de ce texte énonce clairement que le principe 22, selon lequel le lanceur d'alerte doit être protégé s'il a pu raisonnablement croire en la véracité des informations qu'il révèle, « a été rédigé de telle façon qu'il exclut que la motivation du lanceur d'alerte pour avoir fait le signalement ou la révélation d'informations, ou sa bonne foi ce faisant, puisse présenter une pertinence au moment de décider si le lanceur d'alerte doit être protégé ou pas »[195].

On soulignera à cet égard qu'il est fréquent que le sentiment d'animosité personnelle que peut nourrir un employé finisse par le convaincre de dénoncer des manquements sur lesquels il aura pu longtemps garder le silence. Les situations dans lesquelles la poursuite de l'intérêt général se juxtapose à des desseins plus personnels ne sont pas exceptionnelles. L'hypothèse s'est d'ailleurs présentée dans l'affaire *Heinisch* où la Cour a considéré que cet élément n'était pas de nature à remettre en cause la bonne foi de l'intéressée : « Au vu des éléments dont elle dispose, et même à admettre que la requérante ait aussi été mue par la volonté d'améliorer ses conditions de travail, la Cour n'aperçoit aucune raison de douter que l'intéressée était de bonne foi, qu'elle était convaincue d'agir dans l'intérêt général. »[196] Il existe par ailleurs, au sein de l'abondante jurisprudence européenne relative à l'article 10 de la Convention, un ensemble d'arrêts faisant apparaître que « le fait que des propos servent les intérêts personnels de ceux qui les tiennent n'est pas nécessairement incompatible avec l'intérêt qu'ils peuvent présenter pour le débat public »[197].

193 V. Junod, « La liberté d'expression du *whistleblower* », obs. sous Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Guja c. Moldova*, 12 février 2008, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 237.

194 Une telle appréciation relève d'un critère distinct dans l'approche de la Cour de Strasbourg (voy. *supra*, nos 61 et s.), même si cette dernière analyse elle-même la motivation personnelle du requérant en prenant notamment en considération la conviction que ce dernier pouvait avoir que l'information était authentique (arrêt *Guja*, § 77 ; arrêt *Heinisch*, § 69).

195 Recommandation précitée, exposé des motifs, § 85. Voy. également Conseil de l'Europe, CDCJ (2012)9FIN, « The protection of whistleblowers – A study on the feasibility of a legal instrument on the protection of employees who make disclosures in the public interest », préparé par P. Stephenson et M. Levi, § 5.15, où les experts admettent que la motivation du lanceur d'alerte puisse avoir une influence sur le montant de la compensation financière qui lui serait accordée, mais non pour déterminer si ce dernier peut bénéficier de la protection due aux lanceurs d'alerte.

196 Arrêt *Heinisch*, § 83 ; voy., dans le même sens, l'arrêt *Aurelian Oprea*, précité, § 71. Il est vrai que dans l'affaire *Heinisch*, la surcharge de travail et la menace qu'il faisait planer sur la qualité du service constituait précisément le grief central dénoncé par la requérante (voy. V. Junod, « Lancer l'alerte : quoi de neuf depuis *Guja* ? », *op. cit.*, pp. 472-473.)

197 Q. Van Enis, *La liberté de la presse à l'ère numérique*, *op. cit.*, p. 147, n° 100 et les nombreuses références citées.

69. Il n'en demeure pas moins justifié, nous semble-t-il, de tenir compte, au titre de la bonne foi, de la forme que peut prendre la divulgation. Dans l'affaire *Heinisch*, la Cour a ainsi souligné, à bon escient, que « quoique formulées en des termes quelque peu excessifs et généraux, les allégations contenues dans [la plainte de la requérante] n'étaient pas entièrement dépourvues de fondement factuel [...] et ne relevaient pas d'une attaque gratuite dirigée contre la personne de l'employeur de l'intéressée mais constituaient plutôt une description des graves insuffisances constatées dans le fonctionnement du foyer »[198]. Si le lanceur d'alerte s'adresse aux médias, il s'imposera, selon nous, de faire soigneusement le départ entre les expressions du premier et les choix éditoriaux des seconds qui ne lui seraient pas imputables[199].

6. *La gravité de la sanction encourue par le lanceur d'alerte*

70. Bien souvent, après avoir révélé des manquements, le lanceur d'alerte fait l'objet de sanctions qui peuvent prendre des formes diverses (licenciement, mutation, rétrogradation, sanctions disciplinaires, sanctions pénales, obligation de payer des dommages et intérêts, etc.).

À cet égard, la Cour de Strasbourg prend en considération la gravité de la sanction encourue par le requérant ainsi que l'impact qu'elle peut avoir sur sa situation professionnelle et personnelle, mais également l'effet dissuasif qu'elle est susceptible d'entraîner sur d'autres employés au sein de la même entreprise[200], dans le secteur concerné[201], voire, de façon plus générale, sur d'autres fonctionnaires et employés[202].

Dans ce contexte, la Cour a jugé à plusieurs reprises que le licenciement était une sanction extrêmement sévère, difficilement justifiable[203]. Une telle

198 Arrêt *Heinisch*, § 85 ; arrêt *Aurelian Oprea*, précité, § 71 ; arrêt *Matúz*, précité, § 46 ; arrêt *Koudeschkina*, précité, § 95. Comp. Cour eur. D.H., 1re sect., déc. *Balenović c. Croatie*, 30 septembre 2010 : « *The content and the tone of her statements to the press, coupled with the lack of any factual basis for her most serious allegations, suggest that they were a petulant reaction to the behaviour of INA's management, which ignored her business proposals.* »

199 Voy. en ce sens l'arrêt de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg du 15 mars 2017 dans l'affaire *LuxLeaks* : « Antoine Deltour ne saurait être contredit s'il explique qu'il ignorait l'amplitude et l'envergure qui pouvait résulter de la diffusion de ces documents n'ayant pas été informé que ceux-ci allaient être mis en ligne et qu'il a en quelque sorte été dépassé par les événements n'ayant absolument pas anticipé sur l'amplitude et la diffusion que ces révélations ont provoqué en Europe et dans le monde. » L'arrêt est disponible à l'adresse suivante : http://www.justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/arret-luxleaks-cour-appel/index.html.

200 Arrêt *Guja*, § 95 ; arrêt *Heinisch*, § 91 ; arrêt *Bucur et Toma*, § 119 ; arrêt *Rubins*, § 93.

201 Arrêt *Heinisch*, § 91.

202 Arrêt *Guja*, § 95 ; arrêt *Bucur et Toma*, § 119 ; arrêt *Koudeschkina*, § 98 ; arrêt *Kayasu c. Turquie*, § 106. Voy. également l'arrêt *Baka*, §§ 167 et 173.

203 Arrêt *Guja*, § 95 ; arrêt *Heinisch*, § 91 ; arrêt *Matúz*, § 48 ; arrêt *Rubins*, § 92. Voy. également l'affaire *Koudeschkina*, dans laquelle la Cour a jugé que la sanction de révocation de la requérante de son poste de juge, qu'elle avait occupé durant 18 ans, était la sanction disciplinaire la plus sévère qui pouvait être envisagée et ne correspondait pas à la gravité du manquement commis (§ 98). Voy. également l'affaire *Kayasu c. Turquie*, dans laquelle le requérant avait été révoqué de son poste de procureur et se trouvait dans l'impossibilité d'exercer tout autre fonction judiciaire, dont celle d'avocat (§ 105).

sanction a cependant pu être jugée acceptable dans certaines circonstances[204], même pour un requérant d'un certain âge qui connaîtra de ce fait davantage de difficultés à retrouver un emploi[205].

Dans l'affaire *Marchenko c. Ukraine*, la Cour a conclu que, quoique le requérant n'avait pas usé de tous les moyens procéduraux à sa disposition pour dénoncer les manquements allégués, sa condamnation pénale à un an d'emprisonnement, en sus de sa condamnation à payer une amende et à indemniser la personne visée, était *en soi* disproportionnée en raison de son effet dissuasif[206].

S'agissant du montant des peines pécuniaires et/ou du *quantum* des dommages et intérêts que le requérant pourrait être condamné à payer, tout sera naturellement question d'espèce[207].

Conclusion intermédiaire : la nécessité d'un régime national et européen de protection des lanceurs d'alerte et l'affaire LuxLeaks

71. Le rôle joué par la Cour européenne dans le développement de standards de protection des lanceurs d'alerte doit être salué. Il faut toutefois se rappeler que même si elle s'impose aux États par le biais de « l'autorité de la chose interprétée », la jurisprudence de la Cour, si protectrice soit-elle, ne peut remplacer la sécurité juridique octroyée par un régime de protection efficace en droit national. Ce qui a été fait en Belgique pour la protection des sources des journalistes en 2005 mériterait de l'être pour la protection des lanceurs d'alerte.

Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler que dans l'affaire *LuxLeaks*, en dépit de l'existence d'un corpus jurisprudentiel déjà bien fourni de la Cour de Strasbourg, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, tout en admettant expressément que les deux individus à l'origine des révélations au journaliste Edouard Perrin, acquitté, étaient à considérer comme des lanceurs d'alerte, n'en a pas moins refusé de considérer que ce statut leur permettait d'échapper à une condamnation pénale[208]. Les prévenus avaient pourtant expressément invoqué l'article 10 de la Convention européenne des droits l'homme et fait valoir qu'ils rencontraient les différentes conditions prévues dans la jurisprudence pertinente de la Cour.

Partant du constat que la recommandation précitée du Comité des ministres du Conseil de l'Europe « retient que les dispositions en vigueur sont insuffisantes

204 Voy. déc. *Bathellier*, précitée, dans laquelle la Cour relève que le requérant « n'a pas été puni de la sanction la plus lourde puisque finalement il a été licencié pour faute simple » ; arrêt *Langner*, précité, § 53 ; déc. *Balenović*, précitée ; déc. *Skwirut*, précitée.

205 Voy. arrêt *Langner*, § 53.

206 Cour eur. D.H., 5e sect., arrêt *Marchenko c. Ukraine*, 19 février 2009, § 52.

207 Voy. notamment Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Soares c. Portugal*, 21 juin 2016, § 50 (sanction jugée non déraisonnable) ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Aurelian Oprea c. Roumanie*, 19 janvier 2016, §§ 77-78 (dommages et intérêts jugés substantiels).

208 Tribunal d'arrondissement Luxembourg (corr., 12e ch.), 29 juin 2016, *A.M.*, 2016/3, p. 291.

pour assurer une protection efficace et émet une série de principes pour faciliter les alertes et assurer leur protection », le tribunal a considéré que « si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [assurait] aujourd'hui une protection efficace des lanceurs d'alerte notamment dans son article 10 sur la liberté d'expression, la recommandation du Conseil de l'Europe ne serait pas nécessaire ». Une telle interprétation est critiquable à plusieurs égards. Le fait que la protection conférée par l'article 10 de la Convention peut être renforcée par le biais d'autres instruments ne devrait pas conduire à priver cette disposition de ses effets. En toute hypothèse, il faut se rappeler que la recommandation du Comité des ministres à laquelle font référence les juges luxembourgeois est en elle-même dépourvue de force contraignante directe, ce qui a d'ailleurs récemment incité l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à appeler de ses vœux l'adoption d'« un instrument juridique contraignant (convention) consacré à la protection des donneurs d'alerte sur la base de la recommandation CM/Rec(2014)7, en tenant compte des événements récents »[209]. Par ailleurs, le tribunal luxembourgeois semble ignorer la tendance de la Cour de Strasbourg consistant à s'appuyer sur des instruments étrangers à la Convention aux fins de déterminer la portée des dispositions abstraites qu'elle contient[210].

Non content de refuser purement et simplement la protection conférée par l'article 10 de la Convention aux lanceurs d'alerte, le tribunal a même été

209 Résolution 2060 (2015), « Améliorer la protection des donneurs d'alerte », 23 juin 2015. Voy. aussi la recommandation 2073 (2015), « Améliorer la protection des donneurs d'alerte », 23 juin 2015. Voy. aussi Assemblée parlementaire, « Améliorer la protection des donneurs d'alerte », rapport rédigé par P. Omtzigt, Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, 19 mai 2015, doc. 13791.

210 Voy., pour un exemple éclairant, le récent arrêt *Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie*, précité, §§ 138-148, dans lequel la Cour a admis qu'un droit d'accès à l'information pouvait se déduire de l'article 10 de la Convention. Dans cette affaire, la grande chambre a pris en considération, outre l'existence d'un « large consensus » parmi les États membres et d'un « consensus fort » au niveau international, une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (dépourvue de force contraignante directe), la Convention du Conseil de l'Europe sur l'accès aux documents publics (qui pourtant n'avait été ratifiée à la date de l'arrêt que par sept États membres) et même les « évolutions se dégageant dans d'autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme ». Comp. cependant avec l'opinion dissidente du juge Spano (à laquelle s'est rallié le juge Kjølbro), § 33 : « Bien qu'il soit vrai que, dans le domaine de la liberté d'information, presque tous les États membres du Conseil de l'Europe ont adopté des textes au niveau législatif, la question en l'espèce est plus complexe, car aucun consensus ne s'est dégagé dans le sens d'une acceptation de la valeur constitutionnelle d'un droit général d'accès aux documents publics fondé sur le droit à la liberté d'expression, ce qui limiterait le contrôle démocratique de l'étendue et du contenu d'un tel droit d'accès dans chacun des États membres. Au contraire, comme le montre clairement la grande réticence des États membres à ratifier la Convention du Conseil de l'Europe de 2009 sur l'accès aux documents publics, il semble que les États veuillent conserver leur marge d'appréciation démocratique dans ce domaine. Alors même que seulement sept États membres ont jusqu'à présent ratifié la Convention de 2009, le constat de la Cour que la simple adoption de cette convention au niveau du Conseil de l'Europe "indique une tendance claire vers une norme européenne" est pour le moins discutable. Il importe de rappeler pourquoi le Conseil de l'Europe a considéré à l'origine qu'il était nécessaire de rédiger une convention sur l'accès aux documents publics, puis d'en proposer l'adoption. Comme le précise le rapport explicatif de la Convention de 2009, une telle convention était nécessaire au motif que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ne garantissait pas un droit général d'accès aux documents officiels. L'arrêt rendu aujourd'hui limite donc sérieusement l'importance de la Convention de 2009 et prive en réalité les États membres du pouvoir de décider eux-mêmes, selon leur propre volonté souveraine et démocratique, s'ils souhaitent se voir liés par des obligations internationales dans ce domaine. »

jusqu'à considérer que le second paragraphe de cette disposition « *impose* [!] une condamnation à condition de prononcer une sanction juste et proportionnée »[211].

Appelée à son tour à se prononcer dans le cadre de cette affaire, la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg a en grande partie confirmé la condamnation des lanceurs d'alerte concernés, mais a réduit les peines prononcées à leur encontre[212].

Au terme cette fois d'une analyse approfondie des différentes conditions de la protection des lanceurs d'alerte en vertu de la jurisprudence strasbourgeoise, les juges d'appel ont acquitté Antoine Deltour du chef de violation du secret professionnel, compte tenu de sa qualité de lanceur d'alerte, mais ont toutefois considéré que « la protection de l'article 10 de la Convention, ne saurait rétroagir et justifier le vol antérieur des documents dès lors que cette intention de publier et de lancer l'alerte n'avait pas existé au moment de la soustraction ».

S'agissant de Raphaël Halet, la Cour a considéré que, par la divulgation de documents jugés seulement « faiblement pertinents », il avait causé à son employeur un préjudice disproportionné au regard de l'enrichissement relatif du débat d'intérêt général, au demeurant déjà enclenché, sur l'évasion fiscale, et que partant, il « ne saurait profiter de la cause de justification du lanceur d'alerte, puisque la mise en balance des intérêts en jeu penche, ainsi qu'il a été retenu ci-avant, vers les intérêts de PwC ». La Cour, enfin, a confirmé l'acquittement du journaliste Edouard Perrin.

La position de la Cour peut paraître paradoxale s'agissant d'Antoine Deltour. En considérant établie l'infraction de « vol » des documents, la juridiction luxembourgeoise refuse de considérer que le prévenu puisse bénéficier rétroactivement de la protection des lanceurs d'alerte, compte tenu de ce que l'intention initiale de ce dernier n'était pas nécessairement de se comporter comme tel. Toutefois, en acquittant l'intéressé de la prévention de violation du secret professionnel, la Cour admet qu'une motivation initiale étrangère à celle d'un lanceur d'alerte n'empêche pas d'acquérir ultérieurement cette qualité. En l'espèce, la cour d'appel a prêté une grande importance à la circonstance qu'Antoine Deltour avait lui-même admis au cours de la procédure ignorer l'usage qu'il pourrait faire plus tard des documents litigieux lorsqu'il en avait pris possession. Si l'approche de la Cour peut se concevoir dans les circonstances de l'espèce, il faudrait éviter qu'à l'avenir la protection des lanceurs d'alerte puisse être écartée dans l'hypothèse où l'individu concerné, au moment où il s'approprie illégalement des informations, n'aurait pas encore acquis la certitude des soupçons qu'il nourrit sur l'existence de certaines pratiques au sein d'une administration ou d'une entreprise, n'aurait pas encore

211 Nous soulignons.

212 L'arrêt peut être consulté à l'adresse mentionnée ci-dessus.

pu mesurer l'ampleur du scandale pressenti ou serait encore hésitant à l'idée de révéler les manquements constatés.

En ce qui concerne le second lanceur d'alerte, Raphaël Halet, le fait pour la cour d'appel de juger « faiblement pertinents » des documents venant conforter une enquête journalistique et contribuer à un débat général déjà ouvert nous paraît davantage contestable, compte tenu de la jurisprudence européenne qui, sur le fondement de l'existence d'un tel débat, a tendance au contraire à resserrer son examen de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression[213].

Si l'arrêt de la Cour d'appel apparaît moins frustre dans sa motivation et moins sévère dans son dispositif que la décision rendue en première instance, l'ensemble de la saga judiciaire de l'affaire *LuxLeaks* n'en démontre pas moins la nécessité de l'adoption d'instruments législatifs protégeant les lanceurs d'alerte, tant sur le plan national que sur le plan européen.

B. La protection des lanceurs d'alerte en Belgique

72. De quelle protection le lanceur d'alerte bénéficie-t-il dans notre pays ? Aucune loi générale ne régit la protection des lanceurs d'alerte en Belgique. En son temps, invité à se prononcer sur le défaut d'une telle législation, le ministre de l'Emploi avait reconnu qu'« il n'existe pas de dispositions protectrices spécifiques pour les "délateurs" qui dénoncent les pratiques répréhensibles au sein de leur organisation ». Il s'est toutefois référé à « un certain nombre de principes généraux en la matière », notamment au respect et égards mutuels que se doivent l'employeur et le travailleur au titre de l'article 16 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, à l'interdiction du licenciement abusif ou à la réglementation relative à la protection contre le harcèlement au travail[214] et a dès lors jugé « prématuré d'élaborer présentement un cadre protecteur particulier pour les "délateurs" dans le cadre du droit des contrats de travail ». À nos yeux, ces « principes généraux », d'ailleurs limités au contexte d'une relation de travail classique, se révèlent insuffisants. Ils n'offrent pas un niveau de sécurité juridique approprié au lanceur d'alerte[215] et se bornent à protéger le travailleur qui aurait déjà fait l'objet de mesures de rétorsion, alors qu'il conviendrait d'octroyer une protection en amont à

213 Voy. parmi une jurisprudence abondante, Cour eur. D.H., gde ch., arrêt *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, § 50 : « la publication intervenait dans le cadre d'un conflit social, largement évoqué par la presse, au sein d'une des principales firmes automobiles françaises » (cité dans l'arrêt de la cour d'appel) ; Cour eur. D.H., 2e sect., arrêt *Colaço Mestre et SIC – Sociedade Independente de Comunicaçao, S.A. c. Portugal*, 26 avril 2007, § 27 : « le débat autour des questions de corruption dans le football était à l'époque des faits très intense et faisait régulièrement la une de la presse généraliste » ; Cour eur. D.H., 4e sect., arrêt *Dammann c. Suisse*, 25 avril 2006, § 54 (à propos de nouveaux éléments éclairant les circonstances d'un cambriolage qui avait fait la une des médias).

214 Question n° 3-6430 de Mme De Roeck du 15 décembre 2006 et réponse du ministre de l'Emploi du 16 mars 2007, Sénat, *Q.R.*, sess. 2006-2007.

215 Pour un aperçu de la jurisprudence belge à cet égard, voy., entre autres études récentes, F. Coton et J.-F. Henrotte, *op. cit.*, pp. 56-59, nos 26-28 et H. Deckers, « La liberté d'expression du "lanceur d'alerte" à l'épreuve des obligations du travailleur salarié », *Orientations*, 2016, pp. 35-48.

ceux qui décident de dénoncer les irrégularités qu'ils constatent sur leur lieu de travail[216]. Or, comme l'a souligné l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, la législation relative aux donneurs d'alerte, qu'elle invite les États membres à adopter ou à passer en revue à la lumière des principes qu'elle énonce, « devrait chercher avant toute chose à offrir une alternative sûre au silence »[217].

73. Il existe depuis 2004 un décret flamand qui régit la dénonciation des irrégularités dans le secteur public[218]. Une loi calquée sur ce modèle a été adoptée par le législateur fédéral en 2013[219]. Cette loi ne régit, elle aussi, que les dénonciations effectuées par les membres du personnel des autorités administratives fédérales. À ce jour, aucune législation similaire n'existe au sein des autres administrations.

Le moins que l'on puisse écrire est que la loi du 15 septembre 2013 relative à la dénonciation d'une atteinte suspectée à l'intégrité au sein d'une autorité administrative fédérale par un membre de son personnel n'a pas suscité un grand intérêt de la part de la doctrine. Il est vrai que le système mis en place se révèle extrêmement complexe[220], ce qui peut nuire à sa prévisibilité et, *in fine*, à son efficacité générale. Il faut garder à l'esprit à cet égard les grands risques, sur les plans professionnel et privé, que doivent prendre les lanceurs d'alerte qui décident de dénoncer les manquements qu'ils constatent.

Nous nous limiterons ici à quelques observations générales, sans prétention à l'exhaustivité.

La loi, on l'a dit, ne concerne que le secteur public. Sa portée n'est au demeurant pas générale, elle ne vise que la dénonciation de certaines irrégularités précises. Certains manquements sont même expressément exclus, dont le harcèlement moral et certaines formes de discrimination, que le membre du personnel pourrait, il est vrai, librement dénoncer auprès d'instances spécifiques. Manifestement, le système prévu vise la dénonciation de comportements individuels et non des décisions générales qui pourraient être adoptées par une autorité fédérale.

Le système mis en place par le législateur est celui d'une cascade qui permet une dénonciation auprès du supérieur hiérarchique ou fonctionnel, si le membre du personnel ne souhaite pas passer par son supérieur, auprès du point de contact interne (« personne de confiance d'intégrité ») et, enfin, dans

216 En ce sens, F. Coton et J.-F. Henrotte, *op. cit.*, pp. 52-53, n° 16.

217 Résolution 1729 (2010), précitée, point 6.2.

218 Décret du 7 mai 2004 modifiant le décret du 7 juillet 1998 instaurant le service de médiation flamand en ce qui concerne la protection de fonctionnaires qui dénoncent des irrégularités, *M.B.*, 11 juin 2004.

219 Loi du 15 septembre 2013 relative à la dénonciation d'une atteinte suspectée à l'intégrité au sein d'une autorité administrative fédérale par un membre de son personnel, *M.B.*, 4 octobre 2013.

220 En ce sens, voy. l'étude de W. Vandekerckhove pour le compte de *Transparency International Belgium* : « Providing an alternative to silence : towards greater protection and support for whistleblowers in Belgium », mars 2013, p. 2.

des hypothèses limitées, notamment en l'absence de personne de confiance d'intégrité au sein de l'autorité administrative où il est occupé ou lorsqu'il suspecte que le supérieur hiérarchique le plus élevé de cette autorité administrative y est impliqué, auprès du « point de contact central pour les atteintes suspectées à l'intégrité » institué auprès des médiateurs fédéraux.

Il est à noter que la loi reste totalement silencieuse sur l'hypothèse de la révélation publique à laquelle pourrait être tenté de se livrer le lanceur d'alerte si aucune suite satisfaisante n'est réservée à sa dénonciation par le biais des mécanismes prévus par la loi.

La protection octroyée à l'auteur de la dénonciation n'est que temporaire. Rien n'est prévu par ailleurs pour les dénonciations anonymes.

Soulignons enfin que le membre du personnel peut encourir des sanctions en cas de dénonciation abusive, à savoir si ce dernier « a délibérément fait une dénonciation de l'atteinte suspectée à l'intégrité faussée et non conforme à la réalité » (art. 17, 1°).

§ 4. Les incertitudes engendrées par la directive européenne sur les secrets d'affaires

74. La protection des lanceurs d'alerte a fait l'objet de nombreuses discussions, notamment dans les médias, à l'occasion de l'adoption de la directive sur la protection des secrets d'affaires.

La négociation de ce texte a suscité de profondes inquiétudes parmi les journalistes. Les risques de conflits entre la protection des secrets d'affaires et la liberté d'expression étaient évidents. Les journalistes craignaient en particulier de pouvoir être condamnés sur le fondement de la révélation d'informations confidentielles provenant d'une entreprise privée et de voir compromis le droit à la protection de leurs sources journalistiques, lesquelles peuvent parfois être des membres des entreprises détentrices de secrets d'affaires. Si certaines garanties ont été prévues en faveur des journalistes, le texte n'est pas exempt d'incertitudes sur la question de la protection des lanceurs d'alerte.

75. Comme son nom l'indique, cette directive, adoptée le 8 juin 2016[221], vise à protéger les secrets d'affaires « contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites » (art. 1.1 de la directive).

La notion de « secret d'affaires » est entendue de façon assez large et vise des informations secrètes[222] qui présentent une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes et qui ont fait l'objet de la part de leur détenteur de dispositions raisonnables destinées à les garder secrètes.

221 Directive précitée.

222 Les informations sont considérées comme « secrètes », « en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles » (art. 2, 1), a)).

Selon son article 1.2, formulé telle une pétition de principe, la directive « ne porte pas atteinte à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ».

L'article 5 de la directive prévoit des dérogations qui obligent les États membres à veiller à ce qu'« une demande ayant pour objet l'application des mesures, procédures et réparations prévues par la [...] directive soit rejetée lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires a eu lieu [...] a) pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias ; b) pour révéler une faute professionnelle ou une autre faute ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général [...] ».

L'article 5, a) peut passer comme se référant à la jurisprudence pertinente de la Cour de Strasbourg dégagée sur le terrain de l'article 10 de la Convention, à propos de la diffusion d'informations confidentielles et de la protection des sources journalistiques (voy. nos développements *supra*, n^os^ 4, 6 et s., à cet égard).

Le considérant 19 de la directive précise à cet égard l'équilibre à instaurer entre la protection des secrets d'affaires et la liberté d'expression des journalistes : « Bien que la présente directive prévoie des mesures et des réparations pouvant consister à prévenir la divulgation d'informations afin de protéger le caractère confidentiel des secrets d'affaires, il est essentiel que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui englobe la liberté et le pluralisme des médias, comme le prévoit l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...], ne soit pas restreint, *notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes.* »[223]

L'article 5, b), régit de manière spécifique la situation des lanceurs d'alerte et semble dès lors, en cette matière, supplanter les termes généraux de l'article 5, a), par application de l'adage « *lex specialis derogat legi generali* ». L'article en question prévoit que les demandes visant à l'application de mesures, procédures et réparations devront être rejetées lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation alléguée du secret d'affaires aura été effectuée « pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ».

Si les lanceurs d'alerte ne sont pas expressément visés par le texte de la directive, le considérant 20 de ladite directive, qui semble se rattacher à cette disposition, lève toute ambiguïté dès lors qu'il prévoit que « [l]es mesures, procédures et réparations prévues par la présente directive ne devraient pas entraver les activités des lanceurs d'alertes. La protection des secrets d'affaires

223 Nous soulignons.

ne devrait dès lors pas s'étendre aux cas où la divulgation d'un secret d'affaires sert l'intérêt public dans la mesure où elle permet de révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale directement pertinents. Cela ne devrait pas être compris comme empêchant les autorités judiciaires compétentes d'autoriser une dérogation à l'application de mesures, procédures et réparations lorsque le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la présente directive ».

76. Malheureusement, l'article 5, b) semble, dans le domaine de la protection du secret d'affaires, entraîner une nette révision à la baisse du niveau de protection octroyé aux lanceurs d'alerte tant par la jurisprudence de la Cour européenne que par les textes pertinents de l'ONU et du Conseil de l'Europe[224], et ce, à trois égards.

Tout d'abord, le champ des dénonciations susceptibles d'être immunisées paraît relativement restreint puisqu'il se limite aux seuls « fautes professionnelles », « actes répréhensibles » et « activités illégales »[225]. Pour se convaincre de l'étroitesse des manquements susceptibles d'être révélés, on signalera que dans l'affaire *LuxLeaks* qui concernait précisément le cas d'une violation apparente d'un secret d'affaires par un lanceur d'alerte aux fins d'éclairer le public sur une importante question d'intérêt général, le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a considéré que les révélations ne pouvaient conduire à une immunité pénale de leur auteur : « Antoine Deltour, qui était tenu à un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion envers son employeur, n'a pas dénoncé des conduites ou des actes *illicites* de son employeur et ne bénéficie donc pas d'une protection à ce sujet. »[226] Dont acte[227].

Ensuite, la notion d'« intérêt public général » n'est pas définie par le texte de la directive. Il n'existe pas de certitude sur le fait de savoir si le législateur européen a entendu par cette formule calquer la protection du lanceur d'alerte sur celle octroyée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le doute est permis dans la mesure où « l'intérêt public » doit également être « général » aux termes de la directive, ce qui semble plaider pour l'hypothèse d'une notion autonome, qui paraît plus restrictive que celle existant dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, et qui laisse une marge d'appréciation importante aux juges qui seront chargés d'interpréter ce texte.

On relèvera à ce propos que dans l'affaire *LuxLeaks*[228], le tribunal a considéré que « l'intérêt public du signalement [était] *insuffisant* pour ne pas sanctionner pénalement les faits qualifiés de vol domestique, fraude informatique, violation

224 Dans le même sens, F. Dubuisson et J. Pieret, *op. cit.*, pp. 350-351.

225 Comp. avec nos développements *supra*, n^os^ 57 et s., à propos de l'objet de la dénonciation.

226 Nous soulignons.

227 Le tribunal a statué de la même façon à l'égard du second lanceur d'alerte Raphaël Halet.

228 Jugement précité. Nous soulignons. Il convient de préciser que le tribunal ne s'est pas fondé sur les dispositions de la directive sur les secrets d'affaires qui n'était pas encore en vigueur au moment des faits.

du secret d'affaires et du secret professionnel ainsi que blanchiment-détention »[229].

Enfin, la bonne foi du lanceur d'alerte, à savoir la situation dans laquelle « le défendeur avait toutes les raisons de croire, de bonne foi, que son comportement satisfaisait aux critères appropriés énoncés dans la présente directive » et qui n'apparaît pas dans l'article 5, b) mais dans le considérant 20, est laissée comme une simple *possibilité* aux autorités judiciaires compétentes et ne se révèle pas suffisamment précise pour ne pas décourager le lanceur d'alerte de procéder à une révélation.

Les faiblesses de la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre de la directive sur les secrets d'affaires, de même que la nécessité de protéger ces personnes de manière transversale au plan européen, militent en faveur de l'adoption d'un instrument spécifique de protection qui pourrait voir le jour prochainement[230].

Conclusion

77. À l'ère dite de la « post-vérité », où l'émotion semble prendre le dessus sur les faits objectifs dans l'espace public, à l'heure où d'aucuns ne craignent plus d'évoquer des « faits alternatifs » aux fins de dissimuler une réalité moins

229 Si à la rigueur, il eût été possible d'admettre que les révélations faites dans le cas de *LuxLeaks* aient compromis certains intérêts nationaux luxembourgeois, il tombe sous le sens que ces révélations ont servi l'intérêt général au plan européen. Il suffit à cet égard de rappeler que dans la foulée de ces révélations, le législateur européen a adopté la directive (UE) 2015/2376 modifiant la directive 2011/16/UE en prévoyant l'échange automatique de renseignements relatifs aux « *rulings* fiscaux ». L'intérêt général européen derrière les révélations des lanceurs d'alerte concernés démontre bien la nécessité de régler la question de la protection des *whistle-blowers* au niveau de l'Union européenne, comme l'on souligné le groupe *Les Verts/ALE* au Parlement européen dans leur proposition de directive protégeant les lanceurs d'alerte (précitée). Sur ce point, comp. avec la position de la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg dans son arrêt précité du 15 mars 2017 : « la révélation a permis en Europe et au Luxembourg, le débat public sur l'imposition des sociétés, notamment des sociétés multinationales, sur la transparence fiscale, la pratique des rescrits fiscaux et sur la justice fiscale en général. L'information rendue publique relève donc de l'intérêt général ».

230 Dans le prolongement des discussions autour de la protection des lanceurs d'alerte dans le cadre de l'adoption de la directive sur le secret des affaires, le groupe *Les Verts/ALE* au Parlement européen a élaboré le texte d'une proposition de directive protégeant les lanceurs d'alerte. Ce texte se révèle novateur par plusieurs aspects, notamment par la définition, non limitative, des manquements susceptibles d'être dénoncés qu'il retient (art. 4), par le fait qu'il ne prévoit une obligation de dénonciation préalable à l'autorité compétente que pour certains types d'informations secrètes, à savoir les informations touchant à la sécurité nationale, aux secrets officiels ou à d'autres formes d'informations classifiées (art. 18, § 2), par le mécanisme de suivi qu'il met en place (art. 9, on relèvera sur ce point que dans sa décision *Bathellier c. France*, précitée, la Cour de Strasbourg a considéré que l'article 10 de la Convention ne garantissait pas aux donneurs d'alerte « le droit de recevoir une réponse, qui plus est positive »), par la possibilité qu'il prévoit d'effectuer des dénonciations anonymes (art. 10), par le droit à un traitement confidentiel de l'alerte (art. 16) et par le renversement de la charge de la preuve qu'il instaure en faveur du lanceur d'alerte (art. 11). On a appris que, sans doute sous la pression du Parlement européen (voy. notamment la résolution du Parlement européen du 14 février 2017 sur le rôle des lanceurs d'alerte dans la protection des intérêts financiers de l'Union européenne (2016/2055(INI)), la Commission européenne a ouvert une consultation publique à ce sujet le 3 mars 2017, ce qui peut laisser augurer de l'adoption prochaine d'une législation en ce domaine.

glorieuse, la démocratie semble plus que jamais avoir besoin des journalistes et des lanceurs d'alerte.

Le fonctionnement de la société démocratique est fondé sur le postulat d'un public éclairé capable de se forger une opinion auprès de sources indépendantes. Dans ce contexte, le rôle de la presse et des lanceurs d'alerte est essentiel face à la tentation qui peut exister pour les détenteurs du pouvoir, politique et économique, d'entretenir une certaine opacité, voire parfois même de cultiver le mensonge autour de certaines questions sensibles.

Le régime existant de protection des sources journalistiques doit être maintenu et renforcé. La violation des règles qu'il instaure devrait donner lieu à de réelles sanctions. La protection des lanceurs d'alerte, encore embryonnaire à ce jour, devrait faire l'objet d'une consécration législative transversale tant au plan national qu'au plan européen, dans la mesure où les faits dénoncés ont souvent une influence qui dépasse les frontières étatiques. Seule l'adoption de telles législations serait de nature à assurer une sécurité juridique à ceux qui acceptent de mettre en danger leur vie professionnelle et personnelle pour révéler des atteintes à l'intérêt général ou de graves dangers pour la collectivité.

Le lanceur d'alerte est par définition le seul (ou presque) à détenir des informations cruciales dont le public ignore l'existence. Cependant, au contraire du journaliste, le lanceur d'alerte ne dispose pas toujours des moyens de recouper ces informations ou de la capacité à capter l'attention d'un vaste public. À cet égard, la complémentarité des lanceurs d'alerte et des journalistes paraît évidente. Elle a, dans un passé récent, permis de dévoiler des scandales de premier plan dont la population avait grand intérêt à être informée.

Si la liberté d'expression offre un ancrage juridique approprié aux journalistes et aux *whistle-blowers*, le régime de protection qui s'applique aux seconds fait cependant bien apparaître que la révélation publique des irrégularités ne peut être considérée comme une fin en soi. Le but ultime est qu'il soit remédié de façon durable aux manquements dévoilés et que les institutions puissent recéler les instruments de contrôle nécessaires permettant d'éviter que les problèmes dénoncés ne se reproduisent. Toutefois, même dans une telle situation, le rôle des lanceurs d'alerte et des journalistes conservera toute son utilité pour garantir l'intérêt général, non seulement par la révélation publique de nouveaux manquemants, mais également et surtout par la crainte d'une divulgation qu'ils peuvent légitimement susciter.