

L'IMPOSSIBLE UNICITÉ JURIDIQUE DE LA CATÉGORIE DES « LANCEURS D'ALERTE »*

Marie-Anne FRISON-ROCHE**

« Les lanceurs d'alerte ». Voilà bien une expression nouvelle. Qui remporte un plein succès. À peine entendue une fois, on l'entend partout...

Un thème non pas de cours ou de contrôle de connaissances, mais plutôt un sujet de conversation quotidienne. Car c'est chaque jour qu'on nous en parle, en termes plus ou moins gracieux. Par exemple le Président Donald Trump le 1^{er} octobre 2019 a déclaré à la presse « vouloir interroger » le lanceur d'alerte qui l'aurait illégitimement dénoncé et n'aurait pas, selon lui, le droit de dissimuler son identité, preuve en cela selon lui du caractère mensonger de ses affirmations à son encontre, tandis que l'avocat de celui-ci indique le 6 octobre 2019 qu'il ne parle pas au nom d'un seul lanceur d'alerte ainsi pris à parti mais d'une pluralité de personnes ayant donné des informations à l'encontre du Président des États-Unis. Même les scénaristes les plus imaginatifs n'auraient pas écrit des rebondissements aussi brutaux ni aussi rapides. Spectateurs, on attend le prochain épisode, espérant secrètement l'escalade.

Et justement si l'on va au cinéma, c'est encore d'un lanceur d'alerte dont on nous raconte le dévouement et le succès, voire le drame, au

* Cet article s'appuie sur un document de travail numérique, doté de liens hypertextes, des notes de bas de page contenant elles-mêmes des développements complémentaires, des références techniques et des liens hypertextes. En langue française, ce document est disponible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/la-categorie-des-lanceurs-dalertes/> ;

This article is based on a digital working paper with hypertext linkd, footnotes containing complementary developments, technical references and hypertext links. This English work is available at the following address : <http://mafr.fr/en/article/la-categorie-des-lanceurs-dalertes/>.

** Professeur des Universités à l'Institut d'études politiques de Paris.

bénéfice de la société globale, et notamment de la démocratie. Ainsi, *The Secret Man* désigne Mark Felt comme le premier lanceur d'alerte. Revenant vers ce que l'on présente souvent comme étant un média plus « sérieux », l'on écoute France-Culture et voilà encore conté le récit d'une historienne ayant travaillé comme archiviste sur des événements que le pouvoir politique aurait voulu tenir cachés en détruisant éventuellement leurs traces mais que son métier conduisit à conserver : la voilà expressément présentée aux auditeurs studieux comme un « lanceur d'alerte »... Cette réécriture de l'Histoire peut se défendre car finalement que firent d'autre Voltaire pour Calas, ou Zola pour Dreyfus ?

C'est aussi un sujet de discussion législative puisqu'aux États-Unis la loi *Dodd-Frank* de 2010 a inséré dans la loi de 1934 qui instaura la *Securities & Exchanges Commission* un dispositif complet de rétribution et de rémunération des lanceurs d'alerte, tandis qu'après avoir élaboré en 2012 des lignes souples mais directrices à ce propos, la Commission européenne a le 20 novembre 2018 publié le texte de ce qui deviendra la Directive du 23 octobre 2019 ayant pour objet de donner un statut européen unifié au personnage, dans le dispositif progressivement élaboré pour protéger celui qui a été présenté en 2018 comme celui « ne peut pas être puni pour avoir fait ce qui est juste ».

En Europe, la Directive tout d'abord approuvée par une Résolution du Parlement européen le 16 avril 2019 *sur la protection des personnes dénonçant des infractions au Droit de l'Union* puis adoptée le 7 octobre 2019 par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne *sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union*, intitulé différent on le notera, devra être transposée dans les deux prochaines années dans les législations des États-Membres. L'objet n'en est pas général, puisque seules les « violations du Droit de l'Union » sont visées mais le personnage du « lanceur d'alerte » quant à lui est plus globalement visé : il est « entier ».

Bref, le lanceur d'alerte est une vedette. Une sorte de personnage historique, couvert de coups et de gloire, allant de Voltaire à Snowden, l'un comme l'autre trouvant à s'incarner sur les écrans...

Consacré par la loi, qui lui associe un régime juridique de protection à tel point que, tel une tunique de Nessus, c'est ce régime juridique qui va définir le personnage et non l'inverse. Lorsqu'on lit la loi du 9 décembre 2016 *relative à la transparence à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, dite « Sapin 2 », l'on remarque que le Législateur fait grand cas de ce personnage, puisqu'il lui consacre son chapitre II : « De la protection des lanceurs d'alerte », et que c'est par sa

protection même qu'il lui ouvre formellement et à grands battants la porte du Droit.

Mais pourquoi un pluriel ? Certes quand on lit les considérants de la Directive communautaire du 23 octobre 2019 sur la protection des lanceurs d'alerte, il ne s'agit que d'une énumération de tous les sujets à propos desquels il est une bonne idée de les protéger, ce qui incite donc à ne voir dans ce pluriel que l'indice de cette liste non limitative des questions dont il est de bon aloi qu'on nous alerte, signe de l'absence de définition de qui doit nous alerter. La lecture de la loi française dite « Sapin 2 » rend moins sévère mais plus perplexe. En effet, de cette pluralité visée par le titre du chapitre consacré aux « lanceurs d'alerte », il n'est plus question dans la suite de la loi, dans la définition même qui suit : l'article 6 qui ouvre ce chapitre consacré aux « lanceurs d'alerte » offrant au lecteur immédiatement un singulier puisqu'il débute ainsi : « *Un* lanceur d'alerte est une personne ... ». Nulle mention de diversité. L'art de l'écriture législatif aurait pourtant même requis que l'article qualificatif ne soit pas seulement singulier mais qu'il ne soit pas encore indéfini. Stendhal s'il avait encore daigné avoir la Loi pour livre de chevet aurait voulu trouver comme début de chapitre une phrase comme : « *Le* lanceur d'alerte est une personne ... ».

Ainsi semblent se contredire au sein de la loi « Sapin 2 » le titre même qui présente le personnage, en ce qu'il utilise un pluriel défini (les) tandis que l'article de définition qui le présente est au singulier indéfini (un)...

Voilà une première raison pour ne plus avancer que d'une façon très prudente, dans ce « pas à pas » que constitue une lecture au mot à mot : une glose. Celle-ci consiste à prendre au pied de la lettre l'expression-même. La seconde raison de ce choix technique est que la glose convient bien à une introduction d'ouvrage collectif, permettant ainsi à des développements plus ciblés de prendre place dans d'autres contributions, sur les techniques, les difficultés et les limites de cette protection, ou sur l'historique de celle-ci, ou les raisons de la venue dans le Droit français de ces lanceurs d'alerte et la façon dont ils se développent, ou non, ailleurs.

Je vais donc me contenter de reprendre à la lettre cette expression déjà juridique : *Les lanceurs d'alerte*.

I. LES...

Cette pluralité étonnante tient dans le constat que le fait a précédé le Droit. En effet, de très nombreux lanceurs d'alerte ont déjà agi, leur action visant telle personne et tel fait. Constatant cela, le Législateur comme par un constat opéré reprend tous ces cas déjà froids avant qu'il n'imprime le

phénomène acquis dans l'ordonnement juridique pour en recueillir les avantages et tenter d'en limiter les inconvénients. Il traduit alors cela par un pluriel, mais, se reprenant aussitôt, utilise un singulier. Ce faisant, il hésite non pas tant entre une pluralité mais entre une dualité de lanceurs d'alerte, le « citoyen désintéressé » qui en Europe a sa préférence et l'alerteur personnellement intéressé, qu'il feint de ne pas voir en Europe mais accueille tout de même implicitement, sans l'aimer mais parce que ce dénonciateur récompensé est si efficace qu'il le laisse entrer néanmoins. L'on comprend mieux alors que le malaise soit exprimé par un pluriel...

A. – *Vocabulaire législatif : entre « les » lanceurs d'alerte et « le » lanceur d'alerte*

Des comportements de lanceurs d'alerte, il y en eut toujours, avant que les textes internationaux, puis communautaires, puis de droit français ne les dessinent à l'encre normative. Comme le fait l'encre de l'historien, toujours reconstitutive, montrant que les lanceurs d'alerte ont toujours existé mais le Droit ne le savait pas. Le Conseil d'État le révéla à l'encre sympathique, entraînant tout « citoyen vigilant » dans cette catégorie nouvelle, fermant la porte aux autres.

Mais comme il faut réserver le régime de protection très spécifique au « lanceur d'alerte » davantage par sa situation que par sa personnalité, comme l'explicitent les considérants de la Directive communautaire du 23 octobre 2019 *sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union*, la caractéristique du bénéficiaire d'un tel régime est unique en ce qu'il est dans une situation où l'a mené aussi bien sa probable bravoure que sa possible méchanceté : c'est celle de sa position qui l'expose à des « représailles ». Ce terme revient sans cesse et dans les considérants et dans le dispositif technique. Il est donc dans la position du « travailleur », le texte définissant celui-ci au sens très large, incluant notamment, non seulement, le salarié mais aussi le fonctionnaire ou le sous-traitant, non seulement le salarié présent mais encore le candidat ou celui qui a quitté la structure qui va subir les dommages de l'alerte.

Puisque le critère de déclenchement du régime est unique, et puisque le régime est indissociable de la qualité juridique de « lanceur d'alerte », c'est toujours au singulier que l'on devrait évoquer celui-ci. Mais si l'on utilise si souvent un pluriel pour viser « les lanceurs d'alerte », cela tient sans doute à ce que cette unité de régime ne correspond pas à une unité de conception.

En effet, parce que ces alerteurs seraient avant tout des « citoyens », cela exclut toute rémunération car c'est donc de courage, la première des

vertus, dont ils font montre, et non pas d'intérêts particuliers. Mais la Directive européenne prend soin de préciser que la technique juridique des « aviseurs douaniers », c'est-à-dire des transmetteurs d'informations sur des infractions douanières contre rémunération n'est pas visée par les textes. *Cachez ces lanceurs d'alertes que je ne saurais voir.*

À lire cela, la pluralité se transforme alors plutôt en opposition, car lorsque d'une façon plus générale on lit les communications des Régulateurs américains, par exemple ceux de la *Securities & Exchange Commission (S.E.C.)*, ou d'une façon plus générale des Autorités faisant application du *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* congratulant les personnes ayant dénoncé les autres et les félicitant pour les millions de dollars reçus en échange des renseignements transmis, l'on soupçonne l'existence d'au moins deux sortes de lanceurs d'alerte : le premier qui serait le « citoyen » qui dénonce la violation au péril de sa situation car il n'aime pas l'illicite et le second qui serait « l'informé » qui conscient de la valeur de l'information qu'il détient la transmet à qui la désire, notamment l'Autorité publique en échange de la récompense, ce *public enforcement* trouvant ainsi son efficacité par le *private enforcement*. Par exemple le 28 juin 2018, la S.E.C. a demandé à pouvoir mieux corréliser la récompense donnée au lanceur d'alerte avec le gain dont il permet le bénéfice à l'État.

Si l'on prend acte d'une telle dualité, alors seuls l'amour de la vertu et une protection Ex Post suffisent pour le premier, tandis qu'il faut ajouter une récompense pour le second, plus élevée que celle que d'autres parties intéressées peuvent offrir au détenteur d'informations, par exemple le système corrompu lui-même. Or, l'on confond souvent les deux dans un même personnage en n'associant aux lanceurs d'alerte qu'un seul et unique régime. Cela conduit à jeter le discrédit sur des personnes vertueuses, puisqu'on peut aisément pointer du doigt les récompenses, le fait qu'il a commis lui-aussi l'acte dénoncé et les motifs intéressés de celui-ci ou de celui-là (alors que cela correspond à la norme de la seconde sous-catégorie du lanceur d'alerte pensé dans le système financier) ; ce qui conduit si l'on en reste au contraire à la logique vertueuse du citoyen épris du Droit qui n'agit que pour la défense de celui-ci à s'étonner de l'absence d'alerte dans beaucoup de cas, parce qu'on n'a pas inséré de mécanisme incitatif, concrètement des récompenses, et qu'on refuse à fortiori d'en donner à un coupable par exemple sous la forme d'une immunité ou d'une clémence, puisqu'on se réfère à une démarche de « dénonciation citoyenne » opérée par un personnage solitaire épris de justice.

Ce pluriel utilisé par le Législateur, il est tout de même étonnant car l'idée est bien de dépasser l'émiettement de ces diverses personnes qui à divers titres portent une information qu'ils ont et la communiquent à ceux

qui en feront bon usage pour le bien d'autrui. C'était en effet déjà le cas de tous les fonctionnaires du fait de l'article 40 du Code de procédure pénale ou du Commissaire aux comptes dont les cercles successifs d'alerte (mandataire social, associé, tribunal, ministère public) évoquaient par avance la gradation entre l'alerte interne et l'alerte externe.

C'est sans doute pour cela que la loi en reste à cette pluralité et ne parvient pas à l'abstraction, celle qui caractérise le « personnage juridique », visé par la Loi (« l'acheteur » ; « l'enfant », etc.), recouvrant la pluralité des situations et des êtres humains. Lorsque le personnage apparaît avant que le Droit ne l'ait conçu, alors le Droit verse dans le pluriel ou le bégaiement. On se souvient du regrettable « consommateur ou non-professionnel », semant longtemps la confusion parce que l'on avait pas su embrasser par un seul mot, donc une seule idée, une catégorie qui de fait est toujours composée de personnages si divers (tant d'acheteurs différents, aucun enfant semblable...).

Mais comme le fait la loi française de 2016 dite « Sapin 2 », la doctrine qui décrit le phénomène, débute certes sa description par un pluriel mais c'est pour, dès la première page tournée, utiliser un singulier, en faisant ressortir une qualité première. C'est cela que font aussi les Législateurs. Par exemple, c'est le Commissaire européen en charge de la Justice qui les aura qualifiés dans la présentation qu'elle fit du projet de texte européen lorsqu'elle justifia l'unification de la protection juridique offerte aux lanceurs d'alerte contre les représailles : « Nous le devons aux honnêtes gens d'Europe ».

Si l'on cherche donc à réduire la pluralité de tous ces lanceurs d'alerte pour trouver le lanceur d'alerte *in abstracto*, cela serait donc « l'honnête personne ». Il y avait le « bon père de famille », il y a aujourd'hui « l'honnête personne ». C'est celle-là qui donne l'alerte, c'est celle-là qui mérite protection. Celle-là et pas d'autres.

B. – Réduction européenne de la pluralité des lanceurs d'alerte à la figure *in abstracto* de l'honnête personne

L'intérêt d'une telle réduction, qui est normalement l'art législatif lui-même, est de prendre la multitude concrète des situations pour les subsumer dans une catégorie abstraite instituée par le Droit dans une figure abstraite : l'Acheteur, le Lanceur d'alerte, etc.

Si le lanceur d'alerte, quel qu'il soit, est toujours l'honnête personne, renvoyant à ce que l'on a pu appeler « l'alerte éthique », cela a de nombreuses conséquences positives et négatives. Il s'agit donc en Europe de

définir abstraitement le lanceur d'alerte par sa forme morale, exprimée par l'amour du Droit, de la Justice et de la Morale, avec les règles techniques qui en découlent. En effet c'est sous cet angle moral que l'ordonnancement juridique accueille le personnage.

1. La définition abstraite du lanceur d'alerte par sa force morale et les règles techniques qui en découlent

Si une personne lance l'alerte, c'est par vertu, parce qu'elle ne supporte pas de voir cette violation du Droit, cette corruption, ce blanchiment d'argent, cette fraude fiscale ! Non, c'est insupportable ! Comme elle est vertueuse et qu'elle constate que le système juridique ne sanctionne pas cette violation, alors parce que le système juridique demeure en sommeil, par incapacité voire intentionnellement, tandis que cette personne, qui a quant à elle les yeux ouverts, et parce qu'elle est « honnête », ne peut le supporter !

C'est ainsi que, n'y tenant plus, elle crie cette information qui demeurerait cachée, pour contraindre le système juridique endormi – et donc endolori – à se réveiller !

Si on conçoit comme cela le lanceur d'alerte, alors il s'agit d'un « héros », d'un « héros moral », d'un « héros admirable ». Et ce d'autant plus qu'il est le plus souvent bien plus faible que ceux qu'il dénonce. Ce fût notamment le cas des deux personnes travaillant à la comptabilité de l'entreprise Enron, entreprise pourtant exemplaire et admirée de tous notamment pour sa transparence ; ces personnes dénoncèrent le château de cartes de verre qu'Enron constituait.

L'on comprend ainsi mieux que tous les textes ne conçoivent pas la protection du lanceur d'alerte comme le régime attaché à son statut mais faisant partie de son statut car il est si faible et si exposé que, sans protection, parce que c'est son geste même qui le constitue « lanceur d'alerte », puisque cela ne peut être une profession, alors sa protection fait partie de son statut même.

Cela rejoint parfaitement la conception que Jhering a développée sur *La lutte pour le Droit*. C'est dans ces termes semblables que s'est exprimé le Conseil de l'Europe le 30 avril 2014, considérant que le lanceur d'alerte était mû par sa volonté d'une démocratie effective : nous avons tous le devoir de lutter pour que le Droit soit effectif. Car par ses propres forces, il l'est si peu ... Nous devons tous par morale être les héros du Droit.

Le statut juridique du lanceur d'alerte, ainsi appréhendé par sa définition abstraite de nature morale, implique des exigences morales

consubstantielles. C'est ainsi que le lanceur d'alerte doit être de « bonne foi » et agir « de façon désintéressée ».

Dans une telle perspective, la raison pour laquelle la personne a agi est essentielle.

2. La réception morale de l'acte qui institue la personne lançant l'alerte

Ainsi l'on comprend mieux que pour de nombreuses autorités, notamment les autorités de concurrence, si une personne lance l'alerte à propos de faits qui, sans son geste, seraient demeurés cachés, elle doit être protégée.

Comme le dit la Commissaire européenne en 2018 : « L'on ne peut punir celui qui a agi justement ».

Même s'il a commis un délit par son geste même... C'est pourquoi le monde des secrets va s'écrouler devant la beauté de son geste. Le Droit cédera plus ou moins devant une telle force, suivant qu'il s'agit du secret professionnel des avocats en matière de blanchiment, désormais rayé, ou du secret défense, au contraire gardé contre le déchirement du rideau.

C'est pourquoi les gestes que le lanceur d'alerte lui-même avait pu accomplir, notamment en participant activement à l'acte reprochable, par exemple un cartel international, ne lui seront plus reprochés. Les Autorités de la concurrence vont lier le statut moralement si remarquable de lanceur d'alerte et le mécanisme de clémence. Ce lien tend à devenir automatique..., notamment dans la Directive communautaire du 23 octobre 2019.

C. – Inconvénients d'une définition implicitement morale du lanceur d'alerte comme « l'honnête personne » : quid de la définition tue du lanceur d'alerte comme agent d'effectivité des systèmes ?

Cette conception abstraite du lanceur d'alerte qui repose sur la morale, la liberté d'expression et la démocratie est surtout européenne. Elle est assez étrangère à une perception américaine ou à une perspective économique, si l'on parvient à dissocier les deux. Mais il semble pourtant bien qu'en ne le disant pas cet personnage, beaucoup moins chevaleresque, ait lui-aussi fait son entrée en Europe.

1. L'apparent rejet de la conception mécanique d'un lanceur d'alerte intéressé, utile à l'efficiency du système

En effet, si l'on reprend l'affaire Enron, ce n'est pas tant le triomphe contre l'immoralité du président d'Enron dont on s'est réjoui. Dans le rapport du Sénat américain sur le cas, s'est plutôt exprimé l'effroi devant le fait qu'une société cotée ait pu, et pendant si longtemps, se jouer des règles d'un marché financier dont le principe même est l'information et la transparence : l'opacité avait donc pu être créée par les techniques de communication elles-mêmes. Le système financier, le Congrès américain et les régulateurs apprirent par ce cas l'existence d'un risque systémique majeur, risque que la *Securities Exchanges Commission* n'avait en rien décelé et qu'ils auraient continué d'ignorer si deux comptables de l'entreprise n'avaient pas révélé le pot aux roses.

Ainsi l'information majeure était non pas tant la fraude commise par Enron mais le fait même qu'elle soit possible, qu'elle soit indécélable et qu'elle ait été masquée par une communication à base d'informations. Que d'autres entreprises cotées auraient pu le faire, pouvaient le faire, étaient peut-être en train de le faire, le feraient demain. Une telle information n'a pas de prix. Il s'en suivit immédiatement la réforme du Droit financier américain par la loi *Sarbanes-Oxley*, moment essentiel de la construction d'un Droit américain de la Compliance à effet extraterritorial. Beaucoup considèrent que de cette information systémique, à savoir la possibilité de construire une opacité à partir des règles de communication d'information, était né le « Droit de la Compliance », c'est-à-dire l'insertion dans l'entreprise de système Ex Ante de sortie forcée de l'information.

Dans cette perspective, le lanceur d'alerte relève purement et simplement du *private enforcement*. En cela, il n'est pas un personnage politique mu par l'amour des lois et de la morale, un lecteur de Rousseau et de Jhering ; il est un agent du Droit de la Compliance, lequel vise à rendre effectif le Droit en donnant des incitations à des personnes et entités afin qu'elles agissent de façon à ce que le résultat de leur action produise l'effet recherché par le Législateur, cette nouvelle branche du Droit étant un prolongement du Droit de la Régulation.

Dans une telle perspective, la raison morale pour laquelle l'agent a agi est indifférente. L'essentiel est qu'il agisse. Il convient alors de développer des incitations dans ce sens, y compris contraires à la morale, comme l'appât du gain, sans s'arrêter à des motivations immorales, comme l'envie.

Ainsi et par exemple, s'il s'agit de faire sortir de l'information pour prévenir des risques systémiques et réduire l'asymétrie d'information dont

souffrent les contrôleurs (par exemple l'État pour la fraude fiscale ; les autorités sanitaires pour les risques de santé ; les autorités de marché pour les abus de marchés), le fait que le lanceur d'alerte agisse de façon désintéressée ou non est indifférent. Qu'il agisse par vengeance, pour nuire ou pour obtenir une récompense (avancement, gratification financière, etc.), n'est pas un obstacle.

Au contraire, il convient même de l'intéresser de toutes les manières à transférer une information qu'il détient et que l'Autorité qui en fera bon usage n'a pas. En effet, pour que celui qui a l'information la donne, il faut non seulement ne pas le sanctionner (récompense négative) mais encore il faut le gratifier (récompense positive). Commençons par admettre que nous ne soyons pas tous des héros, admettons que nous n'ayons pas tous pour livre de chevet *La lutte pour le Droit*, admettons que le règne de la vertu ne soit pas ce qui nous fait nous lever tous les matins.

Si nous poursuivons cette hypothèse d'école, qui est le point de départ de l'Analyse économique du droit, comment faire pour que celui qui a une information – dont la délivrance lui sera de toutes les façons coûteuse – la communique ? Nous sommes ici dans un cas classique en Régulation d'asymétrie d'information, difficulté à résoudre par de l'injection d'incitations adéquates. Le plus souvent, c'est l'incitation naturelle de la vengeance qui évite au Droit de se poser cette question que la Théorie économique des incitations pose en premier, puisque ce sont bien souvent le dépit et le ressentiment qui sont les moteurs du lancement (licenciement en perspective ou opéré, dépit amoureux, jalousie ou envie).

Le « pur désir de nuire » ne doit être exclu par le Droit que lorsque qu'il porte sur quelqu'un qui, dénoncé, n'a rien à se reprocher. L'on retrouve ce cas qui déchira en 1915 Coquerel et Clément-Bayard et berça des générations d'étudiants de celui qui agit pour nuire alors qu'il n'a aucun bénéfice pour lui à nuire, sans que l'effectivité du Droit en soit davantage concernée (car Clément-Bayard n'avait en utilisant ses dimanches à voler en dirigeable violé aucune loi). C'est pourquoi dans le régime juridique attaché au lanceur d'alerte la présomption d'innocence de la personne dénoncée est protégée.

Mais si celle-ci a violé le Droit et que la personne qui l'a dénoncée le fait par détestation, pourquoi pas ? Si cela conduit à l'effectivité du Droit et à l'efficacité des systèmes, bienvenu à l'individu malintentionné mais systématiquement bienfaisant. Si la loi du silence règne et qu'elle est ainsi enfin brisée ... Dans un Droit économique dont on nous dit souvent que sa « seule loi » serait l'efficacité, est-ce si déraisonnable ?

Plus pragmatiquement encore, le Droit américain récompense financièrement le lanceur d'alerte. Car l'argent dans une économie de

marché est la plus simple et la plus efficace des récompenses. La « plus juste » diraient certains, puisque le lanceur d'alerte contribue à l'efficacité du système économique et à l'effectivité du Droit. C'est pourquoi le Règlement européen qui a mis en place le mécanisme de signalement des abus de marché en matière financière a prévu expressément la possibilité d'organiser des incitations financières pour des violations même potentielles du Droit en la matière, puisqu'il s'agit de préserver l'intégrité des marchés, le souci du risque systémique étant pris en charge par l'efficacité et non par la morale, disposition que le Droit interne français a quant à lui écartée, tandis que les Autorités de régulation américaine publient quant à elles les chiffres des récompenses attribuées afin d'accroître les incitations.

2. La reprise sous le manteau européen du lanceur protégé parce qu'efficace : le critère de la concrétisation des buts pour lequel les règles ont été adoptées et l'émergence du lanceur d'alerte comme personnage central du Droit de la Compliance

Mais le Droit européen et français a-t-il vraiment écarté cette conception ?

Lorsqu'on lit le Droit européen de l'environnement qui a organisé en 2018 la protection du lanceur d'alerte, il s'agit avant tout de susciter des vocations afin que le Droit de l'environnement trouve une pleine effectivité. Par exemple, dans sa Communication du 18 janvier 2018 *Actions de l'Union européenne destinées à améliorer le respect de la législation environnementale et la gouvernance environnementale*, la Commission européenne constate que l'obtention de preuve est si difficile en la matière que les moyens pour les obtenir doivent être renforcées et qu'une protection des lanceurs d'alerte serait un outil efficace pour atteindre une meilleure effectivité.

Plus encore, à relire la définition du « lanceur d'alerte » par la loi dite « Sapin 2 », l'on remarque tout d'abord que le lanceur d'alerte peut dénoncer la violation des règles de Droit, mais pas la violation des règles éthiques. Or, s'il est mû par son souci éthique, et seulement par cela, mais fortement par cela, il devrait pouvoir dénoncer la violation et du Droit et de l'Éthique. Des textes étrangers le prévoient, tandis que le droit français n'accorde sa protection que pour le lanceur qui se soucie du respect du Droit, mais pas pour celui qui ne se soucie que de l'éthique, ce qui ne correspond pourtant à la définition donnée du lanceur comme « l'honnête personne »...

D'ailleurs si l'on lit le considérant n° 42 de la Directive communautaire du 23 octobre 2019 qui unifie la protection des lanceurs d'alerte, laquelle est

indissociable du personnage, ce n'est plus d'éthique qu'il s'agit, ni de récompenser « l'honnête homme », mais purement et simplement d'efficacité des règles : *« Pour détecter et prévenir efficacement les atteintes graves à l'intérêt public, il est nécessaire que la notion de violation comprenne également les pratiques abusives, telles qu'elles sont déterminées par la jurisprudence de la Cour, à savoir les actes ou omissions qui ne paraissent pas illicites sur le plan formel mais qui vont à l'encontre de l'objet ou la finalité de la loi ».*

Ainsi, après avoir déroulé tant d'exemples, dans une liste qui s'avère non-limitative, après avoir listé tant de raison d'écarter les secrets, l'on revient à la logique qui mène le Droit de la Régulation et le Droit de la Compliance : il faut installer en Ex Ante des mécanismes dans les entités publiques ou privées non seulement pour l'effectivité des règles mais encore pour leur efficacité, c'est-à-dire assurer pour tout moyen qu'elles atteignent leur but. Et le lanceur d'alerte est l'un des moyens pour y parvenir. Le lien fait entre clémence et alerte le démontre.

Mais tandis que les États-Unis assument sans difficulté cette instrumentalisation de la dénonciation au service de l'efficacité systémique (finance, environnement, sécurité des produits, etc.), l'Europe se réfère toujours à la CEDH, aux droits fondamentaux, à l'exigence de désintéressement.

Cette incohérence ne traduit-elle pas le fait que l'on ne parvient pas à trouver une catégorie abstraite du « lanceur d'alerte », suivant qu'il est mû par le souci de la règle ou par sa situation particulière ? Que l'on ne veut pas admettre qu'il y a deux types de lanceur d'alerte, l'un désintéressé et mû par ce que Rousseau désignait comme « l'amour de la Loi », Jhering comme « la lutte pour le Droit », l'autre intéressé par la récompense promise ou la satisfaction de voir son ennemi personnel bientôt à terre et qu'on ne parvient pas à les faire rentrer l'un et l'autre dans un seul régime juridique, tant ils sont étrangers l'un à l'autre, voire frères ennemis ? Ce que traduit cette hésitation permanente entre le plusieurs et le singulier.

En effet, lorsqu'il s'agit de récompenser celui qui a donné l'information alors qu'il a lui-même participé à l'infraction, la première définition dit Non, tandis que la seconde dit Oui. Lorsqu'il s'agit de mettre dans la définition le caractère non-professionnel et désintéressé, la première définition dit Oui, tandis que la seconde dit Non.

Ainsi suivant que l'on définit le lanceur d'alerte abstraitement comme un être mû par « l'honnêteté » ou par le « gain », suivant que l'on veut que « règne » la Justice ou que « règne » le Droit, la définition du lanceur d'alerte ne devrait pas être la même et son régime juridique non plus.

La définition européenne du lanceur d'alerte comme une « honnête personne » agissant spontanément par amour de la justice, ce qui diminue l'efficacité de celui-ci, davantage défini aux États-Unis comme un porteur d'une d'information dont le système est privé et pour l'obtention de laquelle le système doit émettre des incitations adéquates, dont la plus simple est la récompense financière, montre qu'à travers la même expression, il y a au moins deux personnages.

Car de tous ces lanceurs dont on nous fait apprendre les patronymes, se dégagent deux types, ce qui justifie effectivement l'usage du pluriel.

II. ...LANCEURS...

Il y a le chevalier blanc et le chasseur de prime. Mais c'est le geste qui leur est commun : celui du « lancement ».

A. – *Le chevalier blanc et le chasseur de primes*

Le premier personnage est le chevalier blanc qui n'hésite pas à donner l'alerte pour sauver une belle en détresse, par exemple la Démocratie en danger de dictature, ou une Économie en danger de corruption, à courir pour porter l'information au péril de sa vie, sans rien attendre en retour, car un chevalier n'attend rien, l'accomplissement de son devoir suffisant à le satisfaire. La blancheur désigne son désintérêt. Car c'est cette qualité-là qui est première, qui lui est consubstantielle.

Si l'on avait mis en avant davantage l'anonymat, l'on aurait alors songé au masque, autre marque du héros solitaire de la nuit qui combat l'injustice, et il aurait été plutôt revêtu de noir. Mais l'anonymat n'est pas tant dans le caractère que dans le régime de la protection puisque le lanceur d'alerte, par panache, aime parfois à clamer et l'information qu'il détient et son patronyme auquel il aimerait aussi qu'on se rallie. La télévision nous le montre ainsi.

Le second personnage est le « chasseur de primes » du Far West. Il est son inverse, ne courant que pour obtenir la prime. Peu lui importe la justice, ou la gloire, ou « l'intérêt public », ou la veuve et l'orphelin et autres fables. En cela, le lanceur d'alerte participe de l'archaïsation du Droit, dont le Droit économique est la pointe avancée. Bien qu'on le vise moins en Europe, c'est bien lui que l'on voit à travers les considérants de la Directive communautaire du 23 octobre 2019 *sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union* ; c'était plus net encore dans

la Résolution par laquelle celui-ci en approuvait le texte (l'enrichissement du texte est laissé) : « Au niveau de l'Union, les signalements *et les divulgations publiques* résultant des lanceurs d'alerte constituent une composante en amont du contrôle de l'application du droit *et des politiques* de l'Union : ils alimentent en information les systèmes en place dans les pays et au niveau de l'Union pour faire appliquer les règles, conduisant à une détection efficace des infractions aux règles de l'Union ainsi qu'à des enquêtes et à des poursuites efficaces en la matière, *ce qui renforce la transparence et l'obligation de rendre des comptes* ».

Bien qu'on les mette ensemble souvent, exprimant ainsi simplement par le terme de « polysémique » le fait que l'alerte concerne aussi bien la violence faite aux femmes que l'évasion fiscale, ce ne sont pas les mêmes personnages. Tandis que l'efficacité devient de plus en plus non plus un souci de méthode (et donc un principe secondaire) mais le principe même du Droit. Il est probable que le second l'emportera sur le premier, puisque le souci d'efficacité dans la protection en Ex Ante des systèmes par une application effective et efficace des règles est devenu le sujet premier. Il est d'ailleurs remarquable qu'il ne s'agisse dans cette directive européenne du 23 octobre 2019 que de protéger les lanceurs d'alerte au regard de l'effectivité du Droit de l'Union, cela et seulement cela, même si le texte souligne que les États-membres peuvent aller plus loin.

B. – *Le geste commun : « lancer », et non plus « siffler »*

Ce terme français de « lanceur » a de quoi intriguer. Notamment par rapport au terme anglais de « siffleur ».

L'on trouve des termes plus techniques et moins beaux comme celui de « déclencheur d'alerte ». Mais ces termes de « siffleur » ou de « lanceur » sont autant d'images, car enfin dans la réalité des choses ces personnes physiques ne sifflent pas, ne lancent rien... Ce sont des images, et l'on imagine un peu « le geste auguste du lanceur »..., comme on se souvient de ceux qui sifflaient dans la liberté des années 60, comme le faisait et le chantait Bob Dylan, demandant à ce que l'on écoute le siffleur. Comme il le fait encore en 2012 dans une critique sociale, mêlant magnifiquement les genres.

On « lance » une alerte, comme on lance une balle, comme on lance une bouteille à la mer, comme on lance une bombe, comme on lance un cri.

Il y a donc et par nature des spectateurs car l'on ne saurait « siffler » dans le vent ni « lancer » une balle dans l'eau. Puisque c'est le geste du lancement qui fait le statut du « lanceur », il faut bien qu'il y ait un public

pour le recevoir. Sauf quand on sait par avance qu'il n'y aura pas de réponse, que les réponses seul le vent les connaît. Mais l'on est alors poète et non pas lanceur d'alerte lequel est un personnage d'action, qui ne se contente pas de cela, qui est tout dans son mouvement, dans le bruit qu'il fait, dans le saisissement du monde qu'il voit injustement endormi (s'il est de la catégorie des chevaliers) ou dont le système lui a confié l'éveil (s'il est de la catégorie de l'agent d'effectivité).

Car voilà bien l'enjeu : d'un côté du terrain, il y a l'entreprise qui voudrait que cela se joue à huis-clos, tandis que de l'autre côté du même terrain il y a le grand public qui voudrait tout savoir et tout juger avant que le premier mot ne soit prononcé par la défense, tandis qu'au milieu du terrain, qui sera bientôt champ de bataille, se tient la ou les victimes (du médicament défectueux, du harcèlement, de la violation de sa vie privée, du vol de ses données, etc.) victimes qui ne savent pas si la publicité les protège ou au contraire les achève.

En tout cas, « lancer » c'est comme « marcher », cela ne peut se transformer en « profession ». Il y faudrait pourtant de l'habileté pour éviter tous les pièges d'un terrain qui n'est en rien plat. D'autant plus que des lanceurs professionnels, comme les auditeurs, sont déjà là. En Europe l'on a préféré l'éthique, ne voulant pas prendre le risque de l'efficace maître-chanteur, à ce qui aurait été pourtant dans le sens la constitution d'une expertise si l'on avait admis des « lanceurs professionnels ». Nous en sommes donc encore à une activité d'amateur, parce que le prix de la constitution d'expertise est effectivement trop élevé en la matière.

Cela tient au fait que l'on ne croît peut-être au postulat moral précédemment décrit et qu'un être perpétuellement moral, ayant pour objet social d'être moral, apparaît comme un oxymore. Que cet être juridique s'appelle par ailleurs le Ministère public. Il est possible que la nomination du premier Procureur européen en 2020, ayant compétence en matière de corruption, justifie cette conception européenne : nous aurions suffisamment de « lanceurs » professionnels... Est-ce si vrai ?

III. ...D'ALERTE

Au feu ! Au feu ! Au loup ! Au loup !

Mais de quelle nature juridique ce cri relève-t-il ? L'on s'interroge beaucoup pour savoir s'il s'agit d'un « droit », le « droit d'alarmer », mais si l'on regarde l'avenir qui se dessine la question qui se pose n'est-elle pas plutôt de se demander si ce ne sont pas des machines qui vont bientôt être chargées de lancer des alertes et non plus des êtres humains ? Tandis qu'une

fois cette alerte faite, ce sursaut moral ou cette fonction systémique remplie, le lanceur sort-il du jeu ou y demeure-t-il encore et trouve-t-il alors un ou des interlocuteurs, sauf à demeurer, comme au départ, un solitaire ?

A. – *La nature juridique du cri : cri de l'être humain inquiet ou cri d'une « machine à alerter » ?*

Mais vers qui Pierre va-t-il se tourner ? Cela n'a pas vraiment d'importance pour le lanceur d'alerte lui-même, puisque lui veut prévenir du feu qui débute, du loup qui arrive, des victimes qui commencent à tomber. Il crie, il prend tous les moyens : c'est sans doute pour cela qu'il est un « héros », en tout cas un personnage des médias, d'autant plus célèbre qu'il est anonyme. Dans le *Watergate*, n'a-t-on pas eu affaire à un lanceur d'alerte, et n'est-ce pour le rappeler que l'avocat du lanceur d'alerte à l'encontre du président Donald Trump a choisi ce journal-là pour répliquer à celui-ci en octobre 2019 ?

Le Droit dans sa sagesse n'aime pas les récits, contrairement à ce que nous raconte *Law & Literature*, et même lorsqu'il est de *Common Law* le Droit avance par qualification, faisant entrer les phénomènes dans des catégories juridiques. Comme d'autres font entrer des cris dans des tableaux, ce « cri » que constitue l'alerte, de quelle qualification relève-t-il ? On évoque souvent le « droit d'alerte ». Le lanceur d'alerte serait-il donc le titulaire d'un droit subjectif ? Voilà qui nous éloignerait du mouvement spontané.

1. Le lanceur d'alerte, définitivement être humain

Prenons comme première hypothèse celle de l'être humain, titulaire d'un droit afin d'accomplir un devoir ou de satisfaire une fonction. Il ne s'agit pour celui-ci que de signaler le début d'un feu, pas de l'éteindre. De signaler un feu qui va bientôt s'allumer, pour que d'autres prennent les mesures avant l'embrasement.

Il faut atteindre ceux qui peuvent l'éteindre, en interne et en externe, pas de l'éteindre soi-même.

Cela explique sans doute le lien que les Autorités de concurrence ou de Régulation font expressément entre le lancement d'alerte et un programme de clémence, puisque l'on pardonne à celui qui a lancé l'alerte alors qu'il était co-auteur de l'abus de marché : le lanceur-incendiaire est admis, puisqu'il est efficace.

Mais précisément parce qu'il s'agit avant tout d'efficacité, c'est sur la technologie que le Droit va compter plus encore que sur la vertu de l'être humain et l'endossement par chacun de *La lutte pour le Droit*. C'est pourquoi la Directive communautaire du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union va lier le lancement d'alerte avec des technologies, comme les circuits internes sécurisés de signalement anonymes de faits ou de personnes.

2. La prétention des concepteurs d'algorithmes de les proposer comme lanceurs efficaces d'alerte

Prenons comme seconde hypothèse l'algorithme, alerte mécanique qui, parce que « mécanique » serait d'autant plus « efficace ».

Beaucoup semblent considérer que l'être humain étant faillible (que ne peut-on observer ?), voire malfaisant (n'agit-il pas avant tout pour contrarier autrui ?), le meilleur lanceur ne devrait pas être le « travailleur » mais un algorithme.

Selon un raisonnement, dénoncé avec vigueur et à juste titre par Alain Supiot, le travailleur humain était mécaniquement estimé comme inférieur à la machine calculante, puisque celle-ci peut « tout voir » et tout retenir, tout observer, voire tout anticiper, une tendance serait de confier aux machines le soin de « donner l'alerte ». Par des clignotants, qui cessent d'être verts, passent aux rouges lorsqu'il y a des anomalies, l'étrangeté entraînant un orange, lequel justifiant un contrôle humain.

Cette conception du contrôle de la Compliance par l'aptitude au calcul (qui est le propre de la machine) et non pas par l'aptitude au discernement (qui est le propre de l'humain) est catastrophique. Elle est pourtant proposée par de nombreuses entreprises de services. Elle pourrait constituer en elle-même un risque systémique.

L'on en vient à devoir rappeler ce qui pourrait paraître une évidence, mais sans doute de publicité en publicité au bénéfice de ce qu'il est courant d'appeler « l'intelligence artificielle » qui serait la meilleure réponse à l'exigence de Compliance et d'alerte en cas de non-compliance : le « lanceur d'alerte » doit demeurer un être humain.

Ce qu'il advient de l'information divulguée : est-ce l'affaire de celui qui siffla dans le vent porteur ou le Droit va-t-il lui imposer son interlocuteur ? La divergence des réponses législatives montre la décidément pluralité des lanceurs d'alerte

B. – *L'indifférence ou non du lanceur à ce qu'il advient de son cri*

Ensuite ?

Cela n'est plus vraiment l'affaire du lanceur d'alerte. Même s'il peut trouver intérêt à savoir ce qu'il en est advenu, à la fois le Droit s'en soucie, mais veille dans le même temps qu'il ne puisse par exemple contraindre les autorités publiques à agir. Donner l'alerte, cela n'est pas se constituer partie civile. L'alerte cause un dommage, mais celui-ci est légitime, même s'il s'avère par la suite que sous la fumée il n'y avait pas de feu. La protection du lanceur d'alerte l'implique. Pourtant Protection ne signifie pas irresponsabilité.

S'il en est ainsi, cela a trois conséquences.

En premier lieu, le cri lancé par nature est contrarié d'être limité dans les frontières qui correspondent à un système juridique national. En deuxième lieu, le cri lancé est plus difficile encore à cantonner dans l'entreprise ou la filière, là où l'information et celui qui la détient se trouvent. En troisième lieu, puisque seul le geste compte pour sauver le système, la démocratie et les victimes, peu importerait les victimes que le cri ainsi lancé cause, même la personne injustement dénoncée.

Mais tout cela est-il aussi solide qu'il y paraît ?

En premier lieu, en effet beaucoup d'auteurs soulignent que les systèmes juridiques nationaux sont malhabiles à organiser une protection juridique pour ce personnage-là car l'on pourrait dire qu'il crie sur tous les toits ce qu'il sait, qu'il ne se soucie pas des frontières, les auteurs en concluant que sa protection ne peut donc être qu'internationale, ou à tout le moins supranationale par exemple organisée au niveau de l'Union européenne.

En second lieu, même si les États-Unis privilégient l'alerte externe, comme le fait le Droit britannique en matière de corruption, le Droit français et la Directive européenne du 23 octobre 2019 qui harmonise le statut des lanceurs d'alerte privilégient l'alerte interne avant le passage à l'alerte externe.

Ce qui demeure pertinent, c'est le caractère irrémédiable du dommage causé même lorsque sous la fumée il n'y avait pas le feu. La gradation du système français faisant du lanceur d'alerte un personnage interne à l'entité ne pouvant s'adresser qu'à des personnes de l'entité fragilise la protection et suppose toujours que l'entreprise qui protège soit distincte de la personne qui est dénoncée en son sein. C'est bien sur le postulat de cette distinction que la Loi PACTE repose.

Et l'on ne peut pas concevoir un lanceur d'alerte qui ne soit pas protégé contre sa propre erreur s'il a allégué un fait vraisemblable qui s'avère par la

suite inexact : s'il y a eu de la fumée sans feu, alors il ne devra pas en rendre compte. L'on mesure ici à quel point le cœur de son régime de protection est indissociable de sa définition même de lanceur d'alerte. Sauf à ce qui soit montré qu'il n'était pas désintéressé et de bonne foi, ce qui le fait chuter de son piédestal héroïque et lui ôte son bouclier offert par le Droit, le renvoyant au Droit commun de la responsabilité.

Si le feu est dissimulé, il doit être accrédité par une fumée pour lesquels tous les textes exigent de la vraisemblance. Cela implique donc une « charge d'allégation » pesant sur tout lanceur d'alerte, mais pas davantage : s'il s'avère pourtant que son allégation n'avait pas de consistance, le lanceur d'alerte ne se le fera pas davantage reprocher, car il n'est comptable de la vraisemblance et non de la vérité.

D'ailleurs si la vérité est inatteignable ou non-atteinte, alors le lanceur d'alerte aura fait son devoir et le système demeurera inefficace. Car dans la conception américaine, il n'est doté de puissance que pour être efficace et donner un exemple incitatif afin que la machine à dénoncer demeure active ce qu'un engagement de responsabilité enrayerait d'une façon regrettable ; tandis que dans la tradition européenne le lanceur n'est doté de droits, voire de « droits fondamentaux » que pour mieux remplir son devoir de lutter contre l'injustice.

S'il s'avère qu'il n'y avait pas d'injustice à combattre mais qu'il n'était pas animé par l'intention de nuire, que ce lanceur ressemblait davantage à Don Quichotte qu'à Batman alors sans doute chacun regrettera l'échec du Héros. Mais peut-être ne l'en aimera que davantage.