

Cour européenne des droits de l'homme –
Halet c. Luxembourg (requête n° 21884/18)
Grande chambre
Arrêt du 14 février 2023 (a/f)

Newsletter avril 2023

Lanceur d'alerte et
liberté d'expression

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail

Résumé et commentaire

Proposition de citation :

Hélène Ecoutin-Dupuy, Violation de la liberté
d'expression d'un lanceur d'alerte ;
commentaire de l'arrêt de la CEDH – Halet
c. Luxembourg n° 21884/18, Newsletter
DroitDuTravail.ch avril 2023

Art. 10 CEDH



Violation de la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte ; commentaire de l'arrêt de la CEDH – Halet c. Luxembourg n° 21884/18

Hélène Ecoutin-Dupuy, avocate

I. Objet de l'arrêt

La Cour européenne des droits de l'homme – ci-après la Cour – s'est prononcée pour déterminer si, et le cas échéant, dans quelle mesure, l'auteur d'une divulgation portant sur des informations confidentielles obtenues dans le cadre d'une relation professionnelle et couvertes par le secret, pouvait bénéficier de la protection de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Le requérant, Monsieur Halet, était employé par la société PricewaterhouseCoopers (PwC), qui propose des services d'audit, de conseil fiscal et de conseil en gestion d'entreprise. PwC établit notamment des déclarations fiscales au nom et pour le compte de ses clients et demande auprès de l'administration fiscale luxembourgeoise des décisions fiscales anticipées (rescrits fiscaux ou ATA).

Une enquête interne menée par PwC a permis d'établir qu'un auditeur, A.D., avait copié, en 2010, la veille de son départ de PwC consécutif à sa démission, 45 000 pages de documents confidentiels, dont 20 000 pages de documents fiscaux correspondant notamment à 538 dossiers de rescrits fiscaux, qu'il avait remis, en été 2011, à un journaliste (E.P.) à la demande de celui-ci.

Suite aux révélations qui suivirent, le requérant avait décidé de remettre à E.P., en 2012, quatorze déclarations fiscales de sociétés multinationales et deux courriers d'accompagnement. Quelques-uns de ces seize documents furent utilisés par E.P. lors d'une seconde émission télévisée « Cash investigation » diffusée en 2013, un an après la diffusion de la première consacrée à la même question.

Le 2 décembre 2014, le requérant et la société PwC concluent un accord transactionnel aux termes duquel cette dernière limitait ses prétentions à un euro symbolique avec autorisation d'une inscription hypothécaire de 10 millions d'euros sur les biens du requérant. Il y était également prévu le licenciement du requérant, à l'issue de son congé maladie. Le 29 décembre 2014, le requérant fut licencié, avec préavis.

Puis il a été condamné pénalement, les juridictions ne lui ayant pas accordé la justification du lanceur d'alerte. Dans son arrêt, la Cour d'appel a conclu notamment que la divulgation par le requérant des documents couverts par le secret professionnel avait causé à son employeur un préjudice supérieur à l'intérêt général. Monsieur Halet a formé un pourvoi en cassation qui fut rejeté en janvier 2018. A l'inverse, A.D. a été acquitté en tant que lanceur d'alerte.

Par un arrêt du 11 mai 2021, une chambre de la CEDH a conclu, par cinq voix contre deux, à la non-violation de l'article 10 étant donné que la divulgation par le requérant aux médias des documents confidentiels de PwC était sans intérêt public suffisant pour pondérer le dommage causé à l'entreprise et que la sanction de 1000 euros (EUR) d'amende pénale était proportionnée.

Le 6 septembre 2021, l'affaire a été renvoyée devant la Grande Chambre à la demande du requérant.

B. Le droit

a) La liberté d'expression dans le cadre de relations professionnelles

La Cour a déjà par le passé jugé que la protection de l'article 10 de la Convention s'étendait à la sphère professionnelle en général¹, s'agissant tant des relations entre employeur et employé relevant du droit public que des relations de travail relevant du droit privé².

Ainsi que le mentionne cet arrêt, « *La protection de la liberté d'expression sur le lieu de travail constitue ainsi une ligne constante et bien établie de la jurisprudence de la Cour, qui a progressivement dégagé une exigence de protection spéciale dont doivent pouvoir bénéficier, à certaines conditions, les fonctionnaires ou employés qui divulguent, en infraction des règles qui leur sont applicables, des informations confidentielles obtenues sur leur lieu de travail* »³. S'est ainsi construite une jurisprudence protectrice des « lanceurs d'alerte », sans pour autant que la Cour n'emploie expressément cette terminologie, seuls 13 documents de la Cour en français en faisant l'usage. Elle s'est d'ailleurs toujours refusée, également dans la présente affaire, d'en consacrer une définition abstraite et générale.

C'est d'ailleurs et plutôt la « relation de travail *de facto* » dans laquelle s'inscrit le lancement d'alerte plutôt que le statut juridique spécifique du lanceur d'alerte (employé par exemple) qui est déterminante du fait de ses caractéristiques propres : « *d'une part, le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion inhérent au lien de subordination qui en découle ainsi que, le cas échéant, l'obligation de respecter un secret prévu par la loi ; d'autre part, la position de vulnérabilité notamment économique vis-à-vis de la personne, de l'institution publique ou de*

¹ Koudechkina c. Russie, no 29492/05, § 85, 26 février 2009 et les références jurisprudentielles y mentionnées.

² Palomo Sánchez et autres c. Espagne [GC], nos 28955/06 et 3 autres, § 59, CEDH 2011

³ § 112

l'entreprise dont ils dépendent pour leur travail, ainsi que le risque de subir des représailles de la part de celle-ci »⁴.

La Cour n'a ainsi pas ignoré dans sa jurisprudence que les employés sont tenus, envers leurs employeurs, à un devoir de loyauté, de réserve et de discrétion⁵, ce qui conduit à devoir tenir compte, dans la recherche d'un juste équilibre, des limites du droit à la liberté d'expression et des droits et obligations réciproques propres aux contrats de travail et au milieu professionnel⁶.

Elle a néanmoins tempéré la portée de ces obligations pesant sur les travailleurs en relevant qu'il n'existe pas de devoir de loyauté absolue envers l'employeur ni une obligation de réserve entraînant la sujétion du travailleur aux intérêts de l'employeur.

A l'inverse de l'existence de devoir de loyauté, de réserve et de discrétion qui est indispensable à l'application du régime protecteur des lanceurs d'alerte, la Cour a jugé que ne relevaient pas du champ du lancement d'alerte les révélations faites par un fonctionnaire qui n'avait pas un accès privilégié ou exclusif à des informations, qui n'apparaissait pas tenu par une obligation de secret ou de discrétion à l'égard de son service, et qui ne semblait pas avoir subi de répercussions sur son lieu de travail du fait des révélations en question⁷.

Dans l'arrêt *Guja c. Moldova*⁸, la Cour a défini pour la première fois la grille de contrôle permettant de déterminer si et dans quelle mesure l'auteur d'une divulgation portant sur des informations confidentielles obtenues sur son lieu de travail, pouvait invoquer la protection de l'article 10. Elle a également déterminé dans quelles conditions les sanctions infligées étaient de nature à porter atteinte au droit à la liberté d'expression et constituer une violation de l'article 10 de la Convention.

Les six critères ainsi définis par l'arrêt *Guja* sont les suivants :

- l'existence ou non d'autres moyens pour procéder à la divulgation ;
- l'intérêt public présenté par les informations divulguées ;
- l'authenticité des informations divulguées ;
- le préjudice causé à l'employeur ;
- la bonne foi du lanceur d'alerte ;
- la sévérité de la sanction.

Ces critères ont ensuite été appliqués s'agissant d'un litige noué dans le cadre d'une relation de travail de droit privé⁹.

⁴ § 119.

⁵ *Heinisch c. Allemagne*, N° 28274/08, § 64, CEDH 2011.

⁶ *Palomo Sánchez et autres c. Espagne* [GC], N°s 28955/06 et 3 autres, § 74, CEDH 2011 ; *Rubins c. Lettonie*, N° 79040/12, § 78, 13 janvier 2015.

⁷ *Wojczuk c. Pologne*, N° 52969/13, §§ 85-88, 9 décembre 2021.

⁸ *Guja c. Moldova* [GC], N° 14277/04, CEDH 2008, qui concernait un agent de la fonction publique.

⁹ *Heinisch c. Allemagne*, N° 28274/08, §§ 88-90, CEDH 2011.

Puis, consciente des évolutions survenues depuis l'adoption de l'arrêt Guja, en 2008, qu'il s'agisse de la place qu'occupent désormais les lanceurs d'alerte dans les sociétés démocratiques et du rôle de premier plan qu'ils sont susceptibles de jouer, la Cour a estimé opportun de confirmer et consolider les principes qui se dégagent de sa jurisprudence en matière de protection des lanceurs d'alerte, en en affinant les critères de mise en œuvre, à la lumière du contexte européen et international actuel.

b) La mise en œuvre de la grille de contrôle Guja dans la jurisprudence de la Cour et à cette affaire

1) Les moyens utilisés pour procéder à la divulgation

La Cour relève que la voie hiérarchique devrait être privilégiée à mesure que, dans la plupart des circonstances, elle permet de concilier au mieux le devoir de loyauté des employés avec l'intérêt public que présente l'information divulguée.

Elle reconnaît toutefois que, si la divulgation au public ne doit être envisagée qu'en dernier ressort, en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement, certaines circonstances peuvent justifier le recours direct à une « voie externe de dénonciation » lorsque la voie de divulgation interne manque de fiabilité ou d'effectivité, que le lanceur d'alerte risque de s'exposer à des représailles ou lorsque l'information qu'il entend divulguer porte sur l'essence même de l'activité de l'employeur concerné.

Dans la présente affaire, les pratiques d'optimisation fiscale au bénéfice des grandes multinationales et les déclarations fiscales préparées par PwC étaient légales. Elles ne révélaient donc rien de répréhensible, au sens de la loi, qui aurait justifié que le requérant tente d'alerter sa hiérarchie. Dès lors et selon la Cour, le respect effectif du droit de communiquer des informations présentant un intérêt public suppose d'admettre le recours direct à une voie externe de divulgation pouvant se traduire par la saisine des médias.

2) L'authenticité de l'information divulguée

Il incombe au lanceur d'alerte d'agir de façon responsable en s'efforçant de vérifier, autant que faire se peut, l'authenticité de l'information qu'il souhaite divulguer, avant de la rendre publique.

Cette obligation ne saurait aller toutefois jusqu'à exiger de l'intéressé qu'il établisse, au moment de procéder au signalement, l'authenticité des informations divulguées. Celui-ci ne saurait être exclu de la protection que lui confère l'article 10 au seul motif qu'il s'est par la suite avéré qu'elle était inexacte.

La Cour s'en est tenue, dans la mise en œuvre de ce critère à la présente affaire, à se référer à l'arrêt de la Cour d'appel qui a constaté l'exactitude et l'authenticité des 16 documents.

3) La bonne foi

En lien avec le précédent critère, la Cour a considéré dans une autre affaire qu'elle « *n'avait pas de raisons de douter que le requérant, en effectuant la divulgation litigieuse, avait agi avec la conviction que l'information était vraie et qu'il était dans l'intérêt public de la divulguer* »¹⁰.

¹⁰ Gawlik c. Liechtenstein, N° 23922/19, 16 février 2021.

En revanche, ne pouvait être considéré comme ayant agi de « bonne foi » un requérant dont les allégations étaient fondées sur une simple rumeur et qui ne disposait d'aucun élément de preuve à l'appui de celles-ci¹¹.

Plus largement, pour apprécier ce critère de la bonne foi, la Cour vérifie si le requérant était ou non motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte, notamment un gain pécuniaire, s'il avait un grief personnel à l'égard de son employeur ou s'il était mû par une autre intention cachée.

A titre d'indice, elle peut tenir compte du contenu de la divulgation et relever « l'absence d'attaque personnelle gratuite »¹². Les destinataires de la divulgation constituent également un élément de son appréciation. La Cour a ainsi tenu compte, dans d'autres affaires, du fait que l'intéressé n'avait pas « immédiatement fait intervenir les médias ni distribué de tracts pour susciter le maximum d'intérêt dans l'opinion publique »¹³ ou encore qu'il avait tenté de remédier à la situation qu'il dénonçait d'abord au sein de l'entreprise¹⁴.

Dans la présente affaire, la Cour a fait siennes les constatations de la Cour d'appel aux termes desquelles le requérant n'a pas agi « dans un but de lucre ou pour nuire à son employeur », admettant que ce critère de la bonne foi avait été respecté.

4) L'intérêt public que présente l'information divulguée

Dans le contexte général des affaires relatives à l'article 10 et selon l'appréciation de la Cour, revêtent un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité. Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de susciter une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé. Dans certains cas, l'intérêt de l'opinion publique pour certaines informations peut être si grand qu'il peut l'emporter sur une obligation de confidentialité imposée par la loi.

En outre, la Cour s'attache à rechercher si l'information divulguée présente un « intérêt public », à l'échelle nationale mais également supranationale ou encore pour des Etats tiers et leurs citoyens.

La Cour souligne que lorsque sont en cause des situations dans lesquelles un employé revendique la protection spéciale dont peut bénéficier un lanceur d'alerte après avoir divulgué des informations auxquelles il a eu accès sur son lieu de travail, alors qu'il était tenu à l'obligation de respecter un secret ou un devoir de confidentialité, l'intérêt public susceptible de servir de justification à cette divulgation ne saurait s'apprécier indépendamment du devoir de confidentialité ou du secret qui a été méconnu. Elle rappelle également qu'en vertu de l'article 10 § 2 de la Convention, le fait d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles constitue l'un des motifs expressément prévus pour restreindre l'exercice de

¹¹ Soares c. Portugal, N° 79972/12, § 46, 21 juin 2016.

¹² Matúz c. Hongrie, N° 73571/10, § 46, 21 octobre 2014.

¹³ Heinisch c. Allemagne, N° 28274/08, § 86, CEDH 2011.

¹⁴ Matúz c. Hongrie, N° 73571/10, § 47, 21 octobre 2014.

la liberté d'expression. A cet égard, de nombreux secrets prévus par la loi visent spécifiquement à sauvegarder les intérêts expressément énumérés dans cet article.

Le poids de l'intérêt public de l'information divulguée varie selon les hypothèses rencontrées. La Cour considère ainsi que, dans le contexte du lancement d'alerte, l'intérêt public d'une divulgation portant sur des informations confidentielles va décroissant selon que l'information divulguée porte sur des actes ou pratiques illicites, des actes, des pratiques ou des comportements répréhensibles ou sur une question nourrissant un débat suscitant des controverses sur l'existence ou non d'une atteinte à l'intérêt public.

Et ce poids s'appréciera au regard des effets dommageables de la divulgation (cf. *infra*).

5) Le préjudice causé

Le préjudice causé à l'employeur constitue l'intérêt qu'il convient de mettre en balance avec l'intérêt public que présente l'information divulguée.

Dans le cadre d'une relation de travail de droit privé, des intérêts privés peuvent ainsi être affectés en mettant en cause notamment une entreprise ou un employeur privé, en raison de ses activités et lui causer, ainsi qu'à des tiers, le cas échéant, un préjudice financier et/ou réputationnel. Pour autant, une telle divulgation peut également provoquer d'autres effets dommageables, en affectant, d'un même mouvement, des intérêts publics, tels que notamment le bien économique en général, la protection de la propriété, la préservation d'un secret protégé tels le secret fiscal ou le secret professionnel, ou la confiance des citoyens dans l'équité et la justice des politiques fiscales des États.

La Cour a ainsi affiné, à l'occasion de cette affaire, les termes de l'opération de mise en balance à effectuer entre les intérêts concurrents en jeu : au-delà du seul préjudice causé à l'employeur, c'est l'ensemble des effets dommageables que la divulgation litigieuse est susceptible d'entraîner qu'il convient de prendre en compte pour statuer sur le caractère proportionné de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des lanceurs d'alerte protégés par l'article 10¹⁵.

Dans la présente affaire, la Cour a successivement examiné le contexte dans lequel est intervenue la divulgation litigieuse, l'intérêt public qu'elle présentait et les effets dommageables qu'elle a provoqués.

S'agissant tout d'abord du contexte, la Cour a relevé que les documents dévoilés et provenant du requérant n'avaient pas apporté d'information nouvelle et inconnue jusqu'alors considérant les précédentes divulgations par le fait d'A.D., de sorte que le préjudice causé à l'employeur était « supérieur à l'intérêt général » que présentait la divulgation. Cependant, un débat public pouvant s'inscrire dans la continuité, la seule circonstance qu'un débat public sur les pratiques fiscales au Luxembourg était déjà en cours au moment où le requérant divulguait les informations litigieuses ne saurait en soi exclure que ces informations puissent, elles-aussi, présenter un intérêt public.

Quant à l'intérêt public de l'information divulguée, la Cour relève que plusieurs alertes sur un même sujet sont parfois nécessaires pour que les faits dénoncés soient effectivement pris en

¹⁵ § 148.

compte. Dès lors, la circonstance qu'un débat sur les pratiques d'évitement fiscal et d'optimisation fiscale au Luxembourg était déjà en cours au moment où les documents litigieux ont été divulgués ne suffit pas à affaiblir leur pertinence.

Les informations litigieuses étaient de nature à « interpeller ou scandaliser », comme l'a constaté la Cour d'appel, mais elles apportaient aussi un éclairage nouveau et permettaient indéniablement de nourrir l'important débat en cours sur « l'évitement fiscal, la défiscalisation et l'évasion fiscale », en fournissant des renseignements à la fois sur le montant des bénéfices déclarés par les multinationales concernées, sur les choix politiques opérés au Luxembourg en matière de fiscalité des entreprises, ainsi que sur leurs incidences en termes d'équité et de justice fiscale, à l'échelle européenne et, en particulier en France.

Quant aux effets dommageables, il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des effets dommageables de la divulgation en cause, au-delà des seules conséquences pour l'employeur, et dès lors les atteintes également portées aux intérêts privés des clients de PwC (sociétés multinationales), ainsi qu'à l'intérêt public attaché à la prévention et à la sanction du vol (au regard de la soustraction frauduleuse du support des informations litigieuses) et au respect du secret professionnel (un principe d'ordre public qui vise à assurer la crédibilité de certaines professions).

Se suppléant aux juridictions internes et tirant les conclusions de ses considérants, la Cour a relevé que la divulgation litigieuse s'est faite au prix d'un vol de données et de la violation du secret professionnel qui liait le requérant. Ceci étant, elle relève l'importance relative des informations divulguées, eu égard à leur nature et à la portée du risque s'attachant à leur révélation. Au vu des constats quant à l'importance, à l'échelle tant nationale qu'europpéenne, du débat public sur les pratiques fiscales des multinationales auquel les informations divulguées par le requérant ont apporté une contribution essentielle, l'intérêt public attaché à la divulgation de ces informations l'emporte sur l'ensemble des effets dommageables.

6) La sévérité de la sanction

Les sanctions contre les lanceurs d'alerte peuvent prendre différentes formes aussi bien professionnelles, disciplinaires, que pénales. A cet égard, la Cour a déjà eu l'occasion de reconnaître que la révocation ou le licenciement sans préavis d'un requérant constituait la sanction la plus lourde possible en droit du travail¹⁶. Elle a également souligné qu'une telle sanction non seulement entraînait des répercussions très négatives sur la carrière du requérant, mais risquait également de décourager le signalement d'agissements irréguliers, un tel effet dissuasif s'avérant amplifié par l'écho médiatique que peuvent rencontrer certaines affaires¹⁷. Elle a par ailleurs souligné qu'un tel effet dissuasif allait à l'encontre de l'ensemble de la société¹⁸.

Quant à la voie pénale, son utilisation également a pu être incompatible avec l'exercice de la liberté d'expression du lanceur d'alerte, eu égard aux répercussions sur son auteur et à l'effet dissuasif vis-à-vis d'autres personnes¹⁹. Cependant, dans de nombreux cas, selon le contenu

¹⁶ Gawlik c. Liechtenstein, N° 23922/19, § 84 et les références jurisprudentielles y mentionnées, 16 février 2021.

¹⁷ Guja c. Moldova [GC], N° 14277/04, § 95, CEDH 2008 ; Heinisch c. Allemagne, N° 28274/08, § 91, CEDH 2011.

¹⁸ Heinisch c. Allemagne, N° 28274/08, § 91, CEDH 2011.

¹⁹ *Martchenko* c. Ukraine, N° 4063/04, § 53, 19 février 2009.

de la divulgation et la nature du devoir de confidentialité ou de secret qu'elle méconnaît, le comportement de la personne peut légitimement constituer une infraction pénale.

La nature et la lourdeur des peines infligées constituent des éléments à prendre en compte lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte au droit à la liberté d'expression. Il en va de même de l'effet cumulé des différentes sanctions imposées à un requérant.

Dans la présente affaire, le requérant a d'abord été licencié par son employeur, certes avec préavis, avant d'être condamné au terme d'une procédure pénale au fort retentissement médiatique, à une peine d'amende de 1000 EUR. Eu égard à la nature des sanctions infligées et à la gravité des effets de leur cumul, en particulier de leur effet dissuasif sur l'exercice de la liberté d'expression du requérant ou de tout autre lanceur d'alerte et, compte tenu surtout du résultat auquel la Cour est parvenue au terme de la mise en balance des intérêts en présence, la condamnation pénale du requérant ne peut être considérée de l'avis de la Cour comme proportionnée au regard du but légitime poursuivi.

La Cour conclura que l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant, en particulier de son droit de communiquer des informations, n'était pas « nécessaire dans une société démocratique » et constituait une violation de l'article 10 de la Convention.

III. Commentaire

a) Critique de l'arrêt Halet c. Luxembourg

Il y a lieu de relever que, dans la présente affaire, les modalités de rupture de la relation de travail – par un accord transactionnel, les parties à la relation de travail se sont entendues sur l'octroi à l'employeur d'un euro symbolique avec autorisation d'une inscription hypothécaire de 10 millions d'euros sur les biens du requérant, ce dernier étant licencié avec préavis – ont réduit quelque peu l'analyse sous l'angle civil.

Ces modalités ont toutefois conduit les juges de la Grand chambre auteurs de l'opinion dissidente à souligner qu'il n'y avait pas lieu de relever quelque sanction du point de vue civil, ce licenciement *avec* (mis en exergue ainsi par les juges) préavis, après que le requérant eut reconnu les faits et se fut déclaré d'accord avec l'inscription hypothécaire de dix millions d'euros sur ses biens était plutôt le signe « *d'une perte de confiance entre les parties qui s'apparente plutôt à un divorce « par consentement mutuel* ».

Par ce nouvel arrêt et alors que certains auteurs avaient souligné que la Cour avait tendance à conférer une importance déterminante à la protection, par l'employeur, de sa réputation²⁰, regrettant l'affirmation selon laquelle « *certaines manifestations de la liberté d'expression qui seraient admissibles dans d'autres contextes ne le sont pas nécessairement dans un contexte de rapports de travail* »²¹, il appert que la Cour tend à accroître la protection dévolue aux lanceurs d'alertes dans le cadre d'une relation professionnelle, indépendamment d'un contexte de faits relevant de la relation de travail et du droit disciplinaire, tel un licenciement sans préavis, déterminant.

²⁰ VALÉRIE BERSET BIRCHER/ANNE MEIER, L'impact du droit international en droit suisse du travail, 2017, p. 629 à propos des affaires Heinisch et Paloma Sanchez.

²¹ VALÉRIE BERSET BIRCHER/ANNE MEIER, L'impact du droit international en droit suisse du travail, 2017, p. 631.

En effet, et après avoir identifié dans sa jurisprudence les deux types de comportements d'un employeur qui sont caractérisés par l'intérêt public nécessaire pour justifier l'immunité du lanceur d'alerte, à savoir, d'une part, « le signalement par un employé des actes, des pratiques ou des comportements illicites, sur le lieu de travail » et, d'autre part, « ceux qui sont répréhensibles, tout en étant légaux²² », elle y ajoute une troisième catégorie, entièrement nouvelle en matière de lancement d'alerte, à savoir « certaines informations touchant au fonctionnement des autorités publiques dans une société démocratique et provoquant, dans le public, un débat suscitant des controverses de nature à faire naître un intérêt légitime de celui-ci à en connaître, afin de se forger une opinion éclairée sur la question de savoir si elles révèlent ou non une atteinte à l'intérêt public²³ », tout en précisant que les informations peuvent aussi porter sur des comportements d'acteurs privés.

Les juges auteurs de l'opinion dissidente en ont ainsi résumé l'effet de leur point de vue, cet arrêt « prenant délibérément le pari de brader le secret professionnel qui doit céder devant une information qui n'est « que » intéressante sans révéler une pratique illégale, ou du moins répréhensible ».

Un affinage de la grille de contrôle issue de l'affaire Guja est, en tous les cas, à saluer, ce de surcroît lorsque les affaires impliquent des travailleurs soumis à des droits nationaux qui ne contiennent aucun régime particulier pour les lanceurs d'alerte comme c'est le cas en Suisse.

b) Perspectives en droit suisse

La motion Gysin déposée en 2003 et intitulée Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption donnait mandat législatif sur plusieurs points dont une réglementation explicite des conditions de la protection des personnes qui révèlent des actes illicites.

Elle a été finalement classée dans le cadre du projet de révision partielle du Code des obligations du Conseil fédéral de 2013, le Conseil fédéral souhaitant régler dans la loi les conditions auxquelles le signalement d'irrégularités par un travailleur (lanceur d'alerte) sera considéré comme licite.

Finalement et estimant que les lanceurs d'alerte ne seraient pas mieux protégés sous un le régime alors envisagé, le Conseil national a refusé une nouvelle et dernière fois le projet du gouvernement, y mettant un terme définitivement.

Demeurent dès lors, pour les justiciables suisses et s'agissant de leur droit national, des principes généraux à mettre en œuvre dans le contexte particulier du Whistleblowing en violation du devoir de loyauté du travailleur, le whistleblowing n'étant à ce jour pas régi par une disposition légale en particulier²⁴. Les règles pertinentes relèvent de domaines juridiques variés : droit du travail, droit des sociétés, droit pénal, protection des données²⁵.

²² § 137.

²³ § 138.

²⁴ CARRANZA/MICOTTI, Whistleblowing, quid iuris, Schulthess, 2014, p. 5 ; DUNAND/MAHON, Commentaire du contrat de travail, Berne, 2013, N 54 ad. art. 321a CO.

²⁵ Message CF sur la révision partielle du Code des obligations, protection en cas de signalements d'irrégularités par le travailleur, FF 2013 8547, p. 8556.

L'article 321a CO impose à l'employé de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. De même, le travailleur doit également ne pas révéler des faits qui sont destinés à rester confidentiels, et ce même après la fin des rapports de travail, et tant que l'exige la sauvegarde de l'intérêt légitime de l'employeur. L'obligation de discrétion s'étend non seulement aux faits que l'employeur a expressément qualifiés de secrets, mais aussi à tous ceux dont il apparaît selon les circonstances que l'employeur veut en interdire la divulgation, l'intérêt au secret étant présumé. De plus, cette obligation de garder le secret s'étend également aux infractions pénales et administratives commises par l'employeur, à moins qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose. Ce faisant, le travailleur doit alors respecter le principe de la proportionnalité²⁶.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a estimé que le signalement d'irrégularités doit être apprécié en effectuant une pesée des intérêts. Le signalement externe ne devra être admis qu'exceptionnellement en présence d'un intérêt prépondérant et à condition que le principe de proportionnalité soit respecté. Pour cela, il faut que le travailleur s'adresse en premier lieu à son employeur, puis à une autorité et enfin, en dernier recours, à l'opinion publique, à travers les médias par exemple, si l'autorité reste inactive et que les circonstances le justifient (méthode d'annonce en cascade). Ce n'est qu'en cas d'inactivité tant de l'employeur puis après de l'autorité que le travailleur, à titre d'*ultima ratio*, pourrait porter les faits à la connaissance du public²⁷.

Sans autre précision et indication quant aux exceptions permettant à un lanceur d'alerte d'interpeller directement les médias, certains auteurs ont pu relever le dilemme du travailleur qui découvre des irrégularités (compris au sens large), « *Le devoir de loyauté aux intérêts de l'employeur dictant au travailleur de choisir entre le silence et l'alerte* »²⁸, dans une incertitude certaine quant à ses droits de travailleur, voire ses devoirs de citoyen, et quant au risque alors couru pour sa relation de travail.

IV. Conclusion

Ainsi, s'il est vrai que certains considèrent que ce nouvel arrêt rendu par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme étend dans une trop large mesure les circonstances dans lesquelles la protection du lanceur d'alerte peut être admise, il a le mérite d'appuyer et affiner cette grille de contrôle créée en 2008 pourvue de 6 critères permettant notamment aux travailleurs dument conseillés de choisir, de façon éclairée, entre le silence et l'alerte.

²⁶ ATF 127 III 310, cons. 5.

²⁷ REHBINDER, BK, CO 321a, N° 3.

²⁸ SARAH NATHALIE HALPÉRIN, Le droit de signaler les atteintes à la santé sur le lieu de travail, 2017, p. 166.