

THÈSE EN COTUTELLE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE

**L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX ET DE
L'UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**

ÉCOLE DOCTORALE N°41 UBX

FACULTÉ DE DROIT

SPÉCIALITÉ DROIT

Par Jeanne HUBER

La protection de l'information économique en droit franco-canadien
Droit à la confidentialité et droit d'accès à l'information pour le public :
le cas des lanceurs d'alerte

Sous la direction de Simon ROY
et de Jean-Christophe SAINT-PAU

Soutenue le 18 Mars 2022

Membres du jury :

M. BEAUSSONIE, Guillaume , Professeur, Université de Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
Mme LEPAGE, Agathe , Professeure, Université Paris 2 Panthéon- ASSAS	Rapporteure
M. ROY, Simon , Professeur, Université de Sherbrooke	Codirecteur
M. SAINT-HILAIRE, Maxime , Professeur, Université de Sherbrooke	Examineur
M. SAINT-PAU, Jean-Christophe , Professeur, Université de Bordeaux	Codirecteur
Mme SORDINO, Marie-Christine , Professeure, Université de Montpellier	Présidente du jury

A mes parents

Pour y avoir cru

Pour avoir su

Pour avoir accepté

Pour ne pas avoir douté

Remerciements

Il y a bien longtemps désormais a été formé le projet de cette thèse. Elle est née d'un sentiment d'inachevé, à l'issue du travail de mémoire portant sur le même sujet. Elle est également née de deux rencontres fondamentales, avec mes deux directeurs de thèse. L'un comme l'autre a accepté de me suivre dans cette aventure, dont l'ambition première était de faire du droit comparé, même si je n'étais ni la plus brillante, ni la remarquable des étudiantes à l'issue du Master 2. Pour leur confiance, pour leur indéfectible soutien, je ne saurai jamais comment leur démontrer toute l'ampleur de ma gratitude. Elle est d'autant plus grande qu'ils ne m'ont pas offert seulement la possibilité de mener à son terme un tel projet de recherche. Cette thèse a été une aventure humaine et personnelle, qui restera un moment décisif de mon existence. Je n'aurais certainement pas pu trouver de meilleurs mentors que Messieurs ROY et SAINT-PAU pour me former, m'accompagner et me soutenir dans la recherche et l'enseignement au niveau universitaire. À ce titre et en toute sincérité, un grand merci à eux deux. Mille fois merci.

Je profite de cette occasion pour remercier les membres de l'ISCJ qui m'ont accompagnée tout au long de ces années de thèse et de recherche. Plus particulièrement, je souhaiterais remercier les professeurs qui ont assuré la direction du centre et qui, indirectement, ont constitué un soutien essentiel à la réalisation de ce travail : Monsieur SAINT-PAU, Madame MALABAT et Madame BONIS, dernière directrice à l'heure où je soutiens cette thèse. J'aimerais aussi remercier l'ensemble du personnel qui m'a assistée pendant ces longues années, pour la gestion des aspects administratifs, pour l'accès à l'information et aux ressources de la bibliothèque. J'ai une pensée particulière pour Corinne VEYSSIERE, qui nous manque cruellement à la bibliothèque du centre.

Bien évidemment, je remercie tous ceux qui m'ont aidée à traverser cette solitude de la thèse, les anciens doctorants comme les plus jeunes, en France comme au Canada, ceux qui ont connu la joie d'écrire cette page de remerciements comme ceux qui le feront prochainement. La liste en serait longue et j'en oublierais sans doute beaucoup. Sans eux, cette aventure n'aurait pas eu le même sel.

Je voudrais spécialement remercier Tiphaine, avec qui j'ai partagé de fabuleux moments à la découverte des neiges canadiennes. Un grand merci pour ta bonhomie et ta spontanéité. J'aimerais aussi spécialement remercier ma petite Marion. Pour avoir bien plus cru en moi et mes capacités que je n'ai jamais pu le faire moi-même. Un bisou sur le genou gauche. J'aimerais également remercier l'ensemble de ma famille, qui m'a soutenue de loin sans jamais douter. Mes parents, Alex, Emilie, je vous assure de ma plus grande reconnaissance. À Léandre aussi, je dis merci, même s'il ne se rendra compte de son importance que dans plusieurs années.

Je n'oublie pas non plus ceux qui ont commencé cette aventure du droit avec moi il y a bien longtemps, toujours là après de si nombreuses années et qui m'ont soutenue dans ma démarche. Je voudrais remercier Marion, Alex, Anne-Cécile, Vincent, Mathilde, ainsi que mes deux super coloc Sarah et Vincent. Merci à vous de m'avoir suivie, pour vos encouragements sans failles.

Enfin, j'aimerais garder mes derniers remerciements pour celui qui a traversé la phase la plus aiguë et la plus dure de cette thèse avec moi, à savoir la fin. Pour m'avoir nourrie, physiquement, intellectuellement et affectivement, pour m'avoir soutenue, pour y avoir cru, pour avoir su me laisser le temps nécessaire, Clément, je te réserve mes plus tendres remerciements.

Liste d'abréviations

I. Abréviations relatives à la législation, réglementation et aux institutions nationales et internationales

Amend.	Amendement
Anc. C. pen.	Ancien code pénal
Art. pré.	Article préliminaire
C.c.B.C.	Code civil du Bas-Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.civ.	Code civil
C. com	Code de commerce
C.conso	Code de la consommation
C.crim.	Code criminel
C. déf.	Code de la défense
C.env.	Code de l'environnement
C.M.F.	Code monétaire et financier
C.p.c.	Code de procédure civile du Québec
C. pen.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
C. prop. int.	Code de la propriété intellectuelle
C.S.P.	Code de la santé publique
C.trav.	Code du travail
CEDH	Cour européenne des Droit de l'Homme
CEE	Communauté économique européenne
CONST.	Constitution des Etats-Unis d'Amérique
J.O.	Journal officiel de la République française
J.O.C.E	Journal officiel des communautés européennes
J.O.U.E.	Journal officiel de l'Union européenne
L.C.	Loi du Canada
L.R.C.	Lois révisées du Canada
L.R.O.	Lois refondues de l'Ontario
R.S.S.	Revised Statutes of Saskatchewan
RLRQ	Recueil des lois et règlements du Québec
S.C.	Statuts de Canada (avant 1987)
S.P.C.	Statuts de la province du Canada (entre 1840 et 1867)
S.T.E.	Série des traités européens
Stat.	Statutes
U.S.	United States
U.S.C.	United States Code

II. Abréviations relatives aux juridictions, à la jurisprudence et à leurs recueils

ABCA	Alberta Court of Appeal
ABQB.	Alberta Court of Queen's Bench
A.C.F.	Arrêts de la Cour fédérale du Canada
A.J.	Alberta Judgments (Lad/QL)*
A.N.-B.	Arrêts du Nouveau-Brunswick

II

A.P.	Assemblée plénière (bulletin de la Cour de cassation)
A.Q.	Arrêts du Québec
All E.R.	All England Law Reports
Alta L.R.	Alberta Law Reports
Ann. propr. ind.	Annales de la propriété industrielle
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BCCA	British Columbia Court of Appeal
B.C.	British Columbia
B.C.J.	British Columbia Judgments (Lad/QL)*
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. crim.	Bulletin criminel
C.A.	Cour d'appel/Court of Appeal
C.A.Q.	Causes en appel au Québec
C.C.C.	Canadian criminal cases
CF	Cour fédérale (référence neutre)
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
C.M.	Cour municipale
C.P.	Cour provinciale et Recueils de la Cour provinciale
C.S.	Cour supérieure
C.S.P.	Cour des sessions de la paix (Recueils de la)
CFPI	Cour fédérale de première instance
Ch. corr.	Chambre correctionnelle
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. rec. tech. OEB	Chambre de recours de l'Office européen des brevets
Civ.	Chambres civiles de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cons. Const	Conseil constitutionnel
Cons. d'Etat	Conseil d'Etat
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.C.D.P.	Décisions du Tribunal canadien des droits de la personne
D.L.R.	Dominion Law Reports
D.R.	Décisions et rapports
D.T.E.	Droit du travail Express
dec.	Décision sur la recevabilité devant la Cour. EDH.
Eng. C. A.	English Court of Appeal
Eng. Ch. Div.	English Chancery Division
Ex. C.R.	Exchequer Court Reports
F.C.	Federal Court
F.C.A/C.A.F.	Federal Court of Appeal/Cour d'appel fédérale
GC	Grande chambre (de la Cour EDH)
H.C.A.	High Court of Australia
H.C.J.	High Court of Justice
IR.	Information rapide
J.E.	Jurisprudence express
J.Q./Q.J.	Jugements du Québec/ Quebec Judgments (LAd/QL)*
J.T.D.P.Q.	Journal du Tribunal des droits de la personne du Québec
M.J.	Manitoba Judgments (Lad/QL)*

N.B.J.	New Brunswick Judgments (Lad/QL)*
N.R.	National Reporter
N.S.	Nova Scotia (province de Nouvelle-Ecosse)
N.S.J.	Nova Scotia Judgments (LAd/QL)*
NBCA	New Brunswick Court of Appeal (référence neutre)
NLTD	Newfoundland & Labrador Trial division
O.J.	Ontario Judgments (LAd/QL)*
O.R.	Ontario Reports
ON	Ontario
ONSC	Ontario Superior Court
P.I.B.D.	Propriété intellectuelle – Bulletin documentaire
Q.J.	Québec Judgments
QCCA	Cour d'appel du Québec (référence neutre)
QCCDCPA	Conseil de discipline de l'Ordre des comptables professionnels agréés du Québec (référence neutre)
QCCM	Cour municipale du Québec (référence neutre)
QCCQ	Cour du Québec (référence neutre)
QCCS	Cour supérieure du Québec (référence neutre)
QCTDP	Tribunal des droits de la personne du Québec (référence neutre)
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
R.C.F.	Recueil des décisions des Cours fédérales
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.I.	Recueil de droit immobilier
R.D.J.	Revue de droit judiciaire
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.P.	Rapports de pratique de Québec
R.P.C.	Reports of Patent Cases
R.R.A.	Recueil en responsabilité et assurance
Rec. Cons. const.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rec. Lebon	Recueil Lebon
SCC	Supreme Court of Canada (référence neutre)
S.C.J.	Superior Court of Justice
S.J.	Saskatchewan Judgments (Lad/QL)*
SKCA	Saskatchewan Court of Appeal (référence neutre)
SKPC	Saskatchewan Provincial Court (référence neutre)
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
St. Tr.	Howell's State Trials
T.A.	Tribunal d'arbitrage
TGI	Tribunal de grande instance
Trib. can.	Tribunal canadien des droits de la personne
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
T. pol.	Tribunal de police
UKHL	United Kingdom House of Lords (référence neutre)

III. Abréviations des revues de droit et recueils de doctrine

AJDA	Actualité juridique Droit administratif
AJ Pénal	Actualité juridique Droit pénal

Arch. phil. dr.	Archives de philosophie du droit
C. de D.	Cahiers de Droit
Cah. dr. ent.	Cahiers droit de l'entreprise
Comm. Com. électr.	Communication – Commerce électronique
Comm. L. & Pol'y	Communication Law and Policy
D.	Recueil Dalloz
Dalhousie L. J.	The Dalhousie Law Journal
DP	Dalloz périodique (jusqu'en 1940)
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. pen.	Revue Droit pénal
Dr. soc.	Droit social
Fasc.	Fascicule des JurisClasseurs
Food Drug Cosm. L.J.	Food Drug Cosmetic Law Journal
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
I.R.	Information rapide
JCP A	La semaine juridique – édition Administration et collectivités territoriales
JCP G	La semaine juridique – édition générale
JCP S	La semaine juridique – édition sociale
J. Cl.	JurisClasseur LexisNexis France
J. Crim. L.	Journal of Criminal Law
J. Pat. Off. Soc'y	Journal of the Patent Office Society
L.Q. Rev.	Law Quarterly Review
LPA	Les Petites Affiches
Man. L.J.	Manitoba Law Journal
McGill L.J.	McGill Law Journal
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Propr. industr.	Propriété industrielle
Propr. intell.	Propriétés intellectuelles
Queen's L.J.	Queen's Law Journal
R.D.P.	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R. du N.	Revue du Notariat
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R.P.D.P.	Revue pénitentiaire de droit pénal
R.S.C.	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. euro.	Répertoire de droit européen Dalloz
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rép. trav.	Répertoire de droit du travail Dalloz
Rev. Notariat	Revue du Notariat
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RFDA	Revue française de droit administratif
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et Artistique
RJA	Revue Justice Actualités
RJTUM	Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil

RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
R.T.D.H.	Revue trimestrielle des droits de l'homme
S.	Recueil Sirey
Somm.	Sommaire de jurisprudence
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal

IV. Abréviations usuelles

a.	Autres
ADPIC	Aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce
al.	Alinéa
art.	Article
c.	Contre
coll.	Collection
comm.	Commentaire
conc.	Concordants (motifs)
conf.	Confirmation
cons.	Considérant
diss.	Dissidence
éd.	Edition
esp.	Espèce
ex.	Exemple
<i>Id.</i>	Ibidem
Inserm	Institut national de la santé et de la recherche médicale
j.	Juge
OEB	Office européen des brevets
OGM	Organisme génétiquement modifié
OMC	Organisation mondiale du commerce
Ont.	Ontario
Ord.	Ordonnance
PMA	Procréation médicalement assistée
préc.	Précédent
Réf.	Référé
Trib.	Tribunal
v.	Versus

SOMMAIRE

Introduction

Chapitre préliminaire : La définition juridique de l'information économique

PARTIE 1 : LES TERMES DU CONFLIT

Chapitre 1 : L'exclusion de la propriété comme fondement de la protection de l'information économique

Chapitre 2 : L'émergence d'un droit à la confidentialité comme fondement de la protection de l'information économique

Chapitre 3 : Le droit à l'accès à l'information confidentielle au nom des libertés de l'esprit du lanceur d'alerte

PARTIE 2 : LA RESOLUTION DU CONFLIT

Titre 1 : La résolution par le choix en faveur d'un seul des intérêts en conflit

Chapitre 1 : La manifestation d'une atteinte à la confidentialité : le choix de la défense de la réputation

Chapitre 2 : La justification de la levée de la confidentialité

Titre 2 : La résolution par la conciliation des intérêts en conflit

Chapitre 1 : Les conditions préalables à l'optimisation judiciaire des intérêts

Chapitre 2 : La généralisation de l'optimisation comme méthode de résolution des conflits

Conclusion générale

Le Pot de terre et le Pot de fer

*Le pot de fer proposa
 Au pot de terre un voyage.
 Celui-ci s'en excusa,
 Disant qu'il feroit que sage
 De garder le coin du feu :
 Car il lui falloit si peu,
 Si peu, que la moindre chose
 De son débris seroit la cause :
 Il n'en reviendrait morceau.
 « Pour vous, dit-il, dont la peau
 Est plus dure que la mienne,
 Je ne vois rien qui vous tienne.
 – Nous vous mettrons à couvert,
 Repartit le Pot de fer :
 Si quelque matière dure
 Vous menace, d'aventure,
 Entre deux je passerai,
 Et du coup vous sauverai. »
 Cette offre le persuade.
 Pot de fer son camarade
 Se met droit à ses côtés.
 Mes gens s'en vont à trois pieds,
 Clopin clopant, comme ils peuvent,
 L'un contre l'autre jetés
 Au moindre hoquet qu'ils treuvent.
 Le Pot de terre en souffre ; il n'eut pas fait cent pas,
 Que par son compagnon il fut mis en éclats,
 Sans qu'il eût lieu de se plaindre.
 Ne nous associons qu'avec nos égaux ;
 Ou bien il nous faudra craindre
 Le destin d'un de ces pots.¹*

¹ Jean de LA FONTAINE, *Fables de La Fontaine*, 2003, p. 171.

Introduction

1. Les cassyndres de ce monde. Dans la mythologie grecque, Cassandre avait, dit-on², une grande beauté, qui parvint à charmer Apollon. Pour s'attirer les faveurs de la belle, il lui promit de lui donner le don de prophétie. Si Cassandre accepta ce marché, elle n'en remplit pas sa part, n'accordant au Dieu qu'un simple baiser bien peu satisfaisant. Furieux et probablement vexé que la belle ait eu l'outrecuidance de lui résister, mais ne pouvant reprendre le don qu'il lui avait fait, Apollon punit Cassandre d'une malédiction : malgré ses cris et toutes ses alertes, les prophéties de cette dernière ne seraient jamais crues³. Ainsi a-t-elle mis en garde les Troyens contre le piège du cheval⁴, sans toutefois pouvoir prévenir le drame. De même a-t-elle prédit la fin funeste de ses proches et de sa famille, sans jamais être en mesure de l'empêcher.

Comme de nombreux autres personnages de la mythologie grecque, le nom de Cassandre est passé à la postérité, au point d'entrer dans le langage courant par le biais d'une antonomase : une Cassandre est aujourd'hui désignée comme un « prophète de mauvais augure »⁵. Pourtant, le véritable malheur de Cassandre n'était pas que ses prophéties étaient toutes plus sombres les unes que les autres, mais qu'elles ne seraient jamais crues. Elle n'a rien pu faire de son savoir, inaudible de ceux qu'elle souhaitait protéger.

Tout comme dans le cas de Cassandre, le savoir peut être source de malédiction, d'un bien lourd fardeau à porter et qu'il n'est pas toujours possible de partager, particulièrement lorsque l'on n'est pas cru. Pourtant, Cassandre aurait singulièrement pu changer le destin des

² Alain LABROUSSE « CASSANDRE », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/cassandre/>> (consulté le 19 juillet 2021).

³ *Id.* ; Paul ROBERT et Alain REY (dir.), *Le Petit Robert des noms propres: alphabétique et analogique ; illustré en couleurs*, Nouv. éd. refondue et augm., Paris, Dictionnaires Le Robert, 1998, p. 388.

⁴ *Le Petit Robert des noms propres: alphabétique et analogique ; illustré en couleurs, id.*

⁵ *Le Grand Robert de la langue française*, en ligne : <<https://gr-bvdep-com.docelec.u-bordeaux.fr/robert.asp>>, °Cassandre (consulté le 19 juillet 2021).

Troyens. C'est là tout le paradoxe de la situation de celui qui dispose d'une information mise au service de la vigilance et de l'alerte : elle peut être d'un grand bienfait si elle est crédible, mais tout à fait inefficace, voire inutile, si personne n'est disposé à la prendre au sérieux.

2. Scepticisme face à l'information. Cassandre n'a pas été la seule à être victime de son manque de crédibilité, bien involontaire. Tous ceux qui ont péri, faute de l'avoir crue, en ont aussi pâti, y compris la ville de Troie elle-même, qui fut perdue aux mains des Grecs. Au Moyen-Age, les dirigeants italiens n'ont pas cru l'émissaire qui venait leur rapporter la sombre nouvelle d'un mal qui se répandait à travers l'Europe en décimant les populations sur son passage⁶. La peste noire s'est rendue jusqu'à la cité. À l'ère moderne, dans un registre bien différent, l'Allemagne nazie n'a pas cru qu'il était possible de décoder la formidable machine Enigma qu'ils utilisaient pour crypter leurs échanges et éviter les risques d'interception⁷. De fait, la morgue des généraux allemands a probablement causé leur perte, alors que les alliés avaient déjà accès à toutes les transmissions des corps d'armée ennemis, de sorte qu'il leur a été possible d'anticiper leurs attaques et de préparer le débarquement en Normandie⁸. Ce scepticisme a probablement contribué à la chute de cette Allemagne de terreur. L'information a en tout cas fait ici l'objet d'une guerre secrète dont les Allemands semblaient ignorer l'existence.

3. De l'information militaire à l'information civile. Il ressort de ce grand-écart historique que l'information, le renseignement, l'accès à la connaissance ont toujours eu une place cruciale dans l'histoire de l'humanité. Que ce soit la recherche de renseignements sur la présence menaçante d'un prédateur aux premiers temps de l'humanité, sur la possibilité de défendre un territoire ou sur les tactiques et positions militaires adverses (la nature réelle du Cheval de Troie, la position des sous-marins allemands ou des lance-missiles sur l'île de Cuba pendant la Guerre froide...), savoir a toujours été un enjeu fondamental. Le renseignement est aussi une question qui fascine, à l'origine des plus beaux récits d'espionnage, vrais ou fictifs et nourrissant une passion jamais démentie dans la population.

Aujourd'hui, le renseignement militaire lié à la guerre a évidemment encore toute sa pertinence, mais il n'est certainement plus le seul domaine où l'information a acquis une

⁶ Francis CHATEAURAYNAUD et Didier TORNÉ, *Les sombres précurseurs : une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, 1^e éd., coll. Recherches d'histoire et de sciences sociales, n°87, Paris, Ecole des hautes études en sciences sociales, 1999, p. 9 et 10.

⁷ *Enigma ou la guerre invisible*, *Affaires sensibles*, Paris, France Inter, 18 janvier 2021, en ligne : <<https://www.franceinter.fr/emissions/affaires-sensibles/affaires-sensibles-18-janvier-2021>> (consulté le 25 mai 2021).

⁸ *Id.*

importance primordiale et stratégique. Dans le monde civil également, savoir a toujours été un enjeu majeur. On en a tiré un principe de déférence envers ceux qui avaient accès à la connaissance et à l'instruction, comme les médecins ou les avocats, les instituteurs, les prêtres... Savoir est aussi un enjeu de prestige, car savoir, c'est pouvoir.

4. Intérêt constant pour l'information. Le développement de nouvelles technologies a largement démocratisé l'accès à l'information et à la connaissance, confirmant l'intérêt que l'on porte à celles-ci. Cet intérêt semble même grandir, à l'ère post-industrielle, où la richesse ne provient plus uniquement de la production ou la possession de biens matériels. Le développement d'Internet, qui accélère les échanges et les communications, a encore plus amplifié l'importance de l'information. On parle de « l'ère de l'information »⁹, d'une époque post-industrielle¹⁰ où les services sont devenus la clé de voûte de l'économie et parfois même d'une société du virtuel.

L'intérêt que l'on porte à l'information se dédouble. Quantitativement d'abord, Internet a considérablement augmenté le nombre d'informations disponibles. On peut désormais accéder à une quantité infinie d'informations sur des sujets aussi divers que la politique, l'histoire, l'art, les sciences... Le tout au simple coût d'une connexion à ce réseau. Aujourd'hui, chacun peut même créer sa propre information, qu'elle soit vraie ou fausse. Les réseaux sociaux en sont d'ailleurs les forums privilégiés. L'importance quantitative de l'information est aussi amplifiée par la diversité des supports par lesquels on peut y accéder. La presse écrite n'est plus le seul moyen de s'informer. Les chaînes de télévision dédiées à l'information les fils d'actualité, les notifications... Autant d'outils qui permettent de s'informer en temps réel, donnant une impression tant de massification de l'information, que d'une incroyable facilité d'y accéder sur demande. La multiplication de ces supports et la possibilité de se renseigner facilement à tout moment donnent peut-être aussi l'illusion d'une certaine transparence, comme si tout le savoir de ce monde était chose publique.

5. De l'information civile à l'information économique. Qualitativement ensuite, l'information a acquis une valeur inédite. C'est particulièrement le cas depuis que le libéralisme économique s'est définitivement installé comme le modèle de référence, adopté presque partout dans le monde. Dans ce cadre, tout comme dans une stratégie militaire, savoir c'est avoir une longueur d'avance sur son ennemi, son concurrent. L'information peut également être la clé du

⁹ Jean-Christophe GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994.229, 229.

¹⁰ *Id.*

succès dans une stratégie économique. Le choix d'un modèle libéral économique a placé la concurrence au cœur du développement et de la création de richesse. Rien d'étonnant, alors, à ce que l'information ait pris une telle place, alors que les différentes entités du monde économique sont placées en situation d'opposition, de devoir toujours plus ou toujours mieux produire pour garantir la création de richesses et la réalisation de profits. Ce phénomène accompagne le libéralisme économique depuis ses débuts. Savoir avant les autres où se situe un gisement de matières premières, quelle technique employer pour augmenter la productivité, si tel ou tel marché va éclore, si la population d'un pays est sur le point d'accéder à un niveau de richesse suffisant pour constituer un marché d'avenir prometteur, si une entreprise est sur le point de s'agrandir ou de faire faillite... Autant d'informations qui peuvent faire la richesse et le succès de celui qui les connaît, ou la perte définitive de celui qui ne les a pas eues ou pas crues. L'information fait la pluie et le beau temps sur le monde économique. En savoir plus sur son voisin est donc une stratégie qui permet de garder une longueur d'avance sur ses concurrents et donc de se garantir une part satisfaisante du marché.

En outre, la force de travail pure a aujourd'hui été remplacée par des technologies plus performantes, la production de biens par la production de services et les matières premières brutes par l'information, pour évaluer ce qui constitue la richesse. L'information constitue d'ailleurs probablement la nouvelle matière première par excellence des professions dites en col blanc. Y accéder est devenu un enjeu crucial dans tous les aspects de la vie économique moderne : la connaître en priorité, c'est s'assurer d'en retirer tous les bénéfices. La valeur prise par l'information explique pourquoi elle peut être jalousement gardée secrète, dans la mesure où elle permet d'avoir une longueur d'avance sur la concurrence. Ainsi, « dans une société de communication, où l'information a une valeur marchande, une tendance récurrente d'appropriation, consciente ou non, est perceptible. »¹¹ Corrélativement, cette tendance à traiter l'information comme une marchandise signifie aussi que sa révélation, le fait de la rendre accessible peut se marchander. Il est possible qu'elle devienne un bien de consommation parmi d'autres et que l'on souhaite se la réserver pour pouvoir mieux en tirer profit. La presse à scandale en a d'ailleurs bien saisi les ressorts. Loin de l'image que véhicule Internet, l'information n'est donc pas une chose tout à fait publique, en tout cas pas dans toutes ses dimensions. Elle est l'enjeu d'influence et de richesse.

¹¹ Nathalie MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997.330, 330.

6. Intervention juridique en faveur de la protection. La valeur grandissante de l'information et la tentation de la couvrir par le secret pour s'en réserver les avantages ont naturellement tendance à faire émerger des comportements agressifs pour tenter d'y accéder. Le secret peut être la source d'une concurrence féroce et de pratiques de plus en plus prédatrices, consistant à dépouiller autrui de la source de sa réussite, par la captation de l'information. Il n'est pas étonnant, alors, que les juristes se soient saisis de la question, ou qu'on les ait sollicités, afin de garantir la protection de cette information. Non seulement parce qu'elle est devenue une richesse à part entière, mais aussi parce que les comportements que son appropriation développe méritent une régulation, notamment au regard de la concurrence. Le terme de « protection » est d'ailleurs particulièrement bien choisi ici, dans la mesure où il correspond à « l'action, le fait de protéger, de défendre contre un agresseur, un danger »¹². Ainsi, l'intérêt pour la protection de certaines informations s'est manifesté très tôt, par exemple à travers le développement de la propriété industrielle, plus particulièrement le droit des brevets.

Un peu plus tard, la mondialisation de l'économie a aussi agrandi le périmètre des menaces pesant sur l'information voulue secrète. La concurrence n'est plus seulement nationale. C'est ce qui a pu pousser à donner une autre dimension à la protection prodiguée à l'information, particulièrement économique, à travers des lois de blocage¹³ : elles permettent aux personnes françaises, physiques ou morales, détentrices d'informations ayant un certain intérêt stratégique, de refuser de les transmettre à des autorités étrangères, si leur « communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public »¹⁴. Enfin, la protection de l'information peut aussi passer par l'obligation de la taire¹⁵.

7. Intérêts de la protection de l'information : stimulation de l'innovation. Au-delà de l'intérêt pécuniaire, la protection de l'information économique révèle d'autres enjeux. La possibilité offerte à celui qui la crée de la garder par-devers lui est un outil essentiel pour stimuler l'innovation et la création. Prenons un exemple : le développement d'une nouvelle technologie, comme une voiture autonome, une montre connectée, un ordinateur quantique ou un vaccin contre une nouvelle maladie, suppose des investissements considérables, en termes de temps, d'argent, de ressources humaines... On peut alors tout à fait comprendre que l'entité

¹² *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Protection (consulté le 20 juillet 2021).

¹³ *Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*, J.O. 27 juillet 1968, p. 7267.

¹⁴ *Id.*, art. 1^{er}.

¹⁵ *Infra*, n°412 et suiv.

à l'origine du développement de ce type de technologies avancées attend un certain retour sur cet investissement, que le fruit de ce travail soit récompensé. Cela est valable aussi pour une entreprise qui développe une technique d'optimisation fiscale ou une organisation sociale qui la rend particulièrement performante. Il semble assez logique que ces entreprises innovantes souhaitent obtenir la protection de ces informations participant à leur fonctionnement cohérent, leur dynamisme économique et plus largement, à leur épanouissement. S'il suffisait à chaque concurrent de récupérer les informations des autres sans autre forme de contrôle, il n'y aurait plus grand intérêt à investir autant en recherche et développement pour stimuler la création de nouvelles technologies, puisque rien ne garantirait alors de tirer les bénéfices de ses propres idées¹⁶ sans subir les assauts de la concurrence. Assurer une confidentialité minimale à ces informations économiques « [permet] aux créateurs et aux innovateurs de tirer profit de leur création ou de leur innovation et sont dès lors particulièrement [importantes] pour la compétitivité des entreprises »¹⁷. Corrélativement, permettre trop aisément l'accès aux informations économiques des entreprises « [compromettrait] la possibilité légitime pour [leurs] détenteurs (...) de bénéficier des avantages liés » à l'exploitation de celles-ci¹⁸. On ne peut inciter à la création et à l'innovation que si l'on permet à ceux qui en jouent le jeu de pouvoir récolter les fruits de leur travail, ce qui suppose de leur donner quelques garanties sécurisant l'information, la source de toute création. C'est d'ailleurs sur ces principes que se fondent les législations protégeant les propriétés intellectuelle et industrielle.

Ce contexte permet aussi de mieux comprendre la nécessité de développer des législations en faveur de la protection du secret des affaires. La France¹⁹, le Canada²⁰ et l'Union européenne²¹ en sont des exemples récents, démontrant que l'intérêt pour la protection de l'information, particulièrement dans un contexte économique, ne se dément pas. Ainsi, cette dernière est un enjeu d'influence, un enjeu de richesse et un enjeu d'innovation et de stimulation de la créativité.

8. Intérêts de la protection de l'information : enjeux de pouvoir. Enfin, la maîtrise de l'information est un enjeu de pouvoir. Posséder l'information, c'est la contrôler, dans son

¹⁶ 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 divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, J.O.U.E. 15 juin 2016, p. L157, par. 4 (ci-après « Directive sur le secret des affaires »).

¹⁷ *Id.*, par. 2.

¹⁸ *Id.*, par. 4.

¹⁹ Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, J.O. 31 juillet 2018, texte n°1.

²⁰ Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – États-Unis – Mexique, L.C. 2020, c. 1, art. 37. Dans cette loi très diverse, on trouve quelques dispositions relatives à la protection du secret industriel.

²¹ Directive sur le secret des affaires, préc., note 16.

contenu, sa forme et sa diffusion. La publicité en est le parfait exemple : l'objectif est de promouvoir un produit en accentuant les qualités, mais en passant soigneusement sous silence d'autres éléments qui pourraient dissuader de se le procurer. Les enjeux sont naturellement économiques, le profit pour le vendeur dépendant aussi de sa capacité à convaincre (ou persuader) d'acheter. Il n'est alors plus forcément question de dissimuler l'information – ou du moins pas entièrement – mais plutôt d'en manipuler le sens à son avantage. L'information est utilisée, détournée, peut-être falsifiée, pour obtenir un gain économique, parfois au détriment des consommateurs ou du public de manière plus générale. Cette inégalité face à l'accès à l'information a pu encourager le développement de législations protectrices de celle-ci, mais cette fois-ci pour en garantir l'intégrité. Certaines infractions de presse issues de la *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*²² en France, ou du *Code criminel* au Canada, visent directement à prévenir le mensonge²³. Par exemple, l'art. 27 de la loi française incrimine la diffusion de nouvelles fausses de nature à nuire à l'intérêt public ; son équivalent au Canada était l'art. 181 C. crim.²⁴, ce dernier ayant été déclaré inconstitutionnel en 1992²⁵ et abrogé en 2019²⁶. D'autres textes garantissent cette intégrité à travers une interdiction de l'instrumentalisation de l'information en matière de consommation²⁷, sur les marchés financiers²⁸... La transparence est devenue un enjeu prégnant et pas seulement en matière politique et de vie publique. Comme on vient de le constater, l'économie n'est pas épargnée par cette préoccupation. En conséquence, l'information présente des enjeux d'influence, de richesse, d'innovation et enfin de pouvoir.

9. Difficulté à dégager une vision globale de l'information. Si protéger l'information a été le premier et principal enjeu, qui s'est organisé de façon protéiforme, les juristes ne se sont pas vraiment souciés d'étudier plus avant l'objet même de cette protection. En tant que relative

²² *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, J.O. 30 juillet 1881, p 4201 (ci-après « Loi sur la liberté de la presse »).

²³ Par exemple, l'infraction de fraude, incriminée à l'art. 380(1) C. crim., fait expressément référence au mensonge, pour « [frustrer] le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, service, argent ou valeur ». On peut imaginer que l'information fasse l'objet d'une telle manipulation.

²⁴ Art. 181 C. crim. : « Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, volontairement, publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. »

²⁵ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

²⁶ *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois*, L.C. 2019, c. 25, art. 62.

²⁷ Par ex. art. L111-1 et suiv. C. conso. (obligations générales d'information des consommateurs avant tout contrat lié à un bien ou un service) ; *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 74.01 (pratiques commerciales trompeuses) ; *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, L.R.C. 1985, c. C-38 ; *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, L.C. 2010, c. 21.

²⁸ La protection de l'information économique peut passer par la prohibition du délit d'initié et autres manipulations des cours : art. L465-1 et suiv. C.M.F. ; *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c.V-1.1, art. 187 et suiv.

nouveauté juridique, l'information n'a pour elle-même été étudiée que tardivement²⁹. Il n'existe pas de définition uniforme, unanime et satisfaisante de l'information, qui serait applicable à l'ensemble des cas où ce vocabulaire est utilisé, en France ou au Canada. C'est ce qui peut expliquer la complexité qu'il peut y avoir à l'appréhender à partir du droit. Nous développerons ultérieurement et en détails la définition juridique que l'on peut donner de l'information, particulièrement lorsqu'elle est économique³⁰. Pour l'heure, on peut remarquer qu'elle possède de nombreux synonymes, tels que renseignement³¹, message³², nouvelle³³, donnée³⁴, scoop³⁵... On en retient globalement l'idée d'apprendre quelque chose qu'on ne connaît pas. Quant à sa nature économique, elle nous oriente vers un domaine plus précis affilié à l'information, à savoir celui de l'administration ou de la gestion des richesses³⁶. Déjà, le vocabulaire dirige la compréhension du sujet vers une vision mercantile de l'information, en tant que valeur et richesse, dans une forme de réification primitive. Il est certain que l'adjonction de l'adjectif « économique » à l'information exclut de l'étude les informations publiques, accessibles à tous et sur lesquelles il ne semble pas possible d'apposer une valorisation. Le terme a aussi tendance à associer le sujet au monde des affaires, plutôt qu'à une analyse publiciste de l'information, dans ce contexte précis.

10. Suspicion autour du secret. Lorsque l'on fait état de tous les intérêts, fort légitimes, à la protection de l'information, on peut comprendre qu'on recourt fréquemment au secret pour y parvenir, dans la mesure où il assure une forme de réservation. La multiplication des secrets légaux en est d'ailleurs le témoin. Mais le secret est aussi de nature à faire naître le doute et la suspicion. Si l'on peut comprendre l'ensemble des raisons qui poussent les entreprises détentrices d'informations à vouloir les garder pour elles pour mieux les contrôler, le secret peut aussi être un prétexte à la dissimulation et à la manipulation. Lorsqu'il entoure certaines informations, il a pu être l'occasion de dérives et pratiques douteuses, au nom du profit et de la prospérité économique. Dans certains cas, des scandales ont pu même éclater, mettant en

²⁹ Par ex. : Pierre CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *RRJ* 1983.185 ; Elise DARAGON, « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998.63 ; J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », préc., note 9 ; N. MALLET-POUJOL, préc., note 11.

³⁰ *Infra*, n°78.

³¹ Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12e éd. mise à jour, Paris, PUF, 2018, p. 546, °Information ; *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Information (consulté le 20 juillet 2021).

³² *Dictionnaire des synonymes et nuances*, Nouvelle éd., coll. Collection les usuels, Paris, Le Robert, 2011, p. 632, °Information ; *Le Grand Robert de la langue française*, *id.*

³³ *Dictionnaire des synonymes et nuances*, *id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Economie (consulté le 20 juillet 2021).

lumière à quel point le secret pouvait apparaître comme un moyen bien commode de ne pas révéler des informations, pourtant susceptibles de concerner tout un chacun.

L'entreprise DuPont aux États-Unis est un cas d'école pour ce que le secret peut permettre d'innovations et de désastres. Au début du 19^{ème} siècle est fondée cette entreprise spécialisée dans la chimie, qui s'impose au siècle suivant comme une des grandes entreprises de l'industrie pétrochimique. On lui doit la création d'inventions dont personne ne contestera l'utilité, comme le Néoprène ou le Nylon³⁷. Ces produits révolutionnaires ont certainement contribué au succès de la firme. En ce sens, on peut comprendre que les investissements réalisés dans la recherche et le développement de ces nouveaux matériaux soient garantis par des droits spéciaux, pour qu'elle puisse en tirer profit par la suite. Mais on doit aussi à DuPont d'autres produits beaucoup plus douteux, comme le tétraéthyle de plomb, ajouté à l'essence pour éviter tout risque d'explosion³⁸. Bien que les effets délétères du plomb sur l'environnement et la santé humaine aient été connus depuis longtemps, l'entreprise les a niés pendant longtemps, arguant d'ailleurs que les données scientifiques n'étaient pas concluantes à ce sujet³⁹. Mais le plus gros scandale lié à cette compagnie concerne probablement le produit mondialement le plus connu qu'elle ait inventé : le PFOA, plus communément appelé Téflon. Cet antiadhésif très puissant s'est invité dans toutes les cuisines de l'occident pendant des décennies. Dès les années 60, DuPont connaissait l'effet cancérigène de ce produit⁴⁰, sans pour autant que sa commercialisation ne décline. Il a fallu attendre le début des années 2000 et un recours collectif aux États-Unis pour que les effets toxiques de ce produit soient entièrement révélés⁴¹.

L'histoire de DuPont est la même que celle d'autres grandes firmes ayant profité pendant des décennies du secret entourant leurs produits. Les cigarettiers ont dissimulé les effets cancérigènes du tabac pour continuer à le vendre, alors qu'ils avaient eux-mêmes déjà connaissance desdits effets⁴². Ces faits ont conduit à un procès historique au Québec, mené là encore sur la base d'un recours collectif ayant abouti pour l'heure en appel : la Cour d'appel du Québec a confirmé la décision de condamnation rendue en première instance⁴³, établissant ainsi la responsabilité des groupes industriels dans les dommages causés par leurs produits sur la

³⁷ Aureliano TONET, « Gloire et déboires d'un géant de la chimie », *Le Monde*, 22 août 2020, p. 16.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, 2019 QCCA 358, par. 24. Pour un récit historique sur le sujet : Franck CUEILLIER et Pascal VASSELIN, *La fabrique de l'ignorance*, documentaire, Arte, 2020.

⁴³ *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, préc., note 42.

santé humaine. On peut citer aussi le groupe Monsanto, qui s'est longtemps caché derrière le secret industriel pour dissimuler l'ampleur de ses connaissances sur la pollution générée par ses produits, conduisant à la contamination de territoires entiers et à l'intoxication des générations qui avaient utilisé ses produits⁴⁴. Les procès gagnés contre la firme ont été eux aussi l'occasion d'une forte prise de conscience du danger représenté par ses produits⁴⁵. En France, le laboratoire Servier a été condamné en 2021 pour avoir commercialisé un médicament qu'il savait dangereux pour la santé, mais dont il a délibérément ignoré les risques⁴⁶.

11. Manipulation de l'information. On pourrait multiplier encore longuement les exemples, mais ce qui lie l'ensemble de ces scandales, ce n'est pas seulement qu'ils concernent tous l'industrie chimique, dans ses diverses applications. Ces grandes compagnies ont avant tout profité du secret offert légalement dans le cadre de leurs activités économiques pour tenir leur connaissance de la gravité du danger à l'écart de toute investigation publique, et ce pendant des décennies. Le secret a permis l'épanouissement de ces compagnies, au détriment de la protection de l'environnement et de la santé humaine. Ensuite, elles ont fréquemment eu recours à la science comme support de contestation des allégations alertant des dangers en raison de l'utilisation ou la consommation de ces produits. Placer le débat sur un plan scientifique permet de profiter des incertitudes de la méthode scientifique : d'une part, la science établit le plus souvent des corrélations ou des probabilités pour parler des interactions de deux éléments entre eux, mais pas réellement de causalité, comme le font les juristes. Ceci a pu constituer une base d'argumentation pour affirmer qu'il n'existait pas de certitude scientifique autour des effets néfastes d'un produit. D'autre part, les industriels ont aussi pu commander des études à des scientifiques aguerris, pour que ces derniers attestent de résultats minorant les effets de leurs produits, en échange de promesses de financement d'autres recherches ou de rémunérations confortables⁴⁷. Outre que ce genre de pratiques décrédibilise la science, il instrumentalise le débat scientifique, qui doit en principe exister au sein d'une discipline. Ce dévoiement des sciences a en tout cas pour conséquence de créer un écran de fumée, de nature à faire naître le

⁴⁴ Soren SEELow, « Monsanto, un demi-siècle de scandales sanitaires », *Le Monde.fr*, 7 mars 2012, en ligne : <https://www.lemonde.fr/planete/article/2012/02/16/monsanto-un-demi-siecle-de-scandales-sanitaires_1643081_3244.html> (consulté le 21 juillet 2021).

⁴⁵ Corine LESNES, « Premier procès du glyphosate aux États-Unis », *Le Monde*, 25 juin 2018, p. 6 ; Cécile BOUTELET, « Bayer : le rachat de Monsanto vire au cauchemar », *Le Monde*, 30 mars 2019, p. ECO16 ; Jean-Michel BEZAT, « Quand le pot de terre gagne contre le pot de fer », *Le Monde*, 23 octobre 2020, p. ECO16.

⁴⁶ Pauline DUFOURQ, « L'affaire Médiateur : retour sur un dossier « hors norme » », *Dalloz Actualités*, 9 avril 2021, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-affaire-mediator-retour-sur-un-dossier-hors-norme>> (consulté le 21 juillet 2021).

⁴⁷ F. CUVEILLIER et P. VASSELIN, préc., note 42.

doute sur les allégations de danger encouru. C'est là aussi une manipulation de l'information, un détournement de celle-ci.

12. L'enjeu démocratique du déséquilibre informationnel. Ces exemples sont particulièrement emblématiques, mais permettent surtout de souligner une problématique centrale soulevée par l'information : si l'on comprend bien que, dans certaines circonstances, il est légitime de la garder secrète, il l'est moins de le faire lorsque cela conduit à des dérives sanitaires telles que celles que nous avons pu évoquer. Peut-on vraiment admettre de sacrifier la protection de la vie, la santé ou l'environnement, au nom d'intérêts purement économiques ? Au-delà de cette présentation pragmatique, le secret et la manipulation de l'information posent plus largement un problème démocratique et de liberté. L'insuffisance d'accès à des informations fiables sur un produit ou un phénomène ne permet pas à chacun de choisir librement de continuer à le consommer ou de se mettre à l'abri de ses effets néfastes, bref de faire usage de son libre arbitre. Le secret et la duplicité conduisent à un déséquilibre informationnel, favorisant les pratiques industrielles les plus débridées, ainsi qu'à une inégalité notoire entre ceux qui savent et ceux qui ne savent pas. On ne peut alors que comprendre les voix qui s'élèvent pour réclamer, à l'opposé du secret, davantage de transparence et de régulation des activités économiques.

13. Paradoxe de l'information. À ce stade, si l'on peut résumer, il existe autant suffisamment de raisons de protéger l'information économique, que de lever le secret, motivées par l'expérience des dérives concrètes dont se sont rendus coupables certains grands groupes industriels. Le secret entourant l'information est bien un enjeu de pouvoir et, utilisé à l'excès, il a plutôt tendance à faire naître la défiance envers ceux qui la contrôlent. Elle est l'objet de mouvements contraires, à la fois en direction d'un renforcement de la confidentialité et en direction un besoin grandissant de transparence, sur fond d'enjeux démocratiques. Les questions relatives à l'information ne concernent plus seulement l'entreprise qui la détient. Elles sont entrées dans le débat public en même temps que l'on s'est rendu compte que les activités des compagnies ne concernaient pas uniquement leurs seuls intérêts privés, mais plus universellement la société dans son ensemble. L'évolution de l'état de la question marque un tournant dans la façon dont est perçue la place des groupes privés dans la société. Ils ne sont plus tout à fait privés justement, dans la mesure où leurs activités ont des retentissements qui dépassent largement leurs seuls intérêts et les frontières de leur enceinte, matérielle ou virtuelle. L'information est donc l'objet d'un paradoxe : tantôt objet de secret et de privilège, tantôt essentiel à la défense des intérêts communs et des libertés individuelles.

14. La manifestation de ce paradoxe : les lanceurs d'alerte. Cette évolution paradoxale de la situation de l'information économique tient une place particulière, dans la mesure où elle se manifeste de manière tout à fait concrète à travers la figure du lanceur d'alerte. D'ailleurs, dans plusieurs des exemples évoqués précédemment, les faits ont été dévoilés au public par l'intermédiaire d'un lanceur d'alerte. C'est ce qui ressort de l'affaire des cigarettiers : les documents confidentiels permettant de constater toute la duplicité des industriels du tabac ont fuité grâce à l'intervention d'un employé⁴⁸. C'est aussi de cette façon qu'a été porté à la connaissance du public le scandale du Médiateur, à travers cette fois les travaux d'une pneumologue ayant établi un lien entre une maladie pulmonaire et la prise de ce médicament.

Mais l'alerte ne s'exerce pas uniquement dans le milieu industriel. Le nombre de scandales divers qui rythment l'actualité ces dernières années démontre que le phénomène de l'alerte est loin d'être marginal : l'affaire Swissleaks a été rendue publique grâce à l'intervention d'un employé qui a fourni une liste de personnalités publiques ayant bénéficié d'une aide active de la banque HSBC pour échapper en partie à l'impôt dans différents pays⁴⁹ ; des pratiques similaires avaient déjà été découvertes de la part de la banque UBS⁵⁰, là encore grâce aux révélations d'un lanceur d'alerte⁵¹ ; dans l'affaire Luxleaks, cette fois-ci, deux lanceurs d'alerte ont permis de comprendre comment les autorités luxembourgeoises ont mis en place des accords fiscaux avec de multiples grandes multinationales, permettant à celles-ci d'éviter largement l'impôt et privant corrélativement d'autres États de revenus⁵² ; plus célèbre encore, l'affaire des Panama Papers est issue d'une gigantesque fuite de documents ayant permis de révéler la pratique massive de l'évasion fiscale au Panama, par des personnalités du monde entier. Il semblerait que ces révélations aient elles aussi été rendues possibles par l'intervention d'un ou plusieurs lanceurs d'alerte⁵³, dont les identités restent à ce jour inconnues.

L'alerte se pratique aussi dans le secteur public. Edward Snowden en est l'exemple le plus emblématique, en ce qu'il a révélé les écoutes massives pratiquées par la NSA à l'encontre des citoyens américains et de certains dirigeants étrangers. En France, un commandant de police

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ Mathilde DAMGE et Maxime VAUDANO, « Des scandales financiers en cascade », *Le Monde*, 6 avril 2016, p. 7.

⁵⁰ Jean-Michel BEZAT, « UBS : « Les deux procès ont mis au jour un système bien rodé » », *Le Monde.fr*, 23 mars 2021, en ligne : < https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/03/23/ubs-les-deux-proces-ont-mis-au-jour-un-systeme-bien-rodé_6074151_3234.html > (consulté le 12 juillet 2021).

⁵¹ M. DAMGE et M. VAUDANO, préc., note 49.

⁵² *Id.* L'affaire a été jugée devant la Cour européenne, qui s'est prononcée sur cette affaire en mai 2021 (*Infra*, n°32).

⁵³ Anne MICHEL, « Le trésor de guerre des « Panama Papers » », *Le Monde*, 19 octobre 2019, p. ECO12.

avait révélé les dysfonctionnements des fichiers de police et les atteintes aux libertés qu'ils pouvaient engendrer⁵⁴ ; un brigadier a, quant à lui, subi une sanction disciplinaire après avoir révélé les maltraitements infligés aux personnes détenues au dépôt du tribunal de grande instance de Paris, en attendant d'être présentées à un juge⁵⁵. Au Québec, c'est un fonctionnaire agronome du ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation qui a été l'objet d'un congédiement, après avoir révélé les compromissions de l'administration de la province avec les industriels du secteur, conduisant à maintenir un usage intensif et controversé des pesticides⁵⁶. L'alerte touche même le milieu scientifique⁵⁷, lorsque les recherches menées vont à l'encontre des dogmes établis⁵⁸ ou des intérêts du monde économique⁵⁹.

On pourrait encore multiplier les exemples mais, on l'aura compris, le lanceur d'alerte est devenu une figure incontournable, peut-être même familière de l'actualité. On retrouve des lanceurs d'alertes dans tous les domaines, montrant qu'il ne s'agit là certainement pas d'un phénomène marginal. Quel que soit le contexte, le lanceur d'alerte participe activement au traitement de l'information en la rendant accessible, là où l'on souhaitait au contraire la taire. À ce titre, il se situe à la charnière entre les deux courants traversant l'information économique, à savoir le secret et la transparence. D'un même acte de prise de parole, il trahit le premier et permet la seconde en mettant l'information économique à la disposition du public. Il est l'incarnation même du paradoxe associé à l'information économique.

15. Le choix de l'alerte : préjugés et objectifs de recherche. Au premier abord, on pourrait penser que l'alerte n'est pas véritablement un sujet de recherche. Après tout, qui pourrait contester les bienfaits d'un accès facilité à l'information pour le public ? À ce titre, le lanceur d'alerte bénéficie assez souvent d'un *a priori* favorable dans l'opinion, d'une vision un peu romantique, faisant de lui un héros au service de la société. Plus encore, c'est un héraut moderne. En effet, on s'aperçoit que les études juridiques consacrées à l'alerte sont toutes relativement récentes, comme s'il s'agissait d'une nouveauté dont il faudrait se préoccuper. Toutefois, l'histoire et la sociologie montrent que le phénomène n'a en réalité rien de nouveau

⁵⁴ Laurent BORREDON, « Peine symbolique pour Philippe Pichon, « lanceur d'alerte » sur les fichiers de police », *Le Monde*, 24 octobre 2013, p. 10.

⁵⁵ Juliette BENEZIT, « Accusation de racisme au dépôt du tribunal de Paris », *Le Monde*, 29 juillet 2020, p. 9.

⁵⁶ Marie-Claude LORTIE, « Louis Robert persiste et signe », *La Presse*, 28 avril 2021, en ligne : < <https://www.lapresse.ca/actualites/2021-04-28/louis-robert-persiste-et-signe.php> > (consulté le 21 juillet 2021).

⁵⁷ Marie-Angèle HERMITTE, « Le lanceur d'alerte, héros des sociétés scientifiques et techniques ? », dans *Héroïsme et droit*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2014, p. 135.

⁵⁸ *Id.* aux pages 139 et 140.

⁵⁹ Paul BENKIMOUN, « Les méfaits du sel caché », *Le Monde*, 16 avril 2008, p. 23.

– même s’il apparaissait sous un vocabulaire différent⁶⁰ – mais aussi que son rapport avec la société dans laquelle il s’insère est bien plus complexe. L’approbation de l’alerte est loin d’être aussi systématique qu’on pourrait le croire, ce qui se reflète sur l’état actuel du droit, en France et au Canada.

En effet, si l’alerte consiste à révéler des informations, notamment économiques, et si elle bénéficie d’une image plutôt positive, cela n’enlève rien à la puissance de l’arsenal juridique mis au service de la protection de ces dernières contre toute forme de divulgation. Cet arsenal s’appliquera alors potentiellement au lanceur d’alerte, ce qui ne semble pas vraiment de nature à encourager sa prise de parole. L’enjeu principal du sujet est alors de savoir comment s’appliquent ces règles de droit protectrices au cas particulier du lanceur d’alerte et plus spécifiquement quels sont leurs effets sur sa capacité à partager librement ses inquiétudes. Est-il possible de lui ménager un espace de parole, malgré l’importance des moyens mis en œuvre pour protéger l’information économique ?

16. Origine de l’expression. On doit l’expression française de lanceur d’alerte à deux sociologues, ayant exploré le sujet en France à la fin du 20^{ème} siècle⁶¹. Mais le phénomène est lui-même plus ancien que cela. Le concept d’alerte vient d’ailleurs des États-Unis, où l’on utilise l’expression *whistleblower* pour désigner justement ces personnes qui prennent la parole pour attirer l’attention du public sur des faits préoccupants. Le terme serait apparu à l’occasion de deux affaires, celle des *Pentagone Papers* qui a éclaté en 1971 et révélant des informations compromettantes à propos de la guerre du Vietnam, suivie en 1972 par le *Watergate*⁶². Dans les deux cas, c’est le fait que les affaires aient été révélées par des personnes proches du cercle des commanditaires ou des responsables qui les singularise. Le recours à cette expression avait pour but justement de marquer la différence existant entre la démarche entreprise ici par cette nouvelle sorte de dénonciateur ici, à savoir la légitime information du public, et la délation ou dénonciation, dans une acception moins noble⁶³.

En France, ce sont les deux sociologues Francis Chateauraynaud et Didier Torny⁶⁴ qui ont proposé de traduire l’esprit de ce que décrit l’expression américaine en lanceur d’alerte⁶⁵.

⁶⁰ *Infra*, n°16.

⁶¹ F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNÉ, préc., note 6 : Marie-Christine SORDINO, « Lanceur d’alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », *Rev. Sociétés*. 2017. 198, n°6.

⁶² Nicolas Marie MEYER, « Le droit d’alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », *AJDA* 2014.2242, 2243.

⁶³ Serge SLAMA, « Le lanceur d’alerte, une nouvelle figure du droit public ? », *AJDA* 2014.2229, 2230.

⁶⁴ F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNÉ, préc., note 6.

⁶⁵ N. M. MEYER, préc., note 62, 2244.

Le choix d'un tel vocabulaire n'est pas tout à fait innocent. Il permet de distinguer l'alerte d'autres termes qui lui sont proches, pour en faire une notion autonome.

17. Alerte et expressions voisines. L'alerte n'est pas délation. Ce serait même plutôt l'exact opposé. Tandis que la délation est décrite comme la « dénonciation inspirée par des motifs méprisables »⁶⁶, l'utilisation du vocabulaire d'alerte renvoie plutôt à un « appel à la vigilance »⁶⁷. Elle est aussi entendue comme un « état de mise en défense, d'éveil, pour parer au danger, à une situation critique »⁶⁸, ou encore comme une « menace très sensible d'une situation critique, dangereuse »⁶⁹. On comprend alors que lancer l'alerte renvoie davantage à l'idée d'avertir d'un danger, plus ou moins sur le point de se concrétiser. Ce sont donc des faits qui sont au cœur de l'alerte et non des personnes.

C'est peut-être d'ailleurs à cela que tient la principale différence entre les notions d'alerte et de dénonciation. Ce substantif est certes en partie un synonyme, dans la mesure où il signifie le fait de « faire connaître publiquement une chose pour que l'opinion la condamne »⁷⁰ ou plus largement « faire connaître, révéler quelque chose »⁷¹. Dans cette acception, il n'existe en effet pas de différence entre l'alerte et la dénonciation. Mais cette dernière s'entend aussi comme « signaler quelqu'un comme coupable »⁷². D'ailleurs, dans un sens purement juridique, dénoncer est un « acte par lequel un citoyen signale aux autorités policières, judiciaires ou administratives une infraction commise par autrui »⁷³. La dénonciation concerne donc une double dimension, *in rem* et *in personam*. Il ne s'agit pas seulement de s'intéresser aux faits, mais aussi aux personnes, dimension absente de la notion d'alerte⁷⁴. D'ailleurs, on peut aussi se dénoncer soi-même, c'est-à-dire se désigner comme coupable⁷⁵, formule réfléchie beaucoup moins commune avec le verbe alerter⁷⁶, et qui n'a en tout cas pas la même signification. Ainsi, le lanceur d'alerte est celui qui avertit de faits dangereux sur le point ou déjà en train de se réaliser et qui agit dans un esprit noble, détaché de toute intention

⁶⁶ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °*Délation* (consulté le 26 septembre 2021).

⁶⁷ *Id.*, °*Alerte* (consulté le 26 septembre 2021). Dans le même sens : M.-C. SORDINO, « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », préc., note 61, n°11

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.*, °*Dénoncer*.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ Thierry DEBARD (DIR.) et Serge GUINCHARD (DIR.), *Lexique des termes juridiques*, 29e., Paris, Dalloz, 2021, p. 537, °*Dénonciation* ; Maïté FERRET-LESNE, « Du dénonciateur de l'ancien droit procédural au lanceur d'alerte », dans Marie-Christine SORDINO, *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ?*, Montpellier, Presse de la Faculté de droit et science politique de Montpellier, 2016, p. 7 à la page 9.

⁷⁴ M. FERRET-LESNE, préc., note 73 à la page 30.

⁷⁵ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °*Dénoncer* (consulté le 26 septembre 2021).

⁷⁶ *Id.*, °*Alerter* (consulté le 26 septembre 2021).

de nuire à autrui⁷⁷. Comme l'écrivent deux sociologues français, « l'alerte se constitue à l'intersection de l'évènement et de l'action, du phénomène et de son évaluation critique »⁷⁸, ce qui confère une dimension très objective à cette démarche.

18. Définition propre de l'alerte. Une fois que l'on est parvenu à distinguer l'alerte d'autres notions voisines, il reste à savoir quel sens propre donner à l'expression. Les définitions qui ont été données de la notion sont si nombreuses qu'il paraît difficile d'être tout à fait exhaustif. On retiendra seulement les plus importantes, issues de plusieurs contextes différents, ce qui devrait permettre de se faire une image globale de la question.

Pour le sociologue Francis Chateauraynaud, l'expression recouvre deux sens distincts, l'un plus sociologique et descriptif de son mécanisme que l'autre. D'abord, le lanceur d'alerte est « toute personne, groupe ou institution qui, percevant les signes précurseurs d'un danger ou d'un risque, interpelle une ou plusieurs puissances d'action, dans le but d'éviter un enchaînement catastrophique, avant qu'il ne soit trop tard. »⁷⁹ Ici, l'alerte a véritablement un rôle préventif, en ce qu'elle permet de prévenir un danger, non pas par l'action directe d'une personne ou d'un groupe de personnes, mais en provoquant celle d'une autre puissance, qui en aurait *a priori* le pouvoir. Dans un second sens, par ailleurs plus proche des autres définitions retenues, le lanceur d'alerte est

« Toute personne ou groupe qui rompt le silence pour signaler, dévoiler ou dénoncer des faits, passés, actuels ou à venir, de nature à violer un cadre légal ou réglementaire ou entrant en conflit avec le bien commun ou l'intérêt général. »⁸⁰

Cette définition apparaît plus juridique et moins sociologique, dans la mesure où elle ne se contente pas de décrire le mécanisme de l'alerte. On y voit déjà l'idée d'une rupture, celle du silence. Il en ressort en outre que l'alerte peut tendre vers un autre objectif : elle ne vise pas seulement à prévenir un danger pour en éviter les conséquences néfastes, mais aussi à faire connaître des faits qui se sont déjà produits. De ce point de vue, cette définition de l'alerte se rapproche davantage de la notion de dénonciation, si ce n'est qu'il n'est effectivement pas question d'y dénoncer des personnes, mais bien des faits. Cela confirme la pertinence de la distinction faite entre les deux notions. En outre, les faits ici dénoncés ne sont pas de n'importe

⁷⁷ *Mutatis mutandis* : Sébastien SCHEHR, « L'alerte Comme Forme De Déviance: Les Lanceurs D'alerte Entre Dénonciation Et Trahison », (2008) 32-2 *Deviance et Société* 149-162, 160.

⁷⁸ F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNÉ, préc., note 6, p. 34.

⁷⁹ Francis CHATEAURAYNAUD, « Lanceur d'alerte », in Ilaria CASILLO, avec Rémi BARBIER, Loïc BLONDIAUX, Francis CHATEAURAYNAUD, Jean-Michel FOURNIAU, Rémi LEFEBVRE, Catherine NEVEU et Denis SALLES (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, en ligne : <<http://www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte>> (consulté le 4 octobre 2021).

⁸⁰ *Id.*

quelle nature, puisqu'ils doivent être contraires à un cadre légal ou réglementaire, ou bien contredire l'intérêt commun. En d'autres termes, l'alerte vise à dénoncer des faits qui sont contraires à la loi au sens large, ou à l'éthique.

On ne reprendra pas la première des précédentes définitions, dans la mesure où elle s'inscrit dans une démarche davantage descriptive d'un phénomène, que d'une définition normative, telle que le droit en produit.

Une autre définition sociologique de l'alerte a tendance à rejoindre cette conception du phénomène : elle consiste à « révéler publiquement une information concernant une organisation dans le but soit de prévenir la collectivité d'un risque pour sa santé ou sa sécurité, soit de l'alerter sur les fraudes et les pratiques délictueuses ayant cours dans ladite organisation »⁸¹. Il s'agit peu ou prou des mêmes éléments, à l'exception notable que l'auteur ajoute le caractère public de la prise de parole et qu'il contextualise l'alerte dans le cadre d'une organisation, tel un groupe détenteur de la personnalité morale. D'ailleurs, cette approche n'est pas dépourvue de tout aspect moral, dans la mesure où les informations révélées concernent directement les actions de l'organisation, ce qui semble induire un regard assez critique posé sur celles-ci. Ainsi, les lanceurs d'alerte « ont en commun d'avoir porté à la connaissance du public des informations qu'ils avaient acquises dans le cadre de leur profession ou de leurs fonctions, en se prévalant de règles éthiques »⁸².

Ensuite, une définition plus européenne du lanceur d'alerte a été proposée, comme désignant « toute personne qui fait des signalements ou révèle des 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. »⁸³ Ici encore, on peut s'étonner de voir que l'alerte est conçue comme un phénomène propre au monde du travail, ce qui place celui qui la lance dans une situation particulière : il n'est pas extérieur à l'organisation dont il dénonce les actions, mais bien au cœur de celle-ci. On y trouve encore une fois la dimension éthique du processus, dans l'idée que le lanceur d'alerte agit en faveur d'une certaine idée de l'intérêt général et du bien commun.

⁸¹ S. SCHEHR, préc., note 75, 149.

⁸² Didier THOMAS, « Préface », dans Marie-Christine SORDINO, *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ?*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et sciences politiques de Montpellier, 2016, p. 4 à la page 4.

⁸³ COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, *Protection des lanceurs d'alerte*, Recommandation CM/Rec(2014)7, 2014, p. 9.

19. Définitions françaises : précision de l'alerte et distinction de notions voisines.

En France, le Conseil d'État propose une approche un peu différente : « le lanceur d'alerte signale, de bonne foi, librement et dans l'intérêt général, de l'intérieur d'une organisation ou de l'extérieur, des manquements graves à la loi ou des risques graves menaçant des intérêts publics ou privés, dont il n'est pas l'auteur »⁸⁴. D'abord, cette approche n'établit plus de lien automatique entre l'alerte et son caractère interne. Celle-ci ne vise pas nécessairement à dénoncer uniquement des faits connus dans le cadre de l'emploi. Ce critère n'est donc pas si certainement acquis qu'on pouvait le conclure des définitions précédentes. Ensuite, on voit apparaître l'idée que le lanceur d'alerte est de bonne foi. Il agit donc sans avoir l'intention de nuire. Enfin, la définition précise qu'il ne doit pas être l'auteur des faits qu'il dénonce. Ce critère semble alors distancier le lanceur d'alerte du repentir, ce dernier étant justement celui qui collabore avec les autorités administratives ou judiciaires en dénonçant des faits auxquels il a participé. Ainsi, il « permet d'éviter une activité criminelle, d'en réduire les conséquences ou d'en identifier les auteurs ou complices »⁸⁵. Au contraire, au regard du caractère éthique qui semble traverser toutes les définitions recensées de l'alerte, il ne semble pas possible d'envisager l'alerte comme un équivalent du repentir.

Enfin, on peut citer une dernière définition et pas des moindres, puisqu'elle a été consacrée par 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*⁸⁶. Celle-ci dispose, dans son article 6, que :

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »

Cette définition constitue une synthèse intéressante des précédentes et permet de cerner encore un peu plus la notion qui nous occupe. D'abord, notons ici que, contrairement aux définitions sociologiques précédentes, le législateur français a fait le choix de n'attribuer la

⁸⁴ CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE PLÉNIÈRE, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation française, 2016, p. 11.

⁸⁵ T. DEBARD (DIR.) et S. GUINCHARD (DIR.), préc., note 73, p. 912, °*Repentir*.

⁸⁶ *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. 10 décembre 2016, texte n°2 (ci-après « Loi Sapin 2 »).

qualité de lanceur d'alerte qu'à des personnes physiques. Nous reviendrons plus amplement sur la question⁸⁷, mais il s'agit là d'une réduction considérable du champ potentiel de l'alerte.

Ensuite, si on retrouve ici encore l'idée que le lanceur d'alerte doit être de bonne foi, est introduite une nouvelle condition, selon laquelle ce dernier doit être désintéressé. On comprend donc qu'il ne doit pas agir avec une arrière-pensée, dans un but plus lointain et moins noble que celui de défendre le bien commun⁸⁸. Une telle exigence exclut du domaine de l'alerte ceux qui dénoncent pour en tirer un avantage pécuniaire⁸⁹ : les informateurs, mais aussi tous les professionnels de l'information, dont le métier est justement de révéler des faits⁹⁰. Bien évidemment, il n'est nullement question de remettre en cause la légitimité de la rémunération des journalistes, ni leurs mérites. Mais l'information est leur métier, ce qui les place dans une perspective différente relativement à celle-ci. De même, il semble être nécessaire de distinguer le lanceur d'alerte et la victime⁹¹, dans la mesure où celle-ci, lorsqu'elle révèle les faits aux autorités compétentes, cherche à obtenir réparation de son préjudice, éventuellement à voir condamner pénalement l'auteur. La démarche est tout à fait biaisée et loin d'observer l'objectivité que l'on semble attendre du lanceur d'alerte. Cette exigence semble en outre devoir exclure du domaine de la notion les témoins⁹², les fonctionnaires et agents publics⁹³ dont le statut les obligerait à dénoncer des faits et, plus largement, tous ceux soumis à des obligations légales de dénonciation. Leur intérêt est alors de se conformer à la loi, au risque de se voir eux-mêmes reprocher diverses infractions, allant de l'obligation de dénonciation à des entraves à l'exercice de la justice⁹⁴. Si l'intérêt ici n'est pas l'argent, c'est le fait d'échapper à une sanction, ce qui peut être une motivation tout aussi puissante. Il semble en tout cas impossible de pouvoir cumuler le statut de lanceur d'alerte, de témoin ou de professionnel soumis à une obligation de dénonciation.

⁸⁷ *Infra*, n°732.

⁸⁸ Celui-ci est d'ailleurs toujours lié à l'alerte, même dans cette définition, dans la mesure où les faits dénoncés peuvent constituer « un préjudice [grave] à l'intérêt général ».

⁸⁹ Alexis BAVITOT, « Lanceur d'alerte : insurgé ou tyran ? », (2019) 6 *Dr. pen.* 29, par. 11; François BARRIERE, « Les lanceurs d'alerte », *Rev. Sociétés* 2017.191, par. 13; Valérie MALABAT et Gilles AUZERO, « Les lanceurs d'alerte », dans *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 673 à la page 677.

⁹⁰ Jean-Baptiste PERRIER, « Faits justificatifs – lanceur d'alerte », J.-Cl. Pénal Code, Art. 122-9, fasc. 20, n°13 ; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 677.

⁹¹ J.-B. PERRIER, *Id* ; *Id*.

⁹² *Id*.

⁹³ *Id*.

⁹⁴ Par exemple en France, art. 434-11 et suiv. C. pen. : le fait de s'abstenir de témoigner en faveur d'un innocent, le fait de donner un témoignage mensonger, ou tout simplement de ne pas comparaître.

Cette définition précise que le lanceur d'alerte doit avoir personnellement connaissance des faits qu'il dénonce. Par cette mention, on peut penser que le législateur exige ici qu'il ait directement accès à la source de l'information révélée et non pas qu'on la lui ait rapportée⁹⁵. Si l'on se place du point de vue de l'information économique, cela signifierait qu'il devrait accéder à cette dernière sans avoir besoin de recourir à l'intermédiaire d'une autre personne. Cela semble définitivement exclure les journalistes, dans la mesure où ces derniers font souvent appel à des sources qui leur fournissent les informations dont ils ont besoin, à défaut justement de pouvoir y accéder directement. À l'inverse, ce segment de la définition permet de qualifier de lanceur d'alerte en priorité les employés des groupes retenant l'information économique. On en revient alors au principe selon lequel le lanceur d'alerte agit de l'intérieur même de l'entité à laquelle il appartient, dans le cadre de son emploi. La définition donnée par le Conseil d'État, plus généreuse sur ce point, est ici mise en minorité. On lie inextricablement l'alerte à l'emploi : le lanceur d'alerte est un employé, ou même un fonctionnaire, à condition que les révélations n'entrent pas dans le cadre d'une mission d'information statutairement imposée.

Enfin, cette définition reprend, comme d'autres, l'exigence de bonne foi et la matérialité des informations révélées, relatives à des actes illégaux ou immoraux.

20. Vue d'ensemble de l'alerte. En résumé, le lanceur d'alerte est un employé ou un fonctionnaire, donc de préférence une personne physique⁹⁶, qui dénonce des faits illégaux ou immoraux et non des personnes, de manière désintéressée et de bonne foi, en mettant son action au service du bien commun. Il n'est ni une victime, ni un témoin, ni un journaliste, ni un informateur, ni un professionnel soumis à des obligations de dénonciation et encore moins un auteur d'infraction repent. C'est en quelque sorte un justicier justiciable, qui décide de mettre son action au service du plus grand nombre.

21. Importance historique du choix du vocabulaire. La particularité de cette approche de l'alerte explique pourquoi on a voulu y adosser un vocabulaire spécifique. Ce dernier permet de marquer la distance nécessaire avec les notions voisines déjà connues, qui ne recourent pas tout à fait la même réalité. Mais le choix de recourir à un vocabulaire nouveau n'était pas anodin, tant le phénomène de la dénonciation – et plus encore de la délation – était attaché aux pages les plus sombres de l'histoire contemporaine. D'ailleurs au Canada, on emploie encore volontiers le terme de dénonciateur ou on parle de dénonciation, alors que l'expression de

⁹⁵ F. BARRIERE, préc., note 89, par. 20.

⁹⁶ *Infra*, n°732 et suiv.

lanceur d'alerte n'a pas vraiment cours dans ce pays, à l'échelle fédérale⁹⁷ ou provinciale⁹⁸. Cela semble renforcer l'idée que le contexte historique spécifique à la France a favorisé le développement d'une nouvelle expression propre à traduire la résurgence de ce phénomène, en y adossant une connotation plus positive⁹⁹, de nature à en encourager la pratique. Pourtant, on n'a pas toujours porté un regard aussi négatif sur la dénonciation à travers l'histoire. Les droits coutumiers médiévaux avaient recours à la dénonciation comme un moyen de « ne laisser aucun méfait impuni »¹⁰⁰. Dans les pays de droit écrit, la dénonciation peut même carrément être perçue comme « un mode d'introduction de l'instance judiciaire »¹⁰¹, au même titre que la plainte de la victime. Ainsi, « elle participe au maintien de l'ordre public en évitant que des méfaits, restant clandestins, ne soient pas poursuivis. »¹⁰² Simplement, la dénonciation a uniquement vocation à s'adresser aux autorités de la ville, et non à se faire connaître de l'ensemble de la population. Excepté ce point, la dénonciation fut un temps parfaitement intégrée dans l'Ancien droit comme un moyen de prévenir des actes illégaux. Les réglementations affectées à certains corps de métiers pouvaient également édicter des textes réglementant la dénonciation, notamment pour éviter des fraudes sur des denrées rares, comme l'or ou l'argent¹⁰³, ou essentielles à la vie quotidienne, comme la farine¹⁰⁴ ou le vin¹⁰⁵. Bref, le dénonciateur était une véritable auxiliaire de justice et s'y prêter était un devoir social¹⁰⁶ :

« Dans les textes coutumiers, les termes « dénoncer », « dénonciateur » ne comportent aucune connotation péjorative s'ils restent associés à la révélation de faits délictuels réels, d'éléments avérés ; seule, la dénonciation qualifiée de calomnieuse devient répréhensible. Pour intenter une action en justice, toute source d'information peut être retenue et, en particulier, la dénonciation. »¹⁰⁷

À ce titre, les dispositions coutumières étaient suffisamment équilibrées pour prévoir à la fois des mécanismes de récompenses encourageant la dénonciation et des dispositions punissant les mensonges. L'Inquisition va même plus loin, en imposant le secret autour du nom

⁹⁷ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.1 et suiv. ; *Code canadien du travail*, LR.C. 1985, c.L-2, art. 151.

⁹⁸ *Loi sur l'assurance maladie*, RLRQ, c. A-29, art. 74.1 ; *Loi sur l'assurance médicaments*, RLRQ, c. A-29.01, art. 82.1 ; *Loi sur l'encadrement du secteur financier*, RLRQ, c. E-6.1, titre I, chapitre III, section II : « protection des dénonciateurs » (art 17.0.1 et suiv.).

⁹⁹ Paul STEPHENSON et Michael LEVI, *La protection des donneurs d'alerte, Rapport sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, 2012, par. 1.5.

¹⁰⁰ M. FERRET-LESNE, préc., note 73 à la page 11.

¹⁰¹ *Id.* à la page 12. Voir également p. 20 et 21.

¹⁰² *Id.* à la page 13.

¹⁰³ *Id.* à la page 15.

¹⁰⁴ *Id.* à la page 14.

¹⁰⁵ *Id.* à la page 16.

¹⁰⁶ *Id.* à la page 23.

¹⁰⁷ *Id.*

de celui qui dénonce les activités hérétiques¹⁰⁸. Le contraste est alors encore plus saisissant avec l'image que l'on a aujourd'hui de ceux qui dénoncent. Le vocabulaire fleuri et péjoratif autour de ce phénomène tend à montrer à quel point la période de la Seconde Guerre mondiale et la collaboration qui a accompagné l'occupation allemande – en France à tout le moins – se sont avérées traumatisantes.

22. Approche contemporaine : sociologie de l'alerte. L'idée contemporaine que l'on se fait de la dénonciation, et plus particulièrement de l'alerte, traduit également le regard ambivalent que l'on porte sur elle. Les études sociologiques menées sur ce phénomène en témoignent. Par exemple, l'alerte a été décrite comme une forme de déviance¹⁰⁹, dans la mesure où elle constitue une forme de trahison¹¹⁰. L'emploi de ce terme renvoie à une « forme de rupture »¹¹¹ et ce, sous plusieurs aspects. Il s'agit de rompre avec le secret instauré sur la base d'un lien de confiance et de loyauté qui avait permis l'établissement d'une confiance¹¹² ; de rompre une forme de lien social avec ceux qui étaient admis dans le cercle de la confiance¹¹³ et qui en attendaient une certaine réciprocité¹¹⁴. Le fait de lancer une alerte a donc pour effet de trahir la confiance et d'établir une distance avec le cercle créé autour de la confidentialité, ce dernier étant le plus souvent d'ordre professionnel.

On comprend alors que ces deux formes de rupture entraînent chacune des conséquences propres à la trahison qu'elles reflètent. La confiance rompue incite l'employeur à se défaire de celui qui trahit, faute de pouvoir envisager de renouer un tel lien ; le cercle social trahi aura tendance à provoquer des conséquences plus générales, liées à l'intégration du lanceur d'alerte dans le tissu social. Ce phénomène n'est bien sûr pas réservé au seul cercle de l'entreprise et l'ostracisation touchant le lanceur d'alerte peut se retrouver dans l'ensemble de la société. Un opprobre public tombe sur ce dernier.

« Stigmatisé comme un traître, la rupture devient alors effective, ouvrant la voie à un ensemble de sanctions et de représailles. Cette transgression est ainsi vécue comme un acte contre le [groupe], comme un rejet de ce qui constitue sa spécificité. »¹¹⁵

¹⁰⁸ *Id.* à la page 26.

¹⁰⁹ S. SCHEHR, préc., note 77. Dans le même sens : Marie-Christine SORDINO, « Alerte et droit pénal », dans *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ?*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et sciences politiques de Montpellier, 2016, p. 31 à la page 37.

¹¹⁰ S. SCHEHR, préc., note 77, 150.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ *Id.*, 151.

¹¹⁵ *Id.*

D'un point de vue juridique, cette notion de rupture se traduit à travers le concept de désobéissance¹¹⁶, qui constitue lui aussi une rupture¹¹⁷. Il s'agit de ne plus se conformer, non plus aux règles sociales, mais aux règles juridiques. La force de la sanction, individuelle et sociale, subie par le lanceur d'alerte explique dans bien des cas pourquoi ce dernier ne souhaite pas s'exprimer publiquement dans un premier temps¹¹⁸. Le coût personnel et social de l'alerte paraît souvent très élevé, ce qui est encore renforcé par l'ampleur des sanctions subies en représailles. Ces dernières, qualifiées de « généralement excessives »¹¹⁹, particulièrement par rapport aux conséquences réelles de l'alerte, démontrent peut-être à quel point le sentiment de trahison ressenti est grand.

L'attitude du lanceur d'alerte menace non seulement le corps de valeurs lié à la confiance et à la loyauté, mais aussi, de manière plus générale, la cohésion du groupe dans lequel elle intervient :

« Le traître rend manifeste la fragilité de tout ensemble social, il en est l'incarnation vivante. Qui plus est, de par sa position d'initié, son action produit toujours un effet de surprise aux conséquences multiples : la rupture qu'il provoque sème le doute, instille la méfiance. »¹²⁰

On le voit, les conséquences sociales de l'alerte ont un coût non négligeable, qui ne se mesure pas uniquement à l'aune du préjudice subi par celui dont les informations secrètes ont été révélées. L'alerte affecte la société dans son ensemble, parce qu'elle lui tend un miroir, dont elle n'est pas toujours en mesure d'admettre pouvoir contempler ce qui s'y reflète. Pourtant, les auteurs ne font pas seulement une description inquiétante et sinistre de l'alerte. Celle-ci est porteuse d'autres valeurs qui traversent aussi la société, telles que l'éthique et la protection du bien commun¹²¹. La dimension morale et désintéressée¹²² peut aussi avoir tendance à rallier de nouveaux sympathisants à la cause du lanceur d'alerte, en créant un nouveau système de loyauté, non plus à une organisation, mais à des principes supérieurs¹²³. Ce regard bienveillant

¹¹⁶ Danièle LOCHAK, « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014.2236, 2236 ; Henri OBERDORFF, « Vers un statut européen du lanceur d'alerte ? », dans *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 513 à la page 513.

¹¹⁷ A. BAVITOT, préc., note 89, par. 4.

¹¹⁸ S. SCHEHR, préc., note 77, 151.

¹¹⁹ *Id.*, 153.

¹²⁰ *Id.*, 154.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Id.*, 157.

¹²³ *Id.*

posé sur l'alerte permet de transformer un acte de trahison en un « acte de dévouement »¹²⁴, qui lui donne alors sa légitimité.

Finalement Sébastien Schehr résume l'ambivalence propre à l'alerte en la décrivant comme une « déviance positive »¹²⁵ dans la mesure où, si l'alerte constitue bien une trahison, le poids de celle-ci s'avérerait en réalité supportable pour la personne dont la confiance est trahie et pour la société dans son ensemble. Le paradoxe est donc complet lorsque l'on envisage que l'alerte est à la fois transgression et acte de civisme.

23. L'alerte en tant que processus. Une autre étude sociologique, la première menée en France sur le thème, s'est attelée elle à la description de l'alerte comme un processus¹²⁶. Il s'agit, selon ses auteurs, d'une « démarche, personnelle ou collective, visant à mobiliser des instances supposées capables d'agir et, pour le moins, d'informer le public d'un danger, de l'imminence d'une catastrophe, du caractère incertain d'une entreprise ou d'un choix technologique. »¹²⁷ Dans bon nombre de cas, si ce n'est tous, l'alerte est le produit d'un enchaînement de plusieurs étapes, menant au choix de la lancer. D'abord, ce processus démarre toujours dans une situation normalisée de prudence et de vigilance¹²⁸. C'est alors que certains signaux apparaissent, permettant de détecter une situation sortant justement de ce mode normalisé de vigilance et qui laisse entrevoir un danger. Il faut donc qu'une personne soit en mesure de capter les informations alertant d'un danger, en rupture avec le cours habituel des choses¹²⁹. Ainsi, l'alerte est susceptible de naître dans le contexte d'une situation apparemment sous contrôle. C'est la captation des signaux d'anormalité qui permet d'identifier le danger et de prendre les actions pour y remédier. C'est pour cette raison que ce sont le plus souvent les personnes se trouvant au plus près de l'information, au cœur de l'environnement générateur de dangers qui sont les plus susceptibles de devenir des lanceurs d'alerte, puisqu'elles sont directement en relation avec la situation préoccupante et qu'elles sont le mieux à même de la détecter. Il n'est alors pas étonnant que des employés, ou encore les chercheurs, soient couramment promus au rang de lanceur d'alerte, que ce soit pour la facilité d'accès à l'information pour les uns ou leur capacité à l'interpréter pour les autres.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.*, 160.

¹²⁶ F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNÉ, *préc.*, note 6.

¹²⁷ *Id.*, p. 37.

¹²⁸ *Id.*, p. 26.

¹²⁹ *Id.*, p. 27.

Une fois que le danger a été identifié, le réflexe premier est de se tourner vers les institutions en charge du contrôle et de la vigilance, c'est-à-dire en premier lieu l'État¹³⁰. Ce n'est qu'en l'absence de réaction protectrice de la part de ce dernier que l'alerte prendra toute sa mesure, en s'exportant publiquement. Cette transposition ne va pas sans poser de nouvelles difficultés, notamment quant à la mise en forme de l'alerte, ce qui la rendra plus ou moins audible auprès d'un public plus large, bien qu'initié¹³¹. Les sociologues montrent que sa réussite dépend d'un savant mélange d'amplification, susceptible de réveiller les consciences¹³², de technicité lui conférant sa crédibilité¹³³ et de légitimité morale par l'implication personnelle de son auteur¹³⁴. Bien sûr, toutes les alertes ne présentent pas les mêmes défis techniques et certaines n'ont pas nécessairement besoin de faire l'objet d'une certaine dramatisation, tant les faits sont en eux-mêmes sources de profondes inquiétudes. En tout cas, « le dispositif d'expression de l'alerte marque le degré d'urgence, le temps qui est accordé à une résolution, et le degré d'extension du phénomène, sa portée, en relation avec un territoire. »¹³⁵

24. Lien tenu entre alerte et vérité. Il semble toutefois que la vérité n'ait pas grand-chose à voir avec la crédibilité de l'alerte. « Pour lancer une alerte, nul besoin de « preuve formelle ». »¹³⁶ Au mieux faut-il que les faits paraissent tangibles¹³⁷. D'un point de vue sociologique, l'alerte n'est pas vérité scientifique. Elle n'a pas pour but de rechercher la vérité de façon univoque, mais de participer à un débat, une controverse, ce qui est déjà une vertu hautement démocratique. La question de la vérité ne devrait pas intervenir pour définir ce qui relève ou non de l'alerte, selon ces sociologues :

« Le démarquage entre des alertes « raisonnables » et des alertes « déraisonnables » ne saurait se faire à partir de canons scientifiques ou techniques de rationalité, ou encore par le filtre de contraintes normatives ou juridiques : c'est le rapport d'adéquation à une forme de vie organisée, à une expérience commune du monde sensible, fournissant des prises collectives, qui décide *in fine* de sa pertinence. »¹³⁸

Enfin, l'alerte est parfaitement achevée – et réussie – lorsqu'elle fait l'objet d'une couverture médiatique. Elle sort alors du « vase clos »¹³⁹ pour se répandre dans la société dans

¹³⁰ *Id.*, p. 28.

¹³¹ *Id.*, p. 46.

¹³² *Id.*

¹³³ *Id.*, p. 47.

¹³⁴ *Id.*

¹³⁵ *Id.* Les auteurs prennent ici pour exemple la catastrophe de Tchernobyl, pour laquelle l'alerte n'a pas consisté à la faire découvrir par le public, mais à faire prendre conscience de sa gravité et de son extension dans l'espace et le temps (*Id.*, p. 48).

¹³⁶ F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNAY, préc., note 6, p. 40.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*, p. 28.

¹³⁹ *Id.*, p. 51.

son ensemble. À ce moment-là, les études sociologiques convergent pour dire que c'est à cette étape qu'émergeront tous les questionnements relatifs à la loyauté et aux conséquences sociales plus globales qu'elle provoque¹⁴⁰.

25. Provocation d'une réaction étatique. En principe, le stade ultime de l'alerte devrait être la réaction qu'elle engendre. Celle-ci n'est pas nécessairement systématiquement négative. Les États pourraient à leur tour envisager de prendre les mesures nécessaires pour corriger les dispositifs de vigilance¹⁴¹ qui ont de toute évidence failli, puisqu'il aura fallu une intervention individuelle pour provoquer une réaction protectrice. Il ne découle donc pas nécessairement une conséquence négative de l'alerte, dans la mesure où celle-ci alimente également la réflexion autour de la qualité des systèmes étatiques de vigilance et de protection. Mais cela suppose de la part de l'État une remise en question suffisante pour apprécier les bienfaits de l'alerte.

26. L'État face à l'alerte. Malheureusement, ce n'est pas toujours, voire rarement, le cas. D'abord, l'action publique est elle aussi soumise aux tensions contradictoires qui traversent l'alerte, la protection de l'information économique et plus généralement, la société dans son ensemble. « D'un côté, elle doit être de plus en plus souple, adaptable, flexible ; de l'autre, au nom d'impératifs sécuritaires, elle doit gérer de plus en plus de phénomènes inattendus, incontrôlés, glissants »¹⁴². Il n'est pas étonnant alors que, bien souvent, l'action juridique étatique relative à l'alerte apparaisse insuffisante, étant donné la difficulté à concilier tous les intérêts en jeu.

27. Évolution de la législation américaine. Ensuite, la protection juridique est aussi tout à fait inégale d'un pays à l'autre. Le premier embryon de statut juridique a été formalisé aux États-Unis à partir du *False Claim Act*¹⁴³ adopté dès 1863. Le recours à cette forme d'auxiliaire de justice avait initialement pour but de répondre aux fraudes commises par les contractants de l'armée de l'Union pendant la guerre de Sécession, ayant fourni du matériel ou des ressources de mauvaise qualité, voire dangereux¹⁴⁴. Bien sûr, on ne parle pas encore à cette époque de « whistleblower » comme on l'a vu¹⁴⁵, mais les scandales ultérieurs qui ont rythmé la vie politique américaine ont été quasiment à chaque fois l'occasion d'amender et de

¹⁴⁰ *Id.*, p. 52.

¹⁴¹ *Id.*, p. 55.

¹⁴² *Id.*, p. 29.

¹⁴³ *False Claim Act*, 31 U.S.C. §§ 3729-3733 ; S. SLAMA, préc., note 60, 2230.

¹⁴⁴ S. SLAMA, *id.* Voir également le site du Département de la Justice américain : <<https://www.justice.gov/civil/false-claims-act>> (consulté le 3 octobre 2021).

¹⁴⁵ *Supra*, n°15.

renouveler le statut des lanceurs d'alerte¹⁴⁶, démontrant les liens étroits existant entre les deux. Mais la loi américaine la plus emblématique de cette protection des lanceurs d'alerte reste le *Corporate Fraud Accountability Act*¹⁴⁷, plus connue sous le nom *Sarbanes-Oxley Act*. La partie relative aux lanceurs d'alerte a été codifiée dans la compilation des lois fédérales américaines¹⁴⁸. Cette loi fait elle aussi suite à un scandale, mais cette fois-ci ayant touché le secteur privé et plus particulièrement le monde de la finance¹⁴⁹.

Que ce soit dans le cadre du secteur privé ou public, ces différentes lois ont la particularité d'appréhender l'alerte avec pragmatisme, à la façon dont on le faisait en France sous l'Ancien régime : elle est une véritable auxiliaire de justice, dont le concours s'avère précieux pour permettre de faire connaître et faciliter la poursuite d'actes illégaux frustrant le public. D'une certaine manière, il s'agit ici de s'adjoindre l'aide de ceux qui ont le plus directement connaissance de ces faits. D'ailleurs, cette approche de l'alerte est confirmée par le fait que la dénonciation qui permet de mener à terme l'action publique et de condamner l'auteur de la fraude garantit à son auteur d'obtenir un certain pourcentage de l'amende prononcée¹⁵⁰. Potentiellement, tout citoyen peut être un procureur ou un assistant aux poursuites. Dans ce pays, l'État a donc pris toute la mesure de l'intérêt de l'alerte.

28. État de la législation européenne. On voit que la crainte de la délation ne semble pas avoir eu d'emprise aux États-Unis, ce qui peut s'expliquer par l'histoire très différente de ce pays, notamment par rapport à celle de la France. Mais cette dernière n'est pas la seule à observer un certain malaise face à la connotation encore négative de l'alerte. À l'échelle européenne, les protections accordées aux lanceurs d'alerte sont très inégales, en tout cas beaucoup plus récentes que ce qu'ont produit les États-Unis depuis le 19^{ème} siècle. Surtout, elles apparaissent globalement moins générales que celles en vigueur outre-Atlantique, que ce soit relativement aux personnes bénéficiant de ce statut¹⁵¹ ou aux faits qui peuvent faire l'objet

¹⁴⁶ N. M. MEYER, préc., note 62, 2243. Par exemple, *Civil Service Reform Act*, October 13, 1978, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 111, qui est intervenu à la suite du scandale du *Watergate*, ou encore le *Whistleblowing Protection Act*, 5 U.S.C. 2302(b)(8)-(9), en réaction à l'accident de la navette *Challenger*. Si les deux textes concernent uniquement les fonctionnaires exécutifs, le second y a ajouté une protection contre les représailles (Office of the Whistleblower Ombuds, *Whistleblowing Protection Act*, en ligne : <https://whistleblower.house.gov/sites/whistleblower.house.gov/files/wysiwyg_uploaded/Whistleblower_Protection_Act_Fact_Sheet.pdf>).

¹⁴⁷ *Corporate Fraud Accountability Act*, July 30, 2002, Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745.

¹⁴⁸ *Civil action to protect against retaliation in fraud cases*, 18 U.S.C., § 1514A.

¹⁴⁹ N. M. MEYER, préc., note 62, 2243.

¹⁵⁰ *Civil actions for false claims*, 31 U.S.C., §3730 (d)(1)-(2).

¹⁵¹ Par exemple, au Royaume-Uni, le *Public interest disclosure Act*, 1998, c.23 apporte une protection assez large dans la mesure où il s'adresse à tous les travailleurs (s. 43C).

d'une telle dénonciation¹⁵². L'intervention du Conseil de l'Europe et plus encore de la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵³ a été à ce titre d'une grande importance pour encourager les États membres à faire évoluer leur législation sur la question et pour uniformiser le degré de protection. Cette dernière a rendu une série d'arrêts qui ont dessiné les contours de l'alerte au sens européen¹⁵⁴. La multiplication des condamnations a incité certains États à établir une législation encadrant l'alerte. On peut, d'une certaine manière, le regretter car, s'il faut attendre qu'une cour internationale prononce des condamnations pour faire évoluer l'état du droit sur la question, c'est aussi parce que les gouvernements nationaux n'ont pas eux-mêmes réagi auparavant, ni en faveur de la protection des lanceurs d'alerte, ni en faveur de l'encadrement de la possibilité de révéler certains faits dans l'intérêt du public. De ce point de vue, on peut dire que les pouvoirs publics ne sont pas particulièrement au rendez-vous.

29. État de la législation française. À ce propos, la législation française a fortement évolué relativement à la question de l'alerte. Celle-ci dispose depuis longtemps d'un dispositif législatif encadrant l'alerte¹⁵⁵. D'une part, l'article 40 du Code de procédure pénale français permet à tous les fonctionnaires de dénoncer auprès du procureur de la République des actes illégaux dont ils auraient connaissance à l'occasion de l'exercice de leur fonction¹⁵⁶. Bien que le texte précise qu'ils y sont en principe « tenus », aucune sanction n'est attachée à l'absence d'observance de la part des fonctionnaires. D'autre part, le législateur a commencé par développer des dispositifs favorisant la dénonciation de certains faits dans des domaines bien précis : les salariés peuvent dénoncer des faits constitutifs d'un danger pour la santé ou la sécurité, la protection qui leur est offerte pouvant aller jusqu'à l'exercice d'un droit de retrait¹⁵⁷ ; une protection contre les représailles lorsqu'un salarié dénonce des faits

¹⁵² La récente directive européenne relative à l'alerte ne se consacre qu'aux actes constituant des violations du droit de l'Union européenne : *Directive (UE) 2019/1937 du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union*, J.O.U.E. 26 novembre 2019, p. L305/17, art. 2.

¹⁵³ Ci-après « CEDH ».

¹⁵⁴ *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, [GC], n°14277/04, CEDH 2008-II ; *Heinisch c. Allemagne*, 21 juillet 2011, n°28274/08, CEDH 2011-V ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, 8 janvier 2013, n°40238/02. Voir également des arrêts plus secondaires sur la question de l'alerte : *Marchenko v. Ukraine*, 19 février 2009, n°4063/04 ; *Sosinowska v. Poland*, 18 octobre 2011, 10247/09 ; *Langner v. Germany*, 17 septembre 2015, n°14464/11 ; *Soares v. Portugal*, 21 juin 2016, n°79972/12 ; *Halet c. Luxembourg*, 11 mai 2021, n°21884/18.

¹⁵⁵ CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 17.

¹⁵⁶ Art. 40 C. proc. pen. : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

¹⁵⁷ Art. L4131-1 C. trav. :

s'apparentant à du harcèlement moral¹⁵⁸ ou de la discrimination¹⁵⁹ ; une autre protection en faveur du salarié dénonçant des faits de corruption¹⁶⁰ ou encore des situations de conflit d'intérêts¹⁶¹. Une autre loi particulièrement importante pour l'alerte avait été adoptée en 2013¹⁶² afin de permettre de lancer des alertes en matière de santé¹⁶³. Il convient de faire une place particulière à celle-ci parce qu'elle fait immédiatement suite à l'affaire du Médiateur. Certes, en sociologie, l'ajustement des dispositifs étatiques de vigilance devrait en principe être la réaction logique et ultime au processus d'alerte¹⁶⁴, mais on en a là un exemple très concret. D'ailleurs, la proposition de loi ayant conduit à l'adoption de ce texte ne nie pas qu'elle intervient dans le contexte de ce scandale. Au contraire, voulant en tirer toutes les leçons, particulièrement relativement à l'intervention décisive d'un lanceur d'alerte dans la révélation de l'ampleur du dommage, elle reconnaît les alertes comme étant des « éléments-clés de la gestion des risques

« Le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection.

Il peut se retirer d'une telle situation.

L'employeur ne peut demander au travailleur qui a fait usage de son droit de retrait de reprendre son activité dans une situation de travail où persiste un danger grave et imminent résultant notamment d'une défectuosité du système de protection. »

CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE PLÉNIÈRE, préc., note 84, p. 20.

¹⁵⁸ Art. L1152-2 C. trav. :

« Aucun salarié, aucune personne en formation ou en stage ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. »

CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE PLÉNIÈRE, *id.*, p. 28.

¹⁵⁹ Art. L1132-1 C. trav. :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français. »

CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE PLÉNIÈRE, *id.*

¹⁶⁰ Art. L1161-1 C. trav. Le texte a été abrogé par la Loi Sapin 2 (art. 15).

¹⁶¹ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, J.O. 12 octobre 2013, texte n°2, art. 25.

¹⁶² Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, J.O. 17 avril 2013, texte n°1.

¹⁶³ Art. L1351-1 et L5312-4-2 C.S.P. Ces textes ont eux aussi été abrogés par la Loi Sapin 2 (art. 15).

¹⁶⁴ *Supra*, n°24.

écologiques et sanitaires »¹⁶⁵ qui contribuent à « éviter ou limiter les dommages en cours de réalisation »¹⁶⁶. Prenant acte de ce rôle, elle a alors permis de lancer des alertes en matière de santé.

Bien entendu, cette liste de dispositions n'a pas vocation à être exhaustive¹⁶⁷. Surtout, pour utiles qu'elles soient, on perçoit assez vite les limites d'une telle méthode législative. Premièrement, cette forêt de lois posait des problèmes de cohérence, d'articulation et de lisibilité, qui rendaient ces garanties peu utilisées et donc nécessairement peu efficaces¹⁶⁸. Deuxièmement, si le législateur a fait initialement le choix de légiférer secteur juridique par secteur juridique, cela signifie que les domaines non couverts par un texte spécifique ne pouvaient pas être l'objet d'une alerte. À chaque nouveau scandale, chaque nouvelle alerte dont on atteste la pertinence, il aurait fallu faire une nouvelle loi, avec toute la complexité induite par le processus législatif. On remarque par exemple que le dispositif français ne permettait pas de dénoncer des abus sexuels dans le cadre de l'emploi, sauf si ces derniers étaient tout à fait qualifiés pénalement. L'irruption du mouvement MeToo aurait encore obligé à remettre les mécanismes législatifs sur l'ouvrage, sans permettre une véritable anticipation des futurs besoins d'encadrement. Troisièmement, la multiplication des textes ne permettait pas aisément d'en dégager la cohérence¹⁶⁹. Il ne paraissait pas toujours évident de les articuler entre eux, ou avec d'autres textes, comme les obligations de dénonciation ou celles relatives au secret professionnel¹⁷⁰. Quatrièmement, si certaines dispositions pouvaient apparaître très avancées en ce qui concerne la protection des lanceurs d'alerte eux-mêmes, les questions relatives à la procédure de signalement ou au sort des informations révélées demeuraient largement inexplorées¹⁷¹.

Face à la multiplication des critiques¹⁷² et grâce aussi en partie à la pression exercée par une institution internationale comme le Conseil de l'Europe¹⁷³, la France a refondu sa

¹⁶⁵ *Proposition de loi n°747 relative à la création de la Haute Autorité de l'expertise scientifique et à l'alerte en matière de santé et d'environnement*, Sénat, session extraordinaire 2011-2012, p. 3

¹⁶⁶ *Id.*

¹⁶⁷ Pour d'autres dispositions encadrant l'alerte dans diverses matières : CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 28 et suiv.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 41 ; Eric ALT, « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *JCP G* 2014.43. doctr. 1092, par. 34.

¹⁶⁹ CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 46.

¹⁷⁰ *Id.*, p. 48.

¹⁷¹ *Id.*, p. 50.

¹⁷² CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84.

¹⁷³ Tant par la jurisprudence de la CEDH que par l'importance du travail théorique réalisé pour proposer un modèle d'encadrement de l'alerte, pour ainsi dire clé en main : COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83.

législation relative à l'alerte. Un certain nombre de textes ont été supprimés¹⁷⁴ au profit d'un statut unique du lanceur d'alerte proposé par la Loi Sapin 2. S'il s'agit incontestablement d'une amélioration sensible de la lisibilité du dispositif, ce dernier n'est pas parfait pour autant. Il peut même s'avérer décevant sur certains aspects¹⁷⁵.

30. État de la législation canadienne. Au Canada, la législation relative à l'alerte place le pays plutôt dans la catégorie de ceux qui n'ont pas systématisé ni synthétisé leur droit sur la question. On trouve les traces d'une certaine conscience de l'intérêt d'une dénonciation, à travers différents textes visant à protéger les dénonciateurs contre les représailles, mais ces derniers sont attachés à une législation spécifique¹⁷⁶. Il n'existe pas de texte général qui viserait à protéger largement et universellement les lanceurs d'alerte, à l'exception notable de l'article 425.1 du C. crim. Ce dernier punit d'emprisonnement l'employeur, ou toute personne exerçant une autorité sur le lanceur d'alerte, s'il prend des mesures contre ce dernier dans le cadre de son emploi, parce qu'il a dénoncé ou en a manifesté la volonté. Si un tel texte s'avère intéressant, il semble encore insatisfaisant, dans la mesure où il se retrouve bien isolé. On ne trouve pas trace d'un statut, d'une définition, ni d'une procédure générale d'alerte, ce qui dénote un manque de vision globale du phénomène. Cela paraît d'ailleurs d'autant plus étonnant quand on sait que l'État voisin du Canada a certainement l'une des législations les plus avancées en ce qui concerne l'alerte.

Ce manque d'approche globale du phénomène aurait alors tendance à rendre la législation de ce pays d'autant moins efficace pour garantir une protection effective des lanceurs d'alerte. Dans une étude récente publiée par une organisation non gouvernementale en mars 2021, le Canada était classé parmi les pays dont la législation est la moins protectrice au monde¹⁷⁷. S'il existe bien des textes relatifs aux lanceurs d'alerte, particulièrement dans le secteur public, ces derniers ne sont pour ainsi dire pas appliqués¹⁷⁸, ce qui s'explique aussi en

¹⁷⁴ Art. 15 de la Loi Sapin 2 : l'alerte en matière de conflits d'intérêts (*supra*, note 161), de santé publique, environnement et de médicament (*supra*, note 162) et de corruption (*supra*, note 160).

¹⁷⁵ *Infra*, n°731 et suiv.

¹⁷⁶ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.1(1) et 66.2(1), où les dénonciations ne sont possibles que pour les infractions à cette législation ; *Code canadien du travail*, préc., note 97, où les dénonciations ne sont autorisées qu'en matière de santé et de sécurité au travail, *Loi sur l'assurance maladie*, préc., note 98, *Loi sur l'assurance médicaments*, préc., note 98, pour lesquelles la dénonciation est limitée strictement au champ matériel de ces deux lois.

¹⁷⁷ Samantha FEINSTEIN, Tom DEVINE, Kieran PENDER, Colette ALLEN, Raphaëla NAWA, Maria SHEPARD, *Are whistleblowing laws working ? A global study of whistleblower protection litigation*, London, International Bar Association, 2021, 10, collaboration du Government Accountability Project et du International Bar Association, en ligne : < <https://whistleblower.org/wp-content/uploads/2021/03/Are-Whistleblowing-laws-working-REPORT.pdf> > (consulté le 4 octobre 2021).

¹⁷⁸ *Id.*, 37.

partie, selon les auteurs de ce rapport, par le fait que les textes ne sont pas régulièrement mis à jour¹⁷⁹. Cela ne confère pas le dynamisme et l'adaptabilité propres à en faire des outils efficaces pour l'encadrement de l'alerte.

31. Paradoxe de l'alerte. Si l'on résume les connaissances que l'on a jusqu'à présent exposées à propos de l'alerte, on constate que celle-ci est l'objet d'un grand paradoxe. Côté lumière, les sociologues en voient toute l'utilité et toute l'importance démocratique. Mais les lois l'encadrant apparaissent encore bien souvent insuffisamment protectrices au regard de tous les avantages qu'on lui reconnaît. Côté ombre, il plane toujours cette crainte de la délation, d'une surveillance systématique de son prochain pour en rapporter les moindres faux pas. On redoute une instrumentalisation de l'alerte à la faveur de faits méprisables¹⁸⁰, comme du chantage au silence, de la manipulation, pratiques laissant libre cours aux plus vils instincts. Les auteurs ne manquent d'ailleurs pas de soulever ce paradoxe à travers des expressions parlantes : sycophante et parrésiaïste, insurgé et tyran¹⁸¹, héros ou traître¹⁸² acte civique de désobéissance ou délateur.... L'image ambiguë que la société donne du lanceur d'alerte se reflète inmanquablement dans les règles juridiques¹⁸³. Elle peut expliquer aussi pourquoi la législation de certains États apparaît aussi peu satisfaisante, dans la mesure où les autorités, conscientes de l'image encore dégradée attachée à la dénonciation, n'osent pas forcément encourager la pratique. Le problème principal en découlant est que le lanceur d'alerte se retrouve souvent isolé¹⁸⁴, stigmatisé¹⁸⁵, impuissant à pouvoir se faire entendre. L'insuffisance des protections juridiques a tendance à décourager sa prise de parole, tant en raison de la peur des représailles que par l'impression qu'il ne sera pas donné suite à son signalement¹⁸⁶.

32. Combat à armes inégales. Seul à devoir combattre des intérêts qui le dépassent, face à une puissance avec laquelle il peut difficilement rivaliser, que ce soit l'État lui-même ou une organisation privée, le lanceur d'alerte se trouve souvent encore plus impuissant s'il n'a pas les soutiens suffisants pour appuyer sa démarche. Surtout qu'à l'inverse, les intérêts s'opposant à sa prise de parole ne sont, eux, pas dépourvus de moyens juridiques de nature à

¹⁷⁹ *Id.*, 70.

¹⁸⁰ F. BARRIERE, préc., note 89, par. 3.

¹⁸¹ A. BAVITOT, préc., note 89, par. 1.

¹⁸² Claude MATHIEU, « Lanceurs d'alerte : victimes, héros ou traîtres ? », Bulletin de la section ACAMS Montréal, bull. n°5, juillet 2017, 9, à la p. 9.

¹⁸³ E. ALT, préc., note 168, par. 4; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 673. A propos de la loi française en matière d'alerte, voir *infra*, n°731 et suiv.

¹⁸⁴ S. SCHEHR, préc., note 77, 155.

¹⁸⁵ *Id.*

¹⁸⁶ C. MATHIEU, préc., note 182, p. 10.

sanctionner son attitude. En effet, leur puissance n'est pas seulement due à l'importance ou à l'influence qu'ils peuvent exercer, mais aussi à toute la gamme des outils législatifs à leur disposition pour sanctionner leur personnel trop bavard. On l'a vu, les lois protégeant l'information économique sont multiples, constituant autant d'obstacles de nature à décourager sa révélation. On peut penser à ce sujet à certains célèbres lanceurs d'alerte, tels Chelsea Manning ou Edward Snowden, deux fonctionnaires américains ayant dénoncé des pratiques étatiques, dont l'une a été emprisonnée et l'autre est exilé en Russie, sans avoir de réelles perspectives de pouvoir un jour regagner les États-Unis. Dans le secteur privé, Antoine Deltour et Raphaël Halet ont été pénalement condamnés au Luxembourg pour avoir révélé des informations relatives à leur employeur, PricewaterhouseCoopers¹⁸⁷. Le contraste est alors encore plus saisissant entre l'aboutissement de la législation protectrice de l'information économique et celle, souvent inachevée, protégeant l'alerte, laissant l'impression d'un combat perdu d'avance, celui du pot de terre contre le pot de fer.

33. Recoupement des problématiques liées à l'information économique et à l'alerte.

L'alerte est donc le siège de la manifestation de nombreuses tensions et de la défense d'intérêts paraissant irréconciliables. En ce sens, la situation du lanceur d'alerte se rapproche grandement de celle de l'information économique : de la même manière que l'on s'oppose à propos de l'intérêt de maintenir ou non celle-ci dans le secret, on se demande si l'alerte est un acte à valoriser ou au contraire à éradiquer.

Le lien entre information économique et alerte tient également à la rupture impliquée dans l'un et l'autre cas. En effet, la révélation d'une telle information, quelles qu'en soient les motivations, constitue une rupture du secret qui pouvait l'entourer. L'alerte fait céder la digue du secret, en même temps qu'elle diffuse les données confidentielles. D'une certaine manière, elle est la manifestation concrète de la réalité des paradoxes entourant l'information économique : une seule et même action implique les deux intérêts antagonistes du sujet, en résumant tous les enjeux en un point unique dans l'horizon juridique. Le choix d'alerter ou non détermine le sort de l'information économique, de ce qu'il en sera de sa confidentialité et de la préservation ou non des intérêts qui y sont liés. Si l'on choisit de se taire, l'information restera inconnue et les intérêts privés de ceux qui la détiennent seront préservés ; si l'on choisit de

¹⁸⁷ Cour d'appel du Luxembourg, 5^e chambre, 15 mai 2018, en ligne : <justice.public.lu/fr/actualites/2018/05/arret-luxleaks-deltour.html>. L'un des deux lanceurs d'alerte a par la suite introduit un recours devant la CEDH, sur le fondement d'une violation du droit à la liberté d'expression. Mais là encore, la Cour n'a pas été convaincue et, ne souhaitant pas substituer sa propre analyse à celle des juridictions nationales, a conclu à l'absence de violation de cette liberté : *Halet c. Luxembourg*, préc., note 154.

parler, ces derniers sont sacrifiés au profit de ceux du public. Le choix d'alerter est donc loin d'être anodin. Selon ce choix, le lanceur d'alerte fera pencher la balance d'un côté ou de l'autre. D'une certaine manière, il est le fléau d'une balance imaginaire, dont les plateaux sont occupés par les intérêts privés à la confidentialité d'un côté, les intérêts publics à l'information de l'autre.

34. Problématique du sujet : établissement d'un conflit propre au droit. Face à une situation complexe et au choix quasiment cornélien se présentant au lanceur d'alerte, le droit canadien et le droit français proposent-ils des solutions ? Les dispositifs déjà décrits, participant soit de la protection de l'information économique, soit encourageant au contraire la prise de parole— et donc une plus libre circulation de celle-là — nous indiquent déjà que la réponse à cette question est sans aucun doute positive. Le problème ne tient donc pas forcément à un vide juridique. Cet état de fait soulève une autre difficulté, parce qu'il fait courir le risque de se retrouver face à des textes qui se contredisent totalement, les uns encourageant à garder le secret autour de l'information, les autres en facilitant la diffusion. C'est bien là tout l'enjeu de la question de la protection de l'information économique et de l'alerte qui la dévoile : un seul et unique état de fait implique divers intérêts contradictoires, tout autant légitimes et pourtant irréconciliables, défendus par des outils juridiques tout aussi puissants. Le droit ne peut pas laisser une telle situation en l'état et se doit d'y trouver une réponse. C'est ainsi que se dessinent les contours d'un conflit que le droit doit résoudre. La question est alors plutôt de savoir comment défaire ce nœud législatif. Existe-t-il des solutions offertes par le droit permettant soit de contourner, soit de trancher le conflit ? Est-il possible de renoncer totalement à un des deux termes du conflit ? Ou, au contraire, est-il concevable que l'on trouve une solution de compromis qui, par essence, n'implique aucune renonciation, tout en ne satisfaisant totalement personne ? Finalement, il s'agit avant tout de se demander comment le droit français et le droit canadien opèrent la balance entre confidentialité de l'information économique et accès du public à cette dernière, à travers l'encadrement de l'action du lanceur d'alerte.

35. Recherche d'un cadre général de résolution. La diversité des situations dans lesquelles un tel conflit est susceptible d'intervenir n'est pas de nature à simplifier la recherche d'une réponse unique à cette question. Le litige est morcelé, divers et circonstancié, selon le contexte dans lequel la question du sort de l'information économique se pose. Le risque d'un désastre environnemental ne mobilisera pas les mêmes outils juridiques que lorsque la divulgation vise simplement à dénoncer la duplicité de certaines grandes entreprises, par exemple pour échapper à l'impôt. De même, il n'est pas tout à fait pareil de traiter une alerte révélant des informations relatives à un produit dangereux pour la santé humaine et causant des

dommages à grande échelle, que de s'interroger sur le sort d'un employé ayant témoigné des carences managériales qu'il a constatées dans le cadre de ses fonctions. On pourra éprouver quelques réticences à devoir se contenter d'une réponse univoque à l'ensemble de ces difficultés très différentes, impliquant autant de sources juridiques distinctes. Le choix de traiter une telle problématique sous l'angle de la comparaison entre deux droits nationaux n'est d'ailleurs pas de nature à simplifier la tâche.

36. Réponse par l'établissement d'un conflit de droits. Pour y parvenir, on propose de changer l'échelle de l'analyse. Il ne s'agit plus de comparer loi par loi, jurisprudence par jurisprudence, à partir de l'analyse spécifique des règles propres à chaque pays, pour savoir comment équilibrer les intérêts en présence. Il s'agirait au contraire de s'orienter vers des éléments d'analyse certes simples, mais primordiaux et qui ont l'immense avantage d'être présents en France comme au Canada. Loin des contingences propres au fonctionnement juridique de chaque pays, on inscrirait le conflit dans un cadre familial, celui des conflits de droits fondamentaux et de leur résolution. La réponse à la problématique posée consistera alors à traduire en droit la question du sort de l'information économique, objet d'une alerte, sous la forme d'un conflit de droits.

Passer par une analyse en termes de droits a l'avantage de s'appuyer sur l'universalisme de ces derniers. D'une première part, on pourrait tracer les grandes lignes de la résolution du conflit qui nous occupe, sans forcément enfermer les solutions dans les cadres législatifs restreints existant actuellement. D'une deuxième part, on a plus de chances de trouver des points sur lesquels amarrer une analyse comparative. D'une troisième part, la question de la résolution des conflits de droits est déjà bien connue et traitée, ce qui permet d'intégrer l'analyse du conflit entre secret et divulgation de l'information économique dans un cadre déjà balisé.

37. Circonscription du sujet. Avant d'entrer dans le détail de la façon dont nous allons résoudre le conflit de droits qui nous occupe, quelques précisions préalables doivent être opérées relativement à la façon dont le sujet a été traité. D'abord, on a constaté que l'information économique et le lanceur d'alerte entretiennent des liens très étroits, comme si l'un était quasiment inhérent à l'autre. On pourrait presque dire que, en l'absence d'institutionnalisation du secret entourant l'information économique, l'alerte n'aurait pas lieu d'être. Mais l'alerte peut exister en dehors de ce cadre, même si les nombreux exemples que nous avons cités tendent à montrer qu'elle intervient de manière privilégiée en lien avec la dénonciation des actions de groupes privés. L'information économique a tout intérêt à y

demeurer secrète, en tant qu'élément de compétitivité, ce qui contribue par la même occasion à une certaine opacité, au nom du maintien d'un dynamisme économique. Bien sûr, l'activité économique privée n'est certainement pas la seule à recourir au secret, par préférence ou par nécessité. L'État a sans aucun doute un grand besoin de secret, mais les enjeux y sont autrement plus vertigineux : protection des intérêts fondamentaux de la Nation, protection des territoires, succès des opérations militaires, image internationale, efficacité de la lutte contre le terrorisme... Les enjeux sont plus délicats à manipuler. Aussi, nous tiendrons les questions des enjeux stratégiques des États à l'écart des développements, tant ils nous semblent devoir faire l'objet d'une étude à part entière. Par extension, on ne s'attardera pas non plus spécifiquement sur l'alerte des agents publics et fonctionnaires, qui sont souvent les premiers en contact avec des informations étatiques sensibles. Par ailleurs, leur devoir de réserve et leur obligation de neutralité constituent des défis distincts, qui méritent leurs propres développements¹⁸⁸. Aussi, nous ne nous attarderons pas outre mesure sur l'alerte lancée par un fonctionnaire.

De même, le lien étroit établi entre alerte et information économique invite à traiter le sujet dans le contexte d'activités économiques privées, plutôt dans des relations s'organisant entre un lanceur d'alerte personne physique et une personne morale de droit privée. Aussi, nous ne traiterons pas des dénonciations lancées à l'encontre d'une personne privée. Il ne sera pas traité notamment des dénonciations entrant dans le cadre du phénomène MeeToo et des dénonciations de méconduites sexuelles de manière générale. D'abord, nous avons vu que l'alerte portait plutôt sur des faits et non des personnes, ce qui la distingue de la dénonciation et de la délation. Les dénonciations relatives aux agressions sexuelles ont plutôt tendance à viser des auteurs, au-delà des seuls faits. Ensuite, le lanceur d'alerte est décrit comme ayant directement accès à l'information économique qu'il dévoile, ce qui le place dans une situation privilégiée pour y accéder. A ce titre, un employé au sein d'une personne morale, dont les informations sont publiées, sera probablement mieux placé pour répondre à cette condition. Il se trouve à très grande proximité de la source première d'information. L'alerte paraît étroitement liée à ce statut d'employé, comme s'il était le cadre naturel dans lequel elle peut s'exercer. Sans être impossible, un tel lien s'établit plus rarement entre deux personnes physiques. Enfin, il apparaît que la dénonciation de méconduites sexuelles dans un contexte privé, sans lien avec l'activité d'une entreprise, ne peut être qualifiée d'information

¹⁸⁸ Un mémoire de recherche a d'ailleurs déjà été rendu sur le sujet en France : Jean-Philippe FOEGLE, Les lanceurs d'alerte, étude comparée France – États-Unis d'Amérique, mémoire de Master, Paris, Université Paris X-Nanterre La Défense, (2014) 6 *La Revue des droits de l'homme*, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/1009>> (consulté le 6 octobre 2021).

économique. Ces questions, aussi importantes soient-elles, ne sont pas de nature à véritablement nourrir ou influencer l'appréciation plus générale qui peut être faite de l'information économique dans le contexte de l'alerte, même si les enseignements tirés dans ce dernier contexte pourraient être utiles s'agissant d'autres phénomènes sociaux.

38. Cadre épistémologique : le choix du droit comparé. Bien qu'il dispose d'une intéressante composante sociologique, le sujet sera traité sous l'angle du droit seulement. Ce choix fait la part belle aux législations d'une part, mais aussi à leurs interprétations, particulièrement celles proposées par les juges. De ce point de vue, le cadre d'analyse choisi est donc, somme toute, assez classique.

En revanche, il a été fait le choix, beaucoup moins classique, de recourir au droit comparé. Expression trompeuse, le droit comparé n'est pas une branche du droit à part entière¹⁸⁹, une discipline normative. Elle est plutôt qualifiée de « science juridique »¹⁹⁰ et participe donc davantage à la création et à l'approfondissement de connaissances relatives au droit. Le droit comparé n'a pas son propre corps de règles juridiques. Au contraire, il emprunte aux autres disciplines. La comparaison peut s'effectuer de façon purement interne à un droit national considéré¹⁹¹. Elle peut s'exporter aussi : elle a dans ce cas la particularité de puiser dans différents droits nationaux pour y procéder¹⁹². Mais la comparaison ne se limite pas à une seule description objective des systèmes juridiques nationaux. Au-delà, comparer consiste à confronter les règles de droit entre elles, en « [examinant] les rapports de ressemblance et de différence entre »¹⁹³ ces dernières¹⁹⁴.

39. Objectifs du droit comparé. Ce processus de comparaison présente différents aspects. L'approche la plus basique consisterait à étudier les cas où il est nécessaire de faire application d'un droit étranger sur le territoire d'un autre État, pour résoudre un problème juridique¹⁹⁵. C'est le cas par exemple relativement aux mariages célébrés dans un pays, alors que les époux décident de s'installer ensuite dans un autre. La loi applicable à leur union (particulièrement à leur régime matrimonial) pourrait se trouver être étrangère. Nous écarterons cette hypothèse qui, à notre sens, ne relève en réalité pas de la comparaison de deux corps de

¹⁸⁹ Yves-Marie LAITHIER, *Droit comparé*, coll. Cours, Paris, Dalloz, 2009, n°1, p. 1.

¹⁹⁰ *Id.*, n°1, p. 1.

¹⁹¹ *Id.*, n°1, p. 2.

¹⁹² *Id.*, n°1, p. 1.

¹⁹³ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° *Comparer* (consulté le 10 octobre 2021).

¹⁹⁴ Y.-M. LAITHIER, préc., note 189, n°1, p. 1.

¹⁹⁵ Éric AGOSTINI, *Droit comparé*, coll. Droit fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 1988, n°11, p. 23.

règles juridiques différents issus de deux pays distincts, mais de la simple application de l'un sur le territoire de l'autre. Il n'y est pas question de créer une connaissance juridique propre à la confrontation de ces règles, mais simplement d'application de la loi dans l'espace.

40. Fonction contingente : dialogue et convergence des droits. Ensuite, le droit comparé peut avoir une fonction contingente¹⁹⁶. Dans ce cas, « l'analyse des institutions étrangères permet d'imaginer le perfectionnement des nôtres »¹⁹⁷. Autrement dit, on utilise le droit comparé pour résoudre des problèmes juridiques pour lesquels les droits nationaux ne parviennent pas à trouver une solution tout à fait satisfaisante. Le but est ici de s'inspirer des règles étrangères pour observer la façon dont ces dernières résolvent la question, la solution pouvant être tout à fait inédite pour les juristes nationaux. Les juges canadiens ont recours à cette méthode. Par exemple, ils n'hésitent pas à citer certaines solutions de la Cour de cassation en ce qui concerne le droit civil québécois¹⁹⁸, sans doute très conscients des liens historiques et juridiques particuliers unissant ces deux territoires francophones. Mais il arrive aussi à la Cour suprême d'en appeler aux solutions de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁹, signalant l'existence d'un véritable dialogue des cours :

« La prise en considération de sources internationales et du droit comparé est une pratique courante et acceptée dans la jurisprudence de notre Cour en matière d'interprétation constitutionnelle. (...) Bien que le Canada n'ait pas signé l'instrument européen intitulé *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* (...) il s'agit du deuxième traité international le plus souvent cité par la Cour, et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme — qui interprète et applique la *Convention* européenne — constituait le tiers du nombre total de toutes les mentions et citations de tribunaux internationaux par notre Cour (...). Les sources internationales et le droit comparé ont certes une valeur inestimable pour le travail de la Cour dans tous les domaines du droit, mais c'est dans les affaires constitutionnelles plus que dans tout autre domaine que celle-ci se réfère à ces sources. »²⁰⁰

Cette utilisation de la comparaison peut se limiter à la recherche d'une source d'inspiration, en se nourrissant des expériences nationales²⁰¹. Mais cet usage peut aussi parfois

¹⁹⁶ Y.-M. LAITHIER, préc., note 189, n°9, p. 17.

¹⁹⁷ É. AGOSTINI, préc., note 195, n°11, p. 23.

¹⁹⁸ C'est notamment le cas en matière de responsabilité civile ou de contrat. Voir par ex. : *Montreal Tramways Co. v. Girard*, [1920] 61 R.C.S. 12, 24 ; *Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd.*, [1971] R.C.S. 148, 154 ; *Gendron c. Gaudreault*, [1978] 1 R.C.S. 810, 814 ; *Banque nationale c. Soucisse et autres* [1981] 2 R.C.S. 339, 351 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 62.

¹⁹⁹ Voir notamment : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, par. 44 ; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 636 ; *Etats-Unis c. Burns*, [2011] 1 R.C.S. 283, par. 53

²⁰⁰ *Québec (Procureur général) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 101.

²⁰¹ Y.-M. LAITHIER, préc., note 189, n°10, p. 17.

conduire à l'introduction de règles de droit étranger en droit interne²⁰². Le droit comparé mène alors à l'intégration d'un droit national dans un autre, faisant par la même occasion naître l'idée d'une uniformisation²⁰³ du droit, au-delà des frontières étatiques. Une telle démarche a eu son utilité au moment du développement des premiers traités internationaux²⁰⁴, qui était facilité par la connaissance et le rapprochement des différents droits nationaux. Cette vision du droit comparé fut un temps encensée, en ce qu'elle participait d'une sorte d'« unification des droits – l'idée étant que la diversité est un mal à combattre et l'unité un gage de paix entre les peuples »²⁰⁵.

Cette utilisation du droit comparé comme vecteur de rapprochement et d'uniformisation des droits nationaux a par la suite été critiquée. Relevant parfois davantage de la doctrine que de l'épistémologie, le droit comparé a pu aussi être un prétexte à des modifications législatives dont l'opportunité est discutable du seul point de vue interne au droit atteint. C'est une idéologie à laquelle on a souvent recours en France, afin de faire naître une sorte de sentiment de culpabilité nourri par la comparaison perpétuelle avec les États voisins : mariage homosexuel, retard dans l'ouverture de la procréation médicalement assistée à toutes les femmes, même non mariées, accusation de conservatisme à l'encontre de ceux s'opposant au suicide assisté, report de l'âge minimal de départ à la retraite, orthodoxie budgétaire allemande qui fait tant rêver certains hommes politiques ... Autant de questions qui ont fait ou font toutes l'objet d'une comparaison avec ce qui se pratique dans les États voisins.

On peut comprendre que ce recours systématique à la comparaison puisse provoquer un certain agacement chez les juristes, tant l'analyse peut apparaître superficielle. L'uniformité est aujourd'hui perçue plutôt comme une perte de diversité et des particularismes propres à chaque pays. Cette crainte apparaît particulièrement forte en France à l'égard des systèmes de *common law* qui sont perçus comme ultra dominateurs au niveau mondial²⁰⁶. On regarde donc souvent avec méfiance les études de droit comparé, dans la mesure où elles feraient la part belle au droit de tradition de *common law*, au détriment de la culture historique propre aux traditions de droit écrit. Ce reproche est d'ailleurs souvent adressé à la Cour européenne des droits de l'Homme qui, par ses décisions, contribuerait alors à ce processus d'uniformisation du droit, en imposant la solution unique d'un problème de droit à l'ensemble des États se soumettant à la CEDH.

²⁰² *Id.*, n°5, p. 10.

²⁰³ *Id.*, n°9, p. 17.

²⁰⁴ *Id.*, n°4, p. 9.

²⁰⁵ *Id.*, n°5, p. 10.

²⁰⁶ *Mutatis Mutandis* : Horatia MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.* 2000.3.503, 507.

Paradoxalement, ce reproche est moins adressé au droit de l'Union européenne, dont la France est l'un des États fondateurs et toujours des plus influents...

Si l'on ne peut nier qu'il existe effectivement une certaine forme d'uniformisation du droit au niveau européen, passant par ces deux grandes institutions que sont l'Union européenne et la CEDH²⁰⁷ – et dont on ne saurait nier l'utilité pratique dans un espace géographique comme le continent européen – ce phénomène a aussi permis de faire naître une nouvelle utilisation du droit comparé. Sous une forme un peu réactionnaire, l'étude comparée ne vise plus à rechercher des points de convergence facilitant le rapprochement des législations nationales, mais au contraire à faire apparaître leurs différences. La comparaison ne prétend plus seulement confronter des concepts pour les faire entrer dans un moule commun, mais plus largement s'intéresse à la construction du concept même de normativité juridique : on recherche « tous les éléments constitutifs d'une norme juridique, en particulier ceux qui ne sont pas explicitement formulés, mais qui pourtant conditionnent la règle de droit et plus encore la décision »²⁰⁸. À ce sujet, la comparaison apparaît comme utile dans la mesure où elle permet de mettre en lumière le cadre implicite dans lequel se forment les règles de droit et leur force contraignante dans un pays donné, à travers son histoire, sa société et les mœurs qui y ont cours. C'est ce qu'on a appelé l'approche culturelle du droit comparé²⁰⁹.

41. Contribution à la connaissance : l'approche culturelle du droit comparé. Selon ce mouvement plus moderne, au lieu d'un objectif d'unification, comparer aurait un objectif plus subversif²¹⁰. Il est au contraire question d'insister sur les différences existant entre les droits nationaux. Au lieu de désamarrer le droit de son contexte national, il s'agit au contraire de faire de ce dernier une composante à part entière de l'étude du droit. De la même façon que le processus législatif lui-même ou l'étude de la normativité, le cadre culturel permet lui aussi d'expliquer et de comprendre le fonctionnement d'une législation donnée, d'une institution, d'un corps de règles ou, à plus grande échelle, d'un système de droit. De la même manière qu'il existe des liens très étroits entre une langue et sa culture, cette dernière influence le développement du droit qui y est associé. Il s'agit alors de rechercher le « substrat » ou « sous-texte »²¹¹ culturel permettant de mettre en exergue les différences profondes entre les droits de deux pays distincts. On considère que ces dernières ne peuvent se concevoir sans tenir compte

²⁰⁷ Y.-M. LAITHIER, préc., note 189, n°6, p. 13.

²⁰⁸ *Id.*, n°6, p. 13.

²⁰⁹ *Id.*, n°6, p. 14.

²¹⁰ H. MUIR WATT, préc., note 206, 504.

²¹¹ *Id.*, 518.

de ce contexte dans lequel elles se sont épanouies. D'une certaine manière, toute société a le droit qu'elle mérite et la comparaison est là pour nous permettre d'en prendre conscience.

Cette approche culturelle contribue certainement à la première et la plus essentielle fonction du droit comparé : mieux connaître son droit national. En effet, comparer ne devrait pas être simplement une finalité pragmatique et performative d'amélioration constante de la norme. Comme le disait Rodolfo Sacco, le droit comparé « n'a pas besoin d'emprunter de semblables justifications à la pratique. La science a mesuré la distance entre la Terre et la Lune bien avant que cette donnée soit utilisée dans la pratique. »²¹² Au contraire, l'exploration de l'arrière-plan culturel propre à un corps de règles juridiques permet d'améliorer la connaissance plus globale que l'on a d'un système de droit national. Dans une forme d'éloge de la prudence, il s'agirait plutôt de prendre du recul sur les constructions juridiques nationales en les confrontant à celles du droit d'un autre pays. Ainsi, c'est « la connaissance de soi-même que favorise le regard porté sur l'autre »²¹³. « L'objectif du droit comparé est de découvrir des identités, qu'elles soient aisément perceptibles ou cachées derrière la variété des définitions savantes. »²¹⁴

Ensuite, cette approche du droit comparé possède une autre vertu, que l'objectif d'unification ne fait pas nécessairement ressortir aussi nettement. La comparaison a le mérite de « bannir des esprits le chauvinisme juridique qui voit la perfection chez soi et l'approximation ailleurs »²¹⁵. On l'a dit, l'une des craintes ressenties par certains juristes nationaux est celle de l'effacement de certaines traditions juridiques à la faveur d'autres, dans un processus d'uniformisation qui conduirait à l'anéantissement d'un système de droit national. Implicitement est associée à cette idée celle selon laquelle le droit national à défendre mériterait un égard tout particulier, par son prestige, sa qualité ou bien encore son rayonnement²¹⁶. On se désole d'un certain déclin des petites nations défendant ardemment leur droit contre les grands systèmes qui imposeraient peu à peu leur emprise. La comparaison a au contraire pour effet de déconstruire ce genre de préjugés, de dédramatiser l'ampleur des bouleversements juridiques subis par un pays. Certes, il ne s'agit pas de nier les influences réciproques des droits les uns sur les autres, mais il serait faux de prétendre d'une part que ces dernières sont univoques et d'autre part qu'elles attaquent directement les fondements mêmes d'une culture juridique. Au

²¹² Rodolfo SACCO, « Epilogue », in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000, p. 337, à la page 343.

²¹³ H. MUIR WATT, préc., note 206, 518.

²¹⁴ Y.-M. LAITHIER, préc., note 189, n°8, p. 15.

²¹⁵ É. AGOSTINI, préc., note 195, n°11, p. 23.

²¹⁶ *Id.*, n°11, p. 23.

contraire, « la comparaison s'engage (...) contre le dogmatisme, contre les stéréotypes, contre l'ethnocentrisme, c'est-à-dire, contre la conviction répandue (...) selon laquelle les catégories et concepts nationaux sont les seuls envisageables. »²¹⁷ En fin de compte, la comparaison permet de faire l'éloge de la tempérance dans les jugements portés sur d'autres systèmes de droit et les ambitions qu'on leur prête.

Enfin, et ce n'est pas des moindres, le droit comparé a aussi la vertu de remettre un peu en cause une vision purement positiviste du droit, en allant puiser dans les racines de cette théorie, hors d'une analyse purement interne à celle-ci²¹⁸. D'une certaine manière, la comparaison montre les limites d'une telle analyse du droit, qui peut d'ailleurs souvent s'avérer dogmatique²¹⁹. Ainsi le droit comparé tend un miroir : on utilise le regard extérieur du droit comparé par l'étude d'un système juridique étranger pour mieux revenir à une réflexion sur son propre droit, en voir les failles, les incohérences, les présupposés²²⁰...

42. Étude du droit français par le prisme du droit canadien. À ces recherches déjà bien approfondies relatives au droit comparé, nous nous permettrons d'apporter une précision, mais qui a toute son importance : si le droit est culturel et ne peut tout à fait se comprendre sans cet environnement implicite, il semble alors tout à fait fondamental de connaître ladite culture dans laquelle il s'inscrit. Bien entendu, on peut se livrer à la comparaison de façon lointaine, une comparaison de papiers et de théories qui s'ancre plus difficilement dans cette dimension culturelle qui paraît pourtant si essentielle. Il nous semble que cela suppose une connaissance plus globale et approfondie de cet arrière-plan. Or, quelle culture un juriste peut-il mieux connaître que celle dans laquelle il a créé ses attaches, particulièrement éducatives ? On pense particulièrement à sa formation universitaire : les nombreuses années passées sur les bancs des amphithéâtres en France, des salles de cours dans les pays anglo-saxons comme le Canada, forment l'esprit d'une certaine façon qui, on l'a dit, entretient des liens tout particuliers avec la culture nationale. Les deux sont indissociables. Certes, il existe des binationaux qui maîtriseront deux cultures quasiment de la même façon. Mais cela ne veut pas dire que le droit associé à ces deux nationalités sera lui aussi maîtrisé avec la même adresse.

L'ambition est alors encore moindre pour celui qui va à la rencontre d'une culture et de son droit alors qu'il n'y a pas baigné depuis son plus jeune âge. Si l'on se lance dans une

²¹⁷ H. MUIR WATT, préc., note 206, 506.

²¹⁸ *Id.*, 509.

²¹⁹ *Id.*, 520.

²²⁰ *Id.*, 523.

approche culturelle du droit comparé, il semble plus raisonnable de le faire dans la perspective du droit national et du contexte que l'on maîtrise le mieux, c'est-à-dire à partir du droit national dont on a la meilleure connaissance juridique, sociologique, politique. En ce qui concerne une juriste, toute franco-allemande qu'elle soit, le droit français est sans aucun doute celui qu'elle maîtrise le mieux et dont elle est le plus susceptible de comprendre les codes culturels sous-jacents. Le droit canadien tient, par comparaison, le rang de *terra incognita* juridique, tant on ne peut prétendre maîtriser autant tous les ressorts culturels associés à ce pays. Aussi, s'agissant d'une juriste formée en droit français, l'exercice du droit comparé doit se réduire à la modeste ambition de vouloir mieux comprendre ce dernier en le confrontant aux connaissances qui ont pu être glanées au fil des ans sur le droit canadien. D'une certaine manière, la réflexivité sur le droit français s'effectue à travers ce dernier droit, que nous avons ici choisi de tendre comme miroir. Ce dernier est donc l'instrument sur lequel nous nous appuierons pour approfondir la connaissance du droit français, qui demeure l'objet d'étude.

En d'autres termes, cette thèse n'a pas pour ambition de mettre tout à fait sur un pied d'égalité le droit français et le droit canadien pour tirer des conclusions applicables dans les deux pays. Elle vise davantage à s'appuyer sur la réflexivité du droit comparé pour explorer de nouvelles perspectives sur le droit français et en tirer des conclusions.

43. Le choix du droit canadien. A ce titre, la position du droit canadien paraît particulièrement intéressante. Droit mixte²²¹ influencé par ses doubles origines historiques, ce dernier connaît à la fois la tradition écrite française²²² et la *common law* anglaise²²³. Ces doubles origines sont en réalité particulièrement propices à la comparaison : le droit québécois d'inspiration français crée une proximité suffisante permettant une comparaison efficace et, dans ce cas, plutôt uniformisatrice ; la *common law* crée cette distance réflexive nécessaire à la création de nouvelles connaissances sur le droit français. En outre, les racines judéo-chrétiennes communes aux deux pays sont susceptibles de faciliter la recherche de points d'ancrage sur lesquels construire la comparaison. Ainsi, dans le cadre du droit québécois, lorsque ce dernier emprunte à la tradition française, l'exercice tendra davantage vers la recherche de points de

²²¹ *Mutatis Mutandis* Raymond LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 3e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2016, n°213, p. 132.

²²² *Id.*, n°213, p. 132.

²²³ *Id.*, n°212, p. 131. Par sa position géographique, on ajoute même parfois le droit étatsuniens aux grandes influences subies par le droit canadien, notamment à travers la construction de son système constitutionnel de protection des droits fondamentaux : *Id.*, n°208, p. 129 et n°218, p. 135.

convergence ; au contraire, dans le cadre du droit de *common law*, domineront l'approche culturelle et le retour vers un regard critique sur le droit français.

44. Méthodologie comparative. Reste à déterminer par quelle méthodologie procéder à cette comparaison. N'ayant pas pour objectif unique de rapprocher à tout prix les législations françaises et canadiennes, il n'est pas question de comparer en procédant source par source. Cela n'aurait pas de pertinence, dans la mesure où les sources principales utilisées en droit français ne sont pas les mêmes que celles du droit canadien, particulièrement dans le contexte de la *common law*. En outre, l'objectif ici n'est pas à titre principal un rapprochement des législations des deux pays²²⁴, en vue de faciliter le dialogue juridique entre elles. S'agissant d'un objectif principalement lié à la connaissance du droit, on se propose de faire l'étude au fond de grandes notions juridiques, autrement dit d'approfondir la compréhension de ces dernières à travers la comparaison. Cela suppose donc de se pencher davantage sur la matérialité et le sens de ces notions plutôt que sur leur catégorisation ou leurs sources juridiques, la seule limite étant que cette étude demeurera interne au droit. C'est aussi en raison de ce choix épistémologique que sera, autant que faire se peut, respecté le vocabulaire propre à chaque système juridique.

45. Délimitation du conflit : mise en place des protagonistes. Ce choix méthodologique se justifie d'autant plus lorsque l'on repense à la façon dont on a choisi d'aborder le sujet : à la façon d'un conflit de droits, dont les antagonismes restent à déterminer. Mais peut-être ce choix s'est-il aussi imposé par l'introduction de cette contingence du droit comparé. En effet, le recours au droit comparé impose de trouver des points d'ancrage entre les droits de deux pays différents, susceptibles de les soumettre à une telle méthodologie. Or, associer l'analyse du paradoxe inhérent au traitement de l'information économique et de l'alerte grâce aux droits fondamentaux permet justement d'amarrer la comparaison dans les deux pays, à travers des notions communes, sans toutefois les assimiler.

Quoi qu'il en soit, un tel conflit de droits ne peut exister sans définir au préalable les deux (ou plus) termes qui s'y affrontent. On perçoit déjà instinctivement que le secret et, au contraire, sa divulgation, tiendront une place centrale dans ce conflit, parce qu'il s'agit des deux mouvements déterminant le sort de l'information économique. Reste à savoir comment ces deux termes se concrétisent juridiquement.

²²⁴ Y.-M. LAITHIER, préc., note 189, n°14, p. 25.

D'abord, il convient de préciser que le conflit ne peut exister que si l'on identifie une volonté de réserver l'information économique, d'en limiter l'accès et l'exercice de certains pouvoirs sur elle. Si l'information n'est pas réservée, l'alerte n'a plus lieu d'être, puisqu'il n'y a plus rien à révéler. Inévitablement, la question du conflit perd tout intérêt. Aussi, l'existence du conflit impose de se cantonner à l'étude des cas où l'on peut effectivement considérer qu'une information est réservée.

Ensuite, la question des fondements juridiques justifiant la réservation de l'information économique paraît d'emblée poser difficulté. Est-ce que cette réservation tient à la valeur et aux pouvoirs que l'on prétend exercer sur cette information ? Ou plutôt au secret qui l'entoure et que l'on peut revendiquer ? Quelle méthode est juridiquement la plus efficace pour garantir une telle réservation de l'information économique, empêchant les tiers de s'en saisir, d'en faire un libre usage et, en définitive, de corrompre la valeur qu'on semblait lui avoir attribuée ?

La réponse à cette question ne peut se faire sans passer par une définition approfondie de l'expression d'où est née toute cette réflexion : celle d'information économique. A titre liminaire donc, nous reviendrons sur ce que peut juridiquement recouvrir cette dernière, en dessinant les contours d'une notion juridique autonome (chapitre préliminaire). Si l'on parvient à en circonscrire les éléments les plus essentiels à sa réservation, il sera alors possible de transposer juridiquement cette protection. En d'autres termes, si l'on parvient à définir par quels outils protéger efficacement l'information économique, on pourra déterminer quels sont les fondements juridiques qui s'en saisissent le mieux. Il sera alors possible d'atteindre cette réservation tant convoitée. Des droits comme la propriété ou la confidentialité semblent déjà des pistes de réflexion intéressantes. Dans l'un et l'autre cas, un certain nombre de protections juridiques sont associées à ces fondements, notamment à travers le droit pénal. Des sanctions pénales sont alors potentiellement applicables au lanceur d'alerte, s'il vient à révéler l'information économique au cours d'une de ses prises de parole et que l'on parvient à qualifier son comportement attentatoire à l'une ou l'autre de ces valeurs

Par ailleurs, il est impératif d'identifier à quel titre le lanceur d'alerte peut légitimer sa prise de parole dans l'intérêt du public. Le fait que l'on souhaite protéger l'information économique implique d'ores et déjà qu'elle n'est en principe pas généralement connue. Cela serait plus délicat dans ce cas de prétendre s'en réserver les avantages. La diffusion d'une information par le biais de l'alerte s'apparente donc plutôt à une nouvelle, telle qu'elle est entendue dans la sphère médiatique : l'information économique devient l'objet d'une information tout court, dans la mesure où l'on rend accessible un fait jusqu'alors inconnu du

public. On observe alors un mouvement de l'information, allant d'une forme de secret vers une diffusion publique. Ce mouvement se traduit juridiquement le mieux à travers la liberté d'expression. Droit fondamental garantissant à chacun la possibilité de s'exprimer librement et publiquement, il est celui permettant justement le partage des messages significatifs destinés à autrui. Il suppose de faire circuler une idée, une opinion, ou justement une information, pourvu qu'on puisse en dégager un sens compréhensible. Il s'agit donc d'une activité significative. Or l'information économique dispose elle aussi d'un sens. Elle donne un renseignement important sur l'entreprise qu'elle concerne. Lorsque le lanceur d'alerte choisit de révéler l'information économique, il le fait pour la rendre accessible à un plus grand nombre de personnes, pour accroître leur connaissance. Cette diffusion correspond aux mécanismes à l'œuvre dans le droit à la liberté d'expression, supposant d'identifier un sens et un destinataire au message²²⁵.

Le recours à un tel fondement paraît d'autant plus logique que l'objectif de la révélation par l'alerte est de rendre accessible ce qui n'est pas connu. Si l'on tient compte du fait qu'il peut s'avérer même nécessaire de diffuser de telles informations, au nom de la défense d'intérêts sociétaux, il semble que notre objet intègre ici le cadre plus général du droit à l'information, versant passif et indissociable de la liberté d'expression. Dans cette configuration, le public est celui qui reçoit l'information, ce qui est d'ailleurs la finalité recherchée. Reste à savoir comment ce dernier y accède.

C'est là qu'entre en scène notre lanceur d'alerte. C'est lui qui prend la décision de diffuser l'information économique, à contre-courant des velléités de réservation dont elle fait par ailleurs l'objet. C'est lui qui fait le choix de parler, de faire usage de sa liberté d'expression afin de parvenir à un objectif : permettre au public d'accéder à l'information.

Ainsi, il semble que l'information économique puisse être l'objet de deux droits distincts aux objectifs diamétralement opposés : un droit au secret pour garantir sa réservation et un droit à la liberté d'expression pour la rendre accessible. Le lanceur d'alerte est le porteur du message, la manifestation bien réelle de cette incorporation de l'information économique au sein de la liberté d'expression. Voici que se dessinent juridiquement les termes du conflit entourant celle-là (partie 1).

46. Résolution du conflit : confrontation des protagonistes. Une fois qu'il est possible de réduire le conflit de droits à une opposition de valeurs bien identifiées, la situation n'est pas pour autant résolue. On l'a dit, il apparaît tout aussi légitime de protéger le secret que

²²⁵ *Infra*, n°522 et suiv.

de le lever. A cela s'ajoute désormais la possibilité de défendre chaque terme de l'équation à travers des droits fondamentaux, garantis juridiquement par les normes les plus importantes. Il ne semble néanmoins pas envisageable de ne proposer aucune solution pour dénouer cette situation. Chacun des acteurs impliqués devrait pouvoir trouver solution à leur conflit : l'entreprise doit pouvoir anticiper dans quel cas elle peut espérer sauver son secret et le lanceur d'alerte devrait savoir à partir de quel moment l'intérêt du public à l'information est suffisamment prégnant pour justifier sa prise de parole. Aussi, s'agit-il de résoudre le conflit.

La confrontation des deux termes du conflit ne passe pas nécessairement toujours par les mêmes voies. Législateur et juges peuvent en avoir des approches différentes, certaines plutôt favorables au secret, d'autres à l'alerte. Il est donc essentiel de pouvoir anticiper dans quel sens se résoudra ce conflit. La question est d'autant plus importante pour le lanceur d'alerte. Comme il a justement quasiment droit de vie et de mort sur le secret de l'information économique, la justice et l'équité ne semblent pas pouvoir laisser entre les mains d'un individu seul le soin de décider de l'opportunité de révéler ou non. L'établissement d'un cadre juridique à son action paraît incontournable. Ainsi, la résolution de ce conflit n'a pas qu'un intérêt théorique. Il est également extrêmement pratique et peut former une sorte de guide pour le lanceur d'alerte, en tant qu'incarnation concrète de la résolution du conflit de droits (partie 2).

Chapitre préliminaire

La définition juridique de l'information économique

47. Diversité de l'usage juridique du terme « information ». L'information est une notion récurrente en droit. Le législateur l'utilise à de nombreuses occasions en France et au Canada, dans de très nombreux domaines juridiques, que ce soit en droit civil, droit commercial, droit des affaires, droit du travail, propriété intellectuelle... Dans chacune de ces matières, l'usage du terme « information » se rapporte à autant de notions distinctes, de sorte qu'il n'est pas aisé d'en dégager une idée uniforme.

48. Expressions incluant le terme « information ». Par exemple, les articles 2837, 2838, 2855 C.c.Q. parlent de « technologies de l'information », en référence à la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*²²⁶ consacrée à l'adaptation du droit aux nouvelles technologies. On renvoie ici davantage à un support – la technologie – qu'à l'information elle-même. En combinant le terme information avec un autre, son sens prend une tournure différente. Un autre exemple réside dans le recours désormais bien répandu à l'expression « droit à l'information ». Ce dernier est présent dans de très nombreux domaines juridiques : droit à l'information de la personne gardée à vue²²⁷ ou au cours d'une arrestation²²⁸, droit d'information des associés d'une société²²⁹, droit à l'information en matière environnementale²³⁰... Il connaît aussi une consécration illustrée au Canada à travers des lois garantissant l'accès à l'information détenue par l'administration fédérale et provinciale²³¹. Dans ces différents exemples, l'enjeu n'est pas tant l'information elle-même, que le terme auquel elle est associée : elle ne vient qualifier qu'une sorte de technologie spécifique, ou un droit en

²²⁶ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, RLRQ, c. C-1.1.

²²⁷ Art. 63-1 C. pr. pén. : « La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire (...), dans une langue qu'elle comprend... » de son placement en garde à vue, des faits ayant donné lieu à ce placement, des droits dont elle bénéficie dans ce contexte (avocat, consultation médicale, avertir un proche...).

²²⁸ *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)], art. 11a) : « tout inculpé a le droit d'être informé sans délai anormal de l'infraction précise qu'on lui reproche. » (ci-après : « Charte canadienne »).

²²⁹ Dans le cadre des sociétés anonymes, informations à communiquer à l'assemblée des actionnaires, art. L225-100-1 C. com. ; informations transmises au vérificateur financier dans les sociétés par action : *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 170(1). Les renseignements financiers doivent également être transmis aux actionnaires : art. 159(1) ; informations des associés d'une société civile professionnelle : *Loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles*, J.O. 30 novembre 1966, p 10451, art 13. Cet article renvoie aux décrets le soin de définir pour chaque profession « les conditions dans lesquelles [les associés] sont informés de l'état des affaires sociales ».

²³⁰ Art. L120-1 C. env. ; *Loi sur la qualité de l'environnement*, RLRQ, c. Q-2, art. 31.3.5, mentionnant la procédure d'information du public sur l'impact environnemental, avant d'entreprendre des travaux de construction ou l'installation d'une activité.

²³¹ *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. 1985, c. A-1 ; *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.

particulier, créant une nouvelle notion indépendante de celle d'information. Il ne s'agit pas là de discuter de ce qu'elle est, mais, à titre principal, d'un droit relatif à celle-ci, ou d'une technologie traitant celle-ci.

Ces exemples, où l'information n'est pas l'enjeu principal, peuvent aider à comprendre le traitement que l'on réserve à l'information, mais ils ne s'intéressent pas tant à sa définition même²³². C'est pourquoi il est préférable de se tourner vers une utilisation du terme seul, en tant qu'objet principal d'étude juridique.

49. Terme "information" employé seul. Dans ce cas de figure encore, il faut distinguer. Le terme information peut être utilisé par commodité. Par exemple, on emploie le terme « information » dans les cas où le législateur impose la transmission d'un renseignement : au cours d'une immatriculation de personne morale²³³, information des salariés lorsque la fermeture d'un établissement est envisagée²³⁴, ou en cas de licenciement collectif²³⁵, devoir général d'information en droit des contrats²³⁶... Dans ce cas, ce sont plutôt les particuliers qui doivent transmettre de l'information à des fins précises. Mais il n'est là toujours pas question de la « réalité intrinsèque »²³⁷ de l'information.

50. Finalité de la recherche d'une définition. Nous cherchons à étudier l'information en tant qu'objet juridique à part entière. La loi traite rarement l'information de cette manière, en lui adossant des règles de droit propres. Là est toute la difficulté, car c'est bien en tant qu'objet du droit que l'information est étudiée ici. Si l'on précise que l'information est économique, il ne s'agit là que d'un qualificatif qui vient préciser à quel type particulier d'informations nous allons nous intéresser. Mais le sujet reste l'information elle-même.

Cette recherche n'a pas pour but de créer une catégorie juridique nouvelle. Si l'on s'attarde autant sur la définition de l'information économique, c'est aussi parce que l'on souhaite en trouver l'essence. De cette façon, on pourra rattacher les grandes caractéristiques

²³² Le professeur Catala met justement en garde : « à travers les prestations des professionnels, l'information se présente souvent comme un service auquel on serait tenté de l'identifier », P. CATALA, préc., note 29, 187.

²³³ *Loi sur la publicité légale des entreprises*, RLRQ, c. P-44.1, art. 21 (obligation d'immatriculation pour les commerçants et les sociétés), et art. 33 à 35.1 (informations qui doivent être transmises pour la déclaration d'immatriculation) ; art. L123-1 C.com (obligation d'immatriculation des sociétés (et des commerçants) pour obtenir la personnalité morale) et art. R123-37 et R132-38 C.com (détails des informations à fournir en vue de l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés).

²³⁴ Art. L1233-57-10 C. trav.

²³⁵ *Loi sur les normes du travail*, RLRQ, c. N-1.1, art. 84.0.6

²³⁶ Art. 1112-1 C. civ.

²³⁷ P. CATALA, préc., note 29, 187.

de cette dernière à des notions juridiques déjà connues et construites. *In fine*, on pourra identifier le cadre interprétatif et protecteur lui correspondant le mieux.

Pour y parvenir, nous allons d'abord rechercher une définition juridique générale de l'information économique (1). Face au caractère peu satisfaisant ou lacunaire de cette définition, il s'avérera plus aisé de cerner l'information à travers des caractéristiques juridiques précises, qui permettront d'en donner les contours plus exacts (2).

1 Définition descriptive de l'information économique

51. Absence de définition globale. L'information économique ne connaît pas, en tant que telle, de définition propre. Pour comprendre en quoi consiste l'information économique, attardons-nous sur chacun des deux termes pris isolément, information (1.1), puis économie (1.2).

1.1 Définition de « information »

52. L'information dans et hors du droit. Le terme information n'est pas réservé au droit. Le sens courant apporte des précisions qui permettent de mieux comprendre le fonctionnement d'une information (1.1.1), et d'éclairer son sens juridique (1.1.2).

1.1.1 Sens commun

53. Définitions. Selon les dictionnaires communs de la langue française, le terme information comporte plusieurs sens. Tout d'abord, il est défini par l'emploi du synonyme « renseignements » : « ensemble des renseignements obtenus par quelqu'un »²³⁸. On y trouve l'idée de nouveauté, d'apporter ou d'obtenir un éclaircissement. Ensuite, l'information est assimilée à l'« action de s'informer, de prendre des renseignements », ou alors au fait de « [porter] à la connaissance d'une personne, d'un public »²³⁹. Cette version renvoie à un aspect plus dynamique, de transmission du renseignement, au-delà de son seul contenu. Enfin, le dernier sens attribué à l'information est entendu comme un « élément ou système pouvant être transmis par un signal ou une combinaison de signaux appartenant à une structure commune »²⁴⁰.

²³⁸ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° *Information* (consulté le 19 juillet 2021) ; Josette REY-DEBOVE, Alain REY et Paul ROBERT, *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Le Robert, 2016.

²³⁹ *Le Grand Robert de la langue française*, *id.* ; J. REY-DEBOVE, A. REY et P. ROBERT, *id.*

²⁴⁰ *Le Grand Robert de la langue française*, *id.* ; J. REY-DEBOVE, A. REY et P. ROBERT, *id.*

54. Étymologie. Il se dégage de ces premières définitions deux orientations sur le sens que peut revêtir le terme « information », correspondant à ces origines latines²⁴¹. Il viendrait de « *informatio* », dérivé de « *informatum* » et qui signifiait « conception, explication (d'un mot), esquisse »²⁴². Ce sont deux formes nominales de « *informare* », c'est-à-dire l'art de façonner, de mettre en forme²⁴³. Ces deux significations se retrouvent dans les définitions contemporaines du terme information. On y trouve à la fois à l'idée d'apporter un éclaircissement, un renseignement, une connaissance et un aspect plus dynamique de l'information, le fait de la transmettre²⁴⁴. L'information est donc un renseignement²⁴⁵ que l'on porte à la connaissance d'autrui, comme l'action de prendre un renseignement. Il semble que celle-ci dispose de deux caractères fondamentaux, qui sont le contenu significatif (apprendre quelque chose à quelqu'un) et la transmissibilité, sa vocation à circuler entre les individus.

55. Notions voisines. Le terme information est souvent assimilé à des notions voisines, telles que connaissance, renseignement, donnée, nouvelle... Il est important de bien les distinguer, car elles ne revêtent pas toutes la même signification. La variété du vocabulaire employé dépend aussi en partie des champs disciplinaires qui s'en préoccupent.

56. Message et correspondance. En science, le message est un « élément ou suite d'éléments matériels par lesquels un ensemble d'informations, organisées selon un code, circule d'un émetteur à un récepteur »²⁴⁶. Dans un sens plus commun, on évoque la « charge de dire, de faire connaître, de transmettre quelque chose »²⁴⁷. Que l'on retienne l'une ou l'autre, ces deux définitions ont l'intérêt de souligner un trait commun avec la notion d'information : la faculté de circuler d'un point à un autre, un cheminement. Le message décrit davantage le phénomène informationnel qu'il ne définit l'information en elle-même. On ne fait pas nécessairement référence à un contenu. En cela, le message n'est pas un synonyme parfait du terme information.

²⁴¹ Romain OLLARD, *La protection pénale du patrimoine*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, v. 98, Paris, Dalloz, 2010, p. 427; E. DARAGON, préc., note 29, par. 5.

²⁴² Paul ROBERT, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001.

²⁴³ *Id.*

²⁴⁴ P. CATALA, préc., note 29, 187.

²⁴⁵ Le terme renseignement, défini comme « ce par quoi on fait connaître quelque chose à quelqu'un ; la chose, le fait que l'on porte à la connaissance de quelqu'un » (*Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Renseignement (consulté le 10 octobre 2021)) sera employé comme synonyme d'information.

²⁴⁶ *Id.*

²⁴⁷ *Id.*

Hors de la science, on peut aussi trouver un terme proche, celui de correspondance. On le retrouve d'ailleurs à l'occasion dans la législation française²⁴⁸. Dans le sens courant, ce dernier renvoie, pour ce qui nous intéresse, à un « rapport de communication entre plusieurs personnes »²⁴⁹, que ce dernier s'établisse à l'écrit ou à l'oral. Mais pour s'établir, une correspondance a besoin de deux interlocuteurs, un émetteur et un récepteur du message circulant entre eux. Il ne semble pas que l'information puisse être assimilée à une correspondance, dans la mesure où l'on peut s'informer seul, par la simple assimilation intellectuelle d'un fait significatif. La notion de correspondance s'avère plus étroite et plutôt incluse dans celle, plus générale, d'information.

57. Connaissance. Il s'agit de « ce qui est connu, ce que quelqu'un sait, pour l'avoir appris »²⁵⁰. C'est un « rapport de la pensée à la réalité extérieure (...). [Le] terme connaissance désigne le contenu de la pensée qui correspond à la nature de la chose visée et s'oppose à erreur ou illusion »²⁵¹. Employée principalement en sociologie et en philosophie²⁵², la connaissance semble renvoyer à un stade plus avancé que l'information. Alors que cette dernière rejoint l'inédit, la connaissance fait déjà l'objet d'une pensée construite. « La connaissance est nécessairement issue de l'information. (...) [Celle-ci] est l'aspect dynamique de la connaissance »²⁵³. Un lien chronologique apparaît entre les deux notions, l'information étant un préalable indispensable à l'acquisition de la connaissance. Mais l'information, d'une certaine manière, représente aussi la connaissance en mouvement.

58. Idée. L'idée est elle aussi fortement utilisée en philosophie. C'est une pensée, dans sa forme la plus aboutie, la plus absolue. Il s'agit alors d'une « représentation intellectuelle distinguée des phénomènes d'affectivité (émotions, sentiments...) ou d'activité (mouvements, actes volontaires...) »²⁵⁴. L'idée s'analyse de façon plus objective, comme « toute représentation élaborée par la pensée individuelle, qu'elle soit générale ou particulière, qu'il existe ou non un objet qui lui corresponde »²⁵⁵. On peut alors conclure que l'idée est un produit de l'intelligence et de la réflexion permettant l'abstraction, qui n'existe que dans l'esprit de son

²⁴⁸ Notamment à travers la protection du secret des correspondances : art. 226-15 C. pen.

²⁴⁹ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Correspondance (consulté le 21 octobre 2021).

²⁵⁰ *Id.* ; P. ROBERT, préc., note 242, p. 453.

²⁵¹ Michaël FOESSEL, Jean LADRIÈRE et Yves GINGRAS, « CONNAISSANCE », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis.edu.com/encyclopedia/connaissance/>> (consulté le 30 avril 2018).

²⁵² *Id.*

²⁵³ E. DARAGON, préc., note 16, n° 8.

²⁵⁴ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Idée (consulté le 21 juillet 2011) ; P. ROBERT, préc., note 242, p. 2030.

²⁵⁵ *Id.*

auteur. Elle lui est purement intérieure, et ne peut pas être connue intuitivement des tiers, car on ne peut sonder les esprits. Au contraire, l'information a vocation à circuler entre les personnes, à se transmettre. Pour être une information, l'idée ne peut plus se contenter d'habiter l'esprit de son auteur. On peut en déduire que l'information est le produit d'une idée, et que celle-ci est un préalable à l'information. S'établit encore un lien chronologique et de nécessité entre les deux notions. En outre, si idée et information sont tous deux vecteurs de sens, la première possède une originalité, une créativité, ce qui n'est pas nécessaire pour la seconde. En effet, l'information peut être originale quand elle est la traduction directe de l'idée, en revanche elle ne l'est plus lorsqu'elle est simplement répétée ou reprise. En revanche, l'information ayant vocation à circuler, elle doit pouvoir s'extérioriser sous une forme qui la rend compréhensible. L'expression devient « le point de passage nécessaire du simple fait ou de l'idée à l'information ».²⁵⁶

59. Savoir. En tant que nom masculin, il s'agit d'un « ensemble de connaissances assez nombreuses, plus ou moins systématisées, acquises par une activité mentale suivie »²⁵⁷. Le savoir semble aller encore au-delà de la connaissance. Il en constitue ce qu'on pourrait qualifier la forme la plus absolue. Le savoir nécessite des connaissances et un certain degré de maîtrise de celles-ci. Il constitue la capacité à les mobiliser utilement et à les organiser rationnellement. Si le savoir passe par la connaissance, et si celle-ci se construit grâce à l'information, alors le savoir est également tributaire de cette dernière. Elle est un préalable indispensable à ces deux autres notions. Et si l'information est l'aspect dynamique de la connaissance, le savoir est un « état, résultat du fait d'avoir été informé »²⁵⁸.

60. Bilan. Les trois derniers concepts présentés ont un lien particulier tant ils semblent ensemble exprimer un processus cognitif chronologique : d'abord la formation d'une idée qui, quand elle est communiquée, devient une information. C'est alors que, en s'en emparant, le récepteur de l'information peut l'assimiler et en faire une connaissance. L'accumulation des informations et leur transformation en connaissance formeront alors un savoir. Seul l'oubli pourra former un obstacle à ce processus et freiner sa transmission par l'information.

61. Prémisses des caractères de l'information. Cette chronologie a également l'avantage de dégager ce que l'information n'est pas. En la définissant par opposition à d'autres concepts voisins, on aperçoit en creux ses caractéristiques principales. Elle est transmissible et

²⁵⁶ P. CATALA, préc., note 29, 187.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ E. DARAGON, préc., note 16, n° 8.

vectrice de sens. Elle ne doit pas nécessairement avoir un contenu nouveau : en dehors du cas où l'auteur d'une idée l'offre pour la première fois au reste du monde, toute autre transmission ne sera que la répétition d'un même message informationnel. Au mieux, ce dernier pourra-t-il être nouveau pour celui qui l'ignorait, mais l'information en elle-même aura déjà perdu son caractère de nouveauté. L'originalité n'est donc pas une condition essentielle à l'existence d'une information.

Ces premiers éléments ne sauraient cependant suffire à définir l'information dans toute sa complexité. Il reste encore à aborder les définitions juridiques qui en ont été proposées.

1.1.2 Sens juridique

62. Dictionnaire juridique. Le droit prévoit déjà un sens très spécifique au terme information, dans le cadre de la procédure²⁵⁹. Bien sûr, ce n'est pas là ce qui nous préoccupe. Le dictionnaire juridique Cornu propose d'entendre l'information comme « le renseignement possédé et l'action de le communiquer à autrui »²⁶⁰. Ici, on retrouve les deux aspects déjà remarqués de la définition courante de l'information : elle est vectrice de sens et transmissible.

63. Lois sur la liberté de la presse et de communication. L'information en tant que telle est assez peu sollicitée par la loi²⁶¹ et quand elle l'est, on ne peut être que déçu de ne pas y trouver de définition. La pauvreté du traitement légal de l'information comme objet juridique explique sûrement pourquoi il est difficile de trouver une définition convenable de la notion. La loi sur la liberté de la presse²⁶², outil majeur de communication de l'information, ne propose pas de définition de cette dernière. On retrouve seulement le terme « nouvelle » à l'article 27 de cette loi, qui incrimine la publication ou la diffusion de fausses nouvelles. La jurisprudence a précisé à ce propos que l'objet de cette infraction correspondait à « l'annonce d'un fait précis et circonstancié, actuel ou passé, mais non encore divulgué »²⁶³. Cette définition constitue une base intéressante, car on y retrouvera les deux mêmes fondations que celles présentes dans l'information. La mention d'un « fait précis et circonstancié » rappelle que le message doit avoir un contenu significatif. Quant à « l'annonce » de ce fait, elle renvoie indéniablement au caractère transmissible de l'information, car cela implique son extériorisation. On confirme ainsi que les termes nouvelle et information sont synonymes, à ceci près que le premier exige

²⁵⁹ En France, l'information est synonyme d'instruction menée par un juge : G. CORNU, préc., note 31, « information », p. 547.

²⁶⁰ *Id.*, p. 547.

²⁶¹ P. CATALA, préc., note 29, 187.

²⁶² *Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, préc., note 22.

²⁶³ Paris, 18 mai 1988, Juris-Data n°1988-025000, Gaz. Pal. 20-21 janv. 1989.49, note Domingo ; D. 1990. 35, note Drouot.

en outre que le fait précis n'ait pas été divulgué, autrement dit qu'il soit inédit. Nous avons expressément exclu ce paramètre des caractères de l'information. Apparaît donc ici la subtilité qui permet de distinguer les deux termes. La nouvelle sera réservée de préférence aux informations originales en matière de presse.

La loi du 29 juillet 1982²⁶⁴ est venue compléter celle de 1881, dans le domaine de l'audiovisuel. Celle-ci précisait dans son article 1^{er} ²⁶⁵, que « la communication audiovisuelle est la mise à la disposition du public (...) de sons, d'images, de documents, de données, ou de messages de toute nature. » L'intérêt ici est de signaler la multitude des supports que peut emprunter l'information. Pour autant, cela ne permet pas de savoir ce qu'est l'information. Il faudra toutefois éviter l'écueil d'assimiler l'information et le support sur lequel elle se trouve.

64. Enrichissement du vocabulaire juridique. L'avènement de l'informatique a précipité un intérêt grandissant pour l'information en tant que telle. Le législateur a considéré judicieux de doter le terme d'une définition propre, étant donné l'importance croissante qu'il prenait en droit. Un premier arrêté a défini l'information comme un « élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué »²⁶⁶. Un second arrêté a précisé quant à lui qu'il pouvait s'agir d'un « renseignement ou élément de connaissance susceptible d'être présenté sous une forme adaptée à une communication, un enregistrement ou un traitement »²⁶⁷. Dans les deux cas, ces définitions semblent se concentrer sur la communicabilité de l'information, mais il est peu mis l'accent sur l'existence d'un contenu²⁶⁸. En outre, étant liés à des domaines spécifiques du droit, il est peu probable que ces deux textes procurent la généralité suffisante pour servir de référence à la définition juridique de l'information²⁶⁹.

65. Code pénal. Enfin, le Code pénal contient quelques infractions de diffusions de fausses informations²⁷⁰, de livraison d'informations²⁷¹ ou de révélation d'un secret²⁷², mais dans aucun de ces cas on n'en apprend plus sur ce qui peut constituer une information. On sait quel

²⁶⁴ Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, J.O. 30 juillet 1982, p. 2431.

²⁶⁵ Désormais Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. 1^{er} octobre 1986, p. 11755, art. 2.

²⁶⁶ Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, J.O. 17 janvier 1982, p. 624.

²⁶⁷ Arrêté du 3 octobre 1984 sur l'enrichissement du vocabulaire des télécommunications, J.O. 10 novembre 1984, p. 10262.

²⁶⁸ J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », préc., note 9, par. 5.

²⁶⁹ E. DARAGON, préc., note 16, n° 12.

²⁷⁰ Art. 322-14 et 411-10 C. pen.

²⁷¹ Art. 411-6 C. pen.

²⁷² Art. 226-13 C. pen

est le contenu des renseignements faisant l'objet de ces infractions, mais rien n'est précisé sur la notion en jeu ici. On constate alors que le législateur se concentre essentiellement soit sur le contenu même de l'information, soit sur sa transmission. C'est une vision utilitaire²⁷³, qui ne la traite pas comme un objet juridique à part entière.

66. Doctrine. Il ressort de ces différentes références légales (secret, nouvelle, message, fausse information...) qu'il manque en droit une uniformité du vocabulaire employé, sans pour autant que l'on puisse réunir l'ensemble sous une seule appellation générale (celle d'information) dont les contours seraient clairement définis. Tel serait alors le travail de la doctrine : « le système juridique qualifie de nombreuses espèces d'information (...). Mais ce dont les juristes ont vraiment besoin, c'est une notion unificatrice de celles-ci »²⁷⁴. C'est probablement pour cela aussi que la doctrine s'est essayée à l'exercice. Les principales définitions à ce sujet ont déjà été répertoriées en France²⁷⁵. Faisons toutefois une place particulière à la définition proposée par M. Pierre Catala, parce qu'elle met bien en exergue les deux volets de l'information, fidèle au sens courant du terme : « message quelconque exprimé dans une forme qui le rend communicable à autrui »²⁷⁶.

Cependant, les auteurs à la recherche de la définition de l'information verraient leurs réflexions teintées par l'objectif qu'ils cherchent à atteindre, de la même manière que les définitions légales sont influencées par le contexte dans lequel on les affirme²⁷⁷. En particulier, la définition de l'information serait viciée par le fait de vouloir en faire absolument un bien objet de propriété²⁷⁸. Pour obtenir l'approche la plus globale, le professeur Galloux propose de concevoir l'information comme « la forme ou l'état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible de signification »²⁷⁹, l'auteur mettant volontairement de côté le caractère transmissible de l'information, pour ne pas la résumer à cette caractéristique. L'avantage de cette définition serait alors de se débarrasser d'une approche réifiée de cette dernière, pour en faire ressortir son utilité²⁸⁰. De même, on ne prend pas le risque de confondre l'information et son support.

²⁷³ J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », préc., note 9, n°7.

²⁷⁴ *Id.*, n° 23.

²⁷⁵ *Id.*, n° 18.

²⁷⁶ Pierre CATALA, « La « propriété » de l'information », dans *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz Sirey, 1985, p. 97, à la p. 99.

²⁷⁷ J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », préc., note 9, n°9 à 12.

²⁷⁸ *Id.*, n° 26 à 29.

²⁷⁹ *Id.*, n° 25.

²⁸⁰ *Id.*, n° 29.

67. Communication et communicabilité. Toutefois, il ne nous paraît pas totalement juste d'écarter totalement la communicabilité. Ce terme indique une potentialité et non une constante de l'information : elle peut être communiquée, mais cela n'est pas une fatalité. De cette manière, on permet d'inclure dans le champ de cette définition les informations qui n'ont pas vocation à circuler, même si elles en ont la capacité : les secrets. Ces derniers font l'objet d'efforts considérables de la part de leur gardien pour les empêcher de circuler. Ce sont eux qui provoquent aussi généralement l'intervention d'un lanceur d'alerte. Il semble donc important de ne pas assimiler communication et communicabilité. En n'imposant pas la communication comme un critère définitionnel de l'information, on peut ainsi y faire entrer tous les renseignements secrets. Ce sont d'ailleurs le plus souvent eux qui attirent l'attention des juristes et des lanceurs d'alerte, parce que leur réservation est source de pouvoir, de richesse, d'influence. La transmission de l'information n'est pas tant un critère ontologique de l'information, qu'une source de responsabilité, celle du lanceur d'alerte qui la révèle de façon incontrôlée, celle du gardien qui la cache à tort. La transmission importe surtout dans la mesure où elle devient un critère d'intervention du droit, pour l'interdire ou au contraire l'imposer, donc dans des mouvements que l'on voudrait *a priori* encadrer. C'est pourquoi la seule communicabilité suffit à qualifier l'existence de l'information juridiquement, la transmission n'ayant rien d'inéluctable ou d'automatique.

68. Approche globale. Ainsi entendu, on pourrait avoir une approche globale de la notion, sans subir les contingences d'une branche particulière du droit. Bien sûr, il faut admettre que définir l'information d'un point de vue juridique a un intérêt dans la mesure où celle-ci pose des difficultés juridiques. Cela ne veut pas dire que toutes les informations entreront un jour dans la sphère du droit, mais la définition retenue entend n'en exclure aucune *a priori*. Voilà pourquoi on exclurait l'exigence d'une transmission de l'information de sa définition juridique, du moins des conditions sans lesquelles elle ne pourrait exister. Cela ne veut pas dire que l'information n'est plus communicable, bien au contraire. Simplement, en droit, cette communication n'apparaît plus comme indispensable.

69. Immatérialité et reproductibilité. La définition du professeur Galloux présente en outre le grand avantage de mettre en exergue d'autres caractéristiques encore passées sous silence. D'abord, l'information est une mise en forme pour créer du sens. À aucun moment elle n'a de consistance matérielle. On ne peut la toucher, la sentir. Elle n'a pas d'existence dans le monde sensible. C'est un produit de l'intelligence. L'information est essentiellement

immatérielle²⁸¹, ce qui va nécessairement avoir une répercussion sur son appréhension par le droit.

Comme l'information est immatérielle, elle n'est pas limitée par le support qui la reçoit, y compris le cerveau humain. En effet, au moment où l'information est communiquée, elle ne disparaît pas pour autant de l'esprit de celui qui la formule. La transmission de l'information n'engendre pas le dépouillement de son gardien initial. De proche en proche, l'information se multiplie autant de fois qu'elle est partagée, jusqu'à l'infini. Elle pourra exister en différents endroits, au même moment. Un document photocopié fait exister la même information en deux lieux distincts, sans que cela n'en diminue la qualité. À ce titre, on dit qu'elle a un don d'ubiquité²⁸². Bien évidemment, l'immatérialité de l'information rend cela possible. En même temps, cette ubiquité représente aujourd'hui un des principaux obstacles à sa réservation par le droit²⁸³.

70. Bilan. Il paraît sans aucun doute difficile de dégager une définition acceptable et acceptée de l'information. Mais, en traitant l'information en rapport avec l'intervention des lanceurs d'alerte, on ne peut se passer du secret, qui provoque la plupart du temps leur prise de parole. Par conséquent, pour les besoins du sujet, nous retiendrons, comme le professeur Galloux, que l'information est « la forme ou l'état particulier de la matière ou de l'énergie susceptible de signification »²⁸⁴. Elle peut toujours être communiquée, mais là se tient une source de responsabilité, et non un critère de son existence.

Toutes les informations ne sont pas l'objet de notre étude. Un qualificatif particulier s'applique, puisqu'elles doivent être de nature économique.

1.2 Définition de « économique »

71. Premier sens. L'adjectif qualifiant l'information est utilisé dans deux acceptions courantes²⁸⁵. Tout d'abord, il s'agit de ce « qui concerne l'économie, l'administration d'une maison, d'un ménage », ou encore ce « qui concerne la production, la distribution, la consommation des richesses ou l'étude de ces phénomènes »²⁸⁶. En d'autres termes, on renvoie ici à deux sous-ensembles de l'économie : à la fois la capacité à bien gérer quelque chose, à

²⁸¹ E. DARAGON, préc., note 16, n° 15. D'autres auteurs disent qu'elle est intangible : Arnold S. WEINRIB, « Information and property », (1988) 38-2 *U.T.L.J.* 117, 122.

²⁸² R. OLLARD, préc., note 241, n°377.

²⁸³ *Infra*, n°239 et suiv.

²⁸⁴ J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », préc., note 9, n°25.

²⁸⁵ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Economie (consulté le 21 juillet 2021).

²⁸⁶ *Id.*

adopter une organisation optimisant les gains par rapport aux dépenses, mais aussi la discipline des sciences sociales, « qui a pour objet la connaissance des phénomènes concernant la production, la distribution et la consommation des richesses, des biens matériels dans la société humaine »²⁸⁷. Cette dernière signification n'est pas celle qui nous intéresse ici. Elle est liée davantage à l'économie politique, à la façon dont les États gèrent les ressources et le développement d'un pays. Notre sujet concernant principalement les rapports entre entreprise et lanceurs d'alerte, l'approche macroéconomique ne semble pas la plus adaptée pour traiter des problèmes envisagés.

72. Optimisation des ressources. En revanche, l'économie en tant que phénomène d'optimisation, de gestion des biens et des avoirs est bien plus intéressante. Si la définition parle de ménage ou d'une maison, la bonne gestion d'un capital n'est pas le seul apanage des particuliers dans l'intimité de leur domicile. Les personnes morales ont également besoin d'assurer la gestion de leur bien, d'optimiser leurs gains et dépenses, afin de demeurer compétitives. Par exemple, faire un placement boursier rentable, investir dans une nouvelle entreprise prometteuse, créer un emploi d'apprenti pour bénéficier d'un crédit d'impôt, recruter un personnel mieux qualifié... sont autant de moyens d'optimiser la gestion de ses ressources : si cela peut représenter un coût initial, l'entreprise s'y retrouvera par une augmentation de ses gains à long terme.

73. Second sens. Ensuite, l'économie est tout ce « qui réduit les frais, épargne la dépense »²⁸⁸. On cherche à éviter toute perte inutile. Être parcimonieux, épargner, voilà ce qu'on entend ici par l'adjectif économique. Ce sens est évidemment compatible avec le précédent. La réalisation de bénéfices passe généralement aussi par la capacité de l'entreprise à réduire certains coûts, à réaliser une économie. Par exemple, utiliser un alliage de métal moins cher et tout aussi solide dans la fabrication d'un instrument de musique est typiquement une information économique, puisqu'elle diminuera les coûts tout en maintenant la même qualité du produit. De même, un plan de restructuration de l'entreprise, la fermeture d'un site de production, l'arrêt d'un service, un plan de licenciement sont autant d'informations qui auront un caractère économique.

74. Informations secrètes. Assurer un gain ou éviter une perte ne passe pas nécessairement toujours par des mesures positives ou d'investissement. L'innovation n'est pas

²⁸⁷ *Id.*

²⁸⁸ *Id.*

le seul moyen de s'assurer une avance concurrentielle. Cela peut aussi advenir en gardant par-devers soi des informations dont on sera le seul à tirer bénéfice. Le recours à l'alliage de métal moins cher représente certes une économie, mais le bénéfice réalisé grâce à cette technique sera d'autant plus grand si l'entreprise est seule à y recourir.

On l'a vu, l'information au sens juridique peut inclure le secret. Il faut alors envisager que le maintien de ce dernier sur certaines informations soit un moyen d'éviter une perte, et *in fine*, d'obtenir un gain, en ne partageant pas avec les concurrents l'avantage représenté par une telle information. D'ailleurs, le secret est souvent le meilleur moyen de garantir une exploitation privilégiée de l'information économique. Dans une économie de marché basée sur la concurrence, la confidentialité tient une place centrale pour endiguer la propagation de l'information²⁸⁹. C'est pour cela que les compagnies y ont massivement recours et, dans ce contexte, l'irruption des lanceurs d'alerte est particulièrement mal perçue. Les révélations auxquelles ils procèdent mettent en péril le secret des informations économiques. Les concurrents peuvent en tirer des bénéfices de la même manière, ce qui revient finalement à les mettre tous en situation d'égalité face à l'information. Il n'y a plus d'avantage concurrentiel et il est probable qu'une partie des bénéfices tirés d'une telle position s'évapore par la même occasion.

75. Exclusion des informations personnelles. *A priori*, au regard du sens retenu des informations économiques, il faudrait exclure toutefois les informations personnelles liées à la vie privée²⁹⁰, car elles n'ont pas pour vocation première à créer de la richesse. Néanmoins, certaines informations hautement personnelles peuvent acquérir un intérêt économique. La presse à scandale en est déjà un exemple évident. Mais prenons un petit détour : l'état de santé d'un chef d'État peut être une information de la plus haute importance pour la vie institutionnelle. Les élections nationales ou un changement de cap politique affectant le destin national peuvent se ressentir sur les marchés, les investisseurs étant plus ou moins inquiets de l'arrivée d'un nouveau dirigeant²⁹¹. Il pourrait tout à fait en être de même avec l'état de santé

²⁸⁹ Marie BOURGEOIS, « La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droits québécois et français », (1988) 1 *R.I.D.C.* 113, par. 3.

²⁹⁰ *Id.*, 114 (note 3).

²⁹¹ Au lendemain du referendum ayant tranché en faveur du retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, l'économie nationale a connu une chute brutale des cours boursiers et de la livre sterling : Eric ALBERT, « Brexit : la livre sterling en route vers la parité avec l'euro », *Le Monde*, lundi 28 août 2017, p. 12. À l'inverse, l'élection de Jair Bolsonaro au Brésil en 2018 a fait progresser la bourse de 3,9% : Claude FOUQUET, « Brésil : la bourse salue l'élection de Jair Bolsonaro », *Les Echos*, 2 novembre 2018, en ligne : <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/0600075515680-bresil-la-bourse-salue-lelection-de-jair-bolsonaro-2218536.php>>.

d'un dirigeant d'une grande compagnie. Le décès d'un créateur emblématique²⁹² ou d'un dirigeant charismatique²⁹³ a déjà fait des remous sur les marchés boursiers, en raison des incertitudes créées sur l'avenir de l'entreprise pour les investisseurs. Bien sûr, cela va poser la question de la révélation de telles informations sous un angle spécifique en raison de leur nature plus personnelle et hautement confidentielle. Mais on ne peut totalement les exclure, car elles ont réellement des conséquences économiques.

76. Distinction du commerce. Finalement, l'information économique sera celle qui concerne l'organisation optimale de l'activité pour augmenter les gains, éviter les dépenses et, finalement, assurer la perpétuation de celle-ci. Bref, toute information assurant la rentabilité sera de nature économique. Toutefois, il ne faut pas ici confondre économie et commerce. Cette activité porte sur des opérations ayant « pour objet la vente d'une marchandise, d'une valeur ou l'achat de celle-ci pour la revendre après l'avoir transformée ou non »²⁹⁴. Le commerce est une source de création de richesses, au même titre qu'une gestion ingénieuse de son patrimoine. Cependant, ce n'est qu'un des multiples moyens de gérer des biens. Faire des placements rentables, regrouper les structures de production, ou encore délocaliser dans un pays où la main-d'œuvre est bon marché, sont autant de mesures assurant des gains, au-delà de la seule capacité de marchander un bien ou un service. À ce titre, le commerce n'est qu'une branche de l'économie, et on ne peut réduire l'un à l'autre. Aussi, l'information économique ne peut pas être assimilée à l'information commerciale.

77. Distinction avec l'industrie. Il en est de même avec l'industrie. Outre le professionnel habile de ses mains²⁹⁵, le terme renvoie à « l'ensemble des activités économiques ayant pour objet l'exploitation des richesses minérales et des diverses sources d'énergie, ainsi que la transformation des matières premières (animales, végétales ou minérales) en produits fabriqués »²⁹⁶. Ici encore, il ne s'agit que d'une façon de créer de la richesse, qui n'inclut pas la gestion des services par exemple. Celle-ci est pourtant une part non négligeable des activités économiques et un moyen tout aussi efficace de créer de la richesse. Tout comme le commerce, l'industrie n'est qu'une activité économique parmi d'autres, et on ne saurait assimiler les deux.

²⁹² Ce fut le cas au décès de Steve Jobs pour la société Apple : Clément LACOMBE et Yves EUDES, « La dernière éclipse de Steve Jobs, incarnation d'Apple », *Le Monde*, vendredi 26 août 2011, p 14.

²⁹³ Le décès brutal du PDG de Total en 2014, Christophe de Margerie, a engendré une baisse immédiate, bien que modérée, de l'action du groupe de 2% : Guillaume BAYRE, « L'action Total a résisté à l'annonce de la mort de Margerie », *Le Figaro*, 21 octobre 2014, en ligne : <<http://bourse.lefigaro.fr/indices-actions/actu-conseils/l-action-total-a-resiste-a-l-annonce-de-la-mort-de-margerie-2731087>>.

²⁹⁴ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Commerce (consulté le 21 juillet 2021).

²⁹⁵ *Id.*

²⁹⁶ *Id.*

78. Bilan. En combinant les définitions précédentes et maintenant que nous savons sur quelle catégorie d'information nous nous concentrons, l'information économique concerne l'ensemble des renseignements relatifs à l'organisation et au maintien d'une activité rentable, peu importe qu'ils permettent de créer un gain ou d'éviter une dépense. Cette définition permet d'y inclure tout ce qui contribue à l'appareil de production (formule de fabrication, utilisation d'un matériau avantageux, recettes secrètes, les codifications de logiciels...), le développement de services (méthodologie de travail, utilisation de procédés, d'outils d'analyse ou statistiques, liste de clients ou de fournisseurs...), toutes les informations qui éviteront des dépenses non nécessaires (optimisation fiscale, délocalisation, plans d'investissement, rachat de compagnies, placements boursiers...), ou encore les informations personnelles des dirigeants ayant des répercussions sur l'avenir de l'entreprise. L'ensemble de ces informations pourront être secrètes. Ce n'est pas obligatoire, mais le secret garantit une avance concurrentielle importante, que recherchent les entreprises d'un secteur donné.

79. Insuffisance de la définition juridique. La quantité et la diversité des données pouvant être qualifiées d'information économique sont vertigineuses. Cela présente l'avantage de conserver une approche globale de la notion et des problématiques qu'elle peut soulever. Mais il semble manquer encore quelques critères permettant de discriminer plus précisément les informations économiques. Certaines notions juridiques préexistantes pourraient aider à affiner, non pas la définition même de l'information économique, mais certaines de ses caractéristiques. Ces notions correspondent typiquement à ce que l'on peut entendre par information économique. Ainsi, un brevet est une invention dont la réservation est assurée par la loi et qui permet de retirer un gain de son exploitation par la vente, la licence, le développement de nouvelles technologies. De même, un secret de fabrique représente une information relative à la production d'un bien. La confidentialité entourant celle-là est ce qui assure que son détenteur en retire seul l'avance technologique et donc le gain économique qu'elle représente. Plus récemment encore, la loi française a consacré le secret des affaires²⁹⁷, information confidentielle relative à la gestion d'une entreprise, et garantissant la prospérité de celle-ci²⁹⁸. Ce sont autant d'exemples qui, par la comparaison de leurs traits communs, permettraient de préciser ce que l'on entend par information économique.

²⁹⁷ *Loi relative à la protection du secret des affaires*, préc., note 19.

²⁹⁸ Sur le lien entre le secret des affaires et la garantie de compétitivité des entreprises, voir la Directive sur le secret des affaires, préc., note 16, cons. 1 et 2.

2 Définition qualitative de l'information économique

80. Nouvelle approche. En raison de la grande diversité des informations économiques, il est difficile de tenir compte de toutes les réalités qu'elles peuvent recouvrir : informations comptables et fiscales, secrets professionnel, commercial, industriel, de fabrication, brevets, recettes, listes de fournisseurs, d'employés, de clients... On est face à une variété d'éléments desquels il est difficile de tirer une cohérence, tant ils n'ont pas tous le même statut juridique, voire aucun statut. Ce manque de cohésion rend difficile la formulation d'une définition descriptive qui puisse englober l'ensemble des informations concernées. C'est pourquoi nous proposons de compléter la définition précédemment dégagée avec des critères en limitant un peu la portée. La démarche consiste à utiliser des notions juridiques existantes, et qui entrent dans le champ de la définition descriptive de l'information économique précédemment dégagée. Il s'agit des brevets, des secrets industriels et des affaires, ainsi que du savoir-faire, instruments juridiques contenant tous des informations à valeur économique. Ces derniers présentent l'avantage d'entretenir un lien étroit avec l'économie et la création de richesse, un aspect essentiel de l'objet de notre étude. En comparant ces notions, nous avons remarqué qu'elles avaient des caractéristiques communes, qui semblent pouvoir décrire les qualités des informations à l'étude.

L'information économique a indéniablement des liens avec la propriété intellectuelle pouvant être l'objet de droits d'auteur ou de brevets. L'émergence de ce droit, sur le plan économique, reste profondément liée à la révolution industrielle et à l'établissement de l'ère des affaires²⁹⁹ (2.1). Doctrine et jurisprudence ont néanmoins pris très tôt conscience de l'insuffisance des protections formelles offertes par la propriété intellectuelle, en particulier par les brevets d'invention, car leur domaine d'application était considéré comme trop étroit, incomplet, parcellaire³⁰⁰. D'autres techniques de réservation de l'information sont apparues, à l'extérieur du seul cadre de la propriété intellectuelle. Nous étudierons ces autres techniques de réservation de l'information, qui reposent essentiellement sur la confidentialité, dont le savoir-faire et les divers secrets sont les meilleurs exemples (2.2).

²⁹⁹ Christian GAVALDA, « Le secret des affaires », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1964, p. 291, à la p. 291 ; David VAVER, « What is a trade secret? », dans *Trade Secrets: edited by Roger T. Hughes*, Toronto, Ont., Canada, Law Society of Upper Canada, 1990, p. 1 à la p. 2.

³⁰⁰ François DESSEMONTET, *The legal protection of know-how in the United States of America*, 2nd rev. ed, coll. Comparativa : studies and researches of the Institute of Comparative Law, n°5, Geneva : South Hackensack, N.J., Librairie Droz S.A. ; F.B. Rothman, 1976, p. 11 ; Régis FABRE, *Le know-how : sa réservation en droit commun*, Paris, Librairies techniques, 1976, n°6 ; Jean-Christophe GALLOUX, « Droits sur les créations nouvelles », RTD Com. 2014.87 ; D. VAVER, préc., note 299 à la page 3.

81. Présentation non exhaustive. Pour chacune des notions à l'étude, nous allons faire une brève présentation visant à en dégager les éléments constitutifs. Il ne s'agit pas de faire une présentation exhaustive de la matière, mais de rechercher les caractéristiques communes aux différentes catégories juridiques. Ainsi, il sera possible de savoir quels sont les ferments communs qui pourront entrer dans la caractérisation de l'information économique.

2.1 Définition à partir du droit des brevets

82. Propriété intellectuelle. La propriété intellectuelle regroupe un ensemble de matières diverses, mais visant toutes à gérer l'appropriation des créations de l'esprit³⁰¹. Elle protège les innovations et la créativité dans leur immatérialité, plutôt que les supports matériels sur lesquels elles se manifestent³⁰². Au même titre que l'on peut faire une distinction entre l'information et son support, la propriété intellectuelle protège les contenus et les formes innovants plutôt que les supports, qui relèvent, eux, du droit des biens classique. Il y a donc déjà un lien étroit entre les objets de la propriété intellectuelle et l'information, notamment en raison de cette immatérialité.

83. Aspect économique. En outre, la propriété intellectuelle revêt un aspect économique indéniable : le titre de propriété intellectuelle accorde à son détenteur le droit exclusif d'exploiter sa création d'un point de vue commercial, d'en retirer un avantage économique. L'exclusivité liée au titre de propriété intellectuelle est assez universellement reconnue comme la contrepartie de la mise à disposition du public d'une création ou d'une innovation³⁰³. C'est en tout cas un fondement accepté en France comme au Canada³⁰⁴.

84. Exclusion du droit d'auteur. La propriété intellectuelle apparaît comme un point de départ intéressant pour rechercher les caractéristiques de l'information économique, parce qu'elle propose une appréhension légale de celle-ci. Cependant, nous excluons volontairement les droits d'auteur de cette étude. D'abord, ils sont généralement classifiés séparément : la propriété intellectuelle contiendrait d'un côté la propriété littéraire et artistique dans une première catégorie au contenu pour ainsi dire unique (les droits d'auteur), et d'un autre côté la

³⁰¹ Elizabeth F. JUDGE et Daniel J. GERVAIS, *Intellectual property : the law in Canada*, Toronto : Carswell, 2011, p. 1 ; Laure MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, 1ère édition, coll. Thémis. Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2013, p. 1.

³⁰² E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 1 ; L. MARINO, préc., note 301, p. 1 et 2.

³⁰³ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 1 ; Francis LORD et Pierre-Emmanuel MOYSE, « Principes et justifications de la propriété intellectuelle », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, n° 2, à jour au 24 juin 2013 ; Joanna SCHMIDT-SZALEWSKI et Jean-Marc MOUSSERON, *Rép. com.* Dalloz, v° Brevet d'invention, n° 4

³⁰⁴ F. LORD et P.-E. MOYSE, *id.*, n° 57 ; L. MARINO, préc., note 301, p. 80.

propriété industrielle, qui regroupe les brevets d'invention, le droit des marques...³⁰⁵. C'est la distinction principale choisie par le Code de la propriété intellectuelle en France³⁰⁶. La classification faisant consensus, il n'est pas nécessaire de revenir dessus.

85. Justification. Au Canada, on semble admettre qu'une information peut être objet d'un droit d'auteur³⁰⁷. En France, les auteurs sont davantage partagés³⁰⁸, même si les deux ne semblent pas totalement incompatibles³⁰⁹. La jurisprudence française n'est quand même pas tout à fait favorable à un tel mariage³¹⁰. Il reste que le droit d'auteur protège surtout le droit moral de l'auteur sur la mise en forme originale d'une création ou d'une information, et non son contenu³¹¹. Cela paraît insuffisant, alors que c'est justement ce dernier que l'on cherche à protéger par un brevet ou un secret³¹². La propriété littéraire et artistique répond à des objectifs différents et propose une protection inadéquate, justifiant de l'exclure de notre étude.

86. Droit des brevets. La démonstration se concentre donc volontairement sur le droit des brevets. Il s'agit du dispositif juridique le plus emblématique et le plus ancien. « Le droit de brevet se présente comme la forme la plus poussée de réservation et commercialisation d'informations »³¹³. En effet, un brevet contient l'ensemble des informations qui permettent d'accéder à la compréhension et la réalisation de l'invention qu'il décrit. Il n'est qu'une compilation d'informations. La protection de cette compilation par les brevets est la plus poussée, car elle est consacrée par la loi. Celle-ci définit précisément les contours et les conditions permettant de faire d'une information un brevet. En outre, il n'est pas disputé que

³⁰⁵ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 2 ; F. LORD et P.-E. MOYSE, *id.*, n° 16.

³⁰⁶ La partie I du code est consacrée entièrement à la propriété littéraire et artistique, c'est-à-dire aux droits d'auteurs et autres droits voisins, et la partie II à la propriété industrielle (ci-après « C. propr. int. »)

³⁰⁷ Ronald E. DIMOCK et John A. MCKINLAY, « Trade Secrets and Industrial property: where does each begin and end ? », dans *Trade Secrets: edited by Roger T. Hughes*, Toronto, Ont., Canada, Law Society of Upper Canada, 1990, p. 95 aux p. 98-99 ; M. BOURGEOIS, préc., note 61, n° 10 ; University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, *Trade Secrets*, 46, Edmonton, Alberta, 1986, n° 3.15. *Contra* : François GUAY, « La protection des secrets de fabrique et des informations confidentielles », dans S.F.P.B.Q., vol. n°28, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle, colloque tenu à Montréal, le 21 novembre 1991*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1991, p. 113, à la p. 127.

³⁰⁸ Jean-Christophe GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », dans *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé = Intellectual property in a globalized world : Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 129, à la p. 139.

³⁰⁹ R. FABRE, préc., note 300, n°186 à 199.

³¹⁰ Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, Bull. civ. I, n° 307 : « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas au sens des textes précités, la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur. »

³¹¹ R. E. DIMOCK et J. A. MCKINLAY, préc., note 307 à la page 99 ; R. FABRE, préc., note 300, n° 199 ; E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 45.

³¹² R. FABRE, préc., note 300, n° 199.

³¹³ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, préc., note 303, n° 5.

les brevets sont reconnus pour octroyer un monopole d'exploitation à celui qui les détient³¹⁴. Il s'agit d'un « droit exclusif, pour l'auteur d'une œuvre ou le titulaire d'une marque, etc., de procéder ou de faire procéder à l'exploitation de celle-ci, et d'en tirer un profit pécuniaire »³¹⁵.

Le brevet constitue un titre de propriété industrielle³¹⁶ portant sur des biens intellectuels³¹⁷. La force de la protection des brevets réside bien dans l'exclusivité attachée à un tel régime de propriété, qui interdit à toute autre personne de tirer un profit quelconque de l'invention brevetée sans l'accord du titulaire du droit qui l'accompagne. À ce titre, un brevet représente une source de revenus considérable. Les brevets entrent sans aucun doute dans la catégorie des informations économiques. Toutefois, cette protection par le biais de la propriété intellectuelle n'est pas parfaite, pour la simple raison qu'elle est limitée dans le temps³¹⁸ : à l'issue du délai fixé par la loi, le monopole d'exploitation cesse et l'invention tombe dans le domaine public. Son contenu peut alors être exploité par toute personne, et les informations qui y sont contenues sont accessibles à tous.

87. Fondements légaux. Au Canada, le brevet est défini dans la *Loi sur les brevets*, dans son article 2 : « lettres patentes couvrant une invention »³¹⁹. Le brevet repose donc sur le concept d'invention, à la base de l'admissibilité du brevet. L'invention est également définie au même article comme « toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité »³²⁰. Le brevet devra être nouveau, utile et issu d'une activité inventive³²¹.

En France, les brevets d'invention ne sont pas directement définis par la loi. Grâce à l'article L611-10 C. propr. int., on apprend toutefois que l'on peut breveter une invention, quel que soit le domaine technologique, du moment que cela implique une activité inventive, et

³¹⁴ F. LORD, « Principes et justifications de la propriété intellectuelle », préc., note 303303, n° 17 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, *id.*, n° 4.

³¹⁵ G. CORNU, préc., note 31. Une définition similaire est retenue au Canada : *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, 1636. Ce droit exclusif pour le détenteur du titre de propriété intellectuelle est reconnu par la loi : art. L611-1 C. propr. int. ; *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, c. P-4, art. 43.

³¹⁶ Art. L611-1 et L611-2 C. propr. int.

³¹⁷ Nicolas BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle : Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 4e édition, coll. Manuel, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016, n° 415.

³¹⁸ Selon l'art. 44 de la *Loi sur les brevets*, préc., note 315, la durée du monopole d'exploitation est de 20 ans au Canada, pour les brevets délivrés à compter du 1^{er} octobre 1989 (17 ans pour les brevets délivrés avant). En France, la durée de la protection est aussi de 20 ans (article L611-2 C. propr. int.).

³¹⁹ *Loi sur les brevets*, *id.*, art. 2.

³²⁰ *Id.*

³²¹ Alain DUMONT et Serge SHAHINIAN, « Brevetabilité et définition de l'invention », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 23, Montréal, LexisNexis Canada, n° 3 à 5, à jour au 20 novembre 2020.

qu'elle peut recevoir une application industrielle. Cette définition est aussi celle retenue par le droit international : dans le cadre de l'OMC, les accords signés le 15 avril 1994 relativement aux Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce précisent qu'« un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle »³²².

88. Similarités. À travers des termes qui diffèrent quelque peu d'un pays à l'autre, les brevets d'invention reçoivent en réalité une définition similaire en France et au Canada, basée sur des critères cumulatifs communs, voire identiques. Un brevet nécessite donc un critère d'inventivité, appelé non-évidence au Canada³²³, un critère de nouveauté et un critère d'application industrielle, appelé utilité en droit canadien. Nous allons décrire chacun de ces critères, afin de comprendre en quoi ils permettent de dégager une notion d'information économique. Les brevets contenant de telles informations, ces dernières devront nécessairement remplir les mêmes conditions que les brevets. Cela donnera un premier aperçu des critères juridiques applicables à notre objet.

Pour obtenir un brevet, trois critères doivent donc être remplis : il doit être nouveau (2.1.1), inventif, ce qu'on nomme aussi critère de la non-évidence (2.1.2), et susceptible d'application industrielle, encore compris comme étant utile (2.1.3).

2.1.1 La nouveauté

89. Définition. En France comme au Canada, la délivrance d'un brevet impose que l'invention soumise soit nouvelle. Dans les deux Etats, comme dans la plupart des autres pays du monde, il s'agit d'une exigence légale. En France, l'article L611-11 C. propr. int. dispose qu'« une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ». Au Canada, cette exigence apparaît à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*³²⁴, dans la définition d'une invention : une réalisation, un procédé ou leur perfectionnement, ayant un caractère de nouveauté. Mais s'il s'agit là d'une exigence légale, cet article ne nous éclaire pas beaucoup sur ce que constitue la nouveauté. Pour en savoir plus, il faut ici se reporter à l'article 28.2(1) de la *Loi sur les brevets* pour comprendre en quoi consiste ce critère de nouveauté :

³²² *Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994, art. 27 (ci-après « accords ADPIC »).

³²³ A. DUMONT ET S. SHAHINIAN, « Brevetabilité et définition de l'invention », préc., note 321, n° 4. Les auteurs font le lien entre les deux formulations du même critère.

³²⁴ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 2.

« L'objet que définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas :

a) plus d'un an avant la date de dépôt de celle-ci, avoir fait, de la part du demandeur ou d'un tiers ayant obtenu de lui l'information à cet égard de façon directe ou autrement, l'objet d'une communication qui l'a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs ;

b) avant la date de la revendication, avoir fait, de la part d'une autre personne, l'objet d'une communication qui l'a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs ;

c) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a) ;

d) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt correspond ou est postérieure à la date de la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a) si :

(i) cette personne, son agent, son représentant légal ou son prédécesseur en droit, selon le cas :

(A) a antérieurement déposé de façon régulière, au Canada ou pour le Canada, une demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a),

(B) a antérieurement déposé de façon régulière, dans un autre pays ou pour un autre pays, une demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a), dans le cas où ce pays protège les droits de cette personne par traité ou convention, relatif aux brevets, auquel le Canada est partie, et accorde par traité, convention ou loi une protection similaire aux citoyens du Canada,

(ii) la date de dépôt de la demande déposée antérieurement est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l'alinéa a),

(iii) à la date de dépôt de la demande, il s'est écoulé, depuis la date de dépôt de la demande déposée antérieurement, au plus douze mois,

(iv) cette personne a présenté, à l'égard de sa demande, une demande de priorité fondée sur la demande déposée antérieurement. »³²⁵

Cet article long et complexe définit en réalité quatre critères selon lesquels une invention sera considérée comme nouvelle (paragraphe a) à d)). Quoi qu'il en soit, la conception de la nouveauté ne diffère guère de celle admise en France.

³²⁵ *Id.*, art. 28.2(1).

D'emblée, on remarquera que dans les deux pays, la nouveauté est définie de manière négative : l'invention ne doit pas être comprise dans l'état de la technique³²⁶, et ne doit pas avoir été l'objet d'une divulgation ou communication³²⁷ (nos soulignements). Dans les deux cas, il s'agit de se demander assez simplement si l'invention existe déjà. Si ce n'est pas le cas, alors elle sera considérée comme nouvelle.

90. Critère de nouveauté. Pour savoir si une invention existe déjà ou non, et donc si elle est nouvelle, il faut se tourner vers le passé. En effet, l'appréciation de la nouveauté se fait grâce à une comparaison entre l'état des connaissances au moment où la demande est déposée, et l'invention elle-même³²⁸. Cette comparaison apparaît très nettement en France à travers la définition de la nouveauté : l'invention est nouvelle « si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique »³²⁹. Il est donc nécessaire de connaître cet état de la technique pour savoir si y figure déjà l'invention soumise. Cette conception existait déjà en France dans la loi du 5 juillet 1844 relative aux brevets³³⁰. Celle-ci précisait que « ne sera pas réputée nouvelle toute découverte, invention, ou application qui, en France ou à l'étranger, et antérieurement à la date de dépôt de la demande, aura reçu une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée »³³¹. Une telle approche de la nouveauté imposait déjà une connaissance du savoir technique antérieur afin de s'assurer que l'invention apportait bien une matière inédite.

91. Approche canadienne. Cette approche comparative de la nouveauté est moins évidente à la lecture des textes canadiens, parce qu'il n'est pas expressément fait mention de l'état antérieur de la technique. Pourtant, la démarche reste la même. Au Canada, on exige que l'invention déposée n'ait pas été anticipée par une divulgation, c'est-à-dire qu'elle n'ait fait l'objet d'aucune diffusion ayant pu la rendre accessible au public³³². C'est ce qui ressort également de l'article 28.2(1) de la *Loi sur les brevets*³³³, puisque celui-ci exige, dans les quatre configurations de la nouveauté, que l'objet de la revendication, c'est-à-dire le contenu de la demande de brevet, n'ait pas fait l'objet de communication ou divulgation l'ayant porté à la connaissance du public. Mais pour savoir si la revendication a déjà été ou non divulguée, encore

³²⁶ Art. L611-11 C. propr. int. Une définition négative était déjà préférée dans la Loi du 5 juillet 1844 relative aux brevets d'invention, en ligne : <<https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6125321r/fl.image.texteImage>> (consulté le 12 octobre 2021).

³²⁷ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, article 28.2(1).

³²⁸ L. MARINO, préc., note 301, n°125 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, préc., note 303, n°57 et 58.

³²⁹ Art. L611-11 C. propr. int.

³³⁰ *Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention*, Recueil Duvergier, p. 553.

³³¹ *Id.*, art. 31.

³³² Louis-Pierre GRAVELLE, « Critère de nouveauté », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis Canada, n° 19, à jour au 1^{er} décembre 2020.

³³³ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, article 28.2(1).

faut-il étudier la technique antérieurement connue. Ici aussi, il faudra nécessairement procéder à une comparaison entre ce qui existe et ce qu'on propose d'ajouter à la connaissance technique. Comme le précisent certains auteurs, « l'anticipation renvoie à la relation entre l'invention et l'art antérieur, et implique une comparaison entre ce dernier et la revendication contenue dans l'invention en question (...) Pour déterminer si une invention est nouvelle, la revendication doit être comparée à l'art technique antérieur » (notre traduction)³³⁴. Ce n'est ni plus ni moins que le même processus comparatif admis dans l'analyse française de la nouveauté.

92. Nuances : test en deux étapes. Néanmoins, la jurisprudence n'entend plus tout à fait ainsi ce critère. En se concentrant sur l'analyse des termes « qui l'a rendue accessible au public »³³⁵, les juges fédéraux ont organisé un test en deux étapes plus précises. La seule divulgation n'est plus jugée suffisante pour affirmer qu'une invention n'est pas nouvelle. Ainsi dans la décision *Baker Petrolite*³³⁶, la Cour d'appel fédérale rappelle d'abord que pour qu'une invention soit anticipée (la décision parle d'antériorité), il faut qu'elle soit divulguée, et ce de trois façons possibles : par publication de l'invention, par sa vente ou par son usage³³⁷. Il faut donc dans un premier temps vérifier que l'invention a déjà fait l'objet d'une diffusion, par l'un de ces trois moyens. Mais les juges précisent que « la preuve de l'usage ou de la vente de l'invention ne [suffit] plus désormais en soi pour établir l'antériorité. »³³⁸. Désormais, l'invention sera anticipée si une personne versée dans l'art est capable de reproduire celle-ci à la seule lecture de la publication, ou par la seule connaissance des circonstances d'usage ou de vente³³⁹. La seconde étape du test consiste donc à se demander si une personne ayant des compétences techniques dans le domaine de l'invention serait capable de se baser sur la publication seule, ou sur les circonstances d'usage ou de vente, pour reproduire l'invention. Cela implique que la divulgation antérieure de l'invention doit comporter suffisamment de

³³⁴ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 710-711.

³³⁵ *Lois sur les brevets*, préc., note 315, art. 28.2(1)a) et 28.2(1)b).

³³⁶ *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2002] 1 C.F. 49 (C.A.F.).

³³⁷ *Id.*, par. 29 à 31.

³³⁸ *Id.*, par. 32 et 42.

³³⁹ *Id.*, par. 35 :

« Ainsi, le principe selon lequel la publication antérieure doit contenir des instructions d'une clarté tel qu'une personne versée dans l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée s'applique au contexte spécifique de la publication antérieure. Dans ce dernier cas, la personne versée dans l'art lira la publication. En ce qui concerne l'utilisation antérieure ou la vente antérieure, la lecture ne sera pas nécessairement pertinente. Au moment de décider s'il y a antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure en vertu de l'alinéa 28.2(1) a), la Cour doit tenir compte des circonstances de l'utilisation ou de la vente en question pour savoir comment une personne versée dans l'art serait menée infailliblement à l'invention revendiquée. Ainsi, existait-il à la date pertinente une méthode d'analyse disponible qui aurait permis à une personne compétente d'arriver à l'invention ? »

précisions, d'éléments pour opérer une telle reproduction. Ce n'est donc pas n'importe quelle révélation de l'invention qui fera obstacle à la nouveauté. En outre, l'analyse est assez circonstanciée, étant donné que l'invention doit pouvoir être reproduite par une personne versée dans l'art, ce qui ne simplifiera pas nécessairement la preuve de l'absence de nouveauté.

Ce test en deux étapes a été confirmé ultérieurement par la Cour suprême dans *Sanofi-Synthelabo*³⁴⁰ : l'évaluation de la nouveauté nécessite de vérifier s'il y a eu divulgation antérieure et si cela est le cas, si celle-ci rendait réalisable l'invention³⁴¹. Cette dernière décision a tout de même précisé que la personne versée dans l'art ne doit pas faire œuvre de création pour parvenir à reproduire l'invention³⁴², mais qu'elle peut procéder à plusieurs essais³⁴³, tant que l'exécution ne présente pas trop de difficultés³⁴⁴. Évidemment, une telle appréciation dépendra des circonstances de chaque espèce.

93. Nouveauté relative au Canada. Si le principe de l'analyse rétrospective, par rapport à l'état antérieur de la technique, reste le même dans les deux pays pour décider si une invention est nouvelle, l'ajout de la deuxième étape au test canadien nuance un peu cette harmonisation. La divulgation seule ne suffit plus. Il faut qu'elle soit « plus poussée »³⁴⁵, suffisamment précise pour permettre à un professionnel de la reproduire. Cela ne veut pas dire que l'appréciation est différente de celle faite en France, simplement que ce n'est pas n'importe quelle divulgation qui anéantira la nouveauté. Si une entreprise révèle une partie seulement des informations relatives à l'invention qu'elle souhaite breveter, sans pour autant que l'on puisse la copier, alors la nouveauté sera sauvegardée. Cela signifie que le droit canadien n'exige pas une nouveauté absolue, contrairement à la France. Cette souplesse est d'ailleurs confirmée par les dispositions sur la période de grâce canadienne, absentes du droit français³⁴⁶. Il en résulte

³⁴⁰ *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, [2008] 3 R.C.S. 265.

³⁴¹ *Id.*, par. 26.

³⁴² *Id.*, par. 33.

³⁴³ *Id.*, par. 27.

³⁴⁴ *Id.*, par. 37.

³⁴⁵ L.-P. GRAVELLE, préc., note 332, n° 19.

³⁴⁶ J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308, à la p. 133. La période de grâce consiste en une période pendant laquelle l'invention peut être divulguée sans être protégée par un brevet. En principe, une telle révélation préalable fait obstacle à la reconnaissance de la nouveauté, puisqu'on aura trace de l'invention dans la technique antérieure. Grâce à celle-ci, l'inventeur dispose d'un an pour déposer sa demande de brevet, sans que l'on considère l'invention anticipée et donc entachée d'un défaut de nouveauté : *Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 28.2(1)d(iii) ; *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, préc., note 336, par. 32. Les juges canadiens font particulièrement attention au contexte dans lequel la divulgation anticipée de la revendication a eu lieu, pour juger si elle fait obstacle à la nouveauté ou non. Ils tiendront compte tant du nombre d'informations communiquées, que du nombre de personnes y ayant eu accès... avant de décider s'il y a eu anticipation ou non.

que le secret qui doit nécessairement entourer l'information préalablement à sa brevetabilité est considéré avec plus de souplesse dans le modèle canadien.

94. Lien avec la confidentialité. Si l'on suit la logique énoncée, le brevet étant un exemple d'information économique, celle-ci devrait épouser le critère de nouveauté si central à la brevetabilité. Or, nous avons noté que la nouveauté n'était pas nécessaire à l'existence d'une information³⁴⁷, économique ou non. Comment résoudre cette contradiction apparente ?

La nouveauté présuppose l'inexistence préalable de l'invention dans la connaissance technique générale. La nouveauté rejoint l'inédit. Mais une invention ne se développe pas en un jour. Cela suppose des recherches, des plans, des maquettes, le développement de certaines pièces, des essais, des perfectionnements... Le processus peut être long et il est souvent nécessaire de se prémunir des concurrents qui pourraient vouloir récupérer les informations relatives à l'invention en cours de développement pour en retirer quelque bénéfice. La confidentialité apparaît alors comme un rempart utile pour s'assurer de mettre à distance la concurrence, mais aussi que l'invention aura bien ce caractère de nouveauté, qu'elle n'aura pas été connue d'autrui avant de l'abriter sous la protection de la propriété industrielle. Le secret est nécessaire pour conserver l'invention hors de la connaissance des tiers ou du public, tout ou partie de celle-ci, afin qu'elle puisse être considérée comme nouvelle : ce qui est dévoilé et déjà connu ne peut plus être nouveau.

95. Définition du secret. Dans le langage courant, le secret est défini, dans sa forme nominale, comme un « ensemble de connaissances, d'informations qui doivent être réservées à quelques-uns (...) que le détenteur ne doit pas révéler »³⁴⁸. Dans le sens juridique, le secret est décrit comme une source d'obligation : celle de ne pas révéler pour la personne en ayant connaissance, et celle de ne pas entrer dans le secret pour la personne qui ne le connaît pas³⁴⁹. Un secret s'impose autour de l'invention préalablement à la demande de brevet. C'est une condition incluse et implicite, mais indispensable, s'imposant aussi aux informations économiques constitutives de brevet. Le secret devra être maintenu par tous ceux qui ont connaissance de celles-ci, y compris les lanceurs d'alerte. On comprend alors déjà le dilemme

La lecture de l'article L611-13 C. propr. int. permet de déduire que la période de grâce n'est pas admise en France, sauf cas exceptionnels d'espionnage industriel ou de non-respect des obligations de confidentialité imposées entre des partenaires économiques. En ce sens : Pierre SIRINELLI, Antoine LATREILLE, Sylviane DURRANDE et Nathalie MAXIMIN, *Code de la propriété intellectuelle 2018: annoté & commenté*, 18e éd, coll. Codes Dalloz, Paris, Dalloz, 2018, commentaire sous art. L611-13.

³⁴⁷ *Supra* n°60.

³⁴⁸ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Secret (consulté le 17 octobre 2021).

³⁴⁹ G. CORNU, préc., note 31 ; Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 574.

que ces derniers auront à régler, entre le respect ou non-respect de leur obligation au secret, par nécessité de faire connaître certaines informations au public, jusqu'à se mettre dans l'illégalité. D'ailleurs, c'est souvent dans le contexte du secret que les lanceurs d'alerte vont prendre la parole, pour révéler une information inédite. Nul doute que les informations économiques, que l'on tend à considérer comme secrètes, seront l'objet d'alertes.

96. Nécessité du secret. Le lien entre le critère de nouveauté du brevet et le secret est établi en jurisprudence. Comme le souligne le juge Rothstein dans *Baker Petrolite*,

« La valeur du brevet qui est demandé réside dans le caractère secret de son objet. Ce caractère secret est perdu lorsqu'un membre du public a accès aux renseignements de manière à obtenir l'invention. La délivrance d'un brevet est assujettie à la condition que l'inventeur offre au public quelque chose qu'il n'avait pas auparavant. Si le public l'a déjà, l'inventeur ne donne rien et n'a pas droit à quoi que ce soit en retour. »³⁵⁰

Le lien entre secret et propriété industrielle est également bien documenté en doctrine³⁵¹. Quand l'invention est brevetée, les informations qu'elle renferme ne sont plus secrètes. La procédure de brevet met nécessairement fin au secret³⁵². Tel est l'enjeu d'un brevet : pour bénéficier de la protection légale entourant l'invention brevetée, il faut rendre celle-ci accessible au public. C'est le prix du monopole d'exploitation dont bénéficiera le titulaire du titre. S'il est nécessaire que l'invention soit nouvelle pour être brevetée, et si ce critère impose le secret, il y a nécessairement un passage du secret à la divulgation. Le brevet ne nécessite pas en lui-même la confidentialité de son contenu inventif, mais il peut difficilement exister sans qu'elle ne le précède.

97. Confidentialité relative. Le secret entourant l'information économique constitutive de brevet n'a pas besoin d'être absolu. D'abord, la nouveauté de l'invention peut n'être que relative au Canada, ce qui indique qu'une partie des informations qui la constituent peut déjà avoir été diffusée, sans faire obstacle à sa brevetabilité. Ensuite, le développement d'une invention est rarement le fait d'une seule personne isolée. Cela nécessitera en général la collaboration de plusieurs professionnels, dont les différentes connaissances vont contribuer à la faisabilité de l'invention et qui doivent donc tous être dans la confiance. Enfin, pour exister, le secret n'exige pas qu'il soit à la seule connaissance d'une personne. Au contraire, il peut être partagé, tant que cela reste restreint à un cercle bien défini de personnes. « Les révélations, dans

³⁵⁰ *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, préc., note 336, par. 42.

³⁵¹ Christophe CARON, « Secret et propriété intellectuelle », Dr. et patr. 2002.102.76 ; J.-C. GALLOUX « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308.

³⁵² C. CARON, *id.*, 77, qui parle du brevet comme « destructeur du secret ».

des conversations privées, ou couvertes par des accords de confidentialité, ou internes à une entreprise n'écartent pas la confidentialité. » (notre traduction)³⁵³ Il s'agit là d'une approche sensée, qui tient compte des réalités du fonctionnement d'une entreprise. Il est illusoire aujourd'hui que de vouloir limiter la définition de la confidentialité au sein des entreprises à une seule personne. Ce serait une tâche bien lourde à supporter sur les épaules d'un individu esseulé.

98. Conclusion. Les inventions brevetables contiennent de très nombreuses informations économiques. Quand ces inventions deviennent des brevets, elles sont par la même occasion rendues publiques. Avant cela, le secret doit les entourer, afin d'en conserver l'intérêt et de remplir le critère légal de nouveauté adossé à l'obtention d'un brevet. On ne peut plus douter des liens étroits qui unissent brevet et secret, tant l'existence du premier dépend du respect du second³⁵⁴. L'information économique relative à l'invention reste aussi nécessairement secrète. La confidentialité se dessine comme un critère central dans l'identification des informations économiques, même si un secret absolu ne semble pas être exigé pour autant. Le secret est d'ailleurs souvent un préalable à l'alerte éthique, ce qui permet de comprendre pourquoi ces informations en sont l'objet.

La nouveauté n'est pas le seul critère qui doit être rempli pour obtenir un brevet. Ce dernier exige en outre que l'invention soumise soit inventive, critère aussi appelé non-évidence.

2.1.2 La non-évidence ou le caractère inventif du brevet

99. Présentation. Tandis qu'en France on parle d'activité inventive, le droit canadien évoque la non-évidence de l'invention. Mais derrière ces variations, on retrouve la même idée, à savoir que l'invention ne doit pas se déduire facilement de l'état de la technique préexistant. Les Accords ADPIC rapprochent aussi ces deux expressions, en les considérant comme équivalentes³⁵⁵.

100. Fondements légaux. En France, l'article L611-14 C. propr. int. dispose qu'« une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier,

³⁵³ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 715. Voir aussi la définition du secret que nous avons donnée précédemment, qui admet que les connaissances ou les informations peuvent être partagées par « quelques-uns » (*supra* n°95).

³⁵⁴ En ce sens : C. CARON, préc., note 351 ; J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308.

³⁵⁵ En effet, la note 5 sous l'article 27 des Accords ADPIC, préc., note 322, précise que « les expressions “activité inventive” et “susceptible d'application industrielle” pourront être considérées par un Membre comme synonymes, respectivement, des termes “non évidente” et “utile” ».

elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. »³⁵⁶ Au Canada, le critère de non-évidence n'apparaît pas directement au sein de la définition du brevet ou de l'invention³⁵⁷. Il faut se reporter à l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets* :

« L'objet que définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas, à la date de la revendication, être évident pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'objet, eu égard à toute communication :

a) qui a été faite, plus d'un an avant la date de dépôt de la demande, par le demandeur ou un tiers ayant obtenu de lui l'information à cet égard de façon directe ou autrement, de manière telle qu'elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs ;

b) qui a été faite par toute autre personne avant la date de la revendication de manière telle qu'elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs. »³⁵⁸

101. Pertinence du critère. On pourrait douter de la pertinence d'un tel critère. En effet dans le sens commun, une invention se définit par la faculté de trouver quelque chose, de faire œuvre d'imagination³⁵⁹. Dire d'une invention qu'elle est inventive relève du pléonasme. Le caractère inventif de l'invention doit donc receler davantage que la simple exigence d'une activité créative, inhérente à l'idée même d'invention.

102. Sens du critère d'évidence. Ce supplément de sens se retrouve dans les lois françaises et canadiennes, qui emploient toutes deux une formule étonnamment similaire : l'invention « ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique »³⁶⁰ ; elle « ne doit pas (...), être évident[e] pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'objet »³⁶¹ (nos soulignements).

On remarque que le même terme d'évidence est employé dans les deux cas, entendu dans le même sens : il s'agit d'avoir recours à une « démarche inventive »³⁶². « L'inventeur est

³⁵⁶ Ce critère a été tout d'abord rejeté par la jurisprudence en France (par ex. Com. 12 décembre 1964, Ann. propr. ind. 1964. 112). Il faut attendre la réforme du droit des brevets de 1968 pour voir apparaître l'exigence de non-évidence formellement dans la loi : *Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention*, J.O. 3 janvier 1968, p. 13, art. 9. La version actuelle de l'article L611-14 C. propr. int. reprend l'esprit de ce texte, tout en l'enrichissant des critères nécessaires pour l'appréciation de la non-évidence.

³⁵⁷ *Loi sur les brevets*, préc., note 315318, art. 2.

³⁵⁸ *Loi sur les brevets*, *id.*, art. 28.3. Le critère de non-évidence a été d'abord développé en jurisprudence, avant d'être inscrit dans la loi grâce à la réforme du droit des brevets de 1985. Voir Hilal EL AYOUBI, « Caractère inventif de l'invention », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 25, Montréal, LexisNexis Canada, n° 1, à jour au 1^{er} novembre 2013 ; E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 736.

³⁵⁹ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °*Invention* (consulté le 21 juillet 2021).

³⁶⁰ Art. L611-14 C. propr. int.

³⁶¹ *Lois sur les brevets*, préc., note 315, art. 28.3.

³⁶² E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 736.

obligé de dépasser suffisamment l'état de la technique pour mériter le brevet. »³⁶³ Si l'invention apparaît comme quelque chose qu'on aurait pu trouver sans y réfléchir longuement, elle sera évidente.

L'Office européen des brevets, organe créé dans le cadre de la *Convention sur la délivrance des brevets européens*³⁶⁴ propose également un éclaircissement de ce qu'il faut entendre par évidence. Il considère que « le terme "évident" se réfère à ce qui ne va pas au-delà du progrès normal de la technique, mais ne fait que découler manifestement et logiquement de l'état de la technique, c'est-à-dire à ce qui ne suppose pas une qualification ou une habileté plus poussée que celles qu'on est en droit d'attendre d'un homme du métier. »³⁶⁵ En d'autres termes, l'évidence renvoie à une création qui n'aurait réclamé qu'un effort intellectuel simple, qui ne démontre pas une grande ingéniosité. Cela revient à dire que n'importe qui aurait pu avoir l'idée de cette invention, ou trouver la solution au problème que cette dernière propose de résoudre. À l'inverse, l'invention sera non-évidente, et donc brevetable, si elle apporte sa contribution au mur des connaissances techniques, en ayant recours à une certaine habileté.

De chaque côté de l'Atlantique, on s'accorde également pour dire que l'évidence n'a pas de rapport avec la sophistication de l'invention : cette dernière peut être simple et pourtant considérée comme résultant d'une activité inventive³⁶⁶. La simplicité n'est pas synonyme d'évidence³⁶⁷.

103. Personne versée dans l'art. Pour évaluer l'évidence ou la non-évidence de l'invention, on a recours, en France et au Canada, à un même standard d'appréciation. La référence y est flagrante dans la lettre des deux textes relatifs à l'évidence. Dans le premier pays, on parle plutôt d'« homme de métier »³⁶⁸, tandis que la *Loi sur les brevets* parle de la « personne versée dans l'art ou la science dont relève l'objet »³⁶⁹. L'appréciation du critère de non-évidence répond donc à une démarche similaire dans les deux pays : en référence à un

³⁶³ P. SIRINELLI, A. LATREILLE, S. DURRANDE et N. MAXIMIN, préc., note 346 commentaire sous art. L611-14.

³⁶⁴ *Convention sur la délivrance des brevets européens*, Munich, 5 octobre 1973, en ligne : <<https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/f/index.html>> (consulté le 12 octobre 2021).

³⁶⁵ *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets*, novembre 2017, partie G, chap. VII, 4. « Evidence », en ligne : <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/f/g_vii_4.htm> (consulté le 12 octobre 2021).

³⁶⁶ Nancy, 7 novembre 1991, Ann. propr. ind. 1992. 40 ; *Reliable Plastics Ltd. v. Louis Marx & Co.* (1958), [1956-1960] Ex. C.R. 257, 29 C.P.R. 113, par. 23.

³⁶⁷ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 737.

³⁶⁸ Art. L611-14 C. propr. int. Cette formulation apparaît un peu datée dans sa neutralité contestable. Il serait peut-être souhaitable de remplacer, comme au Canada, le terme « homme » par celui de personne.

³⁶⁹ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 28.3.

homme du métier et, comme cela était le cas pour la nouveauté, par le recours à un exercice de comparaison³⁷⁰.

En quoi consiste ce standard de la personne versée dans l'art ? Les magistrats français considèrent, par exemple, que « l'homme du métier est celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause et est capable à l'aide de ses seules connaissances professionnelles de concevoir la solution du problème que propose de résoudre l'invention. »³⁷¹, ou encore que « l'homme du métier est celui qui possède les connaissances normales de la technique en cause (...), ne se réduisant pas seulement à celui du domaine de l'objet du brevet »³⁷². Au Canada, la personne versée dans l'art correspond à un :

« Technicien versé dans son art, mais qui ne possède aucune étincelle d'esprit inventif ou d'imagination ; un paragon de déduction et de dextérité complètement dépourvu d'intuition ; un triomphe de l'hémisphère gauche sur le droit (...) : monsieur tout le monde du domaine des brevets »³⁷³.

Dans un registre moins « poétique », la Cour d'appel fédérale a considéré que :

« Les connaissances ordinaires de la personne hypothétique versée dans l'art incluent ce qu'on peut raisonnablement attendre qu'une personne connaisse et puisse trouver. Cette personne hypothétique est supposée être suffisamment diligente pour se maintenir à jour des derniers avancements dans le domaine dont relève l'invention en cause. »³⁷⁴

104. Standard d'appréciation. Ainsi, il semble que les juges français et canadiens attendent la même chose de cette personne versée dans l'art : il s'agit d'un standard fictif³⁷⁵, que l'on peut comparer à la personne raisonnable utilisée dans l'appréciation de la faute civile. C'est une personne moyenne, qui possède des connaissances et compétences moyennes dans le domaine du brevet, sans être un simple ouvrier, sans être omnipotente. À cet égard, on peut également s'appuyer sur les directives de l'Office européen des brevets, qui partage cette approche du technicien moyen dans le domaine technique de l'invention³⁷⁶.

105. État de la technique. Maintenant que nous avons identifié la personne versée dans l'art, la seconde partie de l'appréciation consiste à identifier l'état de la technique connue de

³⁷⁰ L. MARINO, préc., note 301, p. 272 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, préc., note 303, n°83 à 85.

³⁷¹ Com. 17 octobre 1995, Bull. civ. IV, n°232, P.I.B.D. 1996.III.34.

³⁷² Paris, 22 février 2008, P.I.B.D. 2008. III. 244 ; Propr. intell. 2008. n°29. 470, obs. Galloux.

³⁷³ *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy*, (1986) 64 N.R. 287, par. 18 (C.A.F) ; H. EL AYOUBI, préc., note 358358, n° 18.

³⁷⁴ *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.*, 2007 F.C.A. 217, par.25.

³⁷⁵ H. EL AYOUBI, préc., note 358, n°20.

³⁷⁶ *Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets*, préc., note 365, partie G, chap. VII, 3. « Homme du métier » : « L'« homme du métier » s'entend d'un praticien du domaine technique concerné, qui dispose de connaissances et d'aptitudes moyennes et qui possède les connaissances générales dans le domaine concerné à une date donnée. »

celle-ci qui servira de référence pour savoir si l'invention en cause était évidente ou non. L'état de la technique est composé de toutes les inventions antérieures publiées, que l'on considère cette antériorité comme un tout, ou que l'on agence différentes inventions antérieures pour tenter de reconstituer l'invention soumise à demande de brevet. Seul est exclu le contenu des demandes de brevets antérieures déposées non encore publiées³⁷⁷.

106. Appréciation de la non-évidence de l'invention. À partir de ces connaissances, les juges devront répondre à la question suivante pour savoir si une invention est évidente ou non : est-ce que, « compte tenu de l'état de la technique et des connaissances générales courantes qui existaient au moment où l'invention aurait été faite, cette créature mythique [la personne versée dans l'art] serait directement et facilement arrivée à la solution qui préconise le brevet »³⁷⁸ ? Cela signifie qu'à nouveau les juges se baseront sur les connaissances antérieures et les compareront à l'invention soumise à brevet, pour décider si, au regard de cet état de la technique, on peut considérer que l'invention représente un apport original. Il s'agira donc à nouveau d'un exercice de comparaison.

107. Démarche comparative en France. L'exercice de comparaison prescrit pour évaluer l'évidence nécessitera donc une comparaison entre l'invention et l'état de la technique antérieur au jour du dépôt de la demande de brevet³⁷⁹. Comment vont alors procéder les juges pour définir si l'invention est évidente ou non ? L'analyse diffère quelque peu entre la France et le Canada.

Dans le premier pays, les juges ont adopté la démarche proposée par la chambre des recours de l'Office européen des brevets³⁸⁰ :

« Selon la jurisprudence constante des Chambres de Recours de l'OEB, l'activité inventive s'apprécie de façon objective en utilisant l'approche problème-solution. Cette approche consiste à identifier d'abord l'état de la technique le plus proche, puis partant de cet état de la technique à identifier le problème technique que l'invention se propose de résoudre, à examiner ensuite si ce problème a bien été résolu par la solution revendiquée, sinon, à reformuler un problème technique moins ambitieux et, enfin, à examiner si la solution revendiquée s'imposait à l'évidence à l'homme du métier au vu de l'état de la technique pertinent. »³⁸¹

³⁷⁷ H. EL AYOUBI « Caractère inventif de l'invention », préc., note 358, n°27 à 32 ; L. MARINO, préc., note 301, p. 270 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, préc., note 303, n° 88.

³⁷⁸ *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy*, préc., note 373, par. 18 ; H. EL AYOUBI, préc., note 358, n°18.

³⁷⁹ H. EL AYOUBI, préc., note 358, n° 40.

³⁸⁰ L. MARINO, préc., note 301, p. 272.

³⁸¹ Ch. rec. tech. OEB, 10 juin 2008, p. 9, en ligne < <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t060479fu1.pdf> > (consulté le 12 octobre 2021).

L'exercice de comparaison est une exigence légale en France³⁸². Il faudra déterminer l'état de la technique, comparer le brevet en cause à ce savoir de référence, puis vérifier si l'homme du métier, avec ses connaissances, aurait pu réaliser l'invention avec les seuls enseignements de l'état de la technique³⁸³.

108. Démarche comparative au Canada. Au Canada, l'arrêt *Beloit*³⁸⁴ a fourni pendant longtemps l'analyse suivie par les juges pour parvenir à décider si une invention était évidente ou non. Cependant, ce test a été révisé dans une décision plus récente, afin de lui apporter plus de clarté. Dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*³⁸⁵, la Cour suprême propose un test en quatre étapes :

« Lors de l'examen relatif à l'évidence, il y a lieu de suivre la démarche à quatre volets (...). [Elle] devrait assurer davantage de rationalité, d'objectivité et de clarté. (...) :

- (1) a) Identifier la personne versée dans l'art
b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne ;
- (2) Définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation ;
- (3) Recenser les différences, s'il en est, entre ce qui ferait partie de l'« état de la technique » et l'idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation ;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l'invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité ? »³⁸⁶ (nous soulignons)

Le test de l'arrêt *Beloit* n'est pas obsolète. Il a simplement été reformulé en un raisonnement en quatre étapes. La démarche proposée au Canada semble plus structurée que celle suivie en France. Nonobstant, on retrouve dans les deux cas les deux étapes principales : la comparaison de l'invention à l'état de la technique et l'inventivité au regard des connaissances de la personne versée dans l'art.

109. Appréciation factuelle et objective. Il n'y a pas de réponse mathématique aux tests proposés en France et au Canada. Cela dépendra des circonstances de chaque espèce, de chaque invention et de l'état de la technique qui la précède. L'analyse de la non-évidence est une question extrêmement factuelle et objective³⁸⁷, par le recours au standard de la personne versée dans l'art/l'homme de métier. Ainsi, si les juges concluent que, au regard de l'état de la technique, l'homme du métier serait également parvenu à la solution, l'invention sera évidente

³⁸² Com. 15 juin 1993, Bull. civ. IV, n° 241.

³⁸³ Com. 15 novembre 1994, P.I.B.D. 1995. III. 51.

³⁸⁴ *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy*, préc., note 373, par. 18.

³⁸⁵ *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, préc., note 340.

³⁸⁶ *Id.*, par. 67.

³⁸⁷ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 739.

et ne pourra bénéficier de la protection d'un brevet. Par exemple, l'utilisation d'un élément connu pour la même fonction³⁸⁸ ou l'utilisation des propriétés bien connues d'un composé³⁸⁹ seront considérées comme évidentes et ne pourront permettre d'octroyer un brevet à l'invention. Au contraire, l'utilisation d'un moyen technique apparaissant dans un brevet antérieur, mais pour une fonction différente et qui « n'était pas contenue de manière évidente pour l'homme du métier dans l'état de la technique », rend cette nouvelle utilisation non évidente et donc brevetable³⁹⁰. De même, le fait de reconfigurer un outil déjà breveté pour le rendre plus facile à utiliser procède d'une activité inventive, « la combinaison nouvelle d'éléments connus » constituant une véritable invention³⁹¹.

110. Non-évidence vs. nouveauté. Il faudra toutefois veiller à ne pas confondre non-évidence et nouveauté de l'invention, les deux critères devant faire l'objet d'une analyse distincte³⁹². En effet, la non-évidence vise à vérifier que l'invention fait preuve de suffisamment d'inventivité, alors que la nouveauté permet de contrôler que l'invention n'a jamais été divulgué auparavant³⁹³.

111. Application de la non-évidence à l'information économique. Ainsi, le brevet exige-t-il que l'invention ait une certaine originalité, qu'elle démontre une certaine créativité. Est-ce à dire que les informations économiques comprises dans la description de l'invention devront faire de même ? Assurément, l'information, dans le sens juridique que nous avons déterminé³⁹⁴, doit être porteuse d'une signification. Il faut toutefois être prudent car, comme nous l'avons vu précédemment dans la définition de l'information, celle-ci n'a pas besoin d'être originale, contrairement à la notion d'idée³⁹⁵. Lorsque l'information est répétée, elle n'est plus originale, puisqu'elle existait déjà auparavant, et pourtant elle peut demeurer significative pour

³⁸⁸ Com. 13 décembre 1993, P.I.B.D. 1995. III. 141 ; Paris, 5 mai 1988, Ann. propr. ind. 1988. 281.

³⁸⁹ Paris, 2 février 2011, Propr. industr. 2011, étude 14, obs. Schaffner, Georges et Rétoré.

³⁹⁰ Com. 13 juin 1995, P.I.B.D. 1995. III.391.

³⁹¹ Com. 13 décembre 1994, P.I.B.D. 1995. III. 141, Ann. propr. ind. 1996.8.

³⁹² Com. 6 mars 1979, Bull. civ. IV, n°88 (pourvoi n°77-13.334).

³⁹³ Voir en ce sens les propos du juge Hugessen dans l'arrêt *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy*, préc., note 373, par. 13 :

« Obviousness is an attack on a patent based on its lack of inventiveness. The attacker says, in effect, "Any fool could have done that." Anticipation, or lack of novelty, on the other hand, in effect assumes that there has been an invention but asserts that it has been disclosed to the public prior to the application for the patent. The charge is: "Your invention, though clever, was already known." »

³⁹⁴ *Supra* n°70.

³⁹⁵ *Supra* n° 58.

celui qui en prend connaissance. Imposer l'originalité à l'information réduirait considérablement son champ d'application et pourrait apparaître contradictoire.

Nous intéressant plus spécifiquement aux informations qualifiées d'économiques, on pourrait néanmoins considérer que l'originalité est une de leurs caractéristiques propres. Après tout, là est la finalité de la démarche entreprise : en savoir plus sur l'information économique. Bien sûr, ces dernières seront originales dans la mesure où elles décrivent le procédé technique, le fonctionnement ou l'amélioration proposée par l'invention. Mais les informations brutes qui ont permis de l'obtenir sont rarement elles-mêmes originales, pas même nécessairement de nature économique. Elles interviennent dans le processus créatif, car c'est de leur agencement, des liaisons que l'on fait entre elles que naissent les idées. Ce ne sont pas pour autant les découvertes et les théories scientifiques que l'on brevète³⁹⁶. Constaté les vertus thérapeutiques d'une plante ou un phénomène naturel n'a rien d'inventif. En revanche, son utilisation pour en faire un médicament ou un traitement peut l'être et soutenir un brevet. Ainsi en est-il de la radiographie, basée sur la découverte des rayons X, ou de la synthétisation de l'acide acétylsalicylique pour en faire de l'aspirine.

112. De l'originalité à l'usage économique. En conséquence, si l'on souhaitait que les informations économiques acquièrent une certaine originalité, elles pourraient difficilement relever de la pure observation. Elles nécessiteraient d'être travaillées, agencées, organisées³⁹⁷, bref d'en faire usage, pour qu'elles acquièrent ce caractère. On peut faire le parallèle avec une liste de clients, dont on a admis qu'il s'agissait d'une information économique : les noms sur la liste, pris isolément, n'évoquent rien. En revanche, leur agencement dans une liste organisée devient un facteur concurrentiel et acquiert une utilité dans l'organisation de l'entreprise. Plus précisément, ce ne sont pas les noms en tant que tels qui ont une valeur, mais l'usage particulier que l'on en fait. De la même manière que c'est l'utilisation des rayons X qui fait l'originalité de la radiographie, c'est l'usage que l'on fait de l'information économique qui en fait l'intérêt, la valeur. Du moment qu'elle est utilisée pour en tirer un avantage ou éviter une perte, elle a une valeur économique. Ainsi, ce n'est pas tant l'originalité même de l'information économique qui importe que l'usage original qui en est fait. D'ailleurs, c'est bien pour cela que ces

³⁹⁶ Art. L611-10 C. propr. int. ; *Lois sur les brevets*, préc., note 315, art. 27(8) ; Jacques AZEMA et Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 8e édition, coll. Précis, Paris, Dalloz, 2017, n° 218.

³⁹⁷ *Id.*, n°1032.

renseignements sont tant convoités par les concurrents : ils représentent un avantage concurrentiel, une source de gain.

Sortant du contexte particulier et restreint des brevets d'invention, il restera à savoir si ce critère d'originalité apparaîtra aussi dans les autres catégories d'informations économiques consacrées par le droit. Pour le moment, penchons-nous sur le dernier critère indispensable à l'obtention d'un brevet : son utilité, son application industrielle.

2.1.3 L'utilité ou l'application industrielle

113. Fondements légaux. Le dernier critère nécessaire à la reconnaissance d'un brevet est appelé utilité au Canada, application industrielle en France. Derrière ce vocabulaire différent, il s'agit, encore une fois, essentiellement du même critère³⁹⁸.

L'utilité ou l'application industrielle est une exigence légale pour obtenir un brevet, que l'on retrouve facilement dans les deux pays. En France, l'article L611-15 C. propr. int. précise qu'« une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture. » Au Canada, on retrouve cette exigence d'utilité au sein même de la définition de l'invention fournie à l'article 2 de la *Loi sur les brevets*³⁹⁹. Mais ici aussi, comme pour la question de la nouveauté, cet article n'en dit pas davantage sur ce que recèle ce critère et nous n'avons pas cette fois de texte au soutien de sa compréhension. Il faudra s'en remettre à la jurisprudence pour davantage de précisions.

114. Sens commun. Dans les deux pays à l'étude, l'application industrielle, ou utilité, ne signifie pas qu'il doit s'agir d'un objet mécanique, mais fait plutôt référence au domaine dans lequel on peut trouver une invention brevetable. Une invention touche à n'importe quel domaine technique, tant qu'il s'agit d'une activité humaine⁴⁰⁰. Surtout, l'application industrielle exige de démontrer que l'invention a une fonction, qu'elle a été créée pour servir un but précis⁴⁰¹. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle interprété ce critère : dans un arrêt relatif à la brevetabilité d'un plasmide capable d'exprimer l'hormone de croissance humaine, elle a considéré que l'invention pouvait ne porter que sur le procédé de construction du produit et donc que l'activité inventive ne pouvait résider que dans ce procédé, même si le résultat obtenu

³⁹⁸ Accords ADPIC, préc., note 322, art. 27 (note 5).

³⁹⁹ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 2.

⁴⁰⁰ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, préc., note 303, n° 50.

⁴⁰¹ L. MARINO, préc., note 301, par. 127.

grâce à ce plasmide n'était lui-même pas nouveau⁴⁰². Au Canada, la Cour suprême est parvenue à la même conclusion. Dans l'arrêt *Consolboard*⁴⁰³, le juge Dickson reproche à la Cour d'appel fédérale d'avoir recherché l'utilité réelle de l'invention, alors qu'il ne s'agit pas là d'une exigence légale. Il précise que « ce n'est pas l'utilité pratique de l'invention ni son utilité commerciale qui importe (...) il n'importe pas plus que l'invention apporte un avantage réel au public ni qu'elle soit particulièrement adaptée au but visé. »⁴⁰⁴ Ce n'est pas tant la possibilité d'atteindre le résultat proposé par l'invention qui lui donne une applicabilité industrielle, que le fait de pouvoir recourir à ses fonctions. Cette interprétation est compatible avec la lettre de la loi en France. Elle n'impose pas une obligation de résultat ou de performance de l'invention, absente de l'article L611-15 C. propr. int. : « la loi ne tient compte ni du résultat de l'usage de l'invention brevetée ni de la qualité de ce résultat, qu'un résultat imparfait, ou même constituant une régression, ne conduit pas, au sens de la loi, à un défaut d'application industrielle »⁴⁰⁵. Si l'invention peut être fabriquée, peu important que le résultat puisse être atteint, elle sera considérée comme ayant une application industrielle⁴⁰⁶.

115. Précision du droit canadien. Les juges canadiens semblent s'attacher davantage aux finalités de l'invention. Tandis qu'en France, la capacité à atteindre un résultat indiffère dans la caractérisation de l'invention, on s'attarde plus longuement sur cette question au Canada. Une décision a affirmé que « le test est de savoir si, quand l'invention est utilisée, elle produit ce que les caractéristiques techniques disent qu'elle fera. Si, quand elle est utilisée conformément aux instructions contenues dans les caractéristiques techniques, on obtient le résultat espéré, l'invention est utile au sens de la loi. »⁴⁰⁷. Il suffira que l'invention exécute ce qu'elle a été conçue pour faire, ce qui suppose une prise en compte des résultats obtenus, contrairement à ce qui a été décidé en France. En revanche, il importe peu que les résultats

⁴⁰² Com. 19 décembre 2000, P.I.B.D. 2001. III. 277.

⁴⁰³ *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

⁴⁰⁴ *Id.*, 525.

⁴⁰⁵ TGI Paris, 3^{ème} ch. 11 mars 1998, P.I.B.D. 1998. III. 398.

⁴⁰⁶ Paris, 17 octobre 2007, P.I.B.D. 2007. III. 720. Voir aussi la *Loi tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention*, préc., note 356, art. 7. Dans cette version ancienne, l'application industrielle est définie avec plus de détails, ce qui donne une meilleure idée de ce que peut recouvrir l'expression en cause : « est considérée comme industrielle toute invention concourant dans son objet, son application et son résultat, tant par la main de l'homme que par la machine, à la production de biens ou de résultats techniques. » On retrouve là à la fois le caractère très large du critère, puisqu'il peut s'appliquer à n'importe quel domaine technique impliquant une mécanisation ou non, mais aussi la définition fonctionnelle de l'application industrielle. En effet, c'est bien par son « objet », son « application » ou son « résultat » que l'invention recueillera une application industrielle. La seule performance de l'invention conditionne seule son applicabilité industrielle, davantage que sa capacité à avoir un intérêt dans la réalisation d'une activité humaine : cet « objet », cette « application » ou ce « résultat » doivent concourir à la production de biens ou de résultats. On se concentre alors sur le fait que l'invention doit être utile, plutôt que performante.

⁴⁰⁷ *Unifloc Reagents, Ltd. v. Newstead Colliery, Ltd.*, [1943] 60 R.P.C. (10) 165, 184.

obtenus soient de qualité ou correspondent exactement à ce qui est décrit. L'invention objet du brevet sera donc utile à partir du moment où elle est susceptible de fonctionner et que l'on peut savoir comment elle fonctionne.

Enfin, « pour être brevetable, une invention doit accorder un bénéfice pour le public. L'utilité, en tant que critère d'une invention, signifie avoir une valeur industrielle »⁴⁰⁸. Là encore, la jurisprudence française n'entend pas par le critère d'application industrielle un bénéfice pour l'intérêt général. Peu importe ici la qualité de l'effet technique revendiqué, il suffit qu'il y en ait un pour satisfaire cette exigence dans ce pays⁴⁰⁹.

116. Conclusion. Ces différences d'interprétation sont minces, mais bien réelles. Elles peuvent s'expliquer par le vocabulaire employé. En effet, en utilisant le critère d'application industrielle, on ne fait pas nécessairement référence à l'utilité du produit, alors que les interprétations jurisprudentielles canadiennes semblent indiquer le contraire : l'utilité comprendrait une application industrielle⁴¹⁰, rendant la compréhension de ce critère plus large en France⁴¹¹. Quoiqu'il en soit, l'idée reste la même : pour être brevetable, une invention doit remplir une fonction, dans n'importe quel domaine constituant une activité humaine. Il importe peu qu'elle puisse être commercialisée⁴¹². Le droit canadien va plus loin, en exigeant que l'invention procure tout de même un avantage et soit en mesure de fonctionner pour produire les résultats escomptés.

117. Application industrielle de l'information économique. Comme pour la non-évidence, imposer un critère comme l'application industrielle à l'information économique semble en réduire considérablement le champ d'application. Cela signifierait que seuls les renseignements susceptibles de remplir la fonction pour laquelle ils sont prévus d'être appliqués seront des informations économiques.

Le fait de pouvoir appliquer l'information économique semble un critère bien spécifique à sa compréhension dans le cadre des brevets d'invention. Si l'on applique ce critère au-delà de ce seul domaine, cela signifierait que ces renseignements devraient pouvoir trouver leur utilité dans tous les domaines contribuant à assurer des gains, ou éviter une dépense à l'entreprise. Il

⁴⁰⁸ *Northern Electric Co. et al. v. Brown's Theatres Limited.*, [1939] 3 D.L.R. 729, 749.

⁴⁰⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI et J.-M. MOUSSERON, préc., note 74, n° 52.

⁴¹⁰ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 724 ; *Northern Electric Co. et al. v. Brown's Theatres Limited.*, préc., note 408, 749.

⁴¹¹ Il pourra difficilement être entendu de façon plus large : L. MARINO, préc., note 301, par. 127.

⁴¹² Joanie LAPALME, « Principes d'utilité et de prédiction valable », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 26, Montréal, LexisNexis Canada, n° 6, à jour au 1^{er} novembre 2015.

faudrait qu'ils trouvent application dans le commerce, la gestion, la fiscalité de l'entreprise. Par exemple la liste de clients que nous avons évoquée précédemment pourrait trouver à s'appliquer sans aucun problème dans la gestion des activités commerciales. Comme c'est le cas en matière de brevet, ce critère n'est finalement pas très discriminant. Il sera bien plus important que l'information économique remplisse sa finalité, à savoir assurer un gain ou éviter une perte. C'est bien pour cette raison qu'elle est convoitée et protégée et qu'on lui attribue une valeur. Il n'est donc pas certain de retrouver le critère de l'application industrielle ultérieurement, lorsque l'on considérera l'information économique à la lumière des autres modes de réservation de l'information.

118. Bilan sur les caractères de l'information économique. Que ce soit en France ou au Canada, l'obtention d'un brevet nécessite que l'invention réponde à trois critères légaux : la nouveauté, l'inventivité ou non-évidence et l'utilité, aussi appelée application industrielle. Les informations économiques peuvent devenir des brevets, à condition qu'elles remplissent ces trois critères. Ces dernières sont donc capables de remplir ces caractéristiques. Bien sûr, l'information économique n'est pas synonyme de brevet. Elle ne peut se contenter d'épouser parfaitement les contours de ce dernier. À ce titre, on sait déjà qu'elle sera secrète et non nouvelle⁴¹³, objet d'un usage original plutôt que non évidente⁴¹⁴. La pertinence de l'utilité est plus incertaine, à part pour indiquer que l'information économique trouve application dans tous les domaines contribuant à assurer un gain, éviter une dépense.

Confidentielle, susceptible d'usage original et applicable à de très nombreux domaines, non pas seulement industriels, tel sont les caractères de l'information économique, quand elle épouse les formes du brevet d'invention. De la même façon que la contrefaçon de brevet est source de responsabilité⁴¹⁵, l'usage de l'information sans le consentement de son gardien est source de responsabilité, que ce soit pour celui qui espionne, ou pour le lanceur d'alerte qui divulgue.

119. Complément d'approche. Cependant, l'information économique ne se résume pas à être un brevet. Si l'on remonte un peu dans le temps, avant que le brevet ne soit validé, on trouvera d'autres formes de réservation de l'information, qui ne sont plus basées sur la propriété intellectuelle. Elles peuvent également intéresser la définition de l'information économique. Cette dernière devrait donc adopter des critères d'identification plus inclusifs que ceux du

⁴¹³ *Supra* n° 98.

⁴¹⁴ *Supra* n° 113 et 114.

⁴¹⁵ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 54 et suiv. ; art. L615-1 et suiv. C. propr. int.

brevet pour correspondre à ces autres modes de réservation. Tout élément commun entre ces notions et les brevets pourra alors être retenu comme critère d'identification de l'information économique.

2.2 Définition complémentaire par le savoir-faire et les secrets

120. Champ d'étude et confusion. Hors du cadre des brevets d'invention, on a développé plusieurs notions permettant d'assurer la réservation d'informations qui ne peuvent être protégées par ce régime légal. Ces développements étant en partie doctrinaux et jurisprudentiels, il y règne une certaine confusion⁴¹⁶, d'autant plus lorsque l'on observe ce qui se passe dans deux pays différents.

En France, la doctrine semble s'entendre sur le contenu des notions assurant la protection d'informations hors du cadre du brevet. Les outils juridiques qui entrent en jeu ici sont le secret de fabrique, le savoir-faire et le secret des affaires. Ils sont essentiellement d'origine jurisprudentielle et doctrinale⁴¹⁷, même si la loi vient d'apporter une contribution majeure à l'édifice⁴¹⁸. La protection est éparse⁴¹⁹ et diverse, relevant tout autant du droit des contrats, de la responsabilité civile, du droit pénal et organisée par la loi ou non.

Au Canada, l'état du droit est un peu moins précis. La doctrine nationale est assez unanime pour le reconnaître, si ce n'est pour dire qu'il est confus⁴²⁰. Les raisons de cette confusion principalement évoquées sont au nombre de deux. D'abord, l'absence de cadre législatif a longtemps laissé l'analyse des phénomènes à la seule qualification des juges. En conséquence, le droit relatif à la protection de l'information hors du cadre du brevet est entièrement basé sur la *common law* et l'équité⁴²¹. La jurisprudence et la doctrine emploient un vocabulaire variable, sans nécessairement en tirer des notions distinctes. On trouve ainsi des

⁴¹⁶ F. DESSEMENTET, préc., note 300, p. 16.

⁴¹⁷ Nicolas BINCTIN, *Rép. com.* Dalloz, v° *Savoir-faire*, n° 7 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, par. 637 ; Georges BONET, « Approche et définition du savoir-faire en France et en Europe : règlement communautaire et doctrine », *RIPIA* 1998.335, 335.

⁴¹⁸ *Loi relative à la protection du secret des affaires*, préc., note 19.

⁴¹⁹ Jacques RAYNARD, « Retour sur le savoir-faire non breveté », dans *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 447, n° 2 et 20.

⁴²⁰ Marc-André BOUCHER, *La protection des secrets industriels appartenant à des tiers sous le régime fédéral de la loi sur l'accès à l'information*, Université Laval, 2007, p. 59 ; Sheldon BURSSTEIN, « Licensing Unpatented Technology », (1988) 43 *Food Drug Cosm. L.J.* 637, 637 ; R. E. DIMOCK et J. A. MCKINLAY, préc., note 307 ; F. GUAY, préc., note 307, à la p. 113 ; D. VAYER, préc., note 299 à la page 18 ; Douglas L. WORTHING, « Know-How Misuse: A Potential Weapon for Licensees », (1971) 53 *J. Pat. Off. Soc'y* 177, 178. Un auteur français parle même du « terme très large de « trade secrets » » : Jérôme HUET, « Le secret commercial et la transparence de l'information », *LPA* 15 février 1988.20.9, 9.

⁴²¹ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 871 ; Serge PICHETTE, « Contribution à la définition du Know-How », (1975) 78 *R. du N.* 617, 531 ; D. VAYER, préc., note 299 à la page 4 ; University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307, p. 7.

expressions telles que know-how⁴²², secret de fabrique⁴²³, trade secrets⁴²⁴, secrets industriels⁴²⁵ ou encore information confidentielle⁴²⁶, employés indifféremment. La fluctuation du vocabulaire est en grande partie responsable de la confusion régnant sur la question de la protection des informations économiques hors du cadre des brevets. La transposition d'un accord de libre-échange Canada – États-Unis – Mexique a introduit une définition du secret industriel⁴²⁷, dont on peut espérer qu'il en ressortira une uniformisation du vocabulaire et de l'analyse de ces informations spécifiques⁴²⁸.

121. Répartition des compétences. Ensuite, la protection de l'information économique est intrinsèquement liée au commerce et aux relations interentreprises. Faute de protection législative organisée sur la question, les juges ont souvent recours aux outils civils pour garantir la protection de telles informations⁴²⁹. Or, cette matière relève de la compétence des provinces canadiennes, en vertu du paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴³⁰, et non de la compétence fédérale. D'ailleurs, l'arrêt *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd*⁴³¹ a jugé que les questions relatives à la concurrence déloyale et au commerce relèvent de la compétence des provinces⁴³². La décision mettait en cause une disposition législative fédérale dont les appelants contestaient la constitutionnalité, car elle revenait à imposer des sanctions civiles, alors que ces dernières relèvent de la compétence exclusive des provinces⁴³³. La question était donc de savoir

⁴²² Sylvio NORMAND, « Les Nouveaux Biens », (2004) 106 *R. du N.* 177, 189 ; S. PICHETTE, préc., note 421.

⁴²³ F. GUAY, préc., note 307.

⁴²⁴ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 872 ; S. PICHETTE, préc., note 421, 527 ; University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307 ; D. VAVER, préc., note 299.

⁴²⁵ *Loi sur l'accès à l'information*, préc., note 231, art. 20(1)a) ; art. 391 C. crim. ; M.-A. BOUCHER, préc., note 420.

⁴²⁶ F. GUAY, préc., note 307 ; E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 871 et suiv.

⁴²⁷ *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – États-Unis – Mexique*, préc., note 20.

⁴²⁸ Pour une analyse plus approfondie des apports de cette loi relativement au secret industriel, voir *infra*, n°149.

⁴²⁹ Essentiellement le droit des contrats, responsabilité civile pour le Québec, de tradition de droit civil, droit des contrats, tort, théories des fiduciary duties, unjust enrichment, et breach of confidence pour les provinces de tradition de common law. Pour plus de précision sur les recours légaux disponibles : F. GUAY, préc., note 307, à la p. 140 à 142 ; Judith ROBINSON et Sébastien JETTE, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », dans S.F.P.B.Q., vol.197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2003, p 1, aux p. 14, 24 et 25 ; University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307, p. 55 et suiv.

⁴³⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., c.3 (R.-U.) (ci-après « Loi constitutionnelle »).

⁴³¹ *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd*, [1977] 2 R.C.S. 134.

⁴³² Les faits sont particulièrement exemplaires pour la question qui nous occupe : un employé (MacDonald) de la société Vapor Canada Ltd, a quitté celle-ci, afin de fonder sa propre entreprise. Bien sûr, la nouvelle société de M. MacDonald était dans le même secteur industriel et fournissait les mêmes services que son ancien employeur. La société Vapor Canada a affirmé que son ancien employé avait utilisé les connaissances ainsi que divers renseignements confidentiels qu'il avait acquis pendant qu'il était à son service, pour se lancer à son compte. Étant persuadée que son employé s'est rendu coupable de violation de ses engagements contractuels et de concurrence déloyale, la société a engagé une action en justice. Les réparations réclamées par la société étaient toutes de nature civile (injonction interlocutoire interdisant la transmission des renseignements confidentiels relatifs à l'activité de la demanderesse, dommages-intérêts, pour l'essentiel).

⁴³³ Art. 92(13) de la Loi constitutionnelle.

si les dispositions contestées étaient *intra vires* ou *ultra vires* de la compétence fédérale. Les juges majoritaires vont alors décider que la disposition incriminée empiétait sur la compétence provinciale au titre du droit civil. La concurrence déloyale reçoit une définition large, qui peut englober des actes comme la contrefaçon, la publicité mensongère, l'usurpation d'enseigne ou le détournement de secret⁴³⁴. De tels actes peuvent très bien relever de la compétence fédérale à travers la législation sur les brevets, les droits d'auteurs ou les marques de commerce, ce qui fait dire à la Cour suprême qu'une partie de l'article incriminé⁴³⁵ est valide sur le plan constitutionnel. Mais le dernier alinéa⁴³⁶ est trop large, trop peu précis pour se limiter dans son application à des dispositions purement fédérales. Les faits en cause dans cette affaire en étaient l'exemple criant : on pouvait appliquer l'al. 7e) de la *Loi sur les marques de commerce*⁴³⁷, tout en ne faisant aucunement référence à des lois fédérales pour obtenir la sanction des comportements incriminés. Au contraire, des mécanismes de réparation relevant ordinairement de la responsabilité civile délictuelle et de la *common law*, donc de la compétence provinciale, pouvaient être envisagés. Les juges majoritaires ont donc déclaré cet alinéa inconstitutionnel⁴³⁸.

122. Compétence partagée. En conséquence, il ressort de cette décision que la protection de l'information économique en dehors du cadre des brevets relève de la compétence des provinces. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les questions liées à la protection des informations économiques relèvent exclusivement de cette dernière. L'opinion majoritaire précise bien que ce n'est pas tant que le Parlement ait adopté des mesures législatives en matière de commerce, mais bien le fait que celles-ci recouvraient en partie le champ de compétence provinciale en matière civile qui posait problème. Cela avait pour effet de substituer le régime juridique fédéral au régime provincial sur ces questions. Il est tout à fait envisageable, par ailleurs, que le Parlement fédéral légifère dans son champ de compétence afin d'assurer une part de la protection des informations économiques. Cela pourrait être le cas, par exemple, en légiférant sur les informations bancaires, sur le droit des brevets ou les droits d'auteurs, en droit criminel. Une illustration d'intervention législative fédérale existe déjà, puisque la *Loi sur l'accès à l'information*⁴³⁹ autorise les autorités fédérales à ne pas communiquer des

⁴³⁴ *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd*, préc., note 431, 151.

⁴³⁵ *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, c. T-13, art. 7a), b) et d).

⁴³⁶ *Id.*, art. 7e).

⁴³⁷ *Id.*

⁴³⁸ *MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd*, préc., note 431, 156 :

« Le Parlement du Canada a, par une loi, embrassé ou élargi des droits d'action reconnus en matière civile relevant de la juridiction des tribunaux provinciaux et touchant des questions de compétence législative provinciale... Je ne puis rien trouver dans les pouvoirs fédéraux qui fournisse un fondement incontestable à l'art. 7 dans son ensemble ou à l'al. e) considéré isolément ».

⁴³⁹ *Loi sur l'accès à l'information*, préc., note 231, art. 20(1)a).

renseignements dont elles disposent s'ils constituent un secret industriel. Cette disposition a directement pour but d'assurer la confidentialité d'un tel secret, et donc d'une information à valeur économique, par le biais d'une loi fédérale.

123. Difficulté liée à la comparaison. D'ores et déjà, on remarque que la protection du savoir-faire et des secrets est essentiellement le fruit de la rencontre des réflexions doctrinales et jurisprudentielles, en France comme au Canada. Mais la fluctuation du vocabulaire dans ce dernier pays rend l'exercice de comparaison plutôt ardu. En outre, là où la doctrine française a tendance à diviser l'analyse autour de la dichotomie entre savoir-faire et secrets des affaires⁴⁴⁰, une telle distinction est absente, ou quasi absente⁴⁴¹ des réflexions canadiennes. Il sera donc peu évident de choisir une présentation qui ne privilégie pas une conception de la matière sur une autre, c'est-à-dire soit en utilisant la distinction savoir-faire-secret des affaires, soit en traitant l'ensemble de la matière indifféremment.

124. Approche globale. Pourtant, le droit canadien et le droit français ne sont pas totalement irréconciliables. Finalement, c'est surtout une question de vocabulaire : en France, on privilégie l'usage du terme savoir-faire, alors qu'au Canada, on utilise plutôt l'expression de secret industriel. D'ailleurs, c'est celle qui a été choisie au moment de la codification des accords de libre-échange multilatéraux : le *Code criminel* comprend désormais un article 391, qui définit et réprime les atteintes à un tel secret. Cela confirme d'une certaine manière ce choix, même s'il est également la source de possibles nouvelles confusions. Quoi qu'il en soit, nous verrons que les deux, le savoir-faire et le secret industriel, présentent de grandes similarités. Seul le secret des affaires semble occuper une place particulière dans la législation française, même si ce n'est plus par son caractère novateur, puisqu'elle vient d'être détrônée par l'introduction de l'art. 391 C. crim. début 2020⁴⁴². Nous allons décrire ces différentes notions pour en dégager les critères définitionnels principaux (2.2.1), ce qui permettra de se faire une idée plus précise de ce que peut être finalement l'information économique (2.2.2).

2.2.1 Définitions du savoir-faire et des secrets

125. Distinction selon les sources. L'approximation du vocabulaire et la reprise de la notion de secret industriel par le législateur canadien pourraient laisser penser qu'il n'existe

⁴⁴⁰ N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, p. 385 à 403 ; J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, préc., note 396, n° 1031 et 1032.

⁴⁴¹ Une distinction est toutefois proposée à la suite de l'analyse d'une décision de justice, entre trade secrets et information confidentielle. Voir *infra* 146.

⁴⁴² La *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – États-Unis – Mexique*, préc., note 20, a été sanctionnée le 13 mars 2020.

qu'une seule et unique façon d'aborder la question dans ce pays. Pourtant, à y regarder de plus près, la comparaison avec la définition française du secret des affaires aurait tendance à laisser penser que le secret industriel canadien s'en rapproche davantage. Dans ce cas, est-il encore possible de maintenir une distinction entre savoir-faire, secret des affaires et secret industriel ? Ou bien la diversité du vocabulaire ne masquerait-elle qu'une réalité plus simple et assez uniformisée ?

Nous pensons qu'il reste en réalité pertinent de continuer à distinguer. Si on laisse un instant de côté les questions purement sémantiques, des différences apparaissent lorsque l'on tient compte des sources qui les développent. Le rapprochement des définitions légales fait apparaître des similitudes dans la technique de réservation de l'information, alors qu'elles ne se retrouvent pas forcément dans le cadre d'un dialogue entre doctrine et juges. On peut alors mettre dans la même catégorie le secret des affaires et le secret industriel, le savoir-faire et ses équivalents canadiens restant dans un cadre autonome.

Nous étudierons néanmoins le savoir-faire et ses équivalents en premier, car ils se trouvent être définis plus étroitement que le secret des affaires et le secret industriel (2.2.1.1). D'une certaine manière, les législateurs arrivent un peu en fin de course, pour terminer de couvrir par le secret les informations de valeur qui ne le seraient pas encore. La relative nouveauté des textes paraît le confirmer. Ils n'auraient alors d'autre choix que de retenir une définition plus large encore des informations à protéger, pour justifier la pertinence de leur intervention (2.2.1.2).

2.2.1.1 La réservation d'informations techniques par le savoir-faire

126. Plan. Nous reviendrons rapidement sur les principales définitions du savoir-faire (2.2.1.1.1), pour pouvoir en dégager les critères constitutifs communs utiles à la compréhension de l'information économique (2.2.1.1.2).

2.2.1.1.1 Les définitions du savoir-faire

127. Présentation. Le savoir-faire est la simple traduction en français d'une expression développée dans la seconde moitié du 20^{ème} siècle aux États-Unis, celle de know-how⁴⁴³. Il s'agit d'un abrégé de l'expression « know how to do it »⁴⁴⁴ et qui renvoyait à l'ensemble des connaissances nécessaires à une réalisation industrielle. Elle évoque un investissement

⁴⁴³ G. BONET, préc., note 417, 335 ; G. CORNU, préc., note 31.

⁴⁴⁴ N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n° 2 ; S. PICHETTE, préc., note 421, 528.

financier, humain et technologique, un processus de recherche et d'apprentissage technique, bref tout ce qui sera utile à la conception ou à l'amélioration d'une production industrielle.

128. Secret de fabrication. En France, on trouve initialement l'expression de secret de fabrication, qui fut d'abord préférée par le législateur pénal⁴⁴⁵ et les juges⁴⁴⁶, avant de peu à peu céder sa place à celle de savoir-faire dans les années 60⁴⁴⁷, si bien qu'on peut les assimiler. Toutefois, ce secret continue d'avoir une place particulière, car il est consacré par la loi : l'article L621-1 C. propr. int. reprend exactement les dispositions de l'article L1227-1 C. trav., sanctionnant le fait de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication pour un salarié ou un dirigeant. Toutefois, ce statut spécifique ne lui confère pas un sens distinct de celui de savoir-faire⁴⁴⁸. Seule la loi conserve les traces de cette appellation première⁴⁴⁹.

129. Secret industriel. L'expression « trade secret » est majoritairement utilisée dans les écrits canadiens. En français, l'expression a été traduite dans la *Loi sur l'accès à l'information*⁴⁵⁰ par secret industriel⁴⁵¹, expression aussi employée dans la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* au Québec⁴⁵², mais aussi transcrite dans le *Code criminel*⁴⁵³, ce qui risque d'être un facteur de confusion. Nous reviendrons ultérieurement sur ce texte récent, dans la mesure où sa structure le rapproche davantage du secret des affaires⁴⁵⁴. Quoi qu'il en soit, on ne retrouve pas de définition du secret industriel, en tant qu'équivalent du savoir-faire français.

130. Secret commercial. La dernière expression employée est celle de secret commercial, plutôt en droit québécois. Elle figure aux articles 1472 et 1612 C.c.Q. Nous sommes ici aussi privés de définition légale, et les commentaires du ministre de la Justice ne

⁴⁴⁵ Art. 418 anc. C. pén. : « Tout directeur, commis, ouvrier de fabrique qui aura communiqué à des étrangers ou à des Français résidant en pays étrangers, des secrets de la fabrique où il est employé, sera puni de la réclusion et d'une amende de 500 francs à 20 000 francs. »

⁴⁴⁶ Crim. 30 décembre 1931, Gaz. Pal 1932.1.333.

⁴⁴⁷ Douai, 16 mars 1967, D. 1967.637, note Plaisant.

⁴⁴⁸ Au mieux, les auteurs considèrent que le secret de fabrication est inclus dans le savoir-faire : G. BONET, préc., note 417, 342 ; Alain CASALONGA, « La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel », dans *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian. Tome 2 : Droit de la propriété industrielle*, Paris, Libraires techniques, 1974, p.199, à la page 205.

De façon implicite : C. GAVALDA, préc., note 199, à la page 313.

⁴⁴⁹ Monsieur François Guay a consacré un article entier à la notion de secret de fabrique en droit canadien. Il ne semble pas lui non plus distinguer cette notion de celle de trade secrets dont il emprunte d'ailleurs les définitions : F. GUAY, préc., note 307, aux p. 117 à 120.

⁴⁵⁰ *Loi sur l'accès à l'information*, préc., note 231, art. 20(1)a).

⁴⁵¹ Dans le même sens, F. DESSEMONTET, préc., note 300, p. 19.

⁴⁵² *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, RLRQ, c. A-2.1, art. 22 et 23.

⁴⁵³ Art. 391 C. crim.

⁴⁵⁴ *Infra*, n°146 et suiv.

nous éclairent pas davantage.⁴⁵⁵ Quant aux auteurs qui se sont intéressés à la définition de la notion, ils ne proposent rien qui permette de véritablement distinguer le secret commercial du secret industriel⁴⁵⁶. Au mieux apprend-on que le secret commercial est « un ensemble d'informations confidentielles développées et élaborées par une entreprise dans le cadre de ses activités économiques, consistant dans la production ou la réalisation de biens ou dans la prestation de services »⁴⁵⁷. Cette proposition n'étant pas différente des notions de secret industriel ou de savoir-faire, il n'y a pas lieu de lui attribuer un sens particulier. Ce qui est valable pour ces différentes notions le sera ici aussi.

131. Dictionnaires juridiques. Selon le *Black's law Dictionary*, le « know-how » correspond à des informations, des connaissances, des techniques et habiletés requises pour atteindre un résultat pratique, plus particulièrement dans l'industrie et le domaine technologique⁴⁵⁸. Hubert Reid, dans son dictionnaire, adopte la terminologie en français pour décrire le savoir-faire comme un « ensemble de connaissances techniques, inconnues du public en général, qu'une entreprise a développées et expérimentées dans le but de produire de la façon la plus rentable possible et d'obtenir un meilleur succès commercial »⁴⁵⁹. Enfin, le *Vocabulaire juridique* Cornu a retenu l'expression anglaise comme entrée de définition. : le know-how s'entend d'un

« Ensemble de connaissances techniques (renseignements, conseils, connaissances de procédés de fabrication ou de vente, etc.), un certain savoir-faire industriel ou commercial assez original pour être objet d'appropriation ou de transfert, qui ne constitue pas lui-même un procédé brevetable, mais dont le caractère secret doit être respecté »⁴⁶⁰.

Quant au secret de fabrique, il s'agit d'un « procédé de fabrication offrant un intérêt pratique ou commercial, mis en œuvre par un industriel et tenu caché à ses concurrents, qui est

⁴⁵⁵ QUEBEC (PROVINCE) et MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice: le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 901 et 997.

⁴⁵⁶ Serge PARISIEN, *Les secrets commerciaux et la Loi sur l'accès à l'information du Québec : le statut des renseignements économiques fournis à l'Administration par le secteur privé en vertu de la Loi québécoise sur l'accès aux documents des organismes publics*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 22 à 25 ; J. ROBINSON et S. JETTE, préc., note 429, aux p. 10 à 13 : les auteurs utilisent exactement les mêmes références que celles définissant le secret industriel.

⁴⁵⁷ Vincent KARIM, *Les obligations*, 4e éd., vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, art. 1612, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/115/1019695974>> (consulté le 12 octobre 2021).

⁴⁵⁸ Bryan A. GARNER et Henry Campbell BLACK (dir.), *Black's law dictionary*, 10th edition, St. Paul, MN, Thomson Reuters, 2014, p. 1003.

⁴⁵⁹ H. REID et S. REID, préc., note 349, p. 571.

⁴⁶⁰ G. CORNU, préc., note 31. On notera d'ores et déjà que cette définition, entre autres défauts et limites, décrit le savoir-faire comme étant un savoir-faire industriel et commercial, ce qui ne nous éclaire guère...

protégé – tant qu’il n’a pas fait l’objet d’un brevet – contre toute divulgation de la part du personnel de la fabrique »⁴⁶¹.

Si l’on recherche la définition du secret industriel maintenant, en tant qu’équivalent du savoir-faire, le *Black’s Law dictionary* en propose une définition qui reprend les termes exacts employés dans le *Uniform Trade Secrets Act*, publié par le Uniform Law Commission aux États-Unis d’Amérique, en 1979⁴⁶² :

« 1. Une formule, processus, dispositif ou information commerciale gardée secrète pour garantir un avantage sur les concurrents ; informations – incluant des formules, modèles, compilations, programmes, dispositifs, méthodes, techniques ou processus – qui :

- 1) Ont une valeur économique indépendante, réelle ou potentielle, du fait de ne pas être généralement connues et facilement identifiables comme telles par des tiers, ces derniers pouvant tirer un avantage économique de leur divulgation ou utilisation ;
- 2) Sont l’objet d’efforts raisonnables, selon les circonstances, pour en maintenir le secret. »⁴⁶³ (notre traduction)

Il ressort d’emblée de l’ensemble de ces définitions que le savoir-faire, ou le secret industriel ont un caractère pratique ou technique, soit dans le contenu même des informations concernées, soit dans le résultat devant être obtenu grâce à elles⁴⁶⁴.

132. Définitions textuelles. Bien que nous ayons précédemment souligné la pauvreté des textes s’intéressant à la protection de l’information économique en dehors du cadre des brevets, quelques-uns font exception. Ainsi, un arrêté du ministère du Développement industriel et scientifique proposait en 1973 que le savoir-faire soit une « habileté acquise par l’expérience ; connaissance pratique »⁴⁶⁵. Cet apport ne nous aide guère à en apprendre davantage sur ce qui peut constituer le savoir-faire, tant cette définition apparaît floue et insuffisante.

Au Canada, la *Loi sur la protection de l’information*⁴⁶⁶, qui a pour but de protéger les intérêts stratégiques, économiques et d’assurer la sécurité de l’État canadien, s’intéresse à la

⁴⁶¹ *Id.*

⁴⁶² En ligne : <<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Trade%20Secrets%20Act>>. Le but était de faire adopter son contenu par l’ensemble des états fédérés, afin d’apporter une solution uniforme à la protection des secrets industriels. Ce texte a été repris au Canada par la Conférence pour l’Harmonisation des Lois au Canada en 1989 : <<https://www.ulcc-chlc.ca/>> (consulté le 12 octobre 2021).

⁴⁶³ B. A. GARNER et H. C. BLACK (dir.), préc., note 458, p. 1724.

⁴⁶⁴ Les définitions emploient toutes le terme « technique » ou « pratique », ou font référence à des termes évoquant ces aspects (« formule », « processus », « dispositif ») ;

⁴⁶⁵ Arrêté du 12 janvier 1973 sur l’enrichissement du vocabulaire pétrolier, J.O. 18 janvier 1973, p.741.

⁴⁶⁶ *Loi sur la protection de l’information*, L.R.C 1985, c. O-5, art. 19(4).

répression de l'espionnage économique, en réprimant la communication d'un secret industriel à une puissance étrangère. Dans ce contexte, l'art.19 définit le secret industriel comme suit :

« Pour l'application du présent article, secret industriel s'entend des renseignements — notamment formule, modèle, compilation, programme, méthode, technique, procédé ou position ou stratégie de négociation, ou renseignements contenus dans un produit, un appareil ou un mécanisme ou incorporés à ceux-ci — qui, à la fois :

- a) sont ou peuvent être utilisés dans une industrie ou un commerce ;
- b) ne sont pas généralement connus dans cette industrie ou ce commerce ;
- c) ont une valeur économique du fait qu'ils ne sont pas généralement connus ;
- d) font l'objet de mesures raisonnables dans les circonstances pour en protéger le caractère confidentiel. »⁴⁶⁷

Cette définition est inspirée des travaux d'un groupe de recherche de l'Université d'Alberta, qui a proposé les recherches les plus complètes sur la protection du secret industriel au Canada⁴⁶⁸. On retrouve bien dans cette définition le caractère technique du secret industriel, celui-ci devant être utilisé dans l'industrie ou le commerce. Il s'agit bien là d'un critère central. Il semble aussi que le secret se dessine comme une caractéristique de ce dernier. On en retrouve trace dans les définitions du savoir-faire et du secret de fabrication en France, et présentement dans la *Loi sur la protection de l'information*⁴⁶⁹ : ne pas être généralement connu, c'est bien là ce que signifie le secret. À ce stade, nous savons pour le moment que le savoir-faire constitue une connaissance technique, qui a un caractère secret⁴⁷⁰. En revanche, les deux définitions répertoriées au Canada font mention de mesures de maintien du secret. Nous ne retrouvons rien de directement similaire dans les définitions françaises, pas plus que dans celles proposées par la doctrine.

133. Définitions doctrinales. En France, la définition doctrinale unanimement admise du savoir-faire⁴⁷¹ demeure celle du professeur Jean-Marc Mousseron, qui précisait de manière concise et limpide qu'il s'agit d'« un ensemble de connaissances techniques, non immédiatement accessible au public »⁴⁷². Outre la technicité requise pour détenir un savoir-

⁴⁶⁷ *Id.*, art. 19(4).

⁴⁶⁸ University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307, p. 256. Cette définition fait encore référence aujourd'hui : M.-A. BOUCHER, préc., note 420, p. 66 et 67 ; E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 890 ; D. VAVER, préc., note 299 à la page 18.

⁴⁶⁹ *Loi sur la protection de l'information*, préc., note 466, art. 19(4)b).

⁴⁷⁰ J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308, à la p. 133.

⁴⁷¹ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, préc., note 396, n°1033 ; N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n° 4 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, n° 635 ; Nicolas BINCTIN, *Le capital intellectuel*, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°75, Paris, Litec, 2007, n° 49 ; G. BONET, préc., note 417, 338 ; R. FABRE, préc., note 300, n°8 ; J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308, à la p. 133 ; J. RAYNARD, préc., note 419, n° 5 ; Jacques RAYNARD, dans Dominique VIDAL, *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris, Sirey, 1992, comm. n°20, p. 189, n° 12.

⁴⁷² Jean-Marc MOUSSERON, « Aspects juridiques du know-how », Cah. dr. entr. 1972.1.1, 2.

faire, on retrouve également l'idée du secret, d'une certaine confidentialité. Cette dernière apparaît également dans la description du savoir-faire proposée par Serge Pichette, qui précise que « le know-how industriel ne peut davantage couvrir des connaissances qui font déjà partie du domaine public. (...) Il en est de même de toutes les informations que l'on peut facilement obtenir »⁴⁷³. Si les informations constitutives de savoir-faire font partie du domaine public, c'est qu'elles sont connues, ou du moins accessibles pour un très grand nombre d'individus. Elles ne peuvent donc être considérées comme secrètes, leur connaissance n'étant pas réservée à un nombre restreint de personnes.

Au Canada, la doctrine ne propose pas la même cohérence dans la définition du secret industriel. La principale difficulté est qu'une partie de la doctrine utilise indistinctement le terme secret industriel et information confidentielle, comme des synonymes⁴⁷⁴. Au mieux, les auteurs font du premier un sous-ensemble de la seconde⁴⁷⁵. Néanmoins, les définitions proposées restent calquées sur les définitions légales du secret industriel⁴⁷⁶ : « des informations commerciales ou industrielles, qui ne sont généralement pas connues dans leur domaine respectif, dont la valeur économique découle du fait de ne pas être généralement connu, et faisant l'objet d'efforts raisonnables, de la part de leur détenteur, pour en maintenir le secret »⁴⁷⁷. Peu importe un vocabulaire fluctuant, c'est finalement toujours la même entité qui revient : une information secrète, de nature industrielle et commerciale, ayant une valeur économique, et objet d'efforts pour en conserver la confidentialité. Certains auront beau recourir à d'autres expressions⁴⁷⁸, leur description de la notion restera calquée sur les développements relatifs au secret industriel⁴⁷⁹.

134. Définition européenne. La réglementation européenne semble être finalement la clé de l'harmonisation des définitions entre le Canada et la France. Un règlement de 2014 entend le savoir-faire comme :

« Un ensemble d'informations pratiques, résultant de l'expérience et testées qui est :

⁴⁷³ S. PICHETTE, préc., note 421, 539.

⁴⁷⁴ M.-A. BOUCHER, préc., note 420, p. 60.

⁴⁷⁵ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 872.

⁴⁷⁶ *Loi sur la protection de l'information*, préc., note 466, art. 19(4).

⁴⁷⁷ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 871.

⁴⁷⁸ Tel le secret de fabrique, à la française : F. GUAY, préc., note 307, à la p. 113.

⁴⁷⁹ F. GUAY, préc., note 307, à la p. 117. L'auteur fait référence aux décisions qui ont contribué à définir le secret industriel, mais aucune ne parle spécifiquement de secret de fabrique. Pour d'autres définitions du trade secret, voir *R.I. Crain Limited v. Ashton and Ashton Press Manufacturing Company Limited*, [1949] O.R. 62, par. 22-30 (C.A.) ; *Positron Inc. c. Desroches*, [1988] R.J.Q. 1636, par. 120-121 (C.S.) ; D. VAVER, préc., note 299 à la page 17.

- i) Secret, c'est-à-dire qui n'est pas généralement connu ou facilement accessible,
- ii) Substantiel, c'est-à-dire important et utile pour la production des produits contractuels, et
- iii) Identifié, c'est-à-dire décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité »⁴⁸⁰.

On s'approche ici d'une définition plus complète du savoir-faire rejoignant celle du secret industriel. On retrouve bien évidemment le caractère secret, qui ne semble définitivement plus faire débat. La définition européenne attribue au savoir-faire une substantialité, c'est-à-dire qu'il intervient dans la fabrication d'un produit. On renvoie ainsi au caractère technique présent dans toutes les définitions et qui fait consensus. Finalement, on retrouve le caractère identifié du savoir-faire, qui n'apparaissait pas dans les définitions françaises, juridiques ou doctrinales. Le règlement européen étant d'application directe en droit interne, ce critère s'imposera dans la définition du savoir-faire en France.

Avec ces trois critères, on a l'impression ici de toucher du doigt ce qui constitue un savoir-faire. La doctrine semble les avoir adoptés en France⁴⁸¹, ce qui confirme que le savoir-faire et le secret industriel renvoient à la même notion. Nous pouvons à présent approfondir leur compréhension.

2.2.1.1.2 Les critères du savoir-faire

135. Trois critères. Comme nous venons de le faire ressortir des définitions précédentes, le savoir-faire et le secret industriel sont basés sur trois critères qui permettent de les identifier : ils doivent avoir un caractère technique, être secrets, et doivent faire l'objet de mesures d'identification, garantissant leur confidentialité.

⁴⁸⁰ Règlement UE n°316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, J.O.U.E. 28 mars 2014, n° L93/17, art. 1i). Voir également Règlement CE n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité et des catégories d'accords de transfert de technologie, J.O.U.E. 27 avril 2004, n° L123/11, art. 1i). La définition du savoir-faire est ici la plus récente et la plus aboutie. On la retrouve néanmoins déjà dans plusieurs autres textes européens précédents, tels que le Règlement UE n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J.O.U.E. 23 avril 2010, n° L102/1, art. 1g) ; Règlement CEE n°4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, J.O.C.E. 28 décembre 1988, n° L359/46, art. 1f).

⁴⁸¹ J.-C. GALLOUX, « Concoures, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308, aux p. 132 et 133 ; J. RAYNARD, préc., note 419, n°7 à 12 ; N. BINCTIN, Droit de la propriété intellectuelle, préc., note 317, n° 635 ; G. BONET, préc., note 417, 345 et 346.

136. Précisions sur le caractère technique. Appelé substantialité dans la définition européenne, on renvoie à la technicité du savoir-faire/secret industriel⁴⁸². Il doit s'agir de tout ce qui est utile ou important pour la production. Cela fait évidemment écho au processus de fabrication : technique de fabrication, utilisation d'un procédé spécifique, mais aussi recettes de fabrication⁴⁸³. Plusieurs grandes enseignes revendiquent encore aujourd'hui être les fières protectrices de secrets de fabrication très anciens, qu'elles gardent jalousement : la recette du Coca-Cola⁴⁸⁴, la célèbre recette du poulet du Général des enseignes KFC⁴⁸⁵, ou encore le secret du procédé d'introduction du caramel dans les barres chocolatées de la marque Caramilk⁴⁸⁶ sont réputés être les secrets de l'industrie les mieux gardés au monde. Dans un registre moins spectaculaire, la jurisprudence donne aussi de bons exemples de ce qui peut constituer une technique secrète objet d'un savoir-faire : un procédé de moulage applicable à la fabrication de pièces de fonte⁴⁸⁷, l'utilisation d'une machine-outil pour la fabrication d'un produit renforçant l'assemblage de panneaux de plâtres⁴⁸⁸, une machine destinée à la fabrication de pièces électriques⁴⁸⁹, des formules pour la fabrication de produits chimiques destinés à la teinture de textiles, de cuirs ou de papier et autres colorants en poudre⁴⁹⁰, procédé de fabrication de boutons à partir d'un produit synthétique appelé « polyester nacré »⁴⁹¹... Bref, il semble évident qu'en principe, le savoir-faire doit viser à aider ou faciliter la fabrication industrielle d'un produit. On semble ainsi insister davantage sur la protection de l'industrie que sur celle de la commercialisation des produits⁴⁹².

137. Le secret industriel élargi au Canada. Si la qualification d'« industriel » du secret au Canada permettait de penser qu'on en limiterait l'application à l'industrie, cela n'a pas été véritablement le cas. La doctrine et la jurisprudence admettent que la notion inclut des informations d'application purement commerciale. Le groupe de recherche de l'Université

⁴⁸² Pour une mention du caractère technique du secret industriel : *Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)*, [1994] A.C.F. n°589, par. 7 ; *Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, [2012] 1 R.C.S. 23, par. 105.

⁴⁸³ Par exemple, un mélange d'épices pour assaisonnement : *Montour ltée v. Jolicoeur*, [1988] R.J.Q. 1323 (C.A.Q.) ; la recette et les procédés de fabrication d'un mélange de jus de tomate et bouillon de palourde : *Cadbury Schweppes Inc. v. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142.

⁴⁸⁴ <<https://cocacolaweb.fr/coca-cola/la-recette/>>.

⁴⁸⁵ <https://www.lexpress.fr/styles/saveurs/la-recette-secrete-du-poulet-frit-de-kfc-enfin-devoilee_1824566.html>.

⁴⁸⁶ <http://www.snackworks.ca/fr-ca/produits/cadburycaramilk_old_bak_092017>.

⁴⁸⁷ Douai, 16 mars 1967, préc., note 447.

⁴⁸⁸ Crim. 19 septembre 2006, JurisData n°2006-035553.

⁴⁸⁹ Crim. 20 juin 1973, Bull. crim. n°289.

⁴⁹⁰ *Tri-tex Co. inc. v. Ghaly*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.).

⁴⁹¹ Com. 13 juillet 1966, *Soc. Bottonificio Fossanese c. Soc. Almes*, Bull. civ. n°358, JPC 1967. II. 1531, note Durand.

⁴⁹² R. FABRE, préc., note 300, n° 10.

d'Alberta a fait un bon résumé des différentes catégories de secrets industriels admissibles, et les secrets commerciaux y trouvent leur place :

- Les deux premières catégories similaires à ce que l'on trouve en France : les secrets relatifs à un produit⁴⁹³ (recettes et procédés de fabrication) et les secrets technologiques⁴⁹⁴ : tout procédé, toute technique permettant d'accroître la productivité, ou de diminuer les coûts de production, dans tous les cas d'augmenter les marges de profits. Il s'agit là d'investissements technique, humain, matériel... Par exemple, des données sur la pression du gaz lors d'un forage exploratoire seront précieuses pour évaluer les perspectives d'exploitation⁴⁹⁵. Ce sont typiquement des informations économiques.
- Les informations commerciales secrètes stratégiques⁴⁹⁶ : il s'agirait des études de marché, des listes de clients, des prévisions de décisions industrielles... Ces informations sont jugées particulièrement importantes, car elles peuvent servir à la prise d'autres décisions. Les auteurs du rapport reconnaissent que ces informations n'ont pas tout à fait la même importance que les deux premières catégories, si elles venaient à être révélées, mais elles en diraient tout de même long à la concurrence sur la stratégie économique suivie par l'entreprise. C'est en cela qu'elles mériteraient d'être protégées.
- La dernière catégorie concerne la compilation d'informations⁴⁹⁷, qui n'ont elles-mêmes aucune valeur, quand elles sont comprises de manière isolée. Les nouvelles technologies et en particulier le développement d'algorithmes intelligents ont permis de grandement simplifier le tri et l'analyse d'informations. Le produit de ce travail devient un secret industriel en soi. Les informations entrées pour l'analyse ne sont peut-être pas secrètes, mais leur compilation le sera.

Les deux premières catégories de secret identifiées ressemblent nettement à ce que l'on a déjà pu décrire à propos du savoir-faire : des informations secrètes et techniques permettant d'assurer la production industrielle. Simplement, les auteurs du rapport vont un peu plus loin en intégrant des informations de nature commerciale. Elles n'auront pas d'impact sur la production industrielle en soi, mais sur la compétitivité de l'entreprise, sur l'avenir et la

⁴⁹³ University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307, par. 2.3.

⁴⁹⁴ *Id.*, par. 2.5.

⁴⁹⁵ *Murphy Oil Co. v. Predator Corp.*, 2006 A.B.Q.B. 680.

⁴⁹⁶ University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307, par. 2.6.

⁴⁹⁷ *Id.*, par. 2.7.

prospérité de cette dernière. Elles correspondent à la définition de l'information économique et il est tout à fait envisageable qu'un lanceur d'alerte dénonce des méthodes commerciales, tel le recours à de la publicité mensongère, à l'intimidation. En outre, nous avons signalé que le commerce n'était qu'une branche de la notion d'économie, qu'une seule des multiples façons de gérer des avoirs. Il se confirme que le champ d'application du secret industriel s'élargit aux informations commerciales au Canada, ce qui n'est certainement pas le cas en France avec la notion de savoir-faire. Nous verrons que ces informations entrent davantage dans le cadre du secret des affaires⁴⁹⁸.

La jurisprudence a eu l'occasion de confirmer cette intégration des secrets commerciaux dans la définition du secret industriel dans l'affaire *PricewaterhouseCoopers*⁴⁹⁹. Le ministère du Patrimoine canadien avait commandé à l'entreprise demanderesse une étude de documents pour vérifier la pertinence de la sous-traitance d'une partie de son travail. Cette étude a été inscrite sous le sceau du secret. Une demande de communication des rapports de PricewaterhouseCoopers a été formulée auprès du ministère, dans le cadre de la *Loi sur l'accès à l'information*⁵⁰⁰. Le cabinet s'est opposé à une telle divulgation, en arguant que les rapports qu'il avait produits tombaient sous le coup de l'article 20(1)a) de ladite loi, à savoir qu'il s'agissait de secrets industriels confidentiels, et l'administration se devait de refuser de les communiquer. La demanderesse était surtout inquiète du fait que la divulgation des rapports pouvait permettre de révéler la méthodologie employée pour les produire, méthodologie qu'elle aurait mis plusieurs années à développer. Il ne s'agissait donc pas d'information à caractère technique, dans le sens où elles ne contribuaient pas à la production d'un bien de manière industrielle.

La Cour fédérale a donné raison à PricewaterhouseCoopers. Elle a jugé que la méthodologie employée pour produire le rapport, tout comme le résultat attendu par l'application de celle-ci, ne pouvaient être distingués. Ils constituaient tous deux des « renseignements à caractère technique » constitutifs de secrets industriels⁵⁰¹, confirmant que le secret industriel ne se contente pas d'accueillir des informations de nature purement industrielle. Un résultat attendu peut à lui seul devenir un tel secret, tout comme une méthodologie d'analyse, utile à la production d'un service en l'occurrence.

⁴⁹⁸ Voir *infra* n°151 et 153.

⁴⁹⁹ *PricewaterhouseCoopers c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2001 CFPI 1040.

⁵⁰⁰ *Loi sur l'accès à l'information*, préc., note 231.

⁵⁰¹ *PricewaterhouseCoopers c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, préc., note 499, par. 15.

138. Limites. Certaines limites sont tout de même posées à l'admissibilité du savoir-faire et du secret industriel sur le plan technique. Les « tours de main » et autres compétences personnelles aux salariés d'une entreprise sont exclus du savoir-faire et du secret industriel protégeables⁵⁰². À ce titre, un auteur invite à parler du caractère « transmissible » du savoir-faire⁵⁰³, c'est-à-dire susceptible de communication à une autre entreprise, ce qui permet alors de savoir qu'il n'est pas attaché à la seule personne de l'employé : « il faut alors, que les connaissances soient distinctes de l'expérience propre d'une personne et puissent ainsi passer d'une entreprise à une autre sans que cette circulation de connaissance implique une circulation de personnel »⁵⁰⁴. C'est également le point de vue adopté par la jurisprudence concernant le secret de fabrique en France⁵⁰⁵.

139. Précisions sur le caractère secret. Concernant le caractère secret, les définitions sont unanimes pour en retenir la même conception. Ce n'est pas tant qu'il y ait un secret qui est déterminant, mais que l'information ne soit pas accessible au public⁵⁰⁶, et particulièrement à la concurrence. Le secret a, dans ce contexte, un lien avec la confidentialité, c'est-à-dire la dissimulation d'informations pour éviter un usage contraire de celles-ci⁵⁰⁷. C'est là tout son intérêt : conserver un avantage concurrentiel en se réservant la connaissance du savoir-faire ou du secret industriel, informations essentielles pour la productivité de l'entreprise et son développement⁵⁰⁸. Bien sûr, savoir si une information est accessible au public, et donc cesse d'être confidentielle, dépend des circonstances de chaque espèce. Si la révélation d'un savoir-

⁵⁰² *Herbert Morris Ltd. v. Saxelby*, [1916] All E.R. 305, 314 (House of Lords) ; *R.I. Crain Limited v. Ashton and Ashton Press Manufacturing Company Limited*, préc., note 479, par. 13 ; *Positron Inc. c. Desroches*, préc., note 479, par. 111. ; *Lange Co. c. Platt*, [1973] J.Q. n°22, par. 22 : « Dans le cas présent, Platt et ses associés ont sûrement acquis, au service de Lange Canada Inc., des connaissances, une habileté et une expérience qu'ils ne possédaient pas auparavant. Ces connaissances, cette expérience, si l'on en excepte les secrets qui ont pu leur être communiqués, s'il en est, ne sont la propriété ni de The Lange Company (...), mais la leur et ils ont le droit de s'en servir à leur profit. »

⁵⁰³ J.-M. MOUSSERON, « Aspects juridiques du know-how », préc., note 472. Dans le même sens : J. RAYNARD, préc., note 419, n°8 ; G. BONET, préc., note 417, 338 ; F. DESSEMONTET, préc., note 300, p. 14 ; R. FABRE, préc., note 300, n°12 ; S. PICHETTE, préc., note 421, 535 et 536.

⁵⁰⁴ J.-M. MOUSSERON, « Aspects juridiques du know-how », préc., note 472.

⁵⁰⁵ Paris, 23 mars 1982, D. 1983. IR.53 : « Les anciens salariés d'une société sont parfaitement libres d'utiliser dans leurs nouvelles fonctions le savoir par eux acquis au sein de leur ancienne entreprise, dès lors qu'ils ne commettent aucun détournement des secrets de fabrication » ; Nancy, 14 février 1995, JurisData n°1995-040471 : « la notion de secret de fabrication juridiquement protégée implique l'invention d'un mode de production objectivement défini qualitativement et quantitativement (...) incompatible avec l'acquisition d'une pratique empirique faite d'habileté et d'expérience. »

⁵⁰⁶ *Saltman Engineering Co. Ltd v. Campbell Engineering CO. Ltd*, [1948] 65 R.P.C. 203, par. 216 (Eng. C.A.): « The information, to be confidential, must (...) have the necessary quality of confidence about it, namely, it must not be something which is public property and public knowledge. »

⁵⁰⁷ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Confidentialité (consulté le 21 juillet 2021).

⁵⁰⁸ N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n° 23 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, par. 644 ; G. BONET, préc., note 417, 346 ; S. PICHETTE, préc., note 421, 546.

faire à une autre entreprise du même secteur industriel n'annihile pas le secret⁵⁰⁹, la révélation à l'ensemble des concurrents le peut⁵¹⁰. La divulgation publique de l'information ne signifie pas toujours qu'elle doit se faire à l'ensemble de la population.

140. Secret relatif. Ainsi, il n'a jamais été question d'entendre le secret de manière absolue, c'est-à-dire de sorte que le savoir-faire secret n'est connu qu'au sein de la seule entité économique qui l'a conçu. Un large consensus règne, insistant sur le fait que le secret doit demeurer relatif⁵¹¹. Cela signifie qu'il peut être partagé par plusieurs personnes au sein de la même structure économique (ce qui est d'ailleurs souvent le cas), mais aussi en dehors de celle-ci. Il n'est pas rare qu'une entreprise passe un contrat avec une autre, en vue de l'exploitation du savoir-faire par cette dernière, contre rémunération⁵¹². Cela n'empêchera pas le savoir-faire de demeurer secret. En effet, ce qui compte, selon la définition même des réglementations européennes, c'est que le secret ne soit pas largement accessible et connu du public. « La réservation n'est possible que si la connaissance n'est pas de notoriété publique, c'est-à-dire n'est pas tombée dans le domaine public ... ou n'a pas été publiée »⁵¹³. Une diffusion de masse du savoir-faire serait un obstacle à la reconnaissance de son secret, mais pas son partage sporadique avec une entreprise alliée⁵¹⁴. Notons enfin que les informations, prises individuellement, et composant le savoir-faire, n'ont pas non plus besoin, elles seules, d'être secrètes. Le savoir-faire peut aussi simplement consister en l'agencement, la compilation inédite de ces informations, cela n'empêchera pas de le reconnaître comme secret⁵¹⁵.

141. Précisions sur les mesures de maintien de la confidentialité. Le dernier critère concerne l'identification du savoir-faire et les mesures de maintien de la confidentialité du secret industriel. L'objet de ces mesures semble ici différent, puisque l'identification vise à

⁵⁰⁹ *Murphy Oil Co. v. Predator Corp.*, préc., note 495.

⁵¹⁰ *Ridgewood Resources Ltd. v. Henuset*, [1982] 18 Alta. L.R. (2d) 68, par. 27.

⁵¹¹ N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n° 23 ; G. BONET, préc., note 417, 346 ; R. E. DIMOCK et J. A. MCKINLAY, préc., note 307 à la page 117 ; R. FABRE, préc., note 300, n°13 ; J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc. note 308, à la p. 133 ; E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 899 ; S. PICHETTE, préc., note 421, 634 ; J. RAYNARD, préc., note 419, n°17. La jurisprudence adhère également à cette vision : Crim. 19 septembre 2006, préc., note 488 : « il n'importe que le procédé de fabrication révélé soit ou non la propriété d'un seul industriel, les dispositions des articles L. 621-1 du code de la propriété industrielle (...) s'appliquant à la divulgation d'un procédé de fabrication connu d'un petit nombre d'industriels et tenu caché à leurs concurrents » ; *Murphy Oil Co. v. Predator Corp.*, préc., note 495, par. 57 et 58.

⁵¹² N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n° 28 et suiv. ; Philippe DEVESA, « De la nature juridique de la licence de savoir-faire », dans *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, 137, à la page 138.

⁵¹³ R. FABRE, préc., note 300, par. 13. Dans le même sens, J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308, à la page 133.

⁵¹⁴ N. BINCTIN, préc., *Droit de la propriété intellectuelle*, note 317, par. 644.

⁵¹⁵ N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n° 23 ; G. BONET, préc., note 417, 345.

vérifier que le savoir-faire est décrit de manière suffisamment précise pour s'assurer de sa substantialité, alors que les mesures visent à s'assurer de la confidentialité du secret industriel, ce qui renverrait surtout à une fonction probatoire. Néanmoins, il est possible de réconcilier les deux. D'abord, les mesures d'identification du savoir-faire permettent de vérifier certes que l'information concernée est substantielle, mais aussi qu'elle est secrète⁵¹⁶. S'assurer du caractère secret de l'information revient à vérifier que le gardien du savoir-faire a bien l'intention d'en maintenir la confidentialité, ce qui équivaut ni plus ni moins à ce qui est prévu pour le secret industriel.

142. Fonction probatoire. Ces mesures ont un grand intérêt lorsque le savoir-faire/secret industriel fait l'objet d'un contrat pour son transfert ou son exploitation par une entreprise alliée : elle protège la partie qui livre l'information contre un détournement de l'usage initialement prévu de celle-ci par la partie qui la reçoit⁵¹⁷. Plus l'information est décrite précisément, plus il sera facile de prouver son statut d'information réservée, puis détournée. De même si le secret vient à être divulgué contre la volonté du créateur ou gardien légitime, la prise de mesures de sécurité pourra être un élément démontrant que ce dernier avait effectivement l'intention d'entourer le savoir-faire/secret industriel du secret⁵¹⁸ et qu'il voulait en éviter la propagation hors de son seul contrôle. Les mesures d'identification et de contrôle remplissent donc une finalité probatoire primordiale, à savoir s'assurer qu'une information précise est bien secrète. Ce sont des outils qui serviront la cause des détenteurs du secret, contre l'espionnage économique et bien évidemment contre les lanceurs d'alerte. Parmi les mesures possibles, on peut restreindre l'accès à certaines parties de l'entreprise à l'aide de clés ou de données biométriques, encadrer les visites de tiers, utiliser des mots de passe pour accéder à des documents dématérialisés, apposer les mentions « confidentiel » ou « secret » sur des documents, installer des pièces aveugles, des dispositifs de vidéosurveillance, interdire la copie de documents électroniques aux employés, cloisonner la diffusion des informations au sein de l'entreprise, former les employés à la sécurité...⁵¹⁹ Autant de mesures concrètes prouvant que l'information est bien confidentielle et que l'entreprise tient à ce qu'elle le reste. C'est un avertissement pour tous ceux qui souhaiteraient s'emparer de ou détourner frauduleusement

⁵¹⁶ Règlement UE n°316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, préc., note 480, art. 1i) : « Décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ».

⁵¹⁷ N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n°4 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, par. 635.

⁵¹⁸ S. PICHETTE, préc., note 421, 631.

⁵¹⁹ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 902-903.

l'information, tiers et employés de l'entreprise compris⁵²⁰. Bien sûr, de telles mesures ne faciliteront pas la tâche des lanceurs d'alerte.

143. Articulation avec les brevets. Après une telle description du savoir-faire et du secret industriel, on ne peut s'empêcher de les rapprocher des brevets d'invention. On le rappelle, l'existence de ces derniers exige que trois critères cumulatifs soient remplis : la nouveauté, la non-évidence et l'utilité (ou application industrielle). Rappelons que la nouveauté implique que les informations économiques constitutives de brevets soient maintenues dans le secret⁵²¹, tout comme l'exigent le savoir-faire et le secret industriel. Si on les met en perspective, il est certain qu'ils présentent des caractéristiques communes indéniables avec les brevets : ils sont tous entourés de secret et connaissent une application dans l'industrie. Seule l'inventivité n'est pas exigée parmi les critères de définition du savoir-faire, ou du moins à un degré moindre⁵²². Doctrine et jurisprudence mettent davantage l'accent sur son caractère besogneux, sur le fait qu'il représente un investissement humain et financier⁵²³, ce qui ne nous éloigne pas totalement de la question de la non-évidence. La similitude entre les trois notions, tant les critères de leur reconnaissance sont proches⁵²⁴, est telle que le professeur Galloux envisage le tout comme une « coexistence successive »⁵²⁵ :

« Jusqu'au moment du dépôt de la demande de brevet, l'invention constitue du savoir-faire. Du savoir-faire gardé secret afin d'éviter toute divulgation qui serait de nature à priver l'invention de nouveauté, interdisant dès lors la délivrance d'un titre. (...) Il y a coïncidence entre l'invention tenue secrète sous forme de savoir-faire en vue d'un dépôt et l'invention faisant l'objet du dépôt puis brevetée. »⁵²⁶

Ainsi comprend-on qu'il n'y a pas de hiérarchisation entre le savoir-faire et le brevet résultant du fait que l'un bénéficie d'une protection légale et pas l'autre. Il n'y a pas nécessairement de différence de nature entre les deux non plus. On retrouve simplement deux techniques différentes de réservation de l'information⁵²⁷. Il n'est pas rare qu'une invention

⁵²⁰ F. GUAY, préc., note 307, aux p. 130 et 133

⁵²¹ *Supra* n° 96.

⁵²² S. PICHETTE, préc., note 421, 621, 632 et 633 ; D. VAVER, préc., note 299 aux pages 29 et 30 : il suffit que le secret industriel soit le produit de « l'utilisation de matière grise ». La Cour de cassation se montre favorable à une telle analyse également : Com. 13 juillet 1966, préc., note 491. Voir particulièrement sur cette question le commentaire de J. RAYNARD, préc., note 419, n° 9.

⁵²³ Com. 13 juillet 1966, préc., note 491 : « en révélant à un établissement industriel des procédés ou des tours de main, encore ignorés de celui-ci et que ce dernier n'aurait pu découvrir lui-même qu'au prix de longues recherches ou de tâtonnements coûteux... » ; J. RAYNARD, préc., note 419, n° 9 ; G. BONET, préc., note 417, 337 ; S. PICHETTE, préc., note 421, 533, 538 et 541.

⁵²⁴ R. FABRE, préc., note 300, n° 15 ; J.-C. GALLOUX, « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », préc., note 308, aux p. 132 et 133 ; J. RAYNARD, *id.*, n° 12.

⁵²⁵ J.-C. GALLOUX, *id.* à la p. 132.

⁵²⁶ *Id.* aux p. 132 et 133.

⁵²⁷ J. RAYNARD, préc., note 419, n° 12 ; R. FABRE, préc., note 300, n° 15.

passer d'abord par la dénomination de savoir-faire avant que son créateur n'entreprenne les démarches pour en faire un brevet⁵²⁸. Les industriels feront le choix de l'un ou de l'autre selon les objectifs qu'ils poursuivent. Car là où le brevet garantit une protection légale et des armes juridiques pour prévenir l'usage non conforme de l'invention par un tiers, le monopole ainsi accordé est limité dans le temps à 20 ans⁵²⁹. À l'issue de ce délai, plus rien n'empêche les concurrents de reprendre à leur compte l'invention, ou d'en développer le principe, puisqu'elle est entièrement tombée dans le domaine public. L'avantage concurrentiel procuré initialement par le monopole du brevet disparaît. À l'inverse, le savoir-faire procure des armes légales puissantes, car elles ne peuvent intervenir que de manière répressive, après que le savoir-faire a été détourné. Néanmoins, la protection procurée est d'intérêt parce que le secret n'est pas limité dans le temps⁵³⁰. Aussi longtemps que le maître du savoir-faire parvient à le maintenir secret, il peut bénéficier de sa valeur et exploiter seul le monopole de fait procuré. À ce titre, on dira qu'il existe une complémentarité entre le droit des brevets d'invention et le savoir-faire⁵³¹.

Au regard des exigences propres à chaque outil juridique, les caractéristiques du savoir-faire paraissent moins contraignantes que celles des brevets. Il est probable que ceux-ci comprennent intrinsèquement un savoir-faire, mais l'inverse ne saurait être vrai. Cela fait donc du savoir-faire une notion plus large que celle de brevet⁵³².

144. Bilan. Le savoir-faire et les secrets industriels hors du *Code criminel* sont des informations⁵³³, ayant un caractère technique⁵³⁴, qui doivent pouvoir être transmissibles⁵³⁵, confidentielles⁵³⁶, objets de mesures de protection et potentiellement brevetables⁵³⁷. Malgré les variations de vocabulaire, on ne peut plus douter qu'il existe une grande similitude entre les deux notions qui, chacune dans un pays différent, décrivent la même réalité. Nous adopterons alors le point de vue selon lequel ce secret industriel et le savoir-faire recouvrent les mêmes

⁵²⁸ S. PICHETTE, préc., note 421, 618 : « la délivrance d'un brevet couvrant une invention qui est en tout point semblable à celle faisant l'objet du know-how secret ».

⁵²⁹ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 44 ; art. L611-2 C. propr. int.

⁵³⁰ M.-A. BOUCHER, préc., note 420, p. 105.

⁵³¹ Dans le même sens : Francis HAGEL, « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », Cah. dr. entr. 2012.1. dossier 3.

⁵³² J. RAYNARD, préc., note 419, n° 10.

⁵³³ Pour un lien entre le savoir-faire et le caractère intellectuel de son contenu : F. DESSEMONTET, préc., note 300, p. 15-16 ; R. FABRE, préc., note 300, n° 9.

⁵³⁴ R. FABRE, préc., note 300, n° 10.

⁵³⁵ *Id.*, n° 12.

⁵³⁶ *Id.*, n° 13.

⁵³⁷ *Id.*, n° 15.

notions⁵³⁸, à ceci près que le secret industriel tolère l'extension de son contenu à des informations n'ayant pas seulement un rapport à la production industrielle⁵³⁹. Le fait que l'un ou l'autre fasse souvent l'objet d'un contrat de licence en vue de son partage contre rémunération ne fait pas douter de la valeur que représentent les informations qu'il contient, ce qui en fait une contribution importante à la compréhension de ce que peut être l'information économique.

145. Lien avec l'information économique. Grâce à la conclusion d'une unité des notions, on peut préciser encore la notion d'information économique. Nous savions déjà qu'elle inclut les brevets, on sait désormais qu'il faut compter aussi le savoir-faire et le secret industriel comme en faisant partie. Les critères d'identification de l'information économique doivent donc être revus pour inclure ces deux notions, qui ne sont ni nouvelles ni inventives.

Grâce à cet apport, on constate que le secret prend une place considérable dans la description de l'information économique, même si celui-ci n'est pas absolu. Nécessaire pour assurer la réservation de renseignements économiques de grande valeur, il est impératif dans le contexte de l'alerte. En lancer une suppose la révélation d'une information jusque-là inconnue du grand public. Sans être forcément sensationnelle, l'alerte brise la confidentialité autour des renseignements convoités. Elle met fin à une confidentialité ardemment désirée et qui doit donc préexister. C'est d'ailleurs bien cela qui est majoritairement reproché au lanceur d'alerte : révéler ce qui ne doit pas l'être. On ne peut plus douter du caractère absolument central du secret dans la définition de l'information économique.

Grâce au secret industriel, enfin, on s'approche de l'idée que l'information économique ne concerne pas uniquement des secrets industriels, comme des procédés de fabrication, des compositions de produits ou des recettes. La notion devrait comprendre aussi des informations de nature commerciale, ce qui est plus conforme à l'idée que l'on se fait de sa dimension économique. En outre, les alertes dont elle a déjà pu faire l'objet et qui ont été précédemment évoquées comprennent bien la divulgation d'information d'affaires, comme des techniques d'optimisation fiscale⁵⁴⁰. Cette précision de la définition du secret industriel est donc la

⁵³⁸ Dans le même sens, F. DESSEMONTET, préc., note 300, p. 20. L'auteur précise que la majorité des auteurs américains font une telle assimilation. Cependant, une minorité ont tenté d'opérer une distinction entre savoir-faire et secret industriel, basée sur les fonctions de chacune des notions. Mais de telles distinctions n'ont pas d'impact sur la nature même de ces instruments, ni sur leur qualification juridique. On appliquera simplement des techniques juridiques particulières lorsque l'information est partagée, mais cela ne suffit pas à établir une différenciation nette entre savoir-faire et secret industriel (p.32 à 34).

⁵³⁹ *Id.*, p. 15.

⁵⁴⁰ *Supra*, n°14.

bienvenue, et nous rapproche un peu plus de ce qui peut constituer l'information économique objet d'une alerte éthique.

Il reste que le secret industriel reçoit depuis peu une nouvelle définition en droit canadien⁵⁴¹, que l'on peut rapprocher du secret des affaires français. Les deux notions viennent compléter l'effort de compréhension de ce qu'est une information économique.

2.2.1.2 L'encadrement législatif du secret des affaires et du secret industriel

146. Présentation. Le secret des affaires est une expression essentiellement utilisée dans la législation française, où il s'est taillé une place de choix. Sans être totalement absent du droit, il n'avait pas de définition ni de protection propre⁵⁴². Ayant fait l'objet de deux propositions de loi avortées⁵⁴³, d'une directive⁵⁴⁴, et enfin d'une loi bien en vigueur⁵⁴⁵. À ce titre, la protection qui y est associée lui offre désormais un statut juridique propre, bien plus solide que celui du savoir-faire, ce dernier n'ayant reçu aucune consécration textuelle.

147. Fondements juridiques. La *Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires*⁵⁴⁶ est en réalité la transposition de la directive européenne relative au secret des affaires⁵⁴⁷. Elle est décrite comme une loi nécessaire, dans la mesure où le droit français manquait d'une protection transversale du secret des affaires des entreprises véritablement efficace pour stimuler l'innovation technologique⁵⁴⁸. À ce titre, les auteurs de ce texte ont suivi assez fidèlement la directive, en se contentant notamment de n'adosser qu'une protection civile

⁵⁴¹ Art. 391(5) C. crim.

⁵⁴² *Avis n° 394422 sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite*, Conseil d'État, Assemblée générale, séance du 15 mars 2018, n° 4 (ci-après « Avis du Conseil d'État sur la loi secret des affaires »).

⁵⁴³ *Proposition de loi n°3985 présentée par M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, déposée à l'Assemblée nationale le 22 novembre 2011 (13^{ème} législature). Cette proposition ne comprenait qu'un volet pénal. Elle a été adoptée le 23 janvier 2012 et renvoyée devant le Sénat, mais le processus législatif n'a jamais abouti ; *Proposition de loi n°2139 présentée par MM. Bruno Le Roux, Jean-Jacques Urvoas et d'autres, relative à la protection du secret des affaires*, déposée à l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014 (14^{ème} législature). Cette proposition s'intéressait tant au volet civil que pénal de la protection du secret des affaires.

⁵⁴⁴ Directive sur le secret des affaires, préc., note 16.

⁵⁴⁵ *Loi relative à la protection du secret des affaires*, préc., note 19.

⁵⁴⁶ *Id.*

⁵⁴⁷ Directive sur le secret des affaires, préc., note 16. La transposition devait avoir lieu avant le 9 juin 2018 au plus tard : *Avis du Conseil d'État sur la loi secret des affaires*, préc., note 542, n° 2. Du fait de cette transposition, nous pourrions tenir compte des développements de la directive pour analyser le texte national, en vertu du principe d'interprétation conforme.

⁵⁴⁸ Christophe-André FRASSA, *Rapport sur la proposition de loi portant sur la 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 divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite*, n°419, déposé au Sénat le 11 avril 2018 (15^{ème} législature), p. 13.

à la reconnaissance du secret des affaires⁵⁴⁹. La définition du secret des affaires est reprise quasiment à l'identique :

« Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants :

1. Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;
2. Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;
3. Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret. »⁵⁵⁰

Quant à la directive, elle définit le secret des affaires comme suit :

« Des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :

- a) elles sont 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,
- b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes,
- c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes. »⁵⁵¹

Cette définition était elle-même inspirée des Accords ADPIC annexés aux accords OMC, dont l'article 39.2 décrit la protection des renseignements non divulgués :

« Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements :

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ;
- b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets et,
- c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets. »⁵⁵²

⁵⁴⁹ Avis du Conseil d'État sur la loi secret des affaires, préc., note 542, n° 6 et 8. Certains ont regretté cette frilosité dans la transposition de la directive, au point de n'en faire qu'un copier-coller : Matthieu DHENNE, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *D.* 2018.1817, n° 5 ; C.-A. FRASSA, *id.* p. 13.

⁵⁵⁰ Il s'agit désormais de l'art. L151-1 C. com.

⁵⁵¹ Directive sur le secret des affaires, préc., note 16, art. 2.

⁵⁵² Accords ADPIC, préc., note 322, art. 39.2.

On peut aisément constater que la structure de ces trois définitions est exactement la même et renvoie aux mêmes éléments, ce qui milite en faveur d'une harmonisation de la notion de secret des affaires.

148. Rapprochement avec le secret industriel canadien. Plus étonnant encore est le fait que la nouvelle définition canadienne du secret industriel s'apparente de manière frappante aux précédentes définitions européennes. On peut lire dans le *Code criminel* que le :

« *Secret industriel* s'entend des renseignements qui, à la fois :

- a) ne sont pas généralement connus dans une industrie ou un commerce qui utilise ou peut utiliser ces renseignements ;
- b) ont une valeur économique du fait qu'ils ne sont pas généralement connus ;
- c) font l'objet de mesures raisonnables dans les circonstances pour en protéger le caractère confidentiel. »⁵⁵³

On ne peut qu'être frappé par la ressemblance des structures globales de l'ensemble de ces définitions. Cela est évidemment très porteur, dans la mesure où l'on ne peut résister à la tentation d'y voir un certain rapprochement des législations entre elles. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant dans le cadre de cette définition canadienne, dans la mesure où elle est le fruit du rapprochement préalable de la législation de trois pays américains, concrétisé dans un accord international de libre-échange.

149. Critères de définition. Comme pour les définitions précédentes, on remarque d'emblée que les législateurs n'ont pas choisi de définir ces secrets en ayant recours à de longues listes énumératives, nécessairement restrictives⁵⁵⁴. Au contraire, il ressort en tout cas de l'ensemble de ces définitions que le secret des affaires tout comme le secret industriel légal dépendent de la réunion de trois critères : ils doivent être secrets, posséder une valeur économique en raison de ce secret, et faire l'objet de mesures de protection. Ce n'est pas sans rappeler les éléments précédemment analysés concernant le savoir-faire.

150. Le caractère secret. La formulation choisie pour décrire la confidentialité du secret des affaires est exactement la même que celle retenue pour le secret industriel ou le savoir-faire dans le droit de l'UE : il ne doit pas être généralement connu ou accessible dans le milieu dans lequel circule habituellement ce type d'informations. On confirme ainsi que le

⁵⁵³ Art. 391(5) C. crim.

⁵⁵⁴ La proposition de loi du sénateur Bernard Carayon avait eu tendance à verser dans cette technique, en énumérant une liste de domaines dans lesquels on pouvait trouver un secret des affaires : *Proposition de loi n°3985 visant à sanctionner la violation du secret des affaires*, préc., note 543, art. 1.

secret est bien entendu de manière relative⁵⁵⁵, ce qui autorise une certaine circulation de l'information. Tout dépend des circonstances de chaque cas pour évaluer si l'information était bien secrète. De même, l'art. L151-1 C. com. précise bien qu'une information seule peut faire l'objet de secret, tout comme un assemblage particulier d'informations par ailleurs non confidentielles. La compréhension du secret est donc exactement la même, que l'on parle de savoir-faire, de secret industriel ou de secret des affaires.

151. La valeur commerciale. Le deuxième critère de définition tient à la valeur commerciale du secret. Conformément au texte de la directive et des accords ADPIC⁵⁵⁶, les législateurs français et canadiens font dépendre cette valeur du caractère secret de l'information. C'est également la formulation qui est retenue s'agissant du savoir-faire, dans les différentes définitions dont celui-ci fait l'objet⁵⁵⁷. On ne peut toutefois s'empêcher de remarquer que les références canadiennes à ce sujet parlent de valeur économique et non commerciale⁵⁵⁸. Ce choix fut un temps recommandé en France⁵⁵⁹, il n'a finalement pas été retenu.

152. Valeur et secret. Que ce soit dans le cadre du secret industriel ou du secret des affaires, législateurs et doctrine font dépendre la valeur de l'information de son secret. Or il semblerait qu'il s'agisse ici d'une confusion⁵⁶⁰. Le secret a une fonction de réservation, qui joue le même rôle que l'obtention d'un brevet sur une invention : il permet de s'assurer un monopole d'exploitation. La différence ici est que le secret n'est qu'une protection factuelle, là où le brevet est une protection légale. Le secret est donc la raison pour laquelle on peut prétendre à une exclusivité sur l'information. Mais elle ne participe pas seule à l'évaluation de la valeur de l'information. « Ce n'est pas le secret qui fournit la valeur économique à l'information, c'est parce qu'elle a une valeur économique que l'on cherche à la conserver secrète. »⁵⁶¹ La valeur existe indépendamment du secret.

153. Appréciation de la valeur commerciale. Si la valeur n'est pas subordonnée au secret, de quoi dépend-elle alors ? On sait que la valeur de l'information est d'ordre

⁵⁵⁵ N. BINCTIN, *Savoir-faire*, préc., note 417, n° 133 ; N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, n° 648 ; M. DHENNE, préc., note 549, n°9 ; J.-C. GALLOUX, « Droit sur les créations nouvelles », préc., note 300 ; Jean LAPOUSTERLE, « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », *Dalloz IP/IT* 2016.493.

⁵⁵⁶ Accords ADPIC, préc., note 322, art. 39.2.

⁵⁵⁷ *Supra* n°131 à 134.

⁵⁵⁸ Art. 391(5)b) C. crim.

⁵⁵⁹ *Proposition de loi n°2139 relative à la protection du secret des affaires*, préc., note 543, art. 1 ; C.-A. FRASSA, préc., note 324, p. 28.

⁵⁶⁰ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, n° 649.

⁵⁶¹ *Id.*, n° 649.

commercial, selon l'article L151-1 C. com, la directive européenne et les accords ADPIC. Comme on l'a vu, la notion de commerce implique une activité d'échange, de réalisation d'opérations mercantiles⁵⁶². Consacrer la valeur commerciale de l'information revient à utiliser la valeur d'échange⁵⁶³ de l'information comme référence : le secret des affaires aura une valeur à partir du moment où l'on peut l'échanger contre une somme d'argent, par exemple à partir du moment où un concurrent est prêt à l'acheter. Sans autre précision sur la valeur commerciale (élevée ou non, grande ou petite), un auteur en a déduit que le secret des affaires avait une valeur à compter d'un euro : « l'information tenue secrète que l'on consent à révéler à un tiers pour la somme d'un euro répond à cette notion de valeur commerciale »⁵⁶⁴. Une telle appréciation présente l'avantage de rendre objective l'appréciation de la valeur de l'information⁵⁶⁵, en la basant sur une unité monétaire ne souffrant pas d'analyses contingentées. Elle dépend entièrement du profit réalisable, ce qui apparaît conforme à ce que nous avons dit précédemment de l'information économique⁵⁶⁶.

154. Critiques : réconciliation de la valeur et du secret. Bien qu'on ne puisse nier la pertinence d'une telle analyse, on ne peut s'empêcher de penser que le législateur met le doigt sur autre chose en faisant dépendre la valeur du secret. Comme cela a été souligné dans plusieurs études canadiennes, la valeur de l'information tient aussi à l'avantage compétitif que celle-ci représente dans un domaine d'activité donné⁵⁶⁷. Elle a une valeur parce qu'elle donne la possibilité à celui qui la maîtrise d'augmenter ses marges, d'être plus rentable. Or, tant que l'information sera secrète, l'avantage compétitif demeurera, puisque l'entreprise conservera la longueur d'avance qu'elle a prise sur ses concurrents. À partir du moment où l'information est connue et utilisée par tous les concurrents d'un même domaine économique, l'avantage compétitif cesse. Elle perd par la même occasion une grande partie de son intérêt et, par voie de conséquence, de sa valeur. C'est d'ailleurs exactement le même raisonnement avec la réservation des brevets : pendant toute la durée du monopole accordé, son détenteur peut exploiter l'invention et en tirer tous les bénéfices économiques. Il ne souffre aucune concurrence. Lorsque le monopole cesse, toute autre personne peut également exploiter l'information contenue dans le brevet. Le concepteur initial de l'invention n'est plus le seul à

⁵⁶² *Supra*, n° 76.

⁵⁶³ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, n° 650.

⁵⁶⁴ *Id.*, n° 650. Voir aussi : M. DHENNE, préc., note 549, n° 12.

⁵⁶⁵ M. DHENNE, préc., note 549, n° 12.

⁵⁶⁶ *Supra* n° 78.

⁵⁶⁷ M.-A. BOUCHER, préc., note 420, p. 66 ; E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 901 ; S. PICHETTE, préc., note 421, 544 ; University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307, p. 6.

pouvoir réclamer un profit sur celle-ci. Elle a perdu sa valeur et son intérêt, parce qu'elle n'est plus réservée.

155. Le secret perpétue la valeur. Le mécanisme n'est pas si différent s'agissant des secrets industriels et des affaires. De toute évidence, le secret contribue, si ce n'est à la qualification, du moins au maintien de la valeur de l'information. Tant qu'elle n'est pas partagée, celui qui en a la maîtrise peut prétendre en tirer les bénéfices. Elle représente un avantage économique et financier, ce qui contribue bien à la valeur de cette information. Cette dernière ne peut pas se définir en prenant en compte seulement sa valeur d'échange. En outre, comment prétendre offrir un prix pour une information si tout le monde la connaît déjà ? En réalité, la valeur est dépendante du secret, au moins pour que cette valeur existe.

156. Réduction potentielle du domaine du secret des affaires. Notons enfin qu'en réduisant la compréhension du secret des affaires à sa seule valeur commerciale, on peut alors se demander si le législateur n'a pas potentiellement exclu de la protection du secret des affaires un très grand nombre d'informations, dont les entreprises souhaitaient pourtant la protection. Or on peut tout à fait envisager qu'une entreprise n'ait pas du tout envie de partager une information avec ses concurrents. Il devient plus difficile d'en évaluer la valeur d'échange. Nous pourrions toutefois nuancer ce propos en rappelant que l'article L151-1 C. com précise que le secret des affaires a une valeur commerciale effective ou potentielle, ce qui permet d'inclure tous les cas où l'entreprise ne procède pas réellement à sa vente⁵⁶⁸.

Bien évidemment, des informations négatives, telles que des essais ratés ou de mauvais placements, constituent également des informations ayant une valeur commerciale⁵⁶⁹, puisqu'elles permettent d'éviter de reproduire les mêmes erreurs. Quoi qu'il en soit, que l'on soit convaincu des liens entre secret et valeur ou non, ces derniers n'auront que peu d'impact si le secret des affaires ne fait pas l'objet de mesures pour en conserver la confidentialité.

157. Les mesures de contrôle du secret des affaires. Le dernier critère du secret des affaires consiste à identifier des mesures raisonnables qui, dans les circonstances, permettent d'en maintenir la confidentialité. Tout comme le secret industriel et le savoir-faire, ces mesures ont pour but d'en conserver le contrôle⁵⁷⁰. Ce critère permettra aussi de prouver que le gardien du secret avait bien l'intention de le conserver confidentiel. Il n'est pas précisé quelle doit être

⁵⁶⁸ M. DHENNE, préc., note 549, n° 13.

⁵⁶⁹ J. LAPOUSTERLE, préc., note 555.

⁵⁷⁰ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, n° 65 1; M. DHENNE, préc., note 549, n° 14.

l'efficacité de cette protection. Bien sûr, on ne saurait déduire du fait que l'information ait filtré chez un concurrent que les mesures de sécurité étaient inexistantes ou insuffisantes. Ces mesures ne constituent pas une obligation de résultat de maintien du secret. Elles doivent surtout servir de preuve, celle du caractère confidentiel de l'information.

158. Diversité des mesures. Les art. L151-1 C. com. et 391(5)c) C. crim. ne précisent pas la nature des mesures de conservation du secret, si ce n'est pour dire qu'elles dépendent des circonstances. Il n'y aura donc pas de systématicité dans les choix opérés par les gardiens du secret. On peut envisager des mesures d'ordre juridique⁵⁷¹, telle la signature de clauses de confidentialité dans un contrat de travail, de clauses de non-divulgence dans le cadre d'un contrat-cadre préalable à un partenariat économique, de clauses de non-concurrence... Des mesures d'ordre matériel⁵⁷² seront souvent nécessaires en sus : mots de passe, contrôle d'accès à certains locaux, apposition de mentions de confidentialité sur les documents, clés de sécurité et de cryptage... Tout ce qui est valable pour la confidentialité du savoir-faire et du secret industriel⁵⁷³ l'est pour le secret des affaires.

159. Bilan. À ce stade, il est clair qu'il existe une certaine continuité dans la construction juridique du savoir-faire, du secret industriel et du secret des affaires. Ce sont toutes des notions ayant recours au secret pour en assurer la réservation et nécessitant des mesures tendant à le conserver. Tout comme le savoir-faire et le secret industriel, le secret des affaires exclut les tours de mains et autres habiletés acquises par un employé au cours de ses fonctions⁵⁷⁴. C'est finalement sur le contenu même de ces différents outils juridiques que les divergences apparaissent : le savoir-faire ne semble admettre que les informations de nature technique, tandis que le secret industriel au Canada est plus compréhensif : non seulement technique, il admet aussi des informations de nature commerciale (méthodologie d'analyse, listes de clients ou de fournisseurs, méthode d'organisation du travail, démarchage de la clientèle...). Tout dépendra du contexte dans lequel est analysé le secret industriel. Le secret des affaires semble être à ce stade la notion la plus englobante. Non limitée quant à la nature des informations, ces critères de définition sont suffisamment souples pour admettre une multitude d'informations différentes, non seulement, les recettes, procédés et autres techniques intervenant dans la fabrication industrielle d'un produit ou pour en assurer une plus grande productivité, mais aussi des méthodologies, listes de clients, des perspectives de rachat d'entreprise, des placements

⁵⁷¹ M. DHENNE, préc., note 549, n° 15.

⁵⁷² *Id.*, n° 15.

⁵⁷³ *Supra*, n° 142.

⁵⁷⁴ Directive sur le secret des affaires, préc., note 16, cons. 14.

boursiers, un plan de licenciement, la fermeture d'un site industriel, la découverte d'un nouveau gisement minier ...

160. Gradation des critères de définition. On voit que, progressivement, les notions étudiées sont de plus en plus sophistiquées. Les brevets d'invention constituent la forme la plus évoluée de protection. Ils exigent nouveauté, utilité et inventivité, caractères les plus précis et les plus difficiles à atteindre. La valeur du brevet provient de la reconnaissance légale d'un monopole d'exploitation à son détenteur. Le savoir-faire ne nécessite pas ces critères, se contentant du secret, de la substantialité et de mesures de protection, formes édulcorées des conditions d'existence du brevet. Il a tout de même une certaine valeur, provenant de l'avantage compétitif que sa connaissance procure. Dans une composition encore plus simple, les secrets des affaires et industriel légaux sont déshabillés des conditions de substantialité et originalité. Il ne leur reste plus qu'à être secrets et à représenter une certaine valeur commerciale, autrement dit valeur d'échange. De la même manière qu'un brevet contient nécessairement un savoir-faire, les critères plus larges de ces secrets permettent de penser que la notion est également nécessairement incluse dans celle de savoir-faire et peut-être, par le biais de ce dernier, dans celle de brevet. L'inverse ne saurait en revanche être vrai : si un savoir-faire n'est pas forcément un brevet, un secret des affaires ne sera pas forcément un savoir-faire et certainement pas un brevet. Les conditions du secret des affaires et du secret industriel sont bien trop peu précises, en comparaison de celles du brevet, pour envisager qu'ils en deviennent un. Cela confirme en tout cas que ceux-ci sont les notions les plus larges. Ces conditions moins exigeantes permettent d'y inclure davantage d'informations, y compris des informations constitutives de savoir-faire ou de brevet. On aurait alors trouvé dans ces secrets les notions juridiques de base, sur lesquelles construire l'édifice de réservation de l'information à valeur économique, sous la forme du secret d'abord, de la propriété industrielle ensuite. Que peut-on alors en déduire sur la notion d'information à valeur économique ?

2.2.2 Définition juridique de l'information économique

161. La place de l'information économique. Que reste-t-il comme place à la notion d'information économique ? Grâce à la consécration législative du secret des affaires et du secret industriel, on semble avoir fait le tour de la question des informations susceptibles de réservation. Ainsi, notre lanceur d'alerte pourrait se saisir de données constitutives de brevets, de savoir-faire, de secrets des affaires ou de secrets industriels, toutes susceptibles d'être matière à la divulgation, puisque liées au secret.

162. Conception globalisante de l'information économique. Si l'on considère tout d'abord que l'information économique est celle qui englobe l'ensemble des notions étudiées, alors il faut *a minima* que ces informations remplissent les critères du secret des affaires ou industriel, puisqu'il s'agit de la notion la plus large. Seraient de cette nature les renseignements secrets, disposant d'une valeur commerciale et faisant l'objet de mesures de confidentialité.

163. Confirmation du secret relatif. On reste néanmoins convaincu qu'on n'a pas fait le tour de la question. N'y aurait-il pas d'autres informations que les quatre catégories précédemment présentées qui pourraient être qualifiées d'économiques ? Bien sûr, elles devront être secrètes. La confidentialité est importante, car il s'agit du seul mode de réservation de l'information commun⁵⁷⁵. Il n'est pas nécessaire d'imposer le secret de manière absolue sur l'information économique. Comme nous l'avons signalé, l'information est reproductible à l'infini et il est quasiment impensable d'envisager qu'elle ne soit connue que d'une seule personne, surtout dans un contexte économique mondialisé, caractérisé par la multitude des acteurs impliqués. En outre, ce critère fait l'unanimité en France et au Canada.

164. Insuffisance de la valeur commerciale. La difficulté provient de la valeur de l'information. Que ce soit par le secret industriel, le savoir-faire ou le secret des affaires, la valeur de l'information est envisagée comme un apport positif. Celle-ci doit représenter un gain, un avantage compétitif, une avance technologique. Or, tout gardien d'un secret n'a pas nécessairement pour but de retirer une valeur de celui-ci. Certains secrets ont vocation à le rester de manière très stricte et pour une longue période. Par exemple, le fait qu'une entreprise recoure à des techniques d'optimisation fiscale n'est pas nécessairement une stratégie qu'elle souhaite partager avec ses concurrents⁵⁷⁶. Par l'économie réalisée grâce à d'ingénieux montages fiscaux, il ne fait pas de doute que ces informations représentent aussi un avantage compétitif⁵⁷⁷. Cela représente autant d'argent sauvé pour d'autres investissements dans le développement, la recherche, la conquête de nouveaux marchés... contribuant tous à la prospérité de l'entreprise. À ce titre, elles ont une valeur, qui n'est certes pas commerciale, mais certainement

⁵⁷⁵ F. DESSEMONTET, préc., note 300, p. 19 : « There is a traditional and immemorial alternative for the protection granted by a patent and that is the protection afforded by secrecy. »

⁵⁷⁶ Par exemple, le recours au « tax ruling » au Luxembourg, à l'origine de l'affaire LuxLeaks. Des entreprises déclaraient leurs bénéfices au Luxembourg, avec un taux d'imposition bas, au lieu des pays où elles les réalisaient effectivement.

⁵⁷⁷ « Le traitement fiscal sélectif réservé à Apple en Irlande est illégal au regard des règles de l'UE en matière d'aides d'État, car il confère à l'entreprise un avantage significatif par rapport aux autres sociétés qui sont soumises aux mêmes règles nationales d'imposition. » : COMMISSION EUROPEENNE, « Aides d'État: l'Irlande a accordé pour 13 milliards d'EUR d'avantages fiscaux illégaux à Apple », Communiqué de presse, Bruxelles, 30 août 2016, en ligne : < http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_fr.htm >.

économique. Est-ce à dire que ces informations ne méritent pas une protection contre les investigations des concurrents ?

Il est toujours possible d'envisager d'attribuer une valeur marchande à l'information fiscale. Après tout, le secret des affaires et le secret industriel se définissent selon la valeur actuelle, mais aussi potentielle de l'information. Ce n'est donc pas une condition qu'il existe effectivement un marché pour telle ou telle information. Le fait qu'on veuille potentiellement payer pour l'obtenir suffirait.

165. Informations négatives. Mais cela ne règle pas toute la question. Qu'en est-il des informations qui ne représenteront pas du tout un avantage économique, mais au contraire une perte considérable ? Prenons le cas d'une entreprise qui procède à des dépôts sauvages de ses déchets, polluant l'environnement par la même occasion. Il est probable qu'elle n'ait pas du tout envie, ni intérêt à ce que cette information soit connue. Outre, les amendes⁵⁷⁸, on peut envisager que, si ce genre de comportement devient connu, l'entreprise concernée perde des contrats ou des parts de marché, soit parce que les cocontractants craignent que cette mauvaise réputation ne déteigne sur eux, soit qu'ils réproouvent éthiquement une telle pollution. On peut difficilement envisager qu'une telle information aura une valeur commerciale, dans le sens où semble l'entendre la loi, car elle a un impact trop négatif sur l'image de l'entreprise. Pourtant on ne peut nier qu'elle ait une valeur considérable, à cause des pertes qu'elle est susceptible de faire encourir si elle est divulguée. C'est l'effet négatif de la valeur de l'information économique. Plus précisément, il s'agira de « toutes les informations qu'un concurrent n'a pas intérêt à connaître »⁵⁷⁹. On ne peut donc les exclure de la définition de la notion, sans compter qu'elles peuvent tout à fait être l'objet d'une alerte.

166. Effet négatif dans la directive sur le secret des affaires. Cet effet négatif n'est, par ailleurs, pas totalement incompatible avec l'interprétation de la valeur du secret proposée par la directive européenne. Celle-ci précise que

« Les informations devraient être considéré[e]s comme ayant une valeur commerciale, par exemple lorsque leur obtention, utilisation, ou divulgation illicite est susceptible de porter atteinte aux intérêts de la personne qui en a le contrôle de façon licite en ce qu'elle

⁵⁷⁸ Art. R633-6 C. pen. impose une contravention de troisième classe dans ce cas, c'est-à-dire jusqu'à 450 € et l'art. L541-46 C. env. prévoit une peine d'emprisonnement de deux ans et une peine d'amende allant jusqu'à 75 000 €. L'application de l'un ou l'autre de ces deux textes dépendra des conditions de l'abandon des déchets. Il faudra éventuellement y ajouter des sanctions administratives. À Montréal, selon le règlement RA 2008-15, art. 13, le dépôt de déchets sur la voie publique est puni d'une amende minimum de 100\$ pour les personnes physiques, et 200\$ pour les personnes morales.

⁵⁷⁹ Marie MALAURIE-VIGNAL, « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997.207, par. 3.

nuit au potentiel scientifique et technique de cette personne, à ses intérêts économiques et financiers, à ses positions stratégiques ou à sa capacité concurrentielle. »⁵⁸⁰

La directive envisage bien l'effet négatif de la divulgation de l'information, qui participe tout autant à la définition de sa valeur. Il reste à savoir si la loi transposant cette directive sera interprétée de la même manière en droit interne français, maintenant une analyse aussi complète de la valeur de l'information.

167. Exemples. Pour se convaincre de la pertinence de cette approche, prenons l'exemple de l'entreprise Lafarge. Implantée en Syrie, celle-ci a versé des sommes d'argent à des groupes terroristes afin de pouvoir poursuivre ses activités dans le pays. Après leur révélation, ces faits ont conduit à l'ouverture d'une instruction pour financement du terrorisme en France et engendré des pertes importantes pour l'entreprise⁵⁸¹. Bien sûr, elle a aussi dû cesser ses activités dans cette région du monde. Cette information avait tout intérêt à demeurer secrète et, au regard des pertes qu'elle a provoquées, elle avait clairement une valeur considérable pour ceux qui la connaissaient. C'est en outre typiquement ce genre d'information qui fait l'objet d'une alerte, tant la moralité de ce genre de pratique est discutable.

Un autre exemple concerne l'industrie du sel. Un chercheur de l'INSERM a réussi à prouver que le lobby du sel était très actif dans le milieu des professionnels de la santé et des médias, afin d'éviter la poursuite de recherches sur ses effets néfastes sur la santé quand il est consommé à l'excès⁵⁸². Ce lanceur d'alerte a permis la révélation d'informations négatives sur l'industrie du sel, risquant de provoquer des pertes financières. Il est donc tout à fait possible qu'un lanceur d'alerte se préoccupe de telles informations, dont l'intérêt économique est désormais certain. Dans ce cas, on ne peut se contenter de définir la valeur de l'information par rapport au prix que serait prêt à payer un tiers pour la connaître. Il faut aussi considérer les pertes que représente sa divulgation pour celui qui cherche à la garder secrète⁵⁸³.

⁵⁸⁰ Directive sur le secret des affaires, préc., note 16, cons. 14.

⁵⁸¹ Denis COSNARD, « LafargeHolcim, numéro un mondial du ciment, va fermer son siège de Paris », *Le Monde*, 25 mai 2018, en ligne : < https://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/05/25/lafargeholcim-numero-un-mondial-du-ciment-va-fermer-son-siege-de-paris_5304314_1656968.html >.

⁵⁸² Pierre MENETON et Emmanuel HAYMANN, *Le sel, un tueur caché*, Lausanne; Paris, Favre, 2009.

⁵⁸³ Dédire la valeur de l'information de l'existence du dommage résultant de sa divulgation sans le consentement de son gardien légitime avait été envisagé dans la proposition de loi de M. Carayon :

« Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents (...), dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle » (nos soulignements).

Proposition de loi visant à sanctionner la violation du secret des affaires, préc., note 543, art. 1^{er}. À ce propos, voir M. DHENNE, préc., note 549, n° 13.

168. Objectivité de l'analyse de la valeur. Cette acception de la valeur pourrait souffrir d'être subjective, analysée du seul point de vue de l'entreprise qui subirait les pertes. Cependant, même si on ne projette la valeur que du seul point de vue de celui concerné directement par le risque de diffusion, il reste possible d'introduire des éléments qui pourront objectiver son analyse. La perte d'un marché, la baisse d'une cote boursière, la diminution de l'achalandage, la perte d'un partenaire économique, sont autant de données objectives, qui traduiront la perte d'une position économique. En cela aussi, l'information aura une valeur économique.

169. Définition de l'information économique. Il apparaît que retenir la valeur économique de l'information permet d'englober davantage de situations que si l'on retenait sa seule valeur commerciale. Il reste alors un certain espace pour l'information économique. Ce n'est pas seulement un savoir-faire, un brevet ou un secret industriel ou des affaires, mais aussi toutes les informations représentant un gain ou une perte potentielle. Ce sont les mêmes qui font l'objet d'alerte et qui peuvent entraîner des conséquences notables sur la santé, la sécurité ou la qualité du cadre de la vie des individus.

170. Conclusion de chapitre. De la même manière qu'un certain auteur cherchait la définition la plus large de l'information pour l'appliquer à tout le droit⁵⁸⁴, nous avons essayé de dégager une approche unificatrice de l'information économique : il s'agirait d'une information secrète, ayant une valeur économique et dont la confidentialité est volontairement maintenue contre toute forme de révélation.

Le secret est une composante essentielle des informations économiques : plus elles sont importantes, plus on aura tendance à les dissimuler. Si le secret ne fonde pas nécessairement la valeur de l'information, il en est tout au moins un indicateur assez fiable. Quant à la valeur elle-même, elle s'évalue davantage par rapport aux conséquences que sa révélation provoquera pour celui qui la maîtrise. Une telle approche permet au droit de se saisir de toutes les hypothèses où l'information est utilisée de manière non conforme à la destination prévue par son gardien, soit pour le condamner, soit pour le justifier.

L'information économique pose des problèmes juridiques insolites : c'est une source de richesse considérable qui n'est pas appréhendée totalement par le droit. Il n'y a pas d'encadrement bien défini permettant de gérer cette nouvelle ressource. Ce serait comme découvrir un nouveau minéral rare et qu'il n'existe aucune réglementation pour en contrôler

⁵⁸⁴ J.-C. GALLOUX, « Ebauche d'une définition juridique de l'information », préc., note 9 ; *Supra* n°66 et 68.

l'usage, l'échange ou la vente. Comment en établir la valeur ? Comment définir la véritable utilité de cette matière ? Peut-on la vendre à n'importe qui ? L'analogie est d'autant moins caricaturale que le savoir est aujourd'hui une richesse, une matière première intellectuelle stratégique essentielle dans les sociétés modernes amatrices de nouvelles technologies.

Pourtant, nous n'avons que des succédanés juridiques pour assurer la protection de l'information à valeur économique. Le seul moyen de conserver cette information et surtout sa valeur est de recourir à la technique du secret⁵⁸⁵, soit une protection matérielle et non juridique de l'information, en l'« absence de régime d'appropriation spécifique »⁵⁸⁶. Cette sorte de pis-aller ne semble pas satisfaire les esprits juridiques.

Quels sont alors les outils actuellement à disposition ? Une alternative se dessine. Soit on met l'accent sur le lien chronologique unissant le secret et le brevet pour traiter l'information économique comme un bien, au même titre que l'invention brevetée. Étant sous-jacente au brevet, cette dernière devrait recevoir le même traitement. Soit, on met l'accent sur le fait que l'information économique est indissociable de la prospérité d'une entreprise. Ces renseignements peuvent faire l'objet d'un usage détourné qui sera source de responsabilité civile, un peu à la manière des informations personnelles secrètes des personnes physiques : on ne peut pas en faire n'importe quel usage sans engager sa responsabilité.

171. Conséquence sur le cadre protecteur de l'information économique. Pouvoir résumer l'information économique à ces deux caractéristiques les plus fondamentales que sont sa valeur et le secret permet de réduire considérablement les options par lesquelles on pourrait protéger l'information économique. Ces deux éléments dessinent deux pistes principales : au nom de sa valeur, on pourrait envisager de la traiter comme un objet approprié ; au nom de son secret, on pourrait se tourner davantage vers un autre droit qui a traditionnellement cette fonction, à savoir la vie privée.

Deux fondements donc, pour un même objet juridique. Reste à déterminer si l'on peut en préférer l'un à l'autre, afin de pouvoir transposer dans le monde juridique le conflit bien réel observé autour de l'information économique et la bataille que livre le lanceur d'alerte pour savoir ce qu'il doit en faire.

⁵⁸⁵ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, préc., note 396, n° 1030 ; N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, préc., note 471, n° 50.

⁵⁸⁶ N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, préc., note 317, n° 644 ; N. BINCTIN, *id.*, n° 50.

Partie 1

Les termes du conflit

172. Pomme de discorde. Maintenant que les contours de l'information économique au sens juridique se distinguent un peu plus clairement, il est évident que c'est la valeur de celle-ci qui est la source de toutes les préoccupations : c'est parce que ce genre d'information a une valeur qu'un concurrent souhaite la connaître pour en tirer également profit (valeur positive) ; c'est parce qu'elle peut engendrer des pertes importantes pour celui qui la contrôle qu'il la maintient secrète (valeur négative). Même pour un lanceur d'alerte, l'information économique a une valeur, cette fois-ci dans un sens plus moral⁵⁸⁷ et non comptable. En permettant de faire connaître certains dangers pour la santé, la sécurité des individus ou des atteintes aux intérêts de l'État, le lanceur d'alerte attribue un rôle à l'information, celui de protéger des intérêts contraires à la personne qui cherche à en maintenir le secret. Connaître et éventuellement révéler les informations économiques aura même un double prix pour le lanceur d'alerte : le prix de la préservation de l'intérêt général, des personnes ou de l'État (valeur positive) ; le prix d'une prise de risque qui menace la réputation, l'emploi et l'intégration sociale du lanceur d'alerte (valeur négative). Ainsi la valeur de l'information est-elle l'origine de toutes les discordes. Nombreux sont ceux qui ont à y perdre et à y gagner.

173. Encadrements juridiques. Le droit ne peut alors pas se désintéresser de la question de l'encadrement juridique de l'information économique. Mais les intérêts en jeu sont hautement contradictoires et difficilement réconciliables, de sorte qu'il serait plus évident de dégager les fondements juridiques justifiant les actions de chaque protagoniste, soit le détenteur du secret et le lanceur d'alerte. De tels cadres juridiques pourraient déjà établir les premières limites de la légitimité des actions et revendications de chacun, ne laissant au droit que la charge de régler les authentiques cas difficiles, les zones de friction véritables où détenteur du secret et lanceur d'alerte agissent dans leur cadre légal respectif.

Pour ce faire, il faudra donc au préalable établir les fondements juridiques de la protection de chaque terme du conflit, à savoir les fondements de la réservation de l'information économique et le fondement de l'alerte. S'il apparaît assez rapidement que la liberté

⁵⁸⁷ Voir ce sens, *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, qui établit deux sens au terme « valeur », l'un qui en fait un synonyme du prix (« caractère mesurable (d'un objet) en tant que susceptible d'être échangé, d'être désiré ») et l'autre en faisant une qualité morale (« ce en quoi une personne est digne d'estime »).

d'expression – et plus largement les libertés de l'esprit – est le droit qui épouse le mieux les contours de cette dernière, la question de la protection de l'information économique fait davantage l'objet de débats. Plusieurs fondements ont été envisagés en doctrine, allant de la propriété et du secret à la responsabilité et au droit des contrats⁵⁸⁸. Toutefois, le droit des contrats, pour utile qu'il soit, n'explique pas à quel titre on protège l'information. Il s'agit davantage d'un outil au service de cette protection et nous verrons d'ailleurs dans quelle mesure il peut être utile⁵⁸⁹. Quant à la responsabilité civile, elle est utilisée à travers les constructions doctrinales et jurisprudentielles de la concurrence déloyale et du parasitisme économique. Mais là encore, des techniques proposent une méthode de protection qui n'explique pas en quoi l'information elle-même peut être protégée, au nom de quel fondement. En outre, ces deux outils que sont le droit des contrats et la responsabilité civile ne se conçoivent tous deux que dans un cadre limité⁵⁹⁰. Les obligations naissant du contrat ne s'imposent qu'à ceux qui y sont parties, tandis que la responsabilité s'apparente davantage à un palliatif, faute de trouver une meilleure raison pour sanctionner des comportements économiques que l'on réproouve⁵⁹¹.

174. Exclusion de la protection du support. Avant de rechercher les fondements exacts de la protection de la propriété, il paraît important de préciser sur quoi doit porter la protection exactement. Ici, c'est la question de la protection de l'information qui est en jeu, et non de son support. Bien sûr, la protection du support contribue indirectement à la protection de l'information qui y est contenue, et pour cela la collaboration du droit civil et du droit pénal apporte une protection suffisamment efficace⁵⁹². Il sera donc toujours possible pour le lanceur d'alerte de manipuler ce support et qu'on lui reproche cette action, surtout si elle est un moyen lui permettant de la lancer.

Seulement la protection du seul support ne saurait suffire. L'information, quelle qu'elle soit, existe en tant que telle⁵⁹³ et n'est pas rattachée à un support particulier. Elle peut être parfaitement valide et demeurer sur plusieurs d'entre eux (oral, écrit, image...). On ne peut donc se contenter d'envisager la protection de l'information en la considérant uniquement à travers la feuille de papier qui la recueille à un moment donné. Au surplus, certains supports

⁵⁸⁸ Guillaume BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal: contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 532, Paris, L.G.D.J Lextenso éditions, 2012, n°136, p. 63.

⁵⁸⁹ *Infra*, n°429 et suiv.

⁵⁹⁰ G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal*, préc., note 588, n°137, p. 63.

⁵⁹¹ *Id.*, n°137, p. 63.

⁵⁹² M. BOURGEOIS, préc., note 289, par. 9.

⁵⁹³ *Supra*, n°22.

peuvent échapper à une protection matérielle, comme c'est le cas lorsque l'information est transmise à l'oral. Il est donc nécessaire d'envisager la protection directe de l'information économique, afin d'assurer celle-ci, quel que soit le support sur lequel elle se trouve, au-delà des contraintes imposées par ce dernier. Parallèlement, l'extension des modes de protection de l'information économique rendra d'autant plus difficile de s'en servir comme vecteur d'alerte.

175. Orientation intuitive vers le droit de propriété. Cette dématérialisation caractéristique de l'information économique influencera nécessairement le ou les fondements par lesquels en assurer la protection. En réalité, deux permettent d'expliquer et d'éclairer le lien unissant cette dernière à celui qui en a la garde. La propriété s'impose d'emblée naturellement comme un fondement légitime en tant que droit régulant les rapports entre les personnes et les biens.

La propriété a l'avantage d'être riche, dans la mesure où elle connaît des adaptations spécifiques à certains biens immatériels, dans le cadre de la propriété intellectuelle. L'information économique étant un bien et même, comme nous l'avons vu⁵⁹⁴, un bien intellectuel, le recours à la propriété paraît d'autant plus s'imposer, à condition qu'elle entre dans le cadre des définitions des concepts juridiques pertinents proposés par la matière.

Mais la notion d'information économique déborde largement le cadre de la propriété intellectuelle. Qu'en est-il des cas où les informations ont véritablement une valeur économique, mais n'entrent pas dans les définitions établies de la propriété intellectuelle et ses annexes ? Par extension de la propriété intellectuelle, pourrait-on appliquer le droit de propriété classique à la catégorie générale et englobante des informations économiques ? La tentation est grande, dans la mesure où la propriété est un modèle du genre quand il s'agit de se réserver une valeur. Mais ce droit pourrait-il suffire à assurer la protection de l'information économique ? Ou bien doit-on au contraire privilégier le contrôle exercé sur celle-ci ?

176. Double aspect de l'information économique. Les informations économiques, en tant que vecteur de l'activité productive⁵⁹⁵, présentent la singularité d'être intimement liées à cette activité et donc à la personne qui l'exploite. On le voit très bien dans le cadre de la propriété intellectuelle, où le lien entre le bien créé et son créateur justifie la mise en place d'un régime spécifique. Ce lien intellectuel se retrouve dans le contexte des informations économiques, par le biais de la propriété intellectuelle bien évidemment, et avec la structure qui

⁵⁹⁴ *Supra*, n°85 et suiv.

⁵⁹⁵ Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2013, p. 242.

la crée surtout. Les relations avec des fournisseurs ou des clients constituent également une dimension plus personnelle, qui laisse penser que l'information économique ne se conçoit pas totalement en dehors de tout rapport personnel, sur la base de la seule rationalité économique. Bien sûr, la tentation est grande de concevoir l'information économique de manière objective, en la considérant, à la suite d'une grande partie de la doctrine civiliste, comme un objet de propriété classique, celle traditionnellement réservée aux biens corporels. Ce n'est toutefois pas le fondement que nous avons retenu ici (chapitre 1). Il nous semble nécessaire d'éclairer cette dimension personnaliste qui sous-tend l'information économique et justifie de ne pas la traiter comme un bien parmi les autres⁵⁹⁶. Étant conscient de la singularité de cette notion, nous avons préféré insister sur cet aspect, en faisant de l'information économique un élément relevant de la vie interne à l'entreprise, couverte sous le sceau de la confidentialité. Cette conception a aussi l'avantage d'éclairer sous un autre angle les obligations du lanceur d'alerte à l'égard de l'information économique, en mettant en lumière les obligations à la confidentialité qui pèsent sur lui et contribueront à freiner sa prise de parole (chapitre 2).

En effet, lorsque le lanceur d'alerte décide de passer outre ses obligations au secret pour la rendre publique, il le fait grâce à la liberté d'expression dont il dispose. Il le fait aussi sur des bases éthiques, parce que sa conscience le lui dicte. Il s'agit pour lui de mettre ses actions en conformité avec ses convictions, ce qui peut relever d'une protection fondamentale. Puis, naturellement, le fait de s'exprimer publiquement relève incontestablement de la liberté d'expression. Dans ce contexte, l'information économique est l'objet de cette dernière.

Le conflit est alors redessiné, autour de deux droits fondamentaux, dans une configuration très classique et, somme toute, bien maîtrisée en droit : une forme de droit à la vie privée adaptée aux êtres moraux et les libertés de l'esprit, dont il restera alors à expliciter les enjeux au regard de l'alerte elle-même (chapitre 3).

⁵⁹⁶ *Id.*

Chapitre I

L'exclusion de la propriété comme fondement de la protection de l'information économique

« Il n'est point de secrets que le temps ne révèle. »
Jean Racine

177. Présentation. Parmi l'ensemble des droits que l'on peut acquérir sur une chose, la propriété demeure de première importance. Droit le plus complet⁵⁹⁷, il consacre la possibilité de réserver une chose à un certain nombre de personnes, seules maîtres de celle-ci. Selon le *Code civil* français, « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »⁵⁹⁸. Le *Code civil du Québec* retient une définition similaire du droit de propriété⁵⁹⁹. En effet, sur cette question, la réforme de ce code en 1991⁶⁰⁰ n'a pas fondamentalement modifié l'essence du droit applicable⁶⁰¹. Le code québécois reste donc fidèle à son homologue français, dont il s'est inspiré et qui reste sa source principale⁶⁰², tous deux ayant la même origine et donc des conceptions très proches de ce que sont les biens et la propriété⁶⁰³. Cela simplifiera d'autant plus l'analyse et la comparaison des deux droits, dont les divergences restent encore aujourd'hui marginales. « L'influence du Code civil français demeure aujourd'hui, bien que moins apparente et moins importante. »⁶⁰⁴

178. Valeur constitutionnelle. Le recours au droit de propriété pour protéger l'information économique semble en réalité tomber sous le sens : outre la puissance de cet outil,

⁵⁹⁷ Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, *Droit des biens*, 7e éd., coll. Droit civil, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, n°432 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, 2e éd., coll. Le manuel de l'étudiant, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 83.

⁵⁹⁸ Art. 544 C. civ.

⁵⁹⁹ Art. 947 C.c.Q. : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. »

⁶⁰⁰ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

⁶⁰¹ Les modifications de l'organisation du Code civil de Québec relativement aux biens et à la propriété ont été importantes (PUBLICATIONS DACFO, *Code civil du Québec, commentaires du ministre de la justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, Montréal, Publications DACFO, 1993, p. 305.). Il a également été ajouté des notions qui en étaient absentes, telles que « capital » et « revenu » (art. 908 C.c.Q.) mais cela ne modifie pas fondamentalement la conception que l'on s'y fait des biens et de la propriété. Dans le même sens : S. NORMAND, « Les Nouveaux Biens », préc., note 422, 180.

⁶⁰² Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabrielle JOBIN, « Le code civil français et les codes civils québécois », dans *Le code civil 1804-2004 : le livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz ; Litec, 2004, p. 629, aux p.629 et 640.

⁶⁰³ Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, « La notion de biens », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Etudes portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 127, à la p. 138.

⁶⁰⁴ J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, préc., note 602, à la p. 638.

il s'agit d'un droit fondamental, protégé par certains textes internationaux⁶⁰⁵ et constitutionnels. En France, la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 prévoit que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé »⁶⁰⁶. Intégrée au bloc de constitutionnalité par sa mention dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, cette déclaration de droits a sans aucun doute valeur constitutionnelle⁶⁰⁷ et, par voie de conséquence, le droit de propriété également⁶⁰⁸.

179. Charte québécoise. Au Canada, selon les règles du partage des compétences, ce sont les provinces qui ont compétence exclusive pour légiférer en matière de propriété⁶⁰⁹. À ce titre, le Québec s'est également doté d'une déclaration de droits, la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶¹⁰. Cette dernière protège le droit de propriété : « Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi. »⁶¹¹. Étant une loi émanant du Parlement québécois, la Charte québécoise ne peut évidemment pas aspirer à avoir valeur constitutionnelle. Elle joue toutefois un rôle important au sein de la province du Québec, où elle se situe au sommet de la hiérarchie des sources provinciales⁶¹². Ainsi, la Charte québécoise dispose d'une valeur supra-législative pour une grande partie des droits fondamentaux qui y sont énoncés, ce qui ressort de son article 52⁶¹³. Le droit de propriété en faisant partie, ce dernier a valeur quasi constitutionnelle.

⁶⁰⁵ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G., 5^e sess., suppl. n°13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948), art. 17 ; *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n°5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953) [ci-après « Conv. EDH »], Protocole n°1, 20 mars 1952, S.T.E. n°9, art. 1^{er} ; *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, J.O.C.E. 18 décembre 2000, C 364/1 (ci-après « CDFUE »), art. 17.

⁶⁰⁶ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (ci-après « DDHC »), art. 2.

⁶⁰⁷ Cons. Const., 16 juillet 1971, n°71-44, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. Cons. const., p. 29. En faisant directement référence au préambule de la Constitution de 1958 dans son visa, le Conseil constitutionnel reconnaît solennellement que ce dernier est inclus dans le contrôle de constitutionnalité des lois auquel il se livre. Le préambule et surtout l'ensemble des textes auxquels il y est fait référence ont désormais valeur constitutionnelle. Il n'y a depuis plus de doute que la DDHC, expressément mentionnée dans ce préambule a acquis cette valeur : Michel VERPEAUX, Pierre DE MONTALIVET, Agnès ROBLOT-TROIZIER et Ariane VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*, 1^{re} éd., coll. Thémis. Droit, Paris, PUF, 2010, p. 239; Michel VERPEAUX, *Droit constitutionnel français*, 2^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 503; Ferdinand MELIN-SOUCRAMANEN et Pierre PACTET, *Droit constitutionnel*, 36^e éd., coll. Université, Paris, Sirey, 2018, n°1558. Plus précisément concernant la DDHC : Cons. Const., 27 décembre 1973, n°73-51, *Loi de finances pour 1974*, Rec. Cons. const., p. 25, cons. 2.

⁶⁰⁸ Cons. Const., 16 janvier 1981, n°81-132, *Loi de nationalisation*, Rec. Cons. const., p. 18, cons. 16.

⁶⁰⁹ Art. 92(13) de la Loi constitutionnelle.

⁶¹⁰ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (ci-après « Charte québécoise »).

⁶¹¹ *Id.*, art. 6.

⁶¹² *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 20. Voir également Nicole DUPLE, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 7^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 504.

⁶¹³ Art. 52 de la Charte québécoise : « Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. »

180. Déclaration canadienne des droits. Au niveau fédéral, le droit de propriété apparaît à proprement parler dans la *Déclaration canadienne des droits*⁶¹⁴. Celle-ci signale bien le droit à la « jouissance de ses biens »⁶¹⁵, ce qui constitue la base d'une reconnaissance du droit de propriété⁶¹⁶. Néanmoins, cette Déclaration n'a que valeur « quasi constitutionnelle »⁶¹⁷. Elle n'est pas formellement enchâssée dans la Constitution canadienne, puisqu'elle a été adoptée selon le processus législatif des lois ordinaires. Le législateur a simplement veillé à garantir que « toute loi du Canada, (...) s'[interprète] et s'[applique] de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés »⁶¹⁸, à moins qu'elle ne précise le contraire expressément. Ainsi, toutes les lois fédérales doivent être conformes aux dispositions de ce texte, depuis son entrée en vigueur, sans quoi elles seront déclarées inopérantes. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une valeur constitutionnelle, mais plutôt d'une valeur supralégislative.

181. Charte canadienne des droits et libertés. C'est surtout vers la *Charte canadienne des droits et libertés*⁶¹⁹ qu'il faut se tourner au niveau fédéral, pour trouver un outil puissant de protection des droits fondamentaux. Adoptée en 1982, celle-ci ne consacre cependant pas le droit de propriété parmi les droits fondamentaux qu'elle proclame. On a bien tenté de le découvrir implicitement à travers la protection contre les fouilles et perquisitions⁶²⁰, mais la Cour suprême a jugé que cet article de la Charte allait au-delà de la protection de la propriété, et concernait davantage la protection de la vie privée⁶²¹. De même, les juges ont refusé de reconnaître le droit de propriété à travers l'article 7 de la Charte canadienne, protégeant la vie, la liberté et la sécurité⁶²². Le droit de propriété ne bénéficie donc d'aucune protection constitutionnelle à proprement parler, même s'il constitue certainement un principe

⁶¹⁴ *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, c. 44 (également dans L.R.C. 1985, App. III).

⁶¹⁵ *Id.*, art. 1a). La version anglaise est plus explicite, puisqu'elle parle de « enjoyment of property ».

⁶¹⁶ La jurisprudence a pu l'admettre, même si elle y apporte des limites strictes, en conformité avec le texte même de la Déclaration : il n'est possible de priver un individu de ce droit « que par l'application régulière de la loi » (*Déclaration canadienne des droits*, préc., note 614, art. 1a). Par exemple : *R. v. Simmermon*, 1996 ABCA 33.

⁶¹⁷ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, par. 85.

⁶¹⁸ *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 614, art. 2.

⁶¹⁹ *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (R.-U.) (ci-après « Charte canadienne »).

⁶²⁰ *Id.*, art. 8. C'était dans la tradition anglaise de *common law* que l'on avait fait le lien entre la protection contre les fouilles et saisies et la jouissance des biens : *Entick v. Carrington*, (1765) 19 St. Tr. 1029, p. 1066.

⁶²¹ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 158 : « le texte de l'article ne le limite aucunement à la protection des biens ni ne l'associe au droit applicable en matière d'intrusion. Il garantit un droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. » ; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, 426 : « en fait, il se peut que percevoir ces droits [relatifs à la vie privée] dont nous avons hérités comme visant essentiellement à protéger la propriété revienne à confondre les moyens et les fins. »

⁶²² *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, 763 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1003 ; Robert J. SHARPE et Kent ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, 6e éd., coll. Essentials of Canadian law, Toronto, ON, Irwin Law, 2017, p. 288 et 289.

fondamental ayant une valeur supra-législative et un droit reconnu par la *common law*⁶²³. Cela ne remet pas en cause son importance, mais joue très certainement un rôle dans le contrôle de constitutionnalité des lois et éventuellement dans le règlement des conflits pouvant exister entre droits fondamentaux.

182. Asymétrie de la protection. On constate qu'il y a une asymétrie dans la protection accordée au droit de propriété en France et au Canada. Bien sûr, cela peut s'expliquer pour des raisons historiques et en particulier par la précocité de la déclaration de droits française⁶²⁴, à un moment où, dans la tradition de *common law*, la protection des droits fondamentaux relevait de l'analyse des juges. La différence des traditions juridiques peut aussi expliquer pourquoi le droit de propriété n'est pas uniformément traité comme un droit fondamental. Au Canada, il semble que la *common law* ait tendance à le considérer davantage comme un droit économique que comme un droit civil⁶²⁵, ce qui peut expliquer son absence de protection à l'échelon constitutionnel. Cela aura toutefois peu d'impact en ce qui nous concerne : non seulement notre étude s'ancre dans l'analyse du droit civil québécois relatif au droit de propriété, où ce dernier bénéficie du soutien de la Charte québécoise mais, surtout, ce droit ne constitue pas, selon nous, le fondement le plus adéquat pour assurer la protection des informations économiques⁶²⁶.

183. Dématérialisation des biens. Le principal problème autour du droit de propriété concerne son évolution contemporaine. Le concept de propriété n'est pas resté figé dans le temps, pas plus que celui de bien, intimement lié au droit qui en permet la réservation. Les réflexions doctrinales actuelles sur ces deux notions sont intimement liées à l'évolution des sociétés occidentales, qui connaissent une dématérialisation⁶²⁷ accrue. Cette dernière va de

⁶²³ N. DUPLE, préc., note 612, p. 500.

⁶²⁴ Ceci se confirme lorsqu'on se penche sur la Déclaration des Droits étatsunienne, dont le quatrième amendement mentionne explicitement la protection des biens (U.S. CONST. amend. IV). L'accès à la propriété était très certainement une des revendications essentielles dans le contexte de la Révolution française et de l'indépendance américaine. Particulièrement en France, la reconnaissance du droit de propriété représentait surtout un symbole de rupture avec la société féodale où la propriété exclusive était quasi-inexistante (Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 8e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2018, n°202; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 269-270; Frédéric ZENATI, « L'immatériel et les choses », (1999) 43 *Arch. phil. dr.* 79, 85; Frédéric ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, Lyon, Université Jean Moulin, 1981, p. 74 et 75.) et toujours en faveur de la noblesse et de l'Eglise. Les biens de ces derniers ont été nationalisés, pour permettre au plus grand nombre d'accéder à la propriété, dans un souci d'égalité (Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 2, coll. Quadrige manuels, PUF, 2017, p. 1646.). C'est la Révolution française qui a véritablement imposé l'idée de propriété individuelle (J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 273).

⁶²⁵ En ce sens voir Frédéric SUDRE, Laure MILANO et Hélène SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14e éd., coll. Droit fondamental. Classiques, Paris, Puf, 2019, n°579, p. 873.

⁶²⁶ La valeur de la protection accordée à la propriété aurait pu jouer un rôle crucial en cas de conflit avec un autre droit fondamental. Mais en repoussant le droit de propriété, la question de l'importance de la protection qui lui est reconnue n'a plus véritablement besoin d'être soulevée.

⁶²⁷ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 225; S. NORMAND, « Les Nouveaux Biens », préc., note 422, 179.

concert avec une « patrimonialisation de la société contemporaine »⁶²⁸ : de plus en plus de biens sont susceptibles de se monnayer, de s'échanger sur un marché⁶²⁹, au point que l'on cherche désormais plutôt les limites du concept de bien⁶³⁰. Le critère d'identification des biens se trouverait désormais dans leur valeur économique⁶³¹, qui connaît sa consécration en droit civil et en droit pénal. L'information économique semble pouvoir se glisser à l'intérieur de cette approche renouvelée des biens, alors que l'on a mis en évidence l'importance de sa valeur justement.

184. Difficultés théoriques et pratiques. Toutefois, il n'est pas certain que l'information économique épouse aussi bien les contours du droit de propriété, même dans sa compréhension la plus moderne et la plus adaptée à la dématérialisation. L'information économique reste avant tout un type d'information spécifique et en conserve tous les attributs. Ces derniers ne semblent pas permettre une adaptation parfaite à ce droit. La puissance et l'immutabilité de la propriété se heurtent au destin particulier de toutes les informations, à savoir circuler et être partagées. Il reste que reconnaître la propriété de l'information économique pourrait représenter un obstacle important à son usage, sa manipulation, particulièrement par les lanceurs d'alerte. Comment concilier la puissance du droit reconnu au propriétaire sans diminuer la légitimité des motivations qui les animent, au nom de la défense de l'intérêt général ?

185. Costume mal taillé. Il ne s'agit donc pas de contester que l'information économique est susceptible d'appropriation, mais plus simplement de démontrer qu'il ne s'agit peut-être pas du fondement juridique le plus adapté pour assurer sa réservation. On peut dire que la propriété s'apparente plutôt à un costume mal taillé⁶³² pour cet objet qu'est l'information, même celle à valeur économique. Cela se constate du point de vue civil, dans les réflexions théoriques les plus récentes relatives à la notion de bien (1), mais aussi dans l'évolution de la jurisprudence pénale relative aux infractions contre les biens, qui protègent justement ces

⁶²⁸ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 225 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624.

⁶²⁹ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 234.

⁶³⁰ *Id.*, p. 229. Un auteur aborde cette question en partant de ce constat, selon lequel aujourd'hui il n'existe pas véritablement de limites à ce que l'on peut acheter ou vendre : la logique de l'économie de marché a transformé la relation de chacun aux biens. Il propose ainsi de reprendre le questionnement éthique qui accompagne la patrimonialisation de toute chose : est-ce que la création d'un marché pour l'échange de tel bien sert l'intérêt général ? Est-ce que l'on souhaite véritablement vivre dans une société uniquement gouvernée par l'offre et la demande, par la logique de l'économie de marché ? Voir Michael J. SANDEL, *What money can't buy: the moral limits of markets*, 1er éd., New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

⁶³¹ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 223 ; Marc MIGNOT, « La notion de bien : contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », (2006) 4 *RRJ* 1805 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 92.

⁶³² Dans le même sens d'une inadaptation de la propriété classique à l'information : R. OLLARD, préc., note 241, n°379.

derniers contre les atteintes les plus dommageables au droit de propriété. Ceci ne signifie pas qu'il est impossible d'appliquer des infractions relatives aux biens à l'action du lanceur d'alerte. Simplement, on ne peut se contenter d'un tel fondement pour prendre la mesure de son action et de l'atteinte qu'il porte à l'information économique (2).

1 L'adaptation imparfaite de l'information économique à la notion civile de bien

186. Nouveau contexte. Le droit des biens, droit « des richesses servant à l'usage de l'homme »⁶³³ est en pleine reconsidération de ce qui constitue son objet. La propriété n'a plus vocation à protéger uniquement les biens immeubles, source de richesse prépondérante au XIX^{ème} siècle⁶³⁴, et les biens matériels⁶³⁵. L'avènement de la société industrielle a fait apparaître de nouvelles richesses⁶³⁶, et il revenait au droit de s'en préoccuper⁶³⁷, étant donné la valeur importante que ces derniers ont acquise. Le droit n'a pas d'autre choix que de se couler dans le contexte de la dématérialisation, au détriment des conceptions théoriques ayant animé les rédacteurs du *Code civil* français, et du *Code civil du Bas-Canada*⁶³⁸.

Bien sûr, ces évolutions obligent à admettre que l'immatérialité est une réalité des biens autorisant l'information à entrer dans ce cadre juridique (1.1). Mais l'étude de la pratique et de la jurisprudence semble contredire ces affirmations théoriques et doctrinales, repoussant finalement l'information économique hors de la notion de bien (1.2).

1.1 L'adaptabilité théorique de l'information économique au concept de bien

187. Nouveaux critères des biens. Le nouveau contexte dans lequel s'épanouissent les biens a renouvelé l'intérêt de la doctrine pour ce concept. De nombreuses réflexions convergent vers l'identification de nouveaux critères définissant les biens. Deux ressortent principalement de l'étude de la doctrine, qui semble assez unanime pour les adopter cumulativement. D'abord, sera un bien tout objet ayant pour essence une valeur (1.1.1.). À ce critère objectif s'ajoute la nécessité qu'il soit susceptible d'appropriation par une personne (1.1.2.).

⁶³³ P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, n°5.

⁶³⁴ Rémy LIBCHABER, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Biens*, n°1 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 237 et 238..

⁶³⁵ G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal*, préc., note 588, n°3, p. 2.

⁶³⁶ Gaële GIDROL-MISTRAL, « Les biens immatériels en quête d'identité », (2016) 46-1 *R.D.U.S.* 67, 69 ; R. LIBCHABER, *Biens*, *id.* ; Jean-Marc MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277, à la p. 280 ; S. NORMAND, « Les Nouveaux Biens », préc., note 422 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 221.

⁶³⁷ François TERRE, Philippe SIMLER et Alex WEILL, *Droit civil : les biens*, 10^e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2018, n°1.

⁶³⁸ *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, S.P.C. 1865, c. 41.

1.1.1 La valeur, essence de la conception des biens

188. Chose et valeur. Aujourd'hui, on ne peut plus se contenter de dire qu'un bien est l'équivalent d'une chose, l'un évoluant dans le monde du droit, l'autre dans le monde factuel (1.1.1.1). Cette vision n'est plus d'actualité. La majorité de la doctrine reconnaît sans difficulté que la notion de bien se construit de manière autonome, en faisant reposer celle-ci sur l'idée de valeur (1.1.1.2).

1.1.1.1 Caducité de l'assimilation bien et chose

189. Définition désuète. Ni le Code civil français ni le Code civil du Québec ne définissent la notion de bien. Traditionnellement, il s'agit de « toute chose matérielle susceptible d'appropriation »⁶³⁹. Cette définition est d'un grand classicisme, quoique désuète. Elle assimile le bien à la chose, c'est-à-dire un objet matériel⁶⁴⁰, à ce qui peut se percevoir par les sens⁶⁴¹, « tout ce qui existe dans la nature »⁶⁴². Les choses existent dans la réalité matérielle⁶⁴³, et si l'on peut les percevoir par les sens, c'est qu'elles doivent avoir une certaine corporalité, une manifestation physique.

190. L'information n'est pas une chose. Dans cette perspective, on ne peut évidemment concevoir que l'information soit une chose. L'information détachée de tout support ne prend forme que dans l'esprit de celui qui la reçoit et la comprend, par un procédé de pure création, ou d'observation du monde extérieur. On ne peut voir, toucher, ou écouter une information que parce qu'elle est transportée sur un support qui la rend compréhensible. Cet effort de matérialisation n'en fait pas une chose pour autant, car il faut toujours la distinguer du support sur lequel elle se trouve. C'est en réalité la même chose avec les créations intellectuelles telle les inventions : elles ne font que s'incarner dans la transposition matérielle de leur contenu significatif. Ainsi, l'information, tout comme l'invention, sont des abstractions pures, qui ne produisent aucun effet sur le monde réel. Elles ne se comprennent que sur le plan intellectuel.

⁶³⁹ G. CORNU, préc., note 31, p. 127, °*Bien*. Dans le même sens, M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 603, à la p. 128 ; PUBLICATIONS DACFO, préc., note 601, p. 306.

⁶⁴⁰ G. CORNU, préc., note 31, p. 173 ; H. REID et S. REID, préc., note 349, p. 102 ; R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n°5.

⁶⁴¹ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °*Chose* (consulté le 30 janvier 2019). Voir aussi J. CARBONNIER, préc., note 624, p. 1595, qui rappelle que la vision la plus classique des biens en fait « le décalque des choses (...) le reflet du monde physique » ; P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, n°9.

⁶⁴² Gérard MEMETEAU, *Droit des biens*, 11e éd., coll. Paradigme, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 8.

⁶⁴³ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 624, n°4.

191. Évolution de la notion de bien. Si l'on s'en tient à cette vision classique où l'on considère « les biens comme les choses vues sous l'angle du droit »⁶⁴⁴, il est certain que l'information économique ne peut pas plus être un bien qu'elle n'est une chose. Néanmoins, cette vision est dépassée, car une grande part des entités qui font l'objet d'une appropriation aujourd'hui n'ont pas « de corps susceptible de tomber sous nos sens, ne peuvent être comprises que par l'intelligence et (...) par un travail de l'esprit »⁶⁴⁵ : les biens sont aussi immatériels, voire incorporels⁶⁴⁶. Le droit a atteint un certain degré d'abstraction, qui permet l'appropriation de concepts que l'on n'aurait pas imaginés entrer dans le monde des biens il y a encore un siècle : la clientèle⁶⁴⁷, le nom⁶⁴⁸ ou l'image⁶⁴⁹ d'une personne, des œuvres d'art virtuelle et même le temps⁶⁵⁰, font l'objet d'échanges monétaires, d'une patrimonialisation qui tend à les réifier. Il est admis comme une évidence que les biens susceptibles d'appropriation ne sont plus seulement ceux qui ont une matière. La coïncidence entre les biens et les choses est donc loin

⁶⁴⁴ PUBLICATIONS DACFO, préc., note 601, p. 306. Dans le même sens : J. CARBONNIER, préc., note 624, p. 1595 : « les biens sont le décalque des choses ».

⁶⁴⁵ *Régie intermunicipale de l'est de Portneuf c. Tremblay*, [1982] R.P. 321, 323 (C.S.).

⁶⁴⁶ L'immatériel renvoie au monde de ce qui ne peut être saisi, et comprend à la fois les notions de virtuel et d'incorporel (R. OLLARD, préc., note 241, n°297, p.185. ; Stéphane DETRAZ, Romain OLLARD et Jean-Christophe SAINT-PAU, « Contre l'incrimination du vol d'information », dans Valérie MALABAT, Bertrand DE LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009, p. 97, aux p. 105 et 106). Nous utiliserons indifféremment l'une ou l'autre qualification.

⁶⁴⁷ Civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, *Bull. civ. I*, n°283 ; Crim., 16 novembre 2011, *Bull. crim.*, n°233 ; *Valiquette c. Valiquette*, [2003] J.Q. n°9010, par. 21 (C.S.) ; *Mirarchi c. Lussier*, 2007 QCCA 284, par. 48 ; *Théberge c. Lévesque*, 2007 QCCA 898, par. 48 et 49.

⁶⁴⁸ Com. 12 mars 1985, *Bordas*, *Bull. civ. IV*, n°95 ; *Deschamps v. Automobiles Renault Canada Ltée*, [1972] Q.J. No. 9, par. 25 (C.S.) ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 6, p. 20 ; Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2014, n°86.

⁶⁴⁹ Civ. 1^{re}, 11 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n°282 ; Civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, *Bull. civ. I*, n°196 ; *Aubry c. Editions Vice-Versa*, [1998] 1 R.C.S. 591, 605. Sur la patrimonialisation du nom ou de l'image : Jean-Christophe SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (DIR.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, p. 673, n°1149, p. 711.

⁶⁵⁰ M. J. SANDEL, préc., note 630, p. 17 et suiv. L'auteur rappelle certaines pratiques étatsuniennes, consistant à payer des personnes pour faire la queue à leur place, acheter des coupe-files ou bien payer des services d'accès plus rapide aux médecins. L'auteur pose alors la question de la façon dont la patrimonialisation de ces activités les dénature, détourne leur objectif premier, et crée des inégalités ; voir particulièrement p. 33 à 35.

d'être entière⁶⁵¹, faisant du bien une notion plus large que celle de chose⁶⁵². Cette redécouverte, plutôt qu'évolution⁶⁵³, du concept de bien permet d'y intégrer l'information économique⁶⁵⁴.

192. Influence économique. Par ailleurs, si la dématérialisation des biens n'est pas si nouvelle, elle atteint son paroxysme grâce à l'économie capitaliste. En désolidarisant le droit des biens de ses considérations purement éthiques, cette dernière a contribué à décorseter le cadre traditionnel des biens pour y admettre d'autres entités que l'on n'avait certainement pas anticipées au moment de la rédaction des codes français et québécois⁶⁵⁵. La production de valeur, est devenue un impératif économique qui modifie les composantes de la richesse. Le développement de la propriété intellectuelle et industrielle en est l'exemple : on a créé des cadres juridiques spécifiques pour réguler l'appropriation de ces richesses intellectuelles, assurer à leur créateur la réservation nécessaire pour qu'ils en retirent tous les bénéfices. La richesse ne puise pas sa source dans la matérialité. L'information est aussi devenue un important objet de convoitise, qui donne naissance à des pratiques légales, comme la concurrence ou l'achat d'informations, mais également illégales, comme l'espionnage industriel, qui arrache la connaissance de l'information contre la volonté de celui qui en la garde. Dans tous les cas, l'information économique est désirée, valorisée, patrimonialisée, et ne laisse plus personne indifférent.

193. Glissement vers le critère de la valeur. Quoi qu'il en soit, ce mouvement de dématérialisation indique que le critère d'identification du bien n'est plus la maîtrise matérielle de la chose. Désormais, serait un bien toute chose, matérielle ou immatérielle, ayant une valeur. Comme celle-ci est l'une des conditions d'identification de l'information économique⁶⁵⁶, cette dernière serait alors éligible au statut de bien. Reste à savoir à quoi renvoie cette valeur et si elle est compatible avec celle de l'information économique.

⁶⁵¹ J. CARBONNIER, préc., note 624, p. 1595.

⁶⁵² G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 73.

⁶⁵³ La réinterprétation moderne du droit romain a permis de constater que ce dernier admettait déjà des biens immatériels, en particulier les droits sur les choses, qui étaient les véritables objets de l'appropriation exclusive par une personne : F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 85; Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993.305, 308; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, n° 142 et suiv. Le droit romain s'intéressait aux rapports des individus aux choses (F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 85), au-delà de la seule question de la maîtrise matérielle de ces dernières (F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, n°148). L'histoire du droit des biens donnerait ainsi des arguments pour vaincre les dernières réticences à l'acceptation de la dématérialisation des biens (G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal*, préc., note 588, n°5, p. 3). Dans le même sens d'une définition « revisitée » : P. DEVESA, préc., note 509, à la p. 143.

⁶⁵⁴ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 597, p. 57.

⁶⁵⁵ *Acte concernant le Code civil du Bas Canada*, préc., note 638.

⁶⁵⁶ *Supra*, n°173.

1.1.1.2 Le critère de la valeur des biens

194. Approche économique de la valeur. L'économie capitaliste est essentiellement basée sur le marché⁶⁵⁷ et se dit amoral⁶⁵⁸. Le marché est basé sur l'échange, c'est-à-dire la rencontre de l'offre et de la demande⁶⁵⁹. Cette rencontre doit en principe permettre de maximiser l'utilité de l'action ou du choix : les échanges doivent être bénéfiques à toutes les parties concernées⁶⁶⁰. Dans tous les cas, le moment où se rencontrent l'offre et la demande permet de déterminer la valeur attribuée au « bien » économique concerné, à travers le prix qu'on est prêt à payer pour ce dernier. Le marché est donc devenu le principal critère de détermination de la valeur des choses à travers leur prix⁶⁶¹. Dans le cadre de l'analyse économique, il n'y a pas d'objection théorique ou éthique à la monétarisation de certains biens qui échappaient auparavant à l'emprise du marché⁶⁶², tant que chacun en retire un bénéfice, une utilité⁶⁶³. Ce qui compte c'est que l'offre trouve une demande prête à payer un prix pour accéder aux biens⁶⁶⁴. Par la combinaison de l'amoralité des marchés et de la référence systématique à la valeur, tout devrait être évaluable et tout doit pouvoir trouver un équivalent sur le marché, y compris, et peut-être même surtout, ce qui n'avait pas d'équivalent auparavant.

195. Intégration de la valeur en droit. Cette vision s'est infiltrée en droit⁶⁶⁵. Une grande partie des auteurs reconnaissent aujourd'hui que le bien au sens juridique est une chose dotée d'une valeur⁶⁶⁶. C'est cette conception qui permettrait de réconcilier le concept de bien

⁶⁵⁷ Dominique PLIHON, « CAPITALISME (NOTION DE) », *Encyclopedia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com.docelec.u-bordeaux.fr/encyclopedie/capitalisme-notion-de/>> (consulté le 19 février 2019).

⁶⁵⁸ M. J. SANDEL, préc., note 630, p. 47.

⁶⁵⁹ Bernard GUERRIEN, « MARCHE, économie », *Encyclopedia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com.docelec.u-bordeaux.fr/encyclopedie/marche-economie/>> (consulté le 19 février 2019) ; Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2. éd, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2008, n°294 et 305 ; M. MIGNOT, préc., note 631, n°16.

⁶⁶⁰ B. GUERRIEN, *id.*

⁶⁶¹ M. MIGNOT, préc., note 631, n°16.

⁶⁶² F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 80.

⁶⁶³ M. J. SANDEL, préc., note 630, p. 29.

⁶⁶⁴ *Id.*, p. 48. : « The price system allocates goods according to people's preferences ; it does not asses those preferences as worthy or admirable or appropriate to the circumstances ».

⁶⁶⁵ Les commentaires du Ministre de la Justice relativement à la réforme du Code civil du Québec sont, à ce titre, éloquents : la notion de bien se concevrait « à l'occasion dans son sens économique de chose matérielle procurant une utilité » (nos soulignements) : PUBLICATIONS DACFO, préc., note 601, p. 306.

⁶⁶⁶ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 87 et suiv. ; Daniel GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », (1999) 43 *Arch. phil. dr.* 65, 68 ; M. MIGNOT, préc., note 631, n°6 ; R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n°4 ; J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », préc., note 636, à la p. 279 ; S. NORMAND, « Les Nouveaux Biens », préc., note 422, 179 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 597, p. 51 et suiv. ; Alain PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle. Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, Montchrestien, 1986, p. 55, à la p. 56 ; Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ, « L'acception européenne du "bien" en mal de définition », *D.* 2010.2024, 2025 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 223 ; René SAVATIER,

avec l'émergence de l'incorporel dans le monde de l'appropriation. Il semble que c'est davantage à partir du constat réaliste de la croissance de l'appropriation de l'immatériel qu'on se soit posé la question de reformuler les conceptions séculières que l'on avait des biens et de la propriété. La valeur serait donc le critère d'identification des biens, celui qui permettrait de tous les réunir sous la même enseigne, sans tenir compte des contingences matérielles, qui isolaient autrefois biens intellectuels et biens corporels. À ce titre, le *Code civil du Québec* a déjà pris une certaine avance dans la prise en compte de l'immatériel : l'article 899 édicte que les biens sont « tant corporels qu'incorporels »⁶⁶⁷, ou encore l'article 909 intègre les droits de propriété intellectuelle et industrielle parmi les biens d'une personne morale⁶⁶⁸. Grâce à cette approche du bien comme valeur, on peut sans aucun doute faire entrer l'information économique dans le monde des biens.

196. Définition de la valeur. Mais que faut-il entendre exactement par valeur dans le contexte du droit des biens ? Celle-ci se définit comme « ce qui, en général, est considéré comme bon utile, digne d'estime »⁶⁶⁹, désirable et donc « susceptible d'être vendu et échangé »⁶⁷⁰ par l'intermédiaire d'une somme d'argent. Ce n'est pas la valeur sentimentale ou le prix qui feront d'un objet un bien, mais bien sa valeur économique⁶⁷¹. La valeur indique l'objet d'un désir et d'un intérêt⁶⁷² et explique pourquoi on en veut finalement une appropriation personnelle, exercer une forme de contrôle dessus.

197. Critères de la valeur : utilité de l'information économique. La valeur d'un bien existe en raison de deux qualités : l'utilité et la rareté⁶⁷³. Sera utile un bien qui a la capacité de répondre à la satisfaction d'un besoin⁶⁷⁴, ce qui rapproche peut-être davantage le mot « bien » de ses racines latines⁶⁷⁵.

« Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958.331, 346 ; F. TERRE, P. SIMLER et A. WEILL, préc., note 637, n°30 ; Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, *Les biens*, 3e éd., coll. Collection Droit fondamental Classiques, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, n°2 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 89 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, p. 38.

⁶⁶⁷ Art. 899 C.c.Q.

⁶⁶⁸ Art. 909 C.c.Q.

⁶⁶⁹ G. CORNU, préc., note 31, p. 1062.

⁶⁷⁰ H. REID et S. REID, préc., note 349, p. 638.

⁶⁷¹ M. MIGNOT, préc., note 631, n°6.

⁶⁷² R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n°11 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 223.

⁶⁷³ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », préc., note 636, à la p. 278 ; J. ROCHFELD, préc., note 595 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 666, p. 19.

⁶⁷⁴ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Utilité (consulté le 21 février 2019) ; M. MIGNOT, préc., note 631, n°32 et 33. D'ailleurs, Portalis affirmait déjà que « les choses ne seraient rien pour le législateur sans l'utilité qu'en tirent les hommes », démontrant déjà le caractère central de l'utilité dans l'identification des biens.

⁶⁷⁵ Le mot « bien » vient du latin *bona*, qui renvoyait aux choses bonnes, à tout ce qui procurait une satisfaction, une donnée positive. En ce sens : M. MIGNOT, *id.*, n° 32 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 207-208.

Si l'on souhaite appliquer ce premier critère à l'information économique, celle-ci peut très certainement être considérée comme un objet utile. L'information est le moyen d'accéder au savoir⁶⁷⁶ et à la connaissance⁶⁷⁷ nécessaires au développement de nouvelles technologies, à la prise de décisions stratégiques au sein d'une entreprise, pour connaître l'état d'un marché avant de procéder à un investissement... L'information économique est utile parce qu'elle procure un avantage ou évite une dépense pour celui qui la connaît. Elle représente typiquement la satisfaction d'un besoin, en l'occurrence économique. Cela ne fait que confirmer le fait que l'information économique a une valeur, positive ou négative⁶⁷⁸.

198. Critère de la valeur : rareté. « Mais l'utilité n'est pas tout : si les choses n'étaient pas également rares, limitées en espèces et en nombre, on n'en aurait aucun désir. »⁶⁷⁹ L'utilité ne peut suffire en soi à concevoir les biens et leur appropriation. Il existe bien des choses qui sont utiles, voire essentielles, et qui pourtant échappent à l'appropriation, faute d'être rares. C'est le cas de la lumière, de l'eau et l'air⁶⁸⁰ (en tout cas pour le moment). On persiste, envers et contre tout, à qualifier ces éléments de choses communes⁶⁸¹, les rendant imperméables à la notion de bien. Leur utilité ne saurait donc suffire à en faire des biens appropriables⁶⁸².

Parallèlement, une œuvre d'art est très certainement un bien approprié rare, puisqu'il n'existe en général qu'une seule pièce, ou du moins que quelques-unes. On ne pourrait douter que le *Ciel étoilé* de Vincent Van Gogh est une pièce unique et d'une valeur inestimable. Et pourtant, l'utilité de l'art n'est pas nécessairement évidente pour tous. De même, prendre en compte la seule utilité d'un bien chasserait de cette dénomination souvenirs personnels, échanges épistolaires et autres objets de l'intimité qui ont une grande valeur sentimentale, mais une faible utilité, surtout pour autrui. Et pourtant, on ne saurait nier qu'il s'agisse ici aussi de biens. Cela ne peut s'expliquer que par la rareté, le caractère unique de ces objets et l'attachement qu'ils créent auprès de leur détenteur. Ainsi, la notion de bien ne peut aller sans

⁶⁷⁶ *Supra*, n°12.

⁶⁷⁷ *Supra*, n°10.

⁶⁷⁸ En effet, une information négative qui permet d'éviter une dépense est à ce titre quantifiable économiquement et en argent. *Supra*, n°168.

⁶⁷⁹ R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n°11.

⁶⁸⁰ Dans la limite des cas d'appropriation par occupation pour ces deux derniers, art. 914 C.c.Q ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 624, n°23 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 597, p. 68. C'est le cas de la mise en bouteille de l'eau par exemple, ou de l'air comprimé. Cela reste tout de même des choses communes, car l'appropriation n'est que partielle et n'épuise pas la ressource : Grégoire LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », RTD Civ. 2000.47, 55.

⁶⁸¹ Art. 714 C.civ : « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. » ; art. 913 C.c.Q. : « Certaines choses ne sont pas susceptibles d'appropriation. » Voir également *Morin c. Morin*, [1995] R.D.I. 339, J.E. 95-1148, par. 48 et 49 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 254..

⁶⁸² G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 85.

rareté, caractéristique qui rend ce dernier d'autant plus désirable, avec une tendance à en faire grimper la valeur, à tel point que l'on se demande si ce n'est pas finalement la rareté le critère principal d'un bien⁶⁸³. C'est elle qui justifie la volonté d'appropriation, car la quantité limitée d'un objet crée une concurrence entre les hommes pour l'acquérir en exclusivité⁶⁸⁴.

199. Rareté de l'information. L'immense avantage d'avoir recours au critère de la rareté est de permettre une inclusion totale de l'information économique dans le giron des biens. En effet, la rareté se traduit dans ce contexte sous la forme du secret. La confidentialité limite la propagation de l'information parmi les hommes. Elle demeure dans un espace de connaissance confiné qui, par essence, rend son accessibilité d'autant plus difficile. Moins elle est partagée, plus elle semble rare justement, dans le sens où il en existe peu d'exemplaires⁶⁸⁵. L'information est « peu commun[e], et d'autant plus prisé[e] »⁶⁸⁶. De la même manière que la valeur du bien peut difficilement exister sans rareté, la valeur de l'information économique peut difficilement exister sans secret⁶⁸⁷. Elle répond donc aussi au critère de la rareté et semble définitivement avoir une valeur, tant économique⁶⁸⁸ que juridique.

200. Influence de la CEDH. Cette conception des biens comme étant identifiés par leur valeur, indépendamment de leur consistance matérielle, trouve un écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (ci-après « CEDH »). Outil primordial de mise en œuvre de la Convention du même nom, cette cour a pour but de veiller à ce que les États l'ayant ratifiée assurent le respect des droits et libertés qui y sont proclamés. La convention a un effet direct⁶⁸⁹ sur le droit interne des États membres, ce qui signifie que toute loi et toute disposition infralégislative doit s'y conformer, peu important sa date d'adoption⁶⁹⁰. On ne peut donc négliger l'importance des décisions rendues par la CEDH, chargée de veiller au respect par les États de leurs obligations découlant de la Convention européenne. Elle fait également

⁶⁸³ R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n° 11.

⁶⁸⁴ M. MIGNOT, préc., note 631, n° 35.

⁶⁸⁵ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Rare (consulté le 22 février 2019).

⁶⁸⁶ *Id.*

⁶⁸⁷ *Supra*, n° 112.

⁶⁸⁸ *Supra*, n° 127.

⁶⁸⁹ Louis FAVOREU, Patrick GAÏA, Richard GHEVONTIAN, Ferdinand MÉLIN-SOUCRAMANIAN, Annabelle PENA, Otto PFERSMANN, Joseph PINI, André ROUX, Guy SCOFFONI et Jérôme TREMEAU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7e édition, coll. Précis, Paris, Dalloz, 2015, n° 528; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, Hélène GAUDIN, Jean-Pierre MARGUENAUD, Stéphane RIALS et Frédéric SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, Paris, Quadrige/PUF, 2008, p. 204, °Convention européenne des droits de l'Homme.

⁶⁹⁰ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n° 530 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), préc., note 689, p. 204. Pour la valeur supra-législative des conventions internationales : Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, Bull. ch. mixte, n° 4 ; Cons. d'Etat, 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. Lebon, p. 190. Le statut de la Convention européenne des droits de l'Homme permettra alors d'écarter l'application d'une loi qui est déclarée contraire à l'un des droits qui y est protégé.

office de magistrat interpréteur du texte conventionnel et à ce titre crée une zone d'influence. Souhaitant éviter l'affront moral et financier d'une condamnation prononcée par cette institution, les États vont le plus souvent suivre les recommandations formulées par cette cour ce qui, petit à petit, modifiera les conceptions antérieurement admises en droit interne. L'étude de la jurisprudence de cette cour est donc de la plus haute importance, car le contenu de ses décisions peut amener à de profonds changements législatifs, voire à une évolution des traditions juridiques forgées de longue date.

201. Notion autonome. Avec une certaine audace, la CEDH accompagne le mouvement de dématérialisation des biens. Certes, elle dispose d'un pouvoir d'interprétation sur la notion dans la mesure où elle apparaît à l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne⁶⁹¹. Mais c'est surtout parce qu'elle la conçoit comme une notion autonome⁶⁹² que cette cour s'est dotée d'un pouvoir d'interprétation important à son sujet. Dans ce contexte, « la technique des « notions autonomes » s'analyse comme une méthode de formation d'un droit commun, qui vient pallier l'imprécision des termes conventionnels et l'absence d'homogénéité des droits nationaux. »⁶⁹³ Ces notions permettent donc à la CEDH de développer sa propre analyse d'une notion présente dans la Convention européenne, sans dépendre des conceptions nationales. Cela permet une interprétation à la fois indépendante et uniforme, qui constitue une sorte de droit commun applicable aux États membres. Généralement, l'interprétation retenue par la cour sur une notion autonome « permet de dépasser le sens habituel que le concept en cause revêt en droit national et de conférer à ce concept une signification extensive »⁶⁹⁴.

202. Le bien européen en tant que valeur économique. En le traitant comme une notion autonome, la CEDH a admis sans difficulté qu'un bien pouvait être immatériel⁶⁹⁵. Mais

⁶⁹¹ Conv. EDH, Protocole n°1, art. 1^{er}.

⁶⁹² *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, 23 février 1995, série A n°306-B, par. 53 ; *Öneryildiz c. Turquie* [GC], n°48939/99, 30 novembre 2004, CEDH 2004-XII, par. 124 ; *Depalle c. France* [GC], n°34044/02, 29 mars 2010, CEDH 2010-III, par. 62.

⁶⁹³ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°157, p. 241. Dans le même sens : L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°544 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°320.

⁶⁹⁴ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°157, p. 243. Voir également L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, p. 544 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°320.

⁶⁹⁵ *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas*, préc., note 692, par. 53 : « la notion de « bien » (...) a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété des biens » ; *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., note 692, par. 124. Par exemple, des parts sociales : *Sovtransavto holding c. Ukraine*, n°48553/99, 25 juillet 2002, CEDH 2002-VII, par. 91 ; une occupation du domaine public maritime, même temporaire est considérée comme étant un bien : *Depalle c. France* [GC], préc., note 692, par. 64 ; idem avec une occupation illégale du domaine public : *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., note 692, par. 64 ; les créances (*Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 9 décembre 1994, série A 301-B, par. 59 et 62) notamment de prestation sociale : *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, Recueil 1996-IV, par. 41 ; une créance issue de l'engagement de la responsabilité civile délictuelle : *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, série

l'interprétation très constructive et extensive de la notion ne le conçoit pas seulement en termes d'appropriation, comme on en a plus l'habitude en droit français et québécois. Elle prend la forme d'intérêts. « Ainsi, à l'instar des biens corporels, certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent être considérés comme des « droits de propriété », et donc comme des « biens » »⁶⁹⁶, qui entreront dans le patrimoine d'un individu⁶⁹⁷. Ce ne sont pas nécessairement tous les intérêts qui intègrent la notion de bien, mais bien ceux économiques et substantiels⁶⁹⁸, ce qui a tendance à laisser penser qu'ici encore, la valeur économique prédomine l'identification du bien. L'approche de la CEDH est d'ailleurs assez claire sur le sujet. Dans l'arrêt *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*⁶⁹⁹, la Cour devait se pencher sur la capacité d'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce à intégrer la notion autonome de bien. Il est clair dans cette décision que, pour les juges strasbourgeois, le critère d'identification d'un bien au sens européen dépend de sa valeur économique :

« Avec la chambre, elle reconnaît que de telles demandes [d'enregistrement de marque de commerce] peuvent faire l'objet de multiples opérations juridiques à titre onéreux, telles qu'une vente ou un contrat de licence, et qu'elles possèdent – ou peuvent posséder – une valeur économique importante. (...) [La] Cour souligne que, dans une économie de marché, pareilles valeurs dépendent de multiples éléments : l'on ne peut prétendre d'emblée que toute cession d'une demande d'enregistrement d'une marque de commerce ne représente aucune valeur économique. En l'occurrence, comme la requérante n'a pas manqué de le relever, la marque en cause présentait, de par sa notoriété internationale, une valeur économique certaine. (...) »

L'ensemble de ces éléments donne à penser que la situation juridique de la requérante en tant que demanderesse de l'enregistrement d'une marque de commerce relevait de l'article 1 du Protocole no 1, dans la mesure où elle faisait valoir des intérêts à contenu patrimonial. »⁷⁰⁰

203. Concept unique de bien ? La lecture de ce passage ne laisse planer aucun doute sur l'importance que la CEDH accorde à la valeur économique pour construire sa notion de bien. La Cour s'est engagée dans une analyse purement économique du bien⁷⁰¹, la même que celle qui nous a servi de point de départ à la nouvelle conceptualisation de la notion de bien en

A n°332, par. 31. Ces dernières n'ont pas même besoin d'être certaines, puisqu'une « espérance légitime » suffit pour consacrer un bien, du moment que cela représente une certaine valeur patrimoniale : *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, n°42527/98, 12 juillet 2001, CEDH 2001-VIII, par. 83 ; *Hamer c. Belgique*, n°21861/03, 27 novembre 2007, CEDH 2007-V, par. 75 et 76 ; *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, n°73049/01, 11 janvier 2007, CEDH 2007-I, par. 65.

⁶⁹⁶ *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., note 695, par. 124.

⁶⁹⁷ *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, 26 juin 1986, série A n°101, par. 41.

⁶⁹⁸ *Öneryildiz c. Turquie*, n°48939/99, 18 juin 2002, par. 142 ; M. MIGNOT, préc., note 631, n°13 ; C. QUEZEL-AMBRUNAZ, préc., note 666, 2026 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 226 et 227 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°586, p. 882.

⁶⁹⁹ *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, préc., note 695.

⁷⁰⁰ *Id.*, par. 76 et 78.

⁷⁰¹ R. OLLARD, préc., note 241, n°320.

droit interne français et québécois⁷⁰². On confirme que cette approche est en passe de devenir effectivement le critère central d'identification des biens, laissant présager que l'information économique y aurait également toute sa place. Il se dessine un concept unique de bien, dépendant de l'existence d'une valeur économique, dont l'applicabilité pourrait dépasser le simple cadre des réflexions de la doctrine franco-québécoise. Étonnamment, la mise en perspective de la notion européenne de bien et de celle actuellement en vogue en France et au Québec incite à percevoir une convergence entre les deux, comme si un concept universel de bien pouvait exister, par l'avènement de son approche économique. Il restera toutefois à démontrer que ces perspectives novatrices ont véritablement infiltré les droits internes pour pouvoir parler d'un concept universel transcendant les traditions et cultures juridiques distinctes.

204. L'information économique dans la jurisprudence européenne. Quoi qu'il en soit, l'information économique trouve toute sa place dans la vision européenne du bien. Certaines entités, assimilables à celle-ci, y ont d'ailleurs déjà été intégrées. Ainsi, sont reconnus comme des biens des droits de propriété intellectuelle⁷⁰³ et particulièrement une marque de commerce⁷⁰⁴ ou des brevets⁷⁰⁵, mais encore une licence de débit de boisson⁷⁰⁶ ou la clientèle⁷⁰⁷. Malheureusement, la cour reste silencieuse sur son appréciation de la valeur économique. On sait simplement que son concept de bien est susceptible de représenter un actif du patrimoine⁷⁰⁸. Cela semble confirmer que le bien, même au niveau européen, ne peut se comprendre qu'en lien avec une personne, puisqu'il aurait pour vocation à intégrer un patrimoine, notion intimement liée à la personnalité juridique⁷⁰⁹.

205. Bilan. En conséquence, il ressort de ces nouvelles données que la notion de bien est indissociable de l'homme. L'utilité s'évalue par rapport aux besoins humains, la rareté

⁷⁰² *Supra*, n°148 à 150.

⁷⁰³ *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, préc., note 695, par. 66 à 72.

⁷⁰⁴ *Id.*, par. 76 à 78.

⁷⁰⁵ *Smith Kline et French Laboratories c. Pays-Bas*, n°12633/87, décision de la Commission du 4 octobre 1990, D.R. 66, p.81.

⁷⁰⁶ *Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède*, 7 juillet 1989, série A n°159, particulièrement par. 53.

⁷⁰⁷ *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, préc., note 697, par. 41 ; *Iatridis c. Grèce*, n° 31107/96, 25 mars 1999, CEDH 1999-II, par. 54.

⁷⁰⁸ *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, préc., note 695, par. 78 ; *Öneryildiz c. Turquie* [GC], préc., note 692, par. 124 ; *Depalle c. France* [GC], préc., note 692, par. 62 ; *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, préc., note 695, par. 31 ; *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*, préc., note 695, par. 83 ; *Hamer c. Belgique*, préc., note 695, par. 75 ; *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, préc., note 697, par. 41.

⁷⁰⁹ G. CORNU, préc., note 31, p. 747, ° *Patrimoine* : « ensemble des biens et obligations d'une même personne » ; J. CARBONNIER, préc., note 624, p. 1515 ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 624, n°171 ; P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, p. 23, n°12 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 597, p. 15 et 16 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 341.

dépend des désirs de ceux qui convoitent... Bref, il semble surtout que le bien ne peut exister si l'homme ne le souhaite pas. C'est pourquoi il ne peut suffire de considérer l'utilité et la rareté d'une chose pour en faire un bien. Il faut encore que ce bien entre dans un rapport juridique avec une personne pour pleinement en devenir un, c'est-à-dire établir son appropriabilité.

1.1.2 Le critère de l'appropriabilité des biens

206. Concurrence des pouvoirs sur un bien. La reconnaissance d'un bien identifie l'expression d'un désir pour l'homme, celui de créer un rapport particulier avec l'objet de ce désir. Un bien n'entre dans les rapports juridiques qu'à partir du moment où l'on veut exercer un pouvoir privilégié dessus. Mais l'intérêt du droit n'est véritablement éveillé que lorsque la manifestation de cette maîtrise sur le bien crée des difficultés, c'est-à-dire lorsque plusieurs individus revendiquent d'exercer un pouvoir similaire sur le bien convoité. Dans les cas où un individu seul prétend reconnaître l'intérêt d'un bien et se l'approprier, il n'y a pas de problème particulier, car personne ne lui conteste l'exercice d'un pouvoir exclusif sur le bien⁷¹⁰. Ce n'est pas la situation qui se présente le plus fréquemment. Dans la plupart des cas, la valeur du bien fait naître plusieurs prétentions concurrentes sur un bien, toutes tendant à s'en réserver les bienfaits. C'est à cette occasion que le droit intervient afin d'assurer la régularisation des relations des individus entre eux et en interaction avec le bien objet de leurs désirs. Ainsi, les biens intéressent le droit « en tant qu'ils sont immergés dans les relations juridiques et non en ce qu'ils permettent de satisfaire des besoins individuels »⁷¹¹.

207. L'appropriabilité : un lien juridique. Il ne suffira donc pas de constater la valeur d'une chose pour en faire un bien. Un second critère doit être présent, afin d'établir un rapport privilégié entre une personne et un bien, tout en limitant les pouvoirs d'autrui sur celui-ci. Un bien doit donc être appropriable⁷¹², c'est-à-dire être susceptible de réservation⁷¹³. Ce critère désigne la « reconnaissance d'un lien juridique entre [le bien] et une personne »⁷¹⁴, un « tête-à-tête »⁷¹⁵ qui met à distance les tiers. Il ne peut en aller autrement pour satisfaire le désir lié à la

⁷¹⁰ R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n°12 et 14.

⁷¹¹ *Id.*

⁷¹² G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 82. ; D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 624, n°9 et 10 ; R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n°13 ; P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, p. 21, n°9 ; M. MIGNOT, préc., note 631, n°58 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 666, p. 19. Un autre auteur parle encore de « valeur d'usage externe » : M. MIGNOT, préc., note 631, n°79. La valeur d'usage externe permettrait une exclusivité, et une sécurité dans la jouissance du bien, selon cet auteur.

⁷¹³ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », préc., note 636, à la p. 279 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 228..

⁷¹⁴ *Id.* Dans le même sens : R. LIBCHABER, *Biens*, préc., note 636, n°13, pour qui l'appropriation constitue « l'établissement d'une relation exclusive entre une personne et l'objet de son désir » ; M. MIGNOT, préc., note 631, n°58.

⁷¹⁵ R. LIBCHABER, *id.*

constatation de la valeur d'un bien. Si l'utilité explique que l'on souhaite les contrôler, leur rareté que l'on veuille s'en réserver l'exclusivité, « c'est l'appropriation qui imprime sa qualité aux biens »⁷¹⁶.

208. Qualité intrinsèque des biens. L'appropriabilité est une des qualités intrinsèques des biens. C'est ce qui permet de les distinguer des choses et du monde factuel⁷¹⁷. Pour s'en convaincre, on peut se pencher sur la lecture des codes civils français et québécois relativement à la notion de chose. D'un côté, articles 913 et 914 C.c.Q. précisent qu'il existe « certaines choses [qui] ne sont pas susceptibles d'appropriation »⁷¹⁸ (les *res communis*) et « certaines autres choses qui, parce que sans maître, ne sont pas l'objet d'un droit »⁷¹⁹ (les *res nullius*). Ici, le législateur crée une opposition évidente entre le concept de chose et l'appropriation, celle-ci n'étant pas une qualité naturelle de celle-là. Ce ne sont pas les choses qui sont appropriables, mais les biens.

On ne retrouve pas une opposition présentée aussi clairement dans l'article 714 C. civ. Ce dernier énonce simplement qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne », pour faire référence aux choses communes. Le terme « appartenir » signifiant « être à quelqu'un en vertu d'un droit ou d'un titre »⁷²⁰, il induit un lien entre une entité et une personne. On comprend alors de l'article 714 C. civ. que certaines choses ne peuvent être soumises à un tel lien de dépendance, puisque justement elles n'appartiennent à personne⁷²¹. L'appropriabilité n'est donc pas non plus considérée ici comme une qualité naturelle des choses : elles peuvent exister sans être appropriées. Ainsi, en France comme Québec, c'est bien ce critère d'appropriabilité qui va effectivement déterminer l'identification d'un bien, puisqu'il en constitue une qualité intrinsèque, contrairement aux choses.

209. Appropriabilité de l'information économique. *A priori*, rien ne s'oppose à ce qu'une information économique soit appropriable : ayant certainement une valeur, on souhaite s'en réserver exclusivement tous les bénéfices, ce qui correspond bien à un lien juridique d'appropriabilité. On pourrait même dire que c'est ce que souhaite ardemment toute personne ayant connaissance d'une information économique, puisque c'est justement aujourd'hui celle qui représente la valeur la plus importante pour quiconque en a la maîtrise⁷²². Il tombe alors

⁷¹⁶ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 84.

⁷¹⁷ *Id.*, 82.

⁷¹⁸ Nos soulignements, art. 913 C.c.Q.

⁷¹⁹ Nos soulignements, art. 914 C.c.Q.

⁷²⁰ *Le grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Appartenir (consulté le 5 mars 2019).

⁷²¹ Art. 714 C.civ.

⁷²² G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 136 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 81.

sous le sens que l'on souhaite se l'approprier. « Tout ce qui est susceptible de conférer avantage dans la compétition économique (...) est source de richesse et, dès lors, apparaît objectivement comme un bien »⁷²³. Le principe même de l'appropriabilité de l'information économique n'est pas problématique. La difficulté résidera davantage dans la preuve de celle-ci.

210. Preuve de l'appropriabilité. En effet, le principal problème soulevé ici est de pouvoir formellement établir le lien unissant un bien à une personne. Pour les biens corporels, l'appropriation se constate de manière assez évidente, par la maîtrise physique sur la matière du bien. La démonstration de cette maîtrise est bien moins évidente pour les biens incorporels, faute de matérialité sur laquelle exercer son emprise. Ici, l'appropriation « requiert que le droit définisse comment et par quelles manifestations celle-ci va s'exprimer »⁷²⁴. Les législateurs français et canadien sont intervenus en ce sens concernant certains biens incorporels, afin d'en réserver la valeur. C'est tout l'intérêt de la propriété intellectuelle : la reconnaissance d'un brevet⁷²⁵ permet de concrétiser le lien d'appropriation entre une information inventive et une personne, à travers son dépôt et enregistrement auprès des organismes compétents. Il en est de même avec les droits d'auteur sur les œuvres de l'esprit⁷²⁶, ou encore de la protection des marques de commerce par leur enregistrement⁷²⁷. Parmi ces exemples, on voit donc que le législateur peut recourir soit à une présomption (en particulier pour les droits d'auteur), soit à un enregistrement (pour les marques de commerce ou les brevets) pour établir lien juridique d'appropriation d'un bien incorporel. C'est ainsi que se créera le droit de propriété.

211. Appropriabilité de la clientèle. Cependant, il reste des hypothèses où une appropriabilité a été reconnue, sans que le lien juridique unissant le bien incorporel à la personne ne soit manifeste : c'est le cas de la clientèle. Objet complexe aux multiples implications juridiques, la clientèle se définit comme :

« L'ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (fonds de commerce,

⁷²³ F. ZÉNATI, *id.*, 81.

⁷²⁴ J. ROCHFELD, *préc.*, note 595, p. 228.

⁷²⁵ *Loi sur les brevets*, *préc.* note 315, art. 2 : « lettres patentes couvrant une invention » ; art. L611-6 C. propr. int. : « le droit au titre de propriété industrielle mentionné à l'article L611-1 [sur une invention] appartient à l'inventeur ou à son ayant cause ».

⁷²⁶ *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42, art. 13(1) : « sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre. » ; Art. L113-1 C. propr. int. : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée. »

⁷²⁷ *Loi sur les marques de commerce*, *préc.*, note 435, art. 19 : « l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de produits ou services (...) donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci ». ; Art. 712-1 C. propr. int. : « La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. »

cabinet civil) dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués »⁷²⁸.

Élément du fonds de commerce composé d'une masse d'individus plus ou moins fidélisés par l'instauration d'une relation de confiance, la clientèle « fait partie de cette catégorie juridique trouble qui se situe à mi-chemin entre la personne, la chose hors du commerce et le bien eu égard à la valeur patrimoniale qui s'en dégage »⁷²⁹. Même si sa composition la plaçait a priori parmi les entités non appropriables, notamment au regard de sa composante humaine⁷³⁰, on est tout de même parvenu à autoriser une certaine appropriation. Par un habile changement de perspective sur la notion de clientèle, la doctrine et la jurisprudence sont parvenues à contourner le problème pour se concentrer sur sa valeur⁷³¹. Les juges français et québécois ont opéré un revirement de jurisprudence en admettant la cession de clientèle⁷³², propulsant *de facto* cette dernière dans le monde des biens. En réalité, cette opération se fait désormais par la cession du fonds de commerce ou du fonds libéral, comme si la clientèle n'était qu'un accessoire à ce dernier⁷³³. Ainsi, les clientèles civiles et commerciales peuvent être considérées comme des biens, mais elles ne sont « jamais cédées en elles-mêmes, indépendamment de la cession du fonds de commerce ou de l'office ministériel auxquels elles se rattachent »⁷³⁴. La cession de la clientèle conserve la forme de la cession d'une entreprise⁷³⁵, ce que semble également retenir la jurisprudence québécoise⁷³⁶.

212. Limites de l'appropriabilité de la clientèle. Cependant, même en concevant la clientèle comme un accessoire d'un fonds, les juges, dans les deux juridictions, n'ont pas détaillé les conditions dans lesquelles on pouvait démontrer l'appropriation de la clientèle⁷³⁷. Il est certain que cela ne peut passer par une maîtrise physique sur celle-ci, puisqu'il s'agit d'un bien incorporel. Le législateur n'a pas non plus défini de contexte d'appropriabilité de la clientèle. Les décisions de justice ne sont pas non plus d'une grande aide. Il ressort surtout de

⁷²⁸ G. CORNU, préc., note 31, p. 183, ° Clientèle.

⁷²⁹ Aurore BENADIBA, « La clientèle : cet obscur objet d'appropriation. Regards croisés France/Québec », (2012) 114 *R. du N.* 379, 386.

⁷³⁰ G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal*, préc., note 588, n°139, p. 64.

⁷³¹ R. OLLARD, préc., note 241, p. n°487.

⁷³² Civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, préc., note 647 ; *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 647 ; *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 647 ; *Théberge c. Lévesque*, préc., note 647.

⁷³³ R. OLLARD, préc., note 241, p. n°492 ; A. BENADIBA, préc., note 729, 401.

⁷³⁴ R. OLLARD, *id.*, p. n°492.

⁷³⁵ A. BENADIBA, préc., note 729, 403.

⁷³⁶ *Théberge c. Lévesque*, préc., note 647, par. 48 : « une clinique dentaire s'apparente à une véritable entreprise commerciale. Même l'exercice des « professions libérales », suivant l'expression un peu surannée, suit la même tendance. On y discute de rendement sur le capital, de développement des affaires, de financement à court et à long terme, d'acquisition, de fusion, de vente d'entreprises, etc. »

⁷³⁷ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 229.

celles-ci l'impression que l'appropriabilité se manifeste de manière indirecte, et surtout incomplète.

De manière indirecte d'abord, car la plupart des indices d'appropriabilité continuent de se manifester sur des biens corporels, à travers la transmission des dossiers des patients par exemple⁷³⁸. On pourrait également concevoir que l'entretien actif de relations avec les clients ou les patients de la part du professionnel pourrait signaler un attachement particulier entre les deux. Surtout, en rattachant la clientèle au fonds, il semble que seule l'appropriation de l'un entraîne celle de l'autre. Dans tous les cas, une personne ne saurait exercer une emprise directement sur la clientèle.

De manière incomplète ensuite, car il demeure un obstacle de taille à concevoir une appropriation pleine et entière de la clientèle. En effet, cette dernière demeure libre. C'était initialement l'un des arguments qui justifiaient les réticences à accepter la cession de clientèle. Mais si l'on accepte une telle opération, cela ne signifie pas pour autant que la liberté de choix du praticien a perdu de son importance⁷³⁹. « Le caractère aléatoire de la cession de clientèle attachée à un professionnel renvoie inévitablement à la question de la nature particulière du bien-clientèle : bien incorporel dont l'appropriation ne peut être absolue. »⁷⁴⁰ Ainsi, l'appropriabilité de la clientèle n'emportera pas nécessairement l'effet escompté, à savoir l'établissement d'un lien d'exclusivité avec le professionnel qui pourrait ainsi la contrôler. Il ne pourra s'agir, au mieux, que d'une maîtrise de fait⁷⁴¹, qui ne connaît pas d'équivalent juridique. Il y a donc une certaine ambiguïté dans l'accession de la clientèle au statut de bien : ce serait

⁷³⁸ *Brunet c. Shiettekatte*, [1969] C.S. 193 ; *Valiquette c. Valiquette*, préc., note 647.

⁷³⁹ Civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, préc., note 647 ; Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2012, *Bull. civ.* I, n°240 (nullité d'une clause qui prévoyait le reversement des sommes perçues par un notaire pour le traitement des clients de son ancienne étude qui l'auraient suivi, du fait de la trop grande sévérité de cette clause ; elle imposait à ce dernier soit de renoncer à ses salaires, soit de rediriger la clientèle vers son ancienne étude, au détriment de la liberté de la clientèle de choisir le professionnel de son choix) ; Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1993, *Bull. civ.* I, n°293 (« la clientèle dispose du libre choix de l'officier public auquel elle doit recourir »). Il s'agit aussi d'un principe à valeur législative en matière médicale : art. L110-8 Code de la santé publique : « Le droit du malade au libre choix de son praticien et de son établissement de santé (...) est un principe fondamental de la législation sanitaire. » ; *Mirarchi c. Lussier*, préc., note 647, par. 43 (« un engagement de cesser de traiter des patients (...) affecte directement l'exercice du choix du patient ») ; A. BENADIBA, préc., note 729, 411 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°481 ; R. SAVATIER, préc., note 666, 351. Voir également *T. c. B.* [1958] C.S. 587, 593 ; *Leclair c. Houle*, [1995] J.Q. n°3355, par. 7 :

« Puisque les parties, par leur profession, prodiguent des services de santé à la collectivité, il est d'ordre public que les patients jouissent du libre choix de leur dentiste. Selon la doctrine et la jurisprudence, il en est ainsi des médecins aussi que des professionnels tels avocats, notaires, architectes dont les services sont essentiels à la collectivité et auxquels les gens s'adressent pour la confiance qu'ils mettent en eux. Sera donc contraire à l'ordre public et nulle une clause qui aura pour effet d'interdire l'exercice de ce libre choix. »

⁷⁴⁰ A. BENADIBA, *id.*, 408. Dans le même sens : R. OLLARD, *id.*, n°480 : « il paraît impossible, du point de vue du rapport externe du droit de propriété, de faire état d'un droit exclusif à son endroit ».

⁷⁴¹ R. OLLARD, *id.*, n°483.

un bien, mais dont il manquerait une des caractéristiques fondamentales, à savoir l'appropriabilité exclusive. On doute alors de sa véritable capacité à accéder au statut de bien.

213. Preuve de l'appropriabilité de l'information économique. Cet exemple de la clientèle est riche d'enseignement pour l'objet de notre étude. Comme pour celle-ci, rien n'est précisé, ni en France ni dans la législation québécoise, à propos d'une technique ou présomption qui permettrait de prouver son appropriation. La jurisprudence aussi est muette, laissant la constatation de l'appropriabilité de l'information économique à des observations empiriques. La démarche sera tout aussi compliquée que pour la clientèle, car il s'agit ici aussi d'un bien incorporel. Une première solution pour constater le contrôle de l'information serait, tout comme c'était le cas de la clientèle, de repasser par un support physique. Ainsi, maîtriser l'information économique c'est maîtriser la feuille de papier, l'enregistrement audiovisuel, l'ordinateur sur lequel elle se trouve. Finalement, la solution est exactement la même que celle développée pour le savoir-faire et le secret des affaires⁷⁴² : la preuve de l'appropriabilité de l'information économique passe par un moyen détourné, celui de la maîtrise du support sur lequel elle se trouve⁷⁴³.

214. Prépondérance du secret. Le contrôle sur le support ne saurait toutefois suffire. Le secret joue aussi un rôle fondamental⁷⁴⁴. On l'avait déjà constaté concernant les savoir-faire et le secret des affaires : il permet justement de contrôler et restreindre les usages de l'information économique constitutive de l'une ou l'autre de ces entités⁷⁴⁵. Si l'information est rendue publique, tout le monde peut s'en saisir et se l'approprier. Il devient alors impossible de prétendre obtenir des droits privatifs sur celle-ci. Si on peut encore concevoir une forme d'interdiction d'en faire usage, même après qu'elle est connue, il sera en revanche impossible de prétendre à la dépossession totale de l'information : elle restera imprégnée dans la mémoire de ceux qui la savent et seul l'oubli pourra mettre fin à cette connaissance. Voilà pourquoi le secret apparaît comme une solution très attractive pour assurer la réservation de l'information économique, en sus du contrôle du support. Elle l'est tant, que certains groupes industriels préfèrent parfois ne pas recourir à la protection conférée par les brevets lorsque les conditions sont remplies, et poursuivre leur activité dans le cadre du secret⁷⁴⁶, pour justement se prémunir

⁷⁴² *Supra* n°174.

⁷⁴³ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 110.

⁷⁴⁴ R. OLLARD, préc., note 241, n° 431.

⁷⁴⁵ *Supra*, n°142 et 157.

⁷⁴⁶ R. OLLARD, préc., note 241, n°431.

de la publicité obligatoire qu'impliquent ceux-ci⁷⁴⁷. Après tout, l'exclusivité offerte par ce dispositif n'est que provisoire⁷⁴⁸.

Il est donc naturel que le secret occupe une place primordiale pour toute information économique. Il demeure le moyen le plus efficace de garantir que les tiers en auront un usage limité, en les privant d'accès à son contenu et en garantissant ainsi la valeur de l'information économique. Sur ce point, les régimes juridiques du savoir-faire et le secret des affaires coïncident avec cette conception d'appropriabilité de l'information proposée par le régime général du droit des biens, parce qu'ils tirent les mêmes conséquences du secret. Si l'information économique était accessible, à quoi bon prétendre en tirer avantage de manière privilégiée ? La valeur n'a de sens que dans le cadre du secret.

215. Protection imparfaite par le secret. Le secret se révèle donc être le vecteur le plus efficace de l'appropriation de l'information. Il a toutefois l'immense défaut de ne pas avoir de valeur juridique. Il demeure une protection factuelle⁷⁴⁹, imparfaite puisqu'elle ne s'accompagne ni d'un cadre juridique ni d'aucune sanction, si ce n'est via le régime général de la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle. En outre, l'efficacité du secret est laissée à l'appréciation entière de la personne souhaitant se réserver l'information économique. Elle seule peut déterminer si les mesures mises en place sont suffisantes selon les circonstances et selon sa propre appréciation de ce qui lui semble pertinent. Le secret reste donc pour l'heure une protection aléatoire et peu fiable.

216. Le secret en tant que mode d'appropriation. Une solution serait de reconnaître le secret comme un mode d'acquisition d'un droit, à côté des autres modes d'appropriation reconnus par les lois civiles françaises et québécoises⁷⁵⁰. Reconnaître le secret comme mode spécifique d'appropriation, des informations en général et économiques plus particulièrement, aurait l'avantage de conférer une valeur juridique à ce mode factuel de réservation et éventuellement de lui adosser le régime juridique qui lui fait actuellement défaut. Mais cela suppose que les textes soient modifiés en conséquence.

217. Bilan. D'un point de vue théorique, rien ne s'oppose à faire de l'information économique un bien appropriable : elle a une valeur et une certaine forme d'appropriation par le secret est possible. La notion de bien est assez séduisante, car elle a la capacité d'englober

⁷⁴⁷ *Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 43(1) ; art. L612-21 C. propr. int.

⁷⁴⁸ *Supra*, n°100.

⁷⁴⁹ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », préc., note 636, à la p. 280.

⁷⁵⁰ Art. 711 et 712 C. civ. ; art. 916 C.c.Q.

cette notion protéiforme qu'est l'information économique. Bien sûr, l'appropriabilité d'un bien ne présume pas qu'il s'établira automatiquement un droit de propriété complet dessus. Le lien juridique unissant une personne et un bien peut être d'une autre nature, tel un droit d'usage ou de jouissance, tant que cela concrétise un rapport particulier sur le bien. Mais *in fine*, ce caractère de bien permet la reconnaissance d'un droit : « les choses ne sont des biens que si elles sont *objets de droits*. »⁷⁵¹ Parmi ces droits, il y aura inévitablement la propriété.

Toutefois, dès la confrontation de l'information économique à la notion de bien, on remarque quelques obstacles pratiques, qui semblent indiquer qu'elle ne se comporte pas tout à fait comme les autres biens, en particulier corporels. On décèle des frictions entre ce modèle et l'information économique, qui permettent déjà de penser que le patron n'épouse pas parfaitement les formes difficilement saisissables de cette dernière. Ces difficultés vont inévitablement se répercuter lorsque l'on appliquera l'information économique au droit de propriété, tel qu'il est développé dans les codes civils français et québécois.

1.2 L'imperfection du traitement de l'information économique en tant que bien susceptible d'appropriation

218. L'information économique, notion protéiforme. On l'a vu, concevoir les biens non plus en tant que traduction juridique des choses, mais en tant qu'entité disposant d'une valeur et susceptible d'appropriation a ouvert les portes du droit commun des biens à l'immatériel, au-delà de la seule propriété intellectuelle. Cependant, l'information économique constitue un objet bien plus insaisissable qu'il n'y paraît de prime abord. La grande diversité des objets regroupés sous cette appellation rend d'autant plus difficile d'en faire une notion uniforme, abritée sous le qualificatif de bien : brevet, savoir-faire, secret des affaires, secret professionnel, liste de clients ou de fournisseurs, technique d'organisation de la production, stratégie commerciale ou de conquête de nouveaux marchés, ententes avec certains partenaires économiques, parcours de livreurs⁷⁵²... Est-il vraiment possible de dégager une notion uniforme de l'information économique qui puisse intégralement entrer dans le giron du droit des biens ?

219. Information économique et propriété. La finalité de la reconnaissance d'un bien est d'établir un droit de propriété sur ce dernier. Sera un bien tout objet susceptible d'un rapport de propriété⁷⁵³. C'est pourquoi il est aussi important de confronter l'information économique

⁷⁵¹ M. MIGNOT, préc., note 631, n°58.

⁷⁵² *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, [1985] 1 All E.R. 724 (Eng. Ch. Div.).

⁷⁵³ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 624, n°205.

non pas seulement à la qualification de bien, mais aussi au cadre de la propriété. Non seulement il s'agit de la protection la plus absolue et la plus synthétique⁷⁵⁴ que l'on puisse appliquer sur un bien, matériel ou immatériel, mais c'est aussi celle qui représente la traduction du sentiment ressenti par la personne qui maîtrise l'information économique : elle en a la possession et la maîtrise, de la même manière qu'elle aurait la possession et la maîtrise des outils, des machines, des matières premières de son entreprise. Se tourner vers la propriété semble donc tout naturel.

220. Définitions légales de la propriété. Le droit de propriété est défini de façon quasi identique en France et au Québec. Rappelons qu'il s'entend comme « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »⁷⁵⁵, ou encore comme « le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. »⁷⁵⁶

Bien sûr, on ne peut être que frappé par la grande similitude des définitions proposées. On note simplement que les deux définitions prennent en compte un objet différent, tantôt chose, tantôt bien. Sur ce point, le *Code civil du Québec* a été modifié en 1994. En effet, le *Code civil du Bas-Canada*⁷⁵⁷ adoptait une définition de la propriété strictement identique à celle du *Code civil français* basée sur le concept de chose et qui, elle, n'a pas changé depuis 1804. En faisant le choix de recourir à la notion de bien en 1994, la définition québécoise de la propriété s'avère plus conforme aux réalités juridiques contemporaines, conférant une acception juridique à son objet, et non plus matérielle, comme elle ressortait de la notion de chose⁷⁵⁸. La définition québécoise de la propriété semble plus cohérente, tout en levant tout doute quant à sa capacité à intégrer l'immatériel⁷⁵⁹.

Toutefois, le maintien du recours à la notion de chose dans la définition française n'a que peu d'incidence pratique. La rédaction française a pu un temps expliquer les réticences de certains auteurs à admettre la propriété des biens incorporels, au nom du principe de légalité⁷⁶⁰. Mais, « la nature corporelle de l'objet de la propriété constitue un dogme purement

⁷⁵⁴ R. SAVATIER, préc., note 666, 332.

⁷⁵⁵ Art. 544 C. civ.

⁷⁵⁶ Art. 947 C.c.Q.

⁷⁵⁷ Art. 406 C.c.B.C.

⁷⁵⁸ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 121.

⁷⁵⁹ *Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc.*, 2013 QCCA 1323, par. 53. Le juge explique bien que le changement de vocabulaire opéré par le Code civil du Québec en 1994 a ouvert la voie à la propriété des biens incorporels : « vu les dispositions du Code civil du Québec (...), la propriété vise tant le bien corporel qu'incorporel dans la mesure où le titulaire détient tous les attributs de la propriété (*usus, abusus, fructus*). »

⁷⁶⁰ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 75 et 76.

doctrinal »⁷⁶¹ qui est heureusement dépassé. Plus personne ne songerait à contester que les biens incorporels s'intègrent au domaine de la propriété. Cela permet tout de même de souligner l'archaïsme de la rédaction du code français sur ce point, rendant l'article 544 C. civ. quelque peu caduc⁷⁶².

221. Propriété objective et propriété subjective. Il pourrait paraître redondant d'appliquer le droit de propriété sur l'information économique, dans la mesure où l'on a déjà montré qu'il pouvait s'agir potentiellement d'un bien, malgré les défauts et les incertitudes qu'une telle qualification induit. Cependant, la propriété ne se résume pas à la possibilité pour un bien d'être approprié par une personne⁷⁶³. Cette conception objective⁷⁶⁴ de la propriété est insuffisante et entretient une confusion entre ce droit et son objet⁷⁶⁵. Elle présente ce droit comme entièrement dépendant de l'existence d'un bien, tout en retirant de l'équation une donnée pourtant impérative : la propriété existe pour que des pouvoirs soient exercés par des personnes. Bien plus que de signaler l'appropriation de ces biens, ce droit désigne aussi par qui ils sont appropriés. Cette dimension subjective⁷⁶⁶ du droit de propriété a tendance à le décrire plutôt comme un lien, un rapport entre un sujet et un objet de droit, une personne et un bien⁷⁶⁷. De ce point de vue, l'information économique devrait pouvoir intégrer le giron de la propriété sans grande difficulté, puisque l'on peut établir un tel lien entre l'information et l'individu. Ainsi, le droit de propriété est celui qui permet de s'assurer que le rapport entretenu entre une personne et un bien est légalement protégé.

222. Incompatibilité. Malgré tout, cette conception moderne n'a pas plus de succès pour permettre d'appliquer l'ouvrage classique qu'est la propriété à un objet aussi moderne que l'information économique. Ce n'est pas tant que la propriété soit incapable d'accueillir l'immatériel. Les études historiques sur la notion ont démontré le contraire⁷⁶⁸. Le problème

⁷⁶¹ F. ZENATI, préc., note 653, 309 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, p. 67.

⁷⁶² F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, p. 17.

⁷⁶³ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 666, p. 259, n°163.

⁷⁶⁴ *Id.* ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, p. 15.

⁷⁶⁵ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 76 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 666, p. 259, n°163.

⁷⁶⁶ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 666, p. 259, n°163.

⁷⁶⁷ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 103 ; F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, préc., note 666, p. 259, n°163 ; F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, p. 14.

⁷⁶⁸ F. ZENATI, *id.*, p. 199 et suiv. L'auteur rappelle que la propriété romaine trouve sa source dans le *mancipium*, pouvoir du *pater familias* sur les choses, les animaux et sur les personnes, qui incluait aussi des entités incorporelles, telles les servitudes (*Id.*, p. 208.) Or, il ne peut naître une possession matérielle entre cette servitude incorporelle et le propriétaire. Au contraire, « ce qui appartient au titulaire de la servitude est (...) une possibilité, une faculté, une liberté non encore exprimée dans le concept de droit, mais qui existe déjà et fait partie de ses biens (...) et est donc soumis à son appropriation puisque susceptible de revendication » (*Id.*, p. 211.) La protection accordée au maître des biens a été le germe de la propriété, mais toujours entendue comme un rapport juridique

vient plutôt de l'information économique elle-même. Encore une fois, il ne s'agit pas de réfuter entièrement l'appropriabilité de l'information économique, mais simplement de démontrer que ce n'est pas le fondement le plus pertinent, et ce à deux égards. D'abord, les caractères et attributs du droit de propriété ne conviennent pas à l'information économique (1.2.1). Ensuite, appliquer la propriété à l'information en général pose d'autres questions plus théoriques, qui interrogent sur la place de celle-ci au sein du droit dans son ensemble (1.2.2).

1.2.1 Les obstacles techniques à l'appropriation de l'information économique

223. Obstacles à la qualification de bien. Plusieurs obstacles se dressent à une intégration uniforme de l'information économique dans le domaine de la propriété. Le problème vient principalement des caractères et attributs de ce droit, plus particulièrement du fait qu'il demeure difficile de garantir l'exclusivité d'un rapport de propriété sur l'information économique (1.2.1.1). Cela n'empêche pas qu'elle reste tout aussi peu adaptée à la confrontation avec les autres caractères de la propriété (1.2.1.2).

1.2.1.1 L'introuvable exclusivité de l'information économique

224. Droit d'omnipotence. Héritage de la Révolution française, le droit de propriété se rapproche d'un pouvoir omnipotent⁷⁶⁹, un droit absolu et de toute-puissance⁷⁷⁰, si ce n'est les quelques limites légales peu à peu réintroduites et qui demeurent bien minces au regard de tout ce qu'il est possible d'imaginer de faire avec un bien. Cette omnipotence du propriétaire se manifeste essentiellement à travers les caractères reconnus à la propriété. Ce sont ces mêmes caractères qui, confrontés à l'information économique, amènent à conclure que cette dernière ne saurait s'y soumettre entièrement.

225. Exclusivité de la propriété. Le premier caractère⁷⁷¹ intimement lié à la propriété est son exclusivité. On a déjà aperçu celle-ci dans les lignes précédentes, à travers l'appropriabilité d'un bien⁷⁷². En effet, ce critère avait vocation à signaler le désir de créer un

constituant une réalité distincte de la possession factuelle que le propriétaire exerçait sur son bien. L'évolution du droit romain indique qu'il n'a jamais été question d'exclure le titulaire du droit de l'équation l'unissant au bien, pour faire de la propriété un droit sur les biens et pour les biens. C'est l'héritage du *mancipium*, qui fait aujourd'hui que la propriété est toujours une puissance (J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 273; F. ZENATI, *id.*, p. 212.). On confirme alors non seulement que la propriété est bien un rapport juridique, mais encore qu'il n'existe pas d'obstacle théorique, pas plus qu'historique à l'exclusion de l'incorporel de son domaine.

⁷⁶⁹ Un auteur parle de la « virtualité de l'omnipotence sur une chose » qu'est le droit de propriété : F. ZENATI, *id.*, p. 106.

⁷⁷⁰ S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 597, p. 87 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 274.

⁷⁷¹ Les trois caractères sont exclusivité, absolutisme et perpétuité : D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 624, n°207 ; P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, p. 152 à 158 ; S. NORMAND, *id.*, p. 98 à 101 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 277 à 280 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, p. 92.

⁷⁷² Pour un lien entre la réservation du bien et le caractère exclusif de la propriété : J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 228 et 303. Voir aussi *supra*, n°207.

lien privilégié, pour s'en réserver les bénéfices, au détriment de toute autre personne prétendant en jouir aussi. L'exclusivité semble être le pendant de la réservation d'un bien, dans le cadre du droit de propriété : « seul le propriétaire peut user de la chose ou ne pas en user, et (...) a donc le droit d'en exclure toute autre personne »⁷⁷³. Le non-respect de ce rapport d'exclusivité permettra au propriétaire d'agir en justice contre le tiers importun. L'exclusivité signifie donc que le ou les propriétaires peuvent exclure toute autre personne du rapport qui les unit au bien. Il est opposable *erga omnes*. C'est en cela que le droit de propriété est exclusif, car il garantit un monopole sur son objet.

226. Preuve et immatérialité de l'information. Toutefois, la nature de l'information économique rend difficilement possible de garantir une exclusivité à son propriétaire. Cela tient à deux caractéristiques intrinsèques de celle-ci, à savoir son immatérialité et son secret.

L'immatérialité de l'information économique est particulièrement problématique au regard de deux aspects. D'abord, si on conjugue cette immatérialité avec l'ubiquité dont elle jouit, l'information peut coexister en différents endroits, entre les mains de différentes personnes, sans que cela n'interfère avec la capacité de chaque détenteur à l'exploiter⁷⁷⁴. Il n'y a alors pas d'exclusivité. Le problème naîtra lorsque l'un de ces détenteurs prétendra se réserver des droits sur l'information économique à l'exclusion des autres, c'est-à-dire d'en faire un bien. Essentiellement, la question sera celle de faire la preuve d'une telle prétention⁷⁷⁵ et de justifier l'appropriation par une seule personne ou un seul groupe de personnes, au détriment des droits des autres.

227. Réservation du fait de la loi. La loi offre quelque secours à ce sujet, en prévoyant justement des régimes spécifiques de réservation par la propriété intellectuelle, érigeant certaines informations en tant que bien et garantissant du même coup l'exclusivité des droits à son égard. Dans ce cas, il n'y a pas de doute, ces informations sont effectivement des biens susceptibles d'appropriation, selon les procédures prévues par ces lois spéciales. Ces cadres légaux ont l'avantage d'organiser précisément la vie du bien intellectuel, de sa création à sa disparition. On sait à partir de quel moment il existe, de quelle façon il devient approprié, comment le transmettre, et quand est-ce qu'il retourne au domaine public. Le régime légal

⁷⁷³ P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, n° 456. Dans le même sens, J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 208 ; LE MARQUIS DE VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », RTD Civ. 1905.443, n°9.

⁷⁷⁴ R. OLLARD, préc., note 241, n°377.

⁷⁷⁵ G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal*, préc., note 588, n°44, p. 24.

permet de compenser les incertitudes liées à la nature immatérielle du bien⁷⁷⁶, en désignant spécifiquement son détenteur, là où ce dernier ne peut extérioriser son statut directement par une maîtrise physique sur le bien. Parallèlement, si ces lois lient indiscutablement la maîtrise de l'information à une personne⁷⁷⁷, elles en excluent les tiers, délimitant explicitement les droits de chacun sur le bien immatériel. L'exclusivité est alors garantie par un cadre juridique. Il apparaît plus efficace de recourir au régime spécifique créé pour ces biens et de bénéficier de toutes les garanties légales, plutôt que de se reporter sur le régime du droit commun des biens prévu dans les codes civils français et québécois.

228. Persistance de l'attachement à la matérialité dans la loi. Ensuite, il reste difficile de distinguer l'information économique de son support. L'appropriation passe souvent par la maîtrise de ce dernier. Cette technique, artificielle, mais efficace⁷⁷⁸, rend réels des biens qui n'ont pas de traduction dans le monde sensible, en les incorporant « dans un objet concret et symbolique »⁷⁷⁹. Il semble que repasser par la matérialité reste encore le meilleur moyen de garantir l'appropriation de l'information nonobstant son immatérialité, comme si l'on n'avait pas dépassé l'idée que la maîtrise matérielle sur les choses demeurerait la meilleure façon de s'en assurer l'exclusivité. Le fait que les règles du droit des biens dans les codes civils français et québécois restent fortement imprimées par la matérialité n'est pas étranger à ce phénomène⁷⁸⁰. Le droit ne semble pas s'être encore complètement métamorphosé pour accueillir les biens immatériels⁷⁸¹.

229. Information, matrice et incarnation. Quoi qu'il en soit, il semble bien demeurer ici une confusion entre l'information et son support, dont nous avons déjà évoqué les risques⁷⁸². Cette dernière peut exister aussi de manière purement intellectuelle, dans l'esprit de celui qui la pense, par la simple observation de son environnement. L'information reste un produit de

⁷⁷⁶ R. SAVATIER, préc., note 666, 354.

⁷⁷⁷ Jérôme PASSA, « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* 2001.64, 67.

⁷⁷⁸ R. SAVATIER, préc., note 666, 334.

⁷⁷⁹ *Id.*

⁷⁸⁰ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 110 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 88.

⁷⁸¹ Par exemple, la classification principale des biens dans les codes respectifs reste celle des biens meubles et immeubles (art. 899 C.c.Q. et art. 516 C.civ.), sans compter que la distinction des biens corporels et incorporels est carrément absente du code civil français (J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 239.). Elle apparaît à l'art. 899 C.c.Q., mais la formulation laisse clairement entendre qu'elle ne constitue qu'une division secondaire : « Les biens, tant corporels qu'incorporels, se divisent en immeubles et en meubles » (nous soulignons). On comprend ici que les biens sont possiblement de deux natures différentes (meuble ou immeuble), mais qu'il importera finalement peu qu'ils soient corporels ou incorporels. L'article laisse donc envisager qu'il peut exister des biens immeubles incorporels, ce qui semble être pourtant hors de portée de l'imagination humaine, quand l'on sait que l'immeuble a pour essence d'être attachée à la terre et inamovible. Comment est-ce qu'un bien immatériel, par nature insaisissable, pourrait être réduit à un enchaînement terrien ?

⁷⁸² *Supra*, n°63 et 66.

l'intelligence. Si on la limite à sa formulation sur un support, alors elle ne saurait exister sans celui-ci. On ne pourrait alors continuer à prétendre qu'il s'agit d'un bien incorporel. Au contraire, le fait que l'information réside sur plusieurs supports simultanément démontre qu'elle ne dépend plus de telles contingences matérielles. Elle doit se définir par-delà la matérialité qui l'incarne. Il n'y a donc pas de lien indéfectible entre l'information et un support. Le doyen Savatier avait expliqué à ce propos qu'il était nécessaire de « discerner, dans des biens commercialisés (...) l'empreinte d'une *œuvre de l'esprit*, qui en est intellectuellement la *matrice*. Cette œuvre de l'esprit, distinguée de ses empreintes, est ainsi devenue l'objet d'un bien incorporel patrimonial »⁷⁸³. Ainsi, « l'information (...) forme intellectuellement la matrice de l'empreinte qui est reproduite dans tous les objets fabriqués »⁷⁸⁴ et nous pourrions ajouter la matrice de toutes ses formulations exprimées sur un support quelconque. Que l'on considère une liste de clients, de fournisseurs, un projet de restructuration d'entreprise, une technique d'organisation de la production... Ces derniers ne sont que les expressions d'une information économique qui existe et se prolonge au-delà de sa manifestation matérielle.

230. Risques de dénaturation. Ajoutons enfin que confondre l'information et son support signifierait que toute personne qui possède le support détient aussi l'information, ce qui n'est absolument pas envisageable, notamment dans le contexte du droit des brevets. Il est donc impossible de réduire l'information économique à son support, sous peine d'en limiter la portée et d'en déformer la nature même.

231. Limites conceptuelles de la notion de bien. On peut comprendre cette tentation à l'assimilation du bien et de son support matériel, tant la confusion a longtemps été entretenue en droit des biens. Elle est désormais dénoncée par une grande partie de la doctrine, qui met bien en garde de ne pas assimiler la matière et les droits des individus sur celle-ci⁷⁸⁵. Paradoxalement, c'est cette même doctrine qui continue d'entretenir l'ambiguïté de l'assimilation entre l'information et son support, en perpétuant la référence à ce dernier⁷⁸⁶.

⁷⁸³ R. SAVATIER, préc., note 666, 354-355.

⁷⁸⁴ Serge PICHETTE, *Le régime canadien de la propriété intellectuelle*, Montréal, Centre d'études en administration internationale, Ecole des Hautes Etudes Commerciales, 1979, p. 150.

⁷⁸⁵ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 76 ; A. PIEDELIEVRE, préc., note 666, à la p. 56 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 237 ; R. SAVATIER, préc., note 666, 331 ; F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », préc., note 624, 89 ; F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », préc., note 653, 309.

⁷⁸⁶ « Comme le know-how est essentiellement une connaissance technique, c'est-à-dire une œuvre intellectuelle et immatérielle qui se manifeste au moyen d'un support matériel, nous pouvons donc la classer comme étant un bien meuble incorporel. » (nos soulignements, S. PICHETTE, préc., note 784, p. 149.) ; « la qualification d'une abstraction comme bien soulève un problème particulier. Cette abstraction doit en effet avoir reçu une formulation pour pouvoir être considérée comme un objet de droit réel. » (S. NORMAND, « Les Nouveaux Biens », préc., note 422, 182. ; « expression, formulation destinée à rendre un message communicable » (Pierre CATALA, « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984.97, 98.

Couper le cordon les reliant semble donc plus difficile à imaginer qu'il n'y paraît, tant la représentation de l'information économique par son support constitue un cadre intellectuel plus familier. En fait, on détecte là les limites d'une appréhension de l'information économique par le droit des biens. Ce modèle représente un carcan pour une notion complexe, qui nécessite plus de liberté et plus d'adaptation de la part du droit.

232. Paradoxe du secret. La seconde caractéristique de l'information économique qui entrave la possibilité d'une appropriation exclusive est paradoxalement son secret. Ce dernier a été présenté comme la technique principale et incontournable pour se réserver des droits sur cette information, dans tous les cas où elle ne fait pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. Cependant, il peut être la source de difficulté à établir un rapport de propriété. Là est le paradoxe.

Il est largement admis que le secret de l'information économique n'est que relatif⁷⁸⁷. Il est souvent partagé, ne serait-ce qu'entre les différents acteurs d'une structure économique, afin d'assurer son fonctionnement. Il n'est pas crédible de décrire l'information comme n'étant connue que d'une seule personne, qui serait seule capable d'en faire usage. Non seulement cela restreindrait drastiquement la notion d'information économique en la réduisant à des hypothèses qui n'ont finalement que peu d'intérêt juridique (celles où le secret ne serait connu que d'une seule personne isolée), mais cela ne correspond pas non plus à la réalité. Le partage est même envisagé dans les définitions juridiques des savoir-faire⁷⁸⁸ et du secret des affaires⁷⁸⁹. Comment réconcilier l'admission d'un partage de l'information avec la notion de bien, qui ne semble s'épanouir que dans un rapport d'exclusivité ? La question se pose d'autant plus que les nécessités de l'organisation de la personne morale imposent que l'information soit connue des employés, alors qu'elle n'est censée appartenir qu'à l'entité morale encadrante. Prétendre qu'elle est la seule propriétaire de l'information économique paraît d'autant plus illusoire que tout employé dispose par ailleurs de tous les attributs de la propriété dessus.

233. Ingénierie inversée des savoir-faire. En outre, l'identification d'un savoir-faire⁷⁹⁰ d'un secret des affaires⁷⁹¹ ou d'un secret industriel⁷⁹² n'empêchera pas de faire de l'ingénierie inversée : il est loisible à autrui de retrouver la composition, la technique de fabrication ou la

⁷⁸⁷ *Supra*, n°140 et 163.

⁷⁸⁸ *Supra*, n° 89 et 91.

⁷⁸⁹ *Supra*, n°105.

⁷⁹⁰ University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, préc., note 307, n°2.4.

⁷⁹¹ Art. L151-3 C. com.

⁷⁹² Art. 391(4) C. crim.

recette qui a été employée, à partir des produits commercialisés. Cette possibilité anéantit toute prétention à l'exclusivité. La réservation de l'information économique par le secret n'équivaut donc pas à une réservation juridique au sens du droit des biens. Elle n'empêche pas les tiers d'aller rechercher et d'exploiter l'information économique, là où un véritable droit de propriété empêcherait les tiers de faire l'usage de l'information économique, de la même façon qu'il est interdit de faire usage des biens matériels d'autrui sans leur accord. Cette autorisation à aller puiser l'information rendue publique par la commercialisation montre les limites à considérer cette dernière comme un bien approprié⁷⁹³, d'autant plus que la divulgation ici n'est pas un réel choix. Elle est inhérente à la mise à disposition du produit, à l'activité commerciale indétachable de la production de biens et services.

234. Dépendance de l'exclusivité au secret. En fait, il en ressort que la garantie d'une appropriation exclusive de l'information économique dépend presque uniquement du maintien du secret de celle-ci. Bien sûr, ce dernier peut être un outil très puissant, qui permet aux entreprises de poursuivre des activités florissantes dans ce cadre. Mais pour tirer véritablement profit de ces informations, cela suppose de commercialiser les produits qui les contiennent, et donc de les mettre à disposition du public. La production de richesses passe en partie par l'abandon partiel du secret, ce qui met irrémédiablement en danger l'exclusivité théoriquement accordée au propriétaire du secret. C'est là d'ailleurs toute la faiblesse et le paradoxe du secret, à la fois efficace, mais accompagné de peu de garanties s'il est brisé.

235. La hiérarchisation des informations économiques. En outre, le droit canadien a procédé à une hiérarchisation des secrets, remettant en cause la capacité de l'information à être systématiquement un bien approprié. La décision *Faccenda Chicken*⁷⁹⁴ avait identifié trois catégories d'information dans le contexte bien particulier des rapports employeurs-employés. Elle n'a pas été généralisée aux relations interentreprises, ou avec tout autre tiers, ce qui en

⁷⁹³ R. OLLARD, préc., note 241, n°377.

⁷⁹⁴ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752. Faccenda Chicken était une entreprise spécialisée dans l'élevage, l'abattage et la préparation de poulets pour leur vente à des grossistes ou directement à des plus petites structures (épiceries, bouchers, traiteurs), via des camions itinérants se rendant d'un client à l'autre. M. Fowler, qui a mis en place ce système de vente itinérant, a quitté l'entreprise pour fonder sa propre compagnie de vente de poulet. Plusieurs employés de Faccenda Chicken se sont joints à lui dans cette nouvelle opération. Celle-ci reprenait essentiellement les mêmes méthodes de livraison que l'ancien employeur, ce qui a conduit à servir le même type de clientèle et donc à faire directement concurrence à ce dernier. Faccenda Chicken a alors dénoncé une concurrence déloyale de la part des anciens salariés, et une rupture de leurs obligations contractuelles. L'une des principales questions à résoudre était donc de savoir si des informations commerciales relatives au mode de livraison d'une entreprise relevaient du secret industriel de sorte que les anciens employés ne pouvaient en aucun cas en faire usage à l'échéance de leur contrat de travail.

relativise un peu la portée⁷⁹⁵. Elle reste néanmoins intéressante, car elle propose une différenciation des informations confidentielles économiques⁷⁹⁶, basée sur les obligations plus ou moins contraignantes de maintien du secret pour les employés. La première catégorie concerne les informations facilement accessibles au public, ou généralement connues. On ne peut les traiter comme des informations confidentielles. Elles peuvent être utilisées par n'importe qui et ne font naître aucune obligation spécifique pour les employés de l'entreprise concernée. La deuxième catégorie renvoie aux informations que l'employé doit traiter comme étant confidentielles, soit parce qu'il est évident qu'elles le sont, soit parce que l'employeur les a spécifiquement désignées comme telles. Une fois connues, le salarié de l'entreprise ne peut plus les désapprendre et elles enrichissent ses connaissances. Un employé ne peut pas se servir de ces informations à d'autres fins que sa mission sans déloyauté. En revanche, lorsque le contrat de travail est terminé, il peut utiliser toute l'ampleur des connaissances acquises à son propre avantage. L'ancien employeur ne peut l'empêcher, à moins de prévoir une clause de non-concurrence dans le contrat de travail. Ici, le salarié est essentiellement soumis à une obligation de loyauté, au moins pour toute la durée de son contrat de travail. Ce type d'information a également pu être décrite comme subjective, en raison du lien indissociable l'unissant à l'employé⁷⁹⁷.

La troisième catégorie correspond aux secrets industriels qui, même s'ils ont pu également être assimilés par la force de l'expérience, ne peuvent en aucune circonstance être utilisés par l'employé pour une autre fin que son emploi. Il ne pourra pas les utiliser pour son propre compte, et encore moins pour celui d'un concurrent. Ces informations font l'objet d'une stricte obligation de confidentialité, qui est plus contraignante que la simple obligation de loyauté attachée à la catégorie précédente. Ici, on parle également d'information objective, car elles doivent demeurer à la maîtrise de l'employeur, et l'employé ne peut pas en faire un usage libre⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ Le juge Goulding lui-même reconnaît les limites d'une telle présentation du droit applicable : *Id.*, 732. Elle semble surtout mettre en exergue la volonté de punir certains comportements des employés jugés répréhensibles. C'est en fonction de ce jugement moral que l'on qualifiera soit d'information confidentielle, soit de secret industriel. En ce sens, F. GUAY, préc., note 307, à la p. 120 ; E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 879.

⁷⁹⁶ E. F. JUDGE et D. J. GERVAIS, préc., note 301, p. 891.

⁷⁹⁷ *Herbert Morris Ltd. v. Saxelby*, préc., note 502, 314. ; F. GUAY, préc., note 307, aux p. 142 et 143.

⁷⁹⁸ *Herbert Morris Ltd. v. Saxelby*, *id.*, 314 ; F. GUAY, *id.*, aux p. 142 et 143.

Cette classification a été confirmée en appel⁷⁹⁹ et reprise par les tribunaux du Québec⁸⁰⁰. Surtout, cette hiérarchisation démontre que leur appropriabilité est susceptible de degré. Les informations de la première catégorie ne sont susceptibles d'aucune forme d'appropriation. La troisième catégorie offre les plus grandes chances d'y voir un bien approprié, puisqu'un certain contrôle est assuré dessus. Mais de toute évidence, l'employeur n'a pas le contrôle sur les informations de la deuxième catégorie, à tout le moins après la terminaison du contrat de travail le liant au salarié. Ce ne sont pourtant pas des informations négligeables qui entrent dans cette catégorie. Il peut s'agir des noms de certains clients⁸⁰¹, de leurs préférences⁸⁰², des prix pratiqués par l'ancien employeur et de l'organisation des circuits de livraison⁸⁰³, certains procédés de fabrication déjà connus des concurrents et les normes techniques applicables à la fabrication d'un produit⁸⁰⁴... Dans ces conditions, comment prétendre exercer un contrôle sur ces informations, comparable à une appropriabilité exercée sur les biens ? Cela semble quelque peu illusoire, car comme le disait si bien la décision de référence ici, l'employé ne peut pas désapprendre ce qu'il a assimilé pendant ses années d'emploi, et ses informations intègrent ses propres compétences⁸⁰⁵. Admettre une pluralité de contrôles légitimes sur l'information économique paraît contredire directement les conceptions classiques de l'appropriabilité des biens, car on ne parvient pas à exclure les tiers de la relation unissant la personne morale et le bien-information. Malheureusement, il n'est pas question, dans le droit commun des biens, d'une limite de la durée de l'appropriabilité des biens. Elle peut cesser, mais ce sera alors le fait volontaire du détenteur du bien, et non l'effet de l'utilisation de ce dernier par des tiers⁸⁰⁶. Deux logiques se dissocient, entre la précarité de la protection dans le cadre des affaires et la stabilité offerte par le droit des biens.

⁷⁹⁹ *Faccenda Chicken Ltd Herbert Morris v. Fowler*, [1986] 1 All. E.R. 617 (Eng. C.A.) [*Faccenda Chicken (Eng. CA.)*]. Toutefois, les juges d'appel n'ont pas suivi le raisonnement du juge de première instance, sur un point concernant la deuxième catégorie : seules les informations consistant en un secret industriel ou savoir-faire peuvent faire l'objet d'une mesure de protection spécifique de la part de l'employeur. Les informations simplement confidentielles ne peuvent donc pas entrer dans le champ d'application d'une clause de non-concurrence (à la page 627).

⁸⁰⁰ *Imperial Sheet Metal Ltd. et autres c. Landry et Gray Metal Products Inc.*, 2007 NBCA 51, par. 41 ; *Montour ltée v. Jolicoeur*, préc., note 483, 1329-1330 ; *Positron Inc. c. Desroches*, préc., note 479, par. 95 ; *RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.* [2008] 3 RCS 79, par. 39 (CSC) (juge Abella).

⁸⁰¹ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752, 731.

⁸⁰² *Id.* ; *Imperial Sheet Metal Ltd. et autres c. Landry et Gray Metal Products Inc.*, préc., note 800, par. 42.

⁸⁰³ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752, 731.

⁸⁰⁴ *Positron Inc. c. Desroches*, préc., note 479, par. 119 et 174. ; *Société Pole-Lite ltée c. Cormier*, [1989] R.J.Q. 1584, par. 38.

⁸⁰⁵ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752, 731.

⁸⁰⁶ Sauf dans le cas de la propriété acquisitive en matière de bien immobilier.

236. Contraste et exclusivité. Bien sûr, l'utilisation de l'information économique à travers la commercialisation d'un produit ou les anciens employés n'affecte pas d'autres informations, qui peuvent demeurer secrètes bien plus longtemps. Le risque de révélation est aléatoire, tout comme l'épaisseur du secret qui entoure l'information économique. Cela ne fait que relativiser l'intérêt du recours à la propriété de celle-ci, dans la mesure où elle ne s'envisage pas véritablement de la même façon, selon les informations concernées ou les circonstances. Encore une fois, l'idée de rassembler l'ensemble des informations économiques dans le cadre de la propriété semble mise en échec par l'hétérogénéité de ces dernières. Certaines ne pourront presque jamais prétendre à un rapport d'exclusivité, tandis que d'autres y ont plus de chances. On gommerait par la même occasion toutes les nuances de l'information économique.

237. Échec du raisonnement par analogie. La multiplication des incompatibilités décrites a tendance à battre en brèche l'idée que l'information économique serait, unanimement et sans condition, un bien susceptible d'appropriation exclusive. Le cadre civil démontre ses limites et qu'il n'est parfois pas de bonne politique de forcer l'entrée d'une notion dans un régime juridique qui ne lui convient pas parfaitement. Nous ne pouvons que constater que le raisonnement par analogie⁸⁰⁷, auquel certains auteurs aspirent, entre bien matériel et information, aurait tendance soit à dénaturer la diversité des informations économiques en leur imposant un régime uniforme peu adapté, soit à en exclure une partie au nom du respect de la cohérence du régime du droit des biens, soit encore à dénaturer le droit des biens lui-même, pour adapter ce dernier à une entité qui ne lui sied guère⁸⁰⁸. En effet, pourquoi persister à vouloir analyser toute nouvelle entité apparaissant à la maîtrise de l'homme sous l'angle du droit de propriété « sinon parce qu'il est douloureux de se résoudre à accepter que la propriété ne soit pas le seul rapport éminent de l'homme au monde, le fondement de l'homme sur les éléments »⁸⁰⁹ ?

238. Bilan. En résumé, il reste délicat de s'assurer d'une exclusivité véritable de la propriété de l'information économique. D'une part, son incorporalité et sa reproductibilité infinie autorisent la coexistence légitime de cette dernière en différents lieux, à la connaissance de différentes personnes qui peuvent récolter cette dernière de différentes façons parfaitement légales. Outre l'ingénierie inversée, il est aussi envisageable que deux compagnies développent

⁸⁰⁷ D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », préc., note 666, 68.

⁸⁰⁸ Daniel GUTMANN, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327, Paris, L.G.D.J., 2000, n°276, p. 240.

⁸⁰⁹ D. GUTMANN, « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », préc., note 666, 76.

ou découvrent la même information de manière indépendante, sans aucune forme d'espionnage industriel⁸¹⁰. Dans ce cas, comment prétendre qu'il y a appropriation exclusive, alors que c'est typiquement le cas où celui qui se prétend propriétaire ne peut légitimement exclure un tiers du rapport qui l'unirait au bien ? Plus qu'une véritable exclusivité des droits sur l'information économique, il semblerait plus urgent de consolider la régulation de l'utilisation de celle-ci.

D'autre part, le secret de l'information économique reste une preuve imparfaite de son appropriation exclusive. S'il exprime bien cette volonté de réservation, il souffre d'un désavantage patent, qui relativise la capacité d'appropriation de l'information : il reste une protection factuelle. Le secret est aisément réversible de façon irrémédiable, ce qui ne semble pas garantir une appropriation exclusive aussi certaine que le promet le droit de propriété. Et les autres éléments de la propriété ne peuvent pas non plus apporter une telle garantie

1.2.1.2 La compatibilité imparfaite avec les autres caractères de la propriété

239. Absolutisme et perpétuité. Face à l'échec de l'exclusivité, les autres caractères classiquement retenus pour décrire la propriété ne convainquent pas non plus de l'existence d'un droit de propriété sur l'information économique. Si son détenteur pourra effectivement utiliser l'information⁸¹¹ et en jouir⁸¹² comme bon lui semble, le pouvoir d'en disposer demeure imparfait. D'abord, il semble difficile, voire impossible de concevoir le transfert parfait de l'information, susceptible de mettre fin au lien unissant le propriétaire à l'information, pour en créer un nouveau avec un tiers. L'information a le don d'ubiquité⁸¹³, ce qui signifie que la vente de celle-ci n'implique pas corrélativement que le premier détenteur cesse de la connaître. Il pourra potentiellement toujours continuer à s'en servir. Un juge l'avait remarqué à propos du savoir-faire :

« Ironiquement, la transmission d'un savoir-faire est telle que celui qui s'en départit le conserve encore ! Ce que le propriétaire de savoir-faire sait avant la délivrance, il le sait encore après la délivrance, et c'est la nature même du bien incorporel en l'espèce que de se dédoubler à la délivrance. »⁸¹⁴

⁸¹⁰ Cette hypothèse est envisagée en matière de secret des affaires en France, à l'art. L151-3 C.com, qui considère qu'une découverte fortuite et indépendante est bien un cas d'obtention licite de ce secret.

⁸¹¹ Par exemple, le savoir-faire est utilisé pour la fabrication d'un produit, la liste de clients pour assurer le suivi de commande et maintenir la relation commerciale, l'information relative à un alliage métallique plus solide est utilisée pour produire un objet de meilleure qualité et pour en vanter les mérites lors de sa commercialisation... De même, le droit d'usage implique symétriquement le droit de ne pas user. Il est aussi tout à fait possible de ne pas utiliser une information dont on dispose. C'est le cas par exemple des informations négatives (*supra*, n°165).

⁸¹² R. OLLARD, préc., note 241, n°376, p. 228.

⁸¹³ *Id.*, n°377.

⁸¹⁴ *Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc.*, 2007 QCCA 1254, par. 48.

Au mieux, ce partage entraînera une dévaluation de l'information, parce que l'un des critères en déterminant la valeur se trouve directement affecté par ce transfert : sa rareté. Mais cela n'affecte pas pour autant le lien d'appropriation. Seul l'oubli semble pouvoir y mettre un terme. La délivrance de l'information est donc « partielle et imparfaite »⁸¹⁵, ce qui confirme d'ailleurs la difficulté à concevoir une appropriation exclusive sur celle-ci. L'idée de diffusion⁸¹⁶ semble plus à même de décrire la transmission de l'information économique, en l'absence de rupture des liens unissant les différents détenteurs à cette dernière.

Ensuite, la nature immatérielle de l'information économique va aussi poser la question de la possibilité de la détruire. Il s'agit d'une des actions qui démontrent le mieux l'absolutisme du pouvoir du propriétaire. Or, il est impossible d'agir directement sur la matière composant l'information. On peut en détruire le support, mais elle demeurera. Encore une fois, l'oubli semble constituer la seule façon de détruire l'information, de la faire disparaître, à condition qu'elle ne soit connue d'aucune autre personne.

Enfin, il semble difficile de modifier l'information économique, sans fondamentalement porter atteinte à ce qu'elle est. En l'absence, une fois de plus, de support sur lequel procéder à ces modifications, on procèdera plutôt à une altération de son contenu, par un mensonge, ou amélioration. Mais dans ces cas, s'agit-il vraiment toujours de la même information ? N'est-ce pas là une façon de la détruire pour la remplacer par une autre ? Ou de faire coexister deux informations, l'une vraie, l'autre fausse ? Serait-on alors aussi propriétaire d'une information mensongère ? N'y a-t-il pas un aspect absurde à vouloir reconnaître une telle propriété ? Est-ce vraiment l'objectif de la propriété que de protéger également des mensonges, au nom de la liberté du propriétaire de faire ce que bon lui semble de son bien ? À l'inverse, si un tiers répand une fausse information détenue par ailleurs, va-t-on vraiment qualifier cela d'atteinte à la propriété ? Ne se situe-t-on pas là ailleurs ? Le contenu de l'information n'est pas aussi libre qu'on veut bien le croire, sans pour autant que le meilleur moyen de le protéger soit la propriété.

Quoi qu'il en soit, il ne semble pas raisonnable de considérer que le pouvoir du propriétaire sur son information soit aussi absolu que le laisserait entendre l'application d'un rapport de propriété classique. L'absolutisme de ce rapport est remis en cause par la nature même de l'information économique, immatérielle et reproductible à l'infini.

⁸¹⁵ *Id.*, par. 74.

⁸¹⁶ Jacques RAYNARD, préc., note 419, à la p. 448.

240. Perpétuité de la propriété. La dernière caractéristique reconnue à la propriété est sa perpétuité. Le droit de propriété est imprescriptible⁸¹⁷, ou plus exactement, il dure tant qu'il est possible qu'une personne exerce un tel droit dessus⁸¹⁸. Ce caractère a largement perdu de son poids avec l'avènement des propriétés intellectuelles, qui connaissent un délai d'extinction, au-delà duquel il n'est plus possible de prétendre exercer un droit privatif⁸¹⁹. Ces biens incorporels tombent dans le domaine public et sont accessibles à tous. Le risque est aussi présent pour l'information économique, et peut-être même de manière plus pressante. S'il est vrai qu'il est possible que, dans certaines circonstances, un secret hermétique puisse être maintenu autour de ces dernières, cela n'est pas le cas le plus fréquent ni le plus problématique. Tant que le secret se maintient, on garantit l'exclusivité associée à une certaine forme de propriété, aussi fragile soit-elle, qui durera aussi longtemps que le secret lui-même. Mais une fois ce dernier éventé, il n'existe plus de véritable protection de nature à empêcher que des concurrents s'en emparent. De même que l'exclusivité est perdue, la propriété en tant que telle prend fin. Elle ne peut être perpétuelle dans ces circonstances.

241. Propriété *sui generis*. Cette vision de la propriété héritée de la Révolution française, et qui reste encore prégnante dans les codes civils français et québécois, ne peut s'adapter à l'information économique. Bien sûr, cette conception a été assouplie avec le temps, par la prise en compte d'autres impératifs⁸²⁰ venus limiter l'absolutisme des pouvoirs du propriétaire. Mais elle demeure ancrée dans la matérialité et ne peut satisfaire les besoins de réservation de l'information. Son appropriation devrait alors passer, comme pour les propriétés intellectuelles, par un autre dispositif complémentaire⁸²¹, par exemple une procédure d'enregistrement ou d'inscription particulière⁸²². Une telle forme de propriété *sui generis* permettrait de signaler le lien d'appropriation et de concrétiser l'exclusivité du rapport entre

⁸¹⁷ P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, n°460, p. 155 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 278. Art. 2227 C. civ. : « Le droit de propriété est imprescriptible. » Certes, on ne retrouve pas de texte équivalent dans le *Code civil du Québec*, mais la doctrine ne semble pas contester ce caractère perpétuel du droit, sans que l'on ait pour autant la certitude qu'il soit imprescriptible.

⁸¹⁸ D.-C. LAMONTAGNE, préc., note 624, n°207 ; P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, n°463, p. 157 ; S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, préc., note 597, p. 100 ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 279.

⁸¹⁹ La règle générale est que le droit d'auteur survit pendant un délai de 50 ans après le décès de l'auteur au Canada (*Loi sur le droit d'auteur*, préc., note 726, art. 6) et de 70 ans après son décès en France (art. L132-1 al. 2 C. propr. int.). La durée est de 20 ans dans la cadre des brevets d'invention délivrés en France (art. L611-2 C. propr. int.) et au Canada depuis le 1^{er} octobre 1989 (*Loi sur les brevets*, préc., note 315, art. 44. Ce délai était précédemment de 17 ans). Les marques de commerce nécessitent leur réenregistrement selon une certaine fréquence pour pouvoir continuer à être exploitées exclusivement. Ainsi, l'enregistrement d'une marque est valable pendant 10 ans en France (article L712-1 C. propr. int.) et 15 ans au Canada (*Loi sur les marques de commerce*, préc., note 435, art. 46(1)).

⁸²⁰ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 282 et suiv.

⁸²¹ Dans le même sens : R. OLLARD, préc., note 241, n°379.

⁸²² J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 240 et 303.

l'information économique et son propriétaire. Mais, là encore, cela signifie l'intervention du législateur pour mettre en place un tel régime spécial, qui ne peut apparaître *ex nihilo*. Une telle intervention législative signifie de toute façon que l'on sort du cadre général de la propriété, puisque cela nécessite la création d'un nouvel outil, qui n'a rien à voir avec la conception classique de la propriété. À l'évidence, on ne peut prétendre avoir recours au droit général de propriété, lorsqu'on prétend y adosser un dispositif qui y est étranger.

242. Retour à la responsabilité civile. Voudrait-on croire à la création informelle d'un tel registre, basé sur la bonne foi humaine, qui respecterait les droits exclusifs de ceux qui y ont enregistré des informations, que cela ne procure pas les moyens de défendre l'appropriation factuelle ainsi consacrée. En l'absence de cadre légal, on ne peut concevoir d'autres outils juridiques au service de la protection des intérêts du propriétaire que le cadre malléable de la responsabilité civile. Mais alors, pourquoi créer un dispositif si c'est pour finalement s'en remettre à ce que prévoit déjà la loi ? On ne voit alors qu'un seul intérêt à la création d'un registre purement informel : faciliter la preuve d'une faute de nature à engager la responsabilité civile d'autrui, en démontrant qu'on savait utiliser une information appropriée par ailleurs. Mais, là encore, cela ne démontre pas qu'il s'agit spécifiquement de propriété, tant l'attachement à l'information peut relever d'un rapport personnel plutôt que d'appropriation. Pourquoi ne pas se contenter alors de rechercher une preuve dans le lien qui unirait l'information à une personne, physique ou morale, en particulier ?

243. Controverse résiduelle. Il reste qu'une telle hypothèse ne clôt pas tout à fait le débat, car elle ne met pas fin à une controverse, tant juridique que philosophique. La réussite d'un tel registre, dans un contexte informel, est conditionnée par sa reconnaissance par tous et l'acceptation de son caractère contraignant.

1.2.2 Les conséquences théoriques incertaines de la propriété de l'information

244. Paradigme de la propriété. On ne saurait trop s'étonner de vouloir rallier les rapports de l'homme à son environnement sous la bannière de la propriété. Cette technique a pris une importance considérable à partir du moment où l'on en a fait un droit fondamental, consacré dans les premières déclarations de droits modernes⁸²³. Mais bien plus qu'un droit de l'homme, ce droit est de plus en plus considéré comme intimement lié à l'épanouissement personnel. Il occupe aujourd'hui la place d'un paradigme qui explique les rapports de l'homme au monde qui l'entoure, dans sa matérialité et son immatérialité. Cela concerne même le rapport

⁸²³ Art. 2 DDHC; U.S. CONST. amend. IV.

que chacun entretient avec son nom, son image, sa voix, son temps⁸²⁴ ou son corps⁸²⁵ dont la patrimonialisation est indéniable. En les traitant comme des objets dont on peut négocier l'utilisation et tirer un bénéfice quelconque, cela revient à les voir comme des biens, et ultimement, à y imposer un rapport de propriété.

245. Limites à l'appropriation. Cette évolution, et la facilité avec laquelle l'homme a tendance à faire entrer dans le monde des biens toute nouvelle entité sur laquelle il a plus ou moins la maîtrise, imposent tout de même de soulever une question : jusqu'où va se poursuivre ce mouvement de fond ? Y a-t-il une limite à l'application d'un rapport d'appropriation sur le monde qui nous entoure ? Quelles sont les conséquences de telles velléités d'appropriation ? Ces questions ne sont pas anodines en ce qui concerne l'information économique. La présenter comme un bien approprié entre en conflit avec d'autres conceptions, qui interpellent directement le régime de la propriété.

246. Conflit idéologique. D'abord, il n'est absolument pas évident que l'information, économique ou non, doive être réservée au profit d'une seule personne ou d'un petit groupe de personne. Un certain nombre d'auteurs demeurent réticents à reconnaître un droit privatif sur un objet qui devrait selon eux relever d'autres régimes. L'information n'a pas pour seule optique la création de valeurs et de bénéfices. Elle participe à la construction d'un savoir, qui n'est pas nécessairement l'objet d'une réservation. Tout le monde devrait pouvoir y accéder, de la même manière que l'on accède au savoir scientifique ou philosophique. Les formules mathématiques, les idées, les découvertes naturelles ne sont pas susceptibles d'une quelconque réservation, et l'information qui y est reliée ne devrait pas l'être non plus. L'idée de s'approprier de telles informations entre en contradiction avec des principes élémentaires de la propriété intellectuelle⁸²⁶. L'information économique, en ce qu'elle est une donnée du monde existant⁸²⁷, contribue à l'enrichissement de la connaissance et, à ce titre, pourrait être accessible à tous, sans satisfaire les désirs de réservation de quelques-uns. Dans cette optique, l'information est défendue comme étant un bien commun, insusceptible d'appropriation exclusive⁸²⁸. « L'intérêt de la collectivité impose la non-monopolisation de l'information. »⁸²⁹ Le rapprochement avec

⁸²⁴ *Supra*, n°191.

⁸²⁵ Bien que cela ne soit pas le cas en France et au Canada, il est courant aux États-Unis d'Amérique de se faire prélever du sang contre rémunération (M. J. SANDEL, préc., note 630, p. 123. On peut encore citer l'utilisation de son corps pour diffuser de la publicité (en l'occurrence en se rasant la tête : Andrew Adam NEWMAN, « The body as billboard: your ad here », *New York Times*, 17 février 2009).

⁸²⁶ N. MALLET-POUJOL, préc., note 11, n°9.

⁸²⁷ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 265.

⁸²⁸ N. MALLET-POUJOL, préc., note 11, n°7.

⁸²⁹ *Id.*, n°6.

les *res communis* est intéressant dans la mesure où l'information est non seulement utile à tous, mais aussi une ressource inépuisable.

Bien sûr, ce point de vue s'appliquera avec nuance, selon l'information concernée. Les informations économiques originales, qui se rapprochent des brevets et des savoir-faire sont susceptibles de réservation, puisque de toute façon des régimes d'appropriation sont prévus. Il ne s'agit pas de contester les acquis de la propriété intellectuelle, mais plus simplement de les respecter, en se conformant au cadre qu'ils établissent. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les informations économiques doivent recevoir un traitement équivalent.

247. Conflits d'intérêts. En outre, si l'information n'est pas seulement un bien créé par une personne, mais aussi un outil du savoir et de l'accès à la connaissance, elle doit servir les intérêts de tous, dans une optique égalitaire et démocratique⁸³⁰. Considérer l'information comme un bien contribue à l'échange et au « libre parcours des idées »⁸³¹. À ce titre, on pense naturellement à la participation de celle-ci à la liberté d'expression et ses corollaires⁸³².

Ces principes n'ont pas été choisis pour rien. Le savoir appartient à l'ensemble de l'humanité, ce qui justifie effectivement d'en garantir l'accès. Le phénomène des lanceurs d'alerte éclaire bien cette problématique : il existe parfois des impératifs qui imposent l'accès à l'information. En effet, admettre un droit de propriété sur l'information économique pourrait compromettre toute possibilité pour les tiers d'en faire usage, même au service d'un intérêt plus grand. Il semble assez paradoxal de prétendre s'adjoindre la puissance de la propriété sur un objet qui apparaît si rétif à toute forme de réservation exclusive.

248. Conflits de régime. Enfin, recourir à la protection de l'information par le régime général de la propriété risque de rendre obsolètes les régimes spéciaux de propriété établis sur certains biens immatériels. En effet, ces derniers ont été établis par la loi afin d'apporter une protection spécifique, mais limitée, à certains biens immatériels, comme c'est le cas des brevets. Si l'on pouvait se contenter de se tourner vers la propriété classique pour protéger n'importe quel bien immatériel, dont l'information économique, au détriment des régimes spécialement prévus, ces derniers perdraient tout leur intérêt. En outre, on offrirait au détenteur de l'information le moyen de contourner les limites établies dans ces régimes spéciaux, notamment quant à la durée de la protection. Cela contredirait directement la volonté législative, qui ne s'est

⁸³⁰ *Id.*, 331; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 265.

⁸³¹ N. MALLET-POUJOL, *id.*, n°6.

⁸³² *Infra*, n°446 et suiv.

pas exprimée en vain. Le maintien d'une distinction entre les domaines des régimes conditionne la persistance de la pertinence de chacun d'entre eux.

249. Bilan. Les biens immatériels, dont fait partie l'information économique, ont très certainement pris une importance considérable ces dernières années. On constate une redéfinition des catégories du Code civil, où la distinction matériel/immatériel est en train de supplanter la *summa divisio* traditionnelle bien meuble/immeuble⁸³³. D'ailleurs, il est impossible de classer l'information économique dans l'une ou l'autre de ces catégories. Les limites de la classe des choses corporelles semblent avoir été atteintes, alors que la capacité d'accueil de celle des biens incorporels est exponentielle⁸³⁴ : la plupart des nouvelles entités créées ou découvertes par l'homme intègrent cette catégorie, comme si l'exploration du monde sensible avait été achevée, tandis que celle du monde des idées n'en était qu'à son balbutiement.

« Notion éclatée »⁸³⁵, l'information économique entre très certainement dans la catégorie des biens incorporels. Pourtant elle ne semble pas si parfaitement intégrer le monde des biens, tant sa réalité plurielle se heurte aux cadres stricts et univoques des codes civils français et québécois. Le droit positif continue d'ailleurs de recourir à des cadres juridiques divers⁸³⁶, pour saisir le polymorphisme de l'information économique. Il ne suffit pas d'affirmer haut et fort que la valeur est désormais le nouvel indice déterminant du concept de bien pour que l'information économique en soit un. Cela semble davantage relever d'un vœu pieux, qui ne connaît malheureusement que peu de traduction dans la pratique des tribunaux sur la base du droit civil : pour l'heure, il n'existe pas de décisions qui se soient clairement exprimées pour affirmer que l'information est un bien⁸³⁷, si ce n'est pas pour dire le contraire⁸³⁸. La jurisprudence refuse même d'appliquer l'article 2276 C. civ. aux biens immatériels⁸³⁹. Pour ces derniers, la possession ne peut valoir preuve d'un titre de propriété. Sans compter que les juges n'ont pas non plus abandonné l'idée que l'information doit circuler et ne saurait être réduite à être contrôlée par celui prétendant l'avoir découverte en premier. Cette répugnance des juges se retrouve essentiellement dans le cadre des relations employeur-employé, qui représentent tout de même une part importante des difficultés soulevées par la question de la maîtrise de

⁸³³ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 238.

⁸³⁴ G. GIDROL-MISTRAL, préc., note 636, 70.

⁸³⁵ *Id.*, 100.

⁸³⁶ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 240.

⁸³⁷ *R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963, 975 et 976. Au contraire, les juges précisent ici que « la protection accordée aux renseignements confidentiels dans la plupart des affaires civiles résulte davantage d'une obligation de bonne foi ou de l'existence de relations fiduciaires que d'un droit de propriété. »

⁸³⁸ *Tri-tex Co. inc. v. Ghaly*, préc., note 490.

⁸³⁹ Soc. 3 juillet 1953, *Bull. civ.* IV, n°536.

l'information. Cela démontre aussi que l'on n'est pas prêt à limiter cette dernière au cadre familial et rassurant des biens. C'est aussi une bonne nouvelle pour notre lanceur d'alerte, qui peut ainsi trouver un cadre légitime à sa propre utilisation de l'information économique, particulièrement lorsqu'il est l'employé « traître ». En refusant d'appliquer purement et simplement le régime du droit des biens à l'information économique, on ferme autant la porte à un contrôle souverain sur celle-ci que l'on ouvre la possibilité d'une utilisation plus démocratisée, à visage humain. Le lanceur d'alerte bénéficiera de cette souplesse, lui ouvrant la voie à la révélation dans des conditions qui peuvent légitimer son intervention.

Cette incompatibilité de l'information économique avec le droit commun des biens est encore renforcée lorsqu'on l'examine sous l'angle des infractions pénales applicables à la protection des biens.

2 L'adaptation imparfaite de l'information économique au droit pénal des biens

250. Recours au droit pénal. En complément des règles civiles, le droit pénal français et le droit criminel canadien interviennent aussi pour protéger les biens contre les atteintes les plus graves à ces derniers et aux droits de ceux qui en sont propriétaires. Il est donc tout autant important de vérifier l'applicabilité à l'information économique des infractions relatives à la protection des biens. Or, l'information économique intègre difficilement la matière pénale. On trouvera ici de quoi incriminer le comportement du lanceur d'alerte, lorsque celui-ci fait un usage non prescrit de l'information économique, notamment en l'exprimant. On peut tout à fait envisager que, pour réaliser une alerte, il faille voler ou manipuler préalablement l'information. L'adaptabilité de l'information économique à la protection pénale des biens permettra de savoir comment le lanceur d'alerte peut réaliser ces infractions alors qu'il parle.

251. Exclusions. Les infractions classées parmi celles protégeant les biens sont nombreuses. Toutes ne concourent pas nécessairement à la protection de l'information économique, si on la considère comme un bien. C'est le cas, par exemple, de l'organisation frauduleuse d'insolvabilité⁸⁴⁰ ou du détournement de gage ou objet saisi⁸⁴¹ en France, infractions qui protègent davantage le patrimoine et les droits des créanciers⁸⁴² que les biens eux-mêmes. Au Canada, on peut pareillement exclure le crime de taux d'intérêt criminel⁸⁴³ qui

⁸⁴⁰ Art. 314-7 et suiv. C. pen.

⁸⁴¹ Art. 314-5 et 314-6 C. pen.

⁸⁴² R. OLLARD, préc., note 241, n°161, p. 110 et n°172, p. 116. Dans le même sens au regard de gage ou objet saisi : F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, n°115, p. 163.

⁸⁴³ Art. 347(1) C. crim.

a davantage vocation à protéger les débiteurs contre des pratiques abusives, ou encore l'introduction par effraction⁸⁴⁴, qui implique la possibilité d'introduire au moins une partie du corps d'une personne à l'intérieur d'une chose⁸⁴⁵. Cette infraction ne peut porter que sur un objet matériel, ce qui ne sera évidemment pas le cas de l'information.

252. Infractions protégeant d'autres valeurs. Même dans le cas des infractions qui sont classiquement reconnues comme susceptibles de protéger l'information, spécialement en France, il faut faire preuve de nuances. L'escroquerie⁸⁴⁶, l'extorsion⁸⁴⁷, le chantage⁸⁴⁸ et leurs infractions voisines ne concourent pas nécessairement uniquement à la préservation du droit de propriété. Elles ont aussi d'autres objectifs, comme la protection du consentement dans la conclusion de certains actes, incitant à penser qu'elles visent davantage à réguler les obligations⁸⁴⁹. Elles semblent être définitivement des infractions protégeant le patrimoine⁸⁵⁰, voire même des droits personnels⁸⁵¹, bien plus que la seule propriété. Ces infractions ont dépassé leur vocation initiale à protéger ce droit, pour se fondre davantage dans les besoins sociaux contemporains⁸⁵². En outre, lorsqu'on recherche l'équivalent de ces infractions dans le *Code criminel* canadien⁸⁵³, l'infraction de fraude⁸⁵⁴ semble le mieux correspondre : il s'agit de priver autrui d'un bien, service, valeur ou de fonds, par un moyen frauduleux. La fraude ne figure cependant pas parmi les infractions contre la propriété, mais dans la partie consacrée aux « opérations frauduleuses en matière de contrats et de commerce »⁸⁵⁵. Certes, le plan du *Code*

⁸⁴⁴ Art. 348(1) et suiv. C. crim.

⁸⁴⁵ Art. 350 C. crim.

⁸⁴⁶ Art. 313-1 C. pen.

⁸⁴⁷ Art. 312-1 C. pen.

⁸⁴⁸ Art. 312-10 C. pen.

⁸⁴⁹ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, n°115, p. 163 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°103, p. 75.

⁸⁵⁰ F. ZÉNATI, *id.*, n°117, p. 164.

⁸⁵¹ R. OLLARD, préc., note 241, n°42, p. 40.

⁸⁵² *Id.*, n°42, p. 40.

⁸⁵³ L'extorsion et le chantage ont un équivalent plus proche, à savoir le crime d'extorsion prévu à l'art. 346(1) C. crim. La rédaction de cette infraction la rapproche davantage de la fraude toutefois, laissant penser qu'elle aurait plus sa place dans la partie X du *Code criminel*. Pour une critique de l'agencement des infractions : COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport n°31, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987, p. 1 ; R. c. *Lapointe*, [1976] C.S.P. 1006, 1009 (C.S.P.) : « On peut se demander pour quelle raison le Législateur a mis, dans des parties différentes du *Code criminel*, les infractions de faux prétexte et de faux, d'une part, et de fraude, d'autre part. (...) À première vue, il semble surprenant que l'on ait ainsi placé dans des parties différentes des infractions qu'on pourrait qualifier de même nature ou de même famille. » ; Gisèle COTE-HARPER, Jean TURGEON et Pierre RAINVILLE, *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 1998, p. 31 ; Gisèle COTE-HARPER et Antoine MANGANAS, *Principes de droit pénal général*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1981, p. 21 ; Jean TURGEON, « Introduction au droit pénal général », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, n°19, à jour au 1^{er} novembre 2020 (Lad/QL).

⁸⁵⁴ Art. 380(1) C. crim.

⁸⁵⁵ Partie X C. crim.

criminel n'a pas de valeur au Canada, pas même interprétative, mais on peut tout de même voir dans ce classement des infractions en différentes catégories une représentation de ce qu'elles sont censées protéger. Il semble que le législateur, en son temps, ait voulu faire une distinction entre les infractions véritablement destinées à protéger la propriété et celles réglementant ce que l'on peut qualifier d'obligations dans le contexte civiliste. Il ne paraît donc pas si absurde de séparer les deux types d'infractions, puisqu'elles ont deux objectifs différents.

253. Infractions de protection réelle des biens. Que reste-t-il, alors, d'infractions véritablement dédiées à la protection des biens ? Plus grand-chose, pourrait-on dire, et pourtant l'essentiel. Il reste les infractions qui ont effectivement vocation à protéger les atteintes aux biens, dans leur matière ou dans le droit de propriété qui les accompagne⁸⁵⁶, en tant que « véritable violence patrimoniale »⁸⁵⁷ : le vol, le recel en France, autrement appelé possession de biens criminellement obtenus au Canada et les infractions d'atteintes directes aux biens, appelées les destructions, dégradations, détériorations en France, et crime de méfaits au Canada⁸⁵⁸.

254. Pertinence du domaine d'analyse. Une telle analyse réduit considérablement le champ potentiel de la protection de l'information économique par le droit pénal. Précisons qu'il n'est pas question de nier le rôle des autres infractions contenues dans le livre 3 du Code pénal français, ou dans les parties 9 et 10 du *Code criminel* au Canada. Il n'est pas non plus question de dire que les infractions de fraude, abus de confiance et escroquerie particulièrement n'ont jamais vocation à protéger les biens. Nous soutenons simplement l'idée que, au regard de l'information économique, ces infractions ont un rôle supplémentaire à jouer. Elles protègent le détenteur de l'information pour qu'il ne consente pas à des actes impliquant cette dernière qui seraient contraires à ses intérêts. Dans la mesure où nous nous concentrons dans ce chapitre sur la capacité de l'information économique à être un bien susceptible d'appropriation, il nous semble que la démonstration sera mieux servie si l'on concentre l'analyse sur les infractions ayant véritablement et uniquement vocation à protéger les biens, de manière exemplaire. À ce

⁸⁵⁶ F. ZENATI, *Essai sur la nature juridique de la propriété*, préc., note 624, n°115, p. 162.

⁸⁵⁷ Laurent SAENKO, « Vol par téléchargement de données numériques », D. 2015.1466, 1466.

⁸⁵⁸ On pense aussi évidemment à l'abus de confiance dans le premier pays (art. 314-1 C. pen.). Mais, cette infraction ayant parfaitement réussi son adaptation à l'immatériel, elle ne mérite pas davantage de développements que ceux déjà réalisés sur la question. En outre, on pourrait aussi penser qu'elle a vocation à protéger les rapports de confiance, formels ou informels, s'établissant entre les individus. Par ailleurs, l'abus de confiance ne connaît pas d'équivalent au Canada. Elle ne constitue qu'une modalité du vol (art. 322(1) C. crim.), qui ne la rend pas propice à un exercice de comparaison.

titre, le vol et les infractions d'atteintes directes aux biens sont les meilleurs outils, en ce qu'ils sont la transposition directe de la protection des droits du propriétaire dans le champ pénal.

255. Inadéquation des infractions contre les biens et de l'information économique.

Ainsi, lorsque l'on se limite aux infractions portant directement sur la protection des biens et uniquement sur elle, il devient tout à fait évident que l'information économique a difficilement vocation à devenir un bien. Sa nature immatérielle constitue un obstacle insurmontable, confirmant un attachement irréductible à une conception matérielle de la propriété. Cela se constate d'un double point de vue : d'abord, les infractions protégeant directement la propriété restent difficilement adaptées à l'entrée de l'immatériel dans leur domaine (2.1), ensuite, les infractions d'atteinte directe aux biens, elles, sont totalement hermétiques à toute forme de dématérialisation (2.2).

2.1 La protection pénale de la propriété de l'information économique

256. Définition du vol. Les infractions sur lesquelles nous nous arrêterons ici sont le vol, le recel et la possession de biens criminellement obtenus. Le vol consiste au Canada en l'« infraction par laquelle une personne, frauduleusement et sans apparence de droit, prend un bien qui appartient à autrui »⁸⁵⁹. On retient une définition similaire en France⁸⁶⁰. Cette infraction est particulièrement intéressante, car elle représente l'acte le plus simple⁸⁶¹, le plus ancien⁸⁶² et le plus directement attentatoire à la propriété. À ce titre, la possibilité de commettre un vol sur l'information économique sera particulièrement exemplaire pour vérifier sa capacité à être un bien.

257. Définition du recel. S'il existe plusieurs types de recel⁸⁶³, nous nous intéresserons uniquement à celui qui consiste en le « fait de détenir et de tenir cachée une chose que l'on [sait] provenir d'un crime ou d'un délit »⁸⁶⁴. L'étude du recel est difficilement dissociable de celle du vol, car il en est la continuité : il consiste à conserver le bien, après en avoir privé le

⁸⁵⁹ H. REID et S. REID, préc., note 349, p. 647, °Vol.

⁸⁶⁰ G. CORNU, préc., note 31, p. 1083, °Vol. : « fait de s'emparer frauduleusement de la chose mobilière d'autrui avec l'intention d'agir en propriétaire de cette chose ».

⁸⁶¹ Wilfrid JEANDIDIER, *J.-Cl. Pén. Code – art. 311-1 à 311-16*, fasc. 20, Vol, n°2.

⁸⁶² Au Canada, le vol a pour source la *common law*, ce qui signifie que son incrimination est bien antérieure à sa transposition écrite dans le *Code criminel* (Jacques GAGNE et Pierre RAINVILLE, *Les infractions contre la propriété : le vol, la fraude, et certains crimes connexes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 19). En France, le vol prend ses racines dans le droit romain, sous la forme du délit privé nommé *furtum* (Alexis MIHMAN et Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC, *Rép. pén.* Dalloz, v° Vol, n°1 ; W. JEANDIDIER, *id.*, n°3 et 4).

⁸⁶³ Comme le recel de cadavre en France (art. 434-7 C. pén.), ou le recel de criminel (art. 434-6 C. pén. ; art. 83.23(1) C. crim.).

⁸⁶⁴ G. CORNU, préc., note 31, p. 856, °Recel. La doctrine canadienne retient quasiment la même définition. Elle est entendue comme l'« infraction consistant à conserver des objets volés par une autre personne » (H. REID et S. REID, préc., note 349, p. 526, °Recel).

propriétaire légitime. Ces deux infractions ont donc un ordre chronologique. Elles entretiennent un lien particulier⁸⁶⁵, le recel prolongeant la privation primaire, même si elle peut résulter d'une autre infraction que le vol. Infraction de conséquence, le recel illustre la pénalisation de la poursuite de l'activité criminelle, et bien sûr la poursuite de la privation du bien pour son propriétaire.

258. Vol et recel d'information économique. Étant les deux infractions les plus représentatives de la protection de la propriété, il s'agira de savoir si l'information économique peut être l'objet de l'une et de l'autre. Bien sûr, il ne fait aucun doute que tout support matériel de l'information sera effectivement l'objet d'un vol⁸⁶⁶. Ici, c'est plutôt la question de savoir si l'on peut soustraire l'information seule, en tant que bien intangible. On craint toutefois de décevoir le lecteur. Le vol reste décidément réfractaire à la dématérialisation en France et au Canada (2.1.1), tandis que le recel d'information n'est envisageable que sous des formes spécifiques, qui s'éloignent d'une atteinte classique au droit de propriété (2.1.2).

2.1.1 Le vol d'information économique

259. Définitions légales. Le vol est défini en France à l'art. 311-1 C. pén., comme « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Au Canada, l'art. 322 C. crim. dispose :

« Commet un vol quiconque prend frauduleusement et sans apparence de droit, ou détourne à son propre usage ou à l'usage d'une autre personne, frauduleusement et sans apparence de droit, une chose quelconque, animée ou inanimée, avec l'intention :

- a) Soit de priver, temporairement ou absolument, son propriétaire, ou une personne y ayant un droit de propriété spécial ou un intérêt spécial, de cette chose ou de son droit ou intérêt dans cette chose ;
- b) Soit de la mettre en gage ou de la déposer en garantie ;
- c) Soit de s'en dessaisir à une condition, pour son retour, que celui qui s'en dessaisit peut être incapable de remplir ;
- d) Soit d'agir à son égard de telle manière qu'il soit impossible de la remettre dans l'état où elle était au moment où elle a été prise ou détournée. »⁸⁶⁷

Le contraste est assez saisissant entre la concision du texte français, inchangé depuis 1810, et la longueur du texte canadien. Malgré tout, on y retrouve essentiellement les mêmes éléments constitutifs : l'infraction consiste à s'emparer frauduleusement de l'objet de l'infraction qui, dans les deux cas, est une chose. L'intention est décrite de manière complexe

⁸⁶⁵ J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 100.

⁸⁶⁶ R. c. *Desroches*, (1992) 51 C.A.Q. 118. Un employé avait quitté son emploi en s'emparant d'un document confidentiel. En s'emparant du support matériel de l'information, l'employé a bien commis un vol, même si la valeur de ce support est négligeable (par. 26 à 31) ; J. GAGNE et P. RAINVILLE, *Id.*, p. 25 ; W. JEANDIDIER, *Vol*, préc., note 861, n°20 ; Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC, « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », D. 1985.43, n°23.

⁸⁶⁷ Art. 322(1) C. crim.

dans l'article 322 C. crim, mais pourrait se résumer simplement : il s'agit de la volonté de se comporter comme le légitime propriétaire de la chose, tout en sachant qu'elle appartient à autrui. Cela n'est en réalité pas si différent de l'interprétation retenue en France⁸⁶⁸.

260. Domaine d'étude. Nous ne nous attarderons pas sur l'étude de l'ensemble des éléments constitutifs de ces infractions, car ils ne sont pas tous pertinents pour savoir si l'information économique peut effectivement être l'objet d'un vol. Cet objet soulève en réalité difficulté à l'égard deux aspects : quant à l'objet de l'infraction (2.1.1.1) et quant à l'acte constitutif du vol (2.1.1.2). Nous laisserons volontairement de côté l'étude des autres éléments constitutifs, car c'est la capacité de l'information économique à être l'objet d'un vol qui est en jeu ici, dans la perspective de savoir si elle peut être un bien.

2.1.1.1 L'ambiguïté de l'objet du vol

261. Approche classique de l'objet du vol. Il est intéressant de noter d'emblée que les textes français et canadiens emploient tous deux exactement le même vocabulaire pour décrire l'objet du vol. Ils parlent tous deux d'une chose. On sait déjà que la notion recouvre un sens particulier en droit⁸⁶⁹. Néanmoins, les juges en retiennent la même conception dans les deux pays, en tant qu'entité corporelle et mobilière⁸⁷⁰. On discerne un attachement à l'idée qu'il doit s'agir d'un objet corporel, animé ou inanimé, sur lequel s'exerce une emprise physique⁸⁷¹.

262. Décision *Offley*⁸⁷². Cette position traditionnelle est un peu bousculée par l'avènement des biens immatériels et la croissance exponentielle de leur valeur. Inéluctablement, les tribunaux se sont trouvés confrontés à la question de savoir si ces derniers, plus particulièrement l'information, étaient susceptibles de vol.

⁸⁶⁸ Valérie MALABAT, *Droit pénal spécial*, 9e éd., coll. HyperCours, Paris, Dalloz, 2020, n°765, p. 455.

⁸⁶⁹ *Supra*, n°189.

⁸⁷⁰ W. JEANDIDIER, *Vol*, préc., note 861, n°20 ; A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°23 ; V. MALABAT, préc., note 868, n°756, p. 449 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°291, p. 182.

⁸⁷¹ Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle décidé que les communications téléphoniques ne pouvaient être l'objet d'un vol, car elles « constituent des prestations de service non susceptibles d'appropriation » (Crim. 12 décembre 1990, *Bull. crim.*, n°430). On notera que la solution canadienne diffère au sujet des communications téléphoniques, pour la simple raison que le législateur a prévu spécifiquement le vol de télécommunication (art. 326(1) C. crim.).

La Cour suprême a quant à elle considéré qu'un témoignage oral ne pouvait être considéré comme une chose au sens du droit criminel, et ne pouvait pas à ce titre faire l'objet d'une saisie : *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission pour les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 569 et 570.

⁸⁷² *R. v. Offley*, 1986 ABCA 110.

Une première décision a été rendue par la Cour d'appel de l'Alberta à propos de faits analogues⁸⁷³. La Cour d'appel de l'Alberta a décidé sans ambages que, selon elle, l'information ne saurait être une chose quelconque, susceptible de vol. Elle considère que l'information ne peut pas même être une chose inanimée et qu'à aucun moment le détenteur légitime de celle-ci ne peut en être privé⁸⁷⁴. En fait, elle considère même que le secret n'ouvre pas la voie à la propriété⁸⁷⁵. Sans nier l'incalculable valeur que peut acquérir l'information, la régulation de sa circulation appartiendrait en réalité au domaine du droit des contrats et de la responsabilité⁸⁷⁶. Ainsi, pour les juges de l'Alberta, l'information ne peut être susceptible de vol, non seulement parce qu'elle ne peut constituer une chose quelconque au sens de l'article 322(1) C. crim. mais aussi parce qu'il n'y a en réalité jamais privation de celle-ci⁸⁷⁷.

263. Cas d'école. La Cour suprême s'est ensuite prononcée sur la question dans l'arrêt *Stewart*⁸⁷⁸, en déterminant exactement ce que recouvre le terme « chose » dans le contexte du vol. En l'espèce, un syndicat tentait de faire adhérer les employés d'un hôtel. La direction de l'établissement a refusé de fournir leurs données personnelles, en considérant qu'il s'agissait de renseignements confidentiels. Le syndicat s'est alors tourné vers l'appelant, le mandatant dans le but de les obtenir. M. Stewart a alors offert de l'argent à un gardien de l'hôtel en échange de l'obtention de la liste des noms et adresses des employés. Ce dernier a refusé, étant parfaitement au courant du refus préalable de la direction. Le gardien a signalé les agissements de M. Stewart à la police, ce qui a conduit à son accusation pour tentative de vol. La question était alors de savoir si des renseignements confidentiels pouvaient être directement l'objet d'un vol⁸⁷⁹.

⁸⁷³ *Id.* M. Offley était un ancien sergent de la Gendarmerie royale du Canada, qui occupait sa retraite en dirigeant une société de sécurité privée. Une partie de son travail consistait à récolter des informations pour le compte des sociétés qui l'employaient, afin de vérifier la fiabilité de candidats à des emplois qu'elles proposaient. En juin 1984, M. Offley s'est rapproché d'un agent de police et lui a demandé de rechercher les informations nécessaires dans les fichiers de la police, en lui promettant de le payer 2\$ par nom. L'agent de police a rapporté cette offre à ses supérieurs qui ont alors mis en place un stratagème visant à surprendre M. Offley pendant qu'il commettrait l'infraction. Cela a conduit à l'arrestation de ce dernier et à son accusation pour avoir conseillé de commettre un vol d'information et pour corruption : *Id.*, par. 2.

⁸⁷⁴ *Id.*, par. 12.

⁸⁷⁵ « Secrets are not property. They are neither material things nor legal rights » : *id.*, par. 13.

⁸⁷⁶ *Id.*; Grant HAMMOND, « Theft of information », (1984) 100-2 *L.Q.Rev.* 252, 257.

⁸⁷⁷ Cette position de la Cour d'appel de l'Alberta reprend en substance les arguments retenus par certains des juges ayant statué au fond sur le cas *Stewart* (en première instance, *Regina v. Stewart*, (1982) 38 O.R. (2d) 84 (ON H.C.J.)). Toutefois en appel, le juge Lacourcière, dissident, a été le seul à reprendre un tel raisonnement : *Regina v. Stewart*, (1983) 42 O.R. (2d) 225 (ON C.A.) (dissidence j. Lacourcière). La majorité de la Cour d'appel de l'Ontario a estimé que l'information pouvait être un bien susceptible de vol. Pour une critique du raisonnement de la Cour d'appel : G. HAMMOND, préc., note 876, 256 à 258.

⁸⁷⁸ *R. c. Stewart*, préc., note 837.

⁸⁷⁹ *Id.*, 972.

Dans cette affaire, il semblait clair d'emblée que l'opération n'impliquait pas le support matériel des informations recherchées. Il n'était question que de la seule transmission des données des employés⁸⁸⁰, ce qui en fait un exemple idéal pour traiter du vol d'information économique pure. En effet, les informations relatives aux employés étaient un moyen pour le syndicat de les contacter et de les convaincre d'y adhérer. Cela représente certainement un avantage pécuniaire et un renforcement de l'influence et du poids du syndicat dans les négociations avec l'employeur ou les institutions publiques. Ce sont donc des informations ayant une valeur. En outre, les faits induisent l'existence d'un certain secret entourant ces informations, puisqu'elles ne sont de toute évidence pas librement accessibles. Il s'agit donc d'un cas d'école et d'une décision cardinale si l'on veut juger de la capacité de l'information économique à être l'objet d'un vol, au sens de l'article 322(1) C. crim.

264. Acception élargie. La Cour suprême va cependant suivre un raisonnement quelque peu différent. D'emblée, elle n'a pas souhaité imprimer de sens spécifique à la notion de chose⁸⁸¹. « Elle pourrait donc englober aussi bien des choses tangibles que des choses intangibles. »⁸⁸² Ainsi la jurisprudence avait déjà admis un vol de crédit, par l'utilisation des fonds d'une compagnie destinés au remboursement du prêt bancaire contracté pour l'achat de cette même compagnie⁸⁸³. Puisque certains biens incorporels sont susceptibles d'être volés, cette caractéristique de l'information ne devrait pas être un obstacle à sa reconnaissance en tant que chose quelconque.

265. Assimilation bien et chose. Dans la décision *Stewart*⁸⁸⁴, les juges imposent tout de même deux restrictions à la notion de chose. La première suppose que, peu important le caractère tangible ou intangible de celle-ci, elle doit pouvoir faire l'objet d'un droit de propriété⁸⁸⁵. Cela signifie qu'il faut que la chose appartienne à quelqu'un, ce qui conduit à assimiler les notions de bien et de chose dans le contexte du vol. C'est une condition qui ne figure pas dans le texte de l'art. 322 C. crim., mais qui paraît par ailleurs parfaitement logique. On la retrouve en France aussi d'ailleurs, puisque le texte du vol exige que la chose soit celle

⁸⁸⁰ *Id.*, 967.

⁸⁸¹ *Id.*, 972.

⁸⁸² *Id.*

⁸⁸³ *R. v. Scallen*, [1974] B.C.J. No. 855 (B.C.C.A.). Les juges ont considéré que ce n'est pas tant l'argent qui a été volé que le crédit, en raison des diverses opérations qui ont finalement permis de rembourser le prêt initialement contracté (*Id.*, par. 118 à 121).

⁸⁸⁴ *R. c. Stewart*, préc., note 837.

⁸⁸⁵ *Id.*, 974.

d'autrui, qu'elle appartienne donc à quelqu'un⁸⁸⁶. Cette condition d'appropriation permet de penser que l'information ne serait justement pas susceptible de vol, faute de pouvoir s'assurer qu'elle est appropriée. On a vu précédemment qu'il n'existe pas de réel consensus affirmant que l'information est effectivement appropriable⁸⁸⁷. En outre, la réservation de l'information peut être basée sur d'autres fondements que la propriété, comme une relation contractuelle⁸⁸⁸. Même s'il existait un consensus unanime de la jurisprudence civiliste québécoise pour admettre que l'information est un bien susceptible d'appropriation, cela ne signifierait pas pour autant que le droit criminel devrait se plier à cette analyse⁸⁸⁹. En conséquence, il est certain que la Cour suprême embrasse la dématérialisation des biens, mais cela ne signifie pas pour autant qu'elle admet automatiquement l'information au titre de bien susceptible d'appropriation et donc de soustraction frauduleuse. La seconde restriction concerne l'acte de vol, sur lequel nous reviendrons ultérieurement⁸⁹⁰.

266. Interprétation stricte du choix législatif. En France, l'évolution jurisprudentielle sur la question du vol d'information est plus chaotique. De nombreuses décisions sont intervenues, certains auteurs y voyant un positionnement de la Cour de cassation en faveur du vol d'information⁸⁹¹. Il semble cependant nécessaire de faire preuve de plus de nuances. Il serait au contraire souhaitable de maintenir une interprétation plus classique de la chose objet du vol, au nom du principe de légalité et son corollaire l'interprétation stricte⁸⁹², si importante dans le contexte pénal.

Dans ce pays, le terme « chose » est opposé à celui de bien qui englobe, selon la tradition de droit civil, l'incorporel appropriable. On peut y inclure l'information bien sûr, puisqu'elle est par nature immatérielle⁸⁹³. Or, le législateur a choisi précisément le terme de chose pour le vol à l'article 311-1 C. pen., alors qu'il a utilisé celui de bien dans d'autres infractions

⁸⁸⁶ L'art. 311-1 C. pen. précise que « le vol est la soustraction de la chose d'autrui ». V. MALABAT, préc., note 868, n°756, p. 449.

⁸⁸⁷ *Supra*, n°213 et suiv. ; R. c. Stewart, préc., note 837, 975 et 976.

⁸⁸⁸ *Id.*, 975.

⁸⁸⁹ *Id.*, 976.

⁸⁹⁰ *Infra*, n°273.

⁸⁹¹ Guillaume BEAUSSONIE, « La protection pénale de la propriété sur l'information », *Dr. pen.* 2008.étude 19, n°12 ; Marie-Paule LUCAS DE LEYSSAC, « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *R.S.C.* 1990.507, 511. ; A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°37.

⁸⁹² Art. 111-4 C. pen. ; Xavier PIN, *Droit pénal général*, 12e éd, coll. Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2021, n°53, p. 56. Plus particulièrement concernant le vol : S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU., préc., note 646, à la p. 99 ; Emmanuel DREYER, « Consécration - provisoire - du vol de données informatiques », *AJ Pénal* 2015.413, 414..

⁸⁹³ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, *id.*, à la p. 105.

protégeant la propriété⁸⁹⁴. Le choix ne semble donc pas anodin et il deviendrait alors logique à la fois de respecter le choix du législateur et d'en tirer toutes les conséquences : l'infraction de vol n'a vocation à s'appliquer qu'aux choses.

267. Vol du support de l'information. Cependant, confrontée à la question de savoir si l'information est susceptible de vol, la Cour de cassation a semé le doute relativement au domaine de l'infraction.

Dans un premier temps, les juges ont refusé que l'information soit seule l'objet d'un vol⁸⁹⁵. Ils ont considéré que c'est avant tout le support qui a été soustrait contre la volonté de son propriétaire, la feuille de papier étant un bien corporel mobilier appartenant à autrui⁸⁹⁶. Le traitement du vol du support de l'information se fait dans les mêmes conditions dans les deux pays⁸⁹⁷. Il n'y a donc aucun obstacle à reconnaître le vol du support de l'information par l'usage temporaire de ce dernier⁸⁹⁸, qui reste conforme à la lettre du texte du *Code pénal* et du *Code criminel*.

Dans un deuxième temps, la photocopie du document a été considérée comme un vol, ce qui reviendrait à se comporter comme le légitime propriétaire de ce dernier, sans apparence de droit. S'inscrit ici en germe l'idée que ce serait l'information qui serait l'objet recherché par l'auteur, et non le support matériel de celle-ci⁸⁹⁹. D'ailleurs, il faut remarquer que le lanceur d'alerte est tout à fait susceptible d'être accusé d'un tel vol, en se livrant à des actes similaires à ceux décrits dans les décisions françaises. En souhaitant dénoncer des faits, il peut vouloir

⁸⁹⁴ A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°45.

⁸⁹⁵ Il s'agissait d'employés qui s'emparaient de documents de leur employeur respectif afin d'en faire une photocopie. N'ayant pas l'autorisation du propriétaire de s'approprier ainsi ces documents, il s'agissait là bien d'un vol

⁸⁹⁶ Crim. 8 janvier 1979, *Logabax*, *Bull. crim.*, n°13. Dans le même sens : Crim. 29 avril 1986, *Herbreteau*, *Bull. crim.*, n°148 (soustraction de plans de matériels de l'ancien employeur afin d'en faire les copies et commercialiser les mêmes équipements, issus de ces plans) ; Crim. 24 octobre 1990, *Bull. crim.*, n°355 (employé qui photocopie des documents appartenant à son employeur sans autorisation de ce dernier, en vue de préparer sa défense à son futur procès prud'homal) ; Crim. 19 janvier 1994, pourvoi n°93-80.633, R.S.C., 1994.767, obs. Ottenhof (employée qui s'est constitué un dossier en photocopiant les documents de son employeur et à l'insu de ce dernier) ; Crim. 9 juin 2009, *Bull. crim.*, n°118 (vol par photocopie de document destiné à se défendre d'une accusation de diffamation) ; Crim. 8 novembre 2011, pourvoi n°10-82.021 (à l'occasion d'une location de villa, le prévenu avait photocopié des lettres personnelles des propriétaires, rangées dans un bureau fermé à clé et contenant la preuve de mouvements de capitaux vers un compte domicilié aux îles Jersey. Le prévenu a réalisé les photocopies dans le but d'obtenir le remboursement intégral de la location de son séjour, sous la menace de transmettre ces informations à l'administration fiscale).

⁸⁹⁷ Au Canada, voir R. c. *Desroches*, préc., note 866.

⁸⁹⁸ R. c. *Yelle*, [1986] J.Q. No 1025, par. 14 (C.A.) ; J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 57 et 58. ; W. JEANDIDIER, *Vol*, préc., note 861, n°24 ; A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, préc., *Vol*, préc., note 862, n°34 ; V. MALABAT, préc., note 868, n°766, p. 455 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°294, p. 182.

⁸⁹⁹ Jérôme HUET, « Le vol de documents comptables », D. 1990.330, 331 ; A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *id.*, n°35.

s'appuyer sur des documents internes appartenant à son employeur, afin de corroborer son propos. Si l'on suit la jurisprudence française et canadienne, le fait de s'emparer directement d'un document, ou de le reproduire, constituera bien un vol. L'infraction sera d'autant plus facilement retenue que les mobiles de l'auteur, aussi nobles soient-ils, sont indifférents et ne constituent en rien des circonstances susceptibles de justifier l'infraction⁹⁰⁰.

268. Vol du contenu informationnel. Dans un troisième temps, les décisions de la Cour de cassation ont semblé ouvrir la voie à une dématérialisation de l'objet du vol. Deux arrêts, *Bourquin*⁹⁰¹ et *Antoniolli*⁹⁰², ont permis à la Cour de cassation de considérer le vol à la fois du support et de son contenu informationnel⁹⁰³. Dans le second, elle a même considéré que l'auteur « a usurpé la possession de ces documents et a bien commis la soustraction frauduleuse visée à la prévention, les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers constituant des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise » (nos soulignements)⁹⁰⁴. On voit bien la similarité de ces deux solutions, qui incitent à penser que la Cour de cassation a bien emprunté le chemin de la reconnaissance du vol d'information seule. L'analyse plus approfondie de ces deux arrêts permet néanmoins de soutenir le contraire. D'abord, si l'on compare les faits dans ces deux affaires avec ceux ayant conduit à la solution de l'arrêt *Logabax*⁹⁰⁵, dans ces trois cas les prévenus ont tous commis en réalité le même acte : ils se sont emparés du support de l'information⁹⁰⁶, pour en faire un usage qui n'était manifestement pas conforme à ce qu'avait

⁹⁰⁰ G. COTE-HARPER, J. TURGEON et P. RAINVILLE, préc., note 853, p. 494.

⁹⁰¹ Crim. 12 janvier 1989, *Bourquin*, *Bull. crim.*, n°14. Deux employés d'une imprimerie souhaitent lancer leur propre entreprise concurrente. Pour ce faire, ils procèdent à une première série de copies de disquettes contenant des informations sur la clientèle, au sein même des locaux de leur employeur. Ils feront d'autres copies de 70 disquettes à leur domicile, contenant des compositions et travaux effectués. Ces opérations ont été évidemment réalisées sans l'autorisation de l'employeur et alors qu'ils avaient signé un document les informant qu'ils n'avaient en aucun cas le droit de faire un tel usage de l'information. Si les disquettes emportées à domicile sont l'objet d'un vol dans sa description la plus classique, la question était plus délicate concernant les copies réalisées directement au sein de l'entreprise, puisqu'il n'y avait pas de déplacement des disquettes en dehors des locaux de l'entreprise, et que les copies demeuraient dématérialisées sur le support informatique.

⁹⁰² Crim. 1^{er} mars 1989, *Antoniolli*, *Bull. crim.*, n°100 ; J. HUET, « Le vol de documents comptables », préc., note 899. L'employé d'une entreprise a utilisé les documents auxquels il avait accès dans le cadre de son travail afin de créer des tableaux et graphiques aux bénéfices d'un futur concurrent. Ici, aucun document n'avait été copié, le prévenu s'étant contenté de reprendre les informations de son employeur.

⁹⁰³ Crim. 12 janvier 1989, *Bourquin*, préc., note 901 : « la Cour de cassation a confirmé la condamnation d'appel, en précisant que les prévenus se sont rendus coupables « d'une part, du vol de 70 disquettes, et, d'autre part, de celui du contenu informationnel de 47 de ces disquettes durant le temps nécessaire à la reproduction des informations » (nos soulignements).

⁹⁰⁴ Crim. 1^{er} mars 1989, *Antoniolli*, préc., note 902.

⁹⁰⁵ Crim. 8 janvier 1979, *Logabax*, préc., note 896.

⁹⁰⁶ Cela est évident dans le cas des disquettes, mais c'est ce qui ressort de la décision *Antoniolli* : le prévenu a « usurpé la possession des documents », des propres mots de la Cour d'appel repris par la Cour de cassation. Il y a donc bien eu ici une manipulation du support de l'information, comme dans les deux autres décisions (R. OLLARD, préc., note 241, n°295, p. 184).

prévu le propriétaire de ce dernier. Pourquoi alors dans un cas conclurait-on qu'il s'agit d'un vol du support, et dans l'autre d'un vol de l'information seule ?

Bien sûr, ce sont les motifs de la Cour de cassation qui prêtent à confusion, en faisant référence plus ou moins ouvertement à l'information détachée de son support. Toutefois, comme le rappelle le professeur Ollard, la chambre criminelle se contente dans les deux cas de reprendre les motifs des Cours d'appel⁹⁰⁷. Elle n'exprime pas son propre point de vue, ce qui veut dire qu'elle n'a pas nécessairement pris position sur la question du vol d'information. Les pourvois seraient aussi rejetés parce que tous les éléments constitutifs du vol ont bien été constatés dans des décisions antérieures suffisamment motivées en ce sens, et non parce qu'elle considère effectivement que le vol peut porter sur une information seule⁹⁰⁸. C'est là toute l'ambiguïté d'arrêts de rejet où les juges ne se prononcent pas par motifs propres.

269. Stabilité des solutions. Les décisions intervenues par la suite ne paraissent pas véritablement revenir sur ces solutions et leur analyse⁹⁰⁹. Une décision de 2008 semble faire un pas de plus en approuvant un vol du « contenu informationnel » extrait directement de fichiers informatiques et recopié sur un support matériel⁹¹⁰. Toutefois, là encore la Cour de cassation n'a pas exprimé sa propre opinion. S'agissant d'une décision de rejet, elle a simplement confirmé que les juges d'appel avaient bien caractérisé les différents éléments constitutifs du vol. Cela ne permet pas davantage d'affirmer que la chambre criminelle reconnaît le vol d'information seule. En outre, la référence à une copie des informations sur un support matériel tend à indiquer, encore une fois, l'irrémissible attraction de la matérialité dans le contexte du vol⁹¹¹.

Une seule décision pourrait soulever un véritable doute, principalement parce qu'il s'agit d'un arrêt de cassation où les juges ont, en une rare occasion, édicté leur propre motif⁹¹². Les faits étaient similaires aux précédents, puisqu'il s'agissait d'un comptable qui avait

⁹⁰⁷ *Id.*, n°295, p. 183. Dans le même sens, L. SAENKO, préc., note 857, 1468.

⁹⁰⁸ A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°40.

⁹⁰⁹ Crim. 8 décembre 1998, *Bull. crim.*, n°336 (employé d'une association ayant photocopié des documents de son employeur dans le but de convaincre ce dernier de ne pas le licencier) ; Crim. 16 mars 1999, pourvoi n°97-85.054, J.C.P. G., 1999.II.10166 (2^e espèce), note Bouretz (employé licencié qui a photocopié et entreposé chez lui des documents appartenant à son ancien employeur, dans le cas où celui-ci viendrait contester sa gestion durant son emploi) ; Crim. 24 avril 2001, *Bull. crim.*, n°98 (responsable juridique d'un syndicat qui a retiré d'un dossier dont il avait la garde l'original d'une attestation précédemment délivrée au président du syndicat).

⁹¹⁰ Crim. 4 mars 2008, pourvoi n°07-84.002, R.S.C., 2009, 131, obs. Francillon. Le prévenu avait recruté un tiers pour qu'il recopie sur des supports matériels des fichiers informatiques appartenant à la société employant le prévenu. Il comptait s'en servir dans le cadre de son nouvel emploi.

⁹¹¹ R. OLLARD, préc., note 241, n°295, p. 184.

⁹¹² Crim. 3 mars 1992, pourvoi n°90-82.964, D. 1994. Somm. 157, obs. Roujou de Boubée.

imprimé une liste des personnels à partir de l'ordinateur mis à sa disposition, sans l'autorisation de son employeur. La Cour de cassation considère que « le prévenu, qui avait la simple détention matérielle du fichier informatique, l'avait utilisé à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré de son employeur, et l'avait ainsi appréhendé frauduleusement »⁹¹³. Or, même si la Cour adopte ses propres motifs, ceux-ci ne traitent en réalité pas de la question de l'objet du vol. Ils se concentrent sur la question de l'acte constitutif de vol, qui apparaît pouvoir se concevoir comme un détournement davantage qu'une soustraction. La portée de cette décision est donc également à relativiser sur la question de l'interprétation de la chose objet d'un vol, d'autant plus qu'elle n'a pas été publiée⁹¹⁴.

270. Cohérence des solutions. Les formulations employées dans les différentes décisions de la Cour de cassation démontrent que c'est bien l'information qui est visée par l'appropriation frauduleuse. En ce sens, il s'agirait bien littéralement du vol de celle-ci. Toutefois, les juges maintiennent un lien ombilical entre l'information et son support. Ils semblent toujours s'appuyer sur ce dernier pour justifier le vol, même si ce sont effectivement les informations qui sont véritablement l'objet de convoitise. Ce stratagème est le bienvenu, car reconnaître le vol d'information seule, sans le soutien d'un support matériel, aurait posé de sérieux problèmes de cohérence. Comment aurait-il été possible d'admettre d'un côté le vol d'information, et de l'autre refuser le vol de service ? Les deux entités constituant des biens immatériels, ils devraient recevoir le même traitement. En maintenant l'information en dehors du domaine du vol, on conserve une cohérence dans les positions de la Cour de cassation⁹¹⁵, qui auraient été autrement inexplicables.

Enfin, notons que la question du vol d'information est intervenue concomitamment à la rédaction du nouveau Code pénal de 1992. Certains auteurs ont avancé que le législateur aurait pu profiter de cette occasion pour introduire un article spécifique reconnaissant le vol d'information afin de clore définitivement le débat, comme il l'a fait au même moment pour le vol d'électricité⁹¹⁶. Après tout, si le législateur a ressenti le besoin de consacrer de façon explicite un tel vol, c'est qu'il ne découlait pas aussi aisément de l'application du texte⁹¹⁷. Il

⁹¹³ *Id.*

⁹¹⁴ Il est à noter en outre que la nature des faits tend à laisser penser qu'il s'agit surtout d'une erreur de qualification juridique. Les faits se rapprochent davantage d'un abus de confiance que d'un vol.

⁹¹⁵ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p.105 ; R. OLLARD, préc., note 241 n°296, p. 185.

⁹¹⁶ Art. 311-2 C. pen., codifié par la *Loi n°92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénale relatives à la répression des crimes et délits contre les biens*, J.O.R.F. 23 juillet 1992, p. 9887.

⁹¹⁷ G. BEAUSSONIE, *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal*, préc., note 588, n°150, p. 69.

suffisait au législateur d'exprimer pareillement sa volonté en ce sens concernant l'information, ce qu'il n'a pas fait. « Si le législateur avait véritablement entendu admettre le vol d'informations, il l'aurait consacré sans équivoque, en visant (...) la soustraction d'un « bien quelconque », étant entendu que l'expression permet d'englober tant les biens incorporels que les biens corporels. »⁹¹⁸ La position de la Cour suprême du Canada tranche nettement avec les attermoiements de la jurisprudence et de la doctrine françaises.

271. Évolutions jurisprudentielles contemporaines. Il n'est évidemment pas anodin que le débat autour du vol de l'information soit né en même temps en France et au Canada, au tournant des années 80 et 90. Cela va de pair avec le développement des nouvelles technologies informatiques et la prise de conscience de la valeur de l'information. L'accélération de ce phénomène explique pourquoi il a semblé tout à coup si urgent de trouver un moyen de réprimer des comportements d'usurpation de l'information, qui apparaissaient comme des méthodes peu scrupuleuses d'appropriation de la richesse d'autrui. En élargissant le domaine du vol, les juges cherchent avant tout à punir ce nouveau type de comportements que l'on a tout de suite considérés comme répréhensibles, quitte à tordre les conceptions classiques développées à propos du vol. La modulation des interprétations des cours suprêmes des deux pays tient dans les traditions juridiques différentes dont elles sont chacune les gardiennes. La Cour suprême canadienne s'est pleinement emparée de son pouvoir d'interprétation lié à la tradition de *common law*, tandis que la Cour de cassation semble se débattre entre les principes directeurs du droit pénal, et la nécessité d'une réponse à un nouveau type de criminalité. Ainsi, les juges canadiens acceptent une dématérialisation de la chose objet du vol, alors que les juges français paraissent encore attachés à une interprétation stricte du texte.

272. Chose et *actus reus*. La seconde condition posée par la Cour suprême pour qu'une chose soit susceptible de vol nécessite que celle-ci puisse supporter l'*actus reus* décrit dans le texte. En réalité, c'est cette question qui reste le nœud du problème, au Canada et en France, le point de bascule qui explique pourquoi l'information reste insusceptible de vol.

2.1.1.2 L'impossible soustraction de l'information économique

273. Définition originelle de l'acte constitutif de vol. La notion de chose employée dans les textes relatifs au vol⁹¹⁹ ne peut se comprendre totalement sans se pencher sur l'acte qui en permettra la soustraction. Selon l'article 322(1) C.crim., l'*actus reus* consiste à prendre ou

⁹¹⁸ R. OLLARD, préc., note 241, n°298, p. 186.

⁹¹⁹ Art. 311-1 C. pen. ; art. 322(1) C. crim.

détourner la chose, à son propre usage ou à l'usage d'autrui. L'action de « prendre » ne peut s'exercer que sur un bien corporel⁹²⁰. Un bien incorporel ne peut donc être volé que lorsqu'il « fait corps avec un objet tangible »⁹²¹. Le détournement se rapproche davantage de l'infraction d'abus de confiance française⁹²². Selon l'article 311-1 C. pen., le vol se réalise par l'acte de soustraction. Celle-ci est traditionnellement comprise comme « un acte impliquant nécessairement un enlèvement, un déplacement de la chose d'autrui »⁹²³. L'auteur de l'infraction s'empare de la chose pour la placer hors de la portée de son propriétaire⁹²⁴. En d'autres termes, « le mot soustraire emporte l'idée d'une appréhension, d'un déplacement qui doit être le fait du coupable. »⁹²⁵

Cette conception commune de l'acte du vol n'est évidemment pas compatible avec l'immatérialité de l'information. Dans ce cas, il est naturel que l'information ne puisse être volée que par l'intermédiaire de son support, lui seul pouvant être susceptible d'une emprise physique⁹²⁶. Comment alors justifier que les juges français aient pu envisager que l'information soit, seule, directement l'objet d'un vol ?

274. Soustraction juridique. En France, on doit au professeur Garçon d'avoir proposé une autre conception de la soustraction constitutive du vol, qui supporterait une certaine dématérialisation : il s'agit de la soustraction juridique⁹²⁷, ou intellectuelle de la chose. Cette soustraction est fondée sur la théorie de la possession civile, qui se rapproche davantage du détournement du bien, comme il est entendu dans l'infraction d'abus de confiance, ou dans l'*actus reus* du vol canadien⁹²⁸. La possession implique « l'exercice d'un pouvoir matériel sur [la chose] (garde, usage, etc.) et la possibilité d'en tirer l'utilité économique en accomplissant un acte de jouissance »⁹²⁹. C'est ce pouvoir que le voleur va usurper ici. La soustraction juridique sera alors réalisée par « la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire »⁹³⁰. Ainsi, il y aura vol dès qu'une personne se comporte sur le bien comme si elle en était le

⁹²⁰ J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 22.

⁹²¹ R. c. *Stewart*, préc., note 837, 979.

⁹²² J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 23.

⁹²³ Romain OLLARD et François ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Paris, Bréal, 2015, p. 284. Dans le même sens, A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°109.

⁹²⁴ Crim. 18 novembre 1837, *Beaudet*, S. 1838. 1. 366 : « pour soustraire, il faut prendre, enlever, ravir ».

⁹²⁵ Emile GARÇON, *Code pénal annoté*, t.2, Paris, Sirey, 1956, art. 379, n°38, p. 574.

⁹²⁶ R. c. *Stewart*, préc., note 837, 979. Dans le même sens en France, R. OLLARD, préc., note 241, n°510, p. 297.

⁹²⁷ A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°115 ; R. OLLARD, *id.*, n°512, p. 197.

⁹²⁸ J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 22.

⁹²⁹ P. MALAURIE et L. AYNES, préc., note 597, n°482, p. 160.

⁹³⁰ E. GARÇON, préc., note 925, art. 379, n°48, p. 575. Voir également S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 107.

légitime propriétaire, sans autorisation⁹³¹. Il ne peut en aucun cas s'agir d'une soustraction entendue dans son sens le plus classique parce que l'auteur du vol ne met pas la main sur la chose. La soustraction juridique n'implique aucun déplacement de la chose volée⁹³² et autorise le vol, alors même qu'il y a eu remise préalable de la chose, pour un objectif et une durée déterminée. Il y a alors interversion de possession, dans la mesure où « la chose passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur du délit, à l'insu et contre le gré du premier. »⁹³³

275. Conséquence sur l'objet du vol. Comme cette conception de la soustraction ne suppose plus le déplacement d'une chose, mais porte plutôt sur l'exercice frauduleux de pouvoirs sur la chose, il n'est plus nécessaire de constater un rapport matériel exercé sur cette dernière pour constituer le vol. Seuls des actes s'apparentant à ceux d'un légitime propriétaire suffiront à consommer la soustraction. L'objet du vol peut alors subir une certaine dématérialisation, et le vol consistera en l'appropriation frauduleuse de pouvoirs sur ce dernier. La soustraction juridique, en dématérialisant l'acte du vol, contribue mécaniquement à l'élargissement du domaine de cette infraction⁹³⁴. La manière de soustraire va influencer la nature du bien qui peut être soustrait⁹³⁵.

276. Manifestation de la soustraction juridique. L'analyse des décisions françaises précédentes⁹³⁶ démontre surtout cette évolution de la conception que l'on se fait de la soustraction⁹³⁷. Dans chacun de ces cas, les employés avaient légitimement accès aux informations usurpées, dont ils pouvaient même avoir l'usage pour l'accomplissement de leur fonction. En utilisant ces documents pour une autre destination que celle souhaitée par le propriétaire, ils se sont comportés comme des possesseurs illégitimes, réalisant ainsi la soustraction par une interversion de possession. C'est plutôt le détournement de cet usage qui est sanctionné par les juges.

277. Rapprochement de la soustraction et du détournement. Ces solutions ont davantage tendance à rapprocher le vol de l'abus de confiance⁹³⁸, infraction de détournement

⁹³¹ Ce sera le cas lorsqu'un ouvrier agricole remet son troupeau à une personne et que cette dernière profite de l'absence du légitime propriétaire pour vendre ledit troupeau (Crim. 21 avril 1964, *Bull. crim.*, n°120), ou lorsqu'une personne ne rapporte pas un véhicule prêté pour un essai avant achat (Crim. 10 avril 1959, *Bull. crim.*, n°209).

⁹³² S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 107 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°512, p. 297.

⁹³³ E. GARÇON, préc., note 925, art. 379, n°32, p. 574.

⁹³⁴ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 107 ; E. GARÇON, *id.*, art. 379, n°60, p. 577.

⁹³⁵ A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°22 et 36.

⁹³⁶ *Supra*, n°267 et 268.

⁹³⁷ L. SAENKO, préc., note 857, 1468.

⁹³⁸ Art. 314-1 C. pen.

par excellence, un peu à la façon dont le *Code criminel* rapproche soustraction et détournement⁹³⁹. Pareillement à la soustraction juridique, ce dernier a lieu quand « la possession de l'article en question [c'est-à-dire l'objet du vol] a été acquise, au départ, sans que l'on ait pris quelque chose »⁹⁴⁰. Ainsi, il y aura détournement lorsque la chose a été transférée par erreur par la victime, qui ne souhaitait pas se départir de la propriété⁹⁴¹. Tout comme pour la soustraction juridique en France, le détournement constitutif du vol selon l'article 322(1) C.crim. est « un acte accompli à l'égard d'un bien meuble, qui est incompatible avec le droit d'une autre personne et qui la prive de l'usage et de la possession dudit bien »⁹⁴². On fait donc appel aux mêmes ressorts théoriques dans les deux cas. La proximité des analyses ressort aussi du vocabulaire employé : au Canada, il y aura vol que ce dernier s'exécute par une mainmise physique sur la chose ou par détournement de la possession. Ce sont les deux actions que l'on retrouve en principe distinctement dans la législation française à travers les infractions de vol et abus de confiance, mais dont les frontières sont brouillées par la soustraction juridique. En se rapprochant du détournement constitutif de vol canadien, elle s'apparente bien plus à un abus de confiance.

278. Impossible détournement de l'information. Dans l'arrêt *Stewart*, les juges rappellent que les choses intangibles étant insusceptibles d'être prises, l'*actus reus* ne peut être réalisé de cette façon sur l'information⁹⁴³. Il ne reste plus qu'à envisager le détournement. Si l'on transposait la description que l'on en a donnée en droit canadien, on pourrait concevoir qu'une soustraction de l'information soit possible d'un point de vue purement juridique. Néanmoins, les juges canadiens ont reconnu unanimement l'incompatibilité de cet *actus reus* et de l'information, parce qu'il n'y a en réalité pas de privation de possession :

« Si l'on s'approprie des renseignements confidentiels sans s'emparer d'un objet matériel, par exemple en mémorisant ou en copiant des renseignements ou en interceptant une conversation privée, le prétendu propriétaire ne se voit privé ni de l'usage ni de la possession de ces renseignements »⁹⁴⁴.

Ainsi, le propriétaire n'étant jamais privé de la possession de l'information, il ne peut y avoir de vol. Cette solution tient compte du caractère reproductible de l'information et ce n'est pas parce qu'elle est acquise d'une manière ou d'une autre par autrui que le détenteur initial en est privé. Elle peut résider dans deux patrimoines à la fois, ce qui implique l'absence de

⁹³⁹ Art. 322(1) C. crim.

⁹⁴⁰ *R. c. Milne*, [1992] 1 R.C.S. 697, 704.

⁹⁴¹ *Regina v. Smith*, (1992) 77 C.C.C. (3d) 182, 184.

⁹⁴² *R. c. Stewart*, préc., note 837, 980.

⁹⁴³ *Id.*, 979.

⁹⁴⁴ *Id.*, 980.

privation. Or, le vol nécessite une privation : « puisqu'il n'y a pas de privation, il ne peut y avoir de détournement. »⁹⁴⁵

C'est exactement le même raisonnement qui a été développé en doctrine française pour contester le vol d'information par soustraction juridique⁹⁴⁶ : la reproductibilité de l'information signifie qu'il n'y a pas de translation d'un patrimoine à l'autre, mais plutôt une démultiplication. Le détenteur légitime n'est pas dépossédé. Or, si la soustraction juridique « ne suppose pas de déplacement de l'objet, elle postule néanmoins que le propriétaire soit privé de la possession de sa chose »⁹⁴⁷. Une telle privation ne peut être constatée avec le vol d'information.

Ainsi, que ce soit en France ou au Canada, il semble y avoir un consensus pour affirmer que le vol suppose une privation⁹⁴⁸, quelle que soit l'action par laquelle elle intervient. Ne pouvant constater un tel dépouillement lorsqu'il s'agit de l'information, celle-ci ne peut donc pas être considérée comme susceptible de vol. Il n'y a pas de diminution du patrimoine du légitime détenteur, et ce dernier peut continuer à exercer tous les droits dont il disposait déjà à l'égard de celle-ci. Ces droits seront simplement concurrencés par l'usurpation du tiers.

279. Report de l'objet du détournement. Le vol ne pouvant s'appliquer directement sur l'information, on a proposé de reporter l'objet du vol sur la valeur économique de cette dernière⁹⁴⁹. En effet, comme on vient de le décrire, le détenteur de l'information n'est pas tant dépossédé qu'il subit un droit concurrent identique sur celle-ci⁹⁵⁰, lui faisant perdre l'exclusivité dont il jouissait préalablement. Corrélativement, c'est aussi possiblement d'une partie de la valeur de son information que le propriétaire est privé. Or, l'exclusivité traduit un lien d'appropriation, le désir de se réserver le bien et d'en maintenir la rareté, critère essentiel à l'appréciation de la valeur de l'information⁹⁵¹. Le voleur contraint un nouveau droit identique sur l'information, et annihile les efforts déployés pour maintenir l'exclusivité de cette dernière. La soustraction devient économique, car elle provoque une « diminution de la valeur de

⁹⁴⁵ *Id.*

⁹⁴⁶ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 108 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°514 et 515, p. 298 et 299.

⁹⁴⁷ *Id.* Dans le même sens, A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°37, qui parlent de « vases communicants : le vol suppose qu'un patrimoine se vide alors qu'un autre se remplit » ; L. SAENKO, préc., note 857, 1469..

⁹⁴⁸ John T. CROSS, « Protecting confidential information under the criminal law of theft and fraud », (1991) 11-2 *Oxford J. Legal Stud.* 264, 265 et 270 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°515, p. 299.

⁹⁴⁹ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 108.

⁹⁵⁰ R. OLLARD, préc., note 241, n°524, p. 304.

⁹⁵¹ *Supra*, n°197 et 198.

l'information »⁹⁵², et donc une diminution du patrimoine de la victime, ce qui est l'effet recherché dans le contexte du vol.

Au Canada, les juges de la Cour suprême ont envisagé que le vol ne porte plus sur l'information directement, mais sur la confidentialité⁹⁵³, ou exclusivité⁹⁵⁴ de celle-ci. En effet, ce dont est véritablement privé le détenteur de l'information, c'est la confidentialité qu'il avait instaurée autour de celle-ci. Cela relève d'ailleurs de la même idée que la soustraction économique proposée en France, puisque la confidentialité est la condition qui permet de maintenir la valeur de l'information, qui en assure la rareté.

280. Une soustraction économique inopportune. Que ce soit en France ou au Canada, cette alternative au vol direct de l'information a été rejetée. Les juges canadiens relèvent avec pertinence que « la confidentialité ne peut faire l'objet d'un vol parce qu'elle ne tombe pas sous le coup de l'expression « une chose quelconque » définie précédemment. »⁹⁵⁵ En effet, nul ne saurait affirmer que la confidentialité est une chose ou un bien immatériel. Elle est une technique de réservation, un outil juridique, et en aucun cas l'objet d'un droit⁹⁵⁶.

Par ailleurs, et c'est la critique qui a été soulevée en France, cette soustraction économique de la valeur de l'information par le détournement de sa confidentialité nous éloigne considérablement de la morphologie initiale du vol⁹⁵⁷. On avait choisi de traiter le vol parce qu'il s'agit d'une infraction qui représentait typiquement une atteinte à la propriété. Or, lorsque l'on considère la soustraction de la valeur de l'information, ce n'est plus la propriété ou ses démembrements qui sont arrachés, mais le patrimoine de la victime qui est atteint⁹⁵⁸. Elle change de catégorie et d'objectif, au détriment du respect du principe de légalité.

281. Déformation excessive du vol. Bien sûr, on comprend bien que les juges s'interrogent et même envisagent l'extension du domaine du vol à l'information. Ils sont les témoins des mutations sociales, de la dématérialisation croissante des valeurs et des difficultés chroniques du droit pour se maintenir à jour des dernières évolutions technologiques⁹⁵⁹. À

⁹⁵² S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 108 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°525, p. 305.

⁹⁵³ R. c. *Stewart*, préc., note 837, 980.

⁹⁵⁴ R. OLLARD, préc., note 241, n°524, p. 304.

⁹⁵⁵ R. c. *Stewart*, préc., note 837, 980.

⁹⁵⁶ R. c. *Stewart*, *id.*, 981 ; R. v. *Offley*, préc., note 872, par. 13.

⁹⁵⁷ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 109 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°526, p. 305. Dans le même sens, J. T. CROSS, préc., note 948, 271 : « it is difficult to translate the loss of confidentiality into a taking of something of value. »

⁹⁵⁸ R. OLLARD, *id.*, n°526, p. 305.

⁹⁵⁹ G. HAMMOND, préc., note 876, 261.

travers cette extension du domaine du vol, on cherche à couvrir de nouveaux champs des activités considérées criminelles, quitte à s'aventurer en dehors de la lettre des textes pénaux. Si l'on admet que le vol est consommé dès lors qu'il y a soustraction de la valeur par une atteinte à la confidentialité de l'information, l'infraction devrait être réalisée dès lors qu'une personne accède à cette dernière. La seule prise de connaissance à la lecture d'un document ou à l'écoute d'une conversation devrait aussi constituer l'infraction⁹⁶⁰. Bien sûr, il s'agit là de cas extrêmes, mais ils démontrent bien les conséquences regrettables que pourrait entraîner l'interprétation trop extensive des éléments constitutifs du vol, en y intégrant des comportements pourtant peu répréhensibles⁹⁶¹. On a bien tenté de contenir une telle extension en proposant d'ajouter un acte d'utilisation à la seule prise de connaissance de l'information⁹⁶², mais cela revient ni plus ni moins qu'à dessiner une infraction tout à fait autre que le vol. Une telle solution ne pourrait survivre aux principes fondateurs du droit, comme la légalité criminelle ou la séparation des pouvoirs. Le juge n'a en aucun cas les pouvoirs de définir une nouvelle infraction, ou d'étendre les textes d'incrimination, prérogatives qui relèvent entièrement du pouvoir législatif.

Surtout, le vol de la valeur économique n'aurait plus grand-chose à voir avec un dépouillement de la propriété d'un bien, mais avec une infraction protégeant des intérêts économiques. Il serait nécessaire de constater un tel préjudice pour constituer l'infraction, ce qui revient à insérer un nouvel élément constitutif dans l'infraction, là où le texte ne le prévoit pas⁹⁶³. Il existe un risque de faire du vol une incrimination régulant les activités économiques et la concurrence, ce qui n'a plus vraiment de rapport avec son objectif initial.

Enfin, il pourrait aussi naître un conflit d'interprétation juridique avec les solutions retenues par ailleurs en droit civil. En effet, la décision *Faccenda Chicken*⁹⁶⁴ a admis que certaines informations devenaient nécessairement la connaissance des employés qui s'en servaient quotidiennement et pouvait en user librement à la rupture de leur relation avec l'employeur⁹⁶⁵. Est-ce à dire dans ce cas qu'ils n'engageraient pas leur responsabilité civile, mais pourraient être poursuivis pour vol ? Serait-il logique de condamner un comportement qui

⁹⁶⁰ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 109 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°527, p. 306 ; L. SAENKO, préc., note 857, 1467 ; R. v. *Offley*, préc., note 872, par. 12.

⁹⁶¹ G. HAMMOND, préc., note 876, 255.

⁹⁶² M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « L'arrêt Bourquin, une double révolution », préc., note 891, 510. ; Crim. 20 mai 2015, *Bull. crim.*, n°119, Dr. pen., 2015. n°123, obs. Conte ; Gaz. Pal 2015.168.8, comm. Détraz (le prévenu s'est introduit sur l'extranet de l'Agence nationale de la sécurité sanitaire et de l'alimentation, de l'environnement et du travail à la suite d'une défaillance technique et y a récolté des informations qu'il a copiées sur d'autres supports).

⁹⁶³ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 110.

⁹⁶⁴ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752.

⁹⁶⁵ *Id.*, 731. *Supra*, n°235.

ne parvient même pas à constituer une faute de nature civile ? Cela ne reviendrait-il pas à couvrir du voile uniforme de la réprobation pénale toute une gamme nuancée de comportements ?⁹⁶⁶

282. Importance du contexte et de la temporalité. Bien évidemment, il faut replacer le développement de ces conceptions dans un contexte où il n'y avait pas d'outils criminels pour protéger l'information contre de telles actions d'usurpation. À ce titre, on retrouve encore deux décisions récentes en France qui semblent consacrer le vol direct de l'information⁹⁶⁷, faute de textes plus adaptés. Dans les deux cas, il s'agissait de manipulations de données sur des réseaux, sans l'autorisation de leur légitime détenteur. À chaque fois, la Cour de cassation a reconnu l'application du vol, dans des formules assez explicites⁹⁶⁸. Ces solutions peuvent s'expliquer par le fait que, à l'époque, les textes spécifiques aux manipulations de données informatiques n'étaient pas encore en vigueur dans une version permettant de prendre en charge ce type de comportement, le tout accompagné de peines plus sévères⁹⁶⁹. Cela explique que les juges aient encore utilisé le détour du vol pour condamner des comportements qu'ils estiment de toute évidence répréhensibles, même s'ils n'ont pas grand-chose à voir avec cette infraction.

Si la consécration du vol d'information⁹⁷⁰ n'a jamais paru aussi vraisemblable et explicite que dans ces deux décisions, plusieurs arguments ont été avancés pour la réfuter. Cependant, ceux-ci ne semblent pas convaincre la doctrine qu'il s'agit véritablement d'un vol

⁹⁶⁶ G. HAMMOND, préc., note 876, 260.

⁹⁶⁷ Crim. 20 mai 2015, préc., note 962 ; Crim. 28 juin 2017, pourvoi n°16-81.113, Dalloz actualité, 13 juillet 2017, obs. Priou-Alibert (au cours d'un conflit dans un cabinet d'avocat, un des associés avait récupéré des documents non protégés par un code sur le serveur du cabinet, destinés à des organismes extérieurs et les avait remis au bâtonnier. Initialement poursuivi pour tentative de chantage, atteinte au secret des correspondances et vol, ce n'est finalement que la dernière qualification qui a été retenue.)

⁹⁶⁸ Le prévenu « s'est maintenu dans un système de traitement automatisé après avoir découvert que celui-ci était protégé et a soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire » (Crim. 20 mai 2015, *id.*) ; « le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction. » (Crim. 28 juin 2017, *id.*).

⁹⁶⁹ L'article 323-3 C. pen. relatif à l'introduction, l'extraction, la reproduction ou la transmission frauduleuses de données contenues dans un système de traitement automatisé des données s'accompagne de 5 ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende, tandis que le vol n'est puni que de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (art. 311-3 C. pen.). La version initiale de l'article 323-3 C. pen. prévoyait seulement l'introduction, la suppression ou la modification de données, ce qui ne correspond pas aux actes accomplis par les prévenus dans les décisions de 2015 et 2017. Il faut attendre la *loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, J.O.R.F. 14 novembre 2014, p. 19162, art. 16, pour qu'apparaisse la pénalisation de la simple copie de données. Voir P. CONTE, note sous Crim. 20 mai 2015, préc., note 962 ; E. DREYER, « Consécration - provisoire - du vol de données informatiques », préc., note 892, 414 ; A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°50 ; L. SAENKO, préc., note 857, 1469 et 1470.

⁹⁷⁰ E. DREYER, *id.*, 414 ; L. SAENKO, préc., note 857, 1467.

d'information. Les critiques portent tant sur l'objet réellement volé⁹⁷¹ que sur l'acte⁹⁷², ou même l'opportunité de la qualification⁹⁷³. La logique voudrait que les juges français se reportent désormais sur les infractions relatives à l'altération ou reproduction de données dans un ordinateur. Il semble donc que ces deux décisions de la Cour de cassation restent surtout casuistiques, à défaut d'être rigoureuses sur le plan intellectuel et des principes généraux du droit pénal. Le vol d'information en tant que tel n'aura qu'une durée de vie éphémère⁹⁷⁴, le temps de résoudre les derniers cas intervenus avant la modification de l'article 323-3 C. pen.

283. Rôle dédié au législateur. Pour autant, il ne revient pas nécessairement à la jurisprudence ou à la doctrine de décider de l'opportunité d'incriminer et sanctionner la manipulation frauduleuse d'informations, qui plus est sur le fondement inadapté du vol. D'une part, il existe aussi des ressources civiles efficaces qui peuvent garantir une certaine sécurité au détenteur de l'information contre des inopportuns qui tentent d'en prendre connaissance⁹⁷⁵. D'autre part, nonobstant le besoin légitime de protection de l'information économique, cela ne signifie pas pour autant que l'incrimination du vol d'information est une solution pertinente. Il revient véritablement au législateur d'en décider au regard de la nature et des objectifs de la matière pénale⁹⁷⁶. C'est en tout cas l'une des raisons mises en avant par la Cour suprême et qui a conduit au rejet de l'admission du vol d'information :

« Le droit criminel (...) vise à prévenir la perpétration de méfaits contre la société dans son ensemble. Du point de vue social, la question de l'opportunité de protéger les renseignements confidentiels exige qu'on mette dans la balance des intérêts de portée beaucoup plus large que ceux des parties intéressées. Il se peut bien que l'intérêt de la société, par opposition à celui du prétendu propriétaire des renseignements, soit le mieux servi si l'on favorise la libre circulation de l'information et qu'on la rend plus accessible à tous. La société voudrait-elle poursuivre en justice la personne qui divulguerait au public un remède contre le cancer que son inventeur désire garder confidentiel ?

Certains types de conduites ne doivent pas être criminalisés à la légère. Si l'appropriation non autorisée de renseignements confidentiels était érigée en infraction criminelle, cela aurait des conséquences incalculables que les tribunaux ne sont pas en mesure d'envisager. (...)

Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il appartient au législateur plutôt qu'aux tribunaux de déterminer dans quelle mesure cela doit se faire et de quelle manière. »⁹⁷⁷

⁹⁷¹ L. SAENKO, préc., note 857, 1469.

⁹⁷² Guillaume BEAUSSONIE, « La possibilité d'un vol d'informations pourtant libres d'accès ou la renaissance contestable de la soustraction juridique », *D.* 2017.1885, 1887 ; P. CONTE, préc., note 969 ; L. SAENKO, préc., note 857, 1469.

⁹⁷³ G. BEAUSSONIE, *id.*, 1887 et 1888.

⁹⁷⁴ E. DREYER, « Consécration - provisoire - du vol de données informatiques », préc., note 892.

⁹⁷⁵ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 110 ; G. HAMMOND, préc., note 876, 255 ; *R. c. Stewart*, préc., note 837, 975.

⁹⁷⁶ G. HAMMOND, préc., note 876, 254.

⁹⁷⁷ *R. c. Stewart*, préc., note 837, 977 et 978.

La réflexion autour de la nécessité de créer une incrimination spécifique à l'information sera d'autant plus nécessaire qu'elle doit prendre en compte l'environnement pénal préexistant. Il faudra tenir compte en particulier des textes spécifiques à la propriété intellectuelle tels que la contrefaçon de brevet⁹⁷⁸, ou des infractions relatives à l'utilisation d'un ordinateur⁹⁷⁹, ainsi que la qualification d'abus de confiance en France⁹⁸⁰, qui couvrent déjà de nombreux cas de détournement. Reconnaître le vol d'information dans une formulation indépendante et générale pourrait remettre en cause la cohérence de l'édifice législatif⁹⁸¹, voire rendre les infractions spéciales préexistantes caduques. C'est le cas particulièrement de la contrefaçon, dont l'applicabilité dépend de la durée de la protection accordée au brevet lui-même.

284. Conclusion sur le vol d'information. À l'issue de l'analyse de textes et solutions au vol, il semble clair, désormais, que l'information, dont celle économique, ne saurait faire l'objet d'un vol. Une telle solution ne s'est jamais démentie au Canada depuis l'arrêt *Stewart*⁹⁸². En France, après une période de flottement au cours de laquelle la jurisprudence a utilisé le vol d'information comme un succédané pour garantir la répression de comportements qu'elle jugeait inadmissibles, les évolutions de la législation devraient peu à peu liquider le contentieux ancien relatif à la manipulation illicite d'informations. La rigueur du principe de légalité et de l'interprétation stricte⁹⁸³ devraient inéluctablement condamner ce courant jurisprudentiel et le raisonnement par analogie qu'il induit. Les magistrats seront invités à se reporter sur les infractions spécialement adaptées aux cas d'usurpation d'information.

Cela ne rend pas l'infraction du vol totalement obsolète. Il existe encore de nombreux cas où l'information économique est usurpée à travers son support. Un certain nombre de lanceurs d'alerte se voient d'ailleurs reprocher de tels vols. Ainsi, les juridictions luxembourgeoises ont-elles condamné les lanceurs d'alerte Antoine Deltour et Raphaël Halet pour vol de documents sous forme électronique⁹⁸⁴. La jurisprudence luxembourgeoise semble,

⁹⁷⁸ Art. L615-14 C. propr. int. ; *Loi sur les brevets*, préc. note 315, art. 55(1) (il ne s'agit cependant que d'un recours civil, et non d'une infraction pénale ou criminelle) et art. 406 C. crim pour la contrefaçon de marque de commerce et de désignations de fabrique.

⁹⁷⁹ Art. 323-1 et suiv. C. pen. ; art. 342.1(1) C. crim.

⁹⁸⁰ Art. 314-1 C. pen.

⁹⁸¹ A. MIHMAN et M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Vol*, préc., note 862, n°41.

⁹⁸² R. c. *Stewart*, préc., note 837. Voir R. v. *Appleby*, [1990] O.J. No. 1329 ; R. c. *Desroches*, préc., note 866 ; *Tri-tex Co. inc. v. Ghaly*, préc., note 490, par. 53 ; *Re Gauntlet Energy Corporation (companies' creditors arrangement act)*, 2003 ABQB 718, par. 39 et 40 ; R. v. *Benson*, [2009] O.J. No. 239, par. 13 à 19 (Ont. S.C.J.) ; R. v. *Maurer*, 2014 SKPC 118, par. 25 ; *Lemay c. Québec (Procureur général)*, 2016 QCCS 203, par. 70 et 71.

⁹⁸³ R. OLLARD, préc., note 241, n°534, p. 308.

⁹⁸⁴ Trib. d'arrondissement de et à Luxembourg, 12^e ch. correctionnelle, 29 juin 2016, en ligne : <<https://justice.public.lu/fr/actualites/2016/06/jugement-affaire-luxleaks.html>> ; Cour d'appel du Luxembourg, 10^e ch. correctionnelle, 15 mars 2017, en ligne : <<https://justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/arret-luxleaks-cour-appel.html>>.

elle, reconnaître le vol de données informatiques comme celui de tout autre bien matériel⁹⁸⁵, ce qui n'inclut pas nécessairement l'information seule dépourvue de son support, une distinction qui apparaît très peu dans la doctrine française⁹⁸⁶. Cela explique pourquoi, par deux fois, les tribunaux luxembourgeois ont reconnu les deux lanceurs d'alerte coupables de vol⁹⁸⁷. Quoi qu'il en soit, l'infraction continue d'être pertinente, à condition que ses éléments constitutifs soient respectés.

La question du vol est un exemple remarquable de la proximité des interprétations retenues en France et au Canada sur cette infraction. On y voit une conception commune du vol, qui transcende les divergences de tradition juridique même, ce qui est assez rare pour être noté. La réprobation sociale est ici un héritage culturel européen qui semble indiquer un consensus autour de valeurs à protéger et de la limite de la protection leur étant accordée. Le vol est un indice de rapprochement des droits français et canadien.

285. Lien entre le vol et le recel. Lorsqu'un vol est commis, il arrive souvent que le bien soit par la suite conservé, dissimulé, annihilant tout espoir pour le propriétaire de le retrouver. Dans ce cas, le bien volé sera également recelé. Cela signifie que tout ce qui peut faire l'objet d'un vol peut logiquement et mécaniquement aussi faire l'objet d'un recel. En tant que répercussion prévisible qui lui fait entretenir des liens étroits avec le vol⁹⁸⁸, cette infraction a soulevé des difficultés similaires d'interprétation. Or, les arbitrages opérés par la jurisprudence tendent à laisser penser que l'information ne peut être recelée, renforçant par ricochet l'idée qu'elle ne saurait être volée.

2.1.2 Le recel d'information

286. Définitions légales. Le recel est défini en France à l'art. 321-1 C. pen. :

« Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit.

⁹⁸⁵ Cour de cassation du Luxembourg, 3 avril 2014, n°17/2014 pénal : « Attendu que les données électroniques enregistrées sur le serveur de la banque et qui sont juridiquement sa propriété exclusive constituent des biens incorporels qui peuvent faire l'objet d'une appréhension par voie de téléchargement ; qu'en retenant dès lors que par le fait de télécharger des données électroniques à partir du serveur de la banque, X. ne s'est pas approprié un meuble corporel, de sorte que l'élément matériel du vol fait défaut, la Cour d'appel a violé la disposition susvisée. » (art. 461 Code pénal du Luxembourg, incriminant le vol).

⁹⁸⁶ L. SAENKO, préc., note 857, 1469.

⁹⁸⁷ Trib. d'arrondissement de et à Luxembourg, 29 juin 2016, préc., note 984 ; Cour d'appel du Luxembourg, 15 mars 2017, préc., note 984 : « En se maintenant dans le système de traitement automatisé de la société PwC, en extrayant et en téléchargeant, sans le consentement du propriétaire, les documents (...), soit des données numériques stockées sur le serveur de PwC pour les fixer sur le disque dur de son ordinateur professionnel, Antoine DELTOUR a soustrait une chose appartenant à autrui. »

⁹⁸⁸ J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 100.

Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

Au Canada, le recel figure à l'art. 354(1) C. crim. et s'intitule plus exactement la possession de biens criminellement obtenus :

« Commet une infraction quiconque a en sa possession un bien, une chose ou leur produit sachant que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement :

- a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation ;
- b) soit d'un acte ou d'une omission en quelque endroit que ce soit, qui aurait constitué, s'il avait eu lieu au Canada, une infraction punissable sur acte d'accusation. »

Les textes sont construits de manière similaire : le recel consiste à détenir quelque chose qui est issu de la commission d'un crime ou d'un délit. Infraction de conséquence, le recel intervient après la commission d'une première infraction, qui ne peut être une contravention dans la classification française⁹⁸⁹ ni une infraction poursuivie seulement sur procédure sommaire au Canada. La configuration de cette infraction incite à penser que le lanceur d'alerte ne sera généralement pas celui qui se rendra coupable de recel. Ce dernier étant à la source de l'information, il commettra l'infraction primaire (vol, violations du secret professionnel et du secret de fabrique, abus de confiance, fraude...) et un autre acteur pourra à la suite être accusé de recel. C'est le cas particulièrement des journalistes, relais importants pour la diffusion des alertes et la médiatisation de ceux qui les lancent.

287. Objet et acte constitutif. Comme pour le vol, nous nous attarderons seulement sur les éléments qui peuvent réellement poser difficulté dans le cadre de l'information économique, soit l'objet du recel (2.1.2.1) et l'acte constitutif de recel (2.1.2.2). Nous laissons ici aussi de côté la question de l'élément moral ou *mens rea*. En effet, la difficulté principale ne réside pas dans le fait de savoir si le journaliste avait l'intention de détenir des informations économiques transmises par un lanceur d'alerte, mais s'il peut tout simplement commettre une telle infraction.

2.1.2.1 La diversité des objets du recel

288. La chose recelée. L'article 321-1 C. pen. comporte deux alinéas, qui font référence à deux objets distincts. Le premier vise une chose qui, par cohérence, doit recevoir la même

⁹⁸⁹ V. MALABAT, préc., note 868, n°876, p. 553.

interprétation que celle retenue dans le contexte du vol⁹⁹⁰. Donc, entendue comme une entité corporelle et mobilière, l'information économique ne saurait être une chose au sens de l'article 321-1 C. pen. La jurisprudence a confirmé cette exclusion dans l'importante décision *Fressoz*⁹⁹¹ en 1995. Un journaliste avait reçu par courrier anonyme les copies des déclarations fiscales du Président-directeur général du constructeur Peugeot et avait décidé de publier une partie de ces déclarations. Estimant que les informations provenaient forcément d'un fonctionnaire du Trésor public, le journaliste et son directeur de publication ont été poursuivis pour recel de violation du secret professionnel. Si le recel ne posait pas de problème en soi, la chose recelée étant les documents transmis, la Cour de cassation a tout de même ajouté, en *obiter dictum*, qu'« une information, quelle qu'en soit la nature ou l'origine, échappe aux prévisions tant de cet article 460 que de l'article 321-1 du Code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994. »⁹⁹² C'est pourquoi la Cour a retenu qu'il s'agissait d'un recel de violation du secret professionnel⁹⁹³, et non d'un recel de vol, puisque la chose recelée était les documents et non leur contenu informationnel. La solution a le mérite d'être limpide et tranche avec les vagues-hésitations dont les juges ont fait preuve en matière de vol.

La solution de l'arrêt *Fressoz* a été confirmée par la suite⁹⁹⁴, écartant définitivement l'applicabilité de l'alinéa premier de l'article 321-1 C. pen. à l'information. La solution n'est pas totalement rigide cependant, puisque la Cour de cassation a également admis que certaines informations spéciales pouvaient faire l'objet d'un recel⁹⁹⁵, même si les faits renvoient davantage à la configuration du recel-profit⁹⁹⁶. Cela ne semble en tout cas pas remettre en cause la solution de la Cour de cassation.

289. Terminologie canadienne. L'article 354(1) C. crim. mentionne aussi la notion de chose et de bien. La jurisprudence ne s'est pas penchée sur le sens de ces termes spécifiquement dans le contexte de cet article et on peut le comprendre. Tout comme en France, dans un souci de maintien d'une certaine cohérence du droit criminel, il est nécessaire d'uniformiser les

⁹⁹⁰ *Id.*, n°875, p. 552, *in fine* ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 491.

⁹⁹¹ Crim. 3 avril 1995, *Fressoz*, *Bull. crim.*, n°142.

⁹⁹² *Id.*

⁹⁹³ La violation du secret professionnel est incriminée à l'art. 226-13 C. pen.

⁹⁹⁴ Crim. 12 juin 2007, *Bull. crim.*, n°157.

⁹⁹⁵ Crim. 7 novembre 1974, *Bull. crim.*, n°323, D. 1974, somm.144 (recel de violation du secret de fabrique par utilisation du savoir d'un employé) ; Crim. 20 juin 2006, pourvoi n°05-86.491 (recel de violation du secret professionnel du fait de l'utilisation d'informations issues des fichiers de police pour prendre des sanctions contre des membres d'une loge maçonnique et refuser d'autres candidatures)

⁹⁹⁶ C'est le cas particulièrement d'une décision reconnaissant le recel de délit d'initié (Crim. 26 octobre 1995, *Bull. crim.*, n°324) et de recel de violation du secret de fabrication (Crim. 7 novembre 1974, *id.*). En ce sens, R. OLLARD, préc., note 241, n°300, p. 187 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 492.

définitions données des termes identiques, employés dans des contextes identiques. On peut estimer que la Cour suprême ne s'est pas questionnée sur le sens de chose dans le cadre du recel parce qu'elle a déjà défini cette notion pour le vol⁹⁹⁷. On peut alors se reporter aux développements relatifs au vol⁹⁹⁸.

Il est d'ailleurs parfaitement logique, en France comme au Canada d'entendre de la même manière la notion de chose : le recel ayant pour objet ce qui a été usurpé au cours de l'infraction primaire, ce qui est susceptible de vol sera forcément susceptible de recel et ce qui ne peut être volé ne peut pas plus être recelé⁹⁹⁹. Quant au terme de bien, il est défini à l'article 2 C. crim., comme regroupant « les biens meubles et immeubles de tous genres ». Il n'y a aucune incompatibilité entre cette notion et celle d'information. *A priori*, on pourra tenir compte des biens immatériels au Canada.

Il n'y a pas d'obstacle *a priori* à accepter que l'information soit l'objet d'un recel. En revanche, il faut supposer que les deux limitations posées par la Cour suprême dans l'arrêt *Stewart*¹⁰⁰⁰ s'imposent également dans le contexte du recel, c'est-à-dire que la chose est appropriable et susceptible de supporter l'*actus reus* du texte concerné. Avec ces limitations viennent les mêmes obstacles à la reconnaissance du recel d'information que de son vol. Ainsi, les mêmes doutes devraient émerger concernant sa capacité à être appropriée. Il nous restera surtout à évaluer la plasticité de l'acte de recel face à l'information.

290. Le produit du recel. Enfin, l'originalité des articles 321-1 al. 2 C. pen. et 354(1) C.crim. tient à ce qu'ils parlent tous deux du produit d'un crime (ou délit). Le produit n'est pas entendu dans le sens étroit du droit civil des biens, mais plutôt comme « tout ce qui est fourni par une chose »¹⁰⁰¹. Il s'agit du « bien, bénéfice ou avantage qui provient d'actes criminels »¹⁰⁰². Par ce terme, on renvoie donc à « tout ce qui est issu de l'infraction d'origine sans qu'il y ait lieu de considérer sa nature corporelle ou incorporelle »¹⁰⁰³. Plus exactement, il s'agira des avantages qui peuvent être tirés de la commission de l'infraction.

⁹⁹⁷ R. c. *Stewart*, préc., note 837.

⁹⁹⁸ *Supra*, n°261 et suiv.

⁹⁹⁹ Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Rép. pén.* Dalloz, v° Recel, n°40.

¹⁰⁰⁰ R. c. *Stewart*, préc., note 837, 979.

¹⁰⁰¹ G. CORNU, préc., note 31, °Produit, p. 815. Voir également Morgane DAURY-FAUVEAU, *J.-Cl. Pénal Code art. 321-1 à 321-5*, fasc. 10, *Recel. – Conditions préalables du recel*, n°70 ; Camille DE JACOBET DE NOMBEL, *J.-Cl. Pénal des affaires*, fasc. 10, *Recel de choses – Constitution du recel de choses*, n°20 ; V. MALABAT, préc., note 868, n°875, p. 552 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 492.

¹⁰⁰² H. REID et S. REID, préc., note 349, °Produit.

¹⁰⁰³ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 492. *Mutatis mutandis*, C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Recel de choses – Constitution du recel de choses*, préc., note 1001, n°20 ; R. OLLARD, préc., note 241, n°300, p. 187.

Voilà qui permet l'extension considérable du domaine du recel, puisque le profit retiré de l'infraction n'implique plus la nécessité de détenir matériellement quelque chose¹⁰⁰⁴. Cela inclut aussi, de façon secondaire, les avantages retirés de la chose recelée, par exemple le service consistant à obtenir un transport gratuitement à bord d'un véhicule automobile volé¹⁰⁰⁵. La notion de produit permet donc de toucher toute une criminalité secondaire, tirée de l'exploitation du bien d'origine criminelle ou délictueuse.

291. Subrogation. L'extension est d'autant plus considérable que les juges français appliquent la subrogation pour inclure dans le domaine du recel les diverses conversions de la chose directement obtenue de l'infraction d'origine¹⁰⁰⁶. Par exemple, le recel continuera d'être constitué chez l'agent qui a vendu le bien issu d'une infraction, mais qui se trouve toujours en possession du produit de ladite vente¹⁰⁰⁷, ou encore il y aura recel dans le cas où l'agent réinvestit l'argent d'origine frauduleuse dans la compagnie assurant la gestion de son hôtel¹⁰⁰⁸. Le recel « demeure tant que l'agent persiste à profiter du bien nouveau ayant remplacé la chose issue d'un crime ou d'un délit »¹⁰⁰⁹.

Il semble que les juges canadiens admettent un mécanisme similaire de subrogation. Dans l'arrêt *R. v. Friesen*¹⁰¹⁰, il s'agissait d'une femme gérant un réseau de prostitution. A ce titre, elle fut accusée à titre principal de l'ancienne infraction de proxénétisme¹⁰¹¹, mais également de recyclage des produits de la criminalité¹⁰¹² et, pour ce qui nous concerne, de possession de biens criminellement obtenus¹⁰¹³. Le juge de première instance avait acquitté l'accusée en considérant qu'on ne pouvait cumuler ces infractions, le fait de bénéficier des produits de la prostitution ne pouvant être le fondement des deux autres infractions¹⁰¹⁴. En outre,

¹⁰⁰⁴ P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 999, n°40.

¹⁰⁰⁵ Crim. 9 juillet 1970, *Bull. crim.*, n°236 : « l'article 460 [aujourd'hui 321-1] du Code pénal, qui est conçu en termes généraux, atteint tout ceux qui, en connaissance de cause, ont, par un moyen quelconque, bénéficié du produit d'un crime ou d'un délit. » Il s'agit de l'arrêt qui, le premier, a reconnu le recel-profit. Ce dernier a ensuite été confirmé par sa transposition législative lors de la rédaction du nouveau Code pénal en 1992 (M. DAURY-FAUVEAU, *Recel. – Conditions préalables du recel*, préc., note 1001, n°65 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, n°300, p. 187; *Id.*, p. 492.)

¹⁰⁰⁶ M. DAURY-FAUVEAU, *Recel. – Conditions préalables du recel*, préc., note 1001, n°66 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 999, n°45 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 494.

¹⁰⁰⁷ Crim. 11 février 1964, *Bull. crim.*, n°46 : « Attendu que cette disposition [art. 460 Anc. C. pen. ; art. 321-1 C. pen.], conçue en termes généraux est applicable à celui qui a reçu ou conserve aussi bien les objets volés que les fonds provenant de leur vente, pourvu qu'il ait su au cours de cette détention leur origine frauduleuse. »

¹⁰⁰⁸ Crim. 22 juin 1972, *Bull. crim.*, n°220.

¹⁰⁰⁹ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 494.

¹⁰¹⁰ *R. v. Friesen*, 2002 SKCA 32.

¹⁰¹¹ Art. 212(1j) C. crim.

¹⁰¹² Art. 462.31(1) C. crim.

¹⁰¹³ Art. 354(1) C. crim.

¹⁰¹⁴ *R. v. Friesen*, préc., note 1010, par. 3.

les biens étant directement issus de la prostitution, ils ne pouvaient avoir été acquis par la commission d'une infraction, cette activité n'étant pas illégale au Canada¹⁰¹⁵.

Cependant, la Cour d'appel de Saskatchewan a démenti ce raisonnement qui constitue en réalité, selon cette dernière, un raccourci. Elle a considéré que la possession de biens criminellement obtenus était réalisée lorsque l'accusée avait utilisé l'argent issu de la prostitution pour s'acheter d'autres biens, tels une maison, une voiture ou un piano¹⁰¹⁶. Ainsi, la Cour d'appel attribue à chaque action sa propre infraction : en récoltant l'argent de la prostitution, l'accusée s'est rendue coupable de proxénétisme puisqu'elle vit grâce aux revenus de la prostitution ; en acquérant des biens grâce à ces derniers, elle entre en possession de biens criminellement obtenus par proxénétisme¹⁰¹⁷. L'argent est converti en biens matériels, opérant une subrogation au sein même du patrimoine de l'accusée. La Cour d'appel opère donc exactement de la même manière que la Cour de cassation. Dans tous les cas, le résultat de la transformation de la chose directement issue de l'infraction d'origine constituera son produit. L'acquisition aura été permise par la commission de l'infraction d'origine et constitue bien, à ce titre, un bénéfice.

292. Inclusion de l'information dans la notion de produit. Cette application de la subrogation permet d'étendre considérablement le champ de la criminalité du recel. La transformation d'un bien matériel en un produit autorise aussi une dématérialisation de l'objet du recel, et d'y inclure l'information. Bien évidemment, celle-ci sera difficilement l'objet direct du recel, car elle ne peut être une chose, mais le recours à la subrogation laisse imaginer que si un document est volé, l'information qu'il contient peut être ensuite exploitée pour en tirer un bénéfice, par exemple en faisant un investissement plus rentable, en permettant de démarcher de nouveaux clients, ou en investissant dans une technologie moins coûteuse, en accédant à un nouveau montage fiscal... Néanmoins, cela ne permet pas pour autant de retenir que l'information devient en elle-même l'objet du recel, sans l'appui de son support¹⁰¹⁸. Si elle peut être directement tirée de l'infraction d'origine, ce n'est pas en tant que chose, mais en raison de l'avantage tiré de son utilisation, ce qui constituera alors, par subrogation, le produit recelé¹⁰¹⁹. La nature du comportement requis en matière de recel-profit conduit en réalité à conclure que

¹⁰¹⁵ *Id.*, par. 9.

¹⁰¹⁶ *Id.*, par. 13.

¹⁰¹⁷ Il est à noter qu'au Canada, il n'existe pas d'incompatibilité entre le statut d'auteur de l'infraction d'origine et de receleur, comme elle peut exister en France.

¹⁰¹⁸ M. DAURY-FAUVEAU, *Recel. – Conditions préalables du recel*, préc., note 1001, n°79 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 492 et 493.

¹⁰¹⁹ R. OLLARD, préc., note 241, n°301, p. 188 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 493.

ce n'est pas tant l'information elle-même qui sera le produit de l'infraction que le bénéfice tiré de son exploitation.

293. Emprunt de valeur protégée. La notion de produit de l'infraction a tendance à éloigner le recel et la possession de biens criminellement obtenus de la seule question de la protection des biens et de la propriété. Elle la teinte d'une composante économique, du fait de l'avantage indu ou de l'économie réalisée¹⁰²⁰ grâce à la commission initiale de l'infraction d'origine. Cela est particulièrement visible en jurisprudence. Ainsi en est-il de la personne qui réalise un placement boursier fructueux grâce à une information privilégiée issue d'un délit d'initié¹⁰²¹, ou de l'entreprise qui bénéficie de retombées économiques positives grâce à l'attribution d'un marché public par favoritisme¹⁰²². Dans ce cas, il n'y a pas d'atteinte à la propriété d'autrui, simplement un enrichissement inacceptable, dû à la manipulation des règles du marché. En outre, ce produit n'a pas besoin d'être pécuniaire. Il peut aussi s'agir d'un avantage purement moral, comme le fait de bénéficier du train de vie fastueux d'un conjoint peu scrupuleux¹⁰²³ ou bien d'utiliser des informations pour prendre une décision disciplinaire¹⁰²⁴, ou encore pour obtenir une décision favorable dans le cadre d'une procédure de divorce¹⁰²⁵. En réalité, le recel perd de son lien avec la protection des biens, pour emprunter à l'infraction d'origine la valeur qui y est protégée. Elle peut alors s'ériger en infraction régulatrice de comportements opportunistes, sanctionnant le fait de tirer profit de la situation infractionnelle originale.

Cela permet aussi de penser que la propriété ne sera pas le seul fondement opportun pour protéger l'information économique. En effet, cette dernière est reconnue pour sa valeur et le gain ou l'économie qui peut en être tirée. En incriminant son utilisation, le recel contribue à la protection des intérêts de celui qui la détient légitimement. Mais l'obtention de l'information elle-même ne passe pas nécessairement par un vol. La jurisprudence le démontre, le recel de l'information peut aussi résulter de la violation d'un certain nombre de secrets, dont celui de

¹⁰²⁰ Crim. 1^{er} juin 2016, pourvoi n°15-81.187 : « le produit de cette infraction consistait dans l'économie réalisée par le défaut de paiement des cotisations éludées » (dirigeant d'une entreprise qui a bénéficié de la fraude commise par un tiers et qui a permis à l'entreprise d'éviter le paiement de cotisations obligatoires).

¹⁰²¹ Crim. 25 octobre 1995, *Bull. crim.*, n°324.

¹⁰²² Crim. 5 mai 2004, *Bull. crim.*, n°110, J.C.P. G., 2004. IV. 2334 : l'entreprise receleuse a « bénéficié des retombées positives pour cette dernière, en termes de chiffre d'affaires et d'influence, résultant de l'obtention du marché litigieux »

¹⁰²³ Crim. 9 mai 1974, *Bull. crim.*, n°170.

¹⁰²⁴ Crim. 20 juin 2006, *préc.*, note 995.

¹⁰²⁵ Crim. 26 octobre 1995, *Bull. crim.*, n°328 ; R.S.C., 1996. 645, obs Bouloc (lors d'une procédure de divorce, l'avocat de l'épouse a eu recours à un détective privé, qui est parvenu à se procurer auprès de fonctionnaires de police des documents attestant que le mari avait fait l'objet de plusieurs enquêtes. L'avocat avait l'intention d'utiliser de tels documents dans le cadre de la procédure de divorce).

fabrique¹⁰²⁶ ou le secret professionnel¹⁰²⁷, le délit d'initié¹⁰²⁸... On pourrait également envisager le recel de l'information obtenue par interception de communications téléphonique ou de correspondances, matérialisées comme dématérialisées. Autant d'infractions qui ont peu de rapport avec la protection de la propriété. Il apparaît alors que la valeur protégée par le recel n'a pas tant à voir avec les biens qu'avec l'objet de l'infraction principale. Le recel peut plutôt être décrit comme une infraction caméléon, pour laquelle le lien établi avec la notion de bien mérite d'être dépassé. De ce point de vue, le recel n'aide pas vraiment à considérer l'information économique comme un bien.

294. Lien avec l'acte de recel. En conséquence, les jurisprudences française et canadienne ainsi que la doctrine française offrent une image assez précise de ce que recouvre la notion de produit, comme étant tout ce qui découle, même de manière indirecte, de la commission de l'infraction d'origine. Cependant, l'étude du comportement donnant lieu à recel dans les deux pays paraît réduire plus drastiquement la compréhension que l'on se fait de l'objet de cette infraction et s'opposer à ce que l'information soit réellement prise en compte comme objet du recel. Dans les deux cas, on ne fait encore qu'entériner le point de vue selon lequel l'information économique ne saurait être protégée à travers des infractions d'atteinte aux droits sur les biens.

2.1.2.2 L'impossible application du recel d'information quant à l'acte

295. Distinction des actes constitutifs de recel. Si les termes employés pour décrire l'objet du recel en France et au Canada sont proches, la matérialité de l'infraction prend en revanche des allures un peu différentes entre les deux pays. Tout comme il distingue la chose et le produit dans deux alinéas différents, l'article 321-1 C. pen. y associe des actions distinctes pour consommer l'infraction. Étant donné que l'information ne peut être une chose au sens de l'alinéa premier, on ne saurait y appliquer les actes constitutifs du recel-détention et c'est heureux : à défaut de matérialité, il ne serait pas possible d'envisager la dissimulation, la détention ou la transmission de celle-ci. En effet, « la détention d'une chose impliquerait son appréhension physique, une mainmise effective sur la chose »¹⁰²⁹, ce qui exclut de l'exercer directement sur l'information dépourvue de son support. Néanmoins, il est tout à fait possible de dissimuler une information en se contentant de la taire, ou de la transmettre tout simplement

¹⁰²⁶ Crim. 7 novembre 1974, préc., note 995.

¹⁰²⁷ Crim. 26 octobre 1995, préc., note 1025.

¹⁰²⁸ Crim. 25 octobre 1995, préc., note 1021.

¹⁰²⁹ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 493. Dans le même sens, Morgane DAURY-FAUVEAU, *J.-Cl. Pénal Code art. 321-1 à 321-5*, fasc. 20, *Recel. – Éléments constitutifs du recel*, n°9.

en la répétant¹⁰³⁰, actes qui ne sont que des variations autour de la détention¹⁰³¹. Certains auteurs ont d'ailleurs proposé de dématérialiser la détention, en consacrant un rapport plus intellectuel avec le bien, à l'image de ce que l'on évoque pour la soustraction.

Quant à l'acte consistant à faire office d'intermédiaire, l'agent se contente de mettre en contact deux individus en vue de la transmission de l'objet de l'infraction d'origine, sans pour autant que ce dernier ne transite par sa propre détention. Il n'est pas nécessaire d'entrer en détention de la chose, ne serait-ce que pendant une seconde, pour être receleur, aussi longtemps que l'on a permis son transit entre deux agents. N'impliquant aucune détention matérielle, il est évident que ce comportement pourra aussi concerner une information économique, à condition dans ce cas que le receleur ne l'apprenne pas (dans ce cas, on retombe sur la qualification de transmission). Cela permet d'inclure dans la criminalité relative à l'information l'agent qui permettra, par exemple, la conclusion de la « vente » d'une information issue d'un délit d'initié ou d'une interception de communication, en permettant aux deux parties de se rencontrer¹⁰³².

Même s'il ne paraît pas tout à fait fantaisiste d'appliquer le recel-détention à l'information, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale doit conduire, comme en matière de vol, à rejeter une telle hypothèse. L'information ne saurait être une chose, et il s'agit là d'un obstacle rédhibitoire. Le fait qu'il soit possible de dissimuler, de transmettre, de faire office d'intermédiaire et même, dans une mesure toute relative, de la détenir, ne peut compenser l'impossibilité d'envisager l'information comme une chose.

296. La possession de bien, chose ou produit. Au Canada, l'*actus reus* du recel est un état, celui de posséder un bien, une chose ou un produit¹⁰³³. La possession est définie à l'art. 4(3) C. crim.:

« Pour l'application de la présente loi :

- a) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment :
 - (i) ou bien elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne,
 - (ii) ou bien elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne,
- b) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est

¹⁰³⁰ *Id.*

¹⁰³¹ M. DAURY-FAUVEAU, *Recel – Eléments constitutifs du recel*, préc., note 1029, n°7 et 13 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 999, n°21 et 30.

¹⁰³² Dans le même ordre d'idées, celui qui intervient dans la négociation de bons du Trésor volés sera aussi coupable de recel (Crim. 30 novembre 1999, *Bull. crim.*, n°282) ; ou l'avocat qui a servi d'intermédiaire dans la mise en place d'un trafic de voiture volée (Crim. 25 janvier 2006, pourvoi n°05-84.957).

¹⁰³³ Art. 354(1) C. crim.

censée en (*sic*) la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles. »

Ce texte ne permet en réalité pas de mieux comprendre en quoi consiste la possession. Il semble surtout assurer la possibilité de la reconnaître dans des situations où celle-ci pourrait être contestée, y compris en cas de « possession conjointe »¹⁰³⁴. Finalement, cela revient seulement à dire que, même si une personne n'est pas trouvée avec la chose entre les mains, elle pourra néanmoins affirmer une possession sur cette dernière. De même, un titre de propriété ne permet pas automatiquement de conclure à la possession¹⁰³⁵.

Par ailleurs, le texte précisant que la possession doit seulement être personnelle, cela n'impose pas qu'elle soit légale puisque, dans le contexte du *Code criminel*, c'est bien son illégalité qui est reprochée. Ce sera le cas, pour ce qui nous intéresse, de la personne qui est trouvée en possession de biens issus de la commission d'un crime. Pour le reste, il faut se tourner vers la jurisprudence pour en savoir davantage sur ce que recouvre cette possession.

297. Critères de la possession. Dans l'arrêt *Beaver*¹⁰³⁶, la Cour suprême a eu l'occasion de se prononcer sur les critères permettant d'établir une possession, dans le contexte d'un trafic de stupéfiants. L'accusé avait été trouvé en possession de morphine. La question s'est posée de savoir s'il en avait vraiment la possession, celui-là arguant qu'il ne savait pas ce que contenait ledit paquet. Il n'y avait à l'époque pas de consensus entre les cours d'appel quant à savoir si la connaissance de l'accusé pouvait ou non déterminer la possession¹⁰³⁷. Les juridictions du fond, en première instance comme en appel, avaient écarté ce critère, aussi longtemps qu'il était possible d'établir que l'objet possédé était illégal et qu'il avait bien transité entre les mains de l'accusé¹⁰³⁸. Se saisissant à son tour de la question, la Cour suprême a considéré que « l'essence de l'infraction est la possession d'une substance interdite et en matière criminelle, il n'y a en droit pas de possession sans connaissance du caractère prohibé de la substance »¹⁰³⁹ (notre traduction). Ainsi, la possession en droit criminel s'entend comme nécessitant à la fois une appréhension physique et une connaissance de ce qu'est l'objet manipulé, ces deux paramètres devant coexister avec un acte désignant le contrôle exercé sur l'objet¹⁰⁴⁰. Finalement, trois

¹⁰³⁴ J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 94.

¹⁰³⁵ *R. c. Gauthier*, [2002] J.Q. n°2733, par. 13 (C.A.) : la preuve apportée par le ministère public qu'un véhicule volé était enregistré aux registres de la Société des assurances automobiles du Québec au nom de l'accusé ne saurait suffire à établir la possession.

¹⁰³⁶ *Beaver v. The Queen*, [1957] R.C.S. 531.

¹⁰³⁷ *Id.*, 536.

¹⁰³⁸ *Id.*, 534.

¹⁰³⁹ *Id.*, 541.

¹⁰⁴⁰ *R. v. Hess*, [1948] B.C.J. n°65, par. 6 (B.C. C.A.).

critères sont nécessaires pour affirmer l'existence d'une possession : la chose doit être maniée par l'accusé, qui doit avoir la connaissance de sa nature et un certain contrôle sur celle-ci¹⁰⁴¹.

Certes, les faits dans *Beaver* concernaient la possession de stupéfiants, mais la compréhension de l'état de possession a été généralisée à toutes les infractions du *Code criminel* faisant appel à cet *actus reus*, y compris la possession de biens criminellement obtenus¹⁰⁴². Précisons simplement que la notion de possession exige que le détenteur ait un certain contrôle, une maîtrise de l'objet qu'il garde¹⁰⁴³. En conséquence, le simple fait d'être en présence d'un bien obtenu frauduleusement ne saurait suffire à établir l'*actus reus* de possession exigé à l'article 354(1) C. crim¹⁰⁴⁴. On semble imposer ici un seuil de consommation de l'infraction, de manifestation de l'activité criminelle, là où la possession, qui est un simple état, pourrait n'avoir aucune manifestation extérieure.

298. Exclusion de la possession d'information. L'exigence d'un certain contrôle ne semble pas permettre d'envisager que l'information soit effectivement l'objet d'un recel au sens de l'article 354(1) C. crim. La jurisprudence impose dans tous les cas que se dégage une emprise matérielle sur la chose, même très éphémère, pour qualifier la possession. Les juges rejettent toute conception intellectuelle de cet état criminel. Cela peut s'entendre, dans la mesure où il sera difficile dans ce cas d'établir justement l'accomplissement d'un acte répréhensible, à défaut de manifestation extérieure de l'activité criminelle. Toutefois, cela a aussi tendance à mettre de côté les hypothèses correspondant en France au fait de tirer bénéfice du produit de l'infraction, exclu *de facto* du texte canadien. Les deux infractions ne couvriront de toute évidence pas tout à fait le même domaine.

299. Recel-profit de l'information. L'art. 321-1 al. 2C. pen. incrimine justement le fait de bénéficier du produit de l'infraction¹⁰⁴⁵. On peut dire ici que la manifestation de l'activité criminelle est réduite à son strict minimum, puisque le simple fait de profiter du produit

¹⁰⁴¹ J. GAGNE et P. RAINVILLE, préc., note 862, p. 94.

¹⁰⁴² R. c. *Fournier*, [1978] J.Q. n°250 (C.A.); R. c. *Lamontagne*, [1999] J.Q. n°5416 (C.A.) ; R. c. *Vachon*, [2002] J.Q. n°5053, par. 14 (C.A.) ; *Cazzetta c. R.*, [2003] J.Q. n°43 (C.A.).

¹⁰⁴³ R. v. *Colvin and Gladue*, [1942] B.C.J. n°26 (B.C. C.A.) ; R. v. *Bangle*, [1944] O.J. n°284, par. 2 (C.A.O.) ; R. c. *Fournier*, préc., note 1042; R. c. *Terrence*, [1983] 1 R.C.S. 357, 364; R. c. *Lamontagne*, préc., note 1042, par. 27.; R. v. *York*, [2005] B.C.J. n°250, par. 20.

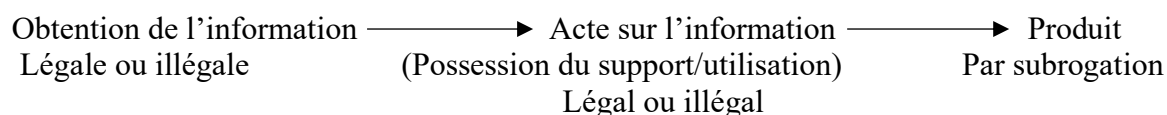
¹⁰⁴⁴ Dans le même sens : *Normandeau c. R.*, [1976] C.A. 519, 519 : « de la seule présence de l'appelant, comme passager, dans la voiture (...), il n'est pas possible de conclure logiquement à sa possession, aux termes de la Loi, de l'appareil de télévision trouvé dans le coffre arrière. »

¹⁰⁴⁵ Crim. 14 octobre 1969, *Bull. crim.*, n°248 ; Crim. 9 juillet 1970, préc., note 1005.

n'implique pas nécessairement une attitude active de la part de receleur¹⁰⁴⁶. De même, le fait de bénéficier n'implique aucunement la détention matérielle du produit de l'infraction¹⁰⁴⁷.

Si la notion de produit et le fait d'en bénéficier dématérialisent complètement le recel, cela ne signifie pas pour autant que l'information sera effectivement l'objet de cette infraction sans le soutien de son support. En effet, les cas impliquant le recel d'une information révèlent que la jurisprudence exige une certaine utilisation de celle-ci, afin qu'il en soit tiré un bénéfice¹⁰⁴⁸. Ainsi, ce n'est pas tant de l'information que l'agent bénéficie que de ce qu'il en retire, en application des mécanismes civils de la subrogation. C'est d'ailleurs là l'intérêt de l'incrimination du recel de l'information : en plus de condamner les atteintes primaires à la confidentialité, le recel permet de réprimer le fait d'exploiter cette information, de dépouiller son gardien légitime de son exclusivité et de sa valeur. « L'incrimination du recel est donc un instrument fondamental de la défense pénale des données confidentielles en tant qu'elle permet de sanctionner chaque nouvelle divulgation de l'information. »¹⁰⁴⁹ On peut alors concilier la solution niant à l'information sa qualité d'objet du recel et les solutions admettant que l'infraction se réalise grâce au profit tiré de cette dernière. Cela démontre aussi que, pas plus qu'il n'est possible de voler une information seule, il n'est possible de receler une information dépourvue de son support. Il serait en effet absurde de concevoir qu'une information puisse être recelée alors même qu'elle ne peut être volée. En revanche, la notion de produit autorise à prendre en compte l'information par son utilisation, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elle est effectivement l'objet du recel.

300. Conclusion. L'application du recel à l'information semble davantage se manifester de la façon suivante, au regard des interprétations jurisprudentielles qui en sont faites :



¹⁰⁴⁶ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 494. Cela conduit également à brouiller les frontières avec l'infraction voisine de non-justification de ressources (article 321-6 C. pen.), qui vise justement à incriminer des personnes qui bénéficient du train de vie d'une autre, connue pour se prêtant à des activités criminelles.

¹⁰⁴⁷ Crim. 29 avril 1996, Bull. crim., n°174 : l'infraction « n'implique pas nécessairement la détention matérielle des fonds recelés ».

¹⁰⁴⁸ Crim. 20 juin 2006, préc., note 995 : le prévenu « a fait usage [des informations] dans ses responsabilités au sein de l'organisation provinciale de la GLNF » (nos soulignements) ; Crim. 26 octobre 1995, préc., note 1025 : « si le recel ne peut résulter de la simple détention d'informations privilégiées, il est caractérisé à l'égard de celui qui, réalisant, en connaissance de cause, des opérations sur le marché avant que ces informations soient connues du public, bénéficie du produit du délit d'initié ainsi consommé. » La réalisation des opérations ici manifeste l'utilisation de l'information qui permet, *in fine*, d'en tirer profit.

¹⁰⁴⁹ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 103.

L'information peut être obtenue par un acte illégal, comme c'est le cas par exemple avec un vol¹⁰⁵⁰, une escroquerie¹⁰⁵¹, une violation de secret¹⁰⁵², une fraude¹⁰⁵³ ou une interception de communications,¹⁰⁵⁴ mais l'illégalité de l'origine peut aussi être issue d'un acte porté sur celle-ci, même si l'obtention initiale ne l'est pas, comme c'est le cas avec le délit d'initié¹⁰⁵⁵, l'abus de confiance¹⁰⁵⁶, ou l'utilisation d'un enregistrement obtenu par espionnage audiovisuel¹⁰⁵⁷. Dans les cas où il y a eu un acte de récolte illégal de l'information, la morphologie de l'acte constitutif de recel imposera qu'elle ait été obtenue avec son support : la compréhension de la possession au Canada exige un acte matériel de contrôle de la chose frauduleusement obtenue, et la compréhension de la chose objet de recel-détention impose qu'elle soit matérielle. Pour que le recel porte plus directement sur l'information elle-même, il faudra donc identifier un acte d'utilisation de l'information, qui pourra à son tour être illégal ou non. Dans ce cas, on utilisera la notion de recel-profit en France, car l'auteur aura bénéficié de l'information en l'utilisant. Au Canada, on appliquera la possession sur l'objet subrogé à l'information obtenue grâce à son utilisation (par exemple une somme d'argent) ou un bien issu de l'utilisation de ladite somme¹⁰⁵⁸. Mais quelle que soit la situation retenue, l'information ne sera qu'indirectement l'objet du recel, ou plus exactement sera un des vecteurs de réalisation du recel.

Ainsi, que ce soit en France ou au Canada, les conceptions et interprétations retenues en jurisprudence relativement au recel ont tendance à rendre impossible l'application directe de cette infraction à l'information. Certes, comme souvent, on parvient aux mêmes constats par des cheminements différents, mais le résultat est tout de même là. Dans les deux pays, le recours au terme de « chose » et le maintien impératif d'une interprétation cohérente avec l'infraction de vol imposent d'en limiter la compréhension aux seuls biens matériels, ce qui demeure le principal obstacle à l'application du recel à l'information. Ces analyses confirment en tout cas l'adaptation imparfaite de l'information au concept de propriété, lorsque c'est effectivement ce droit qui est protégé à travers le recel.

¹⁰⁵⁰ Art 311-1 C. pen. ; Art. 322(1) C. crim.

¹⁰⁵¹ Art. 313-1 C. pen. ; Art. 362(1) C. crim.

¹⁰⁵² Art. 226-13 C. pen pour la violation du secret professionnel ; art. L621-1 C. propr. int pour la violation du secret de fabrication.

¹⁰⁵³ Art. 380(1) C. crim.

¹⁰⁵⁴ Art. 226-15 C. pen.

¹⁰⁵⁵ Art. L465-1 C.M.F. ; *Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 28, art. 187.

¹⁰⁵⁶ Art. 314-1 C. pen.

¹⁰⁵⁷ Art. 226-2 C. pen.

¹⁰⁵⁸ Ce qui constitue alors une hypothèse de remploi : « achat d'un bien avec des deniers provenant de la vente d'un autre bien ou d'une indemnité représentative de la valeur d'un autre bien. (...) Il suppose l'aliénation préalable d'un bien. » (G. CORNU, préc., note 31, p. 893, °*Remploi*).

Le constat est encore plus flagrant lorsque l'on tente d'appliquer à l'information les infractions qui visent directement à la protéger dans sa matérialité, et non plus dans les droits qui y sont attachés.

2.2 La protection pénale directe de la matérialité de l'information économique

301. Définition légale. Le Code pénal français et le *Code criminel* canadien prévoient tous deux des infractions visant à interdire les atteintes directes aux biens, c'est-à-dire des actes qui portent sur leur matière. On les retrouve sous les qualificatifs respectifs de destructions, dégradations et détériorations¹⁰⁵⁹ et méfaits¹⁰⁶⁰. L'infraction française s'entend, dans sa formulation la plus générale, comme « La destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, sauf s'il n'en a résulté qu'un dommage léger. » Au Canada,

« Commet un méfait quiconque volontairement, selon le cas :

- a) détruit ou détériore un bien ;
- b) rend un bien dangereux, inutile, inopérant ou inefficace ;
- c) empêche, interrompt ou gêne l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien ;
- d) empêche, interrompt ou gêne une personne dans l'emploi, la jouissance ou l'exploitation légitime d'un bien. »¹⁰⁶¹

Le recours au terme de « bien » dans les deux cas n'est pas l'obstacle principal à l'application de ces infractions aux biens immatériels, et particulièrement à l'information. Ici, l'élément matériel, l'*actus reus*, est totalement incompatible avec l'immatérialité de l'information.

302. Description d'un résultat. Les textes français et canadiens ne décrivent pas vraiment un comportement criminel particulier. Ils incriminent plutôt un résultat¹⁰⁶², soit la destruction, la détérioration, le fait de rendre le bien inutilisable, la dégradation... Ainsi, il importe peu la façon dont se réalise exactement l'infraction, du moment que l'on peut constater un résultat dommageable. Ceci est particulièrement visible dans l'infraction de méfaits, lorsque l'alinéa b) parle de rendre le bien dangereux, inutile, inopérant, inefficace, ou de gêner son utilisation.

Les termes employés créent une forme de gradation dans les résultats litigieux¹⁰⁶³. L'objet sera détruit quand il est anéanti et définitivement inutilisable, ce qui en fait l'acte le plus

¹⁰⁵⁹ Art. 322-1 C. pen.

¹⁰⁶⁰ Art.430(1) C. crim.

¹⁰⁶¹ *Id.*

¹⁰⁶² R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 369.

¹⁰⁶³ *Id.*, p. 370.

attentatoire à l'intégrité matérielle du bien. La dégradation en France revient à faire perdre ses qualités au bien. Cette idée se retrouve en quelque sorte à travers l'article 430(1)b) C. crim, lorsque le texte évoque le fait que le bien devient inopérant, inefficace. Le bien a effectivement perdu les qualités propres à servir sa destination. La détérioration enfin, autre terme commun aux textes français et canadiens, signifie « mettre en mauvais état », « devenir moins bon »¹⁰⁶⁴. Dans la décision *Quickfall*¹⁰⁶⁵, le juge Proulx a retenu une compréhension similaire, puisque « le fait de « détériorer » signifie que du moins temporairement l'usage ou la valeur du bien est diminué »¹⁰⁶⁶.

303. Atteinte indirecte aux biens. Il semble y avoir finalement une grande proximité entre les expressions des textes, hormis le cas des alinéas c) et d) de l'article 430(1) C. crim. On y renvoie davantage à l'hypothèse d'une entrave indirecte à l'utilisation ou la jouissance de la chose, soit en privant de l'accès au bien, soit en empêchant l'action du propriétaire sur ce dernier¹⁰⁶⁷. Ce n'est pas l'action directe sur le bien qui a provoqué le dommage, mais un acte indirect entraînant des répercussions sur la capacité d'en jouir¹⁰⁶⁸.

304. Dégradation, détérioration et méfaits sur l'information. Ces éléments amènent surtout à penser que la destruction, la dégradation ou la détérioration impliquent une intervention sur l'intégrité physique d'un bien, de sorte qu'il n'est plus apte à remplir le rôle que l'on en attend¹⁰⁶⁹. Or, on ne voit pas comment l'on pourrait dégrader ou détériorer une information dans ces conditions. L'information est ou n'est pas, elle renseignera celui qui l'apprend. L'altérer reviendrait en fait à en livrer une différente, mais cela n'affecte pas sa capacité à remplir son objectif. De même, une information vieillit et devient obsolète, mais elle n'est pas altérée, en tout cas pas dans le sens où l'entendent les textes criminels. Cela ne correspond pas à l'esprit de ces textes, particulièrement en France où la structure de cette infraction et de ses voisines incite à penser qu'elles s'appliquent uniquement aux biens corporels : l'article 322-1 al. 2 C. pen, prévoit la destruction, dégradation, détérioration de façades, véhicules, voies publiques ou mobilier urbain par une inscription ou un dessin

¹⁰⁶⁴ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Détérioration (consulté le 20 juin 2019).

¹⁰⁶⁵ R. c. *Quickfall*, [1993] R.J.Q. 468 (C.A.).

¹⁰⁶⁶ *Id.*, 475.

¹⁰⁶⁷ Cette hypothèse n'est toutefois pas tout à fait inconnue en France, lorsqu'on a admis que le fait d'utiliser un appareil de brouillage d'ondes radioélectriques pour rendre incontrôlables des modèles réduits d'avions appartenant aux membres d'un club d'aéromodélisme, et ainsi provoquer leur chute et leur destruction, constitue bien l'infraction de l'article 322-1 C. pen. (Crim. 8 octobre 1997, pourvoi n°95-83.640).

¹⁰⁶⁸ Il a été jugé par exemple que le fait de nuire à la jouissance possible de son lieu d'habitation pouvait constituer un méfait (R. c. *Martino*, [2007] J.Q. n°2974 ; R. v. *Maddeaux*, [1997] O.J. n°1184).

¹⁰⁶⁹ R. OLLARD, préc., note 241, p. 370; R. c. *Quickfall*, préc., note 1065, 477.

(infraction de tags et graffitis), ce qui ne renvoie en réalité qu'à des biens corporels ; l'article 322-6 C. pen. envisage la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien par incendie ou explosif et il serait absurde que d'essayer d'incendier une information, sans l'appui de son support. En outre, les infractions d'atteinte directe aux biens sont parmi les rares qui autorisent leur application aux biens immobiliers¹⁰⁷⁰. Cela souligne à quel point elles se réalisent par une atteinte à la matière, ce qui est totalement inenvisageable pour l'information seule.

305. Destruction de l'information ? En revanche, il pourrait ne pas être totalement saugrenu d'imaginer une destruction de l'information. La question s'est posée en France récemment, dans un arrêt rendu en 2015. Un journaliste s'est rendu dans un établissement scolaire pour interroger une personne. Cette dernière a finalement demandé à l'assistante du journaliste de remettre les enregistrements fixés sur des cassettes au directeur d'établissement. Ce dernier a effacé leur contenu. La Cour d'appel avait recherché si les enregistrements litigieux constituaient des biens susceptibles d'appropriation avant d'y appliquer l'infraction de destruction, dégradation, détérioration. Pour cela, elle s'était tournée vers la propriété intellectuelle, pour abriter les enregistrements sous le vocable d'œuvre originale au sens de l'article 111-1 C. propr.int., ce qui leur aurait conféré le statut de bien approprié. Démentant les juges de première instance, la Cour d'appel n'est pas parvenue à une telle qualification et a relaxé le directeur d'établissement. La Cour de cassation ne s'est cependant pas embarrassée de toutes ces considérations. Elle a très simplement considéré « qu'un enregistrement d'images et de sons constitue un bien susceptible d'appropriation »¹⁰⁷¹. On en a alors déduit qu'il s'agissait là d'une ouverture de l'application de l'infraction aux biens incorporels¹⁰⁷². Nous ne pourrions toutefois partager cette opinion. Non seulement, la Cour de cassation fait référence à l'enregistrement de l'image et du son, et non directement à ces derniers, évoquant bien plus le support que son contenu. Mais encore, la destruction de l'image et du son ne peut passer que par la manipulation de leur support. Une intervention physique sur un élément matériel a été nécessaire. La destruction, dégradation, détérioration continue de nécessiter un acte matériel, une manipulation par le biais d'un élément physique. Une telle opération n'aurait pu avoir directement lieu sur l'image ou le son.

Certes, on pourrait objecter qu'il peut se présenter des situations où l'information n'étant répertoriée que sur un seul support, la destruction de l'un entraînerait irrémédiablement celle

¹⁰⁷⁰ R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 371. ; Dominique VIRIOT-BARRIAL, *Rép. pén.* Dalloz, v° *Destructions-Dégradations-Détériorations*, n°26 et suiv.

¹⁰⁷¹ Crim. 16 décembre 2015, *Bull. crim.*, n°559, *AJ Pénal*, 2016, 144, note Kerloegan et Maisonneuve.

¹⁰⁷² D. VIRIOT-BARRIAL, préc., note 1070, n°41.

de l'autre. Mais cela ne rend pas l'intervention plus dématérialisée. La destruction de l'information passera par celle de son support, ou du moins par une intervention sur ce dernier. Dans tous les cas, on ne peut envisager qu'elle se réalise directement sur l'information. Rappelons par ailleurs que la destruction de données informatiques fait l'objet d'infractions spécifiques¹⁰⁷³. Cette précision incite à penser que les méfaits et destruction, dégradation, détérioration n'avaient pas naturellement vocation à accueillir des altérations de données.

Les infractions d'atteinte directe aux biens sont sûrement celles qui caractérisent le plus symboliquement la protection des biens en garantissant l'intégrité de leur structure. Le pouvoir de disposer de son bien est considéré comme étant le plus puissant, le plus symbolique et s'exprime particulièrement dans la capacité à altérer son bien, éventuellement jusqu'à la destruction. Si cela ne saurait être possible pour l'information, comment envisager qu'il s'agit réellement d'un bien susceptible d'une propriété, pleine et entière ?

306. Conclusion de chapitre. Finalement, le recours à la propriété ressemble à un succédané peu satisfaisant, tant l'application des caractéristiques et des modes de protection spécifiques à la propriété sont inadaptés. La nature de l'information, plus particulièrement le fait qu'elle soit reproductible à l'infini impose de concevoir autrement la façon dont on peut attenter à la propriété : « au lieu de perdre l'information, le propriétaire est simplement forcé de « partager » l'information avec les tiers. » (notre traduction)¹⁰⁷⁴. Cela signifie qu'il faudrait revisiter les protections de la propriété attachées à celle-ci.

Si l'on peut envisager une certaine propriété, celle-ci restera difficile à prouver, également à cause de l'immatérialité de l'information : il sera plus difficile de prouver sa détention primaire. En effet, hormis les cas où l'on peut faire clairement un lien entre l'information économique et son auteur, le caractère exclusif des droits sur l'information sera sujet à débat.

Par ailleurs, la légitimité d'un tel droit de propriété est d'autant plus remise en cause que l'information économique n'est pas toujours le fruit de l'intelligence humaine, mais parfois issue de l'observation du monde. Ainsi en est-il des propriétés d'un matériau ou d'une formule mathématique. Dans ce cas, en quoi serait-il légitime d'accorder un droit de propriété sur des données qui sont disponibles pour tous dans la nature ?

¹⁰⁷³ Art. 323-1 C. pen. ; Art. 430(1.1) C. crim.

¹⁰⁷⁴ J. T. CROSS, préc., note 948, 265.

Symétriquement, il sera tout aussi difficile de prouver l'usurpation de l'information économique¹⁰⁷⁵. Celle-ci peut intervenir par simple lecture, ce qui ne permettra pas de constituer un vol, ni même son recel. Les infractions qui ont véritablement et uniquement vocation à protéger les biens ne sont pas applicables à l'information économique. On comprend qu'il existe une forme d'angoisse à laisser impunis des comportements que l'on considère comme blâmables, puisqu'ils visent à usurper le travail et l'investissement d'autrui. Mais le droit pénal, et particulièrement l'infraction de vol, n'ont pas vocation à s'étendre « à toutes les hypothèses laissées vacantes par les dispositions pénales actuelles (...) ». Il ne s'agit pas non plus d'instiller l'article 311-1 du Code pénal dans les interstices de chacune des incriminations permettant de préserver les biens incorporels. »¹⁰⁷⁶

Comment alors s'assurer que l'information a bien été acquise par une atteinte à la propriété, et non par d'autres moyens constitutifs d'autres infractions, comme une interception de conversation téléphonique, ou la violation d'un secret ? La ligne de démarcation entre les infractions d'atteinte aux biens et celles d'atteinte à la vie privée se fait de plus en plus ténue lorsque l'on s'intéresse à la protection de l'information et remet en cause l'évidence du recours à la propriété pour assurer cette protection. Ainsi,

« De la commune sollicitation du Droit et même de la réponse faite en différents cas par l'organisation collective, il ne faut pas conclure à l'uniformité de l'intervention juridique (...) Le système de l'appropriation, en voie de généralisation pour les biens matériels, n'a pas vocation nécessaire à commander la réservation et la commercialisation de tous les biens. »¹⁰⁷⁷

307. Conséquences sur l'appréhension juridique de l'alerte. Bien sûr, l'ensemble de ces difficultés pourra se répercuter sur le lanceur d'alerte. Dans la mesure où l'on pourrait lui reprocher de commettre un vol lorsqu'il divulgue une information économique, la question de l'applicabilité d'une telle infraction et de la façon dont elle s'applique peut avoir une incidence importante sur sa responsabilité pénale. Si la manipulation du support de l'information elle-même ne pose pas de difficulté, en revanche est-ce que le simple fait de rapporter cette dernière à un journaliste ou au public est constitutif d'un vol ? N'y aurait-il pas là confusion avec d'autres fondements plus propices à appréhender juridiquement une telle révélation ?

La propriété s'avance à première vue comme une solution attractive pour résoudre la question de la réservation de l'information, alors que le droit pénal a tendance à montrer que

¹⁰⁷⁵ R. OLLARD, préc., note 241, n°532, p. 307.

¹⁰⁷⁶ S. DETRAZ, R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, préc., note 646, à la p. 104.

¹⁰⁷⁷ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », préc., note 646, à la p. 281.

d'autres voies sont ouvertes. Le fait qu'elle puisse être l'objet d'un recel par le biais de la violation d'un secret, au lieu d'un vol, éloigne du droit de propriété tout en soulevant une réflexion sur un autre terrain, celui de la protection de l'information au nom de la confidentialité, de la vie privée. Il nous reste donc à réfléchir à ce qui, en dehors de la propriété, pourrait fonder la protection de l'information économique, en proposant une assise qui emboîte mieux les contours fuyants de celle-ci.

Chapitre 2

L'émergence d'un droit à la confidentialité comme fondement de la protection de l'information économique

*« Celui qui cache son secret est maître de sa route. »
Proverbe arabe*

308. Vol d'informations personnelles. Dans une décision rendue par la Cour de cassation le 28 juin 2017¹⁰⁷⁸, les juges ont considéré qu'une avocate avait un droit de propriété sur des documents pourtant librement accessibles sur le serveur du cabinet où elle travaillait, car il s'agissait de documents personnels (en l'occurrence des correspondances). À ce titre, l'un de ses collègues n'avait pas la possibilité de faire l'usage qu'il souhaitait de ces documents. Si l'on s'en tenait à appliquer un droit de propriété classique sur ces informations, l'absence de secret les entourant empêcherait de caractériser une réserve de nature à faire naître un droit de propriété exclusif. Pourtant, la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Rennes, en considérant que :

« Mme Y... n'avait pas entendu donner à M. X... la disposition des documents personnels dont elle était propriétaire (...) ; en effet, le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction. »¹⁰⁷⁹

La réserve de l'information ne se justifie donc pas à travers les ressorts classiques de la confidentialité, puisque les documents n'étaient pas secrets, mais davantage par le caractère personnel du lien unissant l'information à une personne en particulier. De ce fait, l'information n'était pas libre et celui qui la manipulait contre la volonté de sa détentrice se rendait bien coupable de vol.

309. Appropriation par le caractère personnel. L'originalité de cette décision réside dans le fait que le secret ne suffit plus à lui seul à justifier la réserve de l'information. La référence au caractère personnel fait en réalité ressurgir les problèmes probatoires soulevés par les biens incorporels et que nous avons déjà évoqués¹⁰⁸⁰ : le manque de matérialité de ces derniers dessert la preuve d'un lien privilégié les unissant à une personne donnée. En l'absence de régime spécial de preuve de l'appropriation, celle-ci peut s'avérer très délicate à ramener. Le secret ne saurait suffire et l'arrêt de la Cour de cassation le démontre bien : faute de secret,

¹⁰⁷⁸ Crim. 28 juin 2017, préc. note 967.

¹⁰⁷⁹ *Id.*

¹⁰⁸⁰ *Supra*, n°213.

elle a eu recours à un autre critère pour établir la réservation, celui du caractère personnel de l'information. À défaut de tout autre indice d'appropriation, notamment de secret, ce lien personnel est la preuve ultime de la réservation de l'information économique, le seul sur lequel on puisse encore se reposer pour établir les droits revendiqués, alors qu'un tiers en conteste l'exclusivité. Le caractère personnel permet ainsi de pallier les problèmes de preuve de réservation que la propriété ne pouvait régler, en établissant un lien indéfectible entre l'information économique et son titulaire.

310. Évacuer le recours à la propriété. Toutefois, la Cour de cassation repasse quand même par le filtre du vol, et donc d'un rapport de propriété. Cela peut très probablement s'expliquer du fait que les informations ont été reproduites contre le gré du détenteur, ce que l'on a tendance à qualifier de vol¹⁰⁸¹, sans même se pencher davantage sur les circonstances ou la nature de l'objet soustrait¹⁰⁸². Néanmoins, les juges dessinent ici les contours d'un nouveau fondement possible pour expliquer la réservation de l'information, sans pour autant en tirer toutes les conséquences. Pourquoi, en effet, continuer à passer par le filtre du vol, et donc du droit de propriété, pour expliquer la réservation de l'information, lorsqu'un autre fondement se présente plus naturellement : celui d'un lien direct et personnel avec un individu, débarrassé de sa dimension propriétaire.

Nous avons constaté précédemment que le droit de propriété était un lien établi entre un bien et une personne. Sur la grande scène du droit, le personnage principal est dans ce contexte le bien. Il s'agit de décrire ou de définir les opérations qui pourront porter sur cet objet, les actes que le propriétaire peut prétendre réaliser à son égard. Mais il ressort de cet arrêt que l'on peut aussi changer la perspective par laquelle aborder la question. Au lieu de regarder la scène par le prisme du bien pour savoir ce qu'il est possible d'en faire, il s'agirait d'entrer dans le personnage du titulaire du droit, le sujet du droit de propriété. Ce sont alors les désirs et les pouvoirs de la personne juridique qui sont au centre de l'intrigue. Certes, le droit de propriété se préoccupe des actions que le titulaire peut exercer sur son bien¹⁰⁸³. Mais il serait ici question d'étudier ses pouvoirs pour eux-mêmes, en ce qu'ils traduisent l'exercice d'une volonté

¹⁰⁸¹ Ce sont les mêmes actes qui ont été reprochés aux prévenus dans les décisions *Logabax* (préc., note 896), *Bourquin* (préc., note 901) et *Antoniolli* (préc., note 902). *Supra*, n°268.

¹⁰⁸² Il est aussi possible que, au regard des faits, aucune autre infraction pénale n'ait été applicable, puisque initialement d'autres qualifications avaient été retenues, puis abandonnées (tentative de chantage et atteinte au secret des correspondances). Voir G. BEAUSSONIE, « La possibilité d'un vol d'informations pourtant libres d'accès ou la renaissance contestable de la soustraction juridique », préc., note 972, 1885.

¹⁰⁸³ A travers les attributs du droit de propriété particulièrement. *Supra*, n°224 et suiv.

spécifique et non dans la perspective de leur application à un objet particulier. C'est là l'enjeu de la protection de l'information économique : conserver le contrôle sur cette dernière.

311. Informations relatives à la vie privée. Dans l'affaire présentée, les informations copiées illicitement étaient contenues dans des correspondances que la victime entretenait avec des banques ou des organismes mutualistes¹⁰⁸⁴. Or, outre qu'il s'agit d'informations relatives à une personne, leur présence au sein de correspondances aurait tendance à les rattacher au droit à la vie privée¹⁰⁸⁵. La Cour de cassation offre donc ici une autre explication à la réservation de l'information et aux pouvoirs exercés sur celle-ci : elles relèvent de la sphère privée. À ce titre, elles ne sont pas librement accessibles et utilisables par les tiers, sans que cela n'entraîne une atteinte à l'intimité de la personne. Ainsi, déplacer le point d'intérêt de l'objet de propriété vers le sujet de la propriété entraîne un changement de fondement juridique, qui met l'individu au centre du lien l'unissant aux choses qui l'entourent.

312. Informations relatives à la vie privée des personnes morales. Cette solution s'impose naturellement pour les personnes physiques, pour lesquelles le droit à la vie privée a été conceptualisé¹⁰⁸⁶. Toutefois, le contexte qui nous intéresse concerne davantage les personnes morales et la protection de leurs informations économiques. Le problème sera donc plutôt de savoir si ces personnes bénéficient aussi d'un droit à la vie privée, de telle sorte qu'elles puissent y être protégées.

313. Droit à la confidentialité. La réponse paraît aujourd'hui assez évidente : les personnes morales sont titulaires d'un certain droit à la vie privée¹⁰⁸⁷, en tant qu'entité autonome des individus qui la composent. Cependant, le particularisme¹⁰⁸⁸ de la personnalité morale impose de ne pas concevoir ce droit exactement de la même manière que pour les

¹⁰⁸⁴ G. BEAUSSONIE, « La possibilité d'un vol d'informations pourtant libres d'accès ou la renaissance contestable de la soustraction juridique », préc., note 972, 1886.

¹⁰⁸⁵ Le secret des correspondances est en effet souvent considéré comme une composante du droit à la vie privée : L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°285, p. 280. Voir également : art. 36 C.c.Q. : « Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants : (...) Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels » ; *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21, art. 3, définissant, entre autres, ce que sont les renseignements personnels : « Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment : (...) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur » ; Pour un point de vue plus nuancé sur le lien entre secret des correspondances et vie privée : Agathe LEPAGE, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Droits de la personnalité*, n°92.

¹⁰⁸⁶ J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 88 ; Alexandre ZABALZA, « Introduction », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, p. 1 à la page 37 (n°64).

¹⁰⁸⁷ Nicolas MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », RTD Civ. 2008.205.

¹⁰⁸⁸ *Id.*

personnes physiques. C'est pourquoi nous parlerons ici de droit à la confidentialité au bénéfice des personnes morales. Face à l'imperfection de la protection de l'information économique par le droit à la propriété, nous verrons qu'un tel droit à la confidentialité propose une alternative séduisante, par sa complétude et sa simplicité. Aussi sera-t-il d'abord nécessaire de concevoir ce droit à la confidentialité pour les personnes morales (1).

314. Pertinence du droit à la confidentialité. Le recours à la vie privée est d'autant plus pertinent qu'il traduit en réalité un réel besoin pour les personnes morales, celui de garder impérativement l'information secrète. La confidentialité offre justement un moyen de prévenir toute forme d'immixtion extérieure dans le but de capter des informations économiques, comme toute divulgation de ces dernières. La reconnaissance d'un droit à la confidentialité permet donc de couvrir toutes les hypothèses dans lesquelles un tiers ou un employé tenteront de contourner la confidentialité imposée sur l'information. On comprend également mieux le dilemme auquel se confronte le lanceur d'alerte : en tant qu'employé de l'entreprise dont il dénonce les produits ou les pratiques et en raison de la confidentialité attachée à l'information, il est le plus souvent soumis à une obligation de discrétion. Si les informations économiques sont une émanation des personnes morales qui les conçoivent, il paraîtrait logique que ces dernières puissent imposer cette confidentialité à leurs employés. Ces informations ne leur étant pas personnelles, ils ne pourront pas en faire un usage libre sans le consentement de leur employeur. Tout acte contraire pourra être pris en charge par le droit et susceptible d'engager la responsabilité de son auteur. Il s'agit là certainement d'une manifestation du droit à la confidentialité des personnes morales contribuant à protéger l'information économique (2).

1 La conception d'un droit à la confidentialité pour les personnes morales

315. Divergences doctrinales. Les réflexions autour de l'application de ce droit aux personnes morales n'ont pas été menées avec la même intensité en France et au Canada. Si de nombreux auteurs français se sont penchés sur la question, elle n'a, semble-t-il, pas soulevé autant d'engouement dans la doctrine canadienne¹⁰⁸⁹, à tel point que l'application de ce droit à de telles entités paraît ressortir de l'évidence la plus naturelle. C'est plutôt sous l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême que la reconnaissance des droits fondamentaux aux personnes morales a pu avoir lieu¹⁰⁹⁰. Cela ne signifie pas que la réflexion théorique est absente en droit canadien ni que les juges français n'ont pas contribué à l'élaboration d'une protection

¹⁰⁸⁹ Si ce n'est sous l'influence et en lien avec les réflexions menées par ailleurs au Royaume-Uni et aux États-Unis. Chris TOLLEFSON, « Corporate constitutional rights and the Supreme court of Canada », (1993) 19 *Queen's L.J.* 309, 312.

¹⁰⁹⁰ *Id.*, 309.

des personnes morales par les droits fondamentaux. Quelle que soit la démarche, il en ressort que les droits fondamentaux ne s'appliquent pas exactement de la même manière pour les personnes physiques et pour les personnes morales¹⁰⁹¹. Cela ne constitue en rien un obstacle à l'admission d'un droit à la confidentialité, simplement ce dernier s'adaptera nécessairement à la nature spécifique des entités morales. C'est pourquoi nous préférons employer l'expression droit à la confidentialité – plutôt que droit à la vie privée – pour marquer cette différence.

316. Démarche. Ainsi, deux démarches semblent se dégager d'un pays à l'autre, correspondant d'ailleurs aux deux grandes approches de l'application des droits fondamentaux à la personnalité morale : d'une part, on peut rechercher si, théoriquement, la nature de la personnalité morale la rend capable d'être titulaire d'un droit protégeant une forme de vie privée¹⁰⁹², de vie intérieure¹⁰⁹³ (1.1), soit on part du droit à la vie privée pour tenter de l'adapter aux entités morales¹⁰⁹⁴ (1.2).

1.1 Les fondements théoriques du droit à la vie privée des personnes morales

317. Droits de la personnalité des personnes morales. Il ne fait plus de doute aujourd'hui que les entités morales, aussi artificielles soient-elles, bénéficient d'une personnalité juridique¹⁰⁹⁵ dès leur création et jusqu'à leur « mort », c'est-à-dire leur dissolution. Il a existé d'intenses débats quant à savoir quelle était la nature de cette personnalité morale¹⁰⁹⁶, mais l'existence de celle-ci n'est elle-même pas contestée. À ce titre et en tant que conséquence logique de la reconnaissance de l'existence de cette personnalité, les personnes morales ont la capacité d'être titulaires de certains droits, tels que la propriété¹⁰⁹⁷, ou encore le droit d'ester en

¹⁰⁹¹ N. MATHEY, préc., note 1087, 214 et 215 ; C. TOLLEFSON, préc., note 1089, 310.

¹⁰⁹² N. MATHEY, préc., note 1087, 206 et suiv.

¹⁰⁹³ Pierre KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971.445, 491. L'expression a été ensuite reprise par plusieurs auteurs : Hélène MARTRON, *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, Paris ; Poitiers, L.G.D.J. ; Université de Poitiers, 2011, n°178, p. 215 ; Franck PETIT, « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D.* 1998.chr. 826, 831.

¹⁰⁹⁴ N. MATHEY, préc., note 1087, 214 et suiv.

¹⁰⁹⁵ Art. 298 C.c.Q.

¹⁰⁹⁶ Jean-Pierre GASTAUD, *Personnalité morale et droit subjectif. Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°149, Paris, LGDJ, 1977, n°6, p. 5 ; Gilles GOUBEUX et Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil. Les personnes*, coll. Traité, Paris, L.G.D.J., 1989, n° 19, p. 26 et suiv. ; J. ROCHFELD, préc., note 595, p. 76 et suiv. ; Bernard TEYSSIE, *Droit des personnes*, 19e éd., Paris, LexisNexis, 2017, n°1063, p. 571.

¹⁰⁹⁷ Ce qui ressort explicitement de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne. Ce droit a été aussi reconnu en droit interne aux personnes morales : Cons. d'Etat 29 janvier 1993, *Epoux Matraire*, n°131708, Rec. Lebon tables 1993, p. 572 et 824. Cette application du droit de propriété ressort également de l'article 6 de la Charte québécoise, puisqu'il emploie l'expression « toute personne », ce qui inclut bien évidemment les personnes morales : *Investissements Historia Inc. c. Gervais Harding et associés design Inc.*, 2006 QCCA 560, par. 24 : « Le droit à la jouissance paisible et à la libre disposition protégé par l'article 6 de la Charte québécoise réfère tant aux biens dont la personne physique ou morale est propriétaire qu'à ceux dont elle peut revendiquer la possession légale ou un droit d'usage. »

justice¹⁰⁹⁸. Les débats résiduels portent aujourd'hui sur l'étendue de la reconnaissance de cette catégorie de droits.

318. Droits de la personnalité des personnes morales ? Tout comme les personnes physiques, les êtres moraux ont besoin de protéger un certain nombre d'intérêts¹⁰⁹⁹, leur réputation¹¹⁰⁰ ou encore leur nom¹¹⁰¹. Reste à savoir si cela implique pour autant l'admission sans réserve de tous les droits de la personnalité pour ces entités, y compris la vie privée.

Pour y parvenir, il peut être utile de s'interroger sur le sens de ce qu'est la personnalité pour y découvrir une approche qui pourrait aider à justifier en quoi les êtres moraux sont titulaires d'une certaine forme de vie privée, qualifiée de droit à la confidentialité dans le cadre des entités morales, socle de la protection de leurs informations confidentielles.

On sait déjà, sur le plan pratique, que certains droits de la personnalité sont effectivement reconnus aux personnes morales. Ainsi en est-il de la protection du nom ou de la réputation. Pour autant, est-ce suffisant pour affirmer que les personnes morales sont titulaires de *tous* les droits de la personnalité ? Les personnes morales ne pouvant pas être parfaitement assimilables aux personnes physiques, il semble logique de tirer les conséquences de ces différences. Mais ne faudrait-il pas aussi s'assurer que sur le plan théorique, la conception de la personnalité est également compatible avec les entités morales ? La question n'est pas anodine, car elle permettrait de donner une assise conceptuelle à cette transposition et

¹⁰⁹⁸ Ce qui ressort de la lecture combinée des article 6 (droit à un procès équitable) et 1^{er} Conv. EDH (qui reconnaît le bénéfice des droits proclamés à « toute personne »). Ce droit est également reconnu sur le plan pénal (art. 85 al. 4 C. pr. pén.). Pareillement, il a été reconnu la possibilité de bénéficier du droit à un procès équitable pour les personnes morales au Canada, dans le cadre d'une procédure pénale (*R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, 859 ; voir également C. TOLLEFSON, préc., note 1089, 343 et suiv.) et de manière générale dans un procès, quelle que soit sa nature : l'article 23 de la Charte québécoise reconnaît ce droit à « toute personne » également, ce qui inclut naturellement les personnes morales.

¹⁰⁹⁹ Par exemple à travers le droit de réponse, instauré à l'article 13 de la Loi sur la liberté de la presse (Cass. crim. 6 novembre 1956 ; F. PETIT, préc., note 1093, 829)

¹¹⁰⁰ L'article 29 de la loi sur la liberté de la presse s'applique autant aux personnes physiques que morales : Crim. 12 juillet 1972, Bill. crim., n°242 ; Crim. 12 octobre 1976, *Bull. crim.* n°287 (« une personne morale [est] susceptible d'être déclarée atteinte dans son honneur ou dans sa considération par des imputations diffamatoires dirigées contre elle ») ; Civ. 2^{ème}, 19 juin 1996, *Bull. civ.* II, n°153 ; Civ. 2^{ème}, 15 avril 1999, *Bull. civ.* II, n°73.

¹¹⁰¹ Puisqu'il s'agit d'un élément d'identification : Michel DAGOT, « Le nom des personnes morales », JCP G 1992. I. 3579 ; Jean-Marie PLAZY, « Le droit au nom », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (DIR.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, p. 471, n°810, p. 503. Concernant les personnes morales, le contentieux se concentre essentiellement sur les empiètements sur la dénomination sociale, l'utilisation abusive d'une marque, d'un nom de domaine etc, engendrant des confusions sanctionnables sur plusieurs fondements : soit en matière de propriété intellectuelle pour les marques déposées (art. L713-2, L716-4 et L716-10 et suiv. C. prop. int. ; *Loi sur les marques de commerce*, préc., note 435, art. 20, 51.01 et suiv.), soit sur le fondement de la concurrence déloyale et du parasitisme (Paris, 30 mai 1988, D. 1989 Somm. 130, pour une société qui bénéficie de l'homonymie avec la société Givenchy pour tirer profit des dépenses publicitaires engagées par cette dernière). Le Code civil du Québec reconnaît clairement quant à lui le droit au nom des personnes morales (art. 305 C.c.Q.).

contribuerait à savoir dans quelle mesure on peut attribuer des droits aux personnes morales, y compris une certaine vie privée.

319. Difficultés de définition. En réalité, tout dépend de la façon dont on entend la notion de personnalité. Or là est la principale difficulté. D'abord, il n'existe pas de définition légale des droits de la personnalité¹¹⁰² ni une liste exhaustive de ceux-ci. L'exercice serait d'ailleurs un peu vain, tant leur reconnaissance est évolutive dans le temps et dans l'espace¹¹⁰³. De ce fait, la notion apparaît comme floue ou imprécise¹¹⁰⁴. En outre, il a été avancé que chercher une précision excessive dans la définition des droits de la personnalité aurait aussi pour effet de réduire la personne à un agrégat d'attributs, sans nécessairement révéler la complexité des êtres auxquels on l'adresse¹¹⁰⁵. Il n'est donc pas possible de raisonner par induction ici.

320. Personnalité psychologique. Un consensus se dégage en doctrine pour considérer que lorsque l'on recherche la personnalité, c'est pour déterminer le sens des droits du même nom¹¹⁰⁶. Il ne s'agit donc pas d'une notion d'essence purement technique et juridique. Elle se nourrit de données plus factuelles. Ainsi, les dictionnaires de la langue française nous apprennent que la définition la plus courante de la personnalité s'entend comme la « fonction par laquelle un individu conscient se saisit comme *moi*, comme un sujet unique et permanent »¹¹⁰⁷. Ici se dessine une personnalité en tant qu'elle traduit une « individualité »¹¹⁰⁸ dans sa dimension physique et psychologique, la conscience pour la personne de ce qu'elle est. Le dictionnaire juridique *Cornu* abonde en ce sens, en associant étroitement droits de la personnalité et personnes physiques¹¹⁰⁹. Évidemment, un tel degré de conscience, de psychologie n'est pas accessible pour les personnes morales¹¹¹⁰. Il est impossible de prétendre vouloir établir une similitude absolue entre êtres moraux et physiques et, par la même occasion, la capacité des premiers à être conscients de leur propre existence. En conséquence, même si l'on admet sans réserve les droits de la personnalité des personnes morales, le défaut de cette

¹¹⁰² B. TEYSSIE, préc., note 1096, n°54, p. 40.

¹¹⁰³ P. KAYSER, préc., note 1093, 457.

¹¹⁰⁴ Guillaume BEAUSSONIE, « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », R.S.C. 2010.525, 525 ; G. GOUBEUX et J. GHESTIN, préc., note 1096, n°271, p. 243 ; H. MARTRON, préc., note 1093, n°50, p. 84.

¹¹⁰⁵ G. GOUBEUX et J. GHESTIN, préc., note 1096, n°271, p. 243.

¹¹⁰⁶ Et non que l'on s'intéresse à la personnalité juridique : Lisa DUMOULIN, « Les droits de la personnalité des personnes morales », Rev. Sociétés 2006.1, n°9 ; G. GOUBEUX et J. GHESTIN, préc., note 1096, n°271, p. 243 ; H. MARTRON, préc., note 1093, n°50, p. 85.

¹¹⁰⁷ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Personnalité (consulté le 25 octobre 2019).

¹¹⁰⁸ *Le Grand Robert*, id. ; F. PETIT, préc., note 1093, 826.

¹¹⁰⁹ G. CORNU, préc., note 31, p. 760. : « Droits inhérents à la personne humaine qui appartiennent de droit à toute personne physique pour la protection de ses intérêts primordiaux ».

¹¹¹⁰ H. MARTRON, préc., note 1093, n°52, p. 86 et 87.

dimension psychologique amènera nécessairement à moduler le sens de ces droits, pour les adapter à la nature spécifique de ces êtres.

321. Personnalité sociale. Mais cette approche assez subjective et psychologique¹¹¹¹ n'est pas la seule façon d'entendre la personnalité. Elle peut aussi être un synonyme d'originalité, comme « ce qui caractérise en particulier un individu »¹¹¹². Dans ce cas la personnalité s'inscrit dans un ensemble plus large, en contemplant ce qui distingue des autres, révélant la dimension sociale de la notion¹¹¹³. « La personnalité dont il est ici question est plutôt celle qu'envisagent les philosophes et les sociologues lorsqu'ils examinent ce qui fait la singularité de chacun, ce qui donne à chaque individu ses caractéristiques propres. »¹¹¹⁴

Entendu en ce sens, il devient tout à fait acceptable de reconnaître des droits de la personnalité aux personnes morales. Comme les êtres physiques, elles ont besoin de se distinguer les unes des autres, de créer leur propre utilité dans un ensemble plus vaste. Elles représentent un aspect important de l'organisation sociale. Cet aspect de la personnalité constituera probablement le dénominateur commun des droits de la personnalité, permettant certaines analyses uniformes, quelle que soit la personne concernée, une sorte de tronc commun¹¹¹⁵. On tiendra ensuite compte de la nature spécifique de chaque type de personnes pour adapter leurs droits à leurs besoins, tantôt sociaux, tantôt psychologiques et sociaux.

322. Exemple. On peut prendre à titre d'exemple le nom. Ce dernier ne peut pas tout à fait se concevoir de la même façon que pour les personnes physiques¹¹¹⁶. Pour ces dernières, il est en partie indisponible et participe de la dignité¹¹¹⁷ de celui qui le porte. C'est pourquoi son changement volontaire est aussi strictement encadré¹¹¹⁸, car il est censé répondre à un principe d'immutabilité¹¹¹⁹, et relève en partie du pouvoir de l'État en tant qu'instrument de police civile¹¹²⁰. L'État n'a pas le même intérêt à la stabilité des dénominations des personnes morales.

¹¹¹¹ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°15 ; *Id.*, n°52, p. 86.

¹¹¹² G. CORNU, préc., note 31, p. 760. Dans le même sens : A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°13 ; H. MARTRON, préc., note 1093, n°55, p. 89. *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Personnalité (« ce qui différencie une personne de toutes les autres ») (consulté le 25 octobre 2019).

¹¹¹³ L. DUMOULIN, préc., note 1106, n°9 ; H. MARTRON, préc., note 1093, n°50, p. 85 ; F. PETIT, préc., note 1093, 827 ; Jean-Christophe SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », dans *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 689 à la page 692.

¹¹¹⁴ G. GOUBEUX et J. GHESTIN, préc., note 1096, n°271, p. 243.

¹¹¹⁵ L. DUMOULIN, préc., note 1106, n°40.

¹¹¹⁶ P. KAYSER, préc., note 1093, 490.

¹¹¹⁷ Art. 55 C.c.Q. : « toute personne a droit au respect de son nom. »

¹¹¹⁸ Art. 57 et suiv. C.c.Q. ; art. 60 et suiv. C. civ.

¹¹¹⁹ Dominique GOUBAU et Anne-Marie SAVARD, *Le droit des personnes physiques*, 6e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, n°258 ; P. KAYSER, préc., note 1093, 490 ; B. TEYSSIE, préc., note 1096, n° 388, p. 262.

¹¹²⁰ P. KAYSER, préc., note 1093, 459.

Il n'en va pas pareillement de la dignité de ces dernières, dont elles sont par ailleurs dépourvues. Le nom des personnes morales a essentiellement un caractère identificateur. C'est même le principal but de leur dénomination : les distinguer des autres et leur assurer l'exploitation de tous les avantages liés à leur nom¹¹²¹. D'ailleurs, si la loi impose généralement d'établir un nom pour les personnes morales¹¹²², aucune règle supplémentaire n'est précisée quant à son choix. Les créateurs de ces entités disposent d'une grande liberté, qui répond le plus souvent à des impératifs essentiellement pragmatiques¹¹²³. Le but est bien principalement de les distinguer les unes des autres, sans considérations psychologiques liées à l'identité ou à l'appartenance à un groupe.

323. Lien entre théories de la personnalité morale et droits de la personnalité. Ainsi existe-t-il bien une dimension de la personnalité qui s'accommode de la nature des entités morales, dépourvue de corps et de psychologie. La personnalité fait également appel à l'essence sociale des personnes quelles qu'elles soient, et qui constitue alors le dénominateur commun à leur ensemble. Cette approche permet de placer personnes physiques et morales sur un pied d'égalité, au moins en termes de reconnaissance juridique, tout en prenant acte des différences fondamentales qui les distinguent.

324. Répercussions sur le contenu des droits de la personnalité. Cette vision aura bien évidemment des répercussions directes sur la manifestation des droits de la personnalité pour les personnes morales. En tant qu'êtres juridiques, il s'agit de les leur reconnaître. En tant qu'êtres spécifiques et dépourvus de dimension physique et psychologique, des adaptations devront être opérées quant au contenu de ces droits, surtout si l'on construit le raisonnement par analogie, à partir des raisonnements établis pour les personnes physiques.

Bien sûr, les droits de la personnalité traditionnellement liés au corps physique ne peuvent certainement pas être reconnus aux personnes morales, à moins de tomber dans les travers d'un anthropomorphisme exacerbé¹¹²⁴. Le rejet de la dimension psychologique devrait également couper court aux velléités de transposition de la plupart des droits de la personnalité liés à l'humanité des personnes et particulièrement du droit à la vie privée. Conçu comme celui qui assure « la paix et la tranquillité de la vie de toute personne »¹¹²⁵, particulièrement par le

¹¹²¹ *Id.*, 491.

¹¹²² Voir notamment *Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, J.O. 2 juillet 1901, p. 4025, art. 5 al. 2 ; art. 1835 C.civ ; art. L210-2 C. com. ; art. 305 C.c.Q. ; art. 2189 C.c.Q.

¹¹²³ Guillaume WICKER et Jean-Christophe PAGNUCCO, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Personne morale*, n°104.

¹¹²⁴ Il sera donc impossible d'envisager les droits dont l'individu dispose sur son propre corps, mais également ceux liés à la famille (mariage, divorce, adoption, protection des majeurs).

¹¹²⁵ P. KAYSER, préc., note 1093, 466.

fait de s'isoler physiquement du reste du monde, pourquoi les personnes morales auraient-elles une intimité à défendre ?

325. Vers un droit à la vie privée pour les personnes morales. C'est là que la dimension sociale et la spécificité des personnes morales prennent tout leur sens, car elles ne font en réalité pas obstacle à l'admission d'un droit à la vie privée pour ces dernières. Il existe certainement un intérêt commun à la reconnaissance d'un droit de l'intime, un facteur de maintien d'une cohésion sociale dans le fait de ménager un espace privatif à chacun. La carence de perspective psychologique à la vie privée des personnes morales contraint simplement à considérer qu'elle ne peut tout à fait être la même. Cela explique sûrement pourquoi on utilise le plus souvent un vocabulaire distinct pour en traiter¹¹²⁶, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il faille automatiquement rejeter l'idée d'un droit à la vie privée pour les personnes morales, aussi adapté soit-il.

Les outils théoriques semblent bien en place pour reconnaître un droit à la vie privée pour les personnes morales, mais la pratique reste encore la plus éloquente sur la question. On ne doute plus vraiment aujourd'hui de l'existence d'un tel droit au regard du développement significatif de la jurisprudence à ce sujet.

1.2 Les fondements pratiques d'un droit à la vie privée des personnes morales

326. Sources des droits de la personnalité des personnes morales. Outre cette approche théorique et étymologique, la reconnaissance juridique des droits de la personnalité des personnes morales est surtout le fruit d'un intense travail jurisprudentiel¹¹²⁷. La jurisprudence a tenu, à ce sujet, un rôle fondamental. Si cela peut paraître tout à fait naturel dans un pays de tradition de *common law* comme le Canada, l'affirmation est plus étonnante en France, basée sur un droit de tradition romano-germaniste, où la loi est généralement considérée encore comme la source de référence de la règle de droit¹¹²⁸. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence a joué ici un rôle moteur dans la reconnaissance des droits de la personnalité des personnes morales et plus particulièrement d'une certaine vie privée. Il existe très certainement aujourd'hui une protection fondamentale et formelle de la vie privée pour les personnes morales (1.2.1), qui s'est concrétisée en droit interne, à travers l'interprétation de textes divers. En

¹¹²⁶ Certains auteurs parlent de « vie intérieure » : P. KAYSER, *id.*, 491; H. MARTRON, *préc.*, note 1093, n°178 et suiv., p. 215 et suiv. .

¹¹²⁷ François ROUSSEAU, « La personnalité juridique », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (DIR.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, p. 57, n°137, p. 81.

¹¹²⁸ *Id.*, n°137, p. 81.

s’emparant de ceux-ci, la jurisprudence a rendu très concrète la protection de la vie privée des personnes morales, faisant preuve d’un pragmatisme remarquable (1.2.2).

1.2.1 Les manifestations jurisprudentielles de la vie privée des personnes morales

327. Pragmatisme de la reconnaissance. La jurisprudence a reconnu certains éléments spécifiques de la vie privée aux personnes morales. Cela se constate dans les droits étrangers (1.2.1.1), et en droit interne (1.2.1.2).

1.2.1.1 La manifestation de la vie privée des personnes morales en droits étrangers

328. Droits étrangers. De longue date et sans se démentir, la jurisprudence a appliqué des éléments relatifs à la vie privée aux entités morales. Elle reste la preuve la plus convaincante d’une telle extension. Plusieurs États européens ont déjà admis explicitement dans leur droit interne que les personnes morales pouvaient être titulaires de droits de la personnalité¹¹²⁹, plus particulièrement du droit à la vie privée. De manière très novatrice, le tribunal fédéral suisse a considéré que la liste des membres d’une association appartenait à sa sphère privée et qu’elle ne pouvait faire l’objet d’une publication sans porter atteinte à ses droits¹¹³⁰. De même aux États-Unis, la Cour suprême a reconnu, sur la base du quatrième Amendement de la Constitution protégeant la vie privée à travers l’interdiction des fouilles et saisies abusives, que les entreprises avaient une certaine expectative de vie privée¹¹³¹, même si celle-ci ne peut pas se comprendre exactement de la même façon et avec la même vigueur que pour les personnes physiques¹¹³².

329. Droit européen. La Cour européenne des droits de l’Homme a également abondamment participé à la reconnaissance d’un certain droit à la vie privée pour les personnes morales. En effet, l’article 8 Conv. EDH protège le droit à la vie privée comme droit fondamental. Les principes irriguant l’interprétation de la Convention européenne imposent de la faire évoluer au gré des besoins et évolutions sociétales¹¹³³, en en faisant un outil flexible et particulièrement révélateur des grandes tendances parcourant le droit. La reconnaissance d’un

¹¹²⁹ Voir art. 28, 1 du Code civil suisse : « celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe. » Le tribunal fédéral suisse a interprété les termes de cet article comme incluant les personnes morales : *Club Méditerranée (Bureau suisse) SA c. Tages-Anzeiger für Stadt und Kanton Zürich AG*, 21 mars 1969, ATF 95 II 481, cons. 4., p. 488.

¹¹³⁰ *Metzler c. Philanthropische Gesellschaft Union und Mitbeteiligte*, 3 juin 1971, ATF 97 II 97, cons. 3, p. 100 à 103.

¹¹³¹ *See v. Seattle*, 387 U.S. 541, 543 (1967) ; *Marshall v. Barlow’s, Inc.*, 436 U.S. 307, 313 et suiv. (1978) ; *Dow Chemical Co. v. United States*, 476 U.S. 227, 236 (1986).

¹¹³² *Dow Chemical Co. v. United States*, *id.*, 237 et 238.

¹¹³³ H. MARTRON, préc., note 1093, n°182, p. 219.

droit à la vie privée pour les personnes morales par la Cour européenne des droits de l'Homme aurait donc un caractère hautement significatif et symbolique.

330. Protection du domicile. D'abord, profitant du terme « personne » employé sans autre précision, la Cour y a inclus les entités morales. Ensuite, la Cour européenne a admis en 2002 que les personnes morales bénéficiaient de la protection du domicile¹¹³⁴. Lors d'une enquête administrative visant à prouver l'existence d'ententes ou fraudes lors de la passation de marchés publics, les enquêteurs français ont procédé à des saisies dans les locaux de plusieurs entreprises de travaux publics. Les entreprises ont contesté la légalité des perquisitions, réalisées sans autorisation de l'autorité judiciaire, en faisant valoir qu'elles violaient leur droit à la vie privée, sur le fondement de l'article 8 Conv. EDH. La CEDH a considéré que le terme « domicile », tel qu'employé dans cet article, « a une connotation plus large que le mot « home » [figurant dans le texte anglais] et peut englober par exemple le bureau ou le cabinet d'un membre d'une profession libérale »¹¹³⁵. En effet, la Cour avait déjà reconnu la protection de locaux professionnels au nom de celle du domicile, notamment des locaux de profession libérale¹¹³⁶. Dans ces cas, c'est la présence d'une personne physique qui justifiait la protection des locaux professionnels¹¹³⁷. Dans l'arrêt *Colas*, il s'agissait de la protection des locaux, indépendamment de la question de savoir si une personne physique s'y trouvait effectivement¹¹³⁸. À ce sujet, la réponse de la Cour est assez claire :

« La Cour rappelle que la Convention est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles (...). Dans le prolongement de l'interprétation dynamique de la Convention, la Cour considère qu'il est temps de reconnaître, dans certaines circonstances, que les droits garantis sous l'angle de l'article 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels. »¹¹³⁹

Il n'y a donc pas de doute quant à l'existence d'une protection des locaux professionnels en vertu du droit à la vie privée, solution confirmée ultérieurement¹¹⁴⁰.

¹¹³⁴ *Société Colas Est et autres c. France*, 16 avril 2002, n°37971, CEDH 2002-III.

¹¹³⁵ *Id.*, par. 40.

¹¹³⁶ En l'occurrence un cabinet d'avocat : *Niemietz c. Allemagne*, 16 décembre 1992, série A 251B, particulièrement par. 30.

¹¹³⁷ *Chappell c. Royaume-Uni*, 30 mars 1989, série A 152-A, par. 51.

¹¹³⁸ *Société Colas Est et autres c. France*, préc., note 1134, par. 40.

¹¹³⁹ *Id.*, par. 41.

¹¹⁴⁰ *Buck c. Allemagne*, 28 avril 2005, n°41604/98, CEDH 2005-IV, par. 31 ; *Petri Sallinen and others v. Finland*, 27 septembre 2005, n°50881/99, par. 70.

331. Protection des correspondances. Dans la suite logique de la question du domicile, la CEDH a admis que les personnes morales bénéficiaient d'une protection de leurs correspondances, également sur le fondement de l'art. 8 Conv. EDH¹¹⁴¹ :

« La fouille et la saisie de données électroniques s'analysent en une ingérence dans le droit des requérants au respect de leur « correspondance » au sens de l'article 8 (...). La Cour n'aperçoit aucun motif de distinguer entre le premier requérant, personne physique, et la seconde requérante, personne morale, en ce qui concerne la « correspondance ». »¹¹⁴²

Cette solution, conforme à l'interprétation évolutive et constructive de la Convention européenne n'est donc pas étonnante et s'inscrit bien dans ce mouvement d'extension de la vie privée aux personnes morales. Le domicile et les correspondances participent indubitablement de la protection d'une vie personnelle par la personne morale, protégeant ses activités et ses secrets. Ces îlots de protection ne peuvent mener qu'à la conclusion qu'une vie privée existe pour les personnes morales¹¹⁴³, même si les contours en sont encore flous et ne sont certainement pas les mêmes que ceux des personnes physiques.

332. Droit de l'Union européenne. La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne propose également une protection de la vie privée¹¹⁴⁴, qui a fait l'objet d'une interprétation par les juridictions compétentes. Dans un premier temps, celles-ci se sont refusées à admettre un droit à la vie privée pour les personnes morales¹¹⁴⁵, notamment en raison des divergences importantes existant entre les systèmes juridiques des Etats membres, ne permettant pas d'imposer une solution unique en faveur de la protection des locaux des êtres moraux¹¹⁴⁶. En effet, il n'existait pas de jurisprudence claire sur la question de la protection du domicile des personnes morales en 1989¹¹⁴⁷, ce qui peut expliquer cette solution opposée par

¹¹⁴¹ Art. 8 CEDH : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

¹¹⁴² *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche*, 16 octobre 2007, n°74336/01, CEDH 2007-IV, par. 45. Solution confirmée par d'autres espèces : *Aalmoes and others v. The Netherlands*, 25 novembre 2004, n°16269/02, par. « The Law. 1 » ; *Association for European integration and Human Rights and Ekimdzhiiev v. Bulgaria*, 28 juin 2007, n°62540/00, par. 60 ; *Liberty et autres c. Royaume-Uni*, 1^{er} juillet 2008, n° 58243/00, par. 56.

¹¹⁴³ H. MARTRON, préc., note 1093, n°186, p. 223.

¹¹⁴⁴ Art. 7 CDFUE.

¹¹⁴⁵ *Hoechst c. Commission*, 21 septembre 1989, n°C-46/87 et C-227/88. Dans le cadre d'une enquête relative à une entente sur les prix et les quotas de livraison de PVC, la Commission européenne a obtenu par l'intermédiaire de l'Allemagne un mandat de perquisition. Ce dernier a fait l'objet d'une contestation sur le fondement d'un droit à la vie privée pour les personnes morales.

¹¹⁴⁶ *Id.* par. 17 : « Si la reconnaissance d'un tel droit en ce qui concerne le domicile privé des personnes physiques s'impose dans l'ordre juridique communautaire en tant que principe commun aux droits des États membres, il n'en va pas de même en ce qui concerne les entreprises, car les systèmes juridiques des États membres présentent des divergences non négligeables en ce qui concerne la nature et le degré de protection des locaux commerciaux face aux interventions des autorités publiques. »

¹¹⁴⁷ *Id.*, par. 18.

rapport à celle observée devant la CEDH. C'est donc en toute logique que la juridiction suprême de l'Union européenne s'est par la suite rangée derrière la Cour européenne¹¹⁴⁸. Ainsi, en 2002, dans une affaire de concurrence à nouveau, la CJCE a-t-elle décidé que « la protection du domicile dont il est question à l'article 8 de la CEDH peut être étendue, dans certaines circonstances, [aux] locaux »¹¹⁴⁹ commerciaux des sociétés. Pour rendre sa solution, la CJCE fait directement référence à la décision *Colas*¹¹⁵⁰, entérinant définitivement l'interprétation unique de l'article 8 Conv. EDH et confirmant une fois de plus l'existence d'une protection de la vie privée, sous la forme de la protection des locaux abritant l'activité d'une personne morale.

333. Application en droit interne. Du fait de l'application directe de la Convention européenne en droit interne des États membres, les solutions exposées précédemment relativement à la protection de la vie privée des personnes morales sont aussi applicables en droit français. C'est donc en toute logique que l'on retrouve une jurisprudence équivalente, en droit interne, confortée comparativement par les propositions prétoriennes canadiennes.

1.2.1.2 La manifestation de la vie privée des personnes morales en droit interne

334. Reconnaissance interne. En tant que norme accompagnée des sanctions les plus sévères, la matière pénale est particulièrement révélatrice lorsqu'il s'agit de déterminer les intérêts les plus essentiels à garantir. L'admission d'une protection de la vie privée par ce biais est donc tout à fait exemplaire et ne laisse place qu'à peu de doute quant à la capacité des personnes morales à bénéficier d'un tel droit (1.2.1.2.1). La matière civile a également apporté sa pierre à l'édifice de la vie privée des personnes morales (1.2.1.2.2).

1.2.1.2.1 Par le droit pénal et le droit criminel

334. Puissance normatrice de la norme pénale. S'il n'existe pas d'affirmation aussi générale de la reconnaissance du droit à la vie privée pour les personnes morales en France et au Canada, la jurisprudence pénale en a fait quelques applications remarquables, qui laissent planer peu de doutes sur la reconnaissance d'un tel droit. À ce titre, la matière pénale, sa valeur expressive et les principes qui l'irriguent sont une bonne mesure de ce qui peut constituer une norme révélatrice des valeurs sociales les plus fondamentales. Elle imprime une certaine gravité, dénotant l'importance de l'intérêt que l'on cherche à protéger. La vie privée fait partie

¹¹⁴⁸ Patrice SPINOSI, « Le secret des affaires et le secret du patrimoine face aux droits et libertés individuels », *Dr. et patr.* 2014.223.26, 27.

¹¹⁴⁹ *Roquette frères SA c. Directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 22 octobre 2002, n°C-94/00, [2002] Rec. C.E.

¹¹⁵⁰ *Société Colas Est et autres c. France*, préc., note 1134.

de ses valeurs et étendre cette protection aux personnes morales serait un indice significatif en faveur de l'extension du droit à la vie privée aux personnes morales.

335. Protection des locaux des personnes morales au Canada. La protection du domicile au Canada ne relève pas nécessairement de la protection de la vie privée. On retrouve une disposition en ce sens dans la partie du *Code criminel* relative à la protection de la propriété. Selon l'article 348(1) C. crim., une personne s'introduisant dans un lieu par effraction pour y commettre une infraction est coupable d'un acte criminel passible d'emprisonnement. Dans cette infraction, l'inclusion des locaux des personnes morales ne pose pas de difficulté particulière au regard de la rédaction du texte : il emploie le terme plus générique d'« endroit ». L'article 348(3) C. crim. précise qu'un endroit peut tout aussi bien être une maison d'habitation qu'un véhicule de chemin de fer ou un aéronef, mais aussi « un bâtiment ou une construction, ou toute partie de bâtiment ou de construction, autre qu'une maison d'habitation »¹¹⁵¹. Il n'existe donc aucune raison de limiter l'application de ce texte au domicile d'une personne physique. C'est aussi probablement pour cette raison que ce texte ne figure pas dans la partie du code relative à la protection de la vie privée, puisqu'il ne s'agit pas de protéger celle-ci à titre principal, mais plutôt la propriété d'un lieu clos. La défense du domicile en tant qu'élément d'intimité n'en est qu'une conséquence incidente. La destination des locaux permettra elle d'étendre l'objet du texte pour qu'il assure une certaine protection de la vie privée. Quoi qu'il en soit, l'acception large retenue de l'endroit dans lequel on peut s'introduire par effraction a permis sans difficulté et de façon pragmatique de considérer que les locaux d'une entreprise pouvaient faire l'objet de ce crime¹¹⁵².

En revanche, les règles relatives aux perquisitions sont beaucoup plus révélatrices. Les juges de la Cour suprême ont déjà considéré que ces dispositions¹¹⁵³, qui relevaient de la protection contre les fouilles, saisies et perquisitions abusives¹¹⁵⁴,

« [constituaient] une ingérence importante dans la vie privée des individus ainsi que des personnes morales. Des secrets de famille et des secrets commerciaux qui ne se rapportent pas à l'acte criminel objet de l'enquête peuvent être livrés à un étranger désobligeant. Une fouille ou perquisition constitue toujours une ingérence, bouleverse et, dans une certaine mesure dérange la vie ou l'entreprise de l'individu qui y est soumis. »¹¹⁵⁵

¹¹⁵¹ Art. 348(3)b) C. crim.

¹¹⁵² *R. c. Hewson*, [1979] 2 R.C.S. 82 ; *R. c. Harris*, [1990] A.N.-B. no 341 ; *R. c. Shonaman*, [1992] A.N.-B. no 361 ; *R. c. Hayes*, 2002 NBCA 80 ; *R. c. Desrosiers*, 2017 QCCQ 6487.

¹¹⁵³ Art. 487 C. crim.

¹¹⁵⁴ Art. 8 Charte canadienne.

¹¹⁵⁵ *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421, 444.

Il ressort assez nettement de ce passage que les personnes morales disposent d'une protection de leurs locaux, de la même façon que les personnes physiques bénéficient d'une protection de leur domicile contre les perquisitions illégales. Les deux types de personnes sont placés sur un pied d'égalité et profitent de la même protection. Il est d'ailleurs remarquable que la Cour suprême fasse référence à la protection des secrets commerciaux : elle fait un lien explicite entre protection des informations et vie privée, montrant incontestablement la pertinence d'un tel fondement. Non seulement les personnes morales disposent d'une protection au nom de la vie privée, mais encore celle-ci permet effectivement de protéger les informations économiques, en assurant le secret de ces dernières.

336. La protection du domicile des personnes morales en France. La protection du domicile des personnes morales n'a posé guère plus de difficultés en France. Dans ce pays, l'article 226-4 C. pen. réprime « l'introduction dans le domicile d'autrui à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte », donc sans le consentement de celui qui s'y trouve¹¹⁵⁶. Le texte semble un peu moins précis que son homologue canadien, ouvrant la voie à l'interprétation jurisprudentielle. À ce titre, la Cour de cassation a retenu que :

« Seul constitue un domicile, au sens de l'article 226-4 du Code pénal, le lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux, ce texte n'ayant pas pour objet de garantir d'une manière générale les propriétés immobilières contre une usurpation. »¹¹⁵⁷

Contrairement au texte canadien, la jurisprudence fait clairement une distinction entre la protection du domicile et de la propriété¹¹⁵⁸. L'objet de cette infraction est bien conforme ici à la place qu'elle occupe dans le Code pénal, à savoir le chapitre consacré à la protection de la personnalité. Ensuite, la Cour de cassation précise que l'affectation donnée aux locaux n'a pas d'importance, de même que le fait de savoir s'il s'agit d'une habitation ou non. Cela ouvre donc largement la voie à l'extension du domaine d'application du texte à d'autres lieux que le seul domicile d'une personne physique. D'ailleurs, la jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître que des locaux professionnels pouvaient être l'objet d'une violation de domicile¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁶ V. MALABAT, préc., note 868, n°657, p. 397.

¹¹⁵⁷ Crim. 22 janvier 1997, *Bull. crim.* n°31. Voir également : Crim. 26 février 1963, *Bull. crim.* n°92 ; 4 janvier 1977, *Bull. crim.* n° 6 ; 13 octobre 1982, *Bull. crim.* n°218.

¹¹⁵⁸ Déjà en ce sens : Paris, 16 juin 1987, D. 1987. IR. 197.

¹¹⁵⁹ Crim. 7 juillet 1916, S. 1916, I. p. 176. Pour un cabinet dentaire : Crim. 13 octobre 1986, *Gaz. Pal.* 1987. 1. *Somm* 103 ; ou encore un bureau affecté à un usage professionnel : Crim. 7 février 1994, *Dr. pén.* 1994, 129.

C'est donc en toute logique que les juges du fond ont reconnu dès 1936 que le fait de s'introduire dans une usine, sans le consentement du propriétaire ou de l'exploitant, constituait une violation de domicile¹¹⁶⁰. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation par la suite et de façon plus symbolique encore, puisque le fait de s'introduire dans les bureaux de la direction d'une société constitue l'infraction de violation de domicile¹¹⁶¹. Notons enfin un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 mai 1995¹¹⁶², dans lequel un photographe et un journaliste se sont introduits dans le centre d'essai de la société Citroën en escaladant un mur d'enceinte. Les juges de cassation ont approuvé ceux d'appel qui avaient considéré que le site d'essai étant gardé en permanence, cela démontrait une volonté de restreindre l'accès au site. La Cour de cassation conclut « qu'une personne morale pouvait avoir un domicile »¹¹⁶³, entérinant ainsi une définition large de cette notion¹¹⁶⁴. Par cette protection, on reconnaît les besoins de confidentialité et d'assurer, tout comme pour les personnes physiques, la possibilité de mener des activités en toute quiétude, sans être importuné par des tiers qui n'auraient pas de lien avec l'activité. Il s'agira donc d'un moyen contribuant certainement à la protection de l'information économique, par la protection du lieu où elle se trouve matériellement. Bien sûr, les infractions de violation de domicile française ou d'introduction par effraction au Canada supposent toutes deux que la pénétration dans les lieux ait été réalisée sans le consentement de celui/celle ou ceux qui s'y trouvent. Cette condition ne devrait généralement pas poser de sérieux problèmes de preuve, dans la mesure où des lieux fermés, barricadés ou surveillés sont des indices suffisamment explicites d'une volonté d'en limiter l'accès. Tout acte qui permet donc de s'y introduire¹¹⁶⁵ constituera l'infraction. Bien qu'indirectement, les infractions prohibant l'introduction illicite dans les locaux contribuent aussi à la protection de l'information économique en protégeant le cadre des activités de la personne morale¹¹⁶⁶.

337. Domicile virtuel des personnes morales. Même si elle a le mérite d'exister et de participer à la révélation d'une forme de confidentialité reconnue aux personnes morales, l'idée de s'introduire physiquement dans l'enceinte de ces dernières peut apparaître quelque peu

¹¹⁶⁰ Trib. corr. Bar-le-Duc, 12 février 1936, *Gaz Pal* 1936. 1. 847, confirmé par Caen, 17 décembre 1997, *Dr. pén.* 1998, comm. 82.

¹¹⁶¹ Crim. 4 décembre 1957, *Bull. crim.* n°806. Pour un résumé de l'évolution de la jurisprudence relativement à la protection du domicile des personnes morales, voir H. MARTRON, préc., note 1093, n°189 à 191, p. 226 à 230.

¹¹⁶² Crim. 23 mai 1995, n°94-81.141, *Bull. crim.* n°193.

¹¹⁶³ *Id.*

¹¹⁶⁴ Philippe CONTE, *Droit pénal spécial*, 6e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2019, n°322, p. 235 ; V. MALABAT, préc., note 868, n°657, p. 39 7; H. MARTRON, préc., note 1093, n°190, p. 228-229.

¹¹⁶⁵ Art. 350 C. crim. : « Pour l'application des articles 348 et 349 : a) une personne s'introduit dès qu'une partie de son corps ou une partie d'un instrument qu'elle emploie se trouve à l'intérieur de toute chose qui fait l'objet de l'introduction » ;

¹¹⁶⁶ H. MARTRON, préc., note 1093, n°184, p. 220.

désuète. Il paraît presque plus simple aujourd'hui de passer par un piratage du réseau informatique, grâce à une simple connexion à internet. L'introduction au sein des ordinateurs permettra, tout aussi efficacement qu'une introduction physique, de récupérer les données convoitées, engendrant ainsi une atteinte sérieuse à leur confidentialité. En outre, ce type d'attaque peut se conduire à distance, ce qui minimise encore les risques pour celui qui convoite les informations d'autrui. Les sécurités virtuelles ont aussi vocation à garantir la confidentialité des données stockées informatiquement et les contourner peut engendrer des atteintes au secret que la personne morale a pris le temps de construire.

338. Infractions informatiques vues du point de vue de l'acte. Cependant, le parallèle entre intrusion physique et intrusion virtuelle au sein de l'activité de la personne morale n'est pas forcément suivi par les législateurs. En réalité, les atteintes commises sur les ordinateurs sont classées, en France comme au Canada, parmi les infractions contre les biens¹¹⁶⁷. Cette classification peut se comprendre, lorsque les actes s'apparentent à une introduction¹¹⁶⁸, une manipulation¹¹⁶⁹, une altération¹¹⁷⁰ du fonctionnement du système informatique. De même, les actes visant à l'utilisation¹¹⁷¹, la transmission¹¹⁷², l'altération ou plus simplement la destruction¹¹⁷³ des données elles-mêmes pourraient aussi s'apparenter à des atteintes à un bien. Sous le seul point de vue des actes commis, ces derniers ont tendance à se rapprocher fortement de ceux prohibés dans le cadre des atteintes aux biens, à savoir leur appropriation temporaire, leur détournement ou leur destruction. On peut faire le parallèle avec le vol, l'abus de confiance, les destructions, dégradations, détérioration ou les méfaits, ce que ne se prive pas de faire le législateur canadien¹¹⁷⁴.

339. Infractions informatiques vues du point de vue de leur résultat. Paradoxalement, le législateur français aggrave les peines pour celui qui s'en prend à un système de données à caractère personnel, ce qui semble dénoter une certaine conscience du caractère ambivalent de ce type d'atteinte. Si on laisse de côté la seule considération des actes en eux-mêmes, il reste que les atteintes aux données peuvent avoir des effets dépassant largement les questions relatives aux biens. Selon la nature des informations convoitées,

¹¹⁶⁷ Art. 323-1 et suiv. C. pen. ; art. 430(1.1) et 342.1(1) C. crim.

¹¹⁶⁸ Art. 323-1 al. 1 C. pen.

¹¹⁶⁹ Art. 323-1 al. 2 C. pen. ; art. 342(1)a) et c) C. crim.

¹¹⁷⁰ Art. 323-2 C. pen. ; art. 342(1)b) C. crim.

¹¹⁷¹ Art. 323-3 C. pen. ; art. 430(1.1)a) C. crim.

¹¹⁷² Art. 323-3 C. pen.

¹¹⁷³ Art. 323-3 C. pen. ; Art. 430(1.1)a) C. crim.

¹¹⁷⁴ L'article 430(1.1) suivant immédiatement l'article 430(1) C. crim, consacré lui aux méfaits réalisés sur des biens corporels. *Supra*, n°301 et suiv.

l'infraction peut prendre une teinte plus personnelle. Cela paraît particulièrement flagrant s'agissant des données relatives à une personne physique, dont on contestera peu que leur manipulation peut constituer une atteinte à la vie privée. Il pourrait en être de même pour les personnes morales, dans la mesure où les manipulations de leurs données peuvent lourdement compromettre la confidentialité qu'elles auront patiemment construite. Ainsi, même si ces infractions sont classées parmi les atteintes aux biens – ce qui peut se comprendre au regard de la nature des actes commis – le résultat de ces infractions dépasse cette seule dimension et participe à la protection de la confidentialité. De la même manière qu'une atteinte à la vie privée par l'introduction dans un local se réalise par un acte matériel posé sur un bien, l'atteinte aux données réalisées par le biais d'un ordinateur peut avoir pour effet de compromettre la confidentialité. L'ensemble de ces exemples ont tendance à confirmer à quel point la protection de la valeur et de la confidentialité s'entremêlent.

340. Espionnage audiovisuel d'une personne morale. L'arrêt du 23 mai 1995¹¹⁷⁵ précité a été rendu au visa de l'art. 226-4 C. pen. relatif à la violation de domicile, mais ce ne sont pas les seuls faits qui pouvaient être reprochés aux prévenus. Ces derniers ont aussi pris des clichés photographiques des véhicules, comportements relevant d'une autre classe d'infractions protégeant la vie privée, à savoir celles d'espionnage audiovisuel. L'art. 226-1 C. pen. dispose que le fait de capter, enregistrer ou transmettre¹¹⁷⁶ intentionnellement « des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel », ou bien « l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé » constitue une infraction. Au Canada, on réprime à l'article 184(1) C. crim. le fait d'intercepter sciemment une communication privée en utilisant un appareil quelconque¹¹⁷⁷. Il est précisé à l'article 183 C. crim qu'une communication privée comprend des communications purement orales, ce qui correspond donc bien à un espionnage tel qu'il est décrit dans le texte français.

341. Impossibilité de l'espionnage visuel d'une personne morale. Remarquons d'emblée que l'espionnage visuel est inapplicable aux personnes morales¹¹⁷⁸. D'une part, une personne morale ne disposant pas de corps, il est impossible d'en projeter une image qui serait

¹¹⁷⁵ Crim. 23 mai 1995, préc., note 1162.

¹¹⁷⁶ Donc au moyen d'un dispositif technique. Le simple fait de regarder (même avec des jumelles) ou d'écouter ne permet de constituer l'infraction : P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°332 et 333, p. 240 et 241; V. MALABAT, préc., note 868, n°638, p 391 et 392.

¹¹⁷⁷ Le texte parle d'un « dispositif électromagnétique, acoustique, mécanique ou autre ». On retrouve donc en France et au Canada la même nécessité de recourir à un dispositif technique.

¹¹⁷⁸ Art. 226-1 2° C. pen. ; art. 162(1) C. crim. qui prévoit l'infraction de voyeurisme. Même si elle vise des actes techniques commis de façon clandestine, cette infraction s'applique dans un contexte d'images sexuelles.

captée sans son accord¹¹⁷⁹. D'autre part, les textes n'admettent pas que l'atteinte à l'image se réalise par le biais d'intermédiaires, telle la captation de l'image d'un bien appartenant à la personne morale. Les textes font explicitement référence à l'image d'une personne¹¹⁸⁰. Il paraît donc logique que dans l'arrêt de 1995 relatif au centre d'essai auto, les juges ne se soient pas attardés sur la question de l'espionnage visuel, dans la mesure où le photographe s'était contenté de prendre des clichés des voitures à l'essai¹¹⁸¹. Aucune personne n'ayant été prise en photo contre son gré, il était impossible de recourir à ce texte.

342. Espionnage auditif d'une personne morale ? Reste donc la question de savoir si l'on peut appliquer les textes relatifs à l'interception des paroles aux personnes morales. La question peut paraître réglée d'avance ici aussi, dans la mesure où, pas plus qu'elle ne dispose de corps, l'entité morale n'a de voix à faire entendre, au sens propre. Pourtant, la jurisprudence française ne s'est pas opposée à l'application des dispositions de l'article 226-1 1° C. pen. aux personnes morales. Dans un arrêt en date du 8 avril 1997¹¹⁸², la question était ici de savoir si la constitution de partie civile d'une association ayant fait l'objet d'interception de ses communications téléphonique était recevable, ce qui revient à se demander si une telle entité peut se plaindre de subir une atteinte à la vie privée réalisée par le biais d'un espionnage auditif. Les juges d'appel avaient considéré que « la captation de conversations téléphoniques échangées entre les membres de l'association est de nature à causer à cette dernière un préjudice moral en relation directe avec l'infraction »¹¹⁸³. Sans revenir explicitement sur le raisonnement de la Cour d'appel, les juges de cassation se sont contentés de considérer que la décision était justifiée. La validation de l'atteinte à la vie privée des personnes morales via un espionnage auditif n'est qu'implicite. On peut toutefois espérer que, si la Cour de cassation avait entendu limiter l'application de ce texte aux atteintes à la vie privée ressentie par les personnes physiques, elle l'aurait signalé explicitement. S'il faut relativiser la portée de cet arrêt, par ailleurs non publié, il s'agit indéniablement d'un pas supplémentaire vers une admission d'une forme de vie privée pour les personnes morales. Bien évidemment, les écoutes ne peuvent être réalisées sur la voix de la personne morale. Mais on peut tout de même envisager que l'atteinte se réalise indirectement, à travers l'écoute des représentants de la personne morale et de ses

¹¹⁷⁹ Et *a fortiori*, elles ont encore moins la capacité de se livrer à une activité sexuelle, pouvant faire l'objet de la captation réprimée par l'art. 162(1) C. crim.

¹¹⁸⁰ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°332, p. 241. L'article 162(1) est quant à lui appliqué plutôt dans le contexte de la pédopornographie (par ex. *Cuerrier c. R.*, 2017 QCCA 499 ; *LSJPA – 1811*, 2018 QCCA 597 ; *R. c. Jarvis*, [2019] 1 R.C.S. 488).

¹¹⁸¹ Crim. 23 mai 1995, préc., note 1162.

¹¹⁸² Crim. 8 avril 1997, pourvoi n°96-82.351.

¹¹⁸³ *Id.*

membres, comme cela était le cas dans la décision de 1997¹¹⁸⁴. En effet, contrairement à ce qui est précisé dans l'infraction de voyeurisme canadienne ou dans l'espionnage visuel français, il ne s'agit que de communication ou de paroles, sans préciser qu'il doit s'agir de ceux d'une personne.

343. Atteinte à la vie privée par procuration. Cette atteinte à la vie privée par procuration n'est pas sans poser certaines difficultés. D'abord, il faut bien admettre que ce sont avant tout les personnes physiques qui subissent l'atteinte à leur vie privée, par la captation de leur voix. Cela laisse ouverte la question de la formulation d'une plainte relativement à une telle invasion de l'intimité : est-ce que la personne morale peut, seule, se considérer comme victime, ou est-il nécessaire en outre que l'être humain qui la représente se joigne à elle ? L'arrêt de la Cour de cassation de 1997 ne répond pas à cette question. L'autonomie de la personnalité morale et sa capacité à ester seule en justice devraient autoriser une réponse positive, d'autant plus que la personne physique peut ne pas se sentir atteinte dans son intimité, au regard du contenu des propos écoutés.

344. Résultat de l'espionnage audiovisuel. Cela fait rebondir le problème sur un autre point, discuté dans l'infraction française, relativement au résultat prohibé à l'article 226-1 C. pen. Comme le texte dispose que le procédé technique employé doit porter atteinte à la vie privée, la question s'est posée de savoir s'il était nécessaire, pour consommer l'infraction, de vérifier si le contenu capté avait bien un lien avec l'intimité d'une personne, ou bien si la simple réalisation des actes matériels suffisait à considérer le résultat atteint¹¹⁸⁵. Dans ce dernier cas, la mise en place d'un procédé technique pour espionner l'intimité d'autrui aurait pour conséquence irréductible de constituer une atteinte à la vie privée. C'est la seconde version du résultat qui prédomine actuellement dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹⁸⁶, évitant par la même occasion de faire dépendre la consommation de l'infraction d'éléments fortuits¹¹⁸⁷ (comme l'activité menée au moment de la captation) et indépendants de la volonté de l'auteur et donc qui ne reflètent pas nécessaire l'intention coupable qui anime pourtant bien ce dernier. Ainsi l'infraction d'espionnage audiovisuel se consomme-t-elle dès lors que les actes d'espionnage sont réalisés, peu important le contenu intercepté. C'est un avantage pour les personnes morales, car cela signifie que, même si les paroles prononcées par leurs représentants

¹¹⁸⁴ Crim. 8 avril 1997, *id.*

¹¹⁸⁵ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°336, p. 244-245.

¹¹⁸⁶ Crim. 7 octobre 1997, Bull. crim. n°324 ; Crim. 16 février 2010, *Bull. crim.* n°25 : « constitue une atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée le seul fait de fixer, enregistrer et transmettre sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. » (nos soulignements)

¹¹⁸⁷ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°336, p. 245.

ne sont pas relatives à l'intimité, l'infraction peut être consommée. Il pourrait donc tout à fait s'agir d'informations d'ordre purement professionnel, autorisant par la même occasion la personne morale à se plaindre d'une atteinte à sa vie privée sans le soutien d'une plainte de la victime personne physique, atteinte elle dans son intimité. Ce n'est pas tant le contenu du propos qui est protégé par l'infraction que la vie privée elle-même. Il est donc tout à fait envisageable qu'une personne morale se plaigne d'une telle atteinte, alors même qu'elle n'est pas capable de subir par elle-même la violation de son intimité.

345. Espionnage de la voix virtuelle ? La question de la manifestation de la « voix » de la personne morale pourrait être réglée autrement : à être artificiel, voix artificielle. De manière plus hypothétique, il serait alors envisageable de considérer que les paroles produites par l'intelligence artificielle, tels les assistants vocaux, puissent faire l'objet de l'infraction. Si elles sont utilisées dans le cadre de l'activité d'une personne morale et manifestent cette activité, ces voix artificielles pourraient faire l'objet d'une protection au titre d'un droit à la vie privée pour leurs titulaires, manifestée par l'interdiction de capter des messages vocaux émis en leur nom et pour leur compte. On pourrait faire le lien entre cette voix artificielle et l'activité de l'entreprise pour considérer que la première est une manifestation de la seconde et mérite alors une protection au titre d'un droit à la confidentialité.

Ce raisonnement, liant personne virtuelle et manifestation virtuelle de son activité, a l'avantage de ne pas limiter l'application de l'infraction au seul cas où les paroles sont prononcées par des êtres physiques, lorsqu'ils sont dans le contexte de représentation de la personne morale ou sur leur lieu de travail. Après tout, l'article 226-1 C. pen parle de l'espionnage de la « parole », pas nécessairement celle d'une personne à proprement parler. En outre, l'espionnage n'est dans ce cas pas conditionné au lieu où les paroles sont prononcées, mais à leur caractère confidentiel ou privé. Rien n'empêche d'avoir une conversation privée dans un lieu public. En admettant une manifestation de la personne morale à travers une intelligence artificielle parlante, il serait alors possible de concevoir une atteinte à la vie privée par la captation de celle-ci dans des lieux autres qu'au sein de la structure accueillant la personne morale, comme au domicile du dirigeant, dans un restaurant, lors d'une réunion extérieure... étendant d'autant l'effectivité de la protection accordée par ce texte. Bien sûr, il semble que l'on se situe plutôt dans un cas d'école, mais les évolutions technologiques et l'amélioration de l'intelligence artificielle tendent à laisser penser que ces questions ne vont pas rester anecdotiques longtemps.

346. Interception des correspondances. Enfin, il reste que les correspondances d'une personne morale peuvent faire l'objet d'une interception ou d'un détournement, constitutif là encore d'une atteinte à la vie privée. L'article 184(1) C. crim. est tout à fait applicable à cette hypothèse, puisque le terme « communication privée » englobe tant les communications orales que les télécommunications¹¹⁸⁸, y compris des messages textes¹¹⁸⁹ et pourquoi pas les courriers électroniques. L'article 183 C. crim. précise que la communication concernée par l'interception doit être réalisée dans des « circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers ». La garantie de la protection de la vie privée demeure un critère essentiel de définition des communications concernées par ce crime¹¹⁹⁰.

Le fait d'intercepter une communication téléphonique ou électronique constituera donc aussi une infraction, punissable en France au titre de l'article 226-15 C. pén. La lettre du texte permet sans aucun doute là également d'inclure des messages de type texte ou des courriers électroniques¹¹⁹¹. On peut alors tout à fait imaginer qu'une personne morale voie son droit à la vie privée atteint par l'interception de telles communications. Ce dernier pourrait alors être atteint de deux façons : soit indirectement et dans ce cas, ce ne sont, une fois de plus, pas les échanges réalisés directement par la personne morale qui seront atteints, mais ceux de ses représentants. Des correspondances d'ordre purement professionnel et relatives à l'activité de la personne morale pourraient entrer dans le cadre de la vie intérieure de celle-ci, leur interception constituant alors une violation du droit à la vie privée, soit par le biais des ordinateurs encore une fois. On peut penser par exemple aux messages électroniques envoyés en tant que réponse automatique. S'il ne fait pas de doute qu'il s'agisse là de correspondance, qui d'autre que la personne morale peut en être l'émettrice ? Ces derniers sont d'autant plus intéressants lorsqu'ils sont envoyés en interne uniquement, pour la transmission d'informations, pourtant fort utiles au fonctionnement de la personne morale au sein de laquelle ils circulent. Ils peuvent être révélateurs d'une partie de sa structure organisationnelle, ce qui entre bien dans le cadre des informations économiques à protéger.

347. Nécessaires adaptations. En dehors de la protection du domicile, qui semble avoir subi une transposition quasi mimétique des êtres physiques aux personnes morales, on ne peut pas passer outre la nécessité d'adapter les atteintes à la vie privée à la singularité de ces êtres. Une telle adaptation est inévitable, pourtant peu originale. Il est courant que le droit passe par

¹¹⁸⁸ Art. 183 C. crim.

¹¹⁸⁹ *R. c. Société Telus Communications*, [2013] 2 R.C.S. 3, par 12 ; *R. c. Marakah*, [201] 2 R.C.S. 608, par. 35.

¹¹⁹⁰ *R. c. Société Telus Communications*, *id.* par 26.

¹¹⁹¹ T. corr. Paris, 2 novembre 2000, D. 2000, IR. p. 286 ; Soc., 2 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n°291.

un intermédiaire pour manifester la volonté des entités morales, en raison de leur nature spécifique, qui ne peut produire que des êtres désincarnés. La forme prise par la responsabilité pénale des personnes morales est un exemple frappant du subterfuge juridique mis en place pour pallier l'impossibilité pour elles de manifester directement leur volonté¹¹⁹². Les dirigeants de l'entité sont garants des activités de cette dernière, en prêtant bras, jambes et intelligence pour lui donner vie. Si cela est vrai lorsque l'on engage la responsabilité de la personne morale, pourquoi cela ne pourrait-il pas être le cas dans l'hypothèse inverse, lorsque celle-ci subit une atteinte par l'intermédiaire des activités professionnelles de ses représentants ?

348. Manifestation de l'abstraction de la personnalité morale. Il est clair, quoi qu'il en soit, que cette représentation de l'activité de la personne morale n'en fait pas une entité naturellement existante, au même titre que les êtres physiques. La jurisprudence susmentionnée relativement à la protection pénale de la vie privée des personnes morales incite à confirmer au contraire que les êtres moraux, pour utiles qu'ils soient, restent des entités abstraites, n'ayant une réalité que dans le monde juridique. Le paradoxe veut que l'on reconnaisse d'un côté la pertinence de la personnalité morale tout en ne lui donnant pas les pouvoirs d'agir par elle-même, puisque la réalité factuelle s'y oppose.

Il n'est donc pas question, à la lumière de ce que révèle le droit pénal français et le droit criminel canadien, de faire une transposition pure et simple aux personnes morales de la vie privée, telle qu'elle est protégée pour les personnes physiques. Cela est d'autant plus évident à l'étude de la jurisprudence civile rendue sur la question.

1.2.1.2.2 Par le droit civil français et québécois

349. Évolution de la position française. Sur le plan civil, la reconnaissance d'une sorte de droit à la vie privée pour les personnes morale n'a pas été aussi évidente. En France,

¹¹⁹² En France, l'article 121-2 C. pen. exige que l'infraction reprochée ait été commise par un organe ou représentant, agissant pour le compte de l'entité morale. Au Canada, les articles 22.1 et 22.2 C. crim. indiquent les conditions de la responsabilité criminelle des organisations et l'on y retrouve également la manifestation de la volonté de ces dernières à travers leurs agents ou cadres supérieurs, selon le cas.

l'hypothèse a d'abord été rejetée¹¹⁹³, à cause de la rédaction¹¹⁹⁴ et du contexte¹¹⁹⁵ dans lequel a été adopté l'art. 9 C. civ. proclamant le droit à la vie privée.

Une évolution est toutefois apparue au début des années 2000, probablement sous l'influence de la jurisprudence européenne et la nécessité de s'y conformer¹¹⁹⁶. Il était aussi nécessaire, d'un point de vue théorique, d'aligner les solutions des juridictions civiles et pénales, ces dernières ayant déjà pris une avance considérable sur le sujet¹¹⁹⁷. Un arrêt a particulièrement marqué ce tournant, rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence :

« Les personnes morales sont susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée dès lors qu'elles sont titulaires de droits non pas identiques, mais analogues aux droits de la personnalité tels que le droit au nom, au secret de la vie intérieure parallèlement à la vie publique qui justifie leur existence en raison de leur objet social dès lors qu'une vie secrète peut se dérouler dans leurs locaux privés. »¹¹⁹⁸

L'affirmation est forte et fait un lien évident avec la jurisprudence déjà rendue relativement aux personnes morales, particulièrement relativement à la protection des locaux de ces dernières, considérés comme leur domicile et dont l'accès est spécifiquement restreint. Toutefois, il est également nécessaire de nuancer cette solution, qui s'affiche en réalité en demi-teinte. D'abord, la Cour d'appel précise bien que les droits de la personnalité des personnes morales sont analogues et non pas identiques à ceux des personnes physiques, marquant ici clairement la différence qu'il peut exister entre les deux. Ensuite, elle précise que la protection conférée par l'article 9 C. civ. aux personnes morales ne peut s'enclencher que lorsque les atteintes « ne [sont] pas autrement protégée[s] par des règles spécifiques, notamment en matière de droit de la concurrence ou de secret des affaires ou de contrefaçon »¹¹⁹⁹. De cette façon, la Cour d'appel impose clairement un caractère subsidiaire à l'article 9 C. civ.¹²⁰⁰. Si protection

¹¹⁹³ Paris, 21 mars 1988, JurisData n°1988-021125 (la Cour d'appel a approuvé le tribunal de grande instance d'avoir considéré qu'un groupe sectaire ne pouvait se plaindre d'une atteinte à la vie privée du fait de la publication d'un article relatant les conditions d'existence au sein de celle-ci) ; Paris, 7 février 1997, JurisData n°1997-020906 (une personne morale ne peut se plaindre d'une atteinte à la vie privée du fait qu'un artiste ait révélé son numéro de téléphone dans l'une de ses chansons) ; Paris, 11 juin 1999, JurisData n°1999-024232 (une personne morale ne peut se plaindre d'une atteinte à la vie privée du fait de la diffusion d'un documentaire présentant les méthodes commerciales et les produits de celle-ci).

¹¹⁹⁴ Le texte de l'article 9 C. civ. emploie certes le terme « chacun », qui est pourtant suffisamment large (ou vague) pour admettre d'y inclure les êtres moraux.

¹¹⁹⁵ Il a été introduit dans le Code civil par la *Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens*, J.O. 19 juillet 1970, p. 6751, art. 22. Une chose est certaine, c'est qu'une personne morale ne peut être un « citoyen », comme le préconise l'intitulé de cette loi. On ne peut alors pas considérer que ces personnes sont les sujets de cette loi. H. MARTRON, préc., note 1093, n°192, p. 231.

¹¹⁹⁶ *Id.*, p. n°195, 234.

¹¹⁹⁷ *Supra*, n°335 et suiv.

¹¹⁹⁸ Aix-en-Provence, 10 mai 2001, JurisData 2001-159448, D. 2002. Somm. 2299, note Lepage, p.6.

¹¹⁹⁹ *Id.*

¹²⁰⁰ Agathe LEPAGE, « Les personnes morales susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée », D. 2002. Somm. 2299 ; H. MARTRON, préc., note 1093, n°197, p. 236.

des personnes morales il y a, celle-ci ne sera effective sur ce fondement que si les autres outils à disposition ont préalablement échoué.

Cette affirmation a été critiquée, parce que la « coexistence avec les règles de concurrence ou de secret des affaires n'est pas propre aux personnes morales »¹²⁰¹. Les questions relatives à l'articulation des régimes de protection et de responsabilité existent bel et bien pour les personnes physiques également. Il ne semble pas ici y avoir un argument particulièrement frappant pour justifier un traitement différent des personnes physiques et des personnes morales relativement à la vie privée.

350. Confirmation timide de la vie privée des personnes morales. La solution rendue par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a été confirmée ensuite par la Cour de cassation, de façon plus ou moins explicite. Un arrêt rendu en 2004¹²⁰² reconnaît une atteinte au secret d'informations relatives à une banque, mais s'agissant d'un arrêt de rejet, il est dépourvu de visa et donc de lien clair avec l'article 9 C. civ. Une autre décision avait considéré que le fait pour un syndicat de publier sur son site internet des informations relatives à l'entreprise dans laquelle il est implanté pouvait porter atteinte aux droits de celle-ci relativement à la confidentialité des informations qui la concernent, du fait du caractère public d'un tel site¹²⁰³. Là encore, aucun lien n'est explicitement fait avec la vie privée des personnes morales et les articles du Code civil. Simplement, on souligne l'existence d'un droit à la confidentialité et la possibilité de conserver une maîtrise des informations relatives à l'activité, pouvant justifier une limitation de la liberté d'expression d'un syndicat.

De façon plus claire encore, un arrêt de la chambre commerciale a reconnu que la visite et la saisie réalisées dans le cadre d'une enquête pour fraude fiscale constituaient « une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et du domicile (...) proportionnée au but légitime poursuivi »¹²⁰⁴. C'est ici la première fois que la Cour de cassation fait expressément référence au droit à la vie privée relativement à une personne morale, ce qui pourrait inciter à penser que l'ensemble des juridictions internes françaises chargées de connaître des conflits privés ont accepté l'existence d'un droit à la vie privée pour les personnes morales.

¹²⁰¹ *Id.*, n°197, p. 236.

¹²⁰² Civ. 1^{re}, 3 novembre 2004, *Bull. civ.* I, n°238.

¹²⁰³ Soc. 5 mars 2008, *Bull. civ.* V, n°55.

¹²⁰⁴ Com. 12 octobre 2010, n°09-70.740.

352. Reflux apparent. Pourtant, cet arrêt de 2010¹²⁰⁵ est à nuancer. Non seulement il n'a pas été publié, mais encore il ne se base toujours pas sur l'article 9 C. civ. pour énoncer sa solution. On peut alors douter qu'il existe une véritable reconnaissance d'un droit à la vie privée pour les personnes morales, équivalent à celui des personnes physiques et reconnu au titre du *Code civil*. Cette idée est encore renforcée par la survenue d'une décision plus récente ayant, cette fois-ci, explicitement rejeté l'extension de l'article 9 C. civ. aux personnes morales. Dans un arrêt rendu le 17 mars 2016, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du Code civil. »¹²⁰⁶ La lecture de ce motif est assez claire.

Néanmoins, il serait sûrement hâtif d'en conclure que la Cour de cassation balaie définitivement toute possibilité de reconnaître un droit à la vie privée pour les personnes morales sur le fondement de l'article 9 C. civ. D'abord, les faits concernaient l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance dont l'emplacement permettait aussi de voir et enregistrer la porte de service d'un commerce voisin. Or il est certain que les personnes morales n'ont pas d'image physique¹²⁰⁷, ce qui rend impossible de porter atteinte à leur vie privée par ce biais-ci. L'inapplicabilité de l'article 9 C. civ. est en ce sens inéluctable. Pourtant, la chambre civile prend la peine d'établir une liste des prérogatives dont elle reconnaît le bénéfice aux personnes morales, parmi lesquelles figurent indéniablement des éléments qui relèvent de la vie privée. Ainsi en est-il du domicile ou des correspondances. Il apparaît paradoxal d'admettre ces prérogatives pour les personnes morales, tout en rejetant en bloc l'application de l'article 9 C. civ. Une hypothèse pour résoudre un tel paradoxe est de concevoir cet arrêt comme spécifique à l'application de la protection de l'image aux personnes morales. Sur ce point uniquement l'article 9 C. civ. serait inapplicable. Une telle interprétation permettrait de concilier à la fois la jurisprudence antérieure¹²⁰⁸ et celle présentement exposée.

353. Vie privée des personnes morales au Québec. Quant au Québec, peu de décisions ont été rendues sur la question de la protection de la confidentialité des personnes morales en matière civile. En réalité, la question ne pose pas nécessairement de difficulté. La Charte québécoise prévoit un article consacré à la vie privée, en précisant que « toute personne » peut

¹²⁰⁵ *Id.*

¹²⁰⁶ Civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n°15-14.072, Bull. inf. n°846, I, n°1060.

¹²⁰⁷ J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », préc., note 1113 à la page 691.

¹²⁰⁸ Particulièrement celle en matière pénale : *supra*, n°335 et suiv.

en bénéficier. L'emploi d'un terme aussi général permet de présumer que l'on peut y inclure tant les personnes physiques que morales. En outre, si l'on tient compte de la place de la Charte québécoise dans la hiérarchie des normes provinciales, il semble que le droit civil puisse intégralement se soumettre à la possibilité d'accorder un droit à la confidentialité pour les personnes morales. D'ailleurs, il a été fait application de ce principe dans la décision *Pétrolière Impériale c. Jacques*¹²⁰⁹. La Cour suprême devait répondre à la question de savoir si les écoutes réalisées par l'État dans une enquête pénale en matière de concurrence pouvaient être transmises en preuve dans le cadre d'un recours civil incident. Les entreprises pétrolières ayant fait l'objet des interceptions s'opposaient à cette demande de transmission en faisant notamment valoir que le procédé était attentatoire à la vie privée et que la divulgation subséquente aggravait l'atteinte subie¹²¹⁰. La Cour suprême a reconnu que la protection de la vie privée s'appliquait aux instances civiles et se manifestait notamment à travers le devoir de confidentialité pesant sur les parties et leurs avocats¹²¹¹. Sans reconnaître de manière formelle le droit à la vie privée pour les personnes morales, les juges ont tout de même fait application de ce principe aux cas d'espèce. La Cour semble devoir considérer qu'il existe donc bien une forme de vie privée pour ces entités, même si celle-ci n'est reconnue que dans le cadre processuel.

354. Vers un droit spécial à la vie privée pour les personnes morales. Il ressort de ces évolutions jurisprudentielles, une fois de plus, l'idée que la vie privée des personnes morales ne saurait se contenter d'être un décalque de ce qui existe pour les êtres physiques, évitant à nouveau de tomber dans un anthropomorphisme excessif, souvent présenté comme le principal obstacle à la reconnaissance d'un tel droit pour ces entités¹²¹². Rien n'est moins vrai. Les décisions de la Cour de cassation sont des preuves marquantes de la consécration de la théorie de la réalité technique. Le pragmatisme¹²¹³ l'a emporté ici, puisque le recours à la vie privée pour les personnes morales n'est finalement que l'utilisation d'un outil déjà bien implanté dans le droit pour répondre à un besoin concret, celui d'une protection de l'activité des personnes morales. Il n'est absolument pas question de faire une transposition brute de la vie privée des personnes physiques vers les entités morales, pas plus qu'il n'est question de protéger un hypothétique sentiment d'identité qu'aurait la personne morale à son propre égard¹²¹⁴. De

¹²⁰⁹ *Pétrolière Impériale c. Jacques*, [2014] 3 R.C.S. 287.

¹²¹⁰ *Id.*, par. 17.

¹²¹¹ *Id.*, par. 84.

¹²¹² F. PETIT, préc., note 1093, 831.

¹²¹³ J.-P. GASTAUD, préc., note 1096, n°11, p. 11 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », préc., note 1113 à la page 692.

¹²¹⁴ Sur ces craintes : F. PETIT, préc., note 1093, 831.

même, il n'est pas question, parmi les aspects effectivement attribués aux personnes morales comme le domicile, d'entendre ceux-ci exactement de la même manière que pour les êtres humains¹²¹⁵. On ne peut alors qu'adhérer à l'idée de Madame Dumoulin qui, présentant une nouvelle proposition de compréhension et d'articulation des droits de la personnalité des personnes physiques et des personnes morales, distingue entre les droits communs aux deux, et les droits spéciaux propres à chacune¹²¹⁶. Si elle inclut le droit au nom ou la protection de la réputation dans les droits communs¹²¹⁷, le droit à la vie privée s'inscrit définitivement dans les droits spéciaux, compris de manière différente pour les deux types de personnalité juridique¹²¹⁸. Et puisque finalement la vie privée des personnes morales ne vise qu'à assurer le secret de leurs activités, il semble ici possible de parler d'un droit à la confidentialité, qui semble alors mieux refléter les besoins de protection de la personne morale.

355. Vers un droit fondamental à la confidentialité. L'idée de construire un droit spécifique à la confidentialité pour les personnes morales est encore appuyée par la position canadienne qui, sur le fondement de la Charte canadienne, nuance un aspect pourtant central de la vie privée des personnes physiques : le droit à l'autodétermination. Il se dessine une spécialisation de ce droit en fonction de la personnalité concernée, mais qui confirme en même temps l'existence d'une protection d'un droit fondamental à la confidentialité.

1.2.2 La protection fondamentale de la vie privée des personnes morales

356. Paradoxe de la vie privée des personnes morales. Le paradoxe de la reconnaissance d'un droit à la vie privée pour les personnes peut être particulièrement intense, dans la mesure où ce droit protège classiquement une intimité corporelle, l'existence des individus. Or, les personnes morales n'ont pas de corps à protéger, ce qui devrait immédiatement reléguer la question au rang des hypothèses excentriques produites par la pensée doctrinale. Pourtant, la vie privée ne se contente pas d'être une notion fonctionnelle répondant aux attentes des individus. Elle a une dimension bien plus profonde et complexe, qui légitime de confronter personnalité morale et vie privée. Non seulement il peut tout à fait exister

¹²¹⁵ Crainte qui provoque aussi chez certains auteurs une certaine frilosité quant à l'admission d'un droit à la vie privée des personnes morales, à la source de nuances et hésitations : N. MATHEY, préc., note 1087, 222., qui en vient à conclure que les être désincarnés n'ont pas de domicile, tout en reconnaissant la grande utilité de leur attribuer une telle protection.

¹²¹⁶ L. DUMOULIN, préc., note 1106, n°40. Déjà en ce sens, Monsieur Gastaud considérerait que la personnalité juridique des personnes morales [était] « éclatée », chaque élément qui la compose est pris « ut singuli » comme ayant une valeur technique propre », préfigurant déjà l'idée d'une différenciation et d'une spécification de la compréhension de cette personnalité juridique : J.-P. GASTAUD, préc., note 1096, n°11, p. 11.

¹²¹⁷ L. DUMOULIN, préc., note 1106, n°40.

¹²¹⁸ *Id.*, n°42.

des besoins de confidentialité chez les entreprises, particulièrement relativement à leurs informations économiques, sous une forme analogue à celle de la défense de l'intimité des personnes physiques. Mais encore, la notion de vie privée contient plus qu'une simple défense d'intérêts privés. Avec le temps, la construction prétorienne et doctrinale de la vie privée est devenue un véritable droit fondamental, lui conférant une protection assez forte.

357. La liberté de la vie privée. Le droit à la vie privée vise toujours à garantir le secret des informations à caractère personnel. Mais la fondamentalisation du concept a entraîné un enrichissement de la notion de vie privée, qui ne se conçoit plus uniquement comme un droit de défense des intérêts personnels, mais aussi comme un facteur d'épanouissement : le droit à la vie privée est devenu une liberté¹²¹⁹, celle de développer sa personnalité et son autonomie. Les informations contenues dans la notion de vie privée n'ont pas une dimension uniquement statique qui les prête à être cueillies par ceux qui les convoitent. Elles ont aussi un aspect plus dynamique, en tant que contribution à la construction de l'individu et de son identité. Ainsi, « le droit au respect de la vie privée permet à chacun d'exiger, de l'État comme des particuliers, le respect de la liberté d'action et du secret des informations relatives à l'identité et à l'intimité. »¹²²⁰

358. La vie privée, un droit fondamental. La vie privée est donc devenue un droit fondamental, dont chacun est en mesure d'exiger le respect. Cette double nature de la vie privée est bien établie en jurisprudence en France¹²²¹, mais elle semble moins explicite au Canada. Néanmoins, on peut en réalité soutenir le même phénomène d'extension de la vie privée sous la forme d'une liberté, grâce ici encore à la jurisprudence. En effet, les juges ne se contentent pas de fonder le droit à la vie privée sur l'article 8 de la Charte canadienne, mais ils utilisent aussi l'article 7, qui protège le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité¹²²². Deux fondements, pour deux volets différents d'un même droit¹²²³, qui reflètent à quel point le droit à la vie privée correspond tout à la fois une liberté individuelle (1.1.2.1), et à un pouvoir de contrôle sur l'intimité et les informations personnelles (1.1.2.2).

¹²¹⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil*, 1, coll. Quadrige manuels, Paris, PUF, 2017, n°278, p. 517 ; H. MARTRON, préc., note 1093, n°210, p. 248 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1096, p. 685.

¹²²⁰ J.-C. SAINT-PAU, *id.*, n°1103, p. 688.

¹²²¹ *Infra*, n°366.

¹²²² Art. 7 Charte canadienne : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

¹²²³ En ce sens : D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°184, p.248 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1130 et suiv., p. 702 et suiv.

1.2.2.1 Une liberté prônant l'autonomie personnelle

359. Valeur supra-législative. En France, le droit à la vie privée est consacré par plusieurs fondements, autres que le fondement purement légal¹²²⁴. On lui a reconnu une valeur constitutionnelle¹²²⁵ sur la base de l'article 2 DDHC qui proclame les « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme »¹²²⁶, parmi lesquels figure le droit à la liberté¹²²⁷. C'est de cette liberté qu'est tiré le principe du droit à la vie privée¹²²⁸. Il est également reconnu par divers textes internationaux¹²²⁹ qui, outre confirmer le caractère fondamental de ce droit, lui confèrent une dimension universelle.

360. Absence de définition européenne de la vie privée. La Convention européenne des droits de l'Homme constitue un outil particulièrement puissant pour mieux comprendre en quoi peut consister la vie privée. Pour autant, la définition proposée par cet outil international n'a pas l'esprit synthétique auquel on pourrait s'attendre. Elle reprend plutôt la dimension « mosaïque » de la notion, en énumérant les aspects qui peuvent intégrer son aile protectrice : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »¹²³⁰ La CEDH n'est pas davantage en mesure de fournir une définition de la notion de vie privée. Elle semble même refuser de se prêter à l'exercice : « La Cour ne juge ni

¹²²⁴ Art. 9 C.civ. ; art. 35 C.c.Q.

¹²²⁵ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°45 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1098, p.686 ; B. TEYSSIE, préc., note 1096, n°103, p.81.

¹²²⁶ Art. 2 DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

¹²²⁷ Cons. Const. 29 décembre 1983, n°83-164, *Loi de finances pour 1984*, *Rec. Cons. const.*, p. 67, dont le considérant 41 fait le lien entre l'article 2 DDHC et particulièrement le droit à la liberté et le droit à la vie privée ; Cons. Const. 18 janvier 1995, n°94-352, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, *Rec. Cons. const.*, p. 170, cons. 3.

¹²²⁸ Cons. Const. 23 juillet 1999, n°99-416, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, *Rec. Cons. const.*, p. 100, cons. 45 : « Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (...) la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée. » ; Cons. Const. 9 novembre 1999, n°99-419, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, *Rec. Cons. const.*, p. 116, cons. 73 ; Cons. Const. 29 juillet 2004, n°2004-499, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, *Rec. Cons. const.*, p. 126, cons. 2 ; Cons. Const. 3 mars 2007, n°2007-553, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, *Rec. Cons. const.*, p. 93, cons. 7 ; Cons. Const. 10 juin 2009, n°2009-580, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, *Rec. Cons. const.*, p. 107, cons. 22 ; Cons. Const. 16 septembre 2010, n°2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*, *Rec. Cons. const.*, p. 220, cons. 6 ; Cons. Const. 22 mars 2012, n°2012-652, *Loi relative à la protection de l'identité*, *Rec. Cons. const.*, p.158, cons. 8 ; Cons. Const. 16 mai 2012, n°2012-248 QPC, *M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles]*, *Rec. Cons. const.*, p. 270, cons. 5 ; Cons. Const. 9 octobre 2013, n°2013-675, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, *Rec. Cons. const.*, p. 956, cons. 6 ; Cons. Const. 23 juillet 2015, n°2015-713, *Loi relative au renseignement*, J.O. 26 juillet 2015, p. 12751, texte n°4, cons. 2 ; Cons. Const. 10 novembre 2016, n°2016-738, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*, J.O. 15 novembre 2016, texte n° 2, cons. 18 ; Cons. Const. 12 juin 2018, n°2018-765, *Loi relative à la protection des données personnelles*, J.O. 21 juin 2018, texte n° 2, cons. 47.

¹²²⁹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 605, art. 12 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Rés. 2200 A (XXI), Doc. Off. 21^e sess., séance. plen. n°1496, p. 55, 16 décembre 1966, art. 17 (ci-après « PIDCP ») ; Art. 8 Conv. EDH ; Art. 7 CDFUE.

¹²³⁰ Art. 8 Conv. EDH.

possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de "vie privée".¹²³¹ Tout au plus, l'approche européenne du concept de vie privée permet de confirmer la grande plasticité de la notion. La CEDH en fait effectivement une interprétation dynamique¹²³², « afin de préserver celle-ci de tout anachronisme et de tenir compte à la fois de l'évolution des mœurs et des nécessités sociales »¹²³³. En effet, la Cour veille avant tout à ce que les droits consacrés par la Convention européenne soient effectifs, impliquant une mise à jour constante de leur contenu au regard de l'évolution des besoins sociétaux, afin de fournir aux destinataires de ces droits une protection la plus proche possible de leurs besoins réels¹²³⁴.

361. Charte québécoise. Au Québec, la vie privée fait l'objet d'une consécration dans la Charte québécoise, en son article 5 : « toute personne a le droit au respect de sa vie privée. » Tout comme précédemment le droit de propriété¹²³⁵, ce dernier ne bénéficie pas d'une protection autre que supra-législative dans le cadre de la législation québécoise, ce qui n'en fait pas pour autant une norme constitutionnelle.

362. Art. 7 de la Charte canadienne. Il en va toutefois autrement sur le plan fédéral. La consécration constitutionnelle d'un droit à la vie privée ne ressort pas explicitement de la *Déclaration canadienne des droits*¹²³⁶, ni de la Charte canadienne. Bien sûr, il découle implicitement de l'interdiction des fouilles et saisies et perquisitions abusives¹²³⁷ une protection de la vie privée, mais ce n'est pas le seul article sur lequel un tel droit a été reconnu. En effet, l'article 7 de la Charte canadienne sert également de matrice à la reconnaissance du droit à la vie privée : « chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

363. Débat relatif à l'art. 7. Cette analyse a toutefois fait l'objet de controverses entre les juges de la Cour suprême et n'est pas allée de soi. D'un côté, certains juges prônaient l'idée que la liberté au sens de l'article 7 de la Charte canadienne ne se référerait qu'à son sens physique, ce qui excluait toute extension de la protection accordée par ce dernier à une liberté

¹²³¹ *Niemietz c. Allemagne*, préc., note 1136, par. 29.

¹²³² F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°154, p. 236.

¹²³³ *Id.*, n°456, p. 697.

¹²³⁴ *Id.*, n°160, p. 246. Dans *Airey c. Irlande*, 9 décembre 1979, série A n°32, la Cour européenne a explicitement considéré que « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » (par. 24). « La Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (...), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu. » (par. 26). Dans le même sens, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n°31, par. 41.

¹²³⁵ *Supra*, n°134.

¹²³⁶ *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 614.

¹²³⁷ Art. 8 Charte canadienne. *Supra*, n°311.

intellectuelle, entendue comme une autonomie de décision personnelle se rapprochant de la conception du droit à la vie privée française et européenne. C'est le cas du juge Lamer, qui a très tôt marqué son opposition à une extension de l'interprétation de la liberté garantie dans ce texte. D'un autre côté, une partie des juges soutenaient que l'article 7 pouvait subir une interprétation plus extensive. Une des figures les plus actives en est la juge Wilson.

364. Décision *Morgentaler*. Cette opposition est apparue une première fois dans l'affaire *R. c. Morgentaler*¹²³⁸, décision majeure qui s'est prononcée sur la constitutionnalité de la disposition du *Code criminel* prohibant l'avortement¹²³⁹. Une des interrogations soulevées par la décision concernait la portée de l'interprétation donnée à l'article 7 de la Charte canadienne, à savoir si ce dernier pouvait justifier un droit à la protection de la femme de nature à lui garantir le droit de choisir de mener une grossesse à son terme. La question de la portée exacte de l'interprétation et du contenu de l'article 7 n'a en réalité que peu d'incidence sur la solution retenue par les juges, puisqu'ils ont majoritairement considéré que les conditions dans lesquelles une femme pouvait obtenir un avortement violaient tant son droit à la liberté qu'à la sécurité. Mais il est intéressant de noter que plusieurs juges ont émis leurs propres opinions, ce qui laisse penser que la question de l'interprétation de la portée de la liberté consacrée à l'article 7 de la Charte canadienne n'est pas si anecdotique que cela.

S'il est admis sans difficulté que les droits protégés par l'article 7 recouvrent plusieurs acceptions¹²⁴⁰, le juge en chef Dickson, rejoint dans son opinion par le juge Lamer, a considéré qu'il n'était

« Ni nécessaire ni sage, dans le cadre de ce pourvoi, d'explorer les répercussions les plus larges que pourrait avoir l'art. 7 (...). Je préfère fonder mes conclusions sur une analyse plus étroite que celle avancée au nom des appelants¹²⁴¹. Je ne pense pas qu'il soit opportun de tenter d'arriver à une explication exhaustive d'une disposition aussi importante que l'art. 7 si tôt dans l'histoire de l'interprétation de la *Charte*. »¹²⁴²

Certes, le juge en chef ne ferme ici pas la porte à la possibilité de retenir une interprétation plus large de l'article 7, mais celle-ci n'était pas nécessaire dans cet arrêt. On note

¹²³⁸ *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.

¹²³⁹ Art. 251 C. crim.

¹²⁴⁰ *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, préc., note 617, 205, repris ici dans l'opinion concurrente du juge Beetz : *R. c. Morgentaler*, préc., note 1238, 89 (J. Beetz, motifs conc.).

¹²⁴¹ L'avocat des médecins appelant devant la Cour suprême faisait justement valoir une interprétation large de l'article 7 de la Charte canadienne. S'appuyant sur la jurisprudence américaine voisine, les appelants entendaient le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité comme incluant « un droit très large d'assumer sa destinée et de promouvoir son autonomie individuelle. Ce droit inclurait donc le droit à la vie privée et celui de décider souverainement de tout ce qui touche à la vie personnelle. » (nos soulignements) : *Id.*, 51.

¹²⁴² *Id.* (j. en chef Dickson, motifs conc.).

néanmoins une certaine prudence à l'égard de la position inverse, défendant la possibilité d'intégrer au sein du droit à la liberté une forme d'autonomie personnelle et de vie privée.

Ensuite, la juge Wilson a exprimé ses propres motifs, où elle propose une approche plus radicale du problème posé par la législation relative à l'avortement, et de l'article 7 de la Charte canadienne. Selon elle, il ne suffit pas de s'interroger sur la compatibilité de la procédure restrictive d'avortement avec la sécurité juridique, il est également primordial de rechercher si par principe l'impossibilité pour une femme de choisir de mener à terme ou non sa grossesse est compatible avec les fondements constitutionnels. La juge Wilson recherche donc s'il existe un droit à la liberté d'avorter au Canada. Pour cela, il est nécessaire de se pencher plus avant sur le sens de l'article 7, et plus particulièrement du droit à la liberté qu'il contient.

Pour la juge Wilson,

« Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. (...) La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activité et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle. Ainsi, les droits garantis par la *Charte* érigent autour de chaque individu, pour parler métaphoriquement, une barrière invisible que l'État ne sera pas autorisé à franchir. Le rôle des tribunaux consiste à délimiter, petit à petit, les dimensions de cette barrière. »¹²⁴³

Grâce à cette métaphore, on voit déjà resurgir l'idée d'une délimitation, d'un espace personnel dont il est ici possible d'exclure l'État. Cette approche rappelle fortement la notion de vie privée, telle qu'elle ressort principalement des textes et des approches doctrinales¹²⁴⁴. Il existerait donc un espace de liberté où l'individu aurait la possibilité de s'épanouir conformément à ses propres aspirations, sans interférence de la part de l'État¹²⁴⁵. Il s'agit là d'une question de dignité humaine. Pour la juge Wilson, « le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée. »¹²⁴⁶ Ainsi exprimée, la formule semble effectivement laisser entendre qu'il serait possible de consacrer un droit au respect de la vie privée sur la base de l'article 7 de la Charte canadienne.

¹²⁴³ *Id.*, par. 224.

¹²⁴⁴ *Supra*, n°305.

¹²⁴⁵ Dans le même sens : *R. c. Dymnt*, préc., note 621, 427., où le juge La Forest considère que « la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne. »

¹²⁴⁶ *R. c. Morgentaler*, préc., note 1238, 171.

365. Confirmations ultérieures. L'opinion de la juge Wilson et sa construction¹²⁴⁷ ont été une source d'inspiration pour plusieurs juges de la Cour suprême, démontrant que cette conception élargie de la vie privée a fait son chemin dans les esprits¹²⁴⁸. Même si certaines réticences se sont, dans un premier temps, fait ressentir parmi les juges¹²⁴⁹, plusieurs décisions ultérieures confirment une telle approche, parmi lesquelles on peut particulièrement mentionner l'arrêt *Malmo Levine*¹²⁵⁰, à propos de la consommation de cannabis pour un usage récréatif. Bien que les juges n'aient pas reconnu un tel comportement comme licite et entrant dans la sphère d'autonomie personnelle de chaque individu, elle en a tout de même profité pour asseoir une position très claire quant à sa conception de la vie privée en tant que liberté personnelle. Inspirée une fois de plus par les motifs de la juge Wilson¹²⁵¹, la majorité a considéré, plutôt sous la forme d'un rappel, que l'individu disposait bien d'une « marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne »¹²⁵² sans interférence de l'État. Cette autonomie ne se manifeste pas seulement du point de vue de la liberté physique, mais s'entend aussi comme un droit à l'autonomie personnelle « où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État »¹²⁵³. La jurisprudence maintient donc les références à ce raisonnement, le confirmant décision après décision. Il devient aujourd'hui de plus en plus difficile de douter de l'existence d'une telle approche libérale de la vie privée. Elle se traduit sous la forme d'une liberté promouvant l'autonomie

¹²⁴⁷ R. c. *Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, 318 ; *Id.*, 166. En ce sens : *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 65., où le juge La Forest, pour la majorité, a reconnu expressément l'influence des réflexions de la juge Wilson pour la construction de son opinion.

¹²⁴⁸ Ce que confirme une partie de la doctrine : Henri BRUN, Pierre BRUN et Fannie LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 31^e éd., coll. Alter ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 208; Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2014, par. XII-6.41; R. J. SHARPE et K. ROACH, préc., note 622, p. 277 et suiv.

¹²⁴⁹ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1247. Dans cette décision, plusieurs juges ont exprimé leurs doutes face à une conception aussi extension de la vie privée : *Id.*, par. 1 (j. Major, motifs conc.) ; 117 (j. Cory, motifs conc.) ; 99 (j. La Forest). Toutefois, trois d'entre eux ont tout à fait embrassé la vision de la juge Wilson :

« La protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'Etat. (...) Je n'entends pas par-là, je le précise, que cette sphère d'autonomie est vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. (...) je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelle. » (*Id.*, par. 66).

¹²⁵⁰ R. c. *Malmo Levine* ; R. c. *Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.

¹²⁵¹ *Id.*, par. 85. Pour des décisions faisant déjà référence au raisonnement de la juge : B. (R.) c. *Children's aid society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, 368; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1247, par. 66.

¹²⁵² R. c. *Malmo Levine* ; R. c. *Caine*, préc., note 1250, par. 85.

¹²⁵³ *Id.*

personnelle et d'une capacité des individus de prendre des décisions qui relèvent de leur intimité sans subir d'immixtion de la part de l'État.

366. Approche similaire de la liberté de la vie privée. L'approche canadienne que nous venons de décrire est, en réalité, très similaire à celle retenue dans la jurisprudence française et européenne. Il existe aussi en France une approche de la vie privée en tant que liberté, celle de faire des choix qui sont profondément personnels¹²⁵⁴. L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement ressentie quant à l'extension de la compréhension de la vie privée à la protection d'une autonomie personnelle, extension qu'elle a admise sans difficulté¹²⁵⁵. Celle-ci a par exemple considéré que la décision pour un couple d'avoir un enfant et d'avoir recours à une assistance médicale pour le faire relève de la vie privée¹²⁵⁶, le fait de choisir de garder l'anonymat sur sa maternité en abandonnant un enfant à la naissance¹²⁵⁷, la possibilité de choisir le prénom de son enfant¹²⁵⁸ ou encore le droit d'obtenir un changement de la mention du sexe en conformité avec son apparence physique¹²⁵⁹. Dans ce dernier exemple, il s'en est suivi un revirement de jurisprudence interne remarqué, dans lequel la Cour de cassation a admis que lorsqu'une personne procède à un changement médico-chirurgical de sexe, « le principe du respect dû à la vie privée justifie que son État civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence. »¹²⁶⁰ Au visa de l'article 9 C.civ et de l'article 8 Conv. EDH, la juridiction suprême française a bien ici consacré une liberté, celle de changer de sexe, sans que l'État ne puisse interférer avec cette volonté, en empêchant par exemple la traduction de ce changement sur les registres de l'État civil.

Un arrêt de la Cour européenne a parfaitement résumé l'extension et les multiples ramifications de la vie privée qui reviennent à effectivement consacrer une liberté de la vie privée :

« Comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (...), mais peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (...). Des éléments tels que, par exemple, l'identité sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère

¹²⁵⁴ J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1131, p. 703.

¹²⁵⁵ *Pretty c. Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n°2346/02, CEDH 2002-III, par. 61 : « Cette disposition [article 8 de la Convention européenne] protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur. »

¹²⁵⁶ *S. H. et autres c. Autriche* [GC], 3 novembre 2011, n°57813/00, CEDH 2011-V, par. 78. Dans le même sens : D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°194, p. 264.

¹²⁵⁷ *Odièvre c. France*, 13 février 2003, n°42326/98, CEDH 2003-III, par. 44.

¹²⁵⁸ *Guillot c. France*, 24 octobre 1996, n°15773/89, 15774/89, CEDH 1996-V, par. 21.

¹²⁵⁹ *B. c. France*, 25 mars 1992, n°13343/87, série A n°232-C, par. 63.

¹²⁶⁰ Ass. plén. 11 décembre 1992, Bull. A.P., n°13 (deux arrêts).

personnelle protégée par l'article 8 (...). Comme la Cour a déjà remarqué plus haut, cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (...). Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8. »¹²⁶¹

Il est indéniable que, à la manière de la vision promue par les juges canadiens, la jurisprudence française considère que la vie privée ménage un espace de liberté afin de prendre des décisions tout à fait personnelles et d'autodétermination¹²⁶², sans que l'État ou les institutions publiques aient à interférer avec ces choix.

367. Limites de la liberté de la vie privée. Il semble toutefois bien difficile d'établir les limites de la notion de la vie privée, car toute décision personnelle pourrait relever de la notion. La Cour suprême avait bien saisi la difficulté, lorsqu'elle estime que « la portée de la Constitution ne saurait être élargie pour protéger toute activité qu'une personne choisit de définir comme essentielle à son mode de vie. »¹²⁶³ La moindre décision ayant un quelconque rapport avec l'autonomie personnelle paraît relever de ce droit fondamental. Par exemple, le choix d'accoucher dans son domicile privé et non dans une structure médicale relève de la vie privée¹²⁶⁴, ou encore le choix de consommer du cannabis à des fins thérapeutiques¹²⁶⁵. Les frontières de la vie privée semblent perdre de la netteté à mesure que, corrélativement, on en élargit le contenu. Le problème est le même tant en France qu'au Canada, faute d'une meilleure appréhension de ce qui relève de l'autonomie personnelle¹²⁶⁶.

368. Compatibilité avec les personnes morales. Au-delà de l'étiollement de la notion de vie privée, son approche par le prisme de la liberté pose d'importantes difficultés dans le cadre de notre sujet. En effet, même si le contenu de la vie privée devient de plus en plus vapoureux au fur et à mesure que l'on y intègre de nouveaux aspects, il reste possible d'en comprendre le sens, par l'ancrage de la notion dans le développement de la personnalité humaine. Néanmoins, il s'agirait ici de pouvoir transposer cette approche aussi à des personnes morales, celles-là mêmes qui sont le plus souvent les gardiennes effectives d'informations

¹²⁶¹ *Schlumpf c. Suisse*, 8 janvier 2009, n°29002/06, par. 100. Dans le même sens : *Von Hannover c. Allemagne* [GC], 7 février 2012, n°40660/08 et 60641/08, *Recueil des arrêts et décisions* 2012-1, 351, par. 95.

¹²⁶² A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°117.

¹²⁶³ *R. c. Malmo Levine* ; *R. c. Caine*, préc., note 1250, par. 85.

¹²⁶⁴ *Dubská et Krejzová c. République Tchèque*, [GC], 15 novembre 2016, n°28859/11 et 28473/12, *Recueil des arrêts et décisions* 2016, par. 163

¹²⁶⁵ *R. c. Malmo Levine* ; *R. c. Caine*, préc., note 1250.

¹²⁶⁶ R. J. SHARPE et K. ROACH, préc., note 622, p. 280.

économiques. Or, on constate que la jurisprudence applique dans la quasi-totalité des cas sa conception de la liberté de la vie privée à des prérogatives typiquement humaines, car intrinsèquement liées à la corporalité de ce sujet de droit. La liberté de la vie privée concerne les choix opérés sur le corps de la personne elle-même, ou bien des aspects si intrinsèquement liés à la personne humaine que l'on voit mal comment ils pourraient être transposés aux personnes morales. On pensera notamment au droit, exposé dans l'arrêt *B. (R.)*¹²⁶⁷, de choisir l'éducation de son enfant, qui n'aura pas d'intérêt à être transposé à des personnes morales, pas plus que la liberté de se voir reconnaître un changement de sexe, dans la mesure où ces dernières n'en ont pas¹²⁶⁸. Il semble que la personnalité morale se prête mal à une définition purement subjective des informations relatives à la vie privée et à la liberté corrélative de les aménager.

369. Besoin de liberté. Pourtant, les personnes morales ont également un besoin d'autonomie et d'une certaine liberté pour pouvoir développer leurs activités. Elles doivent pouvoir opérer leurs propres choix, définir leurs stratégies, les grandes orientations économiques ou industrielles pour assurer la pérennité de l'activité. Elles ne sont pas dépourvues d'une certaine liberté, qui n'est pas sans rappeler celle dont disposent les personnes physiques quant à leurs choix de vie personnelle. Bien sûr, il existe des limites à la liberté des personnes morales dans la manière de conduire leur activité, de la même façon que la loi impose des limites à la liberté des personnes physiques, notamment pour défendre un intérêt que l'on considère comme suffisamment urgent¹²⁶⁹. L'existence d'un droit pour une personne ne signifie pas qu'il peut s'exercer sans aucune limite ni aucun contrôle... Le raisonnement est en tout cas transposable des personnes physiques aux personnes morales, ces dernières ayant tout autant besoin d'une certaine liberté pour entreprendre leurs activités.

370. Incompatibilité de l'article 7 avec les personnes morales. Malgré cette similarité du raisonnement entre liberté des personnes physiques et liberté des personnes morales, il reste que pour l'heure, une telle compréhension de la liberté a été reconnue en jurisprudence uniquement pour l'exercice de prérogatives typiquement humaines. Au Canada, cette

¹²⁶⁷ *B. (R.) c. Children's aid society of Metropolitan Toronto*, préc., note 1251.

¹²⁶⁸ Voir en ce sens les exemples développés par le professeur Saint-Pau qui, à l'exception du domicile, ne renvoient qu'au développement de prérogatives typiquement humaines (J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1131 à 1134, p. 703 à 705).

¹²⁶⁹ Ainsi, dans l'arrêt *B. (R.)* les juges ont-ils considéré que la loi provinciale permettant de placer un enfant sous tutelle provisoire des services sociaux, au détriment des parents, permettait d'assurer la protection de la vie et de la santé de ce dernier et de garantir son bien-être (*B. (R.) c. Children's aid society of Metropolitan Toronto*, préc., note 1251, 374. Le droit des parents de choisir l'éducation de leur enfant, en tant qu'élément de la vie privée doit donc se concilier avec d'autres impératifs tout aussi urgents.

inadéquation peut s'expliquer assez simplement, par le fait que la jurisprudence a refusé d'octroyer le bénéfice de l'article 7 de la Charte canadienne aux personnes morales.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*¹²⁷⁰, les juges de la majorité ont considéré très clairement que l'article 7 de la Charte canadienne ne s'adressait qu'aux personnes physiques, et que les personnes morales ne pouvaient prétendre à une protection équivalente du droit à la vie, la liberté et la sécurité, et ce pour deux raisons. D'abord, les juges ont considéré que les personnes morales ne pouvaient pas être concernées par l'atteinte à la liberté, dans la mesure où elles ne peuvent pas subir personnellement une peine privative de liberté¹²⁷¹. De même, il semble incohérent d'imaginer qu'une société aurait une vie dans le même sens qu'un être physique, qu'elle connaîtrait un début et une fin pareillement à une vie humaine. « Affirmer qu'une procédure de faillite et de liquidation fait intervenir l'art. 7, reviendrait à fausser complètement le sens du droit à la vie. »¹²⁷²

Ensuite, et comme nous l'avons déjà évoqué¹²⁷³, la Cour suprême rejette la reconnaissance de la protection de droits économiques sur la base de l'article 7 de la Charte canadienne. Contrairement à sa cousine américaine, la formulation de la Charte canadienne n'a pas intégré le droit de propriété dans la protection constitutionnelle¹²⁷⁴. Le législateur a choisi au contraire de se concentrer sur le droit à la « sécurité de sa personne », ce qui a pour effet « de n'accorder aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société »¹²⁷⁵. C'est sur la base du contraste entre ces deux notions que les juges s'opposent à toute possibilité d'envisager la reconnaissance de droits équivalents pour les personnes morales. Ce faisant, pris dans son ensemble,

« Cet article avait pour but d'accorder une protection à un niveau individuel seulement. (...) Le terme « chacun » doit donc être lu en fonction du reste de l'article et défini de façon à exclure les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et de façon à ne comprendre que les êtres humains. »¹²⁷⁶

371. Absence de liberté de la vie privée pour les personnes morales. S'il n'est pas possible de considérer que l'article 7 de la Charte canadienne s'applique aux personnes

¹²⁷⁰ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622. La solution avait déjà été proposée un peu plus tôt, dans *Smith, Kline & French v. Attorney General of Canada*, [1986] 1 C.F. 274, par. 84 (FC) (solution confirmée par la Cour d'appel fédérale : *Smith, Kline & French Laboratories v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359, par. 5 (FCA)).

¹²⁷¹ *Id.*, 1003.

¹²⁷² *Id.*

¹²⁷³ *Supra*, n°136.

¹²⁷⁴ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 1003.

¹²⁷⁵ *Id.*, 1004.

¹²⁷⁶ *Id.*

morales¹²⁷⁷, par extension l'ensemble des droits qui ont été tirés de l'analyse de ce texte ne sont pas applicables non plus à ces entités, y compris la liberté de la vie privée. Cette partie-là de ce droit ne semble pas pouvoir trouver de traduction chez les personnes morales. Malgré les besoins signalés de liberté, celle-ci ne saurait, en droit canadien trouver de traduction dans une protection constitutionnelle. Et même si aucune exclusion n'est clairement exprimée en droit français, il semble qu'il ne se dégage pas une solution si différente dans ce dernier ordre juridique. La conclusion peut même paraître inéluctable. Le respect de la vie privée fait partie de la défense de la dignité humaine, dans la mesure où il permet à chacun de décider ce qui est le mieux pour lui-même. C'est un facteur d'autodétermination et d'épanouissement personnel. Or, il semble improbable d'admettre qu'une personne morale dispose, au même titre qu'une personne physique, d'un droit à la dignité. Cette notion est envisagée exclusivement pour les personnes humaines, comme en témoignent d'ailleurs les infractions du Code pénal français regroupées dans son chapitre 5 du titre 2, livre 2, dédié aux « atteintes à la dignité de la personne ». Si le vocabulaire pouvait permettre d'inclure tant les personnes physiques que morales, les infractions regroupées dans ce chapitre ne laissent pas de place au doute. La discrimination est définie à l'article 225-1 C. pen. et consiste à opérer des distinctions « entre les personnes physiques »¹²⁷⁸ ; on trouve ensuite la traite des êtres humains¹²⁷⁹, la dissimulation forcée du visage¹²⁸⁰, le proxénétisme¹²⁸¹, les infractions d'exploitation de la vulnérabilité d'autrui¹²⁸² ou encore les atteintes au respect dû aux morts¹²⁸³. L'ensemble de ces infractions ont pour point commun de se baser sur la dimension physique de la personne humaine. Certes, il ne s'agit pas de dire que la dignité ne concerne que cet aspect, mais ces infractions, exclusivement destinées à des victimes personnes humaines, démontrent néanmoins la particularité de cet être et des prérogatives qui lui sont associées. Il n'existe pas de droit à la dignité équivalent pour les personnes morales. Le fondement même de cet aspect de la liberté de la vie privée est un obstacle rédhibitoire, et l'argument ne peut qu'échouer.

Comme on l'a dit, la vie privée en tant qu'autonomie personnelle n'a pas trouvé d'application autre que dans des manifestations intimement liées à des prérogatives tout à fait

¹²⁷⁷ *Smith, Kline & French v. Attorney General of Canada*, préc., note 1270, par. 84 (FC) (solution confirmée par la Cour d'appel fédérale : *Smith, Kline & French Laboratories v. Canada (Attorney General)*, [1987] 2 F.C. 359, par. 5 (FCA)).

¹²⁷⁸ Art. 225-1 C. pen.

¹²⁷⁹ Art. 225-4-1 et suiv. C. pén.

¹²⁸⁰ Art. 225-4-10 C. pen.

¹²⁸¹ Art. 225-5 et suiv. C. pen.

¹²⁸² Exploitation de la mendicité (art. 225-12-5 C. pen.) et exploitation de la vente à la sauvette (art. 225-12-8 C. pen.).

¹²⁸³ Art. 225-17 C. pen.

humaines, ce qui revient en réalité à l'argument soulevé par les juges dans *Irwin Toy*¹²⁸⁴. On parvient donc à la même conclusion, en France et au Canada. Les personnes morales ne peuvent être titulaires d'un droit à la vie privée qui relève du même domaine d'application que les personnes physiques.

372. Dualité de fondement, dualité de protection. Tout n'est pas perdu toutefois. On l'a vu, l'article 7 de la Charte canadienne n'est pas le seul fondement admis pour protéger la vie privée. L'article 8 entre également en jeu, et les juges ont toujours parfaitement admis que ce dernier pouvait aussi protéger les personnes morales. La jurisprudence de la Cour européenne reprend cette conception double de la vie privée, à la fois comme liberté individuelle et comme secret¹²⁸⁵. Il semblerait donc que si les personnes morales ne peuvent utiliser la vie privée comme une arme au service de la construction de leurs droits, elles pourront toujours en faire un bouclier¹²⁸⁶, contre les intrusions nuisibles, marquant ainsi le maintien d'un contrôle sur l'information personnelle.

1.2.2.2 Une liberté basée sur un droit de contrôle

373. « Prérogative défensive »¹²⁸⁷. Le droit au respect de la vie privée ne se conçoit pas uniquement comme une liberté, un droit matriciel d'autres prérogatives, facteur d'autonomie et d'épanouissement personnel. Il s'agit aussi et peut-être avant tout d'une « prérogative défensive »¹²⁸⁸, qui confère le droit de ne pas voir son intimité envahie. C'est initialement la forme que lui avait donnée la jurisprudence en France sur le fondement de la responsabilité civile, avant que ne soit consacré un véritable droit légal et supra-législatif¹²⁸⁹. C'est également la forme primaire et non contestée la plus aisément reconnue au Canada. En effet, dans ce dernier contexte, si la reconnaissance d'une liberté de la vie privée a pu poser des difficultés et semble limitée encore aujourd'hui, le droit au secret est en revanche parfaitement admis sur le fondement de l'article 8 de la Charte canadienne¹²⁹⁰ et l'article 5 de la Charte québécoise¹²⁹¹. La dualité de fondement reconnue à la vie privée au Canada est particulièrement

¹²⁸⁴ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 1003 et 1004.

¹²⁸⁵ *Niemietz c. Allemagne*, préc., note 1136, par. 29 ; *Botta c. Italie*, 24 février 1998, n°21439/93, CEDH 1998-I, par. 32 : « La sphère de la vie privée, telle que la Cour la conçoit, couvre l'intégrité physique et morale d'une personne ; la garantie offerte par l'article 8 de la Convention est principalement destinée à assurer le développement, sans ingérences extérieures, de la personnalité de chaque individu dans les relations avec ses semblables. »

¹²⁸⁶ C. TOLLEFSON, préc., note 1089, 338.

¹²⁸⁷ J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1130, p. 702.

¹²⁸⁸ *Id.*, n°1130, p. 702.

¹²⁸⁹ *Id.*, n°1136, p. 706.

¹²⁹⁰ *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 621, 159; *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 649, 599.

¹²⁹¹ *Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers*, 2005 QCCA 110, par. 25.

révélatrice de cette double facette de la vie privée, à la fois droit émancipateur et droit protecteur, dont les deux aspects contribuent également à la promotion de l'autonomie personnelle¹²⁹².

374. Signification du droit de contrôle. La protection du secret de la vie privée se traduit par la reconnaissance à tout sujet de ce droit un pouvoir de contrôle sur les informations qui le concernent directement et personnellement¹²⁹³. Cette prérogative relève de l'exercice du droit à la vie privée, et non de la définition de la vie privée elle-même. « Si l'on admettait en effet que la vie privée était en elle-même une forme de contrôle, on devrait en déduire que toute atteinte au contrôle de l'information personnelle constituerait une atteinte à la vie privée »¹²⁹⁴, ce qui n'est pas nécessairement le cas, tant il est nécessaire de distinguer le contenu et le régime de la protection de la vie privée. Les limitations des pouvoirs des individus relèvent, elles, de ce dernier.

Un tel pouvoir est un facteur d'autonomie, laissant à toute personne le soin de décider comment utiliser ses informations personnelles, les conserver, les diffuser, les partager ou les protéger. Le droit à la vie privée représente l'empire que chacun exerce sur l'intime. Ainsi, on peut retenir la formule de la Cour suprême du Canada, quand elle énonce que :

« La protection accordée à la vie privée vise à garantir une sphère d'autonomie individuelle relativement à l'ensemble des décisions qui se rapportent à des « choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle ». (...) Ce droit [à la vie privée] doit inclure la faculté de contrôler l'usage qui est fait de son image puisque le droit à l'image prend appui sur l'idée d'autonomie individuelle, c'est-à-dire le contrôle qui revient à chacun de son identité. Nous pouvons aussi affirmer que ce contrôle suppose un choix personnel. »¹²⁹⁵

375. Prohibition des investigations. Ce droit de contrôle se dédouble sous deux aspects, traduisant cette maîtrise de la personne sur les informations qui la concernent intimement. D'une part, toute personne titulaire du droit au respect de sa vie privée dispose du « pouvoir de s'opposer à une investigation »¹²⁹⁶. Au visa de l'article 9 C. civ., la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt de principe qu'« est illicite toute immixtion arbitraire dans la

¹²⁹² J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1136, p. 706.

¹²⁹³ Jean-Christophe SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, Bordeaux, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 1998, n°580, p.564 : le droit à l'intimité « est le pouvoir de s'opposer à une investigation ou une divulgation, sans autorisation, d'un élément intime d'un individu identifié ».

¹²⁹⁴ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°279, p. 243.

¹²⁹⁵ *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 649, 614. La Cour suprême cite elle-même son arrêt *Godbout : Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1247, 913.

¹²⁹⁶ P. KAYSER, préc., note 1093, 468 et 469 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1139, p.707 et suiv.

vie privée d'autrui. »¹²⁹⁷ Il est ainsi pros crit de mener des investigations dans le logement d'une personne¹²⁹⁸, sur le train de vie d'une personne même en dehors de son domicile¹²⁹⁹, de fouiller les poubelles d'autrui¹³⁰⁰, de récolter les informations contenues dans un journal intime¹³⁰¹, ou encore d'espionner les correspondances et communications¹³⁰². L'interdiction de telles ingérences dans la vie privée ressort en outre directement de la rédaction de l'article 36 C.c.Q., qui interdit explicitement l'interception des communications privées mais aussi l'introduction dans le domicile d'autrui, la captation de l'image ou de la voix, lorsque la personne se trouve dans un lieu privé, ou toute autre forme de surveillance.

376. Prohibition des divulgations. D'autre part, le droit de contrôle sur la vie privée implique le « pouvoir de s'opposer à une divulgation »¹³⁰³, même secondaire¹³⁰⁴. Dans ce cas, il ne s'agit pas de capter, de prélever les informations relatives à la vie privée, généralement dans un espace consacré comme personnel, mais au contraire de les révéler au grand jour. La divulgation implique une révélation, à une seule personne ou de façon publique. C'est la différence notable existant avec les actes d'investigation, qui ne nécessitent aucunement une transmission des informations récoltées. La divulgation est une atteinte à la vie privée en ce qu'elle fait perdre à la personne justement la maîtrise du devenir des informations qui la concernent : une fois révélée, il devient quasi impossible de contenir la circulation de l'information, comme une boîte de Pandore qui s'ouvre. C'est d'ailleurs ce phénomène de divulgation qui est le plus souvent reproché à une certaine forme de presse, dont le succès des tirages est très dépendant du sensationnalisme des informations personnelles de certaines célébrités qui y sont publiées. C'est aussi pour cette raison d'ailleurs qu'il peut y avoir une atteinte à la vie privée, alors même que la personne a elle-même initialement et volontairement révélé des faits personnels. Il suffit dans ce cas qu'un tiers les diffuse plus largement et ce droit de contrôle est perdu¹³⁰⁵.

¹²⁹⁷ Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, *Bull. civ.* II, n°273 ; D. 2004. 2069, note Ravanans.

¹²⁹⁸ Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull. civ.* I, n°124 ; *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caumartin*, 2007 QCTDP 22 (investigations et espionnage d'une locataire par la propriétaire) ; *Protection de la jeunesse* – 273, [1987] R.J.Q. 1923 (fouille de la chambre d'une adolescente placée en foyer).

¹²⁹⁹ Civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, *Bull. civ.* I, n° 124 ; Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, préc., note 213 (un homme avait engagé un détective privé afin qu'il enquête sur son ex-conjointe, afin d'obtenir le recalcul de la prestation compensatoire qu'il lui versait) ; Civ. 1^{re}, 22 septembre 2016, n°15-24.015.

¹³⁰⁰ Paris, 30 mars 1995, D. 1995. IR. 140, RTD Civ. 1995. 599, note Hauser.

¹³⁰¹ *Sergerie c. Centre de jeunesse du Saguenay Lac St-Jean*, [2004] n°AZ- 0401905 (C.A.).

¹³⁰² J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1140, p. 708 ; D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°190, p. 263 ; *Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc.*, [2001] R.J.Q. 1111, par. 68 à 73.

¹³⁰³ P. KAYSER, préc., note 1093, 467 et 468 ; J.-C. SAINT-PAU, *id.*, n°1141 et suiv., p. 708 et suiv.

¹³⁰⁴ *R. c. Marakah*, préc., note 1189, par. 40.

¹³⁰⁵ *Id.*

La divulgation peut concerner autant le nom et les informations permettant d'identifier la personne¹³⁰⁶ que son image¹³⁰⁷ et, une fois de plus, l'article 36 C.c.Q. constitue une expression explicite de la prohibition de ces divulgations : dans ses deux derniers alinéas, il interdit expressément d' « utiliser [le] nom [d'autrui], son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que celle de l'information légitime du public ; utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels ».

377. Place centrale du consentement. Ainsi est-il clair que le droit au respect de la vie privée, lorsqu'il se traduit sous la forme d'un droit de contrôle, empêche toute forme d'utilisation des informations personnelles d'une personne. Il est d'autant plus manifeste que l'utilisation ou la divulgation de la vie privée ne peut se faire sans le consentement de la personne directement concernée. En effet, en France comme au Canada, ce n'est que par ce biais-là qu'un tiers pourra utiliser, capter, relater des informations concernant autrui. « L'atteinte à la vie privée ne peut être justifiée que par le consentement de la victime, l'autorisation donnée par elle à la publication. »¹³⁰⁸ Par ces termes, un lien explicite est établi entre le droit à la vie privée et la personnalité : étant intimement liées à la personne, sa personnalité et sa protection ne sauraient être abdiquées sa personnalité et sa protection. Cela se comprend d'ailleurs parfaitement, tant cela dénote la maîtrise effective que l'individu exerce sur sa propre personne¹³⁰⁹ et traduit les racines autonomistes de ce droit.

¹³⁰⁶ Civ 1^{re}, 23 avril 2003, *Bull. civ. I*, n°98, D. 2003. 1539, note Lepage (révélation d'une relation extra conjugale d'une célébrité) ; Paris, 7 novembre 2001, D. 2002. Somm. 2372 (révélation de la grossesse d'une mannequin, alors qu'elle avait expressément précisé ne pas autoriser de publication relativement à sa vie privée) ; Paris, 4 mars 1998, *JurisData* n°1998-022462 (révélation des infidélités d'un chanteur) ; Art. 15 C.p.c. que lors d'une instance en matière familiale ou de la mention du sexe sur l'acte de naissance, le huis clos est de principe et la publication des jugements qui en découle doit garantir l'anonymat des parties. Le texte ajoute surtout que « Les personnes présentes à l'audience non plus que toute autre personne ne peuvent, sans l'autorisation du tribunal, divulguer de l'information permettant d'identifier les personnes concernées », ce qui constitue une mesure très protectrice de la vie privée des parties, à travers leur identification ; *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.) (article qui révèle la séropositivité d'un enseignant d'une école catholique).

¹³⁰⁷ Civ. 1^{re}, 23 avril 2003, *id.* (il ne s'agissait pas seulement de révélations sur la vie intime des protagonistes, mais l'article était accompagné de nombreuses photos prises clandestinement, à l'insu de ceux qui sont représentés. La Cour de cassation a ici confirmé l'existence d'une atteinte à l'image.) ; *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 33 (photo prise de la demandeuse sans son consentement et dans un lieu public ; mais c'est surtout la publication de la photo dans une revue artistique qui constitue l'atteinte à la vie privée) ; *Pilon c. St-Pierre*, [199] R.J.Q. 1825 (alors qu'il était sous l'emprise de l'alcool et endormi, les amis du demandeur en ont profité pour le maquiller et le prendre en photos ; les photos sont restées affichées plusieurs semaines, constituant, selon les juges, une atteinte à sa vie privée à travers son image) ; *Bonneville c. Brasseurs du Nord Inc.*, [2000] R.R.A. 144 (la photo d'une personne, prise à son insu, a été utilisée pendant plusieurs mois sur une brochure publicitaire ; les juges ont reconnu qu'il y avait là aussi atteinte à la vie privée du demandeur).

¹³⁰⁸ Robert BADINTER, « Le droit au respect de la vie privée », *JCP G* 1968.I.2136, n°16.

¹³⁰⁹ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°22.

378. Consentement univoque et spécial. « Le consentement constitue en quelque sorte une renonciation *ad hoc* à la vie privée. »¹³¹⁰ Il ne peut être qu'univoque, bien qu'exprès¹³¹¹ ou tacite¹³¹². On ne peut systématiquement inférer du silence gardé par la personne ou des circonstances¹³¹³ qu'elle autorise l'utilisation des informations personnelles. Cela signifie également que le consentement donné ne vaut pas pour une utilisation autre ultérieure. Il doit être redonné à chaque fois pour toute exploitation autre que celle initialement consentie¹³¹⁴. De même, ce n'est pas parce que la personne a elle-même évoqué un aspect de sa vie privée que ces données sont librement accessibles et utilisables, notamment par la presse¹³¹⁵. Ainsi, le fait pour une personne de ne pas s'opposer à la publication d'un roman qui retrace une partie de sa vie personnelle ne signifie pas qu'elle acquiesce à la réalisation d'un film tiré de ce roman et dont le succès engendre une atteinte qu'elle juge plus grave à l'intimité de sa vie privée¹³¹⁶. Au Québec, deux acteurs renommés avaient accepté de poser avec une voiture de la marque Renault empruntée pour un tournage, en pensant que les photos serviraient pour des fins internes à l'entreprise. Elles furent en réalité utilisées pour faire de la publicité à grande échelle. Le juge de la Cour supérieure a reconnu une violation des droits des deux acteurs, car on ne pouvait déduire des faits leur consentement tacite à l'usage de leur image à des fins publicitaires¹³¹⁷. Le caractère exprès du consentement donné à l'exploitation de la vie privée d'autrui en fait un droit discrétionnaire, puisque seule la personne dont la vie privée est concernée peut décider ce qu'il en sera fait.

¹³¹⁰ D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°199, p. 271.

¹³¹¹ *Id.*, n°199, p. 271. ; Paris, 4 mars 1998, préc., note 220 (« toute personne a droit au respect de sa vie privée et détient sur son image un droit absolu qui lui permet de s'opposer à la diffusion de celle-ci sans autorisation expresse. »)

¹³¹² Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, *Bull. civ. I*, n°139 ; Civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, *Bull. civ. I*, n°259 ; *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 33, par. 60 ; *Bloc québécois c. Sourour*, 2009 QCCA 942, par. 40.

¹³¹³ D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°200, p. 271.

¹³¹⁴ *Laoun c. Malo*, [2003] R.J.Q. 381 (une comédienne avait accepté de poser pour une publicité pour une marque de lunettes ; un opticien revendeur de cette marque avait par la suite utilisé ce même cliché publicitaire pour illustrer son annonce dans un annuaire commercial) ; *Larente c. 9140-9599 Québec inc.*, 2011 QCCS 3430 (le fait pour une danseuse d'accepter de participer à une séance de photos pour la réalisation du calendrier érotique d'un bar ne signifie pas qu'elle consent également à ce que sa photo soit utilisée pour faire la promotion dudit bar dans la presse ; ambiguïté sur l'ampleur de l'utilisation qui serait faite des photos).

¹³¹⁵ Civ. 2^{ème}, 14 novembre 1975, *Bull. civ. II*, n°294 ; Paris, 4 mars 1998, préc., note 220 : « il importe peu (...) que le chanteur, qui est seul fondé à fixer les limites de ce qu'il entend révéler de sa vie sentimentale, ait par le passé (...) fait état de ses infidélités, de telles révélations n'autorisant manifestement pas [la presse] à les reproduire de son propre chef, sans l'autorisation des personnes concernées. »

¹³¹⁶ Civ. 1^{re}, 16 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n°268.

¹³¹⁷ *Deschamps v. Automobiles Renault Canada Ltée*, préc., note 648. Dans le même sens : *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (une jeune femme avait consenti à poser pour des photos qui auraient servi à la promotion d'un produit, mais elle n'avait pas accepté que ces dernières soient utilisées pour l'emballage même du produit, vendu à travers tout le pays).

Le consentement doit également être spécial, ce qui signifie qu'il ne peut être valable que pour une information précise, utilisée dans un contexte donné. Il sera donc nécessaire de renouveler l'autorisation de captation ou d'exploitation de la vie privée pour chaque nouvelle utilisation¹³¹⁸. Cela signifie qu'on ne peut renoncer de manière générale et indéfinie à la vie privée, ce qui en fait un droit imprescriptible¹³¹⁹. Dans la décision *Laoun c. Malo*¹³²⁰, les juges reviennent, de façon très claire, sur le caractère indispensable du consentement pour valider une utilisation de la vie privée d'autrui et surtout la portée limitée de ce dernier : « on ne saurait conclure que le consentement donné par l'intimée à la captation et à l'usage de son image (...) entraîne nécessairement son acquiescement à toute utilisation de cette »¹³²¹ dernière. De même si le consentement doit être donné à la captation de l'image, il doit l'être aussi à la publication de celle-ci¹³²².

Ainsi Robert Badinter résumait-il la place primordiale du consentement pour garantir la licéité de l'exploitation de la vie privée :

« Pareille autorisation ne peut être que particulière et spécifique. Prétendre inférer d'une autorisation, expresse ou tacite, à telle ou telle publication, une renonciation définitive au droit au respect de la vie privée c'est d'abord dénaturer la portée de l'autorisation donnée, c'est ensuite méconnaître la nature du droit. Abandonner pour toujours sa vie privée aux professionnels de l'information ou de l'indiscrétion serait aussi contraire à la liberté de l'individu que de céder à vie sa force de travail. »¹³²³

379. Traduction pénale du droit de contrôle. Cette architecture du droit de contrôle transparaît également dans les infractions qui ont pour vocation de sanctionner les atteintes à la vie privée. Que ce soit en France ou au Canada, les investigations de l'intimité sont proscrites¹³²⁴, sauf si la personne consent à l'interception, ce qui a pour effet de neutraliser l'atteinte à la vie privée et l'infraction par la même occasion¹³²⁵. On prévoit explicitement que le consentement de la personne neutralise l'illégalité de l'acte et par la même occasion le caractère attentatoire à la vie privée de l'acte de captation. En outre, les codes français et

¹³¹⁸ Civ. 2^{ème}, 14 novembre 1975, préc., note 228 : « celui qui, sans intérêt légitime, publie des faits [relatifs à la vie privée], engage sa responsabilité s'il ne peut justifier d'une autorisation spéciale. »

¹³¹⁹ J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1152, p. 712.

¹³²⁰ *Laoun c. Malo*, préc., note 1314.

¹³²¹ *Id.*, par. 55. Dans le même sens, *Larente c. 9140-9599 Québec inc.*, préc., note 227.

¹³²² *Bloc québécois c. Sourour*, préc., note 1312, particulièrement par. 43.

¹³²³ R. BADINTER, préc., note 1308, n°16.

¹³²⁴ *Supra*, n°335 et suiv.

¹³²⁵ Art. 184(2)a) C. crim. : « Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes suivantes :

a) Une personne qui a obtenu, de l'auteur de la communication privée ou de la personne à laquelle son auteur la destine, son consentement exprès ou tacite à l'interception. »

L'art. 226-1 C. pen. prévoit quant à lui dans son dernier alinéa que, lorsque les actes de captation « ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé »

canadiens punissent également la divulgation subséquente des données personnelles récoltées par ces procédés illégaux décrits¹³²⁶. Une fois de plus, ces textes confirment le caractère neutralisant du consentement. Si cela n'apparaît pas aussi explicitement dans l'article 226-2 C. pen., cela peut se déduire logiquement de son articulation avec l'art. 226-1 C. pen. : la divulgation ne pouvant se réaliser sans la commission préalable de cette infraction et étant donné qu'elle se consomme en l'absence de consentement de la victime, il paraît logique de considérer que la victime ne doit pas avoir consenti non plus à la divulgation de ses informations privées. Par conséquent, pour la majorité des infractions d'atteinte à la vie privée, on retrouve le même schéma qu'au civil : une protection dédoublée d'un droit de contrôle que chacun exerce sur ses informations personnelles, à la fois contre les captations et les divulgations, et une place importante laissée au consentement, puisque celui-ci y tient le rôle d'obstacle *ad hoc* à l'infraction et donc à la réalisation de l'atteinte à la vie privée.

380. Plainte de la victime. Ajoutons enfin que les infractions protégeant la vie privée en France nécessitent que la victime dépose une plainte, permettant alors de mettre en mouvement l'action publique¹³²⁷. Cela ne vaut certes que pour les infractions d'espionnage audiovisuel et de leur divulgation¹³²⁸, mais cette disposition dénote le caractère hautement personnel de ces atteintes, attachées à la qualité de personne. Une telle règle étant absente des autres infractions du Code pénal, on ne peut voir là que l'empreinte forte laissée par la personnalité, valeur protégée dans ces infractions. Cet état de fait semble contredire l'idée que les droits de la personnalité ne soient finalement que des objets d'un droit de propriété, pourtant défendue par une partie de la doctrine¹³²⁹. Si les droits de la personnalité – et donc parmi ceux-ci le droit à la vie privée – ne sont que des « biens » comme les autres, objets d'un droit de propriété, comment expliquer de les traiter différemment dans le cadre d'une matière sanctionnatrice comme le droit pénal ? Le fait que l'on ne retrouve pas la même exigence d'une plainte de la victime dans le cadre des infractions d'atteinte aux biens démontre la particularité des droits de la personnalité, qui ne peuvent pas aussi simplement se résumer à un droit de propriété sur soi. Si tous les biens sont traités de la même façon face à l'appropriation, toutes

¹³²⁶ Art. 226-2 C. pen. : est interdit le fait de « porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers » l'enregistrement de la voix ou de l'image obtenue par un moyen technique ; art. 193(1), 162.1(1) C. crim. Ces deux infractions précisent bien qu'elles se réalisent sans le consentement de l'auteur des propos ou de leur destinataire et sans le consentement de la personne dont l'image est captée

¹³²⁷ Art. 226-6 C. pen.

¹³²⁸ Art. 226-1, 226-2 et suiv. C. pen.

¹³²⁹ G. BEAUSSONIE, préc., note 1104. Sur ce point, voir J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1153 et suiv., p. 713 et suiv.

les informations ne pas destinées à devenir des biens. Le choix en revient intimement à la personne.

381. Conclusion. À l'issue de cette analyse, on constate que la jurisprudence a pris une place importante dans la compréhension et l'interprétation des droits fondamentaux¹³³⁰. C'est grâce à elle qu'on a pu voir émerger la reconnaissance de tels droits pour les personnes morales. Que l'on considère qu'il s'agit là d'une création inhérente à la jurisprudence ou que le droit est une réalité latente que les juges se sont contentés d'explicitier, le résultat est là. Malgré les réticences et les objections, les personnes morales sont effectivement titulaires de droits de la personnalité, parmi lesquels figure un certain droit à la vie privée. Adhérant à une approche réaliste de la personnalité morale, celle-ci ne peut se concevoir tout à fait comme une personne physique. On ne saurait prétendre que les personnes morales aspirent à une protection identique. C'est pourquoi l'on peut parler de droit à la confidentialité, afin de mettre en exergue la singularité des entités morales et des droits dont elles sont titulaires.

Si l'on admet qu'il existe un droit à la confidentialité pour les personnes morales, reste à concevoir les informations économiques comme des éléments relevant de la vie privée. On fournirait ainsi un cadre de protection à ces dernières, qui dépasse la simple propriété intellectuelle en palliant les restrictions et insuffisances de cette dernière matière. Le droit à la confidentialité des personnes morales constituerait alors un cadre général et complémentaire, simple à mettre en œuvre et efficace.

2 La manifestation de la protection de l'information économique par le droit à la confidentialité des personnes morales

382. Spécificité de la vie privée des personnes morales. Il ne fait désormais pas de doute qu'il existe un certain droit à la vie privée pour les personnes morales, qui se manifeste de façon spécifique et adapté à leur singularité. Il reste toutefois à savoir si leur droit à la confidentialité peut théoriquement constituer la matrice génératrice et protectrice d'informations économiques (2.1). Grâce à une réponse positive à cette interrogation, nous verrons ensuite comment cela se traduit spécifiquement pour les personnes morales. En effet, la protection de l'information économique a des manifestations singulières, qui s'expliquent directement par l'existence nécessaire d'un droit à la confidentialité pour ces personnes (2.2).

¹³³⁰ N. MATHEY, préc., note 1087.

2.1 L'intégration de l'information économique dans le droit à la confidentialité

383. Retour sur la définition de la vie privée. Pour vérifier s'il est possible de protéger l'information économique par le couvert du droit à la confidentialité (2.1.2), il est nécessaire de revenir d'abord sur ce que recouvre l'expression « droit à la vie privée » (2.1.1). C'est à cette condition qu'il est alors possible de savoir si la vie privée est adaptable aux personnes morales.

2.1.1 Définition du droit à la vie privée

384. Évolution du droit à la vie privée. La vie privée est un concept relativement récent, qui s'est développé à compter du XVIII^{ème} siècle¹³³¹, avec l'émergence d'une société bourgeoise¹³³². Phénomène commun aux sociétés occidentales, ce droit a aussi évolué avec ces dernières, au point de s'éloigner quelque peu de sa vocation initiale, à savoir protéger un espace privatif contre l'immixtion d'autrui¹³³³, le plus souvent dans la sphère domiciliaire, considérée comme le siège de l'intimité par excellence (2.1.1.1). Nous sommes effectivement loin d'une reconnaissance d'une forme de vie privée pour les personnes morales... Pourtant, la notion de vie privée porte une tout autre potentialité, si l'on accepte de la considérer non plus comme une protection contre les intrusions, mais comme un standard juridique (2.1.1.2).

2.1.1.1 La définition classique insuffisante de la vie privée

385. Définition générale. « La notion de vie privée connote plus qu'elle ne désigne. Si chacun saisit intuitivement ce qu'elle signifie, il est beaucoup plus ardu d'en déterminer l'exacte signification au plan juridique. »¹³³⁴ Les juges de la Cour d'appel du Québec l'ont eux aussi noté, « le droit à la vie privée échappe encore à une définition formelle »¹³³⁵. Aussi nous en remettons-nous au langage commun pour approcher de la signification de l'expression. Au sens premier, il est certain que la vie dont il est question ici renvoie à l'« ensemble des activités et occupations d'une personne »¹³³⁶. Déjà, la notion est large et ne se résume pas à l'étude des phénomènes biologiques et organiques présidant à la perpétuation du vivant. Le terme « vie » a ici une acception plus existentielle¹³³⁷ et philosophique, illustrant la capacité de chacun à

¹³³¹ A. ZABALZA, préc., note 1086 à la page 37 (n°64); J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1078, p. 675.

¹³³² J.-C. SAINT-PAU, *id.*, n°1078, p. 675.

¹³³³ A. ZABALZA, préc., note 1086 à la page 37, n°64, p. 37.

¹³³⁴ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°244, p. 215 ; R. c. *Dyment*, préc., note 621, 426. : « autrefois, la vie des gens était centrée autour du domicile et [on] considérait nettement que les grandes barrières érigées en droit pour protéger la propriété contre les intrusions gouvernementales avaient pour but d'assurer la "défense" et la "tranquillité" de ses occupants. »

¹³³⁵ *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, préc., note 1306, 36.

¹³³⁶ G. CORNU, préc., note 31, °Vie, p. 1074.

¹³³⁷ G. CORNU, *Id.*, p. 1074. ; *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Vie, (consulté le 15 novembre 2019).

choisir comment se déroulera le temps qui lui est imparti entre la naissance et la mort. Ces choix relatifs au mode de vie¹³³⁸ ont une dimension éminemment personnelle, parce qu'ils sont propres à chaque personne. Pour autant, ils ne se manifestent pas tous de la même manière et le droit ne porte pas un regard uniforme sur eux. À ce titre, la dimension privée de la vie bénéficie d'un cadre juridique spécifique. Décrite en opposition avec l'adjectif « public »¹³³⁹, la vie privée est l'endroit « où le public n'a pas accès, n'est pas admis »¹³⁴⁰, que cette opposition soit dirigée contre l'État ou le reste des semblables¹³⁴¹. Elle dessine « la sphère d'intimité de chacun (...), ce qui, dans la vie de chacun, ne regarde personne d'autre que lui et ses intimes »¹³⁴².

386. Définitions textuelles. En dehors de ces affirmations très générales et finalement peu significatives, il demeure ardu de donner un sens plus précis à ce que recouvre la notion de vie privée¹³⁴³. La définition négative¹³⁴⁴ de la vie privée ne permet pas davantage de trouver la réelle signification de la notion ni de véritablement distinguer ce qui relève de la vie publique et ce qui appartient à la vie privée¹³⁴⁵. Les textes ne sont pas eux non plus d'une grande aide, car ils ne permettent pas plus de comprendre ce que recouvre la vie privée : l'article 9 C.civ. dispose simplement que « chacun a droit au respect de sa vie privée », tandis que l'article 35 C.c.Q. confirme que « toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée ». L'article 36 du code québécois donne seulement quelques exemples d'atteintes possibles à la vie privée (par l'emploi du terme « notamment »), offrant ainsi une idée de ce que peut recouvrir cette notion par les atteintes qui peuvent y être portées. Bien sûr, cette image sera incomplète, tant il paraît impossible d'énumérer toutes les atteintes possibles et imaginables à la vie privée. Mais il s'agit d'un début de réponse qui permet d'orienter la réflexion. Ainsi, feront partie de la protection de la vie privée le domicile et les correspondances, mais aussi les éléments de la

¹³³⁸ J. CARBONNIER, préc., note 1219, p. 517.

¹³³⁹ R. BADINTER, préc., note 1308, n°12. La vie publique est décrite par cet auteur comme la « participation à la vie de la cité sous ses trois aspects fondamentaux : ses travaux, ses jeux, ses institutions » (*Id.*, n°14.). Sur l'opposition vie publique et vie privée, voir également Dominique GOUBAU et Anne-Marie SAVARD, *Le droit des personnes physiques*, 6e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2019, n°190, p. 263, A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°63 ; Raymond LINDON, « La presse et la vie privée », JCP G 1965.I.1887 ; A. ZABALZA, préc., note 1086, n°66, p. 38.

¹³⁴⁰ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Privé (consulté le 15 novembre 2019).

¹³⁴¹ A. ZABALZA, préc., note 1086, n°66, p. 38.

¹³⁴² G. CORNU, préc., note 31, °Vie privée, p. 1074.

¹³⁴³ Guillaume LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité: Etude de droit privé*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, volume 56, Paris, Dalloz, 2006, n°58, p. 79.

¹³⁴⁴ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°254, p. 224.

¹³⁴⁵ R. LINDON, préc., note 1339.

personnalité tels que l'image ou la voix pour autant qu'ils sont captés dans un lieu privé, ou encore l'utilisation de ces divers éléments à des fins autres que l'information du public¹³⁴⁶.

387. La vie privée, un espace. Il ressort de ces premières définitions que, en France et au Canada, la vie privée propose avant tout un espace¹³⁴⁷ dans lequel l'individu se met à l'abri des indiscretions d'autrui, que cet espace soit véritablement physique ou plus abstrait. Cela est patent à la lecture de l'article 36 C.c.Q. : le fait d'entrer dans le domicile d'autrui ou d'intercepter des communications privées représente au moins deux espaces d'intimité desquels sont exclus les tiers. Mais même lorsqu'il s'agit d'informations personnelles accessibles à tous, comme l'image ou la voix, leur captation dans un lieu privé constitue une atteinte à la vie privée. L'espace est là aussi le critère d'identification d'une telle intrusion. Au-dehors, rien ne semble s'opposer à une telle captation.

La métaphore de l'espace est celle qui revient le plus souvent lorsque la doctrine essaye de décrire la vie privée, par l'emploi de termes tels que « sphère »¹³⁴⁸, « champ »¹³⁴⁹, « espace »¹³⁵⁰, « mur »¹³⁵¹ ou en précisant qu'elle est l'objet d'intrusion¹³⁵². Il semble donc assez évident de relier le développement de la vie privée à la protection du domicile¹³⁵³, mais aussi à tous les espaces d'intimité. La vie privée semblerait se comprendre comme la caractérisation de zones, de sphères desquelles il est possible d'exclure les tiers et décider qui peut y pénétrer.

388. La vie privée, une protection des individus. Il ne faudrait cependant pas réduire la vie privée à ce seul espace plus ou moins physique, clos et dont on peut exclure les tiers. D'abord parce que la vie privée peut s'exercer dans des lieux publics comme c'est le cas des

¹³⁴⁶ Art. 36 C.c.Q. :

« Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants :

1° Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;

2° Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;

3° Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;

4° Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;

5° Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public;

6° Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels. »

¹³⁴⁷ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°244, p. 215 ; A. ZABALZA, préc., note 1086, n°64, p. 37.

¹³⁴⁸ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°61 ; A. ZABALZA, préc., note 1086, n°66, p. 39 ; Aubry c. Editions Vice-Versa, préc., note 649, 605 ; Godbout c. Longueuil (Ville), préc., note 1247, 913.

¹³⁴⁹ B. TEYSSIE, préc., note 1096, n°108 et 109, p. 85 et 86.

¹³⁵⁰ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°61, p. 84 ; P. SPINOSI, préc., note 1148.

¹³⁵¹ R. LINDON, préc., note 1339.

¹³⁵² Steven DAVIS, « Is there a right to privacy ? », (2009) 90-4 *Pacific Philosophical Quarterly* 450, 450.

¹³⁵³ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°244, p. 215.

loisirs¹³⁵⁴. Ensuite, la notion propose de s'interroger sur la « vie », dans une dimension psychique¹³⁵⁵. Droit de la personnalité par excellence¹³⁵⁶, la vie privée contribue aussi à la construction identitaire individuelle. La personne ne se définit pas uniquement à travers son domicile ou ses correspondances, mais aussi par des attributs, tels que l'image, la voix, le nom, le sexe, l'orientation sexuelle, la réputation, et même des numéros identificateurs¹³⁵⁷, autant d'éléments dont la définition participe à l'épanouissement personnel. On donne une connotation plus abstraite¹³⁵⁸ à la représentation de l'espace de l'intime. La vie privée contribue à protéger ce « monde de l'être »¹³⁵⁹, en ce qu'elle limite l'immixtion par les tiers, institutions publiques ou particuliers, dans les aspects les plus intimes de la personne. C'est ce qui ressort des deux derniers alinéas de l'article 36 C.c.Q., lorsqu'ils circonscrivent l'utilisation qui peut être faite des informations ou documents personnels¹³⁶⁰, ou encore les infractions du Code pénal français interdisant l'utilisation d'informations obtenues au moyen d'un espionnage audiovisuel¹³⁶¹. La vie privée a avant tout pour objectif de protéger les individus et non les lieux¹³⁶², même si ceux-ci sont nécessairement protégés pourvu qu'ils soient les domiciles de ceux-là. À ce titre, le professeur Saint-Pau précise que le droit protège tout autant les « atteintes physiques à la vie privée »¹³⁶³ à travers le domicile, que les « atteintes morales à la vie privée »¹³⁶⁴.

389. Insuffisance de la définition empirique¹³⁶⁵. Il demeure difficile, voire dangereux, de pousser la recherche d'une définition de la vie privée au-delà de cette approche sémantique, quoique toujours aussi peu explicite. En effet, il a été envisagé de cerner la vie privée en fonction de son contenu, en établissant une liste d'atteintes à celle-ci, puisée dans l'analyse de la jurisprudence¹³⁶⁶. Or si l'on déterminait la vie privée en fonction de son contenu, on risquerait de limiter la portée de la notion en la résumant à une énumération d'attributs qui la

¹³⁵⁴ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°63 et 80. Voir par exemple : *Von Hannover c. Allemagne*, 24 septembre 2004, n°59320/00, CEDH 2004-IV.

¹³⁵⁵ A. ZABALZA, préc., note 1086, n°67, p. 39.

¹³⁵⁶ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°245, p. 218 et 219. A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°35 ; *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, préc., note 1306, 36.

¹³⁵⁷ Tels que le numéro de sécurité sociale, le numéro fiscal, le numéro étudiant ou encore le numéro de téléphone en France (J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1180 et 1181, p. 728 et 729), le numéro d'assurance sociale ou d'assurance maladie au Canada.

¹³⁵⁸ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°244, p. 216.

¹³⁵⁹ A. ZABALZA, préc., note 1086, n°67, p. 39.

¹³⁶⁰ Voir également *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 649, 614 et 615.

¹³⁶¹ Art. 226-2 C.pen.

¹³⁶² *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 621, 159.

¹³⁶³ J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1079, p. 676.

¹³⁶⁴ *Id.*, n°1079, p. 676.

¹³⁶⁵ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°255, p. 225.

¹³⁶⁶ R. BADINTER, préc., note 1308, n°11 ; A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°67 et suiv. ; R. LINDON, préc., note 1339.

composeraient actuellement, semblable à celle de l'article 36 C.c.Q. « Le contenu de la vie privée est loin d'être figé, c'est une notion qui évolue en symbiose avec la société dans laquelle elle se développe. »¹³⁶⁷ La vie privée est donc un concept évolutif, dépendant des développements sociétaux, des progrès technologiques¹³⁶⁸, et demain risquent de s'y intégrer des éléments que l'on ne peut pas toujours correctement anticiper. Une telle liste serait nécessairement non exhaustive¹³⁶⁹ et probablement peu représentative de ce que signifie plus conceptuellement la vie privée. Tout comme une photographie ne donne qu'une représentation de la réalité pour un instant fugace, conditionner la notion de vie privée à une liste ne peut en donner qu'une vision nécessairement contextuelle, forcément provisoire¹³⁷⁰ et vite dépassée par les évolutions des sociétés humaines et le développement technologique¹³⁷¹. Que dire de la proposition faite par l'avocat général Lindon qui, après s'être prêté à l'exercice d'une telle énumération, en concluait que « la vie privée d'un homme c'est, en principe, sa vie au foyer (...) ou en dehors du foyer, sa vie au travail, ses loisirs, son image, son bulletin de paie et sa feuille d'impôts »¹³⁷² ? Cette liste semble aujourd'hui désuète, dépassée et donne nécessairement une image tronquée de la vie des individus. N'y a-t-il pas quelque chose de profondément intime dans les opinions politiques ? Les engagements associatifs ? Les relations amicales ? Les données de santé ? Il est donc primordial de conserver l'approche la plus large possible¹³⁷³ de la notion « afin d'assurer une réelle fonction de protection à l'égard des individus »¹³⁷⁴, en phase avec les besoins de ces derniers.

390. La vie privée et les atteintes à la personnalité. C'est d'ailleurs aussi grâce à sa grande plasticité que la vie privée ne se contente plus de protéger les informations relatives à la personne, mais aussi les atteintes provoquant une altération de la personnalité. Sur le fondement de la Loi sur la liberté de la presse, les personnes ont la possibilité d'exercer une action en justice pour réparer le préjudice lié à une représentation inexacte de leur personne¹³⁷⁵, ce qui représente *de facto* une atteinte à la personnalité. La jurisprudence ne semble par ailleurs pas hostile à la possibilité de fonder une action en défense de sa personnalité sur l'art. 9 C.civ. en

¹³⁶⁷ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°70.

¹³⁶⁸ É. DELEURY et D. GOUBAU, préc., note 648, n°184. ; Marie Annik GREGOIRE, « Atteinte à la vie privée et à la réputation », dans JurisClasseur Québec coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, n°13, à jour au 1^{er} mai 2018 (Lad/QL).

¹³⁶⁹ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°64 ; M. A. GREGOIRE, *id.*

¹³⁷⁰ Dans le même sens : D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°261, p.228.

¹³⁷¹ M. A. GREGOIRE, préc., note 1368, n°13.

¹³⁷² R. LINDON, préc., note 1339.

¹³⁷³ *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 1255, par. 61 : « la notion de « vie privée » est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. »

¹³⁷⁴ M. A. GREGOIRE, préc., note 1368.

¹³⁷⁵ A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°113.

France¹³⁷⁶. Il ne s'agit donc pas seulement de protéger la « vie privée personnelle »¹³⁷⁷, mais aussi la « vie privée sociale »¹³⁷⁸.

391. Renouveau de la définition de la vie privée. Malgré ces évolutions, saisir la notion de vie privée reste une entreprise périlleuse tant ses ramifications semblent impossibles à appréhender globalement. Il apparaît donc que cette démarche, quelque peu vaine, invite en réalité à rechercher une nouvelle approche de la notion. C'est ainsi qu'il a été proposé d'entendre la vie privée comme un standard juridique.

2.1.1.2 La vie privée : un standard juridique

392. La vie privée, un ensemble d'informations à caractère personnel. Déjà dans sa décision *Malmo Levine*¹³⁷⁹, la Cour suprême avait souligné la difficulté de fixer les limites de la vie privée, surtout lorsqu'on en retient une conception aussi large que celle découlant d'une revendication d'autonomie personnelle¹³⁸⁰ :

« Il y a des personnes qui choisissent de fumer de la marijuana, alors que certaines sont obsédées par le golf et d'autres s'adonnent compulsivement aux jeux de hasard. (...) Une société qui étendrait la protection de sa Constitution à de telles préférences personnelles serait ingouvernable. Selon nous, de telles décisions concernant le mode de vie ne sont pas « des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles » ». ¹³⁸¹

Non seulement, les contours vagues de la vie privée, entendue trop largement, ne permettent pas de discriminer correctement les éléments qui peuvent en relever, mais encore, on court le risque de ne plus pouvoir contraindre les individus, au nom d'une autonomie personnelle presque sacrée. Face à la difficulté de saisir en quoi consiste la vie privée et d'en proposer une définition formelle¹³⁸² pour en fixer les contours, une autre approche est en réalité possible. Elle a été proposée par le professeur Gutmann en France, tandis qu'elle ressort de l'analyse de la jurisprudence canadienne. Contrairement aux définitions précédentes, il n'est plus question de projeter la vie privée par rapport aux attentes des individus, donc du point

¹³⁷⁶ *Id.*, n°115. Voir par exemple Civ. 1^{re}, 7 février 2006, *Bull. civ.* I, n°59, où un auteur avait utilisé un fait divers local pour écrire une nouvelle policière. L'un des personnages étant inspiré d'une personne ayant réellement existé, le travail d'imagination de l'auteur avait pour effet de prêter de faux traits à cette personne, qui était alors en droit de demander réparation pour le préjudice subi du fait de l'altération de sa personnalité et de sa réputation que le livre a causée. Statuant sur le recours de la maison d'édition et de l'auteur, la Cour de cassation a considéré que « les abus de la liberté d'expression qui portent atteinte à la vie privée peuvent être réparés sur le fondement de l'article 9 du Code civil. »

¹³⁷⁷ J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », préc., note 1113 à la page 691.

¹³⁷⁸ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°457, p. 701.

¹³⁷⁹ R. c. *Malmo Levine* ; R. c. *Caine*, préc., note 1250.

¹³⁸⁰ *Supra*, n°365.

¹³⁸¹ R. c. *Malmo Levine* ; R. c. *Caine*, préc., note 1250, par. 86.

¹³⁸² *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, préc., note 1306, par. 27.

de vue de la victime de l'atteinte, mais plutôt au regard de son auteur¹³⁸³. Elle consiste à entendre la vie privée non plus comme une sphère, comme un espace d'intimité, concret ou abstrait, mais comme un ensemble d'informations ayant un caractère personnel¹³⁸⁴.

393. Fondement de l'approche française. Le point de départ du professeur Gutmann est basé sur les fondements historiques ayant conduit à la codification de l'article 9 C. civ. Ce dernier rappelle que la vie privée a été reconnue en droit interne français pour se prémunir contre la pratique de la divulgation d'éléments de la vie privée, particulièrement répandue dans une certaine presse¹³⁸⁵. Il s'agit « de protéger la personne humaine dans sa dignité et sa tranquillité contre les atteintes pouvant être perpétrées non seulement par l'État, mais également par les particuliers »¹³⁸⁶. Il est donc tout autant question de prévenir l'envahissement de la sphère de la vie privée, comme cela est traditionnellement envisagé, que d'empêcher que des éléments personnels ne traversent la barrière constituée par la vie privée. Mais il est vrai que poser la question de la définition de la vie privée du seul point de vue de la victime a peut-être tendance à passer sous silence la diversité des atteintes qui peuvent y être portées. En contemplant la vie privée avec un peu de recul, du point de vue externe de celui qui y porte atteinte, on s'aperçoit que l'immixtion n'est pas le seul mode de violation de la vie privée. Au contraire, la divulgation tient aussi une place importante.

La pertinence de cette approche est d'autant plus patente à la lumière du droit pénal, et plus particulièrement des infractions de presse. Si l'on prend la diffamation par exemple¹³⁸⁷, celle-ci a clairement vocation à protéger la réputation d'autrui et à empêcher de divulguer des informations qui pourraient l'atteindre, ce qui implique bien une protection de la vie privée. Dans ce cas, c'est bien par la divulgation de l'information relative à la vie privée, et donc du point de vue de l'auteur de l'atteinte, que l'on peut dessiner les contours de cette notion.

¹³⁸³ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°256, p. 226 ; Daniel GUTMANN, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », dans *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/PUF, Paris, 1999, p. 329 à la page 332.

¹³⁸⁴ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°256, p. 226. Pour une adoption d'une telle définition de la vie privée : A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°66.

¹³⁸⁵ Dans le même sens, R. BADINTER, préc., note 1308 n°1 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1079, p. 676. Voir aussi dans ce sens, une décision rendue dans le cadre de l'affaire Dreyfus, où une personne souhaitait éditer un annuaire des israélites de France. Monsieur Dreyfus s'est opposé à ce que son nom et son adresse figurent dans un tel document, mais l'éditeur est passé outre ce refus. Le tribunal civil de Lyon, siégeant en référé, a considéré que le demandeur était « fondé à empêcher qu'une publicité indiscrete ne pénètre dans sa vie intime et ne trahisse le secret de ses croyances religieuses » : Trib. civ. Lyon, 15 décembre 1896, 1^{re} ch., DP 1897, jurispr. p. 174.

¹³⁸⁶ J.-C. SAINT-PAU, *id.*, n°1079, p. 675.

¹³⁸⁷ Art. 29 de la Loi sur la liberté de la presse.

394. Fondement de l'approche canadienne. Au Canada, le postulat de départ est identique : il n'est pas uniquement question de protéger l'intimité du point de vue de l'individu importuné, le souci de limiter les immixtions extérieures dans la sphère de l'intime est tout aussi prégnant. Mais l'importance de cette approche est peut-être encore plus criante au Canada. Elle trouve son fondement dans la *common law*, puisque cette dernière conçoit la vie privée directement du point de vue d'une immixtion.

En effet, la Cour suprême s'est basée sur l'article 8 de la Charte canadienne pour asseoir le fondement constitutionnel de la protection de la vie privée. Or ce dernier protège contre les fouilles, les saisies et les perquisitions, c'est-à-dire des intrusions de l'État dans l'intimité de la vie privée. En s'appuyant sur l'interprétation de la Cour suprême des États-Unis relativement au quatrième amendement de la Constitution¹³⁸⁸, son homologue canadienne a clairement établi que la vie privée s'entendait du droit de ne pas être importuné par autrui¹³⁸⁹, que ce soit par une intrusion illégitime dans la sphère intime ou par une divulgation non désirée d'informations¹³⁹⁰.

395. La qualification d'informations. Cette accentuation de la place de la divulgation explique aussi pourquoi le professeur Gutmann décrit la vie privée comme un ensemble d'informations. La divulgation consiste à « porter à la connaissance du public »¹³⁹¹ les éléments relatifs à la vie privée d'une personne, à les transmettre, ce qui correspond bien à la définition d'une information¹³⁹², ou du moins en présente les caractéristiques¹³⁹³. En effet, ici les informations relatives à la vie privée sont dématérialisées et reproductibles. Ce n'est pas parce que l'on révèle l'orientation sexuelle d'une personne célèbre que cette information n'est plus disponible à celui ou celle qu'elle concerne directement. Il y a en outre clairement transmission des éléments de la vie privée. Même si cela n'est pas une condition *sine qua non* de l'existence de l'information, sa capacité à être transmise joue un rôle important dans son identification¹³⁹⁴. La divulgation illicite d'un élément de la vie privée se comporte donc comme la divulgation

¹³⁸⁸ « Le droit des citoyens d'être garantis dans leurs personnes, domiciles, papiers et effets, contre des perquisitions et saisies abusives ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est pour un motif plausible, soutenu par serment ou affirmation, ni sans qu'il décrive avec précision le lieu à fouiller et les personnes ou choses à saisir » : U.S. CONST., amend. IV (traduction issue de *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 621, 158)

¹³⁸⁹ *Hunter c. Southam Inc.*, id., 159.

¹³⁹⁰ Comme cela était le cas dans la décision *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 649.

¹³⁹¹ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Divulguer (consulté le 17 novembre 2019). Dans le même sens : G. CORNU, préc., note 31, °Divulgarion, p. 365 : « fait de donner de la publicité à une donnée d'information ou de recherche non encore connue ».

¹³⁹² *Supra*, n°15 et suiv.

¹³⁹³ *Supra*, n°22.

¹³⁹⁴ *Supra*, n°20.

illicite d'une information, évènement déclencheur de la responsabilité de l'auteur des révélations.

396. Informations à caractère personnel. Maintenant que l'on sait de quoi est faite la vie privée, reste encore à savoir quelles sont les informations qui sont susceptibles d'entrer dans son aire. C'est à ce titre que le professeur Gutmann parle d'informations personnelles¹³⁹⁵, adjectif lui-même susceptible de multiples interprétations.

On peut d'abord appréhender ce caractère personnel comme l'information qui « entretient avec le sujet un lien si étroit qu'elle permet à celui qui la possède d'acquérir une connaissance approfondie de la personne concernée »¹³⁹⁶. Cependant, cette définition soulève plus de questions qu'elle ne semble en résoudre : quels sont les éléments qui permettent de connaître une personne ? Sont-ils seulement attachés à sa personne ou transparaissent-ils aussi dans ses activités, son travail ou ses biens ?¹³⁹⁷ En outre, nous avons rejeté l'approche empirique de la vie privée parce que cela en faisait une notion contingente¹³⁹⁸, mouvante et donc dotée d'une définition peu fiable. Faire dépendre le caractère personnel de la capacité à faire connaître une personne de la façon la plus intime risque de souffrir de la même critique, puisque l'idée que l'on s'en fait est tout aussi susceptible d'évoluer dans le temps, mais surtout d'un tiers à un autre.

Avec l'emploi de l'adjectif « personnel », il paraît impossible de se débarrasser d'une certaine forme de contingence, en repassant systématiquement par la tentation de s'attarder sur l'aspect matériel de la notion¹³⁹⁹. Les contours de la vie privée sont incapables d'être gravés définitivement dans le marbre et, quels que soient les détours que l'on envisage, il semble que la définition doive prendre en compte cette plasticité. C'est d'ailleurs aussi ce qui fait la force du concept de vie privée : sa malléabilité, sa capacité à s'adapter aux circonstances d'une espèce donnée. Il s'agirait donc d'embrasser cette souplesse, tout en ne la faisant pas dépendre d'un critère subjectif, tel que le ressenti d'une personne donnée à un moment donné. C'est ainsi que pour le professeur Gutmann a finalement retenu qu'une information relative à la vie privée est personnelle quand elle correspond à « l'attitude prévisible de la plupart des individus envers cette information »¹⁴⁰⁰. Il s'agira de se demander si, dans des circonstances données, un individu

¹³⁹⁵ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°259, p. 228.

¹³⁹⁶ *Id.*, n°261, p. 229.

¹³⁹⁷ *Id.* Le professeur Gutmann prend particulièrement comme exemple l'inclusion partielle dans la sphère de la vie privée des éléments du patrimoine.

¹³⁹⁸ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°457, p. 700.

¹³⁹⁹ R. c. *Marakah*, préc., note 1189, par. 32.

¹⁴⁰⁰ D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°263, p. 230.

aurait une expectative légitime de vie privée : « ce qui est recherché c'est *in abstracto* ce que les membres de la société perçoivent comme le plus lié à leur personne à un moment donné »¹⁴⁰¹.

Cette conception peut paraître originale, mais elle ne l'est pas tant que cela finalement. C'est même une méthode qui est souvent employée dans diverses branches du droit. C'est le cas notamment en droit pénal français, par exemple pour qualifier l'existence d'une faute pénale dans les infractions non intentionnelles¹⁴⁰², ou en droit criminel canadien pour définir la *mens rea* objective puisque celle-ci exige l'identification d'un « écart marqué entre la conduite de l'individu et celle d'une personne raisonnablement prudente dans (...) les [mêmes] circonstances »¹⁴⁰³. « Objective, l'évaluation du comportement de l'accusé par rapport à celui d'une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances nie catégoriquement toute fluctuation de la norme en fonction des caractéristiques personnelles de l'offenseur. »¹⁴⁰⁴ C'est également le cas en droit civil lorsqu'on emploie la notion de personne raisonnable dans l'identification de la faute¹⁴⁰⁵.

397. Compatibilité de l'approche au Canada. Par ailleurs, concevoir la vie privée comme toutes les informations pour lesquelles on peut s'attendre, dans des circonstances données, à ce qu'elles relèvent de la vie privée n'est pas totalement étranger aux réflexions menées au Canada.

Dans l'arrêt de principe ayant fondé la vie privée dans l'article 8 de la Charte canadienne, la Cour suprême expliquait que ce texte protégeait contre les fouilles, les saisies ou les perquisitions abusives. Cela signifie, *a contrario*, qu'il peut exister des circonstances dans

¹⁴⁰¹ *Id.*

¹⁴⁰² Art. 121-3 al. 3 C. pen. ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°70, p. 49 ; Olivier DECIMA, Stéphane DETRAZ et Édouard VERNY, *Droit pénal général: cours, thèmes de travaux dirigés*, 4e éd., Paris-La Défense, LGDJ, 2020, n°207, p. 218 ; Emmanuel DREYER, *Droit pénal général*, 6e éd, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2021, n°910, p. 737 ; V. MALABAT, préc., note 868, n°193, p. 106 ; R. OLLARD et F. ROUSSEAU, préc., note 923, p. 68 ; Jean PRADEL, *Droit pénal général*, 22e éd., coll. Référence, Paris, Éditions Cujas, 2019, n°577, p. 494 ; Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, 8e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2018, n°369, p. 437. Le professeur Yves Mayaud parle au contraire d'appréciation *in concreto* de la faute pénale non intentionnelle (Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 7e édition, coll. Droit Fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 2021, n°270, p. 322., mais c'est pour mieux soutenir ensuite que l'appréciation de la faute est soumise à « des critères objectifs que le juge est invité à déterminer, en approchant tout ce qui peut contribuer à rendre effective la constatation de la normalité » (*Id.*, n°271, p. 323). Il en ressort nécessairement que la faute ne peut s'apprécier que par rapport à un standard plus abstrait, qui permet justement d'effectuer une comparaison entre ce dernier et le comportement de la personne dans les faits considérés, pour évaluer s'il s'agira d'une attitude fautive.

¹⁴⁰³ *R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, 873 ; *R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 69 ; *R. c. Roy*, [2012] 2 R.C.S. 60, 76.

¹⁴⁰⁴ Hugues PARENT, *Traité de droit criminel*, 4e éd., 2, Montréal, Éditions Thémis, 2018, n°357, p. 322.

¹⁴⁰⁵ Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2018, n°311, p. 210.

lesquelles ces actes ne seront pas abusifs, c'est-à-dire que l'on pourra s'attendre à être soumis à ces derniers. On peut alors départager des circonstances dans lesquelles il y a une attente légitime de respect de la vie privée, et d'autres où il sera plus difficile de s'opposer à une telle intrusion. Mais la Cour suprême ne pose pas le problème au regard de la matière privée atteinte. Il ne s'agit pas de définir la sphère de l'intimité en y intégrant nominativement le domicile, les données de santé, la vie sexuelle, la situation familiale, les correspondances... Les juges n'ont pas recours à de telles références. Dans chaque cas, pris isolément, il s'agira de savoir si, dans les circonstances, une personne a une expectative de vie privée :

« La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu'une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l'art. 8, qu'elle soit exprimée sous la forme négative, c'est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s'attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu'il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s'immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins. »¹⁴⁰⁶ (nos soulignements)

Dans le cas précis de l'article 8 de la Charte canadienne, la vie privée est protégée tant et aussi longtemps qu'il n'apparaît pas nécessaire d'y porter atteinte pour protéger d'autres intérêts. La vie privée connaît certaines limites, ce qui veut dire qu'il est nécessaire de se livrer à une évaluation pour savoir jusqu'où chaque personne peut s'attendre à une protection de ce droit. Dans ce contexte, la Cour suprême s'attache à une interprétation abstraite du caractère raisonnable de l'atteinte à la vie privée : « l'équilibre constitutionnel entre des attentes justifiables en matière de vie privée et les besoins légitimes de l'État ne peut pas dépendre de l'appréciation subjective d'un arbitre. Il faut établir un critère objectif quelconque. »¹⁴⁰⁷ Ainsi, tout comme le professeur Gutmann a refusé de prendre en compte le ressenti particulier d'un individu pour analyser le caractère personnel de l'information et ainsi en déduire son rattachement à la vie privée, les juges canadiens écartent pareillement la possibilité de s'en remettre à un critère trop subjectif. Cette approche est d'ailleurs pérenne dans la jurisprudence de la Cour suprême. Dans la décision *Marakah*¹⁴⁰⁸, celle-ci rappelle que

« Pour se réclamer de la protection de l'art. 8, le demandeur doit d'abord démontrer qu'il pouvait raisonnablement compter sur le respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition, en d'autres termes qu'il s'attendait subjectivement à ce que l'objet de la fouille soit privé et que cette attente était objectivement raisonnable

¹⁴⁰⁶ *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 621, 159.

¹⁴⁰⁷ *Id.*, 166.

¹⁴⁰⁸ *R. c. Marakah*, préc., note 1189.

(...). Le caractère raisonnable de l'attente d'une personne au respect de sa vie privée dépend de « l'ensemble des circonstances ». »¹⁴⁰⁹

Ainsi, la Cour suprême examine si, dans les faits, l'agent s'attendait effectivement à voir respecter sa vie privée. Mais cette attente doit être raisonnable, c'est-à-dire qu'il sera nécessaire d'évaluer si une autre personne raisonnable, dans les mêmes circonstances, s'attendrait à ce que son intimité soit protégée. Il s'agit donc d'un exercice de comparaison entre l'appréciation subjective de la situation par la personne atteinte dans sa vie privée, et l'appréciation objective de la situation elle-même, basée sur des critères qui n'ont alors plus de rapport avec le ressenti de la victime : le lieu où la vie privée a été atteinte¹⁴¹⁰, la nature des informations dévoilées (renseignements d'ordre personnel ou biographique)¹⁴¹¹, le contrôle exercé sur l'information¹⁴¹², ou encore des considérations d'ordre public¹⁴¹³. Aucun de ces critères n'est un facteur absolu, qui déterminera à lui seul l'existence d'une attente raisonnable de respect de la vie privée¹⁴¹⁴. Néanmoins, l'analyse demeure objective,¹⁴¹⁵ bien que fortement circonstanciée. Le seul fait que la victime considère comme inadmissible l'intrusion qu'elle subit ne suffira donc pas à caractériser une atteinte à la vie privée¹⁴¹⁶.

398. La vie privée, un standard juridique. Ainsi, entendre la vie privée comme un ensemble d'informations dont toute personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, attendrait protection revient à en faire non pas un concept matériel, dont la description doit correspondre à des critères donnés, mais un standard juridique ayant pour finalité la protection de la personne. Cette approche a l'avantage de ne pas faire dépendre la notion de vie privée d'un contenu arrêté ou du ressenti individuel mais de l'adapter exactement à ce pour quoi elle a été conçue : assurer la protection des individus dans un contexte donné. Bien sûr, la jurisprudence de la Cour suprême fait référence au contenu de la vie privée lorsqu'elle évalue objectivement s'il y avait une expectative de vie privée, mais la définition du concept lui-même ne dépend plus de ce contenu fluctuant. « Le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garantie par l'art. 8 doit évoluer au regard du progrès technologique »¹⁴¹⁷ et ne peut donc dépendre d'un contenu figé et prédéfini.

¹⁴⁰⁹ *Id.*, 621 et 622.

¹⁴¹⁰ *Id.*, 627 et 628.

¹⁴¹¹ *Id.*, 630.

¹⁴¹² *Id.*, 632.

¹⁴¹³ *Id.*, 635.

¹⁴¹⁴ *Id.*, 632.

¹⁴¹⁵ Bien que certains auteurs parlent d'une analyse subjective : D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°186, p. 249.

¹⁴¹⁶ Dans le même sens, D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité*, préc., note 808, n°270, p. 235 et 236.

¹⁴¹⁷ *R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36, 44..

C'est pourquoi la question du contenu de la vie privée est remise à la seule fonction de critère de détermination du caractère raisonnable de l'expectative de vie privée. Le rôle des juges sera ici d'autant plus important que ce seront eux qui se prononceront sur la question de la vie privée. On introduit ainsi la possibilité de faire évoluer la notion de vie privée au gré du contentieux et des évolutions sociales, sans l'enfermer dans une conception univoque et temporelle.

Par ailleurs, si la Cour suprême canadienne semble retenir de longue date une approche souple, circonstanciée et finaliste de la vie privée, celle-ci transparaît aussi en France, dans la jurisprudence civile et pénale de la Cour de cassation. Par exemple, les opérations d'espionnage et de surveillance sont par principe considérées comme attentatoires à la vie privée¹⁴¹⁸, mais cela ne dispense pas les juges de procéder à une analyse circonstanciée, ayant pour objectif justement de vérifier les attentes légitimes de protection de la vie privée¹⁴¹⁹. Ainsi, l'utilisation d'un procédé envahissant la vie privée ne signifie pas qu'il y aura nécessairement qualification d'une information comme relevant de la vie privée¹⁴²⁰. À ce propos, la jurisprudence rendue en application de l'art. 226-1 C. pen. est assez exemplaire de la souplesse de la compréhension que les juges peuvent avoir de la notion de vie privée.

Ainsi, cette approche souple de la vie privée en tant que standard juridique ayant pour finalité de protéger la personne et sa personnalité résout l'essentiel des difficultés à cerner la notion et ses contours. Ces derniers deviennent variables et adaptables aux situations de fait précises, permettant d'en faire évoluer la compréhension. Surtout, cette approche met fin à la distinction faite par certains auteurs entre vie privée des personnes publiques et vie privée des anonymes¹⁴²¹. En effet, une telle distinction reposait sur un critère un peu arbitraire, peu satisfaisant, comme si la renommée entraînait un détachement d'un morceau de la personnalité et de sa protection, livré dès lors à l'indiscrétion du public.

¹⁴¹⁸ C'est le cas pour l'utilisation d'un dispositif de captation de l'image ou de la voix dans un cadre privé, ceci constituant une infraction selon le Code pénal (art. 226-1 C. pen.) et le *Code criminel* (art. 184(1) C.cr.).

¹⁴¹⁹ Voir Civ. 1^{re}, 22 septembre 2016, préc., note 239 (le fait pour un assureur de faire surveiller et suivre un de ses adhérents pour vérifier s'il a un comportement conforme aux blessures qu'il prétend avoir subi au cours d'un accident peut être justifié, mais le fait que cette surveillance se poursuive jusqu'au domicile privé et affecte les autres membres de la famille constitue une atteinte à la vie privée injustifiée) ; Civ. 1^{re}, 10 septembre 2014, *Bull. civ. I*, n°143 (le fait de surveiller une personne pour vérifier l'existence d'un préjudice qu'elle allègue ne constitue pas une atteinte à la vie privée, dès lors que la captation des images se bornait à la prise de vue depuis l'espace public de la personne sur son balcon, ou à la conduite d'un véhicule.)

¹⁴²⁰ Civ. 1^{re}, 10 septembre 2014, *id.* : dans la seconde partie de son motif, la Cour de cassation note également que la mauvaise qualité des images rendait en réalité impossible l'identification de la personne, ce qui ne pouvait dès lors constituer une atteinte à la vie privée. Ainsi, il ne suffit pas de recourir à un dispositif de captation de l'image pour engendrer automatiquement une atteinte à la vie privée. Encore faut-il qu'il soit possible d'identifier la personne sur la prise de vue, confirmant alors le caractère éminemment personnel de la vie privée et des atteintes qui peuvent y être portées.

¹⁴²¹ R. BADINTER, préc., note 1308, n°17 ; R. LINDON, préc., note 1339.

399. Compatibilité avec la définition de la vie privée. Par ailleurs, l'appréhension de la vie privée en tant qu'informations personnelles fonctionnant comme un standard juridique apparaît compatible avec la conception élargie¹⁴²² et libertaire que les juges s'en sont faite. En effet, non seulement ces informations relèvent encore et toujours de la personne, peu importe qu'on les constate objectivement ou que la personne, subjectivement, décide de les moduler pour les faire correspondre à sa personnalité afin de la définir le plus fidèlement au regard de son ressenti. Le besoin de conformité entre les informations personnelles et la représentation que chacun a de sa propre identité qualifient tout autant ces dernières pour les faire entrer dans la catégorie de la vie privée. La source de l'information n'a en réalité que peu d'importance, pourvu qu'elle participe à l'identification de la personne en tant qu'être singulier.

Quant à l'appréhension en tant que standard juridique, là encore le fait que l'individu soit lui-même à l'origine de ses choix personnels ne change pas le test établi pour décider si les informations personnelles relèvent ou non de la vie privée. La question se posera de la même façon : est-ce que toute personne, dans les mêmes circonstances, considérerait que le choix opéré relève de sa personnalité et de la définition de son identité ? Comme précédemment, ce n'est pas parce qu'un individu, dans telles circonstances, estime que les informations relèvent de la vie privée parce qu'elles relèvent de sa liberté personnelle que toute autre personne en déciderait de même. Il s'agit toujours de comparer la demande de la personne dans un cas particulier et de la confronter à une approche plus générale et impersonnelle du problème.

400. Résurgence d'un pouvoir de contrôle. L'appréhension de la vie privée comme un ensemble d'informations à caractère personnel présente également l'avantage de mettre en exergue un aspect de ce concept, pourtant absent de sa perception initiale, lorsqu'il s'agissait de garantir un espace privatif, derrière les portes closes des maisons. L'un des problèmes soulevés par le caractère invasif d'une presse populaire est qu'il fait perdre à la personne le contrôle qu'elle exerce sur ses informations personnelles. Or, concernant certains individus particulièrement célèbres, ce genre de renseignements peut également se monnayer. Ainsi, telle célébrité donnera l'autorisation de publier des clichés de sa vie intime contre rémunération, telle autre vendra son histoire dans un roman autobiographique dont elle espère évidemment tirer des revenus... La vie privée se monnaye, et y atteindre est également une manière de priver certaines personnes d'une source de revenus tirés de l'exploitation de leur personnalité ou de leur intimité. Ce « calcul économique »¹⁴²³ démontre que l'atteinte à la vie privée n'est plus

¹⁴²² D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°184, p. 248.

¹⁴²³ Christophe BIGOT, « Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information », *D.* 1998.235, n°3.

seulement une question de dommage moral, mais également une question commerciale¹⁴²⁴, de réparation d'un dommage matériel en raison d'un manque à gagner.

De là, il n'y a plus qu'un petit pas à franchir pour admettre que les informations économiques puissent intégrer le domaine de la vie privée

2.1.2 L'information économique en tant qu'élément de la vie privée

401. Intégration de l'information économique dans la vie privée. Comme il n'existe pas de limites quant à la nature des informations, la vie privée n'exclut pas une certaine patrimonialisation. Cela n'enlève en rien son caractère personnel à l'information, puisqu'il revient tout de même à la personne de décider qu'en faire, même si c'est pour en tirer un revenu. Au regard des caractères de l'information économique, la confidentialité occupe une place importante dans l'existence de celle-ci. Or, n'est-ce pas là justement tout l'intérêt de la vie privée, que de garantir une certaine confidentialité à celui qui en bénéficie ? La vie privée, en ce qu'elle constitue un cloisonnement de certaines informations face au monde extérieur, offre en réalité un cadre très intéressant à la recherche de protection de l'information économique. Il s'agit ainsi de s'assurer la réservation de celle-ci selon un cadre juridique préexistant, dont le but est justement d'assurer la confidentialité. Pareillement à la vie privée, l'information économique définit les contours d'une activité que l'on souhaite garder à distance de la concurrence. On retrouve la même idée de confidentialité, de secret et de maintien à l'écart des tiers indésirables que dans la notion de vie privée.

402. Similitudes des notions. Il existe en réalité de grandes similarités entre l'information économique et la définition que nous venons juste de dégager de la vie privée : il demeure difficile, voire impossible, d'énumérer toutes les données qui seraient susceptibles d'entrer dans la notion de vie privée, comme dans celle d'information économique. Cette dernière est également soumise aux aléas des évolutions technologiques et des coutumes. Si, il y a un siècle, il pouvait paraître parfaitement légitime de vouloir conserver les secrets de fabrication des dernières machines ou outils qui constituaient la pointe de la technologie de cette époque, était-il réellement prévisible qu'une technique d'optimisation fiscale, la comptabilité, une méthode de gestion du personnel, un plan commercial ou encore les investissements réalisés sur les marchés financiers deviendraient sensibles au point de devenir des informations dotées d'une valeur considérable ? L'évolution des marchés, des technologies et la dématérialisation ont engendré des progrès fulgurants et un changement de perception quant à la place de

¹⁴²⁴ *Id.*, n°3 ; R. BADINTER, préc., note 1308, n°1.

l'information et à la valeur de celle-ci. Il n'y a pas de raison de douter qu'un tel mouvement se poursuive, ce qui signifie qu'il est très probable que, demain, de nouvelles données acquièrent une valeur, d'une manière difficilement prévisible aujourd'hui. La notion d'information économique a besoin de souplesse, tout comme celle de vie privée, pour ne pas lui attribuer un contenu figé, pour lui permettre d'évoluer avec son temps.

403. L'information économique, un standard juridique. La vie privée et l'information économique se rapprochent par les nécessités d'une adaptation permanente, en faisant des notions dépendantes des contextes temporel et géographique dans lesquels on les observe. Leur étude démontre qu'elles se « comportent » de façon similaire. Ainsi, qualifier l'information économique comme étant partie intégrante de la vie privée reviendrait à en faire, par extension, un standard juridique. Cela ne semble pas totalement irrationnel dans la mesure où justement la notion a besoin de souplesse, de malléabilité, de s'adapter. En outre, la qualification en tant que standard juridique n'empêche en rien de donner un contenu conceptuel à la notion, ce qui est le cas tant pour la vie privée (information à caractère personnel), que pour l'information économique (information de valeur).

Ainsi, en tant qu'élément de la vie privée, l'information économique serait celle qui représenterait un potentiel de gain ou une économie pour toute personne placée dans les mêmes circonstances. Cette appréhension de l'information économique est en réalité déjà sous-jacente à la qualification de la valeur. En effet, nous avons déjà souligné que l'analyse de la valeur de l'information pouvait poser difficulté, en ce qu'elle pouvait très vite devenir très subjective, chaque entreprise étant à même de décider ce qui représenterait un gain ou une économie selon ses propres besoins¹⁴²⁵. Toutefois, il est toujours possible d'analyser ces gains ou pertes selon des points de comparaison objectifs, de la même manière que l'on cherche à objectiver la notion de vie privée en se référant à ce qu'une personne ressentirait dans un contexte donné.

404. Établissement d'un lien personnel : la résolution du problème d'exclusivité. L'intégration de l'information économique dans le cadre de la vie privée est certainement facilitée par la similarité des effets recherchés par chacune de ces notions : définir un espace privatif duquel exclure toute immixtion extérieure non désirée. Traiter l'information économique comme un élément de la vie privée présente ensuite et surtout l'immense avantage de régler un problème crucial qui reste non résolu : assurer la réservation de l'information à une personne donnée. En effet, l'une des grandes difficultés posées par l'information économique

¹⁴²⁵ *Supra*, n°125.

et qui n'a pas pu être parfaitement réglée sur le fondement de la propriété est de s'assurer d'établir un lien exclusif entre une personne donnée et l'information ¹⁴²⁶. Celle-ci y est réticente du fait de son ubiquité, qui autorise à la voir coexister simultanément entre les mains de différentes personnes. Cela soulève donc des difficultés inextricables de preuve, pour s'assurer que l'information appartient bien à une personne plutôt qu'une autre. Relier l'information économique à une personne revient à en faire une donnée personnelle, un élément de la personnalité. Il s'agit alors de rattacher l'information à une personne, comme une émanation de celle-ci, et non plus comme un bien qu'elle possède. Ce sera ce rapport personnel établi entre l'information et la personne qui permettra de déterminer que c'est bien cette dernière qui en a la maîtrise et le contrôle, à l'exclusion des tiers. De la même manière qu'une personne se définit par la couleur de ses yeux, sa voix, son image, ses loisirs, elle peut se définir par ses connaissances, ses acquis professionnels, son savoir-faire, éléments qui entrent également dans la définition de l'information économique.

405. Vie privée et degré de confidentialité. En outre, le recours au fondement de la vie privée pour protéger l'information économique permet de résoudre une des grandes difficultés que la propriété n'était pas parvenue à lever. En effet, on se retrouve dans l'embarras lorsqu'il s'agit de concilier ce fondement et les informations qui ne sont pas l'objet d'un secret plein et entier, conformément à la jurisprudence *Faccenda Chicken*¹⁴²⁷. On avait reproché au droit de propriété de ne pas être compatible avec la diversité des informations et des statuts que ces dernières pouvaient acquérir, ce cadre manquant de la souplesse requise¹⁴²⁸. La vie privée ne saurait subir le même procès. Ici encore, les mécanismes inhérents à ce dernier fondement semblent mieux correspondre au fonctionnement de l'information et de sa transmission.

Toutes les informations relatives à une personne, si elles entrent a priori dans le champ de la vie privée, ne sont pas toutes éligibles au secret de la même manière. Certaines, même, ne peuvent l'être. C'est le cas du nom ou de toutes les informations qui découlent de l'observation de l'apparence d'une personne (voix, couleur des yeux, couleur de la peau...). Pareillement pour les personnes morales, le nom ou le siège social de celles-ci sont publics, et ne font pas l'objet d'un secret. Cela correspond bien aux informations de première catégorie décrites dans *Faccenda Chicken*¹⁴²⁹. Cela ne signifie pas qu'aucune protection n'existe pour ces informations, simplement elles ne seront pas protégées au nom du secret de la vie privée. C'est

¹⁴²⁶ *Supra*, n°190.

¹⁴²⁷ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752. Voir *supra*, n°103 et 203.

¹⁴²⁸ *Supra*, n°203.

¹⁴²⁹ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752.

leur déformation, ou utilisation susceptible de causer une atteinte à la personnalité qui pourra être source de responsabilité.

Concernant ensuite les deuxième et troisième catégories, c'est-à-dire les informations qui peuvent être utilisées par l'employé et les secrets industriels purs, il n'est pas inintéressant de confronter cette catégorisation au concept de vie privée. Les secondes ne posent pas de difficulté particulière : les secrets industriels purs demeurent sous le contrôle exclusif de l'employeur. Ainsi sont-ils au cœur de la vie privée, à l'intérieur du cercle de confidentialité le plus restreint. Peut-être peut-on les assimiler à l'ADN, à l'identité d'une personne, tant ils constituent la spécificité de l'activité économique de l'entreprise, ce qui la distingue de toutes les autres. Quant aux informations de deuxième catégorie, elles gravitent à la frontière entre le confidentiel absolu et le connu. Peut-être sont-elles des informations moins essentielles, plus perméables, sans pour autant être totalement et facilement accessibles. Elles sont toutefois intéressantes, dans la mesure où elles démontrent leur compatibilité avec le pouvoir de contrôle.

406. Vie privée et reproductibilité de l'information. Ensuite, le recours à la vie privée permet aussi de résoudre certains aspects qui ne pouvaient être traités sur le fondement de la propriété de l'information. C'est le cas de son caractère reproductible, qui autorise à la faire coexister, licitement ou non, en plusieurs lieux en même temps. Dans le cas où l'information économique a été acquise par des procédés déloyaux, le fait qu'elle soit mise en rapport avec l'activité économique d'une entreprise permettra d'en déduire qu'elle ne peut résulter de celle d'un concurrent, comme si elle faisait partie de l'ADN de l'entreprise qui l'émet. Ainsi, dans l'hypothèse où une compagnie prétend se réserver les bienfaits d'une information, elle pourra faire valoir que celle-ci n'est que l'émanation de la poursuite de son activité, le résultat de la participation de ses employés à sa production. Bien sûr, une telle conviction de réservation peut être renforcée par des indices extérieurs qui faciliteront l'établissement du lien entre l'information et la compagnie qui la produit. Ce sera le cas par exemple en apposant des signes distinctifs de l'entreprise (nom, logo, nom du concepteur ou de l'organisateur de l'information) sur le support de l'information économique, ou en utilisant des modes de cryptage ou des sécurités destinés à marquer la volonté de réservation de l'information.

407. Absence du rapport d'exclusivité dans la vie privée. Dans le second cas, l'information économique a été acquise par des moyens licites, particulièrement lorsqu'elle devient connue du fait d'un travail de recherche et de développement mené de façon éthique. Il est en effet possible que deux entreprises, en deux endroits distincts, parviennent à développer la même information de manière parallèle, sans pour autant que le travail de l'une ne lèse celui

de l'autre¹⁴³⁰. Un tel cas de figure ne posera pas de problème dans le cadre de la vie privée : certaines informations sont bien évidemment uniques à la personne à laquelle elles s'attachent (comme l'image ou la voix), d'autres sont naturellement et nécessairement partagées par plusieurs êtres. C'est le cas du nom, qui est partagé par les personnes d'une même famille, de la couleur des yeux qui peut être la même pour plusieurs personnes, de la date de naissance, de l'orientation sexuelle, ou bien encore de la confession religieuse, de la profession, des convictions politiques ou philosophiques. C'est la combinaison de l'ensemble des informations qui démontrera la singularité de la personnalité qu'elles révèlent. La notion de vie privée n'est donc pas associée à un rapport d'exclusivité, mais de singularisation des informations. Là où le droit de propriété, fondé sur une exclusivité entendue assez strictement se heurte à une telle configuration, ce rapport est absent de la notion de vie privée. Il n'est en réalité pas forcément nécessaire de passer par le droit de propriété. La vie privée permet de répondre aux problèmes inextricables posés par le don d'ubiquité de l'information, car elle n'est pas incompatible avec ce caractère. La vie privée n'a pas besoin d'exclusivité. Il n'est donc pas nécessaire que l'information soit unique, tant et aussi longtemps que l'on est en mesure de dire qu'elle est associée avec telle personnalité.

La notion de vie privée présente donc l'avantage de traduire au mieux la perte de contrôle sur l'information. En effet, la divulgation de l'information dans le cadre des atteintes à la vie privée a pour effet de mettre fin à l'exclusivité du rapport entre celle-ci et la personne à laquelle elle se rapporte, sans pour autant engendrer une perte totale de l'information. En effet, une des grandes difficultés du traitement de l'information comme un bien susceptible d'appropriation, c'est que la prise de possession illicite par un tiers n'engendrait pas symétriquement une perte de cette possession par son détenteur. Ce dédoublement naturel de l'information ne pose pas de problème dans le cadre de la vie privée, car cette notion n'est pas intrinsèquement basée sur une technique de réservation, mais plutôt de défense, contre des invasions nuisibles. Ici encore, la vie privée présente l'avantage, en comparaison avec un rapport d'appropriation, de ne pas se déformer quand elle est confrontée à cet objet qu'est l'information. Au contraire, les mouvements de révélation de l'information correspondent à une perte de contrôle, alors qu'il s'agit du pouvoir au cœur de la notion de vie privée.

408. Vie privée et mensonge. Par ailleurs, la notion de vie privée permet aussi de répondre aux autres insuffisances que le régime du droit de propriété n'était pas en mesure de

¹⁴³⁰ Voir déjà à ce sujet *supra*, n°206.

combler¹⁴³¹. Concernant d'abord la disposition de l'information, on avait noté que la modification de l'information était susceptible de soulever de nombreuses difficultés¹⁴³², en particulier lorsqu'elle devenait mensongère. Or, sur le fondement de la vie privée, la question de l'altération de l'information ne se pose pas spécifiquement. La vie privée n'a pas de lien spécifique avec la vérité, et l'altération de l'information par un mensonge ne cesse pas d'en faire un élément de la vie privée. Il est tout à fait possible pour les individus d'altérer des informations les concernant, car la personnalité n'a rien d'immuable. Ainsi tolère-t-on l'utilisation d'un pseudonyme en droit civil¹⁴³³, et peut-être même de manière encore plus significative les noms d'emprunt¹⁴³⁴ qui vont justement permettre de protéger la vie privée¹⁴³⁵, le fait de romancer sa vie pour la rendre plus fascinante, ou bien encore le fait de mentir sur sa vie intime. Cela fait aussi partie de la construction de la personnalité et de la préservation du secret. Bref, le mensonge assure la protection de la vie privée, en la recouvrant d'un manteau d'informations qui brouillent les véritables contours de l'intimité et de la personnalité.

409. Vie privée et information négative. La vie privée n'est pas incompatible avec le mensonge, de même qu'elle ne l'est pas avec le fait de ne rien dire. Les informations négatives en particulier intégreront sans difficulté le contexte de la vie privée, dans la mesure où elles révèlent tout autant la personnalité de celui qu'elles concernent et où leur révélation est susceptible de nuire à sa réputation. Cela se traduira généralement sous la forme d'une perte financière pour les compagnies, tout comme cela peut être d'ailleurs le cas pour une personne célèbre qui perdra des contrats, des soutiens, ou des offres d'emploi. Pour les personnes physiques, le développement des réseaux sociaux témoigne d'ailleurs de l'importance de cet aspect, où la révélation, même volontairement, d'informations de la part de la personne

¹⁴³¹ *Supra*, n°212 et suiv.

¹⁴³² *Supra*, n°212.

¹⁴³³ *Fondation Le Corbusier c. Société en commandite Manoir Le Corbusier Phase I*, [1991] R.J.Q., 2864. La fondation Le Corbusier reprochait à la société défenderesse l'utilisation du pseudonyme du défunt architecte, en arguant que ce nom avait été toujours et universellement attribué au célèbre architecte Charles Edouard Jeanneret. S'inspirant de la jurisprudence française, antérieure sur la question du pseudonyme, la Cour supérieure a retenu que le pseudonyme pouvait obtenir protection juridique, en tant qu'élément de la personnalité (p.16), s'il était notoire et incontesté (p. 18). La Cour supérieure va même jusqu'à déclarer la nature mixte du droit au pseudonyme : « le pseudonyme, à l'instar du nom d'un individu, est à la fois une propriété, un des éléments constitutifs de la personnalité civile et le signe distinctif de cet individu, dont la valeur morale et patrimoniale est, le plus souvent dissociée » (p.25). Ainsi, le porteur d'un pseudonyme en tant qu'élément de la personnalité est titulaire d'un droit d'action pour défendre les intérêts liés à l'utilisation de ce dernier sans son consentement, en tant qu'émanation d'un droit de la personnalité (p. 29).

¹⁴³⁴ Tel est le cas pour les « couvertures » des agents des services de renseignement, ou encore des « repentis », afin de les protéger d'éventuelles représailles de la part de ceux qu'ils ont pu dénoncer : B. TEYSSIE, préc., note 1096, n°399, p.272.

¹⁴³⁵ D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°239, p. 321. Cela est possible tant et aussi longtemps que cela ne crée par de confusion avec une autre personne existante : art. 56 C.c.Q. ; *Id.*, n°254, p. 332 ; B. TEYSSIE, préc., note 1096, n°401, p. 272.

directement concernée par ces dernières, peut être mal reçue par le public, portant ainsi irrémédiablement atteinte à sa réputation¹⁴³⁶. Bien sûr, il n'y aura pas d'atteinte à la vie privée à proprement parler dans cette hypothèse, dans la mesure où c'est la personne elle-même qui décide de révéler les informations. Elle ne peut se plaindre d'une immixtion dans sa vie privée. Mais il est certain que si cela avait été le fait d'un tiers, une telle divulgation aurait clairement constitué une atteinte à la vie privée. Ainsi, la notion recouvre bien entendu toutes les informations dont la révélation est avérée, peu importe que cette dernière ait été le fait volontaire de la personne qu'elle concerne, ou bien le fait illicite d'un tiers ; elle recouvre également toutes les informations relatives à la personnalité, mais qui demeurent confidentielles.

La même logique s'applique bien évidemment aux personnes morales. Elles disposent pareillement d'une réputation, qu'il leur incombe de protéger. La révélation de certaines informations qu'elles souhaitent garder confidentielles peut tout à fait avoir le même impact négatif, engendrant une perte importante de revenus. Il sera de même illicite de procéder à la divulgation de ces informations, selon les mêmes principes que ceux appliqués aux personnes physiques. Il n'y a pas ici de raison de faire une distinction entre les mécanismes protecteurs de l'intimité des particuliers et ceux protégeant les personnes morales. Toutefois, il est à noter que les entreprises sont tout de même soumises à des exigences de transparence qui ne pèsent certainement pas de la même façon sur les personnes physiques. Il est probable que leur capacité à garder certaines informations confidentielles est bien plus faible, tant cela peut vite constituer une cause d'engagement de leur responsabilité, particulièrement pénale. On peut penser par exemple à l'infraction de tromperie en France¹⁴³⁷, qui incrimine le fait de tromper une personne partie à un contrat de vente ou de prestation de service sur les qualités essentielles du produit. Il est admis sans aucune difficulté que l'infraction se consomme tant par action que par réticence dolosive¹⁴³⁸, ce qui invite à penser que, dans ce cas, l'information ne peut justement pas être

¹⁴³⁶ Par exemple, le youtubeur Logan Paul avait vu sa réputation gravement atteinte après qu'il a publié une vidéo peu délicate relative au suicide. Son comportement ayant choqué une partie de l'opinion, la chaîne YouTube a pris la décision de suspendre la publicité dans ses vidéos, importante source de revenus pour lui. De même, Monsieur Paul a perdu plusieurs contrats à la suite de cet incident : LE MONDE, « Après de nouveaux dérapages, YouTube alourdit les sanctions contre Logan Paul », *Le Monde.fr*, 9 février 2018, en ligne : <https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/02/09/apres-de-nouveaux-derapages-youtube-alourdit-les-sanctions-contre-logan-paul_5254560_4408996.html> (consulté le 10 octobre 2021).

¹⁴³⁷ Art. L441-1 C. conso.

¹⁴³⁸ Crim. 27 janvier 1987, *Bull. crim.* n°42, D. 1988.156, note Carreau ; Crim. 20 décembre 1988, *Bull. crim.* n°440, D. 1990. Somm. 361, note Roujou de Boubée. Voir aussi en ce sens, Coralie AMBROISE-CASTEROT, *Rép. pen.* Dalloz, v° *Consommation*, n°351.

conservée. Au Québec¹⁴³⁹, la *Loi sur la protection des consommateurs*¹⁴⁴⁰ interdit à tout commerçant, fabricant ou publicitaire « de prétendre qu'un bien ou un service comporte une pièce, une composante ou un ingrédient particulier »¹⁴⁴¹. Plus particulièrement, l'article 228 de cette même loi précise que « aucun commerçant, fabricant ou publicitaire ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important. »¹⁴⁴² La formulation invite là aussi à retenir qu'une simple omission¹⁴⁴³, équivalent à une réticence dolosive, peut constituer une infraction¹⁴⁴⁴. Ainsi si, en principe, les personnes morales comme les personnes physiques ont l'opportunité de garder le silence ou de mentir pour protéger leur intimité, il semble tout de même que les premières aient moins de latitude pour le faire, tant les enjeux ne sont pas seulement des questions économiques ou de protection de l'activité. On voit déjà ici se dessiner la prise en compte d'intérêts divergents, qui sont au cœur de l'intervention du lanceur d'alerte.

410. Vie privée et préservation des régimes de propriété intellectuelle. Enfin, recourir à la vie privée au lieu du droit commun de la propriété pour protéger l'information économique présente l'avantage, et pas des moindres, de préserver la cohérence de l'articulation entre la propriété du Code civil et les propriétés intellectuelles¹⁴⁴⁵. La vie privée agit ici plutôt comme un complément à ces régimes spéciaux, pour pallier leurs insuffisances en matière de protection. En effet, la propriété intellectuelle entre en action à partir du moment où il y a bien eu publication de l'information, contrepartie nécessaire à l'exclusivité fournie par ce dispositif pendant un certain nombre d'années¹⁴⁴⁶. La période préalable à la reconnaissance de la propriété intellectuelle est une période de vulnérabilité de l'information, et la vie privée semble pouvoir mieux répondre aux difficultés auxquelles les entreprises peuvent être confrontées. La preuve

¹⁴³⁹ La compétence relative à la protection des consommateurs relève majoritairement de la compétence provinciale en matière de droit civil (art. 92(13) de la Loi constitutionnelle ; Luc THIBAUDEAU, Louis CHARETTE, Jonathan LACOSTE-JOBIN et Marc BEAUCHEMIN, « Champ d'application du droit québécois », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Droit de la consommation et de la concurrence*, fasc. 2, Montréal, LexisNexis Canada, n°2, à jour au 1^{er} janvier 2018 (Lad/QL)). Mais étant donné, la complexité de la matière, qui intéresse plusieurs domaines du droit, le Parlement fédéral a également un certain pouvoir sur le droit de la consommation, particulièrement lorsque ce dernier touche des matières qui relèvent de sa compétence exclusive (art. 91 de la Loi constitutionnelle ; Luc THIBAUDEAU et Louis CHARETTE, « Champ d'application du droit fédéral », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Droit de la consommation et de la concurrence*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, n°1, à jour au 1^{er} janvier 2018 (Lad/QL))

¹⁴⁴⁰ *Loi sur la protection de consommateurs*, R.L.R.Q., c. P-40.1.

¹⁴⁴¹ *Id.*, art. 221.

¹⁴⁴² *Id.*, art. 228.

¹⁴⁴³ Ce qui est confirmé par la jurisprudence : *Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, préc., note 42, par. 873.

¹⁴⁴⁴ *Loi sur la protection de consommateurs*, préc. note 1140, art. 277 et 278.

¹⁴⁴⁵ *Supra*, n° 222.

¹⁴⁴⁶ *Supra*, n°39.

du contrôle de l'information est simplifiée par l'établissement d'un lien personnel entre celle-ci et l'entreprise qui l'a acquise ou développée, la question de l'exclusivité est évincée et ce fondement autorise à faire de la rétention d'informations, dans les limites de ce que la loi autorise. Il n'y a plus ici de chevauchement, mais une complémentarité séduisante.

411. Vers une spécialisation de la protection de l'information économique.

Maintenant que nous avons constaté que la vie privée pouvait effectivement constituer un socle à la protection de l'information économique, et que celle-là s'entendait de façon propre aux personnes morales, il n'est pas étonnant que la combinaison de ces deux conclusions produise des résultats inédits. Empêcher la circulation de l'information est un enjeu crucial pour les compagnies investies dans une économie compétitive, qui n'a pas de rapport avec les besoins de protection de l'intimité des personnes morales. C'est pourquoi des outils juridiques spécifiques de maintien de la confidentialité de l'information économique existent et vont directement avoir une incidence sur les futurs lanceurs d'alerte.

2.2 La protection spécifique de l'information économique contre la divulgation

412. Protection contre les intrusions dans la confidentialité de la personne morale.

Nous avons déjà constaté qu'au plan pénal il existe des infractions contribuant à la protection de l'information économique. Que ce soit à travers la protection du site où se déroule l'activité contre les intrusions illégales¹⁴⁴⁷ ou à travers la protection des communications émises au nom de la personne morale¹⁴⁴⁸, il s'agit dans chacun de ces cas de protéger contre des intrusions extérieures, d'un espionnage qui proviendrait d'un concurrent ou d'un groupe d'opposition souhaitant dénoncer des pratiques jugées illicites, illégales ou simplement immorales. Dans tous les cas, ces actes constitueront des atteintes à la confidentialité de l'information économique. Ce genre d'intrusion peut d'ailleurs être le fait d'un lanceur d'alerte, quand il est un tiers à l'entreprise visée par la dénonciation.

413. Protection contre la divulgation de l'information économique. Mais les menaces peuvent également provenir de l'intérieur même de la personne morale. Dans le cas de l'alerte, c'est même un cas de figure courant dans la mesure où ceux qui la lancent sont souvent proches de la source de l'information compromettante¹⁴⁴⁹. Cela fait des employés de

¹⁴⁴⁷ À travers les infractions de violation de domicile – art. 226-4 C. pen. – et l'introduction par effraction, art. 348(1) C. crim. *Supra*, n°337 et suiv. J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », préc., note 1113 à la page 695.

¹⁴⁴⁸ À travers l'espionnage audio (art. 226-1 C. pen.) et la violation du secret des correspondances en France (art. 226-15 C. pen.), et les interceptions de communication au Canada (art. 184(1) C. crim.). *Supra*, n°339 et suiv.

¹⁴⁴⁹ COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, p. 28. *Supra*, n°37.

l'entreprise des individus bien placés pour divulguer des informations économiques intéressant possiblement le public.

Or, ces personnels sont aussi soumis à certaines obligations, qui placent leur prise de parole dans l'illicéité. Ces dernières contribuent directement au maintien de la confidentialité de l'information et à ce titre participe à la restriction de la possibilité d'alerte. Elles se manifestent dans deux directions : l'imposition d'un secret (2.2.1) et d'un devoir de loyauté (2.2.2).

2.2.1 La protection de l'information économique par l'obligation au secret

414. Diversité des secrets. Il existe plusieurs formes de secrets édictés par le droit, qui s'imposeront avec plus ou moins de force aux employés d'une compagnie. La source de l'obligation est essentielle sur la question. Parmi ces obligations au secret d'origine légale, on en compte deux différentes en France et une au Canada. Le secret de fabrique¹⁴⁵⁰, le secret des affaires en France et le secret industriel au Canada, ces deux derniers créés récemment¹⁴⁵¹, disposent chacun d'un régime propre, contribuant à garantir le droit à la confidentialité des personnes morales (2.2.1.1). Ensuite, en France comme au Canada le secret professionnel propose un cadre régulé qui offre une protection particulièrement puissante à l'information économique, même si les deux pays n'ont pas choisi de recourir au même raisonnement pour le garantir (2.2.1.2).

2.2.1.1 La protection de l'information économique par le secret des affaires et le secret industriel du *Code criminel*

415. Immixtion dans les secrets légaux. Le régime du secret des affaires prévoit ce qu'il advient en cas de non-respect de ce dernier. Le droit canadien a, quant à lui, intégré les dispositions relatives au secret industriel dans le *Code criminel*¹⁴⁵². Les actes commis à son détriment relèvent d'une protection particulièrement puissante, surtout au regard des peines qui sont adossées à la répression de ces actes¹⁴⁵³. Mais que ce soit dans le cadre de l'un ou l'autre de ces textes, les actes prohibés restent relativement similaires.

L'article L151-4 C. com. dispose d'ailleurs que « l'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime », résultant soit

¹⁴⁵⁰ Art. L1227-1 C. trav.

¹⁴⁵¹ *Loi relative à la protection du secret des affaires*, préc., note 19 ; *Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – États-Unis – Mexique*, préc., note 20.

¹⁴⁵² Art. 391(1) et (2) C. crim.

¹⁴⁵³ Art. 391(2)a) C. crim. Prévoit une peine maximale de 14 ans d'emprisonnement.

de l'accès à l'information secrète via son support ou une copie de son support, soit d'un comportement déloyal au regard des usages en vigueur en matière commerciale¹⁴⁵⁴. Les termes employés par le texte sont suffisamment larges, dans la mesure où on fait référence à un comportement déloyal seulement. Cela laisse donc une marge d'appréciation notable pour les juges, qui auront la tâche de décider si, au regard des circonstances, on peut estimer qu'il s'agit d'une attitude inacceptable en matière commerciale.

L'article 391(1) C. crim. incrimine également le fait d'obtenir un secret industriel, étant toutefois précisé que l'acte doit être réalisé « par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif ». Il semble donc que ces dispositions s'adressent plutôt à des personnes étrangères à l'information secrète, donc des tiers à l'entreprise détentrice du secret ou bien des employés n'ayant pas eu spécifiquement accès à ce dernier. Cette configuration est d'autant plus évidente dans le cadre du texte canadien, puisqu'il impose le recours à un stratagème pour caractériser l'infraction. Un tel raffinement des manœuvres ne paraîtrait pas nécessaire si l'auteur avait préalablement accès au secret convoité.

416. Divulgarion du secret des affaires. Ensuite, l'article L151-5 C. com. poursuit la description du dispositif protecteur du secret des affaires en prévoyant cette fois-ci des actes d'utilisation ou de divulgation du secret des affaires. Une fois de plus, ces actes doivent être réalisés sans le consentement du détenteur légitime. La divulgation est soit consécutive à l'un des actes d'obtention décrits à l'article précédent¹⁴⁵⁵, soit lorsque l'agent « agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation »¹⁴⁵⁶.

De manière assez remarquable, le dispositif criminel canadien suit le même découpage. L'article 391(2) C. crim. incrimine toute personne qui « obtient, communique ou rend accessible des secrets industriels sachant qu'ils ont été obtenus par suite de la commission de l'infraction prévue au paragraphe » précédent.

Cette seconde hypothèse concerne cette fois-ci la personne qui connaît déjà le secret et décide de le révéler ou de l'utiliser, sachant que le texte canadien impose comme condition supplémentaire que ce dernier ait été déjà obtenu à travers l'illégalité. Il s'agit donc bien du second volet de l'atteinte à un secret, consistant ici en une divulgation. On retrouve bien ici l'idée que l'atteinte au secret ne se fait pas uniquement de façon primaire, par sa propagation

¹⁴⁵⁴ Art. L151-4 C. com.

¹⁴⁵⁵ Art. L151-4 C. com.

¹⁴⁵⁶ Art. L151-5 C. com.

hors de tout contrôle de celui ou celle qu'elle concerne. Les divulgations secondaires sont aussi prises en compte. Une telle approche semble d'ailleurs tout à fait conforme à l'idée que l'on se fait de la protection de la vie privée, à travers le pouvoir de contrôle qu'elle implique¹⁴⁵⁷.

417. Implication du lanceur d'alerte. On comprend ici que le lanceur d'alerte s'expose justement à la commission de tels actes. Chaque fois qu'il tentera de prendre la parole pour révéler des informations couvertes par le secret des affaires, il sera en délicatesse avec ces textes, dans la mesure où il n'aura pas agi avec le consentement du détenteur légitime du secret, à savoir la personne morale qui l'emploie. Ainsi, lorsque le lanceur d'alerte révèle une information, comme un bilan d'activité, le salaire du dirigeant, des pratiques d'évitement fiscal ou encore des pratiques polluantes et dangereuses pour l'environnement, commet-il une violation du secret des affaires et potentiellement une atteinte au secret industriel. Cela dit, il ne prend pas les mêmes risques dans les deux pays : dans l'un, il n'engagera que sa responsabilité civile, dans l'autre, les enjeux prennent une coloration criminelle. Paradoxalement, les actes sont plus strictement définis au Canada, par l'imposition de la preuve d'une *mens rea* d'une part, de certaines circonstances d'autre part. Cette distinction paraît néanmoins logique, au regard des obligations pesant sur le législateur dans l'édiction des textes pénaux, soumis au principe de légalité.

À ce stade, il reste néanmoins difficile de pouvoir estimer davantage l'effet de ces deux lois. Nous ne disposons pas du recul du temps suffisant pour les voir mises en application. Les conclusions que l'on peut en tirer ne peuvent en rester qu'à un plan purement théorique. À ce titre, il semble, quoi qu'il en soit, que ces actes interdits consistent effectivement en une immixtion. Ils viennent fortuitement compléter le dispositif pénal déjà décrit précédemment¹⁴⁵⁸.

Enfin, l'article L151-6 C. com. prévoit également qu'il y a violation du secret des affaires pour celui qui obtient, divulgue ou utilise un tel secret de manière indirecte, alors qu'il n'a pas lui-même directement accès à ce dernier. C'est donc un agent indirect qui est sanctionné ici. Selon l'article L152-1 C. com., l'agent direct qui s'immisce ou qui divulgue, ou l'agent indirect, prennent le risque d'engager leur responsabilité civile. Les sanctions sont donc de nature purement civile.

418. Rattachement au droit à la confidentialité. Il est particulièrement frappant de voir la construction qui a été choisie pour assurer la protection du secret des affaires et du secret

¹⁴⁵⁷ *Supra*, n°373 et suiv.

¹⁴⁵⁸ *Supra*, n° 335 et suiv.

industriel : elle s'articule en deux aspects, à savoir une atteinte au secret par immixtion et une atteinte par divulgation. Ce sont exactement les deux mêmes grandes catégories d'atteinte à la vie privée qui avaient été qualifiées sur le fondement d'un droit de contrôle¹⁴⁵⁹. On pourrait croire que les législateurs se sont inspirés des développements bien connus du droit à la vie privée pour construire le régime des secrets légaux. Le lien théorique ainsi créé laisse penser que ce dernier s'intègre bien dans ce droit fondamental plus général qu'est la confidentialité pour les personnes morales¹⁴⁶⁰. Ils participent de la protection d'une certaine intimité d'ordre économique, du maintien d'une confidentialité autour de l'activité. En outre, l'emplacement de ce secret dans le Code de commerce en France et la nature des informations qui y sont protégées orientent clairement la protection accordée vers des activités économiques et non d'ordre individuel, tel qu'elles peuvent exister pour les personnes physiques. Il n'est, bien sûr, pas question de dire qu'une personne physique ne peut se plaindre d'une atteinte à son secret des affaires, mais ce dernier se réalisera en considération de son activité professionnelle individuelle, et non en sa qualité d'être humain. En outre, les secrets légaux, dans leur définition¹⁴⁶¹, nécessitent que leur détenteur prenne certaines mesures pour conserver leur confidentialité. Ceci réclame un degré d'organisation suffisamment important que l'on aura moins tendance à retrouver chez des professionnels opérant individuellement. Enfin, la protection des informations qui relèveraient en principe du secret des affaires pourraient tout autant être protégées sur le fondement de l'article 9 C. civ., s'agissant d'un entrepreneur individuel, dans la mesure où elle concerne une personne physique directement. Il en sera ainsi notamment des informations fiscales : une personne physique exerçant la profession de commerçant aura des revenus révélateurs à la fois de sa condition personnelle, mais aussi de l'état de son activité. Il a été reconnu que ce type d'information relevait de la protection de la vie privée¹⁴⁶² et il semble dans ce cas que le recours au secret des affaires soit superflu. Cette configuration et la multitude d'outils juridiques à disposition pour protéger les informations des personnes physiques incitent à penser que les secrets légaux s'adressent davantage aux personnes morales, en faisant bien des outils participant de la confidentialité recherchée par ces dernières.

¹⁴⁵⁹ *Supra*, n°375 et 376.

¹⁴⁶⁰ J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », préc., note 1113 à la page 697.

¹⁴⁶¹ *Supra*, n°151 et 152.

¹⁴⁶² Florence DEBOISSY et Jean-Christophe SAINT-PAU, « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) », D. 2000.267, 269. ; A. LEPAGE, *Droits de la personnalité*, préc., note 1085, n°86.

Enfin, notons que toutes les atteintes au secret des affaires prévues par les articles L151-4 à L151-6 C. com. doivent se réaliser sans le consentement de son détenteur légitime. Or, nous avons précédemment à quel point celui-ci constituait un élément central dans la licéité de la divulgation de la vie privée¹⁴⁶³, confirmant bien que le régime du secret des affaires semble avoir été conçu sur ce modèle.

D'autres secrets relèvent indéniablement de la vie privée et assurent une protection directe de l'information économique contre les divulgations inopinées. Il s'agit des secrets d'ordre professionnel dont les fondements juridiques en font des armes particulièrement puissantes pour assurer la confidentialité des informations économiques des compagnies.

2.2.1.2 La protection de l'information économique par les secrets d'ordre professionnel

419. Diversité des secrets professionnels. Le recours au secret professionnel pour assurer la protection de l'information économique peut sembler ne pas être le fondement le plus pertinent, car on l'associe généralement à des métiers constitués en ordre, tels que les avocats, les notaires ou les médecins. On se situe a priori bien loin de la question de la protection de l'information économique des personnes morales, dans un cadre plutôt économique et commercial.

Néanmoins, il est courant, particulièrement dans les grands groupes, que ces derniers soient dotés de services juridiques employant justement des avocats qui auront accès aux informations sensibles de leur employeur personne morale, ne serait-ce que pour assurer la défense des intérêts de celle-ci. Les informations peuvent aussi être transmises à travers un conseil externalisé. Dans ce cas, il est nécessaire d'envisager l'impact du secret professionnel sur la préservation de la confidentialité, qui n'est pas imposé du seul fait d'être un employé de la personne morale détentrice de l'information économique.

Mais encore, d'autres professions intéressant directement l'activité d'une personne morale peuvent être soumises à un secret professionnel, tels les comptables, les notaires, des conseillers fiscaux... Il existe en réalité une grande diversité de professions soumises au secret professionnel et qui ont trait à l'activité des personnes morales, les amenant à prendre connaissance de leurs informations économiques. Le sort de ces dernières peut donc dépendre

¹⁴⁶³ *Supra*, n°378.

grandement des obligations au secret pesant sur ces professionnels, tiers ou non à la personne morale qui en est détentrice.

420. Utilité du secret professionnel. Dans ce cas, l'imposition d'un secret professionnel est une aide considérable pour assurer la confidentialité des informations économiques, dans la mesure où il impose au professionnel – et potentiellement lanceur d'alerte – de garder le silence sur tout ce dont il aura eu vent au cours de l'exercice de sa pratique. Bien qu'il puisse exister une dépendance à ses professionnels pour mener leurs activités, les personnes morales peuvent mettre leurs informations confidentielles à l'abri grâce à ce secret. Ce dernier contribue incontestablement à la protection de la vie privée des personnes physiques et à la confidentialité pour les personnes morales.

421. Fondements juridiques généraux du secret professionnel. Surtout, ce sont les fondements juridiques garantissant le secret professionnel qui en font un outil particulièrement puissant pour garantir la confidentialité tant recherchée par les entreprises. Bien évidemment, les ordres professionnels assurent ce secret¹⁴⁶⁴, mais c'est surtout le législateur qui en organise au mieux la protection¹⁴⁶⁵ par l'imposition de sanctions potentiellement lourdes sur le professionnel indiscret. Seulement, le droit français et le droit canadien n'ont pas nécessairement choisi de passer par les mêmes mécanismes juridiques pour en assurer l'effectivité. Au Québec, le secret professionnel fait l'objet d'une protection supra-législative, puisqu'il est garanti à l'article 9 de la Charte québécoise¹⁴⁶⁶. En France, c'est par la voie du droit pénal que le secret professionnel est le plus fortement garanti¹⁴⁶⁷.

422. Fondamentatisation du secret professionnel au Canada. Ces deux approches un peu différentes du secret professionnel s'expliquent probablement par une conception différente de l'utilité de la garantie de ce secret dans les deux pays. Au Canada, l'intérêt se focalise

¹⁴⁶⁴ Par exemple, *Décision du 12 juillet 2007 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat* (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée), J.O. 11 août 2007, p. 13503, art. 2.1. Version consolidée au 13 juin 2020, en ligne : < https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/rin_2019-09-12_consolide_0.pdf > ; *Arrêté du 22 mai 2018 portant approbation du règlement national et du règlement intercourts du Conseil supérieur du notariat*, J.O. 25 mai 2018, texte n°14. Le secret professionnel est garanti par le *Règlement intérieur national* du Conseil supérieur du notariat, art. 3.4, en ligne : < <https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/linstitution/r%C3%A8glement-national-du-notariat> >.

¹⁴⁶⁵ *Loi sur le barreau*, RLRQ, c. B-1, art. 131 ; *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3, art. 60 ; *Code de déontologie des notaires*, RLRQ, c. N-3, r. 2, art. 35 ; art. L103 du Livre des procédures fiscales (secret professionnel des fonctionnaires de l'impôt en France) ; *Décret n°2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes*, J.O. 17 novembre 2005, p. 17925, art. 9 ; art. L511-33, L522-19, L526-35 CMF, L531-12 (secret professionnel des banquiers) ; art. L464-2 (secret professionnel des employés des entreprises de marchés)...

¹⁴⁶⁶ Art. 9 Charte québécoise : « Chacun a droit au respect du secret professionnel. »

¹⁴⁶⁷ Art. 226-13 C. pen.

essentiellement sur le secret professionnel de l'avocat qui, du fait de son intervention dans le processus judiciaire, prend une tout autre dimension. Conçu comme « un aspect fondamental du système juridique canadien »¹⁴⁶⁸, le secret professionnel y est considéré désormais comme une véritable règle substantielle¹⁴⁶⁹, au point de devenir un principe de justice fondamental trouvant son fondement dans l'article 7 de la Charte canadienne¹⁴⁷⁰. Ainsi, il s'agit d'« un droit civil de la plus haute importance dans le système de justice canadien »¹⁴⁷¹. Il existe donc ici une différence importante dans la conception du secret professionnel entre la France et le Canada, à tout le moins en ce qui concerne les avocats : dans ce dernier pays, il devient un droit fondamental qui suppose la protection la plus importante que l'on puisse concevoir dans un système juridique.

La Cour suprême a également reconnu que le secret professionnel était protégé sur le fondement de l'article 8 de la Charte canadienne¹⁴⁷². En effet, si cet article protège contre les fouilles, saisies et perquisitions, il ne fait pas directement mention du secret professionnel. Mais l'application du critère de la protection de la vie privée développé sur le fondement de cet article permet d'en étendre le champ au secret professionnel : l'attente raisonnable au respect de sa vie privée¹⁴⁷³. Il est de ce point de vue certain, en application de ce critère, que toute personne se confiant à un avocat s'attend à ce que ses propos soient tenus secrets. Il ne s'agit là que d'une application académique du critère dégagé dans l'arrêt *Hunter*¹⁴⁷⁴ qui, par la même occasion, fait du secret professionnel un élément de protection de la vie privée dans sa confidentialité.

423. Rapprochement des fondements conceptuels. Ce rattachement du secret professionnel à la garantie d'une certaine confidentialité paraît d'autant plus logique que ce dernier est « établi au bénéfice du client seulement »¹⁴⁷⁵. Cette dimension crée un rapport particulier de personne à personne, auquel le fondement de la vie privée ou de la confidentialité paraît plus adapté. Le lien très étroit qui est créé entre le secret professionnel de l'avocat et les fondements qui le protège laisse penser que ce dernier prend ses racines dans une conception majoritairement, si ce n'est exclusivement personnelle. Si l'on considère que cela s'applique de

¹⁴⁶⁸ *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, 383 ; *R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 2, 17

¹⁴⁶⁹ Il était auparavant considéré comme une règle de preuve : *R. c. McClure*, *id.*, par. 22.

¹⁴⁷⁰ *R. c. McClure*, *id.*, par. 41 ; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209 par. 36 et 49 ; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, [2016] 1 R.C.S. 336, par. 5.

¹⁴⁷¹ *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, *id.*

¹⁴⁷² *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, *préc.*, note 1470, par. 35 ; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, *id.*, par. 35.

¹⁴⁷³ *Supra*, n°399.

¹⁴⁷⁴ *Hunter c. Southam Inc.*, *préc.*, note 621.

¹⁴⁷⁵ *Geffen c. Succession Goodman*, *préc.*, note 1468, 383.

manière plus globale à tous les secrets professionnels¹⁴⁷⁶, ces derniers visent certainement à protéger la vie privée des personnes ayant besoin de se confier, ce qui est également valable pour les personnes morales. Il est donc assez évident qu'en garantissant le secret professionnel, on protège aussi les informations économiques de l'entreprise : toute information de ce genre délivrée au professionnel devra rester secrète, en application de ce devoir, sous peine d'en commettre la violation. C'est le lien spécifique unissant le professionnel à son client qui justifie le secret, mis au service des droits de ce dernier. Considérer de surcroît que le secret professionnel de l'avocat est un principe fondamental contribuant au respect de la vie, liberté, sécurité renforce encore cette idée. Il semble réellement mis au service des intérêts des individus, en créant un rapport privé et privilégié entre les deux protagonistes.

On retrouve bien évidemment cette dimension personnelle et intime du secret professionnel en France également. Si l'on s'en tient à la protection délivrée sur le plan pénal, puisqu'elle est la plus intense, ce secret est protégé via l'article 226-13 C. pen. qui prohibe la divulgation d'un secret pour une personne y étant tenue. Situé dans la section du Code pénal réservée à la protection de la vie privée, il ne fait que peu de doute ici que cette infraction vise effectivement à garantir un tel droit¹⁴⁷⁷. Tout comme au Canada, le secret professionnel protège ici le lien privilégié qu'entretiennent le professionnel et son client¹⁴⁷⁸.

Bien sûr, il ne s'agit pas du seul aspect que l'on peut abriter sous l'aile protectrice du secret professionnel. Ce dernier a une double, voire triple dimension¹⁴⁷⁹. « La protection du secret professionnel vise à garantir collectivement tous les particuliers qui pourraient un jour être volontairement ou involontairement en contact avec un professionnel susceptible de détenir des secrets intimes. »¹⁴⁸⁰ Au Canada non plus, il n'est pas instauré dans le seul intérêt de

¹⁴⁷⁶ Ce qui semble être le cas au regard de la rédaction des arrêts rendus sur le sujet, qui ne font pas de distinction quant au secret professionnel protégé par l'article 8 de la Charte canadienne : *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1470, par. 35. D'ailleurs, la décision concernait tant le secret professionnel de l'avocat que du notaire.

¹⁴⁷⁷ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°352, p. 254. ; Bruno PY, *Rep. pen.* Dalloz, v° *Secret professionnel*, n°2. Le secret professionnel étant souvent associé à des professions essentielles que chacun sera amené à consulter tôt ou tard, garantir le secret c'est aussi maintenir la confiance en ces métiers indispensables et incontournables. La sensibilité des informations recueillies par ces derniers exige qu'il soit possible pour tous de se confier sans appréhender le moment où ses secrets les plus intimes seront dévoilés sur la place publique. C'est ainsi que les juges français avaient initialement conçu cette infraction : Crim. 15 décembre 1885, DP 1886. 1.

¹⁴⁷⁸ *Id.*, n°8.

¹⁴⁷⁹ La dernière étant liée à la confiance en une profession réglementée dans son ensemble (P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°353, p. 255 ; Jean-Christophe SAINT-PAU, « Le secret médical, « droit propre au patient » », JCP G 2021. comm. 151, 278, 278, note sous arrêt Cass. crim. 13 octobre 2020, n°19-87.341). Cet aspect ne sera pas abordé dans le cadre du sujet, dans la mesure où il ne participe pas à la compréhension de la confidentialité elle-même.

¹⁴⁸⁰ B. PY, préc., note 1477, n°10. Dans le même sens, *Id.*, n°345, p. 251 ; V. MALABAT, préc., note 868, n°692, p. 406.

protéger la vie privée de son client. Son double fondement, particulièrement le fait qu'il soit considéré comme un principe de justice fondamental, incite à y voir un enjeu qui dépasse la seule défense d'une personne dans une affaire criminelle donnée. Il est question de garantir les libertés (particulièrement lorsque la liberté physique d'un inculpé est en jeu) et le bon fonctionnement de la justice¹⁴⁸¹, ce qui ne peut que rendre service à la société dans son ensemble. Il y va de l'intérêt de tous de ne pas se voir priver arbitrairement de liberté et le secret professionnel y contribue en garantissant une discussion libre entre avocat et client, sans risque que les confidences ne soient utilisées contre l'accusé. Dans les deux pays est associée à l'instauration de secret l'idée de garantir la confiance du public en certaines professions considérées comme particulièrement utiles socialement¹⁴⁸², mais aussi particulièrement sensibles, dans la mesure où elles amènent les professionnels à connaître une part non négligeable de la vie intime de leur client¹⁴⁸³.

424. Fondements pénaux de la protection du secret professionnel. Quoi qu'il en soit, pour ce qui nous préoccupe, ces deux dernières dimensions n'ont pas réellement d'influence sur la question de la participation du secret professionnel au maintien de la confidentialité de l'information économique. On s'en tiendra donc à sa première dimension.

On a déjà vu qu'en France, le secret professionnel faisait l'objet d'une protection assez puissante, dans la mesure où sa violation est punie pénalement¹⁴⁸⁴. Si l'on s'est arrêté sur les liens existant entre celui-ci et les droits fondamentaux au Canada, les autres droits régulateurs ne sont pas en reste. Au Québec, le *Code des professions*¹⁴⁸⁵ prévoit que c'est le Conseil de discipline de chaque ordre peut prendre des mesures disciplinaires contre leurs membres qui a commis « une infraction aux dispositions du présent code, de la loi constituant l'ordre dont il est membre ou des règlements adoptés conformément au présent code ou à ladite loi. »¹⁴⁸⁶ Parmi ces dispositions, figure bien évidemment l'obligation à la discrétion au maintien de la confidentialité des informations recueillies dans le cadre de la relation avec son client¹⁴⁸⁷, dont le non-respect l'expose potentiellement à des sanctions d'ordre certes professionnel, mais aussi, et surtout, pénal¹⁴⁸⁸. En effet, le conseil de discipline a la possibilité de prononcer des amendes

¹⁴⁸¹ *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, 289.

¹⁴⁸² P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°346, p. 251.

¹⁴⁸³ B. PY, préc., note 1477, n°17.

¹⁴⁸⁴ Art. 226-13 C. pen.

¹⁴⁸⁵ *Code des professions*, RLRQ, c. C-26.

¹⁴⁸⁶ *Id.*, art. 116.

¹⁴⁸⁷ *Id.*, art. 60.4

¹⁴⁸⁸ *Id.*, art. 156.

d'un montant se situant dans une fourchette allant de 1 000 à 12 500 \$ pour chaque infraction¹⁴⁸⁹. Il s'agit d'une somme non négligeable, qui rapproche ce type de sanction à un droit pénal réglementaire, régulant les relations des professionnels entre eux et dans les rapports qu'ils entretiennent avec leur client.

425. Professions soumises au secret. En France et au Québec, la liste des professions soumises au secret n'est pas épuisée. Avec le temps, cette dernière n'a fait que croître, en France en tout cas, au point qu'il semble aujourd'hui impossible de la rendre exhaustive. L'article 226-13 C. pen. contribue aussi à la croissance exponentielle du nombre de profession soumise au secret : ce dernier précise que le secret concerné par l'infraction doit être conservé par une personne qui en est dépositaire, « soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou mission temporaire ». Cela inclut bien sûr tous les professionnels soumis légalement au secret, comme les avocats, notaires ou comptables, mais la rédaction du texte autorise aussi à y inclure tous ceux auxquels, selon la jurisprudence, « leur état ou leur profession impose l'obligation du secret en ce qui concerne les faits dont la connaissance leur est parvenue en raison de l'exercice de leur profession »¹⁴⁹⁰. Au Québec, le *Code des professions*¹⁴⁹¹ ne définit par une liste fermée de ceux pouvant être soumis à ses obligations. Au contraire, ce dernier a choisi de recourir plutôt à une technique législative ouverte, en définissant les critères permettant d'identifier les professions pouvant entrer dans son champ d'application¹⁴⁹². On remarquera d'ailleurs que, parmi ces critères, l'article retient « la gravité du préjudice qui pourrait être subi par les gens recourant aux services de ces personnes par suite du fait que leur compétence ou leur intégrité ne seraient pas contrôlées par l'ordre »¹⁴⁹³. Il est intéressant de voir que le législateur tient justement compte de la possibilité d'accéder à des informations sensibles et des répercussions que pourrait avoir un défaut de régulation de l'usage qui en est fait. Cela s'inscrit tout à fait dans cette idée d'un droit de contrôle, de pouvoir conserver, dans la mesure du possible, la maîtrise d'informations hautement personnelles. Potentiellement, on peut donc étendre assez largement la soumission au secret professionnel à de nouveaux acteurs (dans la mesure où les autres critères sont également remplis bien entendu). Cette perspective paraît d'autant plus favorable à la protection de l'information économique lorsque des professions amenées à les connaître entrent dans le cadre de cette régulation professionnelle.

¹⁴⁸⁹ Il ne s'agit que d'une sanction parmi bien d'autres. L'art. 156 prévoit aussi la possibilité, entre autres, de prononcer une interdiction d'exercice, la révocation d'un permis, ou encore la radiation du tableau.

¹⁴⁹⁰ Crim. 17 juillet 1936, DH 1936. 494 ; Crim. 24 janvier 1957, *Bull. crim.* n°86 ; D. 1957. 298.

¹⁴⁹¹ *Code des professions*, préc., note 1485.

¹⁴⁹² *Id.*, art. 25.

¹⁴⁹³ *Id.*, art. 25 4°.

Le secret professionnel participe véritablement de ce droit de contrôle propre au droit à la vie privée et à la confidentialité.

Malgré tout, cela n'aide guère à mieux cerner exactement quelles personnes seront effectivement soumises au secret¹⁴⁹⁴. On ne peut ici que s'en remettre à la jurisprudence et à l'interprétation de ce texte. Néanmoins, cela reste positif pour la protection de l'information économique : la multiplication des professionnels soumis au secret offre d'autant plus de chance de maintenir celle-ci dans la confidentialité et sous le contrôle de la personne morale qu'elle concerne. C'est une garantie de pouvoir mener des activités avec l'aide de professionnels étrangers à l'entreprise, mais dont elle dépend pour la réalisation de certaines opérations. On peut penser par exemple aux banquiers, qui pourront assister une personne morale dans un placement, une acquisition, un prêt pour une extension d'exploitation, pour procéder à une optimisation fiscale... Autant d'actions concernant des informations économiques et qui auront un impact direct sur la santé de l'entreprise. Corrélativement, la multiplication des secrets signifie aussi la multiplication des risques pour les lanceurs d'alerte. L'extension des obligations au secret est de nature à augmenter les probabilités de tomber sur une personne lançant l'alerte et se trouvant par la même occasion en contravention avec ses obligations au secret.

426. Nature de la violation. Par ailleurs, l'efficacité de la protection de l'information est encore garantie par le fait que le simple fait de révéler l'information secrète et confiée au professionnel en raison de celle-ci est constitutif de la faute pénale¹⁴⁹⁵. Il ne s'agit pas de s'attarder sur le fait de savoir quelle information fait précisément l'objet d'une divulgation, notamment si elle concerne effectivement un aspect de l'intimité de la personne¹⁴⁹⁶. Dès la communication de l'information, l'infraction ou la faute sont consommées. Il s'agit d'une infraction instantanée, qui se réalise quel que soit le moyen de communication choisi et même si une seule personne est entrée en connaissance du secret¹⁴⁹⁷. Le peu de conditions posées à la consommation de l'infraction française semble également contribuer à l'efficacité de la protection qu'elle accorde. Cela signifie corrélativement que le professionnel soumis au secret aura beaucoup plus de mal à se prévaloir du statut de lanceur d'alerte, en raison des fortes obligations pesant sur lui.

¹⁴⁹⁴ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°346, p. 252.

¹⁴⁹⁵ V. MALABAT, préc., note 868, n°691, p. 406 ; *Code des professions*, préc., note 1485, art. 156.

¹⁴⁹⁶ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°356, p. 257.

¹⁴⁹⁷ *Id.*, n°356, p. 257. ; B. PY, préc., note 1477, n°67.

427. Limites. Que ce soit le secret des affaires ou le secret professionnel en France et au Canada, il s'agit d'outils intéressants utilisés pour s'opposer à la divulgation des informations économiques, y compris des personnes morales. Le secret des affaires et le secret professionnel concernent aussi ces dernières. Pour intéressante qu'elle soit, cette protection reste limitée aux professions légalement ou statutairement soumises au secret, ce qui relativise l'intérêt du recours à ce mécanisme. Il reste encore beaucoup d'hypothèses où la divulgation d'informations est possible et n'est pas pris en compte par la protection des secrets. C'est le cas lorsqu'un salarié d'une entreprise, n'appartenant pas à un corps professionnel par ailleurs soumis au secret, entreprend de révéler des informations. Dans ce cas, il est nécessaire d'insister davantage sur ce statut d'employé, qui offre de nouvelles perspectives d'imposition du silence, particulièrement à travers un certain devoir de loyauté.

2.2.2 La protection de l'information économique à travers le devoir de loyauté

428. Contexte de l'emploi. Outre les obligations légales de maintenir le secret¹⁴⁹⁸, le lanceur d'alerte peut également être soumis à d'autres obligations liées à son statut spécifique de l'employé. Dans ce cas-ci, la connaissance des informations est liée à son emploi et son statut le soumet nécessairement à un contrat de travail. Or, un tel contrat contraint l'employé à certaines obligations qui peuvent entrer en contradiction avec la possibilité pour lui de prendre la parole. En France, le contrat de travail est caractérisé par un lien de subordination, qui est « caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner des manquements de son subordonné »¹⁴⁹⁹. Ce lien se traduit en un droit de direction au Québec, déduit du devoir d'obéissance du salarié¹⁵⁰⁰. Ce lien de subordination peut justifier l'imposition d'obligations particulières, comme le maintien d'une certaine confidentialité sur ce qu'il se passe dans l'entreprise et de ne pas révéler les informations auxquels il a accès pendant son

¹⁴⁹⁸ On peut aussi penser en France à l'incrimination de la violation du secret de fabrication, figurant à l'article L1227-1 C. trav. : « Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros. » Cette disposition est intéressante dans la mesure où elle s'adresse à tous les salariés d'une entreprise, bien que sa portée soit limitée à une catégorie bien spécifique d'informations.

¹⁴⁹⁹ Soc. 13 novembre 1996, *Bull. civ.* V, n°386. Voir aussi Emmanuel DOCKES, Gilles AUZERO et Dirk BAUGARD, *Droit du travail*, 33e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2019, n°200, p. 269.

¹⁵⁰⁰ Art. 2085 C.c.Q. : « le contrat de travail est celui par lequel une personne, le salarié, s'oblige pour un temps limité et moyennant rémunération, à effectuer un travail sous la direction et le contrôle d'une autre personne, l'employeur. » ; voir également Urwana COQUAUD, « Conditions d'existence et de formation du contrat » dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit du travail », *Rapport individuels et collectifs du travail*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, n° 51, à jour au 1^{er} mai 2021 (Lad/QL).

emploi. La situation d'emploi est donc à la fois un moyen d'imposer la confidentialité sur le salarié, et une entrave à la prise de parole du lanceur d'alerte.

429. Obligations générales pendant l'exécution du contrat. Outre la structure spécifique du contrat de travail, qui impose l'obéissance du salarié à l'employeur, cet acte est également soumis aux règles générales du droit des contrats, qui ont l'avantage d'être assez similaires entre la France et le Québec. Parmi celles-ci figure l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi¹⁵⁰¹. De cette exigence découle une obligation de loyauté qui pèse aussi fortement sur le salarié lanceur d'alerte et s'ajoute à son lien de subordination. Celle-ci entrera en contradiction directe avec sa volonté de prendre la parole et de divulguer, puisqu'elle impose de ne pas avoir un comportement susceptible de nuire à l'employeur.

La loyauté « reflète un certain effort de moralisation du contrat de travail puisqu'il requiert un comportement honnête et sans intention malveillante, ce qui sous-entend des notions de probité, de droiture et de fidélité »¹⁵⁰². Elle s'impose donc à tous les employés, quelle que soit leur situation au sein de l'entreprise¹⁵⁰³, simples préposés sans rôle prépondérant ou administrateurs au plus haut niveau, même si la lourdeur d'une telle obligation variera selon l'importance des responsabilités pesant sur le salarié¹⁵⁰⁴. Ce devoir de loyauté est par ailleurs explicitement inscrit dans la loi au Québec, à l'article 2088 C.c.Q. : « le salarié, outre qu'il est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence, doit agir avec loyauté et honnêteté ». Le fait de révéler des informations tenues volontairement secrètes aura typiquement un effet nuisible à l'employeur, puisque ce dernier peut perdre un contrat, son avance technologique ou dans la recherche, des parts de marchés en facilitant l'implantation concurrentielle, ou bien encore nuire à sa réputation. Cela contreviendra directement à l'obligation de loyauté légalement imposée à l'employé. Il est donc tout à fait logique que de cette obligation découle l'imposition d'un devoir de discrétion¹⁵⁰⁵, manifestation naturelle de cette loyauté et fidélité.

¹⁵⁰¹ Art. 1104 C. civ. ; art. L1222-1 C. trav. ; art. 1375 C.c.Q. ; U. COIQUAUD, « Conditions d'existence et de formation du contrat » préc., note 1500, n° 50 ; E. DOCKES, G. AUZERO et D. BAUGARD, préc., note 1499, n°663, p. 828.

¹⁵⁰² Hélène BUSSIERES, « Exécution du travail avec prudence et diligence, obligation de loyauté et de discrétion en cours et après la fin de l'emploi » dans JursiClasseur Québec, coll. « Droit du travail », *Rapports individuels et collectifs de travail*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, n°17, à jour au 1^{er} juin 2020 (Lad/QL). Dans le même sens, Christian BRUNELLE et Mélanie SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaidoyer pour un espace critique accru », (2005) 46-4 C. de D. 847, 852.

¹⁵⁰³ *Can. Aero c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, 606 et 607.

¹⁵⁰⁴ *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, 438 : « l'intensité de l'obligation de bonne foi imposée à l'employé augmente avec la responsabilité qui se rattache au poste qu'il occupe ».

¹⁵⁰⁵ Art. 2088 C.c.Q. ; C. BRUNELLE et M. SAMSON, préc., note 1502, 853.

430. Traduction de l'obligation de loyauté dans le contrat de travail. Pour un lanceur d'alerte souhaitant dénoncer des pratiques mises en œuvre par son employeur et qu'il réproche, l'existence d'un contrat de travail et toutes les conséquences qu'il implique peut alors représenter une entrave très importante à sa prise de parole. Corrélativement, moins la prise de parole des salariés est libre, plus le secret des informations économiques est garanti. Bien que cela ne soit pas nécessaire puisque l'obligation de loyauté a une source légale et s'impose à toute forme de salariat¹⁵⁰⁶, quel que soit le contrat de travail concerné, il est fréquent de retrouver mentionnées directement et explicitement dans ledit contrat des clauses relatives à l'imposition du secret. Elles sont appelées clauses de confidentialité en France et interdisent au salarié de « divulguer à quiconque certaines informations, par nature confidentielles, relatives à l'activité économique de son employeur (...) et dont il pourrait avoir (...) connaissance, en raison ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions »¹⁵⁰⁷. Si elles peuvent paraître peu utiles au regard des obligations préexistantes au contrat de travail¹⁵⁰⁸, elles ont tout de même l'avantage de servir à marquer la particulière importance de ce dernier et la sensibilité des informations que le salarié devra garder. De plus, les obligations au secret étant souvent mal cernées par les salariés, qui pourront avoir des difficultés à savoir quelles informations sont couvertes par le secret ou non, une clause de confidentialité pourra avoir l'avantage certain de préciser cette obligation en la rendant plus lisible et concrète pour ceux auxquels elle s'impose¹⁵⁰⁹. C'est aussi un outil très pratique pour l'employeur, qui garde aussi la maîtrise sur les informations économiques qu'il souhaite conserver et maîtriser¹⁵¹⁰.

Quant au Québec, l'article 2088 C.c.Q., celui-ci précise, après avoir décrit l'obligation de loyauté, que cette dernière implique particulièrement de « ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail ». Comme en France, il ne semble donc pas utile de rappeler contractuellement cette obligation par une clause de confidentialité, quoiqu'elle soit ici aussi l'occasion pour l'employeur de la circonstancier. En outre, dans les deux pays la précision d'une telle clause contractuelle aura un effet sur la nature de la sanction qui pourra s'abattre sur le salarié trop bavard. Lorsqu'il n'existe aucune clause de confidentialité dans le contrat de travail, c'est la responsabilité civile

¹⁵⁰⁶ Olivier LECLERC, « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Dr. soc.* 2005, p. 173, n°1.

¹⁵⁰⁷ Yann AUBREE, *Rep. trav.* Dalloz, v° *Contrat de travail : clauses particulières*, n°167.

¹⁵⁰⁸ Yann AUBREE, *id.*, n°168.

¹⁵⁰⁹ O. LECLERC, *préc.*, note 1506, n°3.

¹⁵¹⁰ *Id.*

extracontractuelle qui sera actionnée contre le salarié¹⁵¹¹. Cela suffit à justifier bien sûr le départ du salarié, mais la précision de la clause dans le contrat de travail déclenche aussi potentiellement l'engagement de la responsabilité civile contractuelle du salarié¹⁵¹². S'agissant d'une obligation de résultat, le salarié indiscret s'expose alors au paiement de dommages-intérêts¹⁵¹³. Dans ce cas, lorsque le même fait générateur (le manquement à la confidentialité) crée un dommage à la même victime (l'employeur), il ne sera pas possible d'engager la responsabilité du lanceur d'alerte sur les deux fondements de responsabilité civile, contractuelle et extracontractuelle. Le cumul est ici impossible. C'est alors la responsabilité contractuelle qui sera prioritairement engagée, celle-ci primant toujours le cadre plus général de la responsabilité civile.

431. Obligation de loyauté survivant après la fin de l'emploi. L'obligation de loyauté et de discrétion qui en découle ne s'éteint pas avec la fin de l'emploi. Elle peut survivre, essentiellement à travers là encore la teneur des clauses insérées au contrat de travail. Ainsi, il est tout à fait possible de moduler la clause de confidentialité de sorte que ses effets se poursuivent même après la fin du contrat de travail :

« Une clause de confidentialité destinée à protéger le savoir-faire propre à l'entreprise peut valablement prévoir qu'elle s'appliquera après la fin du contrat de travail et que l'inexécution par le salarié de l'obligation de confidentialité postérieurement à son départ de l'entreprise le rend responsable du préjudice qui en résulte pour celle-ci, même en l'absence de faute lourde. »¹⁵¹⁴

Une telle interprétation de la clause de confidentialité aura inévitablement pour effet d'étendre d'autant la protection de l'information économique. Une telle interprétation souligne aussi à quel point l'employeur garde le contrôle des informations qui le concernent. Même si la clause de confidentialité et la loyauté qu'elle implique n'ont pas été initialement spécifiquement conçues en ce sens, elles participent nettement au maintien d'une forme de vie privée pour les personnes morales, en empêchant la fuite d'informations incontrôlée. Cela témoigne d'un pouvoir de contrôle, si caractéristique de la vie privée et de la confidentialité.

Il faut aussi penser à d'autres clauses qui peuvent imposer le maintien d'une certaine loyauté même après le terme du contrat de travail, telles les clauses de non-concurrence. À travers celle-ci,

¹⁵¹¹ Yann AUBREE, préc., note 1507, n°168.

¹⁵¹² *Id.*, n°176.

¹⁵¹³ *Id.*

¹⁵¹⁴ Soc. 19 mars 2008, n° 06-45.322. Voir également O. LECLERC, préc., note 1506, n°4.

« Le salarié s'engage expressément à s'abstenir, postérieurement à l'expiration du contrat de travail, intervenue pour quelque motif que ce soit, d'exercer, en son nom et pour son compte, ou pour le compte d'autrui, une activité économique ayant totalement ou partiellement le même objet que l'activité principale de son ancien employeur. »¹⁵¹⁵

Bien entendu, la clause de non-concurrence est une atteinte directe à la liberté du travail¹⁵¹⁶ et c'est pour cette raison que sa stipulation est très strictement encadrée par de multiples conditions¹⁵¹⁷ liées notamment à l'objet et à l'étendue dans le temps et dans l'espace de celle-ci. Il s'agit ici de trouver un équilibre acceptable entre la protection de la confidentialité des informations économiques de l'employeur et la liberté de travailler du salarié qui, au prétexte d'avoir connaissance de ces dernières, ne peut pas pour autant être privé de toute possibilité d'avoir une source de revenus.

432. Nécessité de tenir compte de l'importance du secret. La nécessité de garantir l'emploi n'est pas la seule raison susceptible de nuancer la protection de l'information économique de l'employeur, particulièrement dans le temps. Nous avons déjà vu qu'au Canada, la nature de l'information pouvait aussi exercer une influence sur l'ampleur du secret auquel elle était soumise, selon la classification opérée par l'arrêt *Faccenda Chicken*¹⁵¹⁸. Cette décision avait dégagé trois types d'informations imposant des obligations de confidentialité plus ou moins fortes pour les employés. Les renseignements facilement accessibles au public ne peuvent prétendre au secret. Il est logique alors qu'ils soient également exclus d'une prétention à une forme de protection au nom du droit à la confidentialité pour les personnes morales puisque, par définition, le caractère public de l'information met en échec toute tentative d'en contrôler la diffusion. Par extension, il semblerait tout à fait exagéré d'imposer un devoir de confidentialité au salarié en lien avec le traitement de cette catégorie.

La troisième catégorie concerne les secrets industriels, les savoir-faire et autres informations en rapport direct avec l'activité de l'entreprise. Ces informations, du fait de leur haute sensibilité et du lien très étroit avec la personne morale, en ce qu'elles font partie de ce qui définit la spécificité de cette dernière et de son activité, peuvent clairement faire l'objet de

¹⁵¹⁵ Yann AUBREE, préc., note 1507, n°251. *Mutatis Mutandis* : H. BUSSIERES, préc., note 1502, n°62.

¹⁵¹⁶ Yann AUBREE, *id.*, n°255 ; H. BUSSIERES, *id.*, n°63 ; E. DOCKES, G. AUZERO et D. BAUGARD, préc., note 1499, n°177, p. 244.

¹⁵¹⁷ Elles sont au nombre de quatre en France : la clause de non-concurrence doit effectivement viser à protéger les intérêts légitimes de l'employeur, être limitée dans le temps et dans l'espace, elle doit permettre à l'ancien salarié de toute de même pouvoir exercer une activité correspondant à ces qualifications et enfin elle doit prévoir une contrepartie en dédommagement de la limitation des possibilités d'activité pour l'ex-salarié : Yann AUBREE, *id.*, n°255 et suiv. ; E. DOCKES, G. AUZERO et D. BAUGARD, *id.*, n°179 et suiv., p. 246 à 253. Les conditions de validité de la clause de non-concurrence sont très similaires au Québec, si ce n'est qu'on ne fait pas nécessairement mention d'une contrepartie financière : H. BUSSIERES, préc., note 1502, n°63.

¹⁵¹⁸ *Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others*, préc., note 752. Voir *supra*, n°103.

l'imposition d'une confidentialité stricte. En aucune circonstance, le salarié n'aura ce type d'information à sa disposition, car elles relèvent en quelque sorte de ce qui fait la singularité, de l'identité si l'on peut dire, de la personne morale. En ce qui les concerne, ces informations-ci devraient être couvertes par le secret en toute circonstance. La sensibilité de ces informations devrait naturellement les mettre à l'abri de tout risque de manipulation. Aussi, même en l'absence de stipulation contractuelle en ce sens, elles seraient l'objet d'un secret. Bien évidemment, on peut toujours le préciser dans une clause du contrat de travail, mais cela n'est en aucun cas nécessaire. La nature de ces informations devrait les exclure de toute utilisation non autorisée par un salarié sans l'accord de l'employeur y compris, et peut-être même surtout, à la fin du contrat de travail. Elles relèveraient donc plutôt d'un secret professionnel institutionnel.

La deuxième et dernière catégorie reste sûrement la plus délicate à cerner. Elle concerne les informations qui doivent être considérées comme confidentielles, soit parce que leur nature impose de leur réserver un tel sort, soit parce que l'employeur les a désignées comme telles. Cette catégorie intermédiaire est celle dont les contours sont les plus fous et à ce titre, il peut être difficile de savoir quelles informations en relèvent exactement. Ce sont probablement celles qui méritent le plus de faire l'objet d'une clause de confidentialité et d'une clause de non-concurrence. D'ailleurs, n'est-il pas dit que ces informations doivent être signalées comme confidentielles par l'employeur ? Si l'utilisation ou la divulgation de ces informations pourrait toujours être réprouvée sur le fondement de la loyauté¹⁵¹⁹, on voit quand même tout l'intérêt de prévoir des clauses au contrat de travail. C'est un moyen simple et efficace de signaler sa volonté de conserver certaines informations dans le secret et de pouvoir activer la responsabilité du salarié désobéissant. Le juge Goulding dans l'arrêt *Faccenda Chicken* avait d'ailleurs précisé que ces informations n'étaient pas couvertes par le secret à la fin du contrat de travail, à moins que ne soit stipulée une clause de non-concurrence¹⁵²⁰.

433. Utilité de la catégorisation d'informations en France. S'il n'existe pas une telle classification équivalente des informations économiques en France, celle-ci est tout de même intéressante, dans la mesure où elle permet de mieux délimiter ce qui relève légalement du secret et ne nécessiterait donc pas de reprise dans une clause contractuelle, et ce qui doit être stipulé pour être protégé. Cela permettrait de mettre en valeur l'intérêt des clauses de

¹⁵¹⁹ L'arrêt *Faccenda Chicken* fait expressément le lien entre l'obligation de loyauté et l'obligation à la confidentialité : *Id.*, 731.

¹⁵²⁰ *Id.*

confidentialité, dont on a parfois du mal à voir l'intérêt : pourront faire l'objet d'une telle clause les informations qui n'entrent pas nécessairement dans la définition d'un secret légalement protégé, mais dont l'employeur souhaite maintenir la confidentialité. Le lien est donc bien établi ici entre l'information économique et le droit à la confidentialité des personnes morales, via l'important pouvoir de contrôle qu'a l'employeur via l'imposition contractuelle d'un secret.

434. Succédané de secret professionnel. Finalement, l'obligation de discrétion, quand elle est contractuellement imposée, revient à imposer l'équivalent d'un secret professionnel, là où il ne serait pas imposé par d'autres voies. En France, cela permet de palier la définition un peu restrictive du secret professionnel, même si les sanctions de son non-respect n'auront pas la même teneur ni ampleur qu'une peine.

435. Conclusion de chapitre. Le professeur Mousseron avait déjà exprimé l'étroitesse d'une vision de la protection des biens immatériels – et donc de l'information – basée seulement sur des concepts d'appropriation¹⁵²¹. Le droit français et le droit canadien ont montré qu'aujourd'hui, il existe un autre fondement possible, celui de la vie privée, même pour les personnes morales. On parle dans ce cas de droit à la confidentialité, car il n'existe rien d'équivalent à une vie privée pour les personnes morales, tel qu'elle existe pour les personnes physiques. Ceci explique aussi sûrement pourquoi la vie privée ne s'est pas épanouie pour les entités morales à la manière d'une liberté, à la façon dont les personnes physiques en bénéficient. Ainsi, la « vie privée » des personnes morales ne prend pas la forme d'un droit libérateur, synonyme d'autodétermination et de liberté de choix. Il s'agit avant tout d'une confidentialité au sens du maintien d'un secret, comme l'entend l'article 8 de la Charte canadienne. C'est pourquoi nous paraissait-il plus judicieux de parler d'un droit à la confidentialité que d'un véritable droit à la vie privée, pour s'assurer qu'il est clair que les personnes morales n'accèdent pas, et ne pourront prétendre accéder, à des droits équivalents aux personnes physiques sur ce fondement. Ce droit à la vie privée peut alors constituer un fondement acceptable et adapté à la protection de l'information économique. Il permet de mettre en exergue le lien puissant existant entre ces informations et la personne morale, parce qu'elles contribuent directement à la caractérisation de son activité, de ce qui fait la spécificité de cette dernière. Elle trace une marque identitaire, à la façon d'un nom ou d'une caractéristique physique pour les personnes physiques. C'est un lien non négligeable qui permet de contourner

¹⁵²¹ J.-M. MOUSSERON, « Valeurs, biens, droits », préc., note 636, p.280-281.

les impasses logiques auxquelles soumettait le fondement de la propriété pour assurer la réservation de l'information économique.

En outre, le droit à la confidentialité des personnes morales a l'avantage de proposer une multiplicité de remèdes juridiques, ce qui est conforme aux vœux de Mousseron qui proposait déjà de recourir au « jeu de différentes responsabilités [pour sanctionner] les curiosités asociales »¹⁵²², assurant dès lors une protection certaine de l'information économique contre les risques d'immixtion et de divulgation. Là où le droit de propriété obligeait souvent à repasser par le support pour assurer la protection de celle-ci la confidentialité concerne directement et uniquement l'information. C'est le cas des interceptions de correspondances, quelle qu'en soit la forme, et plus encore de l'imposition d'un secret. Les secrets professionnels ou contractuels sont certainement des armes redoutables pour garantir directement le secret, mais c'est aussi un facteur handicapant pour le lanceur d'alerte. La multiplication des secrets et les sanctions qui y sont attachées constituent très certainement un frein à la prise de parole, allant parfois même jusqu'à la décourager. Sanctions disciplinaires, sanctions civiles et parfois même pénales, les risques sont grands pour celui qui décide de passer outre ses obligations, de nature à le faire renoncer.

Toutefois, le lanceur d'alerte dispose d'une autre arme pour faire valoir sa prise de parole : la liberté d'expression, qui se trouve être aussi défendue d'un point de vue fondamental et sur la base de textes spéciaux. Commence à se dessiner ici le conflit opposant secret et prise de parole.

¹⁵²² *Id.*, p. 281.

Chapitre 3

Le droit à l'accès à l'information confidentielle au nom des libertés de l'esprit du lanceur d'alerte

*« La liberté, c'est la liberté de dire que deux et deux font quatre. Lorsque cela est accordé, le reste suit. »*¹⁵²³

436. Besoin d'accès à l'information. Si l'information économique est en principe juridiquement bien protégée contre les intrusions ou les divulgations, la confidentialité jette un manteau d'opacité sur celle-ci. Comme nous l'avons vu dans plusieurs hypothèses¹⁵²⁴, le maintien d'un tel secret peut parfois se faire au détriment d'intérêts urgents, voire supérieurs, comme la santé, la sécurité individuelle ou la protection de l'environnement. Dans ce cas, là où le lanceur d'alerte paraissait enfreindre la loi et contrevenir aux principes fondateurs de son emploi ou de sa profession, il devient le point de départ d'une prise de conscience collective, pouvant potentiellement mettre fin au danger redouté. Ce fut le cas lors de la crise du Médiateur : la prise de parole de la lanceuse d'alerte a permis d'accélérer le retrait du médicament du marché, épargnant potentiellement des centaines de vies. La prise de parole s'avère dans ce cas utile, si ce n'est primordiale dans une société démocratique.

437. Évidence du recours à la liberté d'expression. Une affirmation fait l'unanimité aujourd'hui tant en jurisprudence qu'en doctrine : le lanceur d'alerte prend la parole en usant de sa liberté d'expression. Cela semble relever du bon sens, dans la mesure où ce droit se propose de défendre « la communication des pensées et des opinions »¹⁵²⁵. Considéré comme l'un des « droits les plus précieux de l'homme »¹⁵²⁶, il dispose d'une place toute particulière en raison des liens très étroits qu'il entretient avec l'exercice de la démocratie¹⁵²⁷.

438. Liberté d'expression inédite. La question semble entendue et pourtant, la liberté d'expression du lanceur d'alerte élève le degré de complexité de l'analyse de ce droit fondamental. Classiquement, on a l'habitude d'entrer dans l'étude de cette liberté par le

¹⁵²³ Georges ORWELL, 1984, coll. Folio, Paris, Editions Gallimard, 2019, p.112.

¹⁵²⁴ *Supra*, n°10 à 13.

¹⁵²⁵ Art. 11 DDHC.

¹⁵²⁶ *Id.*

¹⁵²⁷ Catherine GAUTHIER, Sébastien PLATON et David SZYMCAK, *Droit européen des droits de l'homme*, coll. Sirey Université Droit public, Paris, Dalloz, 2017, n°362, p. 199; R. J. SHARPE et K. ROACH, préc., note 622, p. 166; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°537, p. 808; *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, 583; *Société Radio-Canada c. Lessard*, préc., note 1155, 429. ; *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n°5493/72, série A n°24, par. 49 ; *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 717.

journalisme et la liberté de la presse, corollaire naturel et indispensable de l'expression. Les choses y sont bien balisées et le rôle de la presse en tant que « chien de garde de la démocratie »¹⁵²⁸, étendard de la défense des droits citoyens et des libertés individuelles, ne soulève pas plus de difficultés. Mais le lanceur d'alerte n'est pas nécessairement un journaliste. Il n'a pas forcément une carte de presse lui ouvrant ce statut privilégié. Il ne s'agit que d'un simple citoyen entrant dans un nouveau rôle, ce qui rebat quelque peu les cartes de la compréhension de la liberté d'expression. Bien sûr, il ne s'agit pas de dire qu'il ne dispose pas de la même liberté de parole qu'un journaliste. C'est effectivement le cas. Malheureusement, il ne dispose pas pour autant du même statut protecteur qui autorise à une certaine prise de risque dans l'expression. En outre, le journaliste a souvent le soutien d'un organe de presse ou d'un éditeur pour lui permettre de s'exprimer en conscience, sans entraves et avec les recommandations avisées de conseillers d'expérience. Le lanceur d'alerte, lui, est souvent isolé, seul face à sa décision de parler. Il peut s'agir d'un choix particulièrement difficile, un véritable cas de conscience. Il ne peut parfois pas même se décharger en partie de son fardeau sur un tiers compatissant. Le lanceur d'alerte se trouve donc légèrement en dehors des cas déjà bien connus de notre droit.

439. Liberté d'expression du journaliste vs. liberté d'expression du lanceur d'alerte. Une des solutions pour lui est alors justement de s'en remettre à un journaliste pour dévoiler au grand public les informations qu'il connaît. Mais dans ce cas, ce n'est pas directement sa liberté d'expression qui est concernée, mais celle du journaliste ou de l'organe de presse auquel il s'est adressé. L'hypothèse n'est pas forcément originale et ne retiendra pas notre attention. Il sera plutôt question d'étudier celle du lanceur d'alerte en tant que particulier qui décide, seul, de prendre la parole.

440. Importance des motifs de la prise de parole. Dans cette configuration, une considération primordiale émerge, relative au passage à l'acte du lanceur d'alerte. La plupart du temps, il prend sa décision sur la base d'une indignation face à une situation dont il a connaissance. Elle heurte ses convictions et ses valeurs. La dimension morale ou déontologique de la prise de parole est en réalité très importante¹⁵²⁹. Elle est peut-être même à la racine de son action. Le lanceur d'alerte ne se contente pas de parler parce qu'il en a la possibilité, mais parce qu'il agit selon son sens de la morale, de la justice ou de la légalité. Cette dimension nous invite

¹⁵²⁸ *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n°13585/88, série A n°216, par. 59 ; *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, n°17488/90, CEDH 1996-II, par. 39.

¹⁵²⁹ Richard G. FOX, « Protecting the whistleblower », (1993) 15-2 *A.L.R.* 137, 144.

alors à nous tourner vers les libertés de l'esprit¹⁵³⁰, celles permettant la construction d'une pensée et l'épanouissement en tant que personne.

441. Double fondement. Ce constat mène en fait à deux réflexions, basées sur deux libertés de l'esprit, pratiquement indissociables¹⁵³¹ : la liberté de conscience et la liberté d'expression. Il suffit de se pencher rapidement sur la plupart des grandes déclarations de droit pour constater que les deux libertés sont quasi systématiquement consacrées l'une à la suite de l'autre¹⁵³², dans une sorte d'indissociabilité, tendant à renforcer l'idée qu'elles appartiennent au même genre de droit fondamental. Dans cette perspective, il serait réducteur de se contenter d'étudier seulement la seconde à l'égard du lanceur d'alerte. Un autre fondement semble aussi contribuer à défendre l'action du lanceur d'alerte : la liberté de conscience et d'opinion. Elle est classiquement adossée à la liberté de religion, qui n'a qu'un rapport lointain avec le lanceur d'alerte. Mais pourquoi ne pas lui donner un sens plus séculier, qui se traduirait ici en la possibilité de défendre librement une opinion, quelle qu'elle soit ? Dans ce cas, cela restreindrait la possibilité de prendre des mesures contre le lanceur d'alerte, en ce que cela contreviendrait à cette liberté (1).

Ensuite, la liberté d'expression elle-même contient certainement tous les ferments permettant à la parole du lanceur d'alerte de s'épanouir. Pour autant, le lanceur d'alerte ne s'exprime pas dans le seul et unique but de prendre la parole. Il le fait dans l'idée de protéger ses convictions, pour défendre un intérêt plus général. Ici, la liberté d'expression ne semble plus vraiment être un droit substantiel au service de la prise de parole, mais un vecteur au service d'une finalité protectrice d'autrui (2).

1 La protection du lanceur d'alerte au nom de la liberté de conscience

442. Utilité de la comparaison. La liberté de conscience en tant que telle ne connaît que peu de développements dans le droit français actuellement. Les réflexions canadiennes pourraient être d'une grande aide, car le pays possède déjà une construction juridique sur le sujet. On se rendrait alors compte que la liberté de conscience constituerait une assise

¹⁵³⁰ Jean MORANGE, *La liberté d'expression*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 15. L'auteur parle plus exactement de « liberté intellectuelle ou spirituelle » à propos de la liberté d'expression.

¹⁵³¹ John Stuart MILL, *De la liberté*, coll. Folio essais, n°142, Paris, Editions Gallimard, 2002, p. 78. Cela ressort également de la rédaction des art. 9 et 10 de la Convention européenne, qui reconnaissent la liberté de conscience et de religion pour l'un, la liberté d'expression pour l'autre, en des termes quasi identiques : C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°354, p. 195. De surcroît, ces deux droits figurent carrément dans le même article dans la Charte québécoise, à l'article 3.

¹⁵³² *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 605, art. 18 et 19, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 1229, art. 18 et 19 ; art. 9 et 10 de la Convention européenne, art. 10 et 11 DDHC.

intéressante pour la protection des droits du lanceur d'alerte, en lui donnant les moyens constitutionnels de défendre son action. Pour cela, il est d'abord essentiel de développer une liberté de conscience autonome (1.1), pour ensuite envisager l'intérêt et les manifestations concrètes de celle-ci dans le système juridique actuel (1.2).

1.1 Le développement autonome de la liberté de conscience

443. Lien entre conscience et religion. La liberté de conscience est généralement plutôt associée à la liberté de religion. Les proclamations de droits associent presque systématiquement les deux dimensions dans un même article, comme si la conscience ne trouvait de manifestations qu'à travers une confession religieuse. Dans une formule qui semble, somme toute, assez convenue, les grands textes internationaux déclarent tous que « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion »¹⁵³³. On adosse une dimension religieuse, qui relèverait des fondements de la démocratie en participation de la pluralité des idées¹⁵³⁴. Bien évidemment, on peut envisager que c'est sur la foi de ses convictions religieuses que le lanceur d'alerte décide d'intervenir, car ce qu'il a constaté choque foncièrement ces dernières. Toutefois, cela ne sera pas forcément le cas le plus fréquent et risque d'exclure de la protection fondamentale les personnes qui n'agissent pas sur la base d'une croyance confessionnelle, mais de valeurs plus laïques.

La pratique de l'alerte vient relancer le débat sur la protection des idées et ses fondements. La rédaction des textes et la jurisprudence créent un cadre favorable au développement d'une telle liberté de conscience, dans un sens séculier, détachée de toute référence à la religion (1.1.1). À partir de ces applications jurisprudentielles, il sera alors possible, par induction, de découvrir le contenu de cette liberté (1.1.2).

1.1.1 Les conditions favorables à la reconnaissance de la liberté de conscience

444. Méthodologie. On l'a dit, le droit canadien a pris une certaine avance pour définir un droit à la liberté de conscience. C'est pourquoi nous commencerons par développer les réflexions menées dans ce pays, pour vérifier ensuite si un raisonnement similaire pourrait être construit sur la base du droit français. Cela est valable à partir des textes pouvant fonder la liberté de conscience (1.1.1.1), mais aussi surtout à l'aide de la jurisprudence (1.1.1.2).

¹⁵³³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 605, art. 18 ; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 1229, art. 18 ; art. 10 CDFUE ; art. 9 Convention européenne.

¹⁵³⁴ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°618, p. 524 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, p. n°523, 785. ; *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, série A, n°260-A, par. 31.

1.1.1.1 Les fondements textuels de la liberté de conscience

445. Origines de la conscience. Si les grandes conventions internationales lient quasi systématiquement liberté de conscience et liberté de religion, il faut bien reconnaître que c'est parce qu'il existe bien une corrélation très étroite entre les deux¹⁵³⁵. Définie dans la langue française comme étant la « faculté qu'a l'homme de connaître sa propre réalité et de la juger »¹⁵³⁶, le terme *conscience* renvoie donc à la connaissance de soi-même¹⁵³⁷. Mais le terme a aussi une dimension morale, en tant que « connaissance intuitive par l'être humain de ce qui est bien ou mal »¹⁵³⁸. C'est une question philosophique qui interroge l'action humaine¹⁵³⁹ et, en lien avec la première définition de la conscience, permet à chacun de concevoir l'image qu'il se fait de lui-même et de son existence : est-il un homme de bien qui respecte les valeurs qu'il juge les plus nobles ? En conformant ses actes à ce qu'il juge bien ou mal, l'humain peut accéder à la connaissance de son âme et à une conception de sa propre vie¹⁵⁴⁰. La question est alors de savoir comment chacun établit ses propres valeurs, les fondements sur lesquels elles s'établissent. La philosophie et la religion ont tenté d'y répondre à travers les siècles. Les religions ont longtemps fourni les outils pour mener une vie morale, conforme au juste, et accéder à la conscience de soi¹⁵⁴¹. Ceci peut expliquer pourquoi l'on continue de lier conscience et religion aussi étroitement, tant les traditions religieuses ont constitué à travers les siècles le socle de la conscience¹⁵⁴² et ont participé à la construction d'une « existence morale »¹⁵⁴³.

La laïcisation des États et des mœurs a petit à petit détaché la morale de sa forte empreinte religieuse, proposant alors d'autres modes d'établissement de la morale et donc de construction de la conscience. Cette dernière peut s'édifier sur d'autres bases, humaniste, utilitariste, scientiste ou encore positiviste¹⁵⁴⁴, servant de fondations à la prise de décision, afin que celle-ci se conforme à une certaine idée du juste. Les sources de la formation d'une

¹⁵³⁵ Richard HAIGH et Peter BOWAL, « Whistleblowing and freedom of conscience : towards a new legal analysis », (2012) 35-1 *Dalhousie L. J.* 89, 107.

¹⁵³⁶ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° *Conscience* (consulté le 16 juillet 2020).

¹⁵³⁷ R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 108. Voir également l'étymologie du mot, d'origine latine, composé de « cum » et « scientia », suggérant la connaissance par le sujet lui-même : Henri EY, « CONSCIENCE », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : < <http://www.universalis-edu.com/docelec.u-bordeaux.fr/encyclopedie/conscience-morale/> > (consulté le 16 juillet 2020).

¹⁵³⁸ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° *Conscience* (consulté le 16 juillet 2020) ; Monique CANTO-SPERBER et Ruwen OGIE, *La philosophie morale*, Paris, Presses universitaires de France, 2017, p. 5 ; R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 108.

¹⁵³⁹ M. CANTO-SPERBER et R. OGIE, préc., note 1538, p. 3.

¹⁵⁴⁰ *Kokkinakis c. Grèce*, préc., note 1534, par. 31.

¹⁵⁴¹ Pour un exemple sur le Nouveau Testament : R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 108.

¹⁵⁴² *Id.*, 109-111.

¹⁵⁴³ M. CANTO-SPERBER et R. OGIE, préc., note 1538, p. 6.

¹⁵⁴⁴ Pour un exposé des différents fondements de la morale et du bien : *Id.*, p. 19 et suiv.

conscience sont variées, le plus souvent empruntées à divers fondements, formant une mosaïque dont l'image finale n'apparaîtra qu'à l'individu lui-même. La liberté de conscience en tant que développement de convictions personnelles¹⁵⁴⁵, quelles qu'en soient les sources, peut alors exister sans référence à la religion. Elle n'est que l'usage de la raison, appliquée à la recherche du bien et du mal¹⁵⁴⁶.

De ce fait, l'insertion d'une liberté de conscience dans le droit permettrait de protéger une plus vaste catégorie de croyances et de convictions que simplement religieuses, tout aussi dignes de respect¹⁵⁴⁷. On reconnaît à la liberté de religion la capacité à assurer le pluralisme des idées, mais cela est tout aussi vrai de conceptions dénuées de lien avec une confession. Si le but est de garantir la circulation des idées et si ce droit n'est pas susceptible de subir de limitations¹⁵⁴⁸, il n'existe pas de réelles raisons d'en limiter la portée aux pensées religieuses.

446. Idée, pensée, croyance, conscience. La rédaction des textes fondamentaux autorise une telle lecture indépendante de la liberté de conscience¹⁵⁴⁹. La Charte canadienne protège la liberté de conscience et de religion à l'alinéa 2a). L'énumération est intéressante ici : dans la plupart des instruments internationaux, on agrège la liberté de pensée, de conscience et de religion, comme s'il n'existait pas de réelle différence entre ces termes, qui semblent alors interchangeables. Au contraire, la Charte canadienne a choisi d'isoler dans un alinéa spécifique la liberté de conscience et de religion, en renvoyant croyance, pensée et opinion dans un autre alinéa. Bien qu'il existe indubitablement des liens très étroits entre ces termes, il est possible de faire quelques distinctions, qui expliquent pourquoi la conscience tient une place à part, qui la rapproche davantage de la question de la religion. La pensée est décrite comme « une activité de la conscience », une capacité de réflexion¹⁵⁵⁰. Elle semble donc être plutôt un produit de la conscience. La pensée se construit parce qu'il existe une conscience qui permet l'engendrer.

Ensuite, une opinion renvoie à une « manière de penser, de juger sur un sujet, qu'il s'agisse d'une attitude de l'esprit qui tient pour vraie une assertion, d'un système d'assertions que l'esprit accepte ou rejette »¹⁵⁵¹. Qu'elle soit attribuée à une personne en particulier ou à un

¹⁵⁴⁵ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°524, p. 786.

¹⁵⁴⁶ R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 108.

¹⁵⁴⁷ *Id.*, 111.

¹⁵⁴⁸ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°523, p. 785.

¹⁵⁴⁹ On le constate aussi à la lecture des déclarations de droits internationales : la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 605, art. 18 et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 1229, art. 18, prévoient toutes deux la protection de cette liberté, en distinguant bien à chaque fois pensée, conscience et religion.

¹⁵⁵⁰ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° *Pensée* (consulté le 16 juillet 2020).

¹⁵⁵¹ *Id.*, ° *Opinion*.

collectif, l'opinion est empreinte d'une part de subjectivité¹⁵⁵². Elle a une dimension plus personnelle et intime que la pensée, terme qui apparaît plus neutre. Elle ne se rapporte pas plus à la connaissance, mais plutôt à la personnalité de celui qui la formule¹⁵⁵³. Là encore, la formation d'une opinion ne semble possible que sur la base d'un système de pensée, sur une conscience, même si s'y ajoute un certain jugement de valeur¹⁵⁵⁴.

Enfin, la croyance est « le fait de croire une chose vraie, vraisemblable ou possible »¹⁵⁵⁵. Cela ressemble plus à « une attitude mentale d'acceptation ou d'assentiment »¹⁵⁵⁶ excluant le doute pour s'en remettre à une réalité, pourtant non totalement vérifiée.

447. Pertinence du fondement canadien. Ces trois termes semblent avoir une portée moins grande que celui de conscience. Ce dernier se rapproche alors d'autant plus de la notion de religion que les deux termes ont une résonance systémique¹⁵⁵⁷. Dans une certaine mesure, la conscience comme la religion organisent certains préceptes et valeurs, pour former une règle de vie, pouvant aller jusqu'à configurer un modèle social¹⁵⁵⁸. Le lien entre les deux termes apparaît plus clairement, comme s'il s'agissait des deux facettes d'un même tout alors que les questions de croyance, de pensée ou d'opinion ne seraient rien d'équivalent. Aussi, on comprend mieux pourquoi le législateur canadien a pu choisir d'isoler les concepts de conscience et de religion, au regard de la proximité de la fonction qu'ils peuvent remplir dans l'existence humaine. Il est alors d'autant plus aisé de dégager un sens propre à la conscience pour développer un droit fondamental autonome, dépouillé de sa connotation religieuse.

448. Fondement de la liberté de conscience en France. Il n'existe pas de reconnaissance formelle de la liberté de conscience en France, même s'il est possible de déceler des fondements textuels qui en justifieraient le développement. Au sein de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen*, l'article 10 dispose que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses ». L'article n'emploie pas le terme de conscience, contrairement à son homologue canadien. Pourtant, il ne semble pas que cela diminue la portée du texte pour autant, au regard de la formulation singulière choisie par le législateur : on ne peut reprocher à personne ses opinions, mêmes religieuses, ce qui sous-entend que le premier terme a au

¹⁵⁵² Bertrand DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n°34, Paris, LGDJ, 2000, n°11, p. 4.

¹⁵⁵³ *Id.*, n°11, p. 4.

¹⁵⁵⁴ *Id.*, n°13, p. 5.

¹⁵⁵⁵ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° Croyance (consulté le 16 juillet 2020).

¹⁵⁵⁶ Paul RICEUR, « CROYANCE », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : < <http://www.universalis-edu.com.doelec.u-bordeaux.fr/encyclopedie/croyance/> > (consulté le 16 juillet 2020).

¹⁵⁵⁷ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 576.

¹⁵⁵⁸ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° Religion (consulté le 16 juillet 2020).

contraire une portée plus large que le second. Le texte paraît affirmer que, parmi les opinions, il en existe des religieuses, qui sont tout aussi dignes de respect que les autres. Cela signifie *a contrario* qu'il n'y a pas que les convictions religieuses qui sont protégées, à la façon de la Charte canadienne qui distingue conscience et religion. Une interprétation des termes employés ici pourrait conduire à des conclusions similaires à celles tirées au Canada, à savoir qu'il existe la possibilité de défendre des convictions non religieuses. Le texte ouvre donc ici la voie à une protection d'opinions plus larges, qui pourraient inclure celles d'un lanceur d'alerte¹⁵⁵⁹.

Toutefois, la question de la liberté de conscience et de religion prend souvent un autre tour dans ce pays. L'État français reconnaît la laïcité comme consubstantielle à son existence, au même titre qu'il adopte une forme démocratique dans ses institutions¹⁵⁶⁰. Du fait de cette laïcité, l'État « assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » et « respecte toutes les croyances »¹⁵⁶¹. La question des croyances est ainsi liée à une question d'égalité¹⁵⁶². Leur protection se concrétise le plus souvent par la non-ingérence de l'État dans les affaires religieuses et le principe de neutralité¹⁵⁶³. On prétend qu'en garantissant une telle approche, ce dernier ne privilégie aucune confession, ce qui contribue à leur épanouissement indépendant et assure l'égalité entre toutes. Si cela est vrai pour les religions, il devrait en être de même pour les opinions séculières, qui relèvent d'une conviction profonde et fondatrice de l'existence d'une personne. D'ailleurs, la Constitution parle de croyances et non pas seulement de religion, ce qui devrait autoriser une ouverture au respect d'autres convictions non religieuses.

449. Apparence de divergence. Néanmoins, le lien qui est souvent établi entre conscience et principe d'égalité invite à penser que les enjeux de cette liberté ne sont pas tout à fait les mêmes en France et au Canada. Il pourrait apparaître qu'elle a une vocation plus précise dans le premier pays, comme si elle n'était pas tout à fait au service des individus, mais aussi de la société dans son ensemble. Cela se vérifie d'ailleurs lorsque l'on étudie de plus près la jurisprudence rendue au nom de la liberté de conscience.

¹⁵⁵⁹ C'est d'ailleurs ce que retient le Conseil constitutionnel, en fondant la liberté de conscience dans l'article 10 DDHC : Cons. const. 27 juin 2001, n°2001-446, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec. Cons. const., p. 74, cons. 10.

¹⁵⁶⁰ Art. 1^{er} de la Constitution française.

¹⁵⁶¹ *Id.* De même, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, intégré au bloc constitutionnel, prévoit que « nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances. »

¹⁵⁶² L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°311, p. 297.

¹⁵⁶³ L. FAVOREU et al. (dir.), *Id.*, p. n°311, 297; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°529, p. 796.

1.1.1.2 Les fondements jurisprudentiels de la liberté de conscience

450. Reconnaissance jurisprudentielle. La Cour suprême a pris acte de la rédaction ouverte de l'article 2a) de la Charte canadienne. À plusieurs reprises, elle a donné l'occasion d'une interprétation généreuse de cet alinéa, pour protéger des convictions n'ayant pas de lien avec la religion. Étonnamment, c'est une décision relative à la religion qui a initié le développement du concept de liberté de conscience : dans l'arrêt *Big M Drug Mart*¹⁵⁶⁴, la Cour devait se pencher sur le sort de la *Loi sur le dimanche*¹⁵⁶⁵, dont l'article 4 interdisait de travailler le jour dit, à quelques exceptions près¹⁵⁶⁶, sous peine de commettre une infraction criminelle¹⁵⁶⁷. L'entreprise Big M était alors accusée d'avoir procédé à des ventes un dimanche, en contravention avec la précédente loi. L'une des questions que soulevait ce cas revenait à se demander si cette loi portait atteinte à la liberté de conscience et de religion protégée à l'article 2a) de la Charte canadienne, du fait qu'elle imposait un jour de repos dominical à tous, quelle que soit la religion pratiquée ou non. Après avoir reconnu l'objet religieux de la loi contestée¹⁵⁶⁸, il s'agissait de savoir quel sens donner à la liberté de conscience et de religion afin de savoir si la *Loi sur le dimanche*¹⁵⁶⁹ contrevenait à ce droit fondamental. Pour cela, il était nécessaire de rechercher l'objet de ce droit, basé sur une analyse téléologique du texte de la Charte canadienne¹⁵⁷⁰. C'est à l'occasion de la recherche du sens de cette liberté que le juge en chef Dickson a décrit, de façon large et généreuse, les multiples facettes que recouvre ce droit. Il n'y est pas seulement question de religion, mais

« L'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de

¹⁵⁶⁴ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

¹⁵⁶⁵ *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13.

¹⁵⁶⁶ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 302.

¹⁵⁶⁷ *Loi sur le dimanche*, préc., note 1565, art. 12, 13 et 14.

¹⁵⁶⁸ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 331.

¹⁵⁶⁹ *Loi sur le dimanche*, préc., note 1565.

¹⁵⁷⁰ R. c. *Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 344. : « L'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y attachent selon le texte de la *Charte*. »

libertés "fondamentales". Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*. »¹⁵⁷¹

Ici, le juge en chef utilise séparément le terme « conscience », qui semble faire l'objet d'une analyse distincte de la religion. Il se dessine un sens propre, détaché de toute considération religieuse, en faisant de la conscience une liberté politique, favorisant l'épanouissement et l'auto-détermination des individus. De cette façon, le juge Dickson répond bien à ce souhait d'opérer une interprétation généreuse et extensive de la Charte canadienne, qui permet d'inclure à la protection de l'article 2a) des convictions non religieuses.

Cette interprétation est encore confirmée par la suite, lorsque le juge énonce que :

« Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. Historiquement, la foi et la pratique religieuses sont, à bien des égards, des archétypes des croyances et manifestations dictées par la conscience et elles sont donc protégées par la *Charte*. La même protection s'applique, pour les mêmes motifs, aux expressions et manifestations d'incroyance et au refus d'observer les pratiques religieuses. »¹⁵⁷²

Les juges semblent ici prétendre que les croyances religieuses ne sont que des manifestations, parmi d'autres, de ce que peut être la conscience. Il les qualifie d'« archétypes », laissant entendre qu'il existe d'autres manifestations de la conscience et qu'il serait un peu réducteur de limiter l'application de cette liberté fondamentale aux seules questions religieuses¹⁵⁷³, même si c'est elle qui a majoritairement intéressé les juristes à travers les siècles. Ces dernières n'en sont qu'une manifestation parmi d'autres, interprétation partagée par d'autres juges par la suite¹⁵⁷⁴. Les sociétés contemporaines doivent également offrir la possibilité de défendre d'autres manifestations de la conscience, ancrées dans une dimension morale ou éthique.

451. Confirmations : *R. c. Edwards Books*¹⁵⁷⁵. Une liberté de conscience autonome a été reprise à plusieurs affirmée par la suite. Dans une décision portant également sur l'application d'une loi interdisant l'ouverture de commerces les jours fériés (y compris le dimanche), la Cour suprême a réaffirmé que

« L'alinéa 2a) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et,

¹⁵⁷¹ *Id.*, 346.

¹⁵⁷² *Id.*, 346-347.

¹⁵⁷³ La version anglaise de la décision emploie, elle, le terme de « prototype », ce qui montre bien que le juge en chef n'entend pas limiter la question de la liberté de conscience à sa dimension religieuse : *Id.*, 347.

¹⁵⁷⁴ R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 114; *R. c. Morgentaler*, préc., note 1238, 177 et 178, j. Wilson.

¹⁵⁷⁵ *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. »¹⁵⁷⁶ (nos soulignements)

Ici encore, le juge en chef Dickson laisse ouverte la possibilité d'entendre la liberté de conscience de façon beaucoup plus large qu'impliquant seulement la religion. On retrouve ici des références à la définition de la conscience précédemment donnée¹⁵⁷⁷, qui lie la notion à la connaissance de soi qui ne passe pas nécessairement par un vecteur religieux. Nous l'avons souligné, pour la Cour suprême, la connotation religieuse de la conscience ne représente que « certains cas », laissant entrevoir la possibilité d'une plus vaste représentation des idées protégées sur le fondement de l'alinéa 2a).

452. Confirmations : R. c. Morgentaler. Mais l'affirmation d'une liberté de conscience autonome est sûrement encore plus probante dans l'arrêt *Morgentaler*¹⁵⁷⁸, où il n'était cette fois-ci pas question de religion. La juge Wilson positionne le problème de l'avortement sous le couvert de la liberté, celle de décider de recourir à cette pratique ou non. Plus exactement, elle considère que l'avortement n'est pas seulement une question d'auto-détermination et de liberté personnelle¹⁵⁷⁹, mais également un enjeu sur le fondement de l'alinéa 2a) de la Charte canadienne¹⁵⁸⁰ : « je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. »¹⁵⁸¹ Reprenant la position de principe émise précédemment par le juge en chef Dickson¹⁵⁸², elle précise qu'elle

« [serait] d'avis que ce que l'on croit en conscience, sans motivation religieuse, est également protégé par la liberté de conscience garantie à l'al. 2a). (...) Il me semble donc que, dans une société libre et démocratique, la "liberté de conscience et de religion" devrait être interprétée largement et s'étendre aux croyances dictées par la conscience, qu'elles soient fondées sur la religion ou sur une morale laïque. D'ailleurs, sur le plan de l'interprétation législative, les termes "conscience" et "religion" ne devraient pas être considérés comme tautologiques quand ils peuvent avoir un sens distinct, quoique relié. Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. C'est nier la liberté de conscience à certains, les traiter comme un moyen pour une fin, les priver, selon le mot du professeur MacCormick, de "l'essence de leur humanité". »¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁶ *Id.*, 759.

¹⁵⁷⁷ *Supra*, n°444.

¹⁵⁷⁸ *R. c. Morgentaler*, préc., note 1238.

¹⁵⁷⁹ *Supra*, n°363.

¹⁵⁸⁰ *R. c. Morgentaler*, préc., note 1238, 175.

¹⁵⁸¹ *Id.*, 175 et 176.

¹⁵⁸² *Id.*, 176 et 177.

¹⁵⁸³ *Id.*, 178, 179.

Ainsi, la possibilité de choisir de recourir à l'avortement est considérée ici comme relevant des convictions personnelles, dignes de protection au nom de l'alinéa 2a) de la Charte canadienne. Dépourvue de tout lien avec des questions religieuses, l'opinion de la juge Wilson penche nettement en faveur de la reconnaissance d'un droit à la liberté de conscience autonome, protégeant les convictions personnelles non religieuses. La conception de la conscience, protégée à travers ces mots, résonne fortement avec sa dimension morale et séculière. Cela correspond bien à la possibilité de voir respecter les convictions permettant à une personne de vivre et de choisir selon les valeurs fondamentales qui guident son existence. Cette une vision élargie pourrait tout à fait être conforme avec la défense des convictions du lanceur d'alerte.

453. Reconnaissance implicite. La portée de ses affirmations peut paraître relative parce que la juge Wilson n'avait ici rendu qu'une opinion concurrente. Toutefois, on en trouve les échos dans d'autres décisions¹⁵⁸⁴, laissant supposer que l'idée d'une liberté de conscience a fait son chemin au sein de la Cour suprême. En 2004, les juges ont marqué encore une fois une opposition entre les croyances religieuses et les convictions qui « soit possèdent une source séculière ou sociale, soit sont une manifestation de la conscience de l'intéressé »¹⁵⁸⁵ et donc qui ne peuvent être directement couverte sur le fondement de la liberté de religion. Implicitement, c'est admettre que ces convictions sont protégées par un autre concept, qui ne saurait être autre que la liberté de conscience.

Outre l'avortement, la fin de vie a été l'objet d'un débat au Canada, mettant en jeu la liberté de conscience de médecins. En effet, à l'occasion d'une décision importante invalidant une partie des dispositions du *Code criminel* relatives à l'aide médicale à mourir¹⁵⁸⁶, la Cour suprême a confirmé que, même si cette liberté n'était pas directement mise en jeu dans les faits, s'agissant d'une décision d'invalidation et d'inapplicabilité des textes criminels, le nouveau dispositif législatif devait effectivement prendre en compte la liberté de conscience du médecin¹⁵⁸⁷. À l'unanimité, la Cour a considéré que « la décision du médecin de participer à l'aide à mourir relève de la conscience et, dans certains cas, de la croyance religieuse. »¹⁵⁸⁸ On note d'ailleurs que les juges font explicitement référence à la décision *Morgentaler*¹⁵⁸⁹ pour émettre cette opinion et qu'ils font, une fois de plus, une distinction entre conscience et religion. Cela confirme donc que l'idée d'une liberté de conscience indépendante d'une dimension

¹⁵⁸⁴ *B. (R.) c. Children's aid society of Metropolitan Toronto*, préc., note 1251, par. 39, j. en chef Lamer.

¹⁵⁸⁵ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1557, 576.

¹⁵⁸⁶ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331.

¹⁵⁸⁷ *Id.*, par. 132.

¹⁵⁸⁸ *Id.*

¹⁵⁸⁹ *R. c. Morgentaler*, préc., note 1238.

religieuse prend de l'importance dans l'esprit des juges canadiens. Ainsi se forme ici « une catégorie résiduaire de convictions qui, bien que non couvertes par la liberté de religion, peuvent malgré tout être protégées en tant qu'expression de la « conscience » individuelle »¹⁵⁹⁰.

Bien sûr, une liberté de conscience autonome protégeant les convictions personnelles autres que religieuses n'a jamais été explicitement et solennellement reconnue par la jurisprudence canadienne¹⁵⁹¹. Toutefois, les diverses manifestations¹⁵⁹² et réflexions menées sur la question ne laissent que peu de doutes quant à l'existence, implicite mais réelle, d'une telle liberté.

454. Charte québécoise. Notons en outre que la Charte québécoise peut aussi constituer le socle de la reconnaissance d'une liberté de conscience distincte de la liberté de religion à travers son article 3. La Cour suprême a uniformisé les analyses des droits fondamentaux supra-législatifs applicables au Canada¹⁵⁹³. Les analyses produites sur le fondement de l'alinéa 2a) de la Charte canadienne sont donc transposables à la Charte québécoise, qui permettra leur application particulièrement dans des conflits entre particuliers¹⁵⁹⁴. Cela sera d'autant plus utile en ce qui concerne le lanceur d'alerte, si l'on considère que c'est le plus fréquemment sa situation d'emploi qui lui procure l'opportunité de parler. Le conflit et la limitation de sa liberté de conscience seront dans ce cas le fait de son employeur, personne privée, créant un conflit entre entités sans lien avec l'État. Aussi, si la Charte canadienne n'est pas systématiquement applicable, ici les analyses qui en sont proposées sont valables aussi pour les conflits privés, via la Charte québécoise.

455. Transposition française. S'il semble possible d'affirmer l'existence d'une liberté de conscience autonome au Canada, il reste à savoir si l'on peut transposer un tel raisonnement en France. Même s'il ne semble pas se dégager un principe avec la même netteté, la jurisprudence donne quelques exemples qui pourraient s'apparenter à un embryon de liberté de conscience comme elle peut exister au Canada.

¹⁵⁹⁰ Louis-Philippe LAMPRON, « Liberté de conscience et de religion », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 6, Montréal, LexisNexis Canada, n°6, à jour au 30 août 2020 (Lad/QL).

¹⁵⁹¹ *Id.*

¹⁵⁹² *Maurice c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. n°72, par. 10 et 12 : « le végétarisme est un choix qui est fondé sur la conviction selon laquelle la consommation de produits d'origine animale est moralement répréhensible. Les motifs pour lesquels une personne pratique le végétarisme peuvent varier, mais à mon avis, le système de croyances sous-jacent peut être considéré comme l'expression d'un choix fait selon sa "conscience". (...) Par conséquent, à mon avis, tout comme le droit à un régime alimentaire religieux peut être prévu à l'alinéa 2a) de la Charte, il existe un droit similaire de suivre un régime végétarien, lequel est fondé sur la liberté de conscience. » ; *Poulin c. Collège des médecins du Québec*, [2011] J.Q., no 1664, par. 135 et suiv. (C.S.) (reconnaissance implicite d'une protection des convictions éthiques, même si la Cour supérieure conclut à l'absence de violation de l'art.3 Charte québécoise).

¹⁵⁹³ L.-P LAMPRON, préc., note 1590, par. 4 ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 1557, 575.

¹⁵⁹⁴ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527, 597. Voir *infra*, n°850 et suiv.

456. Liberté de conscience dans les décisions du Conseil constitutionnel. D'abord, le Conseil constitutionnel a reconnu que « la liberté de conscience doit être regardée comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. »¹⁵⁹⁵ Outre la reconnaissance de ce principe, cette décision lui attribue une valeur constitutionnelle, grâce aux fondements auxquels il s'attache. On n'en sait guère plus sur le contenu et les implications d'une telle liberté ni même si elle se distingue réellement de la liberté de religion. Il semble que le Conseil constitutionnel reconnaisse un tel principe aux enseignants, nonobstant le devoir de réserve¹⁵⁹⁶. Ce dernier ne peut donc empiéter sur la liberté de conscience des enseignants, qui doit être respectée même dans les établissements privés. Cette décision semble pour le moment confirmer que la liberté de conscience ne saurait subir de limitations, quant à son contenu à tout le moins, même si ce dernier reste encore à préciser. Par ailleurs, s'agissant dans cette décision des enseignants exerçant dans des établissements privés, donc potentiellement reliés à une confession religieuse, le cordon ne semble pas nettement coupé avec la liberté de religion.

Toutefois, le Conseil constitutionnel a depuis conféré un fondement différent à la liberté de conscience, qui se trouve désormais liée à l'article 10 de la DDHC¹⁵⁹⁷. Il ne s'agit plus d'un simple principe fondamental reconnu par les lois de la République, mais d'un droit à part entière, avec toute la puissance symbolique que cela implique, même si cela ne change en réalité rien à la valeur constitutionnelle de ce droit.

De façon étonnante, c'est également la question de l'avortement qui a donné l'occasion d'appliquer à nouveau le droit à la liberté de conscience en France, comme ce fut le cas au Canada plus de dix ans auparavant. Déjà, dans la décision qui approuve la loi dépenalisant l'avortement, les sages de la rue Montpensier avaient considéré que le texte contesté « [respectait] la liberté des personnes appelées à recourir ou à participer à une interruption de grossesse »¹⁵⁹⁸, liberté alors fondée sur l'article 2 de la DDHC¹⁵⁹⁹. Ce fondement manque cependant de spécificité et il n'est pas réellement possible de rattacher effectivement cette liberté reconnue avec celle de faire des choix en conscience. Ce n'est que lors de l'examen de

¹⁵⁹⁵ Cons. const. 23 novembre 1977, n°77-87, *Loi complémentaire à la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n°71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté d'enseignement*, Rec. Cons. const., p. 42, cons. 5.

¹⁵⁹⁶ *Id.*, cons. 6.

¹⁵⁹⁷ Cons. const. 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, préc., note 30. Voir également *La liberté de conscience*, en ligne : < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-liberte-de-conscience> > (consulté le 21 juillet 2020).

¹⁵⁹⁸ Cons. const. 15 janvier 1975, n°75-54, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. Cons. const., p. 19, cons. 8.

¹⁵⁹⁹ Art. 2 DDHC : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. »

la seconde loi entérinant le dispositif de l'avortement que le lien est explicitement fait entre la liberté de conscience et le choix pour un médecin de pratiquer une telle procédure. Faisant explicitement référence à la liberté de conscience en tant que principe fondamental reconnu par les lois de la République¹⁶⁰⁰, le Conseil constitutionnel a considéré que si le chef d'un service ne pouvait refuser que se pratique une interruption volontaire de grossesse, « il conserve (...) le droit de ne pas en pratiquer lui-même ; qu'est ainsi sauvegardée sa liberté, laquelle relève de sa conscience personnelle et ne saurait s'exercer aux dépens de celle des autres médecins et membres du personnel hospitalier qui travaillent dans son service. »¹⁶⁰¹ Ici, il s'agit très clairement d'une application de la liberté de conscience en tant que telle, détachée de toute considération religieuse. Le Conseil constitutionnel fait une application du principe qu'il a dégagé et qui vise sans aucun doute à voir respecter les convictions personnelles, ici celle d'agréer à l'interruption volontaire de grossesse ou non.

457. Liberté de conscience des fonctionnaires. Une autre application particulièrement remarquée de la liberté de conscience au niveau constitutionnel concernait la loi ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe¹⁶⁰². Le Conseil était saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, arguant qu'une telle loi pouvait heurter les convictions personnelles des maires et de leurs adjoints. L'absence de prévision d'une clause de conscience serait en contradiction avec le respect de la liberté de conscience de ces officiers d'état civil. À ce sujet, le Conseil constitutionnel a considéré, de façon un peu lapidaire, que

« En ne permettant pas aux officiers de l'état civil de se prévaloir de leur désaccord avec les dispositions de la loi du 17 mai 2013 pour se soustraire à l'accomplissement des attributions qui leur sont confiées par la loi pour la célébration du mariage, le législateur a entendu assurer l'application de la loi relative au mariage et garantir ainsi le bon fonctionnement et la neutralité du service public de l'état civil ; qu'en égard aux fonctions de l'officier de l'état civil dans la célébration du mariage, il n'a pas porté atteinte à la liberté de conscience. »¹⁶⁰³

En réalité, il n'est pas tant ici question de dénier la liberté de conscience aux maires face au mariage. Cette liberté existe bien, mais elle doit céder le pas pour assurer l'application de la loi, le fonctionnement du service public et sa neutralité. Toutefois, ce n'est pas en rapport avec les exigences de laïcité que ce dernier principe est invoqué, mais plutôt en ce qu'il participe à la garantie de l'égalité de tous¹⁶⁰⁴. En effet, en ne permettant pas aux officiers d'état civil de

¹⁶⁰⁰ Cons. const. 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, préc., note 1598, cons. 13.

¹⁶⁰¹ *Id.*, cons. 15.

¹⁶⁰² *Loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, J.O. 18 mai 2013, p. 8253.

¹⁶⁰³ Cons. const. 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres*, Rec. Cons. const., p. 1002, cons. 10.

¹⁶⁰⁴ Jérôme ROUX, « La liberté de conscience emmurée dans le for intérieur », *Constitutions* 2014.196, 199.

s'abstenir de célébrer les mariages des personnes de même sexe au nom de la liberté de conscience, c'est aussi le principe d'égalité des citoyens devant la loi que cherche à sauvegarder le Conseil constitutionnel. Pour critiquable que puisse être cette position¹⁶⁰⁵, elle dénote le souci des gardiens de la Constitution d'adopter une perspective plus globale et de prendre en compte les retentissements de la liberté de conscience d'un représentant de l'État sur le reste des citoyens. En réalité, il semble qu'implicitement le Conseil constitutionnel résolve un conflit entre des droits défendant des intérêts opposés : d'un côté il y a la liberté de conscience des officiers d'état civil, dont les convictions vont à l'encontre de leur devoir de célébrer les mariages des personnes de même sexe, de l'autre le principe d'égalité des citoyens, auquel nous nous permettrons d'ajouter le droit à la vie privée, dans son volet familial. La liberté de conscience de l'officier d'état civil entre directement en conflit avec un droit tout aussi puissant et dont la loi assure l'application effective. C'est un argument que le Conseil constitutionnel aurait pu avancer, qui aurait par ailleurs donné un peu plus de poids à une solution un peu elliptique. Ce dernier semble opérer ici un choix, qui n'est pas celui de nier la liberté de conscience des personnes humaines ayant par ailleurs la fonction d'officier d'état civil, mais plutôt celui de privilégier l'égalité des citoyens et sûrement également le droit à la vie privée et familiale des personnes.

Cela ne signifie pas qu'une autre conciliation des droits en présence était impossible. Il a été suggéré à ce sujet que le maire a toujours la capacité de déléguer ses pouvoirs en matière de célébration des mariages, notamment à une personne qui ne se sent pas atteinte dans sa liberté de conscience face aux unions de même sexe¹⁶⁰⁶. Pourtant, le Conseil constitutionnel a choisi une autre formulation : au regard des fonctions d'officier d'état civil, il n'a pas été porté atteinte à sa liberté de conscience, comme s'il n'était pas possible pour cette personne, en sa qualité, de faire valoir ses convictions. Pourquoi ici ne pas avoir invoqué le devoir de réserve des fonctionnaires ? Certes, ce dernier est essentiellement applicable dans le cadre des expressions religieuses, mais cela ne revient-il pas au même si un fonctionnaire ne peut pas exprimer une opinion au regard des fonctions qu'il occupe ? Même si le devoir de neutralité est en pratique inapplicable, on sent tout de même l'influence de ce principe, qui semble aussi s'opposer à la possibilité pour un fonctionnaire d'exprimer une idée qui pourrait compromettre l'égalité des citoyens entre eux. La question de la liberté de conscience prend donc une tournure qui la rapproche très sensiblement de la liberté de religion, au point qu'il semble difficile de

¹⁶⁰⁵ *Id.*

¹⁶⁰⁶ *Id.*

réellement les distinguer. On sent une sorte de répugnance à la possibilité d'envisager que des personnes soient lésées par les opinions d'un représentant de l'État. Pour digne que ce soit, cette volonté ne semble pas rendre très réaliste la reconnaissance d'une liberté de conscience autonome.

458. Liberté de conscience des avocats. On pourrait penser que cette analyse est circonscrite aux fonctionnaires, dont le statut particulier appelle un traitement spécifique. Pourtant, le Conseil constitutionnel a aussi considéré qu'un avocat commis d'office ne peut pas non plus invoquer sa liberté de conscience pour refuser de transmettre au président de la cour d'assises les motifs de son empêchement à représenter l'accusé¹⁶⁰⁷. Ces définitions sont toutefois à nuancer, puisqu'elles ne remettent pas directement en cause la liberté de conscience en tant que telle, mais plutôt sa manifestation.

459. Difficultés et divergences des positions. Toutefois, la façon dont le Conseil constitutionnel reconnaît la manifestation de la liberté de conscience interroge l'effectivité de ce droit devant les juridictions internes françaises. Elle a été peu autorisée à permettre effectivement de défendre une conviction face à une situation donnée, de sorte qu'il est possible de se demander si la liberté elle-même existe réellement. Si les conditions d'exercice de cette liberté sont trop strictes, autant dire que sa reconnaissance demeure en réalité théorique et ne connaît pas de manifestation réelle. Sans aller jusque-là, il semble surtout que le Conseil constitutionnel fasse preuve d'une très grande prudence autour de cette liberté de conscience, prudence que l'on ne retrouve pas dans la même mesure dans la jurisprudence canadienne. Celle-ci semble plus encline à tirer les conséquences de la reconnaissance de cette liberté, offrant un visage plus libéral que ne le fait le Conseil constitutionnel. Ce dernier manipule avec précaution un droit dont les contours sont encore très flous en France. Il ressort surtout des décisions du Conseil qu'il reste difficile de détacher la liberté de conscience, entendue dans un sens séculier, des analyses déjà bien en place en matière de liberté religieuse. Cela ne plaide pas forcément pour une reconnaissance autonome de ce droit... Le fait que les gardiens de la Constitution bottent en touche plutôt que de se pencher sur le sujet n'aide certainement pas à asseoir l'existence d'un droit, qui peut avoir pourtant un grand intérêt pratique et dont la reconnaissance pure et simple n'engage finalement à pas grand-chose, si ce n'est de dire que chacun peut penser ce que bon lui semble. C'est au contraire au regard de son extériorisation que le droit mérite d'être éclairci.

¹⁶⁰⁷ Cons. const. 4 mai 2018, n°2018-704 QPC, *M. Franck B. et autre*, J.O. 30 mai 2018, texte n°108.

460. Liberté de conscience dans la jurisprudence européenne. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait aussi constituer le socle d'une reconnaissance de la liberté de conscience, non liée à des motifs religieux, surtout face aux incertitudes laissées par le droit interne français. La jurisprudence rendue par cette cour est intéressante, dans la mesure où la Cour a, elle, cherché à définir ce qu'est une conviction digne de protection. Bien que se prononçant sur le fondement de l'article 2 du premier Protocole additionnel à la Convention européenne¹⁶⁰⁸, la Cour a fait le lien avec le contenu de l'article 9 de cette même convention, par l'utilisation commune, dans la version française de ces textes, du terme « conviction »¹⁶⁰⁹. La Cour précise bien à ce sujet que « le mot "convictions" n'est pas synonyme des termes "opinion" et "idées" tels que les emploie l'article 10 (art. 10) de la Convention qui garantit la liberté d'expression (...). Il s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance. »¹⁶¹⁰ Cette définition est conforme à celle précédemment dégagée de la conviction¹⁶¹¹, confirmant qu'elle fait référence à la construction d'une idée que l'on se fait de l'existence, à des concepts fondateurs donnant sens et consistance à la vie d'une personne.

En application de cette approche, la Cour a pu juger que le fait de s'opposer à la chasse sur sa propriété pouvait relever de la liberté de conscience¹⁶¹². Dans cette décision, la Cour européenne ne mène pas son analyse directement sur le fondement de l'article 9 de la Convention, mais via la combinaison du droit de propriété et de l'interdiction des discriminations : une loi française autorisait le regroupement de petites parcelles de terre pour constituer des territoires de chasse à l'échelle d'une commune et l'inclusion de certaines pouvait revêtir un caractère obligatoire pour les propriétaires. Certains s'étaient opposés à cette agrégation et avaient contesté la loi française à ce sujet, notamment en faisant valoir qu'elle violait leur liberté de conscience, en tant que fervents opposants à la chasse. Le fait que certaines terres soient incluses impérativement dans les zones de chasse violait bien le droit de propriété et créait une inégalité entre les propriétaires soumis à cette obligation et les autres, participant ainsi à l'impossibilité pour les premiers de faire valoir leurs convictions personnelles :

¹⁶⁰⁸ Conv. EDH, Protocole n°1, art. 2 : « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

¹⁶⁰⁹ *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, 25 février 1982, n°7511/76 ; 7743/76, série A n°48, par. 36.

¹⁶¹⁰ *Id.* L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°619, p. 524 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°524, p. 786.

¹⁶¹¹ *Supra*, n°444.

¹⁶¹² *Chassagnou et autres c. France*, 29 avril 1999, n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III.

« Dans la mesure où la différence de traitement opérée entre les grands et les petits propriétaires a pour conséquence de réserver seulement aux premiers la faculté d'affecter leur terrain à un usage conforme à leur choix de conscience, elle constitue une discrimination fondée sur la fortune foncière. »¹⁶¹³

Aussi, la Cour européenne n'a pas jugé nécessaire de reproduire le raisonnement sur le fondement de l'article 9 de la Convention, puisque la violation de ce droit avait implicitement été déjà démontrée¹⁶¹⁴. Il faut alors se tourner vers l'opinion séparée du juge Fischbach pour trouver de plus amples explications concernant la liberté de conscience. Selon lui,

« Les convictions « environnementalistes » ou « écologiques » se rangent parmi celles qui entrent dans le champ d'application de l'article 9 dans la mesure où elles relèvent d'un véritable choix de société. Il s'agit en fait de convictions intimement liées à la personnalité de l'individu et qui déterminent les orientations qu'il donne à sa vie. »¹⁶¹⁵

Il apporte ici quelques éléments de réponse quant à ce que couvre la liberté de conscience. Il confirme, là encore, la dimension fondatrice de la notion de conviction, qui concourt à définir de l'essence de l'individu. Il s'agit là bien de toutes les opinions qui sont au fondement de l'existence d'une personne, ce qui semble être définitivement le critère de distinction des convictions effectivement protégées au titre du droit.

Les arguments du juge Fischbach ont pu avoir un certain écho au sein de la Cour européenne. Dans une affaire qui concernait également l'opposition d'une personne à ce que l'on chasse sur ses terres, les juges européens n'ont cette fois-ci pas exclu d'emblée l'analyse sur le fondement de l'article 9 de la Convention européenne et la liberté de conscience. Certes, elle n'a pas été menée en détail et la Cour ne s'est pas positionnée quant au contenu et aux limites de la liberté de conscience autonome, mais elle n'écartera pas non plus l'application de l'article 9. En réalité, elle juge simplement superfétatoire de s'adonner à une analyse complète sur ce fondement, ayant déjà montré dans ses paragraphes précédents que l'atteinte à la propriété était justifiée pour des motifs impérieux d'intérêt général. Ces mêmes motifs auraient également justifié une ingérence dans la liberté de conscience du requérant, sur la base de l'article 9 alinéa 2 de la Convention européenne¹⁶¹⁶. N'apportant pas un éclairage nouveau à sa solution, la Cour européenne a donc choisi de ne pas pousser davantage le raisonnement sur ce fondement. Cela ne signifie pas pour autant que l'article 9 ne peut valablement protéger la

¹⁶¹³ *Id.*, par. 95.

¹⁶¹⁴ *Id.*, par. 125.

¹⁶¹⁵ *Id.*, j. Fischbach.

¹⁶¹⁶ *Herrmann c. Allemagne*, 20 janvier 2011, n°9300/07, par. 87.

liberté de conscience. Au contraire, la reproduction du raisonnement s'agissant de convictions sans rapport avec la religion confirme qu'il est possible d'en retenir une acception laïque.

461. Reconnaissance certaine de la liberté de conscience. En dehors de l'éducation et de la chasse, rares sont les exemples d'application de la liberté de conscience à des convictions sans rapport avec la religion. On a tout de même trouvé une autre décision du Conseil d'Etat, dans laquelle les juges ont reconnu que le choix d'une personne de voir son corps conservé après sa mort dans la perspective d'être ramener à la vie grâce aux progrès de la science, relève de la manifestation d'une conviction, protégée au titre de l'art. 9 Conv. EDH¹⁶¹⁷. Il y a bien une place pour la reconnaissance d'un tel droit qui est encore en construction. Les exemples commencent à se multiplier au Canada, où les juges paraissent avoir une vision plus libérale de la question. Les avancées françaises sont encore timides, tout comme les positions de la Cour européenne, les deux n'aidant que sommairement à l'élaboration d'un droit à la liberté de conscience. Pour autant, il existe bien une ouverture qui permettrait d'envisager une extension de ce droit aux lanceurs d'alerte. Il reste à tenter de définir plus précisément le contenu de la liberté de conscience en France et au Canada, pour vérifier s'il serait possible d'y abriter le lanceur d'alerte.

1.1.2 Le contenu de la liberté de conscience

462. Liberté de conscience et liberté d'opinion. Pour construire une notion de liberté de conscience, on peut ajouter aux éléments déjà rassemblés précédemment dans la jurisprudence et la règle de droit, une définition préexistante de la liberté d'opinion ayant déjà fait l'objet d'une étude¹⁶¹⁸. Si on a pu faire une distinction entre opinion et conscience, en mettant en avant la plus ou moins grande subjectivité des deux notions et donc l'aspect plus ou moins existentiel de ces dernières, leur proximité est tout de même intéressante pour construire une notion de liberté de conscience à part entière. Ainsi la liberté d'opinion a-t-elle été décrite comme « la liberté pour chaque individu d'adopter, dans n'importe quel domaine, l'attitude intellectuelle de son choix, qu'il s'agisse d'une attitude intérieure, d'une pensée intime ou d'une prise de position publique »¹⁶¹⁹. Cette définition est intéressante, car elle résume bien les différents aspects que l'on peut dégager de la liberté de conscience, tels qu'ils apparaissent également dans la jurisprudence à ce sujet. Les liens entre liberté d'opinion, liberté de religion

¹⁶¹⁷ Cons. d'État, 6 janvier 2006, n°260307 ; Isabelle POIROT-MAZERES, « « Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public ». Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénisation », *Droit administratif*, juillet 2006, étude 13.

¹⁶¹⁸ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, préc., note 1552.

¹⁶¹⁹ Jacques ROBERT et Jean DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8. éd, coll. Domat droit public, Paris, Montchrestien, 2009, n°550, p. 600.

et liberté de conscience demeurent étroits, en sorte qu'il est possible de s'inspirer des deux premières pour développer la dernière.

463. Principe de la liberté de conscience. D'abord, la liberté de conscience est effectivement un droit qui, en tant que tel, ne connaît pas de réelles limitations. S'agissant d'une liberté de l'esprit, il est impensable d'envisager un contrôle ou une limitation de la pensée des personnes. C'est ce qui ressort de la définition précédemment donnée concernant la liberté d'opinion : puisqu'il s'agit d'une « attitude intérieure »¹⁶²⁰, chacun est libre de former les pensées et de forger les convictions qu'il souhaite. Aussi, quant au contenu matériel de ces convictions, il ne peut y avoir de limites, dans le sens où l'on ne peut les dicter à une personne : « liberté de penser et de sentir, liberté absolue d'opinions et de sentiments sur tous les sujets, pratiques ou spéculatifs, scientifiques, moraux ou théologiques »¹⁶²¹ (nos soulignements). Cet aspect correspond à l'alinéa 1 de l'article 9 Conv. EDH, qui proclame le principe de cette liberté¹⁶²².

464. Caractère suffisamment important des convictions. En revanche, cela ne signifie pas pour autant que n'importe quelle conviction est éligible à une protection au nom de la liberté de conscience. C'est sûrement là que réside la spécificité de cette liberté. Au regard de la définition du terme, des applications déjà faites en jurisprudence et des réflexions menées par les juges, le domaine de cette liberté correspond à celui des convictions qui définissent les choix existentiels, philosophiques, politiques¹⁶²³ d'une personne, permettant de construire une personnalité¹⁶²⁴. Ce sont donc des convictions présentant une force réelle pour les individus, ayant « un contenu formel identifiable »¹⁶²⁵. On peut dire que ce sont les convictions qui révèlent un certain regard posé sur l'existence et des sujets qui revêtent une certaine importance d'un point de vue social. L'avortement, la chasse, un régime alimentaire, le mariage, la sépulture, les châtiments corporels dans l'éducation des enfants sont quelques exemples des sujets déjà reconnus et protégés au nom de la liberté de conviction. On remarque que ce sont des choix en rapport étroit avec l'auto-détermination individuelle, telle qu'elle peut ressortir aussi de la protection de la vie privée¹⁶²⁶ et, en ce sens, les protéger au nom de la liberté de

¹⁶²⁰ *Id.*

¹⁶²¹ J. S. MILL, préc., note 1531, p. 78.

¹⁶²² En ce sens, *Chassagnou et autres c. France*, préc., note 1612, j. Fischbach.

¹⁶²³ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°356, p. 195.

¹⁶²⁴ Voir en ce sens particulièrement l'opinion du juge Fischbach précitée : *Chassagnou et autres c. France*, *id.*

¹⁶²⁵ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°356, p. 195.

¹⁶²⁶ C'est le cas de l'avortement, du mariage ou encore des choix éducatifs faits par les parents, qui relève tous deux de la protection de la vie privée : voir *supra*, n°363 et 364 notamment. On pourrait considérer aussi que le

conviction peut paraître redondant, voire superfétatoire. Toutefois, il faut bien remarquer ici que ces sujets ne concernent pas seulement les personnes qui effectuent des choix sur ces sujets. Ils concernent la société dans son ensemble¹⁶²⁷ et peuvent être la source de débats importants entre les individus. Tout comme pour la liberté de religion, la liberté de conscience et d'opinion est un support essentiel pour l'échange des idées et participe activement au fonctionnement de la démocratie¹⁶²⁸.

465. Aspect positif¹⁶²⁹ de la liberté de conscience. Ainsi, la liberté de conscience protège essentiellement le monde des idées et non les choix opérés à titre personnel qui relèvent d'autres droits fondamentaux. Ensuite, toujours au regard de la jurisprudence précédente, il est possible d'affiner l'analyse de la liberté de conscience. Tout comme lorsque l'on analyse la liberté de religion¹⁶³⁰, le droit se structure autour de deux aspects complémentaires. En premier lieu, il s'agit bien de la possibilité d'adopter une conviction ou au contraire de ne pas y adhérer, ou enfin d'en changer¹⁶³¹. Sur cet aspect, il n'existe aucune raison d'opérer une distinction entre la liberté de conscience et de religion.

466. Manifestation de la liberté de conscience. En second lieu, la liberté de conscience implique la possibilité de manifester ses convictions. C'est un aspect que l'on retrouve dans la Convention européenne¹⁶³² et dans la définition donnée de la liberté d'opinion¹⁶³³, confirmant que les libertés de l'esprit se déclinent toutes sous ce double aspect. Quant à la manifestation de ces convictions, il ne s'agit pas de considérer ici les démonstrations d'une conviction qui reviendrait à une expression protégée au nom de la liberté du même nom. Là encore, une telle conception serait redondante avec un autre droit protégé sur un fondement bien établi qu'est la liberté d'expression. Pour donner sens à cette dernière, il faut donc envisager qu'elle recouvre

choix d'établir son régime alimentaire et de décider de quelle façon se nourrir relève de l'auto-détermination individuelle.

¹⁶²⁷ S'il est certain que les hommes ne sont pas directement concernés, à titre personnel, par le choix de recourir à l'avortement ou non, n'étant pas physiologiquement en mesure d'être confrontés à ce choix, cela ne signifie pas qu'ils sont exclus du débat ou incapables d'émettre une position sur la question. Aussi, s'il ne s'agit pas d'une question d'auto-détermination pour eux, cela ne signifie pas qu'ils ne peuvent exprimer aucune opinion sur le sujet, bien au contraire. À ce titre, ils peuvent défendre leur point de vue et leurs actions au nom de la liberté de conscience. Il en est de même pour le mariage ou pour le droit de correction sur les enfants : ce n'est pas parce qu'une personne n'est pas mariée ou n'a pas d'enfants qu'elle ne peut pas avoir un point de vue sur ces sujets, qui restent fondamentaux dans une société et sollicitent des débats qui concernent chaque citoyen d'un pays.

¹⁶²⁸ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, préc., note 1552, n°2, p. 1.

¹⁶²⁹ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°355, p. 195.

¹⁶³⁰ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°525 et 526, p. 787 à 790.

¹⁶³¹ Art. 9.1 Conv. EDH ; *Id.*, n°525, p. 787 et 788.

¹⁶³² Art. 9 al. 2 Conv. EDH. Voir également l'opinion du juge Fischbach dans *Chassagnou et autres c. France*, préc., note 1612.

¹⁶³³ J. ROBERT et J. DUFFAR, préc., note 1619. ; *supra*, n°462.

d'autres formes de manifestation qu'une simple expression, c'est-à-dire autre chose que la simple communication d'une idée.

467. Mise en pratique effective des convictions. La liberté de conscience ne vise pas simplement la possibilité d'exprimer des convictions, mais aussi celle de pouvoir les mettre en pratique. À ce titre, l'arrêt *Maurice*¹⁶³⁴ rendu au Canada en est le parfait exemple : il ne s'agissait pas pour le détenu de pouvoir simplement exprimer ses positions sur la consommation humaine de viande animale, mais plutôt de vivre en conformité avec ses convictions tout comme la liberté de religion implique la possibilité d'accomplir les rites liés à la confession à laquelle on adhère¹⁶³⁵. D'ailleurs, la question des régimes alimentaires adaptés s'est aussi posée dans le contexte religieux en France¹⁶³⁶ et devant la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶³⁷. Il s'agit dans ce cas d'avoir la possibilité de vivre en conformité avec ses convictions, sans subir d'entraves à ce sujet. Cela peut aussi s'étendre à d'autres pratiques particulièrement controversées, comme la vaccination, dont l'extension à 11 vaccins obligatoires en France en 2018 a fait réapparaître des divergences de points de vue profondes, une partie de la population étant farouchement opposée à cette pratique médicale¹⁶³⁸. On peut aussi penser à l'euthanasie, surtout dans sa forme proactive, qui soulève toujours de vifs débats ; ou encore à l'éducation des enfants en estimant que les parents devraient pouvoir éduquer leurs enfants d'une façon conforme à leurs convictions personnelles¹⁶³⁹ ; on pourrait aussi envisager que le port de certains vêtements¹⁶⁴⁰ ou la possibilité d'accéder à certains espaces réservés pourraient s'apparenter à la manifestation de certaines convictions féministes, progressistes, antiracistes, antispécistes... Bref, la manifestation de la liberté de conscience peut présenter de multiples facettes, qu'il reste encore à découvrir.

468. Manifestation négative de la liberté de conscience. À l'inverse, il se peut également que les personnes soient contraintes d'observer des comportements qui sont

¹⁶³⁴ *Maurice c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1592.

¹⁶³⁵ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°526, p. 788.

¹⁶³⁶ Cons. d'Etat, 25 février 2015, *M. Stojanovic*, *Rec. Lebon* 2016, n°1, p. 29 ; Cons. d'Etat, 10 février 2016, *M. K.*, *Rec. Lebon* 2016, n°1, p. 27.

¹⁶³⁷ *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, 27 juin 2000, n°27417/95, CEDH 2000-VII, par. 73 (refus d'agrément pour une association juive souhaitant procéder à l'abattage rituel selon des règles plus strictes) ; *Jakóbski v. Poland*, 7 décembre 2010, n°18429/06, spéc. par. 45 (régime alimentaire adapté pour un détenu bouddhiste) ; *Vartic c. Romania* (no. 2), 17 décembre 2013, n°14150/08 (idem).

¹⁶³⁸ François BEGUIN, « Comment la France est passée à onze vaccins obligatoires », *Le Monde*, 31 décembre 2017 – 1^{er} janvier 2018, p. 6.

¹⁶³⁹ *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, préc., note 1609.

¹⁶⁴⁰ L'arrêt municipal qui avait interdit le port du burkini sur une plage du sud de la France a été retoqué, au motif qu'une telle interdiction portait atteinte à la liberté de conscience : Cons. d'Etat. réf., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres associations de défense des droits de l'homme – Collectif contre l'islamophobie en France*, *Rec. Lebon* n°390, par. 6.

contraires à leurs convictions. Dans ce cas, il est possible de se soustraire à certaines obligations, au nom de ce qu'on appelle l'objection de conscience¹⁶⁴¹. Celle-ci est définie comme « le droit pour un individu (ou pour un groupe) de se soustraire délibérément à ses obligations légales au nom d'une exigence supérieure qu'il perçoit dans sa conscience »¹⁶⁴². Cela revient à dire qu'on ne peut contraindre une personne à agir d'une façon qui n'est pas conforme à ses convictions les plus intimes. Au nom de la liberté de conscience, il est alors possible de se soustraire à certaines obligations légales, ce qui correspond d'ailleurs au respect de la hiérarchie des normes : cette liberté étant protégée par un fondement constitutionnel et dans les conventions internationales, la loi se doit de produire des normes conformes à ces sources juridiques. Il serait contraire à ces principes de forcer une personne à respecter une loi entrant en contradiction directe avec ses droits fondamentaux.

469. Objection de conscience médicale. Cette objection de conscience a été reconnue initialement à l'égard du service militaire en Europe¹⁶⁴³ ainsi qu'au Canada¹⁶⁴⁴, mais on en trouve d'autres manifestations. Ainsi, le fait pour un médecin de refuser de pratiquer un avortement a été également reconnu par le Conseil constitutionnel comme relevant d'une « clause de conscience »¹⁶⁴⁵, garantie au titre de la liberté de conscience constitutionnellement reconnue¹⁶⁴⁶. En effet, la reconnaissance de cette objection de conscience autorise un médecin à ne pas participer personnellement à un acte médical qui heurte ses convictions. Une telle clause est donc « une garantie de la sauvegarde de la liberté de conscience du médecin »¹⁶⁴⁷. Elle ne s'applique pas seulement en matière d'avortement. Le Code de la santé publique français prévoit des dispositions expresses consacrant des objections de conscience, comme cela est le cas en matière de recherche sur des embryons humains¹⁶⁴⁸.

470. Objection de conscience et PMA. Mais cela peut s'étendre au-delà, à bien d'autres actes médicaux qui entrent en conflit avec les convictions profondes des médecins. En France, la généralisation de la procréation médicalement assistée à toutes les femmes et non pas

¹⁶⁴¹ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°620, p. 526.

¹⁶⁴² F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°530, p. 798.

¹⁶⁴³ *Id.*, n°530, p. 798. ; *Bayatyan c. Arménie*, 7 juillet 2011, n°23459/03, CEDH 2011-IV, par. 100 et 101.

¹⁶⁴⁴ *Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 561, particulièrement par. 206 et suiv. (C.F.) ; *Lebedev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 728, particulièrement par. 49.

¹⁶⁴⁵ Cons. const. 27 juin 2001, n°2001-446 - Observation du Gouvernement, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*.

¹⁶⁴⁶ Cons. const. 27 juin 2001, préc., note 1597, par. 15.

¹⁶⁴⁷ Commentaire de la décision, Cons. const. 18 octobre 2013, préc., note 1603, en ligne : < [https:// www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013353qpc/ccc_353qpc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013353qpc/ccc_353qpc.pdf)> (consulté le 24 juillet 2020).

¹⁶⁴⁸ Art. L.2151-7-1 C.S.P.

seulement aux couples hétérosexuels ayant un problème de fertilité¹⁶⁴⁹ pourra également représenter un cas où un médecin pourrait faire valoir son droit à l'objection de conscience. Sans entraver l'accès à ce droit pour les femmes, obliger un praticien à réaliser un tel acte pourrait contrevenir à certaines de ses convictions profondes et, dans ce cas, au même titre qu'il n'est pas possible d'imposer la réalisation d'un avortement, il ne devrait pas être davantage envisageable de contraindre à exécuter une telle procréation. On notera toutefois que le projet de loi gouvernemental ne fait absolument pas mention de la possibilité de faire valoir un droit à l'objection de conscience chez les médecins¹⁶⁵⁰, alors qu'il s'agit de toute évidence d'un sujet qui divise particulièrement l'opinion publique, démontrant justement à quel point il relève des convictions profondes et intimes.

471. Option de conscience et secret professionnel. Enfin, on peut citer les cas où un médecin est autorisé à lever le secret professionnel lorsqu'il constate des sévices infligés à un mineur ou à une personne vulnérable¹⁶⁵¹. Appelée dans ce cadre option de conscience¹⁶⁵², cette possibilité devrait également relever de la liberté de conscience et permet de neutraliser l'application de l'infraction de violation du secret professionnel. Il s'agit dans ce cas d'une autorisation de la loi, que l'on peut fonder sur un droit fondamental reconnu constitutionnellement.

472. Autres exemples de l'objection de conscience. Le droit à l'objection de conscience peut s'appliquer à bien d'autres hypothèses : dans le contexte syndical, lorsque certains membres sont en désaccord avec les choix opérés qui le affectent directement¹⁶⁵³ ; dans le contexte scolaire, le fait de s'opposer à ce que son enfant soit soumis à certaines méthodes éducatives, par exemple imposer la levée des couleurs à des élèves¹⁶⁵⁴, pourrait s'apparenter à une option de conscience¹⁶⁵⁵, dans la mesure où il s'agit de se soustraire à des pratiques qui heurtent les convictions sincères des parents ; le fait de s'opposer à ce qu'on procède à la chasse sur ses terres relève également de l'objection de conscience, dans la mesure où cela soustrait le

¹⁶⁴⁹ Art. L2141-2 C.S.P.

¹⁶⁵⁰ *Projet de loi n°2187 relatif à la bioéthique*, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019, 2^{ème} lecture au 27 juillet 2020, XVème législature. L'avis de Conseil d'Etat ne fait pas non plus mention de cette objection de conscience (Cons. d'Etat, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, 18 juillet 2019, en ligne : < <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publics/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-bioethique>> (consulté le 24 octobre 2021)).

¹⁶⁵¹ Art. 226-13 C. pen.

¹⁶⁵² P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°362, p. 262. ; B. PY, *Secret professionnel*, préc., note 1477, n°154 et suiv.

¹⁶⁵³ *West Island Teachers' Association c. Nantel*, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.Q.) (refus de participer à une grève illégale).

¹⁶⁵⁴ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 642.

¹⁶⁵⁵ *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, préc., note 1609.

propriétaire des terres à ses obligations légales en la matière¹⁶⁵⁶ ; le fait pour un avocat de refuser de représenter un client, au regard des agissements qu'il a commis et qui choquent profondément ses valeurs, pourrait aussi se rattacher à une objection de conscience. Cet exemple correspondrait d'autant plus à une hypothèse d'objection de conscience que cela contreviendrait directement avec certaines obligations¹⁶⁵⁷, comme celle de représenter au mieux de ses aptitudes son client¹⁶⁵⁸. Enfin, nous avons vu précédemment que le Conseil constitutionnel français a refusé de considérer qu'il existait une possibilité pour les maires de s'abstenir de célébrer un mariage entre deux personnes de même sexe au nom de la liberté de conscience¹⁶⁵⁹. Aussi critiquable que soit cette solution¹⁶⁶⁰, il s'agissait en réalité d'un exemple typique de recours au droit à l'objection de conscience, ce que faisaient d'ailleurs valoir les requérants à cette QPC¹⁶⁶¹ : une telle objection aurait autorisé les maires à se soustraire à leurs devoirs en tant que représentants de l'État et officiers d'état civil.

473. Limitations des manifestations des convictions. Lorsque l'on observe ces deux dernières décisions du Conseil constitutionnel – celle relative aux avocats commis d'office¹⁶⁶² et celle relative au mariage homosexuel¹⁶⁶³ – le refus de reconnaître une objection de conscience est justifié par la défense d'autres intérêts jugés plus urgents (droit de la défense et bonne administration de la justice dans le premier cas, neutralité du service public et égalité des citoyens entre eux dans le second). En effet, si le principe même de la liberté de conscience ne peut être limité, ses manifestations peuvent l'être. C'est ce qui ressort d'ailleurs de la lecture de la Convention européenne¹⁶⁶⁴ et des propos du juge Fischbach : « seule la liberté de « manifester » est susceptible de faire l'objet des restrictions prévues au paragraphe 2. »¹⁶⁶⁵ Les limitations aux manifestations de la liberté de conscience peuvent se concevoir au nom de la défense

¹⁶⁵⁶ *Chassagnou et autres c. France*, préc., note 1612.

¹⁶⁵⁷ Comme celle d'accepter les commissions d'office : *décret 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat*, J.O. 16 juillet 2005, p. 11688, art. 6. *Contra* : Cons. const. 4 mai 2018, préc., note 1607, par. 12 (absence d'atteinte à la liberté de conscience dans l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du Président d'une cour d'assises de refuser d'excuser un avocat de la représentation de son client, lorsqu'il est commis d'office).

¹⁶⁵⁸ *Code de déontologie des avocats*, préc., note 1465, art. 23.

¹⁶⁵⁹ Cons. const. 18 octobre 2013, préc., note 1647.

¹⁶⁶⁰ *Supra*, n°456.

¹⁶⁶¹ Cons. const. 18 octobre 2013, préc., note 1647, cons. 6.

¹⁶⁶² Cons. const. 4 mai 2018, préc., note 1607.

¹⁶⁶³ Cons. const. 18 octobre 2013, préc., note 1647.

¹⁶⁶⁴ Art. 9.2 Conv. EDH : « La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

¹⁶⁶⁵ *Chassagnou et autres c. France*, préc., note 1612, j. Fischbach. Voir également : L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°312, p. 297 et 298 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°527, p. 790.

d'intérêts tout aussi urgents, telle la protection de la santé¹⁶⁶⁶ ou la sécurité individuelle¹⁶⁶⁷, ou encore les droits et libertés d'autrui¹⁶⁶⁸.

474. Restrictions à l'objection de conscience. De telles restrictions sont également appliquées au droit à l'objection de conscience. À vrai dire, ce dernier est même assez strictement encadré. Il semble clair qu'en France comme au Canada, la conviction à l'appui de l'objection de conscience doit être personnelle¹⁶⁶⁹. Il est donc impensable que le choix de ne pas se conformer à la règle de droit puisse avoir des résonances sur d'autres personnes qui sont également potentiellement confrontées à ce choix.

Au Canada, il est également admis que l'objection de conscience doit être basée sur une croyance sincère, apparaissant authentique¹⁶⁷⁰, et ne peut être partielle¹⁶⁷¹. La prise en compte de ce critère est encore un peu fluctuante en jurisprudence¹⁶⁷². Toutefois, la tendance générale laisse penser qu'il s'agira d'un critère majeur dans la reconnaissance d'une conviction protégée au nom de la liberté de conscience. Il permettra de faire le départ entre les demandes réelles relative à la protection des libertés et celles manquant de bases sérieuses.

Ajoutons enfin le critère proposé par le juge Fischbach pour restreindre ou non l'objection de conscience, basé sur la nature de l'activité faisant l'objet d'une opposition : si cette activité relève indubitablement de l'intérêt général, il peut paraître légitime de l'imposer. Dans ce cas l'objection ne tiendra pas, l'intérêt général l'emportant sur les convictions personnelles. En revanche, si l'activité ne concerne que des intérêts essentiellement privés, il paraîtrait excessif d'y imposer une participation qui contrevient aux convictions profondes des

¹⁶⁶⁶ *X. c. Royaume-Uni*, n°7992/77, décision de la Commission du 12 juillet 1978, D. et R. 14, p. 236 (l'imposition du port du casque sur un véhicule à deux roues aux Sikhs et qui impose le retrait de leur turban est justifiée sur le fondement de l'article 9.2 de la Convention européenne).

¹⁶⁶⁷ *Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 Ltée*, [1999] D.C.D.P. No. 3 (Trib. can.) (le port du kirpan est prohibé à bord des avions pour assurer la sécurité de tous les passagers) ; *R. v. Hothi and al.*, [1985] M.J. No. 318 (Q.B.) (prohibition du port du kirpan dans un tribunal afin d'assurer l'ordre et la sécurité à l'intérieur de la salle d'audience et pour assurer une bonne administration de la justice) ; *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, n°43835/11, CEDH 2014-III (la loi française interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l'espace public constitue une ingérence dans la liberté de religion, particulièrement à l'égard du port de la burqa, mais qui est justifiée pour des impératifs démocratiques et de sécurité publique).

¹⁶⁶⁸ *S.A.S. c. France*, *id.*, par. 121 et 122.

¹⁶⁶⁹ *Lebedev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, préc., note 108, par. 45 ; Commentaire de la décision, Cons. const. 18 octobre 2013, préc., note 1647, p. 8.

¹⁶⁷⁰ *Lebedev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, *id.*, par. 45.

¹⁶⁷¹ Dans le cadre de l'objection de conscience au service militaire, l'individu ne peut plaider s'opposer à sa participation à un conflit armé en particulier et non pas les autres : *id.*, par. 46.

¹⁶⁷² R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 117.

personnes¹⁶⁷³. Il s'agit donc ici encore de mettre en perspective les intérêts en jeu et de considérer leur importance, à la façon de ce qui se décide en matière de religion.

475. Rapprochement avec le lanceur d'alerte. Ces hypothèses d'objection de conscience ne sont pas sans rappeler la situation dans laquelle se trouve le lanceur d'alerte. C'est particulièrement le cas lorsqu'on la compare avec celle d'un médecin confronté à l'option de lever ou non son secret professionnel alors qu'il est confronté à des faits graves ou illégaux dont il a connaissance. Il s'agit donc de vérifier ici s'il est possible de transposer la structure de la liberté de conscience au cas des lanceurs d'alerte.

1.2 Application de la liberté de conscience aux lanceurs d'alerte

476. Liberté de conscience du lanceur d'alerte. Au regard de la description précédente, on peut envisager de faire de la liberté de conscience un fondement offrant au lanceur d'alerte la possibilité de défendre ses opinions. Le lien avec la morale est particulièrement important ici, car c'est au nom d'une mise en conformité de son comportement avec ses convictions profondes¹⁶⁷⁴ que le lanceur d'alerte décide d'agir – le plus souvent par la prise de parole – de la même manière qu'une personne peut revendiquer le port d'un signe religieux pour se mettre en conformité avec ses croyances, ou adopter un régime alimentaire conforme à ses convictions profondes et séculières¹⁶⁷⁵. Que ce soit sur le volet religieux ou sur le volet des convictions de manière générale, ce droit et les liens qui l'unissent à la morale le rendent éminemment personnel, protégeant le « for intérieur »¹⁶⁷⁶, le « cœur et l'âme »¹⁶⁷⁷ des individus. Cette forte dimension spirituelle explique aussi probablement pourquoi ce droit est aussi peu susceptible de limitations et ne connaît pas de dérogations¹⁶⁷⁸.

477. Option de conscience du lanceur d'alerte. Bien évidemment, le lanceur d'alerte a, comme toute autre personne, la liberté d'adopter les convictions qu'il souhaite, sans qu'aucune entrave puisse être apportée à sa pensée. Il a également le droit de les manifester. Cependant, il court le risque de voir ces prises de paroles contrariées par les obligations auxquelles il peut être par ailleurs soumis¹⁶⁷⁹ : en tant qu'employé, le lanceur d'alerte devra

¹⁶⁷³ Commentaire de la décision, Cons. const. 18 octobre 2013, préc., note 1647.

¹⁶⁷⁴ R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 113.

¹⁶⁷⁵ *Maurice c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1592.

¹⁶⁷⁶ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°355, p. 195 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°524, p. 786.

¹⁶⁷⁷ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°303, p292.

¹⁶⁷⁸ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°523, p. 785. Cela ressort aussi de l'article 18 PIDCP, qui précise dans son deuxième alinéa que « nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix. »

¹⁶⁷⁹ *Supra*, n°428 et suiv.

respecter la confidentialité imposée par sa relation de travail et qui entre en conflit direct avec sa volonté de parler. Plus précisément, cette prise de parole du lanceur d'alerte s'apparente fortement à l'hypothèse précédemment décrite d'une objection de conscience. Il refuse de se plier à ses obligations légales ou conventionnelles, comme celles de conserver le secret sur les affaires de son employeur, car la façon dont il les mène entre en contradiction directe avec ses convictions. Il s'agit là d'un archétype de l'objection de conscience. Ce sont ses convictions et leur respect qui justifient son action déloyale.

478. Conditions de l'objection de conscience : sérieux des convictions. Si le lanceur d'alerte souhaite faire valoir un droit à l'objection de conscience pour justifier sa prise de parole, il faudrait néanmoins qu'il se conforme à certaines des conditions déjà apparues en jurisprudence. D'abord, il ressort de ce qui précède que la liberté de conscience et ses diverses manifestations ne sont reconnues qu'à l'égard de convictions profondes et puissantes. On ne peut envisager de protéger n'importe quelle opinion et cela semble d'ailleurs aller de pair avec la situation du lanceur d'alerte : on ne le devient pas du seul fait que l'on a un avis différent sur un sujet de peu d'importance dans le cadre de son emploi. Devenir lanceur d'alerte peut entraîner des conséquences redoutables sur la vie d'une personne, allant de la perte d'un emploi, la destruction d'une réputation¹⁶⁸⁰ à l'engagement de poursuites pénales¹⁶⁸¹. Le lanceur d'alerte a beaucoup à perdre dans cette équation, d'un point de vue personnel¹⁶⁸². Aussi, il faut bien s'imaginer que la décision de révéler des informations confidentielles ne se prend pas à la légère. Elle se fonde nécessairement sur des convictions solides et profondes. Comme l'expriment les professeurs Haigh et Bowal, il ne doit pas seulement s'agir d'une petite voix intérieure qui s'anime dans l'esprit du lanceur d'alerte, mais d'une voix puissante et insistante, qui pousse à risquer un traumatisme personnel, voire l'incarcération plutôt que de la combattre¹⁶⁸³.

479. Conditions de l'objection de conscience : bonne foi. Il est évident qu'une conviction de cette force sera personnelle et surtout sincère. Même si cela peut sembler être une lapalissade, il faut bien souligner que la personne agissant sans sincérité ne pourra pas invoquer ses convictions et prétendre à ce titre être un lanceur d'alerte faisant usage de son droit à l'objection de conscience. La « bonne foi » semble être un critère primordial ici. Cela exclut

¹⁶⁸⁰ CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 72.

¹⁶⁸¹ COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, p. 25.

¹⁶⁸² R. HAIGH et P. BOWAL, préc., note 1535, 116.

¹⁶⁸³ *Id.*

d'emblée du statut de lanceur d'alerte la personne qui agit par intérêt, par exemple par cupidité, en espérant retirer une somme d'argent de sa prise de parole.

Cette condition de désintérêt revient à exiger du lanceur d'alerte un altruisme absolu, ce qui restera bien entendu une hypothèse rare. Le simple fait que celui-ci connaisse les risques qu'il prend ne signifie pas pour autant qu'il agit par altruisme, si par ailleurs il sait qu'il peut en retirer un avantage quelconque. Inversement, si un lanceur d'alerte peut agir avec un désintéressement certain, cela ne l'empêche pas de désirer une certaine reconnaissance, le maintien de sa situation personnelle à tout le moins. Cela ne devrait pas pour autant disqualifier sa démarche.

480. Bonne foi vs. compensation financière. Il reste alors la question du degré d'altruisme et de bonne foi que l'on peut véritablement exiger d'un lanceur d'alerte. Aux États-Unis, la protection des lanceurs d'alerte est organisée par plusieurs lois¹⁶⁸⁴, dont certaines prévoient expressément une récompense pour la personne qui alerte les autorités de la commission de faits illégaux¹⁶⁸⁵, au nom d'une règle de *common law* appelée *qui tam*¹⁶⁸⁶. Cela signifie que le « citoyen capable de prouver que le gouvernement a été victime de tromperie peut en poursuivre l'auteur pour le compte du gouvernement afin de recouvrer la somme dérobée »¹⁶⁸⁷. Les personnes sont autorisées à poursuivre des actions en justice en lieu et place de l'État et ce dernier les dédommage pour leur participation au cours de la justice. Le montant de cette compensation peut aller jusqu'à 30% des dommages-intérêts ou de l'amende collectés¹⁶⁸⁸ par le Gouvernement grâce aux informations fournies par le « Bon Samaritain », ce qui concerne également les lanceurs d'alerte, chaque fois qu'ils apportent des renseignements utiles sur la commission de faits illicites, particulièrement dans le monde de la finance¹⁶⁸⁹.

Toutefois, ce type d'incitations financières pourraient jeter le doute sur la véritable bonne foi et l'ingénuité des initiatives citoyennes en matière d'alerte. Cela semble quelque peu contradictoire avec le degré de conviction et d'engagement éthique que semble induire le fondement de la liberté de conscience. Le niveau d'exigence imposé par les jurisprudences

¹⁶⁸⁴ Dont le *Whistleblower Protection Act*, préc., note 146 ; *Corporate Fraud Accountability Act*, préc., note 147, plus connu sous le nom *Sarbanes-Oxley Act*, dont la partie relative aux lanceurs d'alerte a été codifiée : *Civil action to protect against retaliation in fraud cases*, préc., note 148.

¹⁶⁸⁵ *False Claim Act*, préc., note 143.

¹⁶⁸⁶ *Civil actions for false claims*, préc., note 150.

¹⁶⁸⁷ P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99, p. 23.

¹⁶⁸⁸ *Id.*

¹⁶⁸⁹ *Securities whistleblower incentives and protection*, 15 U.S.C., § 78u-6 (b).

canadienne et française relativement à la sincérité de la croyance et son caractère irrépressible ne semblent pas pouvoir s'accommoder d'une action motivée, ne serait-ce qu'à titre très secondaire, par la perspective d'un gain quelconque. C'est d'ailleurs la position retenue par le Conseil d'État¹⁶⁹⁰ en France et la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁶⁹¹, qui se sont tous les deux exprimés négativement à l'égard d'une disposition légale qui serait équivalente à ce que connaissent les États-Unis d'Amérique : « 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. »¹⁶⁹² Au Québec, la législation semble exiger un degré assez élevé d'altruisme, puisqu'elle exclut que le lanceur d'alerte agisse par intérêt personnel, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'un fonctionnaire¹⁶⁹³.

Il semble donc que le degré d'exigence concernant la sincérité et la puissance de la conviction dans le processus décisionnel du lanceur d'alerte soient particulièrement élevés, confirmant qu'il s'agit là d'un critère véritablement essentiel dans la reconnaissance de la liberté de conscience.

481. Conditions de l'objection de conscience : convictions personnelles. Au regard de ce qui précède, il est clair que la conviction du lanceur d'alerte doit être personnelle, correspondant là en tout point aux conditions se dégageant de la reconnaissance d'un droit à l'objection de conscience. Le lanceur d'alerte interviendra à titre personnel, engageant lui-même sa responsabilité personnelle et assumant les risques liés à son emploi. L'ensemble de ces conditions permettra de s'assurer de la véracité de la conviction invoquée, tout en écartant les prétentions non fondées, frivoles ou les alertes abusives, ces dernières faisant davantage peser une menace sur les affaires de l'employeur et le secret qui s'y attache.

482. Dispositifs de protection contre les représailles. Par ailleurs, certains dispositifs de protection contre les représailles dans l'emploi, bien qu'ils ne soient pas directement liés à la liberté de conscience, peuvent contribuer à garantir un tel droit. En effet, que ce soit en France ou au Canada, aucun lien explicite n'est établi entre de tels textes et cette liberté. Pourtant, garantir aux employés que leurs protestations contre certaines pratiques dont ils sont témoins ne feront pas l'objet de mesures de sanctions participe assurément à la possibilité pour eux de manifester certains points de vue. Si elle n'a pas été rendue sur le fondement de l'article 2a) de

¹⁶⁹⁰ CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE PLENIÈRE, préc., note 84, p. 76.

¹⁶⁹¹ *Guja c. Moldavie*, 12 février 2008, préc., note 154. Voir également : COMITÉ DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, p. 33; P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99, p. 29.

¹⁶⁹² *Guja c. Moldavie*, id., par. 77.

¹⁶⁹³ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, RLRQ, c. D-11.1, art. 5.

la Charte canadienne, la décision *Merk*¹⁶⁹⁴ reste un bon exemple de la possibilité de lier protection contre les représailles et manifestation d'une conviction. Madame Merk était aide-comptable et directrice du bureau de la section locale d'un syndicat. Elle a remarqué que ses supérieurs directs réclamaient le remboursement de certaines dépenses liées à leurs activités syndicales, qu'ils auraient avancées avec leurs fonds personnels, alors qu'elles avaient été réalisées avec la carte de crédit du syndicat. Madame Merk a fait part de son désaccord avec ces pratiques et a refusé de rembourser certains montants litigieux. À la suite d'une enquête interne, l'appelante a été congédiée de son emploi au sein du syndicat. Or, la législation de la Saskatchewan interdit justement de prendre de telles mesures lorsque l'employé dénonce des faits susceptibles d'être qualifiés d'infractions à la loi¹⁶⁹⁵. En garantissant ainsi l'absence de représailles, le but est d'inciter les employés à faire part de leurs craintes ou de leurs désaccords au regard de certaines pratiques en vigueur dans l'entreprise qui les emploie. C'est une façon pour eux de s'assurer qu'ils pourront exprimer leurs convictions, leurs désaccords, sans risquer leur poste.

483. Dispositifs nationaux. Un tel dispositif existe également au niveau fédéral au Canada, dans diverses lois assez éparées¹⁶⁹⁶. En 2004¹⁶⁹⁷, a été introduit dans le Code criminel l'article 425.1(1) C. crim. qui prévoit que :

« Commet une infraction quiconque, étant l'employeur ou une personne agissant au nom de l'employeur, ou une personne en situation d'autorité à l'égard d'un employé, prend des sanctions disciplinaires, rétrograde ou congédie un employé ou prend d'autres mesures portant atteinte à son emploi — ou menace de le faire :

- a) soit avec l'intention de forcer l'employé à s'abstenir de fournir, à une personne dont les attributions comportent le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale, des renseignements portant sur une infraction à la présente loi, à toute autre loi fédérale ou à une loi provinciale — ou à leurs règlements — qu'il croit avoir été ou être en train d'être commise par l'employeur ou l'un de ses dirigeants ou employés ou, dans le cas d'une personne morale, l'un de ses administrateurs;
- b) soit à titre de représailles parce que l'employé a fourni de tels renseignements à une telle personne. »

En faisant une infraction criminelle de ces mesures de représailles, le législateur canadien marque la grande importance reconnue à la participation citoyenne dans la détection de certains faits illégaux. Le choix de recourir au droit criminel n'est pas anodin : en tant que

¹⁶⁹⁴ *Merk c. T.P.F.S.O., section locale 771*, [2005] 3 R.C.S. 425.

¹⁶⁹⁵ *The Labour Standards Act*, R.S.S., c. L-1, s. 74(1)(a).

¹⁶⁹⁶ En matière de santé, sécurité, environnement (*Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. 1999, c.33, art. 96, 202, 213 et en matière de concurrence (*Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.2(1)(a)).

¹⁶⁹⁷ *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, L.C. 2004, c. 3.

matière exprimant les grandes valeurs qui irriguent la société canadienne, il faut y voir une volonté particulière de lutter contre la commission de crimes – plus particulièrement les fraudes sur les marchés financiers¹⁶⁹⁸ – donc pour assurer l’application effective de la loi dans l’intérêt général¹⁶⁹⁹, mais peut-être aussi une volonté de protéger ceux qui, justement, se sacrifient pour la défense de certaines valeurs. Il y a indirectement une certaine approbation de cette participation à la manifestation de la vérité, qui mérite d’être encouragée. En outre, la protection contre les représailles garantit en théorie aux employés lanceurs d’alerte qu’ils ne seront pas sanctionnés pour la manifestation de leur désapprobation, ce qui devrait corrélativement encourager la prise de parole¹⁷⁰⁰ et l’expression de leurs convictions. Le lien est indirect, mais on peut voir dans ce type de législation l’opportunité de dénoncer une pratique qui heurte les valeurs essentielles dans l’existence d’un lanceur d’alerte, bref l’opportunité pour lui de faire usage de son objection de conscience pour manifester un désaccord, sans encourir de conséquences indésirables.

Un dispositif équivalent existe également en France, depuis La loi dite Sapin 2¹⁷⁰¹. Elle propose un régime d’alerte très spécifique et qui correspond peu ou prou aux recommandations émises par le Conseil d’État¹⁷⁰² et les instances européennes¹⁷⁰³. Tout comme au Canada, il est prohibé pour l’employeur de prendre de quelconques mesures de représailles contre le salarié lanceur d’alerte¹⁷⁰⁴. Indirectement, on peut voir ici encore dans ce type de disposition une façon de garantir au lanceur d’alerte une liberté de parole, celle de pouvoir exprimer des convictions en conformité avec sa conscience. La protection contre les représailles retire un moyen de pression de l’employeur sur ses employés, qui aurait permis de les contraindre à exécuter ou à s’abstenir de certains actes, d’une manière qui heurterait leurs convictions. C’est une façon de garantir la liberté de conscience et le droit à l’objection qui s’y adosse.

484. Droit de retrait. Il reste que le droit à l’objection de conscience peut trouver aussi une manifestation dans un dispositif intéressant, mais qui n’y est pourtant pas associé. Le droit de retrait permet à un travailleur d’alerter son employeur d’un danger « grave et imminent pour

¹⁶⁹⁸ D’après le projet de loi qui est à l’origine de l’introduction de cette disposition dans le *Code criminel* : DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE, *Projet de Loi c-46 : Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d’éléments de preuve)*, LS458-F, Bibliothèque du Parlement, 10 juillet 2003, p. 2.

¹⁶⁹⁹ *Id.*, p. 3.

¹⁷⁰⁰ *Id.*, p. 6.

¹⁷⁰¹ Sur l’évolution du dispositif légal de protection contre les représailles : *supra*, n°29.

¹⁷⁰² CONSEIL D’ÉTAT, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE PLENIÈRE, préc., note 84, p. 56 et 57.

¹⁷⁰³ P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99, p. 30. ; *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 73.

¹⁷⁰⁴ Art. 10 de la Loi Sapin 2, codifié à l’art. L1132-3-3 C. trav.

sa vie ou sa santé »¹⁷⁰⁵, une défaillance dans un dispositif de protection et dont il a connaissance. Certes, on n'est pas là véritablement dans le cadre d'une alerte, puisque le constat d'une telle situation permet simplement à l'employé de se mettre avant tout lui-même à l'abri du danger, pas nécessairement le public de manière plus générale. Néanmoins, on peut y voir aussi la possibilité pour lui de faire valoir une objection de conscience : le choix de ne plus se confronter à la situation dangereuse n'est pas anodin et révèle aussi l'état d'esprit du salarié qui se retire. Il agit probablement sur la foi d'une conviction forte, relevant par la même occasion d'une certaine désapprobation à l'égard des pratiques en place au sein de l'entreprise qui l'emploie. La critique n'est pas directe, mais le droit de retrait permet justement à une personne de ne pas se soumettre à une situation qui choque son sens de la sécurité, ce qui relève bien d'une situation d'objection de conscience. Par la même occasion, cette attitude révèle un certain regard posé sur le monde, assez puissant pour prendre une la décision de ne pas se rendre au travail, avec toutes les conséquences potentiellement néfastes que cela implique. Il y a une certaine prise de risque, dictée une fois de plus par une certitude qui doit être suffisamment puissante pour qu'une telle décision s'impose.

485. Prépondérance de la parole. La liberté de conscience manifeste déjà l'opposition intellectuelle du lanceur d'alerte à certaines pratiques dont il a connaissance et qui choquent profondément ses convictions les plus intimes. À ce titre, il peut déjà, à titre préventif, refuser d'y participer, en faisant valoir son droit à l'objection de conscience. C'est un début de protection intéressant, qui lui garantit de ne pas être contraint de participer à des actes qu'il réprouve, telle la commission d'une infraction. Le fait qu'il bénéficie de la possibilité de se retirer de la situation litigieuse ou de la dénoncer sans encourir de représailles de la part de son employeur constitue un début de réponse positive de la part de la législation dans la protection des droits fondamentaux des lanceurs d'alerte.

Cependant, c'est encore par la prise de parole que le lanceur d'alerte est le plus actif et se fait le plus remarquer. C'est même le plus souvent cette prise de parole qui est en pratique la plus problématique et qui fait naître le plus de litiges. Ce ne sont pas tant les convictions du lanceur d'alerte en elles-mêmes qui soulèvent difficulté, mais le fait qu'il agisse en conformité avec celles-ci, particulièrement lorsque cela revient à révéler des secrets protégés. C'est bien l'extériorisation de la conviction que l'on reproche au lanceur d'alerte et qui engendrera des représailles pour lui. Dans ce cas, il ne s'agit plus seulement de s'assurer que ses convictions

¹⁷⁰⁵ Art. L4131-1 C. trav.

sont protégées, mais aussi que la liberté pour lui de prendre la parole et d'alerter le public est possible. On change alors de fondement et c'est au nom de la liberté d'expression que le lanceur d'alerte se manifeste, droit fondamental qui vient éventuellement justifier de révéler certains secrets autrement si bien gardés.

2 La protection du lanceur d'alerte au nom de la liberté d'expression

486. Fondement naturel. La liberté d'expression est le fondement qui vient le plus naturellement expliquer la prise de parole du lanceur d'alerte, celui auquel les juges ont le plus facilement recours¹⁷⁰⁶. En effet, c'est généralement par la prise de parole que ce dernier rend publiques les informations par ailleurs secrètes. Aussi, il semble logique que ce soit cette faculté de s'exprimer qui soit protégée, parallèlement à la protection des idées par la liberté de conscience (2.1).

487. Nouvelle conception. Mais ici, le lanceur d'alerte ne parle pas dans le seul but d'exprimer une idée. On l'a vu, il y a une forte dimension morale à son action, et ses motivations tiennent une place centrale. L'expression ne devrait pas ici être détachée de ces dernières, car elles expliquent grandement ce choix de faire usage de la liberté d'expression. En réalité, le lanceur d'alerte ne se contente pas de s'exprimer simplement parce qu'il le peut, mais parce qu'au-delà, il cherche à défendre des intérêts plus pressants, à faire valoir des motifs plus urgents. Cette approche bouscule la façon dont la jurisprudence appréhende classiquement ce droit fondamental. Elle oblige à nous pencher plus précisément sur le contenu de l'expression du lanceur d'alerte, à la recherche de ce qui l'anime. Dans ce cas, ce n'est pas tant la liberté d'expression qui est l'objet de notre attention, mais la finalité de cette prise de parole : alerter d'une situation dangereuse. Lorsqu'il s'agira de mettre en balance la défense de la confidentialité de l'information, ce ne sera pas tant en tenant compte de la liberté d'expression du lanceur d'alerte qu'on résoudra le problème, mais en considérant de façon plus large l'objectif de la prise de parole. L'information économique n'est pas révélée dans le seul but de permettre au lanceur d'alerte de s'exprimer, mais aussi et surtout pour protéger un intérêt autre, qui dépasse sa seule personne. Ce n'est donc pas tant la liberté d'expression du lanceur d'alerte qui constituera le contrepoids pour soupeser les intérêts en jeu, en tout cas pas elle seule. Dans

¹⁷⁰⁶ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 55 ; *Marchenko v. Ukraine*, préc., note 154, par. 39 et suiv. ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 41 et suiv. ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 74 et suiv. ; *Langner v. Germany*, préc., note 154, par. 28 et suiv. ; *Baka c. Hongrie*, [GC], 23 juin 2016, n°20261/12, Affaires phares 2016, p. 7, par. 123 et suiv. ; COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, p. 18 ; P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99, p. 6.

ce cas de figure, la liberté d'expression devient le support, le moyen pour la défense d'une finalité autre, celle de protéger des intérêts considérés supérieurs (2.2)¹⁷⁰⁷.

2.1 La pertinence du recours à la liberté d'expression

488. Spécificité de la liberté d'expression. Pour comprendre en quoi la liberté d'expression est particulièrement appropriée à l'action des lanceurs d'alerte, il est nécessaire de revenir sur les fondements de cette dernière. Les fondements théoriques, particulièrement philosophique ou politique, permettent de mettre en lumière l'importance considérable d'une telle liberté. Ils permettent aussi de constater que l'alerte est en réalité un archétype, une manifestation particulièrement vive des idéaux sous-jacents à cette liberté (2.1.1). Quant aux fondements juridiques, ils confirment l'importance de cette liberté, la plaçant parmi les plus essentielles et les plus universelle. En abritant l'action du lanceur d'alerte sous la protection d'un tel droit, on lui donne une légitimité toute particulière (2.1.2).

2.1.1 Les fondements théoriques de la liberté d'expression

489. La liberté d'expression dans la démocratie. La liberté d'expression tient une place particulière dans la société, car elle est intimement liée à la démocratie. On peut la voir comme un « thermomètre » de ce modèle politique : plus l'expression est libre, plus la démocratie se porte bien, fidèle à ses principes fondateurs. Un pays peu démocratique limitera ou contrôlera plus strictement les paroles de ses citoyens, en allant parfois jusqu'à la censure, pour empêcher toute forme de contestation ou de réflexion qui pourraient remettre en cause le modèle politique établi. La possibilité pour un lanceur d'alerte de s'exprimer constitue alors un critère particulièrement exemplaire pour juger de l'état de santé d'une démocratie.

490. Traditions juridiques et liberté d'expression. Plusieurs fondements ont été admis comme justifiant la garantie spéciale et autonome de la liberté d'expression. Il existe à ce propos quelques divergences dans les fondements théoriques admis au soutien de la liberté d'expression entre la France et le Canada. Ces distinctions ne tiennent pas vraiment aux législations respectives qu'ont connues ces deux pays à travers leur histoire. Elles s'expliquent plutôt par la différence de traditions juridiques¹⁷⁰⁸, qui n'ont pas subi les mêmes influences au même moment. À vrai dire, la *common law* a été affectée par la pensée libérale de certains auteurs anglophones du 18^{ème} siècle, qui ont mené des réflexions sur la démocratie, le vivre

¹⁷⁰⁷ Attention toutefois, la recherche de la finalité de la prise de parole du lanceur d'alerte n'a pas forcément de rapport avec la recherche de l'objet et de l'effet d'une loi, qui viennent limiter un droit fondamental. C'est une question de définition du droit fondamental, pas de sa limitation.

¹⁷⁰⁸ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 25.

ensemble et le rôle des États dans le fonctionnement des sociétés modernes¹⁷⁰⁹. Dans les réflexions de ces auteurs, la liberté tient une place très importante¹⁷¹⁰, ainsi que la recherche d'une conciliation entre liberté individuelle et bien être collectif¹⁷¹¹. Les fondements théoriques de la liberté d'expression au Canada n'échappent pas à ces réflexions. Ainsi, si les soubassements sont quasiment les mêmes d'un pays occidental à l'autre, on note quelques différences¹⁷¹², dans la mesure où ils n'ont pas tous touché la France et le Canada avec la même importance¹⁷¹³.

491. Intérêts de la recherche des fondements. L'analyse des fondements sera d'autant plus importante qu'elle peut permettre de comprendre la législation en vigueur à l'heure actuelle¹⁷¹⁴ ainsi que certaines décisions de justice, qui trahissent l'influence laissée par certains courants de pensée. Sans compter que la recherche des fondements de la liberté d'expression pourra être d'une grande aide au moment de la délimitation du contenu de ce droit fondamental¹⁷¹⁵. Enfin, si l'on parvient à démontrer qu'il existe une certaine reconnaissance commune de ces différents fondements dans plusieurs traditions juridiques différentes, il est clair que leur analyse permettra de contribuer à développer une idée commune de la liberté d'expression, une certaine conception universelle de ce droit¹⁷¹⁶.

Dans les pays de tradition anglo-saxonne, où la pensée semble avoir été structurée autour de quatre axes principaux¹⁷¹⁷. Le premier fondement admis à la liberté d'expression relève d'une approche assez classique des droits fondamentaux de première génération, à savoir qu'ils protègent avant tout l'individu en tant que tel et participent à son épanouissement en tant qu'être humain (2.1.1.1). De façon tout aussi classique mais aussi plus intuitive et naturelle, la liberté d'expression est aussi corrélative à la démocratie, et contribue largement à son fonctionnement

¹⁷⁰⁹ Pierre BOURETZ, « Préface », dans John Stuart MILL, *De la liberté*, coll. Folio essais, n°142, Paris, Editions Gallimard, 2002.

¹⁷¹⁰ On en veut pour preuve la rédaction du premier Amendement à la Constitution américaine, qui définit la liberté d'expression de manière négative, comme celle qui ne saurait subir les intrusions étatiques dans son exercice :

¹⁷¹¹ P. BOURETZ, préc., note 1709.

¹⁷¹² J. MORANGE, préc., note 1530, p. 26.

¹⁷¹³ Pour un résumé de l'ensemble des fondements théoriques appliqués à la liberté d'expression au Canada : *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, par. 32 : « Les valeurs fondamentales que la liberté d'expression favorise comprennent notamment l'accomplissement de soi, la participation à la prise de décisions sociales et politiques ainsi que l'échange d'idées dans la collectivité. La liberté de parole protège la dignité humaine et le droit de penser et de réfléchir librement sur sa situation. Elle permet à une personne non seulement de s'exprimer pour le plaisir de s'exprimer, mais encore de plaider en faveur d'un changement en tentant de persuader autrui dans l'espoir d'améliorer sa vie et peut-être le contexte social, politique et économique général. »

¹⁷¹⁴ Eric BARENDT, *Freedom of speech*, 2e éd., New York, Oxford University Press, 2005, p. 3.

¹⁷¹⁵ *Id.*

¹⁷¹⁶ *Id.*

¹⁷¹⁷ *Id.*, p. 6 et suiv. ; Ford c. *Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 56.

et sa prospérité (2.1.1.2). Ensuite, la liberté d'expression est envisagée comme un facteur promouvant la recherche de la vérité (2.1.1.3). Enfin, la liberté d'expression est une façon d'exercer un certain contrôle sur l'activité de l'État, afin que ce dernier s'abstienne de prendre des mesures de nature à en limiter l'exercice (2.1.1.4).

2.1.1.1 La recherche de l'épanouissement personnel

492. Liberté d'expression et épanouissement personnel. En premier lieu, la liberté d'expression serait un facteur favorisant l'épanouissement personnel¹⁷¹⁸. La possibilité d'exprimer des points de vue, de quelque façon que ce soit, participe au développement personnel et intellectuel et reflète ce que c'est que d'être humain. Ici, l'expression est défendue pour des raisons individuelles, voire individualistes, puisqu'il s'agit avant tout de garantir sa propre « santé » spirituelle¹⁷¹⁹, et non pour assurer le bien-être de la société. Tout au contraire, l'expression peut prendre une tournure défavorable à la paix sociale, mais cela n'a pas d'importance ici. La liberté d'expression est envisagée comme un bien en soi¹⁷²⁰, qui mérite d'être protégé en tant que tel, sans véritablement tenir compte des conséquences néfastes que cela pourrait avoir sur autrui. Dans cette perspective, la liberté d'expression ne devrait connaître aucune limitation, puisque l'on ne tient pas compte des désagréments que son usage pourrait provoquer. Ce fondement de la liberté d'expression a pu par exemple apparaître utile au Canada, pour considérer que la pornographie juvénile est une forme d'expression protégée par la Charte¹⁷²¹. Le fondement de l'épanouissement personnel permet donc la défense d'idées, sans véritable considération pour leurs répercussions sociales, aussi longtemps que l'individu y trouve un intérêt.

493. Limites de la théorie de l'épanouissement personnel. Dans cette théorie, on voit que le lien est très étroit avec la liberté de conscience et de religion, dans la mesure où la liberté d'expression prend la forme d'une liberté de l'esprit, au service de la vie intérieure de la personne. On retrouve d'ailleurs un peu cette idée en France également¹⁷²², à travers l'association étroite réalisée entre liberté d'expression et liberté de conscience et de religion, figurant l'un à la suite de l'autre au sein de la DDHC¹⁷²³. Toutefois, on peut douter qu'elle ait

¹⁷¹⁸ E. BARENDT, préc., note 1718, p. 13 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 27 ; R. J. SHARPE et K. ROACH, préc., note 622, p. 167.

¹⁷¹⁹ J. S. MILL, préc., note 1531, p. 79.

¹⁷²⁰ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 13.

¹⁷²¹ *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 21-27.

¹⁷²² J. MORANGE, préc., note 1530, p. 30.

¹⁷²³ Art. 10 et 11 DDHC (liberté de conscience et de religion pour le premier ; liberté d'expression pour le second). En ce sens : *Id.*, p. 29.

eu beaucoup de résonnance dans ce pays. En effet, étant donné la vision offerte de la liberté d'expression, lorsqu'elle est conçue comme un facteur d'épanouissement personnel, elle ne devrait connaître aucune réelle limitation¹⁷²⁴ : comment pourrait-il y avoir une raison justifiant de limiter la volonté d'un individu de devenir une personne plus sage, plus épanouie et plus consciente d'elle-même ? Mais, dans ce cas, il devient beaucoup plus difficile de découvrir en quoi la liberté d'expression est différente de la liberté en général et des revendications à l'autonomie¹⁷²⁵ et au respect de la dignité humaine¹⁷²⁶. Il n'existe alors pas de différence entre la revendication à la dignité et la liberté d'expression, l'une n'étant qu'une forme parmi d'autres de l'autre¹⁷²⁷. Or, en France, la DDHC fait clairement la distinction entre les revendications de liberté en général, associées à l'article 4¹⁷²⁸, et la liberté d'expression, proclamée à l'article 11, ce qui incite à penser que cette dernière répond à sa propre logique¹⁷²⁹. En outre, ce même article prévoit explicitement que cette liberté peut faire l'objet d'abus, ce qui contredit directement les prémisses de la théorie de l'épanouissement personnel.

Par ailleurs, cet épanouissement personnel semble accessible essentiellement aux personnes physiques¹⁷³⁰. Or, il ne fait aucun doute aujourd'hui que la liberté d'expression bénéficie également aux personnes morales en France¹⁷³¹ et au Canada¹⁷³², ce qui invite à penser que cette théorie ne suffit pas à elle seule à expliquer cette liberté¹⁷³³.

494. Épanouissement personnel du lanceur d'alerte. Enfin, dans le contexte qui nous intéresse, il semble que cette justification de la liberté d'expression soit pertinente uniquement à court terme à l'égard des lanceurs d'alerte : la prise de parole participe certainement à l'épanouissement de celui qui prend la parole¹⁷³⁴, puisqu'elle permet de mettre en conformité la parole et la pensée. D'une certaine façon, il peut effectivement y avoir un aspect assez

¹⁷²⁴ C'est également le reproche que l'on a adressé à l'analyse de la vie privée menée sur le même fondement : *supra*, n°367.

¹⁷²⁵ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 14.

¹⁷²⁶ *Id.*, p. 15.

¹⁷²⁷ *Id.*

¹⁷²⁸ Art. 4 DDHC : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »

¹⁷²⁹ Bertrand DE LAMY, « La Constitution et la liberté de la presse », *Nouveaux C.C.C.* 2012.36.19, 20.

¹⁷³⁰ C'est également ce qu'il ressort d'une analyse de la vie privée sur le même fondement : *supra*, n°368.

¹⁷³¹ *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, 20 novembre 1989, n°10572/83, série A n°165, par. 26.

¹⁷³² *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 59-60 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 979 ; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 34.

¹⁷³³ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 25.

¹⁷³⁴ *Id.*, p. 23.

individualiste à lancer une alerte, dans la mesure où c'est aussi une façon d'apaiser la conscience de celui qui connaît un secret parfois lourd à porter. Lancer l'alerte contribue effectivement dans ce cas à l'épanouissement personnel.

Cela peut néanmoins paraître assez incompatible avec l'exigence de bonne foi apparue à l'étude de la liberté de conscience. En effet, il est concevable que la raison purement personnelle consistant à se décharger du poids du secret ne soit pas systématiquement présente chez les lanceurs d'alerte. Il se peut que certains interviennent dans l'abnégation la plus totale. Celle-ci, en revanche, devra être présente en toute circonstance à long terme. Quoi qu'il arrive, le lanceur d'alerte devra agir sans attendre de contrepartie, et en assumant les désagréments, ce qui peut sembler contradictoire avec la recherche d'un bien-être personnel.

Enfin, il reste que lancer une alerte est loin d'être une sinécure. Le lanceur d'alerte s'expose toujours à un risque, au mieux celui de ne pas être entendu, au pire celui de subir des représailles. Il demeure difficile d'y voir ici un facteur d'épanouissement personnel... Si l'épanouissement personnel peut entrer en compte dans la décision de prendre la parole, cet aspect paraît demeurer largement secondaire, tant les conséquences négatives de l'alerte l'emportent sur ses bénéfices. Il semble plutôt que, si une personne décide de prendre la parole, cela se justifiera au regard d'intérêts plus grands, qui dépassent les simples considérations individuelles. L'idée d'épanouissement s'efface au second plan, à la faveur de la défense d'intérêts plus généraux.

2.1.1.2 Fonctionnement et renforcement de la démocratie

495. Liberté d'expression et démocratie. Un deuxième fondement au soutien de la défense de la liberté d'expression, certainement le plus universellement reconnu et le plus facile à admettre¹⁷³⁵, veut que cette liberté soit indispensable au fonctionnement même de la démocratie¹⁷³⁶. Elle est essentielle à la formation des opinions, particulièrement dans les périodes où le système démocratique est à son paroxysme, comme les périodes électorales¹⁷³⁷. La liberté d'expression permettra l'organisation de débats, la circulation des idées et des différents points de vue. L'expression politique a besoin d'une liberté très importante, car c'est aussi de cette façon que l'on s'assure de l'effectivité du processus démocratique, qui ne reste pas qu'une belle théorie proclamée creusement par des textes inappliqués. Ce fondement de la

¹⁷³⁵ *Id.*, p. 18.

¹⁷³⁶ *Id.* ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 27-28.

¹⁷³⁷ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 28.

liberté d'expression semble donc assez complémentaire avec le précédent¹⁷³⁸, dans la mesure où il contribue aussi à permettre à toute personne de faire des choix éclairés et donc de s'épanouir, même si cela se concentre ici sur des idées politiques. La liberté d'expression, par ce fondement démocratique contribue indirectement à l'épanouissement personnel, en garantissant la vie dans une société qui respecte la voix que chacun essaye de faire entendre.

Ce fondement a une résonnance certaine en France¹⁷³⁹, même s'il s'est concrétisé plus tard dans ce pays, pour des raisons historiques¹⁷⁴⁰. Toutefois, plus personne ne doute aujourd'hui de l'intérêt de la liberté d'expression dans le modèle démocratique¹⁷⁴¹. La liberté d'expression est au service du pluralisme¹⁷⁴² des idées et des opinions, ce qui engage fortement l'État à s'assurer que cette liberté est particulièrement respectée¹⁷⁴³, par les individus et par lui-même.

496. Limites de la théorie démocratique. Ce fondement est généralement critiqué en pointant l'orientation très étroite que doit prendre l'expression pour être considérée comme digne d'intérêt. En effet, si l'expression doit contribuer à favoriser la démocratie, retenir exclusivement cette justification pourrait conduire à ne reconnaître que les expressions politiques comme dignes d'intérêt¹⁷⁴⁴. Cela pourrait rejeter hors du champ de protection de ce droit des expressions considérées moins primordiales, comme l'expression commerciale. Pourtant, le droit européen¹⁷⁴⁵ et le droit canadien¹⁷⁴⁶ protègent effectivement ce type de discours, ce qui contredit directement l'idée que l'expression aurait une vocation uniquement politique. Les juges canadiens l'affirment sans détour : « la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte canadienne et par l'art. 3 de la Charte québécoise ne peut se limiter à l'expression politique, si importante soit-elle dans une société libre et démocratique. »¹⁷⁴⁷ De

¹⁷³⁸ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 18.

¹⁷³⁹ Et au Canada aussi bien évidemment, pays de *common law* : R. J. SHARPE et K. ROACH, préc., note 622, p. 166.

¹⁷⁴⁰ Les reflux de la démocratie, à travers la période de la Terreur, l'Empire napoléonien puis la Restauration ont freiné les élans démocratiques et toutes les libertés qui y sont liées, y compris celle d'expression : J. MORANGE, préc., note 1530, p. 31.

¹⁷⁴¹ Xavier BIOY, *Rép. euro.* Dalloz, v° « Conv. EDH, art. 10 : liberté d'expression et de la presse », n°3 ; Jean-Pierre BIZEAU, « Pluralisme et démocratie », R.D.P. 1993.2.513 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°362, p. 199. ; Cons. const. 20 mai 2011, n°2011-131 QPC, *Madame Térésa C. et autre*, Rec. Cons. const., p. 244, cons. 3 : « la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. »

¹⁷⁴² X. BIOY, *id.* ; E. BARENDT, préc., note 1718, p. 6 ; J.-P. BIZEAU, préc., note 1741, 528.

¹⁷⁴³ X. BIOY, *id.*

¹⁷⁴⁴ E. BARENDT, préc., note 1718, p. 18 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 28.

¹⁷⁴⁵ *X. et Eglise de scientologie c. Suède*, n°7805/77, décision de la Commission du 5 mai 1979, D. et R. 16, p. 75.

¹⁷⁴⁶ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 59 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 971.

¹⁷⁴⁷ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 54.

même, cela conduirait aussi à exclure les énoncés politiques antidémocratiques, parce qu'ils visent plus à contester ce modèle politique, plutôt qu'à le renforcer¹⁷⁴⁸. On en revient finalement à limiter la liberté d'expression¹⁷⁴⁹, ce qui semble une fois de plus contradictoire avec la prémisse initiale des bénéfices d'une libre circulation des idées pour la démocratie. De même, en liant étroitement liberté de parole et démocratie, il existe le risque qu'une majorité, par l'usage des mécanismes démocratiques justement, impose des opinions et en fasse taire d'autres¹⁷⁵⁰. Cela semble contraire à l'esprit du droit que l'on essaye ici de défendre au nom de ce principe politique.

En outre, si l'on s'en tenait à une telle description de la démocratie et de sa manifestation, il semblerait que l'alerte ne puisse pas toujours être comprise dans la liberté d'expression. Cela dépendrait du sujet dont parle le lanceur d'alerte : s'il s'agit de dénoncer des agissements en rapport avec les institutions politiques, ou bien avec le comportement d'un représentant politique, dans ce cas on pourrait admettre une telle intervention, qui contribuerait effectivement à la formation d'une opinion politique et clarifierait le fonctionnement démocratique. Néanmoins, cette conception est non seulement restrictive, mais elle nous éloigne du sujet, à savoir l'alerte concernant des informations économiques.

497. Compatibilité avec l'alerte. Sans aucun doute, ces critiques sont recevables si l'on retient une conception étroite de la démocratie, en tant qu'organisation politique. En revanche, si l'on considère plus largement la démocratie, comme un système de mise en concurrence des idées permettant d'aboutir à la formation d'une opinion se traduisant par des décisions politiques¹⁷⁵¹, alors il peut exister une certaine compatibilité entre la prise de parole du lanceur d'alerte et cette liberté d'expression. En effet, dans ce cas, on peut envisager que la majorité des expressions, quel qu'en soit le sujet, participent à la démocratie, parce qu'elles permettent à tous d'adopter des positionnements politiques. Toutes les opinions sont alors dignes d'intérêt et il n'existe plus de raison d'en limiter la reconnaissance à celles ayant un rapport direct avec les institutions démocratiques. Ainsi, la logique est ici inversée : ce n'est pas la démocratie qui détermine les discours méritant protection, au contraire c'est l'égal accès à la liberté

¹⁷⁴⁸ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 19.

¹⁷⁴⁹ *Id.*

¹⁷⁵⁰ *Id.* ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 28.

¹⁷⁵¹ Daniel GAXIE, « DEMOCRATIE », *Encyclopædia Universalis*, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com.docelec.u-bordeaux.fr/encyclopedie/democratie/>> (consulté le 7 août 2020).

d'expression qui permet à tous de participer à la société, démontrant que l'on se trouve effectivement dans une démocratie¹⁷⁵².

Dans ce cas, l'alerte participe effectivement à ce processus démocratique, dans la mesure où elle permet d'exprimer une idée, même minoritaire et controversée, qui participera à un débat, toujours constructif du point de vue de la démocratie. Le sujet de l'alerte n'a plus aucune importance, seul compte le fait qu'elle puisse conduire la société à discuter et à se questionner. L'alerte sera d'autant plus intéressante à l'égard de ce fondement qu'elle participera à des évolutions politiques, des changements institutionnels ou des réformes législatives. Prenons par exemple le cas de l'affaire du sang contaminé, qui avait fait l'objet d'une alerte. Même si cette dernière n'a pas directement conduit à un changement de législation, le scandale a tout de même conduit à la création de l'Agence du médicament, en charge de la surveillance, du contrôle des médicaments et de leur fabrication, afin de protéger la population¹⁷⁵³. De façon plus nette encore, l'affaire du Médiateur a conduit à réformer une nouvelle fois l'agence d'État en charge de la surveillance des médicaments : l'Agence française de sécurité sanitaire et des produits de santé (Afssaps) a été remplacée par l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM)¹⁷⁵⁴. L'affaire ayant été révélée par un lanceur d'alerte, son action a par ricochet engendré des changements institutionnels importants dans la surveillance des médicaments en France. Cela démontre la potentielle puissance de l'alerte et l'influence qu'elle peut avoir sur le fonctionnement de la démocratie.

Cet argument relatif à la démocratie, dans sa seconde formulation, le rapproche beaucoup d'une autre théorie fondant la légitimité de la liberté d'expression, la recherche de la vérité.

2.1.1.3 Recherche de la vérité

498. Liberté d'expression et recherche de la vérité. Cette théorie, développée par Milton, a été peut-être le mieux résumée par John Stuart Mill¹⁷⁵⁵ dans son ouvrage *De la liberté*¹⁷⁵⁶. Elle repose sur l'idée que la liberté d'expression participe à la recherche de la vérité¹⁷⁵⁷. Selon ce dernier auteur, restreindre la liberté d'expression est nuisible pour la société,

¹⁷⁵² E. BARENDT, préc., note 1714, p. 20.

¹⁷⁵³ *Loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament*, J.O.4 janvier 1993, p. 237, art. 1^{er}.

¹⁷⁵⁴ *Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*, J.O. 30 décembre 2011, n°0302.

¹⁷⁵⁵ E. BARENDT, préc., note 1718, p. 7 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 26.

¹⁷⁵⁶ J. S. MILL, préc., note 1531.

¹⁷⁵⁷ E. BARENDT, préc., note 1718, p. 7 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 26.

quelle que soient les circonstances, car toutes les opinions méritent d'être entendues afin que chacun puisse se former une opinion la plus juste possible. En cela, la circulation des idées et des opinions permet de se rapprocher de la vérité, en mettant à disposition la plus vaste gamme d'opinions et d'idées. Censurer une expression éloigne de cet objectif et prive toute la société d'une occasion de s'en rapprocher :

« Si l'opinion est juste, on les prive de l'occasion d'échanger l'erreur pour la vérité ; si elle est fausse, ils perdent un bénéfice presque aussi considérable : une perception plus claire et une impression plus vive de la vérité que produit sa confrontation avec l'erreur. »¹⁷⁵⁸

Voici donc les deux avantages à la libre circulation des idées : permettre de faire ressortir la vérité ou bien au contraire se conforter dans la vérité en la confrontant à l'erreur.

499. Arguments de Mill. Pour démontrer tous les avantages d'une telle vision, Mill se base sur plusieurs arguments. D'abord, il n'est en le pouvoir d'aucune entité, humaine ou étatique, de décider si une question est vraie ou fausse, car cela supposerait l'infailibilité de ladite entité – ce qui relève bien sûr de la fiction – tout en retirant au reste de la population l'opportunité de se faire une idée propre sur la question¹⁷⁵⁹. Cela serait d'autant plus problématique que le juge de la vérité ou du mensonge peut être lui-même emprisonné dans des visions étroites et distordues de la réalité. Le faire seul décideur de ce qui est vrai ou faux risque donc de ne pas véritablement conduire à la vérité. Il serait alors d'autant plus dangereux de laisser un gouvernement décider du sort d'une population entière, sur la seule base de sa certitude de détenir la vérité¹⁷⁶⁰. Il y a ici une claire critique à l'encontre d'une forme de régulation des idées et opinions de la part de l'État.

Ensuite, il est assez certain, toujours selon Mill, que ce qui constitue la vérité varie d'une époque à l'autre, d'un lieu à l'autre : « les époques ne sont pas plus infailibles que les individus, chaque époque ayant professé nombre d'opinions que les époques suivantes ont estimées non seulement fausses, mais absurdes. »¹⁷⁶¹ Aussi, il est particulièrement important de garder une ouverture d'esprit, propice au recul sur ses propres opinions, afin de pouvoir éventuellement les rectifier, les affiner¹⁷⁶². Ce recul est aussi nécessaire quand Mill reconnaît que la vérité n'est pas toujours immédiatement accessible et peut prendre un peu de temps à émerger. Il est d'autant plus important dans ce cas de laisser les idées circuler, pour laisser à la vérité la

¹⁷⁵⁸ J. S. MILL, préc., note 1531, p. 85.

¹⁷⁵⁹ *Id.*, p. 86. Voir également E. BARENDT, préc., note 1714, p. 8.

¹⁷⁶⁰ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 8.

¹⁷⁶¹ J. S. MILL, préc., note 1531, p. 87.

¹⁷⁶² *Id.*, p. 90-91.

possibilité d'apparaître, en nous contentant de ce que l'on sait à l'instant donné. « Les lices restant ouvertes, nous pouvons espérer que s'il existe une meilleure vérité, elle sera découverte lorsque l'esprit humain sera capable de la recevoir. »¹⁷⁶³

Enfin, si des paroles sont fausses ou erronées, il ne faut pas pour autant les interdire elles non plus. Non seulement elles permettent d'affermir des convictions à l'égard de la vérité mais encore, à ceux qui les profèrent, de mettre leurs arguments au défi de leurs contradicteurs¹⁷⁶⁴. De cette façon, « si vraie que soit cette opinion, on la considérera comme un dogme mort et non comme une vérité vivante, si on ne la remet pas entièrement, fréquemment, et hardiment en question. »¹⁷⁶⁵

500. Limites de la théorie de la vérité. Bien sûr, cette théorie fondant l'intérêt de la liberté d'expression n'est pas exempte de critiques, elle non plus. Les postulats initiaux ont été attaquées, parce qu'ils relèvent d'une vision utopique. D'une première part, il peut être douteux d'affirmer que la vérité est toujours un bien pour la société. Lorsque Mill défend l'expression d'idées fausses en ce qu'elles seraient susceptibles de contribuer à l'émergence de la vérité, il semble ne pas réellement prendre en compte les effets néfastes que la vérité puisse avoir sur la société dans son ensemble. Il paraît penser que, quoi qu'il arrive, les bienfaits de la circulation de telles idées l'emporteront toujours sur leurs inconvénients. C'est une conception absolutiste qui peut bien évidemment être sujette à contestation. La plupart des pays choisissent de limiter la circulation de certaines informations ou idées, vraies ou fausses, pour la défense d'intérêts considérés comme plus urgents¹⁷⁶⁶, comme la sécurité nationale ou la protection des droits d'autrui. Il est peu probable qu'un État laisse se commettre des actes d'atteinte aux personnes, au nom de la défense de l'expression d'une idée fallacieuse¹⁷⁶⁷. De la même façon, une compagnie privée ne laissera pas non plus se divulguer ses informations économiques sous prétexte que cela contribuerait à la découverte d'une vérité quelconque. Au contraire, la plupart du temps, elles chercheront à protéger à tout prix ces dernières contre une divulgation, pour endiguer les effets néfastes qu'une telle action pourrait avoir sur sa santé économique. La théorie de la vérité développée par Mill ne prend pas en considération l'existence de limites à

¹⁷⁶³ *Id.*, p. 92.

¹⁷⁶⁴ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 8.

¹⁷⁶⁵ J. S. MILL, préc., note 1531, p. 113.

¹⁷⁶⁶ E. BARENDT, préc., note 1718, p. 8 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 27.

¹⁷⁶⁷ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 9. L'exemple de l'Allemagne nazie paraît encore une fois suffisamment éloquent pour illustrer cette critique.

la liberté d'expression et la défense d'autres valeurs, parce qu'il n'y aurait pas de limite à la recherche de la vérité.

D'une deuxième part, il semble que Mill entende la vérité comme un objet cohérent et unique que l'on peut découvrir à force d'arguments et de discussion. Or, il a été effectivement opposé à cela l'idée qu'il s'agit là avant tout d'une notion relative¹⁷⁶⁸ et il est alors beaucoup plus difficile de départager le vrai du faux¹⁷⁶⁹. Cela rend en outre la théorie de Mill un peu paradoxale¹⁷⁷⁰, dans la mesure où ce dernier considère que la recherche de la vérité devrait être mise en œuvre prioritairement dans des domaines telles la politique ou la moralité, là où justement cette dernière existe peut-être le moins, dans la forme univoque et absolue que semble défendre l'auteur.

D'une troisième part, Mill considère de toute évidence que chaque discussion doit respectueusement mener à la recherche de la vérité, ce qui n'est évidemment pas le cas. Il n'y a pas nécessairement de corrélation entre une société qui accorde très librement l'expression de toutes les idées et l'émergence de la vérité¹⁷⁷¹. De même, la recherche de la vérité n'est pas nécessairement l'objectif de tout individu de la société¹⁷⁷². Une fois de plus ici, le sujet qui nous occupe en est le parfait exemple : pourquoi les entreprises privées s'emploieraient-elles aussi ardemment à dissimuler des informations économiques, si elles avaient elles aussi, dans leurs expressions publiques, pour objectif de participer à la découverte de la vérité ?¹⁷⁷³

D'une quatrième part, il existe tout simplement des cas où l'expression n'a rien à voir avec la recherche d'une vérité quelconque¹⁷⁷⁴, comme cela peut être le cas avec une expression artistique. Cela ne veut pas dire pour autant que ce type d'expression n'est pas couverte par la liberté y afférant.

501. Résonances de la théorie de la vérité. Il est certain que la théorie de Mill est un peu datée et n'a pas été confrontée aux développements les plus récents de la liberté d'expression, notamment dans les dangers qu'elle peut recéler. Pourtant, malgré ses nombreux défauts, la théorie de Mill touche un aspect considérable de cette liberté. Il est clair que, dans

¹⁷⁶⁸ *Id.*, p. 8 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 27.

¹⁷⁶⁹ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 27.

¹⁷⁷⁰ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 10.

¹⁷⁷¹ *Id.*, p. 9. L'auteur prend comme exemple l'Allemagne de 1933, où la liberté d'expression a conduit au contraire à l'imposition d'idées qui n'auraient pas pu être plus éloignées de la « vérité » et des bienfaits que Mill lui associe pour la démocratie.

¹⁷⁷² *Id.*, p. 12.

¹⁷⁷³ On peut aussi penser à la presse à scandale, qui n'a pas nécessairement pour objectif de publier la vérité, mais plutôt de faire le maximum de vente possible, quitte parfois au contraire à s'éloigner de la vérité.

¹⁷⁷⁴ E. BARENDT, préc., note 1718, p. 10 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 27.

un contexte universitaire, scientifique et de recherche, la facilité avec laquelle circulent l'information et les idées contribue grandement à la possibilité de se rapprocher d'une vérité plus universellement admise¹⁷⁷⁵. Sans verser dans la vision un peu radicale de Mill, on peut aussi admettre que la possibilité d'échanger librement des idées permettra de faire émerger une vérité plus communément admise dans une société et à une époque donnée.

Cette théorie est apparemment celle qui a reçu le moins d'écho en France¹⁷⁷⁶. Elle a été consacrée aux États-Unis¹⁷⁷⁷, où l'on a pu considérer que la liberté d'échange des idées participe au bien commun. Dans cette perspective, la liberté d'expression fonctionne comme le libre marché économique et toute forme d'intervention de l'État est néfaste à sa finalité, c'est-à-dire l'émergence d'une vérité¹⁷⁷⁸. On peut ne pas adhérer complètement à l'idée que la liberté d'expression fonctionne comme le libre marché économique¹⁷⁷⁹. Il semble néanmoins certain que la confrontation des idées est plus propice à leur avancement, sans pour autant que l'on s'échine à découvrir la vérité. Au mieux, peut-on y voir l'opportunité de remettre en question certaines idées reçues, d'affiner un point de vue ou de découvrir une autre façon de penser. Cela ne rime pas pour autant avec une absence de régulation de l'État, sans quoi il existe aussi le risque que les idées majoritaires triomphent toujours, poussant les minoritaires dans l'oubli, dans une configuration bien éloignée de celle dont rêvait Mill¹⁷⁸⁰.

On peut aussi certainement rapprocher recherche de la vérité et défense de la démocratie dont les aspirations respectives semblent converger. Toutefois, si l'on se place dans la perspective de la vérité, on peut appliquer ce schéma au-delà des seuls discours politiques, dans des domaines où la liberté des échanges peut aussi permettre de faire émerger une certaine vérité. Ce fondement a donc potentiellement un champ d'application plus large que le développement de la démocratie. Il a une portée plus universelle et paraît particulièrement important lorsque l'on considère l'avancement de la recherche et des connaissances.

¹⁷⁷⁵ E. BARENDT, préc., note 1718, p. 9 ; P. BOURETZ, préc., note 1713 à la page 48.

¹⁷⁷⁶ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 31.

¹⁷⁷⁷ *Abrams v. United-States*, 250 U.S. 616 (1919), 630, j. Holmes : « when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas -- that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. »

¹⁷⁷⁸ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 11.

¹⁷⁷⁹ *Id.*, p. 12 ; J. MORANGE, préc., note 1530, p. 27.

¹⁷⁸⁰ On peut penser à ce propos à la régulation du temps de parole des représentants des partis politiques en France : le Conseil supérieur de l'audiovisuel oblige les médias français « à assurer aux partis et groupements politiques qui expriment les grandes orientations de la vie politique nationale un temps d'intervention équitable au regard des éléments de leur représentativité » : *Délibération n°2017-62 du 22 novembre 2017 relative au principe du pluralisme politique dans les services de radio et de télévision*, J.O. 30 novembre 2017, texte n°167, art. 1^{er}.

502. Compatibilité avec l'alerte. Surtout, la recherche de la vérité comme finalité de l'expression a une résonance avec le cas des lanceurs d'alerte. En effet, il est clair que la personne qui choisit de s'exprimer pour dévoiler des faits qu'elle juge dangereux ou immoraux le fait au nom de la découverte d'une autre vérité, pour proposer une vision alternative d'une situation. Si l'on part du principe que le lanceur d'alerte est de bonne foi, le caractère avéré de ses propos est souvent une condition pour valider son alerte, même si l'on admet une certaine marge d'erreur. L'alerte éthique paraît s'actionner de façon assez similaire à ce qu'avait décrit Mill, dans la plus pure tradition du débat d'idées : la sincérité de la prise de parole du lanceur d'alerte et la confrontation des points de vue devraient permettre de faire émerger la vérité. Cela peut survenir, lorsque l'alerte réussit et permet de constater que l'ancien état des connaissances était en réalité faux. Bien sûr, il ne s'agit pas d'affirmer que toutes les alertes devraient être suivies d'effets, au nom de la consécration de la théorie de la vérité, mais le phénomène des lanceurs d'alerte renouvelle peut-être l'intérêt que l'on peut lui porter. Il est possible qu'un pays comme la France, assez étranger au départ à cette question de la vérité, puisse y devenir sensible. Certains textes protecteurs des lanceurs d'alerte ou des sources journalistiques¹⁷⁸¹ le traduisent : en garantissant l'anonymat de ces dernières, il y a une plus grande chance de libérer la parole de ceux qui sont le mieux informés et par conséquent qu'ils partagent leur savoir. Le relais médiatique sera alors le canal par lequel ils pourront se faire entendre et participer ainsi à la manifestation de la vérité. La vérité apparaît alors comme un moyen de contrer les pouvoirs du Gouvernement

2.1.1.4 Suspicion à l'égard du Gouvernement

503. Liberté d'expression et suspicion à l'égard de l'État régulateur. Nous ne reviendrons que très brièvement sur le dernier fondement, car il semble plutôt être la conséquence logique des trois autres. Selon celui-ci, on insiste davantage sur les effets néfastes de la régulation : il existerait des raisons légitimes de se méfier des volontés de réguler ou limiter la liberté d'expression de la part de l'État¹⁷⁸². D'abord, parce que cela le laisserait seul maître de décider ce qu'il est bon de dire ou non. Ensuite, il peut être très difficile dans certains cas de tracer la limite entre l'admissible et l'inadmissible en matière d'expression¹⁷⁸³.

Si ce fondement pouvait se comprendre dans les périodes d'instabilité politique ou de mise en place d'une forme de pouvoir plus autoritaire¹⁷⁸⁴, cet argument n'a plus vraiment

¹⁷⁸¹ Art. 2 Loi sur la liberté de la presse.

¹⁷⁸² E. BARENDT, préc., note 1714, p. 21.

¹⁷⁸³ *Id.*

¹⁷⁸⁴ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 30.

d'intérêt aujourd'hui. D'abord, s'agissant d'un argument purement négatif, il ne permet pas de savoir en quoi il est pertinent de défendre la liberté d'expression, quels sont les bienfaits de la reconnaissance d'un tel droit¹⁷⁸⁵. Ensuite, on peut se demander si cette suspicion exacerbée a véritablement encore un sens aujourd'hui. En effet, il n'est pas certain que les risques de censure et de limitation de l'expression proviennent encore majoritairement de l'autorité étatique au 21^{ème} siècle. Les groupes de pression, les compagnies privées, ou les groupes médiatiques peuvent aussi être à l'origine d'un fort contrôle de la parole, tout aussi nuisible à la liberté d'expression¹⁷⁸⁶. Il n'y a qu'à se rappeler que des réseaux sociaux tels Facebook ou Twitter ont le pouvoir de décider de censurer certains contenus, sans contrôle *a priori* d'une autorité indépendante. Il pourrait tout autant y avoir des raisons de se méfier de certaines formes de contrôles exercés par des entités privées.

Enfin, cette défiance à l'égard de la régulation n'est en réalité qu'un outil qui se met au service de la défense des autres fondements décrits précédemment¹⁷⁸⁷ : limiter la possibilité pour l'autorité publique de réguler la liberté d'expression est évidemment favorable à la circulation de la parole et des idées, ce qui ne peut que contribuer à la fois au débat démocratique, à l'échange des idées et donc à la recherche de la vérité, et par voie de conséquence à l'épanouissement personnel. Il n'y a donc rien de très novateur dans cette idée de suspicion à l'égard de l'État, si ce n'est de souligner le fait que les débats autour de la liberté d'expression se sont légèrement déplacés et envahissent des conflits purement privés, là où l'on y voyait plus traditionnellement une opposition entre les citoyens et l'État¹⁷⁸⁸.

504. Convergence des fondements de la liberté d'expression. Il ressort surtout de l'analyse de ces différents fondements qu'on ne peut finalement pas se contenter d'un seul d'entre eux pour déterminer l'intérêt de la liberté d'expression¹⁷⁸⁹. Ils restent étroitement imbriqués, comme s'il était difficile de différencier les questions de démocratie, de la vérité, et de l'épanouissement personnel. Le tout participerait à un même mouvement de liberté, propice autant pour les individus que pour la société dans laquelle ils évoluent.

¹⁷⁸⁵ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 22.

¹⁷⁸⁶ *Id.*

¹⁷⁸⁷ *Id.* On le retrouve particulièrement dans la théorie de Mill sur la recherche de la vérité : *supra*, n°500 ; *Id.*, p. 11.

¹⁷⁸⁸ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 22.

¹⁷⁸⁹ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 28.

Ces fondements ne sont pas anodins et ont un impact direct sur l'interprétation que les juridictions peuvent en faire de la liberté d'expression. La Cour suprême s'en est saisie et y a fait directement référence pour dessiner les contours de cette liberté fondamentale :

« La conception qu'on peut avoir de la liberté d'expression est la toile de fond essentielle de toute analyse fondée que l'al. 2b), car les valeurs que favorise cette liberté aident non seulement à définir la portée de l'al. 2b), mais viennent au premier plan dans l'étude des modalités de coexistence d'intérêts opposés avec cette même liberté, sous le régime de l'article premier de la *Charte* »¹⁷⁹⁰.

Ainsi, il semble que si l'on se contentait de rattacher celle-ci à un fondement démocratique, il n'y aurait pas de raison d'y intégrer l'expression commerciale comme un discours digne de protection constitutionnelle. Or, la Cour suprême a jugé du contraire et ce faisant a explicitement reconnu que « l'expression politique n'est toutefois qu'une forme d'expression dans la grande diversité de types d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique. »¹⁷⁹¹ Ces fondements de la liberté d'expression ne sont donc pas anodins et doivent se lire comme un tout, si l'on souhaite dessiner une image la plus fidèle et la plus complète possible des multiples facettes de cette liberté.

En outre, il est clair à l'issue de cette étude que ces fondements sont communs à la France et au Canada, même s'ils n'ont pas touché les deux systèmes juridiques de la même façon. On peut voir se dégager une idée commune de ce qui motive la protection de la liberté d'expression, en faisant de celle-ci un outil au service du bien-être individuel et collectif. On peut affirmer que la liberté d'expression est, de façon universelle (du moment qu'elle est effectivement respectée), indissociable de la démocratie, dans sa dimension politique, individuelle et de recherche de la vérité, dans le sens d'un avancement des connaissances, quel qu'en soit le sujet.

505. L'alerte : une manifestation académique de la liberté d'expression. Tous ces fondements contiennent aussi une certaine vérité et une pertinence pour comprendre les enjeux de l'alerte. Le cas du lanceur d'alerte démontre bien à quel point la combinaison de ces trois fondements est nécessaire pour en saisir le sens et l'importance. En effet, l'alerte semble trouver un écho dans chacun des fondements précédemment décrits, intéressant à la fois l'épanouissement de celui qui prend la parole, la recherche de la vérité et par ricochet la démocratie par la génération d'un débat et le maintien du pluralisme des idées. Le fait que le

¹⁷⁹⁰ R. c. *Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 726.

¹⁷⁹¹ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 54.

cas du lanceur d'alerte intéresse ces trois fondements à la fois démontre aussi à quel point sa prise de parole est exemplaire : elle embrasse tout ce qu'il y a à défendre dans la liberté d'expression, en en faisant peut-être l'expression la plus représentative, la plus emblématique de tout ce que peut signifier cette liberté. L'alerte est exemplaire : si l'on cherchait la meilleure façon de manifester les finalités de la liberté d'expression, il semble que l'on n'aurait pas pu trouver plus parfait exemple qu'elle. Le lanceur d'alerte part donc, sur le plan des principes théoriques, avec de forts arguments en faveur de la défense de sa prise de parole.

Cette position favorable est encore visible si l'on se tourne vers les fondements juridiques de la liberté d'expression. En tant que droit fondamental à valeur supra-législative, il existe de fortes raisons de défendre l'alerte du point de vue du droit.

2.1.2 Les fondements juridiques

506. Importance de la rédaction textuelle. La liberté d'expression dispose de nombreuses consécutions juridiques, la plupart du temps au niveau constitutionnel et au-delà, dans des textes internationaux. Elle est protégée par la majorité, si ce n'est toutes les Constitutions nationales des démocraties occidentales¹⁷⁹², qui lui taillent une place d'importance parmi les libertés fondamentales. Pourtant, cela ne signifie pas que la liberté d'expression s'écrit toujours de la même façon, d'un texte à l'autre, d'un pays à l'autre. Les choix rédactionnels donnent des indications sur le regard que le législateur porte sur ce droit et permettent de détecter l'imprégnation des théories qui se sont employées à l'expliquer.

507. Rédaction étatsunienne. Prenons tout d'abord la rédaction américaine de la liberté d'expression. Le premier amendement à la Constitution garantit cette liberté, en précisant qu'il est prohibé pour le Congrès de prendre des lois venant restreindre celle-ci¹⁷⁹³. Il n'y a pas de proclamation de principe de ce droit – donc pas de conceptualisation théorique de celui-ci¹⁷⁹⁴ – simplement la précision que le législateur ne peut limiter cette liberté. Le premier amendement a la particularité d'être rédigé de manière négative¹⁷⁹⁵, signifiant que les pouvoirs de l'État doivent s'interdire au maximum d'intervenir pour contrôler cette liberté. Cette formulation est extrêmement généreuse, parce qu'elle admet comme principe que cette liberté ne connaît par principe pas de limites. Toute expression devrait entrer dans le giron de sa protection, sans

¹⁷⁹² L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n° 318 et suiv. , p. 300 et suiv. .

¹⁷⁹³ U.S. CONST. amend. I : « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances. » (nos soulèvements).

¹⁷⁹⁴ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 26.

¹⁷⁹⁵ *Id.*, p. 42.

distinction de pertinence. Seuls quelques cas de figure exceptionnels devraient autoriser une limitation de cette liberté, qu'il revient aux juges de fixer. En effet, en l'absence de définition législative de celle-ci, c'est l'interprétation prétorienne qui donnera sens au texte du premier amendement.

Deux déductions peuvent se dégager de cette rédaction. Premièrement, on y voit de toute évidence une manifestation de la théorie de la suspicion à l'égard du gouvernement¹⁷⁹⁶, qui s'étend ici à l'encontre du pouvoir législatif. Tous les organes de l'État sont suspectés de vouloir limiter les libertés individuelles, ce qui semble laisser entendre que la liberté d'expression est également conçue, secondairement, comme un outil d'épanouissement individuel : la possibilité d'intégrer tout contenu expressif dans le domaine du texte milite en faveur de cette interprétation, pour autant que ce contenu participe à la possibilité pour chacun de prendre des décisions libres pour soi-même¹⁷⁹⁷.

508. Constitution française. À l'opposé de la formulation étatsunienne, la rédaction de la Constitution française propose une approche bien différente de la liberté d'expression. Proclamée à l'article 11 de la DDHC, celle-ci a sans aucun doute valeur constitutionnelle, ainsi que ses dérivés¹⁷⁹⁸. Le caractère solennel de ce droit est encore souligné par le fait que le législateur ait pris le soin de préciser qu'il s'agit d'un « des droits les plus précieux de l'homme », ce qu'il n'a pas fait à l'égard des autres droits proclamés dans cette déclaration. On y voit la grande importance que l'on a voulu lui accorder.

Ici, le législateur a opté pour une déclaration de principe de la liberté d'expression, qui est cette fois-ci reconnue de manière positive¹⁷⁹⁹ : « la liberté de communication des pensées est un des droits les plus précieux de l'homme » (nos soulignements). La logique est ici radicalement inversée par rapport à la configuration américaine, puisque l'article poursuit en évoquant les formes empruntées par cette liberté : parler, écrire, imprimer. Bien sûr, il ne s'agit là que de certaines de ses manifestations et il n'est pas question d'attribuer un caractère limitatif à cette liste. Cela confirme néanmoins cette approche positive de la liberté d'expression, dans la mesure où elle donne du contenu à la notion. Elle ne se construit pas de manière négative,

¹⁷⁹⁶ *Id.*, p. 26.

¹⁷⁹⁷ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 16.

¹⁷⁹⁸ C'est le cas de la liberté de la presse (Cons. const. 11 octobre 1984, n°84-181, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. Cons. const., p. 78, cons. 37) et la liberté de communication audiovisuelle (Cons. const. 27 juillet 1982, n°82-141, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. Cons. const., p. 48, cons. 3 et 4). Il ne fait plus aucun doute aujourd'hui que la liberté d'expression a valeur constitutionnelle.

¹⁷⁹⁹ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 42.

par exclusion des limitations à cette liberté. Enfin, l'article 11 DDHC termine en précisant que l'on est libre de s'exprimer « sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Contrairement à l'hypothèse américaine, c'est bien au législateur d'établir les limites à cette liberté. Ainsi, il reviendra à celui-là de fixer les modalités d'exercice de celle-ci¹⁸⁰⁰, ce qui est diamétralement opposé au choix opéré par la Constitution américaine. On remarque alors à quel point la formulation choisie pour décrire la liberté d'expression a une influence sur l'attribution des moyens de contrôle de celle-ci à un pouvoir ou un autre¹⁸⁰¹.

Il n'y a de toute évidence pas de suspicion à l'égard du gouvernement ou de manière générale à l'égard du Parlement, ce qui exclut cette théorie des fondements de la reconnaissance de la liberté d'expression. Toutefois, la mention du citoyen comme acteur de référence de la prise de parole tend à confirmer l'importance de l'épanouissement personnel dans la reconnaissance de cette liberté dans ce pays¹⁸⁰².

509. Consécration internationale. Les modèles de rédaction américain et français constituent en quelque sorte des matrices. L'ancienneté de ces textes explique en grande partie pourquoi les autres États, au moment de rédiger eux-mêmes leurs déclarations de droit, se sont inspirés de l'une ou l'autre de ces formulations¹⁸⁰³. Les démocraties européennes ont plutôt choisi une conception proche de celle de la France¹⁸⁰⁴, tandis que le droit international a subi l'influence étatsunienne. Par exemple, la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁸⁰⁵ décrit aussi la liberté de façon négative, puisqu'elle est décrite comme « le droit de ne pas être inquiété », ce qui revient à inciter les États à s'abstenir d'interférer avec la formulation d'idées. Quant au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, il consacre en des termes proches de la déclaration précédente la liberté d'expression¹⁸⁰⁶. Sa rédaction est un peu plus complexe, dans la mesure où elle emprunte à la fois à une conception négative et une conception positive de la liberté en jeu. Dans le premier alinéa, on retrouve l'idée qu'il n'est

¹⁸⁰⁰ *Id.*

¹⁸⁰¹ *Id.*, p. 50.

¹⁸⁰² *Supra*, n°494.

¹⁸⁰³ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 42.

¹⁸⁰⁴ *Id.*, p. 43.

¹⁸⁰⁵ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 605, art. 19 : « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. »

¹⁸⁰⁶ *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, préc., note 1229, art. 19 :

« 1. Nul ne peut être inquiété pour ses opinions.

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix. »

pas possible d'interférer avec celle-ci. Le second ajoute par là une proclamation de principe de la liberté d'expression, à la façon de la Déclaration française, ce qui paraît redondant. Le lien avec la tradition française ressort aussi du choix de lister quelques-unes des formes que peut revêtir l'exercice de ce droit fondamental et de préciser son objectif, à savoir pour l'essentiel l'échange d'information. Ce n'est pas sans rappeler les médiums identifiés dans deux fondements théoriques de la liberté d'expression, à savoir le fonctionnement de la démocratie et la recherche de la vérité¹⁸⁰⁷, dans lesquels la circulation de l'information est l'élément essentiel pour s'assurer que l'on peut parvenir à de tels idéaux.

510. Protection européenne. La Convention européenne a fait un choix différent dans la rédaction de son article 10. On peut y lire que « chacun a le droit à la liberté d'expression », marquant ici une approche vraisemblablement influencée par le modèle français, dans le choix d'une proclamation solennelle de cette liberté. Cette inspiration est encore plus évidente dans la suite de l'article, lorsqu'il liste ce que revêt cette liberté fondamentale : « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées ». Certes, l'article précise immédiatement à la suite que l'exercice de cette liberté se fait « sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques », ce qui tendrait à le rapprocher du modèle américain. Mais le modèle français reste prédominant, parce que l'alinéa suivant admet la possibilité de limiter l'exercice de cette liberté par l'effet d'une loi, ce qui reste la marque typique de l'influence du modèle français.

La liberté d'expression est aussi consacrée au sein de l'Union européenne, à l'article 11 de la CDFUE, dans une formulation sans originalité puisque c'est la même qu'au sein de la Convention européenne : « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. »¹⁸⁰⁸ Redondance ou facteur d'uniformité de la jurisprudence des deux grandes cours européennes, il ne fait en tout cas aucun doute que ce droit tient une place importante à cette échelle continentale. Le texte ne prévoit cependant pas de limitations explicites à la liberté d'expression, ce qui délègue automatiquement la tâche d'interpréter ce texte à l'égard des traités européens à la Cour de Justice de l'Union européenne.

¹⁸⁰⁷ *Supra*, n°498 et 499.

¹⁸⁰⁸ L'art. 11 CDFUE.

511. Déclaration canadienne. Au Canada, la liberté d'expression bénéficie également de multiples reconnaissances. Au niveau fédéral, elle est inscrite dans la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸⁰⁹, lui conférant valeur supra-législative. Elle fait parties des libertés qui « ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada, quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe »¹⁸¹⁰. Cette introduction, précédant l'énumération des droits et libertés consacrés, marque une fois de plus l'importance de la liberté d'expression.

512. Charte canadienne. Néanmoins, comme la *Déclaration canadienne des droits*¹⁸¹¹ est quelque peu tombée en désuétude, il faut surtout s'en remettre à la Charte canadienne aujourd'hui. Celle-ci proclame également la liberté d'expression à l'alinéa 2b) : chacun a donc droit à la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ». L'économie du texte milite en faveur d'une conception de la liberté d'expression proche de celle adoptée dans la Constitution américaine. L'influence est d'ailleurs assumée¹⁸¹² et parfaitement visible dans les décisions de la Cour suprême, qui n'hésite pas à faire de longues références aux décisions de sa cousine étatsunienne¹⁸¹³. Il semble donc assez clair que le droit canadien opte en faveur d'une approche négative de la liberté d'expression¹⁸¹⁴, qui interdit au gouvernement de prendre des mesures qui viendraient la limiter. Notons en outre que les déclarations de droit américaine et canadienne ont placé en tout premier dans leur énumération la liberté d'expression¹⁸¹⁵, comme si celle-ci était un poste avancé de la démocratie et le droit le plus étroitement lié à cette forme d'exercice du pouvoir.

Surtout, cette mention dans la Charte confère à la liberté d'expression une garantie constitutionnelle, lui offrant dans ce pays aussi une valeur importante. On se trouve donc ici dans une configuration où la liberté d'expression dispose d'une protection équivalente en France et au Canada, à savoir une valeur constitutionnelle.

¹⁸⁰⁹ *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 614, art. 1^{er}.

¹⁸¹⁰ *Id.*, art. 1.

¹⁸¹¹ *Déclaration canadienne des droits*, préc., note 614.

¹⁸¹² Nathalie DES ROSIERS, « Liberté d'expression », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, n°5, à jour au 1^{er} août 2021 (Lad/QL).

¹⁸¹³ *Id.* ; *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 47 à 49.

¹⁸¹⁴ N. DES ROSIERS, préc., note 1812, n°5.

¹⁸¹⁵ En effet, la liberté d'expression apparaît dans l'article 2 de la Charte canadienne, mais rappelons que l'article 1^{er} ne contient pas l'énonciation d'un droit fondamental, simplement la feuille de route générale sur la possibilité de limiter certains des droits proclamés à sa suite. Le premier article contenant effectivement l'énonciation d'un droit fondamental est donc bien l'article 2, contenant les libertés les plus étroitement liés à la démocratie.

513. Charte québécoise. Enfin, la liberté d'expression figure aussi à l'art. 3 de la Charte québécoise, qui intègre dans un même article la liberté de conscience, de religion, mais aussi d'opinion et d'expression. La proclamation est très générale et n'entre pas dans les détails de ce que peut inclure cette dernière. Si l'on ajoute à cela le fait que la Charte canadienne et la Charte québécoise reçoivent une interprétation unique, il est certain que la Charte québécoise est aussi une manifestation de la conception américaine de la liberté d'expression : « il convient de prêter le même sens aux mots « liberté d'expression » employés à l'al. 2b) de la *Charte* canadienne et à l'art. 3 de la *Charte* québécoise. »¹⁸¹⁶

514. Complémentarité des approches. Bien sûr, il faut relativiser la différence entre le modèle français et de *common law* quant à la liberté d'expression, les deux modèles n'étant pas conçus de façon parfaitement hermétique. Au contraire, on peut voir dans les compétences législative et judiciaire une complémentarité utile qui permettra de régler au mieux les questions qui pourraient surgir relativement à l'exercice de ce droit. Cela ne signifie pas non plus que les principes irriguant cette liberté sont différents dans les deux modèles. Il est probable que la rédaction des textes et la référence plus ou moins appuyée à un fondement théorique plutôt qu'un autre permettront de mettre en évidence des différences dans les contours des expressions admises en son sein. Mais cela ne remettra probablement pas en cause la capacité de l'alerte éthique à entrer dans le champ de cette liberté fondamentale. Toutefois, il faudra s'attendre à de potentielles divergences quand il s'agira de concilier l'alerte avec d'autres valeurs concurrentes, tant la résolution de ce genre de difficulté est intimement liée à une tradition juridique précise.

515. Particularisme de la liberté d'expression. En conséquence, il semble clair que la liberté d'expression occupe une place particulière parmi les droits fondamentaux. Ses liens étroits avec la démocratie en font une des rares libertés taillées pour un réel universalisme, plus que ne pouvait l'être la propriété ou la vie privée précédemment. L'ancienneté de la reconnaissance de ce droit y a aussi sûrement sa part de responsabilité. En effet, si la propriété et la vie privée qui l'accompagne sont liées au développement de la société bourgeoise, c'est un moment où la liberté d'expression devenait quant à elle un droit fondamental¹⁸¹⁷, prenant une avance considérable sur ces derniers. Cela se traduit dans les fondements théoriques de ce droit, qui semblent assez communs aux grandes démocraties occidentales. Cela signifie d'une part qu'il est davantage probable que l'on retienne des interprétations semblables de cette

¹⁸¹⁶ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 39.

¹⁸¹⁷ J. MORANGE, préc., note 1530, p. 25.

liberté. C'est déjà le cas d'une Charte à l'autre au Canada, il restera à considérer la comparaison d'un pays à l'autre. D'autre part, contrairement à la vie privée dont les contours sont encore en construction, particulièrement à l'égard des personnes morales, il n'y a pas de problème majeur pour définir la liberté d'expression en elle-même. Ainsi, contrairement au problème précédent qui portait sur l'existence même d'une forme de vie privée pour les personnes morales, on ne se questionne pas à propos de la reconnaissance de la liberté d'expression. Ici, il s'agit plutôt de savoir comment le droit positif actuel prend en charge le phénomène des lanceurs d'alerte et inversement, la façon dont ce dernier fait évoluer l'interprétation que l'on peut faire de ce droit fondamental. On pourra alors voir en quoi la liberté d'expression connaît une application particulière à l'égard des lanceurs d'alerte.

2.2 La spécificité de la liberté d'expression du lanceur d'alerte

516. Principe de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte. La reconnaissance de la liberté d'expression du lanceur d'alerte n'est pas problématique en soi : en tant que personne physique, ce dernier bénéficie, comme toute autre personne, de cette liberté. Son statut d'employé, ses responsabilités éventuelles ne le privent en rien de ce droit. Cela exercera seulement une influence sur les frontières de ce qu'il peut dire, à la lumière des autres obligations auxquelles il peut être astreint¹⁸¹⁸. Le principe de la liberté d'expression de ces personnes n'est pas remis en question. Par ailleurs, l'alerte ne fait pas partie des expressions qui posent des difficultés : il ne s'agit pas d'un discours haineux ou d'incitation à la violence¹⁸¹⁹, d'apologie de crimes contre l'humanité ou de génocide¹⁸²⁰ ou encore de négationnisme¹⁸²¹. Si l'alerte s'apparentait à l'un de ces discours, elle ne chercherait pas à prévenir le public d'un danger ou d'une pratique illégale, elle en serait au contraire à l'origine. Il est probable en outre qu'elle ne puisse être dite de bonne foi dans ces circonstances. La question des limites de la liberté d'expression est sensible et mérite ses propres développements, mais ceux-ci ne sont pas le sujet de la présente thèse.

¹⁸¹⁸ Notamment son devoir de loyauté : *supra*, n°428 et suiv.

¹⁸¹⁹¹⁸¹⁹ Art. 319 (1) C. crim. ; art. 24 al. 1 Loi sur la liberté de la presse. Dans un premier temps dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, préc., note 1790., les juges avaient considéré que les discours haineux antisémites, pour « désobligeants et odieux » qu'il soient convoyaient un message, protégé au titre de la liberté d'expression (*Id.*, 730). Seule la juge MacLachlin, dissidente, considérait que ce genre de propos ne pouvaient entrer dans le champ de la liberté d'expression : *Id.*, 828-829, j. McLachlin. Par la suite, la Cour suprême a revu sa position sur les discours d'incitation à la haine et à la violence, notamment terroriste, en les excluant du champ de la liberté d'expression : *R. c. Khawaja*, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 70. Pour une exclusion de la violence en tant que mode d'expression protégé : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 970.

¹⁸²⁰ Art. 318(1) C. crim. ; art. 24 al. 5 Loi sur la liberté de la presse.

¹⁸²¹ Art. 24bis Loi sur la liberté de la presse.

517. Influence de l'alerte. Cela ne signifie pas pour autant que l'alerte n'a pas d'influence sur la liberté d'expression, si ce n'est sur ses limites, du moins sur sa compréhension. La multiplication des alertes et leur confrontation aux dispositifs juridiques existants forcent à reconsidérer quelque peu la vision que l'on avait de cette liberté. L'analyse de celle-ci invite en principe à ne pas s'attarder sur le contenu du message, du moins en dehors des cas dans lesquels il s'agit d'un discours exclu de son domaine. Mais la nature de l'alerte oblige à revenir sur cette position : la définition de celle-ci implique que le signalement intéresse un fait constitutif d'une violation d'une norme juridique ou présentant un risque pour l'intérêt général, ce qui pousse nécessairement à se pencher sur son contenu pour vérifier si l'une de ces conditions est remplie. Le contenu revêt une importance à laquelle le juriste n'est pas habitué concernant cette liberté fondamentale. C'est dans cette perspective que la liberté d'expression devient un outil, au service de la défense d'un intérêt supérieur, celui de la valeur réellement défendue par la prise de parole.

Afin de mieux comprendre comment s'interprète la liberté d'expression pour les lanceurs d'alerte, il est nécessaire de revenir d'abord brièvement sur la conception générale de cette dernière (2.2.1). Cela permettra de vérifier qu'effectivement l'alerte est une expression protégée, pour ensuite mettre en lumière le particularisme de celle-ci (2.2.2).

2.2.1 La notion de liberté de l'expression

518. Insuffisance de la définition négative. S'agissant d'une liberté aux multiples facettes, évolutive et faisant peu l'objet d'une définition quant à son contenu, il est difficile de saisir plus précisément en quoi consiste exactement la liberté d'expression protégée. On a tendance à se tourner plutôt vers les limites qu'on lui impose, moins nombreuses et plus faciles à cerner, pour en déduire en creux ce qu'est la liberté d'expression. Tout ce qui n'est pas prohibé relève alors de cette dernière. Toutefois, cela ne donne pas plus d'explications quant au contenu de la notion, notamment si, au-delà de la limitation des interférences de l'État dans la liberté des personnes, il existe une possibilité de revendiquer des droits spécifiques attachés à son exercice¹⁸²². Aussi, il apparaît essentiel de chercher une définition positive de la liberté d'expression afin de mieux comprendre ce qu'elle recouvre. A cette fin, deux aspects participent à la découverte de ce qu'est positivement la liberté d'expression : il s'agit d'une pensée extériorisée par l'expression, dans le but de la transmettre à autrui. Dans ces conditions, c'est tout à la fois la forme que peut prendre l'expression protégée (2.2.1.1), et l'étendue du

¹⁸²² E. BARENDT, préc., note 1714, p. 74.

champ d'application de cette liberté¹⁸²³ (2.2.1.2) qui participeront à éclaircir le sens de cette liberté.

2.2.1.1 Définition de l'expression protégée

519. L'art et la manière. Si l'on s'en tient à la question des expressions protégées par cette liberté, celle-ci peut concerner deux aspects intrinsèquement liés¹⁸²⁴ : le contenu ou la forme de l'expression. Or, lorsque l'on envisage de décrire ce que protège ce droit fondamental, il n'est pas tant question des différents sujets ou des contenus qui méritent effectivement de l'intégrer. À ce propos, il est reconnu qu'il n'existe pas véritablement de limites relativement au contenu de l'expression¹⁸²⁵ : qu'il s'agisse d'expression artistique, politique, commerciale, technique, philosophique, d'humour... Tous les sujets peuvent théoriquement être abordés et toutes les idées peuvent être débattues – quel que soit le moyen technique utilisé¹⁸²⁶ – si ce ne sont les rares exceptions envisagées précédemment¹⁸²⁷ et qui nous ramène à une définition négative de la liberté d'expression. Même là encore, ce n'est pas tant que l'on ne puisse pas parler de génocide, de discrimination, de violence ou de tout autre sujet entrant dans la définition des discours prohibés, mais plutôt la façon dont ces sujets sont abordés. Rares sont les idées qui demeurent réellement exclues, quelle que soit leur forme d'expression. Aussi, pour dégager une définition de la liberté d'expression qui ne reviendrait pas à la formuler en opposition avec les idées exclues de son domaine, il faut se tourner vers un autre critère, celui de la forme. La CEDH semble suivre cette dichotomie entre le fond et la forme¹⁸²⁸ : dans une décision qui concernait un homme ayant entrepris une longue marche à travers le Royaume-Uni, nu, afin d'exprimer son point de vue sur le caractère inoffensif de la nudité humaine, les juges européens ont considéré que la question de la nudité en public était effectivement un sujet d'intérêt public¹⁸²⁹. Même si ces opinions sont partagées par une faible part de la population, cela a peu d'importance pour considérer la légitimité de son expression. Ainsi, la Cour européenne confirme le peu de place accordé au contenu de l'expression pour décider si elle mérite une protection fondamentale¹⁸³⁰. C'est ici plutôt la façon dont le demandeur a exprimé son point de vue qui a posé difficulté¹⁸³¹.

¹⁸²³ *Id.*

¹⁸²⁴ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 968.

¹⁸²⁵ N. DES ROSIERS, préc., note 299, n°9 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°540, p. 812.

¹⁸²⁶ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°623, p. 529.

¹⁸²⁷ *Supra*, n°516.

¹⁸²⁸ Déjà en ce sens, *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, n°10737/84, série A n°133, par 27.

¹⁸²⁹ *Gough c. Royaume-Uni*, 28 octobre 2014, n°49327/11, par. 172.

¹⁸³⁰ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°540, p. 812.

¹⁸³¹ *Id.* par. 173.

520. Lien avec la liberté de conscience. Cette approche, distinguant contenu et forme de l'expression, semble assez logique : tout comme on ne fait aucun contrôle sur le contenu des convictions d'une personne dans le cadre de l'analyse de la liberté de conscience¹⁸³², il ne devrait pas davantage y avoir de contrôle sur le contenu de ce qui est exprimé. En tant que liberté de l'esprit, tout comme chacun devrait pouvoir être libre d'adopter les convictions de son choix, chacun devrait pouvoir être libre d'en parler publiquement. La jurisprudence européenne ne dit pas autre chose lorsqu'elle considère que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. »¹⁸³³ La Cour suprême ne tient pas une position différente. Non seulement elle fait directement référence à ce passage de l'arrêt *Handyside*¹⁸³⁴ pour construire son raisonnement autour de la notion d'expression, mais encore elle ajoute :

« La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la Charte québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. »¹⁸³⁵

Ce n'est donc pas au niveau du contenu que la question de la définition de l'expression se jouera, mais plutôt en considérant les comportements qui en sont une.

521. Définition du terme « expression ». Si l'on revient sur le terme même d'« expression », ce dernier se définit par l'utilisation d'un langage¹⁸³⁶ et donc bien évidemment par l'usage de la parole, de l'écriture ou de signes. Mais il existe bien d'autres formes d'expression répertoriées, comme l'art sous toutes ses formes, ce qui peut comprendre des expressions physiques, tels la danse, le chant, le théâtre, le dessin, la peinture, une manifestation, le port d'un signe particulier... Un « comportement extérieur »¹⁸³⁷ peut donc aussi se rapporter à une expression, ce qui veut dire que la liberté qui la protège peut prendre les formes les plus diverses¹⁸³⁸, pour autant qu'il y ait une extériorisation du message¹⁸³⁹, dans

¹⁸³² *Supra*, n°462.

¹⁸³³ *Handyside c. Royaume-Uni*, préc., note 1527, par. 49.

¹⁸³⁴ *Id.*

¹⁸³⁵ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 968. Déjà en ce sens : *Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of Metropolitan Toronto*, (1985) 52 O.R. (2d) 449 : « the constitutional guarantee extends not only to that which is pleasing, but also to that which to many may be aesthetically distasteful or morally offensive ; it is indeed often true that "one man's vulgarity is another's lyric". »

¹⁸³⁶ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, ° *Expression* (consulté le 10 août 2020).

¹⁸³⁷ *Id.*

¹⁸³⁸ *N. DES ROSIERS*, préc., note 1812, n°10.

¹⁸³⁹ *F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL*, préc., note 625, n°540, p. 812.

les limites instaurées par la loi¹⁸⁴⁰. C'est bien l'avantage de recourir à un terme aussi large qu'« expression », qui incite à considérer une plus large gamme de manifestations d'une idée que si l'on utilisait un vocabulaire plus étroit, comme cela est le cas aux États-Unis. En effet, le premier amendement utilise le vocable « speech », ce qui renvoie à une forme plus verbale de l'expression¹⁸⁴¹. Bien sûr, le terme n'est pas pris au pied de la lettre et des formes très diverses d'expression sont admises à la protection constitutionnelle. On peut toutefois remarquer que l'alinéa 2b) de la Charte canadienne a fait le choix du terme « expression », dans sa version anglaise également, dénotant un attachement à une approche globalisante et généreuse de la liberté énoncée.

522. Nécessité d'un destinataire. Cela semble sous-entendre également que l'expression choisie doit être compréhensible, qu'elle puisse avoir un récepteur, une personne capable de la comprendre¹⁸⁴². Bien sûr, cela ne signifie pas que tout le monde doit être en mesure de comprendre le contenu de l'extériorisation, mais elle doit être accessible à au moins une personne. En effet, l'expression n'a d'intérêt que si elle contient un message, une idée à défendre, aussi futile, frivole, contestable ou sérieuse et constructive qu'elle soit, bref qu'elle puisse être réceptionnée. Une expression non compréhensible, sans aller jusqu'à dire qu'elle ne mérite pas de protection, est plutôt comme une bouteille à la mer : on ne peut pas en connaître l'intérêt tant qu'on ne l'a pas déchiffrée. Elle a peu de chance d'élever une quelconque difficulté, particulièrement d'un point de vue juridique, tant que l'on n'est pas en mesure de savoir ce qu'elle signifie. Il semble donc que les messages sans possibilité d'être réceptionnés aient surtout peu d'intérêt au regard du droit, ce qui rend cette exigence de compréhensibilité essentielle pour caractériser un message digne de protection.

523. Nécessité d'une signification. Par conséquent, ce qui compte en réalité, c'est que l'expression, quelle que soit sa forme, extériorise un contenu, une signification¹⁸⁴³, fasse valoir

¹⁸⁴⁰ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 75 ; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 970, excluant la violence comme mode d'expression protégé par les Chartes de droits. Dans le même sens, N. DES ROSIERS, préc., note 1812, n°14.

Bien sûr, la question de la légalité ou non du geste choisi pour exprimer une idée est en elle-même sujette à débat, comme cela peut être le cas avec le recours à la nudité. En France, les actions des Femens ont donné lieu à des décisions contradictoires sur la légitimité du recours à un tel acte : (...) Voir aussi *Gough c. Royaume-Uni*, préc., note 1829, qui a considéré que la nudité n'était pas un mode d'expression acceptable dans une société démocratique, car il était nécessaire de prendre en compte le sentiment d'autrui, pouvant être choqué par un tel comportement (par. 173).

¹⁸⁴¹ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 75.

¹⁸⁴² Sur la place potentiellement importante centrale d'une audience dans la compréhension de la liberté d'expression : *Id.*, p. 26-27.

¹⁸⁴³ C'est d'ailleurs ce que révèle une des nombreuses définitions données du terme « expression » dans les dictionnaires classiques : *id.*

un point de vue¹⁸⁴⁴. Cette position semble assez commune à la France et au Canada. Dans ce dernier pays, la Cour suprême a considéré qu'une « activité est expressive si elle tente de transmettre une signification »¹⁸⁴⁵. Il sera plus évident de considérer qu'une activité humaine comme une conversation, un discours écrit ou oral, un écrit, constituent des expressions protégées, dans la mesure où il est inhérent au langage de transmettre une signification. Mais cette condition devient essentielle lorsqu'il s'agit de comportements autres, qui ne sont pas systématiquement rattachés à une activité expressive. Si l'on reprend l'exemple de l'arrêt *Gough*¹⁸⁴⁶ de la Cour européenne, il est certain que la nudité en tant que telle ne porte pas de signification particulière. En revanche, pour le demandeur, il s'agissait d'une manifestation accompagnée d'une signification précise, puisqu'il souhaitait de cette façon faire valoir le caractère inoffensif de la nudité humaine. Ce n'est donc pas par son absence de contenu que la nudité a été exclue des expressions protégées, mais plutôt sur le caractère choquant et illicite d'un tel acte¹⁸⁴⁷. Ainsi, cette intention d'imprimer une signification particulière est ce qui permet de distinguer une activité expressive protégée d'un comportement quotidien ordinaire et tout à fait banal¹⁸⁴⁸. Cela permet notamment de distinguer le manifestant du simple passant qui occupe l'espace public concomitamment.

524. L'alerte, une expression protégée. En résumé, l'expression protégée par la liberté du même nom est une manifestation extériorisée accompagnée d'une intention de transmettre ou une signification compréhensible par autrui. Confrontée à cette approche, l'alerte fait sans aucun doute partie des expressions protégées constitutionnellement et au niveau européen. Le contenu même n'est pas en question et l'expression prend généralement une forme langagière, par la parole ou l'écrit. L'alerte contient bien une idée, une opinion, qui revient le plus souvent à alerter d'un danger ou de la violation d'une règle de droit. Le message est donc compréhensible et bien extériorisé. Il ne fait aucun doute que l'alerte entre bien dans le champ des discours protégés au titre de la liberté d'expression.

525. Rapprochement des définitions. Il ressort surtout de cette présentation que la dichotomie évoquée précédemment entre définition positive et définition négative de la liberté d'expression propre aux deux grands modèles de droit n'a en réalité que peu de sens. Dans les deux cas, il existe des discours exclus de la protection fondamentale et dans les deux cas il

¹⁸⁴⁴ N. DES ROSIERS, préc., note 1812, n°10.

¹⁸⁴⁵ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 968.

¹⁸⁴⁶ *Gough c. Royaume-Uni*, préc., note 1829.

¹⁸⁴⁷ *Id.* par. 173.

¹⁸⁴⁸ N. DES ROSIERS, préc., note 1812, n°10.

existe un effort pour trouver ailleurs une harmonie commune à toutes les expressions reconnues comme dignes de préservation. Les États-Unis¹⁸⁴⁹ et le Canada¹⁸⁵⁰, deux pays qui ont pourtant une approche très libérale de la liberté d'expression, connaissent une régulation de celle-ci et des exclusions, qui forcent à admettre qu'il s'agit là d'un droit qui n'est pas si absolu qu'il y paraît. Il existe là-bas aussi un effort de systématisation dans la définition de l'expression protégée¹⁸⁵¹. De même en France, on remarque une difficulté à cerner véritablement le sens de cette liberté, en sorte qu'il est souvent moins embarrassant de la définir par ce qu'elle n'est pas, en dehors d'affirmations somme toute très générales¹⁸⁵². Surtout, malgré la possibilité reconnue constitutionnellement d'imposer une régulation à la liberté d'expression, l'État, sous le regard avisé des juges internes et européens, n'abuse pas de la régulation, en excluant d'office certaines formes d'expression de la protection accordée.

Cela permet surtout de constater que cette convergence des techniques de définition de la liberté d'expression milite également en faveur d'un certain universalisme de la notion. La présence simultanée de définitions positives et négatives tend à laisser penser qu'elles sont plus complémentaires qu'en opposition, contribuant l'une comme l'autre à la possibilité de mieux cerner ce droit fondamental.

526. Forme de l'expression et domaine. Si l'on sait mieux à quoi ressemble l'expression protégée fondamentalement, il reste que les juges ont défini de grandes catégories de manifestations, que l'on retrouve communément en France et au Canada. Il ne suffit donc pas de retracer la forme de l'expression protégée, mais aussi de s'intéresser à la démarche qui se cache derrière l'expression de l'auteur. Cela revient à rechercher le domaine de la liberté d'expression, sans se contenter d'énumérer les manifestations exclues du champ de cette dernière.

2.2.1.2 Le domaine de la liberté d'expression

527. Modalités de l'exercice de cette liberté. Maintenant que l'on en sait un peu plus sur le terme « expression », reste à savoir ce que signifie la « liberté » qui l'accompagne¹⁸⁵³. Ici encore, dire que certains comportements ou certains sujets sont exclus de la liberté d'expression

¹⁸⁴⁹ Dans ce pays, la violence et les comportements illégaux ne peuvent constituer des formes d'expression protégées par la liberté d'expression : *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, 448 (1969). Il en est de même de la pornographie ou de la pédophilie : E. BARENDT, préc., note 1714, p. 51; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°320, p. 302. ; N. DES ROSIERS, préc., note 1812, n°9.

¹⁸⁵⁰ C'est le cas, comme nous l'avons vu, pour la violence, les discours haineux ou l'apologie de crimes contre l'humanité.

¹⁸⁵¹ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 74 et suiv.

¹⁸⁵² L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°317, p. 300.

¹⁸⁵³ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 74.

ne fait pas le tour de la question, d'autant moins que cela ne rend pas du tout compte des développements qu'elle connaît. Au fil du temps, certaines activités ont intégré la liberté d'expression, d'une façon qui ne découle pas nécessairement spontanément de la simple lecture des textes la consacrant. Les modalités d'exercice de cette liberté n'ont pas vocation à être limitatives et on peut envisager que l'avenir permettra de compléter le tableau la décrivant. Cela permet surtout de donner un sens au terme « liberté » utilisé ici, par l'explicitation de ses manifestations.

528. Liberté d'opinion. Premièrement, la modalité d'expression la plus classique¹⁸⁵⁴, celle qui découle de la manière la plus évidente de l'énonciation de ce droit, reste la liberté d'opinion. Elle s'impose avec d'autant plus d'évidence qu'elle semble complémentaire de la liberté de conscience¹⁸⁵⁵ précédemment décrite : si l'on peut penser ce que l'on veut, la suite naturelle de cette possibilité est celle de pouvoir extérioriser ces idées et opinions. Chacun peut donc exprimer ses opinions, même minoritaires ou controversées, sans être inquiété pour celles-ci¹⁸⁵⁶. Bien évidemment, l'alerte appartient à cette forme d'expression. La personne qui la lance fait usage de la possibilité de s'exprimer pour faire passer son message, sans encourir théoriquement la censure.

529. Liens avec les fondements de la liberté d'expression. Cette modalité est également celle qui découle le plus logiquement des fondements théoriques de la liberté d'expression. La liberté d'opinion est une condition essentielle au fonctionnement démocratique des institutions, car cela garantit le pluralisme des idées, l'échange, et devrait à terme inciter à davantage de tolérance et d'ouverture d'esprit¹⁸⁵⁷. Cette position est aussi partagée par les juridictions, la CEDH considérant que la liberté d'opinion comme déterminante pour « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique" »¹⁸⁵⁸. Le Conseil constitutionnel va même un peu plus loin puisqu'il a considéré que « le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif à valeur constitutionnelle »¹⁸⁵⁹. En en faisant une valeur dérivée de la liberté d'expression, ce pluralisme

¹⁸⁵⁴ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°538, p. 809.

¹⁸⁵⁵ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°622, p. 527 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°364, p. 199.

¹⁸⁵⁶ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°364, p. 199 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°538, p. 809.

¹⁸⁵⁷ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°622, p. 527 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°364, p. 199 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°538, p. 809.

¹⁸⁵⁸ *Handyside c. Royaume-Uni*, par., note 1527, par. 49.

¹⁸⁵⁹ Cons. const. 18 septembre 1986, n°86-217, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. Cons. const., p. 141, cons. 11 ; B. DE LAMY, « La Constitution et la liberté de la presse », préc., note 1729, 22.

devient « une des conditions de la démocratie. »¹⁸⁶⁰. Le lien est bien explicite entre l'utilité de la liberté d'opinion et la démocratie. La Cour suprême canadienne n'a pas une position différente quand elle considère que « dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salubre tant pour la collectivité que pour l'individu »¹⁸⁶¹.

530. Importance de l'épanouissement personnel. Mais cette formule de la plus haute juridiction canadienne explicite aussi l'utilité de la liberté d'opinion pour les intérêts plus personnels des individus. En effet, le fait de pouvoir exprimer ses opinions sans en être inquiété est évidemment facteur d'épanouissement personnel, puisque la garantie de pouvoir s'exprimer sans encourir de représailles incite à se manifester, en conformité avec ses convictions et ses inspirations personnelles. Le développement d'Internet et des réseaux sociaux est à ce propos la manifestation la plus claire d'une prise en considération croissante d'intérêts très personnels à l'expression. Il y a certainement une ampleur nouvelle donnée à la prise de parole individuelle, qui semble plus visible et plus audible. Ce nouveau support donne une dimension très concrète à ce fondement de la liberté d'expression.

Mais cette mise en avant exacerbée de la parole individuelle se fait peut-être au détriment d'autres intérêts, telle la recherche de la vérité. En effet, le phénomène des fausses nouvelles, les croyances alternatives, le fait que l'on puisse tout dire dans la limite de la légalité montrent à quel point cette notion de vérité est devenue relative, voire contestée, bien loin de la façon dont semblait l'envisager Mill¹⁸⁶². Bien sûr, le pluralisme des opinions tend aussi à considérer que la vérité n'est pas univoque. Mais il semble y avoir une tension grandissante entre les aspirations à l'épanouissement personnel, par le biais d'une expression libre et décomplexée et une recherche rationnelle de la vérité, à tel point que les deux fondements peuvent paraître pratiquement antagonistes.

Malgré tout, on ne peut pas dire que la recherche de la vérité est tout à fait abandonnée en tant qu'objectif de la reconnaissance de la liberté d'expression. La liberté d'opinion, dont découle le pluralisme des idées et des opinions, y contribue aussi. C'est de la diversité des opinions et de leur confrontation que peut jaillir la vérité. Aussi, plus l'expression d'opinion est libre et diversifiée, plus l'on a de chance théoriquement de s'en rapprocher.

¹⁸⁶⁰ *Id.* Le pluralisme est aujourd'hui intégré au texte de la Constitution dans son article 4 : « la loi garantit les expressions pluralistes des opinions. »

¹⁸⁶¹ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 968.

¹⁸⁶² *Supra*, n°499.

531. Le droit à l'information. Secondement, la liberté d'expression implique aussi la liberté d'information. Plus exactement, ce volet-ci se dédouble et comprend la possibilité de diffuser et de recevoir des informations. Moins évidente que la précédente, cette modalité fait l'objet d'une consécration explicite, qui tend à laisser entendre que ce droit ne découle pas aussi automatiquement de la liberté d'expression que la possibilité de diffuser ses opinions. D'ailleurs, la Charte canadienne a pris le soin de juxtaposer la reconnaissance de la liberté d'expression et celle de la presse¹⁸⁶³. Leur regroupement au sein du même alinéa 2b) prouve le caractère indissociable existant entre la possibilité de s'exprimer librement et la nécessité d'accéder à l'information. Pareillement en France, le droit à l'information et ses implications pour la liberté de la presse ne ressortent pas directement de la lecture de la DDHC. Pourtant, l'article 11 de cette déclaration de droits est bien le support de la reconnaissance de la liberté de la presse¹⁸⁶⁴ et par conséquent celle du droit à l'information du public, à travers le principe à valeur constitutionnelle du pluralisme¹⁸⁶⁵. Il ne fait aucun doute que ce second aspect fait partie intégrante de la liberté d'expression¹⁸⁶⁶. S'agissant enfin de la Convention européenne, l'article 10 dispose que le droit à l'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées », ce qui reprend bien les deux facettes de son exercice. La Cour européenne a donné la pleine mesure du sens de ce texte en reconnaissant explicitement un droit autonome à l'information¹⁸⁶⁷.

Dans cette perspective, on comprend l'importance de l'existence d'un destinataire, qui paraissait quelque peu superfétatoire lorsque l'on décrivait l'expression digne de protection. Elle prend une dimension plus cruciale, dans la mesure où il n'y a pas d'intérêt à diffuser de l'information s'il n'y a pas de récepteur pour la lire, l'entendre, la voir, la comprendre. Les possibilités de diffuser et de recevoir des informations sont donc intrinsèquement liées¹⁸⁶⁸. De même, pourquoi reconnaître le droit à l'accès à l'information sans un public qui revendique ce dernier ?

¹⁸⁶³ Art. 2b) Charte canadienne.

¹⁸⁶⁴ Cons. const. 11 octobre 1984, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, préc., note 280, cons. 38. En ce sens, B. DE LAMY, « La Constitution et la liberté de la presse », préc., note 1729, 20.

¹⁸⁶⁵ *Id.*, 21.

¹⁸⁶⁶ Ajoutons à cela que la Loi sur la liberté de la presse a proclamé et rappelé l'importance de cet aspect en édictant dans son tout premier article que « l'imprimerie et la librairie sont libres ». Même si ce texte n'a que valeur législative, ce prolongement démontre déjà l'importance de cette liberté en 1881, qui ne s'est pas démentie depuis.

¹⁸⁶⁷ *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, n°9248/81, série A n°116, p.29, par. 74.

¹⁸⁶⁸ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°623, p. 529.

532. Droit à l'information et fondements de la liberté d'expression. Cette forme de liberté de l'expression est aussi une manifestation des différents fondements admis de la liberté d'expression. On l'a dit, il est essentiel d'avoir accès à une grande diversité d'informations pour assurer un véritable fonctionnement démocratique des institutions. C'est la garantie que les personnes feront leur choix en ayant accès à l'éventail le plus large possible des options politiques avancées, même celles qui paraissent les plus déplaisantes. C'est aussi sûrement pour cette raison que l'expression politique semble être celle qui dispose de la plus grande liberté, où les formes de limitation et de censure sont les plus rares. D'un point de vue démocratique, le droit d'accéder et de diffuser des informations est primordial.

Ensuite, la possibilité d'accéder à une très grande diversité d'informations différentes contribue à favoriser l'épanouissement personnel. Ce pluralisme est une façon pour toute personne d'accéder à des données qui pourront permettre de faire des choix tout à fait personnels et conscients, mettant son existence en conformité avec ses valeurs et ses convictions. Internet a été à ce titre un accélérateur remarquable de la possibilité d'accéder à l'information dans une quantité et avec une rapidité inédite, confirmant la place de plus en plus importante accordée à l'usage de la liberté d'expression comme facteur d'épanouissement personnel, même dans une dimension plus passive.

533. Recul de la recherche de la vérité ? Malheureusement, on peut se demander si, là encore, corrélativement, cette possibilité de s'exprimer encore plus librement grâce aux réseaux sociaux ne se fait pas au détriment de la recherche de la vérité. Selon la théorie de Mill¹⁸⁶⁹ en effet, la multiplicité des informations devrait favoriser la découverte de la vérité, soit par la convergence des expressions en direction d'une opinion donnée qui apparaît la plus vraisemblable, soit par la possibilité de renforcer le crédit accordé à l'opinion vraie, celle-ci étant considérée à la lumière d'affirmations présumées fausses. Si l'on suit cette théorie, la possibilité de diffuser et d'accéder à un nombre encore plus grand d'informations devrait favoriser cette quête de vérité. Or, il semble qu'Internet a au contraire laissé s'épanouir les faits alternatifs et autres fausses nouvelles, grâce au raffinement toujours plus grand des outils numériques et à la possibilité pour tous d'émettre une opinion publiquement sans pour autant être astreint à l'obligation d'en vérifier l'exactitude. Internet est devenu un outil pour que chacun puisse dire ce qu'il pense et que tous aient l'opportunité d'accéder à des idées alternatives et minoritaires, qui n'avaient pas forcément beaucoup d'écho auparavant. En

¹⁸⁶⁹ *Supra*, n°499.

brouillant les frontières entre le vrai et le faux, il semble y avoir au contraire un affaiblissement du concept de vérité, surtout si on le considère de façon univoque. Internet représente l'opportunité d'accéder à des informations tout à fait différentes de celles qui peuvent être diffusées dans les médias plus classiques comme la presse écrite ou audiovisuelle. Ceux qui croient que la Terre est plate, qui contestent que l'homme ait marché sur la Lune, qui pensent que le 11 septembre a été orchestré par le Gouvernement américain... ont tous découvert dans Internet et les réseaux sociaux des moyens de se retrouver sur des plateformes communes et de se donner une visibilité inédite, écorchant au passage une conception de la vérité qui paraissait si bien ancrée. En favorisant le libre accès à l'information, ce fondement de la liberté d'expression semble s'effacer au profit de l'épanouissement individuel des internautes.

Il serait pourtant exagéré de considérer que l'exercice actuel du droit à l'information remet en cause la recherche de la vérité. D'abord, ce phénomène a tendance à se cantonner à Internet, laissant les autres formes de médias plus ou moins à l'abri du phénomène. Ce n'est donc pas tant le droit à l'information lui-même qui diminue le concept de vérité, mais plutôt le support par lequel on diffuse et accède à l'information. Ensuite, plus qu'elles ne remettent en cause de la vérité, les croyances alternatives démontrent surtout le caractère relatif de ce concept. La vision qu'en avait Mill, unique et évidente, n'est certainement plus d'actualité. Elle semble aujourd'hui bien plus fluctuante et transitoire. Cela n'est pas seulement valable dans le domaine des opinions, mais aussi dans celui des sciences. L'avancement de la recherche conduit à réfuter certaines vérités que l'on tenait pour acquises, faisant d'autant plus progresser la connaissance. Ce phénomène fut en son temps appelé « changement de paradigme »¹⁸⁷⁰ et rend d'autant plus fragile la notion de vérité, dans la mesure où ce qui est vrai l'est, tant que l'on n'a pas démontré le contraire. On ne semble plus être dans une configuration où les expressions fausses contribuent à faire émerger triomphalement la vérité, parce que l'on a de plus en plus de mal à savoir en quoi elle consiste. Peut-être est-ce en cela que le concept de vérité n'a plus lieu d'être, en tout cas à la façon dont Mill l'avait énoncé.

534. Répercussion sur le rôle du lanceur d'alerte. Pour autant, le phénomène des lanceurs d'alerte semble aller à contre-courant de ce relativisme exacerbé. Il serait inexact de considérer que le lanceur d'alerte diffuse de l'information à la façon d'une entreprise de presse. Quand il s'exprime directement, sans s'adresser à la profession journalistique, il fait bien usage, en tant que personne physique, de sa liberté d'opinion. Mais ce faisant, il participe à l'effectivité

¹⁸⁷⁰ Thomas S KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2016.

du droit à l'information du public, en mettant ses connaissances à disposition. Quel que soit le moyen utilisé, le choix de la diffusion publique des informations par le lanceur d'alerte contribue corrélativement au droit d'accès à ces dernières pour le public. Si l'on a noté que cela participait dans une moindre mesure à l'épanouissement personnel du lanceur d'alerte¹⁸⁷¹, on peut en revanche considérer que sa prise de parole est d'une certaine utilité pour la vérité, d'une façon renouvelée : l'alerte ne s'assimile pas à la recherche de la vérité entendue comme ce qui est universellement exact. Il faudrait alors que l'alerte soit systématiquement vraie et crue, ce qui est loin d'être toujours le cas. Elle a beau paraître primordiale d'un point de vue démocratique, cela ne signifie pas qu'elle a inévitablement les effets escomptés, à savoir faire jaillir la vérité. Il faut plutôt nuancer cette affirmation : l'alerte contribue à lever le voile du secret sur certaines informations et donc à les mettre à disposition, de sorte qu'elle donne une connaissance plus réaliste d'une situation. En cela, son action contribue à la vérité en fournissant de nouvelles informations qui permettront à leur tour de se faire une idée plus précise de ce qu'elle peut être. L'alerte est donc très certainement la manifestation d'une opinion, mais aussi un levier important pour rendre effectif le droit à l'information du public.

535. Absence d'immixtion des autorités publiques. Enfin, remarquons que la liberté d'expression, quand elle se manifeste par le droit à l'information, permet en dernier lieu de mettre en exergue la nécessité de limiter les intrusions gouvernementales dans l'exercice de ce droit. En effet, la possibilité de faire circuler des idées et d'y accéder ne peut avoir lieu que dans la mesure où il n'y a pas de contrôle exercé de la part des autorités publiques sur les informations en circulation. C'est sous cette qu'on peut considérer ce droit comme effectif. La Cour européenne le confirme, la liberté de recevoir des informations « interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir »¹⁸⁷².

536. L'alerte, expression typique et atypique. À l'issue de ces réflexions, il apparaît que l'alerte constitue bien un cas typique et exemplaire d'expression protégée au nom de la liberté du même nom. Le lanceur d'alerte s'exprime à l'ombre protectrice de ce droit fondamental, qui assure une garantie puissante de ses droits.

Pour autant, l'expression du lanceur d'alerte toute typique qu'elle soit, est également atypique. Bien sûr, le simple fait qu'il y ait expression suffit à actionner la protection juridique

¹⁸⁷¹ *Supra*, n°494.

¹⁸⁷² *Leander c. Suède*, préc., note 1867, par.74.

offerte par les textes constitutionnels, internationaux. Pour autant, il semble insuffisant de limiter l'analyse à une expression comme les autres. Les enjeux qui l'entourent, la prise de risque qu'elle induit et les potentielles répercussions qu'elle peut avoir imposent d'y voir davantage. La prise de parole n'est pas effectuée dans le seul intérêt de pouvoir exercer sa liberté d'expression, mais plus largement pour la défense d'une éthique, d'un intérêt plus grand que celui du seul lanceur d'alerte. C'est alors qu'il faut voir dans la liberté d'expression un instrument au service de la défense d'une finalité jugée plus importante pour celui qui parle.

2.2.2 La spécificité de la liberté d'expression du lanceur d'alerte

537. Singularité de l'expression du lanceur d'alerte. Si l'on envisage de proposer une interprétation un peu différente de la liberté d'expression pour les lanceurs d'alerte, il faut tout de suite préciser qu'il ne s'agit pas de réécrire le sens de cette dernière : une telle interprétation vient s'ajouter à celles faites précédemment sur ce fondement. En effet, de la même façon que les juridictions ont, au fil du temps, développé des régimes particuliers pour certaines formes de discours¹⁸⁷³ ou certains titulaires de ce droit¹⁸⁷⁴, il s'agirait ici de découvrir celui du lanceur d'alerte. Plus exactement, la position délicate de ce dernier et les multiples obligations contradictoires entre lesquelles il est tiraillé imposent un règlement spécifique de sa situation, ce qui implique de développer un cadre particulier et unique pour sa prise de parole. Le fait qu'il existe déjà des législations spéciales au sujet des lanceurs d'alerte est un signe précurseur permettant la reconnaissance de la singularité du traitement que le droit leur réserve. Ainsi, il n'est pas question de remettre en question ce qui a été préalablement admis en matière de liberté d'expression des personnes, mais plutôt d'affiner et de compléter l'analyse, relativement à une forme d'expression originale. L'interprétation proposée s'agrège donc aux régimes d'expression déjà connus et cernés pour créer une image plus fidèle de la réalité de la situation des lanceurs d'alerte.

538. Prépondérance des motivations de l'alerte. Lorsqu'une personne décide de prendre la parole pour dénoncer des faits qu'elle réprouve, il existe, dans la très grande majorité des cas, des circonstances qui expliquent cette prise de parole. On ne peut cependant pas rendre compte de celles-ci dans le simple fait d'affirmer que le lanceur d'alerte souhaite faire usage de sa liberté d'expression. L'assertion est vraie, mais ne semble pas rendre justice à la complexité

¹⁸⁷³ Comme cela est le cas pour les discours politiques, qui connaissent très peu de limitations : F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°539, p. 810.

¹⁸⁷⁴ En France comme au Canada, les journalistes et plus largement la presse bénéficie d'un régime spécifique de protection de leur liberté d'expression (L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°626, p. 530. Pareillement, la liberté d'expression reçoit une analyse spécifique pour les fonctionnaires, du fait des obligations de neutralité et de loyauté qui pèsent également sur eux (*Id.*, n°622, p. 528 ; *Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455.)

du phénomène de l'alerte et des tergiversations internes auxquelles font face ceux qui la lancent. Des questions comme la santé d'autrui, le bien commun, la frustration de l'État d'une partie de ses revenus, la sécurité des individus, la protection de l'environnement, l'éthique.... occupent une place importante dans la décision d'alerter. Si, en principe, les motivations à la prise de parole sont indifférentes dans le régime de l'expression, il serait contestable de les écarter purement et simplement dans le cas de l'alerte, car ce sont elles qui sont à la source de l'expression. Elles permettent de la contextualiser (2.2.2.1) et ainsi, de dégager le sens propre de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte (2.2.2.2).

2.2.2.1 Les motivations comme éléments d'interprétation de la liberté d'expression du lanceur d'alerte

539. Pertinence de l'interprétation. Bien sûr, l'alerte n'est pas le seul cas où les motivations influencent la prise de parole. Par exemple, lorsqu'un artiste décide de dénoncer un phénomène, ses motivations expliquent aussi grandement le choix de son expression, dans sa forme et ses modalités. Toutefois, cela n'a pas le caractère systématique que les motivations peuvent avoir dans le cadre de l'alerte. La défense d'une cause, d'une idée ou d'un intérêt est consubstantiel à l'alerte. C'est cette systématisme qui laisse penser que les motivations jouent un rôle plus crucial dans la compréhension de l'alerte que dans les autres situations d'expression, au point d'en être pratiquement indissociables. C'est pourquoi il semble pertinent d'en évaluer les effets. La prise en compte des intérêts du seul lanceur d'alerte ne saurait donc suffire dans l'évaluation de son expression. Cette approche est d'ailleurs confirmée du point de vue des fondements de la liberté d'expression. Sur ce point, nous avons vu que l'épanouissement personnel, fondement le plus « égoïste », n'avait qu'une place très marginale à jouer pour les lanceurs d'alerte¹⁸⁷⁵. La viabilité de leur action dépend au contraire de leur abnégation et de leur capacité à renoncer à un certain confort personnel. La situation d'une personne comme Edward Snowden, ayant choisi l'exil plutôt que la possibilité de continuer à vivre aux États-Unis, ou encore les congédiements dont font régulièrement l'objet les lanceurs d'alerte, laissent entrevoir l'ampleur des sacrifices concédés par ces derniers. Peut-être est-ce aussi en cela que l'alerte est une forme d'expression singulière : c'est l'une des rares, si ce n'est la seule, qui ne permet pas de réaliser un tel épanouissement pour celui qui la porte.

540. L'alerte au regard des intérêts d'autrui : contribution au droit à l'information. Aussi semble-t-il utile ici de déplacer un peu l'analyse de la liberté d'expression

¹⁸⁷⁵ *Supra*, n°495.

des lanceurs d'alerte. Leurs avertissements n'ont pas un intérêt seulement pour eux, ils en ont aussi un pour tous ceux qui les reçoivent, concernés à titre premier ou non. Il est donc aussi question de la réception de l'expression et de l'intérêt de l'expression pour autrui. Cela signifie que l'on analyse l'alerte non plus du seul point de vue de la possibilité pour une personne de s'exprimer, mais du fait qu'elle contribue à l'information d'autrui¹⁸⁷⁶. Ainsi, ce qui est intéressant n'est pas tant le fait que le lanceur d'alerte fasse usage de sa liberté d'opinion, que le fait que cette expression participe dans le même temps à l'effectivité du droit à l'information. L'importance de cette diffusion de ses connaissances l'emporte même en pratique sur des considérations plus personnelles dans le choix de prendre la parole. Ce renversement de l'intérêt à l'expression est d'ailleurs confirmé par l'effacement du fondement théorique relatif à l'épanouissement personnel, au profit des autres, particulièrement la démocratie et la recherche de la vérité¹⁸⁷⁷. Si l'on mettait les fondements de la liberté d'expression sur les plateaux d'une balance imaginaire, avec d'un côté l'épanouissement personnel et de l'autre les fondements d'intérêt général (démocratie et vérité), le dispositif pencherait alors nettement en faveur de ces derniers. Cette singularité explique pourquoi il semble nécessaire de prendre en compte ces intérêts autres et sous-jacents à l'expression elle-même, qui ont conduit à la prise de parole. En conséquence, c'est l'implicite de la prise de parole qui donne toute la mesure de son importance.

541. La liberté d'expression au service d'une finalité. Ce constat conduit alors à déduire qu'il n'est pas fait usage de la liberté d'expression dans le seul et unique but de s'exprimer. Au contraire, ce droit fondamental est mis au service d'un autre intérêt, plus essentiel dans le cas de l'alerte. Quelques exemples concrets tirés de cas d'alerte existants permettent de l'illustrer.

Si l'on s'intéresse aux affaires financières¹⁸⁷⁸, les lanceurs d'alerte avaient dans ce cas comme objectif d'avertir la population de l'existence de vastes systèmes d'évasion fiscale mis en place par de grandes sociétés, privant par la même occasion l'État d'une partie de ses revenus. Ces derniers étant destinés à être redistribués, notamment pour assurer le fonctionnement des services publics, l'aide aux plus démunis ou encore des investissements dans l'intérêt public, c'est en réalité la vie démocratique et la sécurité des individus qui sont atteintes derrière ces pratiques. Les dénoncer, c'est défendre une certaine idée de la démocratie

¹⁸⁷⁶ E. BARENDT, préc., note 1714, p. 25.

¹⁸⁷⁷ *Id.*

¹⁸⁷⁸ LuxLeaks, Panama Papers, HSBC, UBS... *Supra*, n°14.

et de la vie en société, valeurs qui vont bien au-delà de la seule question de la liberté d'expression¹⁸⁷⁹.

Prenons ensuite le cas des lanceurs d'alerte intervenant dans le domaine médical : que ce soit à travers les affaires de sang contaminé¹⁸⁸⁰, de médicaments dangereux pour la santé¹⁸⁸¹ ou encore les effets nocifs de la consommation de produits courants¹⁸⁸², à chaque fois les lanceurs d'alerte semblent avoir en tête la défense de la vie, de l'intégrité et plus largement de la santé des personnes. Lorsque ces faits sont avérés et que les effets délétères de tels produits ont été démontrés, l'alerte peut alors être celle qui met un terme au problème de santé publique. Dans ce cas, la dénonciation sert à défendre la protection de l'intégrité des personnes dans leur santé et leur vie, valeur qui va aussi bien au-delà de la seule question de la liberté d'expression.

Prenons encore des lanceurs d'alerte dénonçant des faits portant des dommages graves à l'environnement. On peut imaginer qu'une personne travaillant pour une grande compagnie nationale ou multinationale dénonce des pratiques auxquelles s'adonne son employeur, comme le déversement de déchets dans un fleuve, le dégazage de produits pétroliers en pleine mer, ou encore la contamination des sols avec des métaux lourds¹⁸⁸³. Dans ce cas également, la prise de parole se fait bien au nom de la liberté d'expression, mais dans l'idée de participer à la sauvegarde d'une valeur autre et peut-être plus urgente, la protection de la nature, dans sa

¹⁸⁷⁹ Cela est aussi valable pour les cas où les lanceurs d'alerte mettent en cause les pratiques de l'Etat lui-même et la façon dont il gère les intérêts du pays au nom de sa population. De la même façon, ces informations sont essentielles à la vie démocratique et à la sécurité des individus, en garantissant une forme de responsabilisation des Etats vis-à-vis de leur population. On peut ici penser à l'affaire Wikileaks, sur les opérations militaires américaines en Afghanistan, au scandale de la NSA révélé par Edward Snowden. Au Québec, l'ancien fonctionnaire provincial Louis Robert a dénoncé l'ingérence du secteur privé dans les recherches publiques menées relativement aux pesticides (Thomas GERBET, « Les coulisses du congédiement du lanceur d'alerte Louis Robert révélées », Radio-Canada, 7 mai 2019, en ligne : < <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1168168/congediement-louis-robert-lanceur-alerte-mapaq-coulisses-pesticides-cerom>>). En France, plusieurs policiers se sont élevés contre certaines pratiques de leur administration de tutelle, pour dénoncer les dérives de l'utilisation des fichiers de police, les violences policières ou le racisme. Ces dénonciations démontrent ici encore une volonté de défendre une idée de la démocratie et de la sécurité individuelle, valeur qui va aussi au-delà de la seule question de la liberté d'expression.

¹⁸⁸⁰ Dénoncé initialement en France par une médecin reconvertie dans le journalisme, Anne-Marie Casteret.

¹⁸⁸¹ Pensons ici évidemment à l'affaire du Médiateur, mais à la docteure Nancy Olivieri, ayant dénoncé les effets néfastes d'un médicament développé par la Apotex. Penser aussi à la dénonciation de l'utilisation des hormones de croissance bovine et le développement de la maladie de la vache folle ou scandale de l'amiante en France.

¹⁸⁸² Comme c'est le cas avec le sel, dont les effets néfastes sur la santé et les enjeux économiques ont été révélés par un lanceur d'alerte : *supra*, n°167. On peut encore citer les exemples des cigarettes (*supra*, n°10), ou des éthers de glycol, produit de la vie courante dont les effets néfastes pour la santé ont été révélés par un lanceur d'alerte, André Cicoletta : *Risques chimiques au quotidien : éthers de glycol et polluants de l'air intérieur. Quelle expertise pour notre santé ? Compte rendu des auditions de M. André Cicoletta*, Rapport d'office parlementaire du Sénat, 11 octobre 2006, en ligne : < <https://www.senat.fr/rap/r07-176-2/r07-176-257.html>> (consulté le 24 octobre 2021).

¹⁸⁸³ Comme ce fût le cas d'Olivier Dubuquoy, qui a rendu public une étude confidentielle sur le rejet de métaux lourds dans la mer Méditerranée par une entreprise de fabrication d'aluminium : Martine VALO, « Le dossier noir des boues rouges de Gardanne », *Le Monde*, 23 août 2014, p. 8.

diversité et sa qualité. L'alerte peut être aussi vectrice d'une aspiration sociale à un environnement plus sain, pouvant tout autant contribuer à la manifestation d'un idéal sociétal qu'à la protection de la santé humaine. Dénoncer va, ici aussi, bien au-delà de la seule question de la liberté d'expression.

La logique peut s'étendre à bien d'autres hypothèses qui, de la même façon, mettraient en lumière la défense d'intérêts urgents à travers l'usage de la liberté d'expression. On peut penser à ce titre à l'affaire Weinstein pour laquelle, bien qu'elle ait été révélée par des journalistes, l'accès aux informations n'a pas pu se faire sans le témoignage des victimes d'agressions sexuelles. Si l'on ne peut pas vraiment faire de ces dernières, ni des journalistes d'ailleurs, des lanceurs d'alerte du fait de leur statut¹⁸⁸⁴, il est certain que la prise de parole permet la défense d'intérêts particulièrement urgents, à savoir la défense de la liberté sexuelle, de l'intégrité physique et psychologique et de la dignité des femmes. On peut aussi extrapoler cela à des pratiques d'esclavage des individus, d'exploitation de la prostitution... Dans tous les cas, la prise de parole est particulièrement révélatrice de la volonté de défendre des intérêts qui animent les lanceurs d'alerte.

542. Les motifs comme élément d'interprétation de l'expression des lanceurs d'alerte. La prise en considération de ces motivations, à savoir la défense d'un intérêt autre que la seule possibilité d'une expression libre, revient à les élever au rang d'élément constitutif de l'action des lanceurs d'alerte. La démarche peut paraître inorthodoxe au regard du rejet classique de la prise en considération des motivations dans la définition de la liberté d'expression. Pourtant, il n'est pas question de le faire dans le but d'en limiter la définition ni de diminuer la valeur intrinsèque de cette dernière. La prise en compte des motivations est à la fois une façon de démarquer la spécificité de la prise de parole des lanceurs d'alerte et de préciser les enjeux de cette dernière, en considérant de façon plus globale l'intérêt social de celle-ci, ce qui peut grandement influencer le traitement qui en sera fait¹⁸⁸⁵.

543. Les motivations en droits pénal et criminel. En outre, l'intégration des motivations est une démarche qui n'est pas totalement inconnue des systèmes juridiques français et canadiens, particulièrement dans leur domaine pénal. Bien qu'elle ait comme principe fondateur profondément ancré et assené à chaque génération de juriste en devenir que

¹⁸⁸⁴ *Supra*, n°19.

¹⁸⁸⁵ Voir *infra* sur la résolution du conflit entre alerte et secret, partie 2.

les mobiles sont indifférents à la commission d'une infraction¹⁸⁸⁶ et ne peuvent pas constituer ni un élément constitutif, ni un élément justificatif¹⁸⁸⁷, la matière pénale connaît en réalité une certaine prise en compte de ces derniers. Bien évidemment, il ne s'agit pas des mobiles circonstanciés, propres à un individu dans une affaire donnée, c'est-à-dire de mobiles subjectifs¹⁸⁸⁸. Au contraire, il s'agira plus largement d'une motivation, prise abstraitement, qui ne permet pas pour autant d'expliquer le passage à l'acte d'une personne dans des circonstances données. Certains auteurs français parlent de « l'intention de parvenir à un résultat plus lointain »¹⁸⁸⁹ que simplement atteindre le résultat incriminé par l'infraction. Dans ces circonstances, certaines de ces grandes catégories abstraites de motifs font l'objet d'un traitement par la matière pénale, lorsque le législateur le prévoit expressément¹⁸⁹⁰ et à plusieurs niveaux. D'abord, on retrouve le même mécanisme en France et au Canada, consistant à ériger certains mobiles en circonstances aggravantes, pour alourdir la peine encourue¹⁸⁹¹. Cela peut être le cas lorsqu'une infraction ou un crime a été commis avec un mobile discriminatoire. En tant que circonstances aggravantes générales¹⁸⁹², ces mobiles discriminatoires complètent l'analyse de l'infraction commise en justifiant un alourdissement de la peine encourue, quel que soit le crime ou le délit commis. Il faut aussi envisager que les mobiles puissent avoir une influence au stade de la détermination de la peine, pouvant tour à tour justifier un allègement ou un alourdissement de celle-ci¹⁸⁹³. Cet aspect a en revanche une place considérable au

¹⁸⁸⁶ Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 27e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021, n°281, p. 267 ; Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 14. éd., Ouvrage à jour au 1. sept. 2007, coll. Corpus Droit privé, Paris, Economica, 2007, n°477, p. 424 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°954, p. 771 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°246, p. 294 ; Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, t.1, Paris, Cujas, 1997, n°591, p. 742 ; H. PARENT, préc., note 1404, n°2016, p. 208 ; X. PIN, préc., note 892, n°208, p. 213. ; Marie-Pierre ROBERT, « Élément mental de l'infraction : *mens rea* subjective », JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, n°13, à jour au 30 juin 2020 (Lad/QL).

¹⁸⁸⁷ Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°246, p. 294 et 295 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°591, p. 743 ; X. PIN, préc., note 892, n°208, p. 214.

¹⁸⁸⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°954, p. 771. L'expression a aussi été employée en jurisprudence en France : Crim. 19 mai 1983, *Bull. crim.* n° 150 : « il n'appartient pas aux juges de se déterminer par des considérations étrangères au principe de légalité des délits et des peines et tirées de l'allégation par le prévenu d'un mobile subjectif. »

¹⁸⁸⁹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°478, p. 425.

¹⁸⁹⁰ E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°958, p. 772 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°247, p. 296.

¹⁸⁹¹ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°478, p. 425 ; E. DREYER, *id.*, n°963, p. 775 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°591, p. 742 et 744 ; M.-P. ROBERT, préc., note 1886., n°14.

¹⁸⁹² Art. 132-76 et 132-77 C. pen,

¹⁸⁹³ B. BOULOC, préc., note 1886, n°285, p. 270 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°247, p. 296 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°591, p. 743.

Canada, les mobiles étant expressément mentionnés comme élément de détermination de la peine¹⁸⁹⁴.

544. Mobiles en tant qu'élément constitutif. Ensuite, les mobiles peuvent être érigés en élément constitutif de l'infraction elle-même. C'est là peut-être l'aspect qui nous intéresse le plus, puisque l'on envisage de transposer la démarche aux motifs du lanceur d'alerte. Toutefois, c'est de loin cette intégration qui fait le moins l'unanimité entre les modèles français et canadiens.

En France, d'abord, la démarche semble bien admise, même si la dénomination de cette opération est débattue en doctrine. Elle est appelée par certains de façon très pratique *dol spécial*¹⁸⁹⁵. Les auteurs semblent toutefois d'accord dans l'ensemble pour considérer que le législateur prend en compte des mobiles abstraits qui viennent préciser la seule intention criminelle de parvenir au résultat premier de l'infraction¹⁸⁹⁶ : ce résultat serait atteint pour remplir un but plus précis, bien que non circonstancié dans les textes. Cette méthode d'incrimination permet alors d'affiner le domaine de la répression pénale, en la circonscrivant aux actes ayant été motivés par ce mobile abstrait. C'est le cas par exemple avec l'abus de biens sociaux, dont le texte prévoit que les présidents ou directeurs généraux d'une société anonyme qui font, « de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement »¹⁸⁹⁷ commettent une infraction punie de 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euro d'amende. Le *dol spécial*¹⁸⁹⁸ consiste dans le fait que l'infraction intègre un mobile plus précis à l'origine de la commission des actes répréhensibles, à savoir servir un intérêt personnel ou bien favoriser une autre société dans laquelle l'auteur a un intérêt. Si le premier mobile paraît somme toute très vague – au point que l'on peut se demander s'il s'agit véritablement d'un mobile –, le second revêt en revanche

¹⁸⁹⁴ Art. 718.2 C. crim. : « Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; »

¹⁸⁹⁵ B. BOULOC, préc., note 1886, n°288, p. 271 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°948, p. 767 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°398, p. 215 ; V. MALABAT, préc., note 868, p. 25 ; X. PIN, préc., note 892, n°209, p. 214.

¹⁸⁹⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°478, p. 425 ; E. DREYER, *id.*, n°949, p. 767 et 953, p. 770 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°254, p. 301 ; X. PIN, préc., note 892, n°209, p. 215. *Contra* : R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°596, p. 750.

¹⁸⁹⁷ Art. L242-6 3° C. com.

¹⁸⁹⁸ C'est ainsi que certains auteurs qualifient l'intention spécifique de cette infraction : Agathe LEPAGE, Patrick MAISTRE DU CHAMBON et Renaud SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 5e édition, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2018, n°778, p. 353.

la précision propre à matérialiser un mobile. Bien sûr le texte ne cherche pas à savoir pourquoi l'auteur souhaite favoriser une entreprise concurrente ou bien quel intérêt personnel il souhaite servir, il n'empêche qu'il ne se contente pas de la volonté de faire usage de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société. C'est le cas également de l'infraction de terrorisme, qui consiste, selon l'article 421-1 C. pen., en la commission d'infractions de droit commun, mais avec le mobile spécifique « de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur »¹⁸⁹⁹.

545. Mobiles textuels en droit canadien. Il n'est pas certain que l'on puisse parfaitement transposer ce raisonnement au droit criminel canadien. La terminologie de dol général et dol spécial n'est pas du tout utilisée dans ce pays, ce qui rend difficile de concevoir que la doctrine puisse adhérer à une pareille distinction. Le principe de l'exclusion des motifs semble l'objet de moins d'exceptions que ce n'est le cas en France. Toutefois, on ne peut totalement exclure la prise en compte des mobiles au sein même des éléments constitutifs de l'infraction. D'abord, parmi les indices les plus notables de la prise en compte d'un mobile en France, on trouve souvent le recours aux termes « dans le but de »¹⁹⁰⁰, « à des fins »¹⁹⁰¹, « en vue de »¹⁹⁰² pour marquer justement la reconnaissance d'un dol spécial. Or, on retrouve également ce type d'expressions dans les textes criminels canadiens, ce qui pourrait indiquer la prise en compte au moins de mobiles abstraits¹⁹⁰³. Les textes peuvent faire référence à un mobile abstrait, qui ne revient pas à prendre en compte les raisons intimes de l'auteur, mais bien un but plus précis expliquant la commission du crime. Si l'on attribue la même fonction à l'emploi de l'expression telle que « en vue », ou « dans un but », on peut alors en tirer la même conclusion qu'en France, à savoir une certaine prise en compte des objectifs, de la motivation de l'auteur du crime. On peut citer par exemple l'infraction de possession d'arme à feu « en vue d'en faire le trafic »¹⁹⁰⁴, ou celle de détournement d'un aéronef et de séquestrer une personne

¹⁸⁹⁹ Dans le même sens de la description d'un dol spécial : F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°478, p. 426 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°254, p. 302.

¹⁹⁰⁰ Comme c'est le cas pour l'infraction de terrorisme (art. 421-1 C. pen.), de l'exploitation de la mendicité d'un enfant par un parent (art. 227-15 C. pen.), de l'utilisation de manœuvres dolosives pour contraindre une personne au mariage (art. 222-14-4 C. pen.)

¹⁹⁰¹ Par exemple pour l'abus de biens sociaux (art. L.242-6 3° C. com.), la traite d'être humain (art. 225-4-1 C. pen.), l'exploitation de la mendicité (art. 225-12-5 C. pen.)

¹⁹⁰² Comme pour l'association de malfaiteurs (art. 450-1, 212-3, 2141-4 C. pen), les appels téléphoniques malveillants (art. 222-16 C. pen.)

¹⁹⁰³ Ainsi, est-ce le cas avec l'infraction de terrorisme canadienne, consistant en la commission d'actes « en vue (...) d'intimider tout ou partie de la population quant à sa sécurité, entre autres sur le plan économique, ou de contraindre une personne, un gouvernement ou une organisation nationale ou internationale à accomplir un acte ou à s'en abstenir » (art. 83.01(1)b)(i)(B) C. crim.).

¹⁹⁰⁴ Art. 100 (1) C. crim.

se trouvant à bord « en vue de rançon ou de service »¹⁹⁰⁵, qui mettent là aussi en lumière le fait que ces infractions ont été mises au service de l'accomplissement d'un objectif spécifique.

546. Mobiles jurisprudentiels. Ensuite, la jurisprudence canadienne est elle aussi capable de faire une distinction entre différents types de mobiles. Dans sa décision *Lewis c. La Reine*¹⁹⁰⁶, la Cour suprême semble admettre qu'il est possible d'attribuer différents sens au terme « mobile ». D'un côté, il est certain que les mobiles sont « ce qui précède et amène l'exercice de la volonté »¹⁹⁰⁷, permettant de comprendre la finalité du crime. On est alors dans l'ordre de l'affect pour l'auteur de l'infraction. En ce sens, les mobiles sont bien exclus de l'infraction et ne sont pas pris en compte, surtout pour relativiser la gravité de l'acte commis¹⁹⁰⁸. D'un autre côté, il est aussi reconnu que les mobiles peuvent receler une certaine intention¹⁹⁰⁹, celle de parvenir à un objectif plus précis. Dans ce cas, si le mobile se rapproche davantage de l'intention et donc d'une *mens rea* subjective, pourquoi se priver de l'utiliser pour préciser la commission de l'infraction ? En réalité, il ne s'agit évidemment pas de sonder les esprits des criminels pour prendre en compte les raisons de leur passage à l'acte, mais simplement de retenir une circonstance spécifique, à savoir parvenir à un résultat plus précis. Si l'on considère qu'il doit exister une *mens rea* pour chaque élément de l'*actus reus*, il est alors essentiel de définir celle-là à l'égard de la nécessité d'achever le résultat de celui-ci.

Dans ce cas, on comprend bien qu'il existe une intention plus précise, qui ne semble pourtant pas être assimilable à des mobiles. Le droit criminel canadien propose le maintien d'une distinction plus hermétique entre mobile et intention, qui fait relativiser un peu la construction théorique française autour de la prise en compte des mobiles. Il semble que la définition de ces derniers soit plus souple en France, conduisant à une conception en deux volets. La partie objective des mobiles serait alors équivalente à une *mens rea* spéciale en droit criminel canadien, attachée à la réalisation d'une finalité précise par le biais des actes incriminés. La partie subjective relèverait des mobiles proprement dits, c'est-à-dire des motivations qui, d'un point de vue psychologique ou social, expliquent le passage à l'acte. Les logiques ne sont pas si éloignées, mais le vocabulaire est ici la possible source de confusions et d'incompréhensions entre ces deux systèmes juridiques.

¹⁹⁰⁵ Art. 76 c) C. crim.

¹⁹⁰⁶ *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821.

¹⁹⁰⁷ *Id.*, 831.

¹⁹⁰⁸ *Id.*

¹⁹⁰⁹ *Id.*, 831-832.

547. Mobiles et faits justificatifs. La question des motivations n'est enfin pas non plus étrangère aux faits justificatifs. Des théories ont circulé en France, sous l'empire de l'*Ancien Code pénal*, fondant l'existence des faits justificatifs dans la possibilité d'identifier des mobiles légitimes ayant animé l'auteur des faits¹⁹¹⁰. La commission de l'infraction serait alors interprétée comme un geste socialement utile. « Dans ce cas-là, c'est la qualité exceptionnelle des mobiles qui désarmerait la loi pénale et ferait disparaître l'infraction. »¹⁹¹¹ L'exemple le plus éclatant de la pertinence de cette analyse fut donné par le jugement ayant le premier reconnu l'état de nécessité. Le bon juge Magnaud, comme aiment à l'appeler les juristes français¹⁹¹², avait reconnu qu'une mère de famille qui vole du pain pour nourrir ses enfants, faute de pouvoir accéder à d'autres moyens de subsistance, se trouvait dans une situation qui la contraignait à un tel geste :

« Il est regrettable que dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille puisse manquer de pain autrement que par sa faute. (...) Lorsqu'une pareille situation se présente, le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi. Attendu que la faim est susceptible d'enlever à tout être humain une partie de son libre arbitre et d'amoindrir en lui la notion du bien et du mal (...) l'irresponsabilité doit être admise en faveur de ceux qui n'ont agi que sous l'irrésistible impulsion de la faim. »¹⁹¹³

Cette théorie connaît toutefois des limites, dans la mesure où les faits justificatifs peuvent théoriquement difficilement exister en dehors des cas où ils sont expressément prévus par la loi. Se baser sur les nobles motivations expliquant la commission de l'infraction n'apporterait rien de plus à ce que le législateur prévoit déjà¹⁹¹⁴. En outre, sous l'empire de l'*Ancien Code pénal*, les faits justificatifs avaient pour effet de neutraliser l'infraction, qui était alors considérée comme inexistante, dès lors qu'un des faits pouvait être qualifié comme tel¹⁹¹⁵. Cela n'avait que peu de rapport avec les motivations de l'auteur de l'infraction justifiée. Il s'agissait à n'en pas douter d'une conception objective de la justification¹⁹¹⁶. Or, dans le Code pénal contemporain, les textes relatifs à la justification précisent que l'auteur « n'est pas pénalement responsable »¹⁹¹⁷ lorsqu'il remplit les conditions requises légalement. Il n'est plus

¹⁹¹⁰ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°436, p. 561.

¹⁹¹¹ *Id.*, n°436, p. 561.

¹⁹¹² F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 1886, n°743, p. 678 ; Corinne MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », *J.-Cl. Pénal Code*, fasc. 20, n°8 ; Xavier PIN, « Justification, liberté d'expression et protestation politique », *R.S.C.* 2020.909, 913.

¹⁹¹³ Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1899, S. 1899. 2. 1.

¹⁹¹⁴ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°436, p. 561.

¹⁹¹⁵ Art. 327 et 328 Anc. C. pen. R. MERLE et A. VITU, *id.*, n°437, p. 562.

¹⁹¹⁶ *Id.*, n°437, p. 562.

¹⁹¹⁷ Art. 122-3, 122-4, 122-5, 122-7 et 122-9 C. pen.

certain que le législateur contemporain considère que le fait justificatif neutralise totalement l'infraction¹⁹¹⁸, mais plutôt qu'il ne juge plus opportun de la poursuivre.

Ajoutons à cela le développement fulgurant d'une jurisprudence moderne qui ouvre la voie à de nouvelles justifications, réinterrogeant la place des motivations dans ces dernières. C'est le cas par exemple lorsque la jurisprudence explique qu'un salarié ne se rend pas coupable d'un vol lorsqu'il récupère ou photocopie des documents appartenant à son employeur pour assurer sa défense dans le cadre d'un procès l'opposant à ce dernier¹⁹¹⁹. Ici, les motivations de l'employé au moment du vol sont capitales : c'est bien parce qu'il souhaitait se constituer une preuve dans le cadre d'un procès prud'homal que l'employé s'est approprié les documents. Sans cette motivation sous-jacente, adossée à un droit fondamental¹⁹²⁰, il ne s'agit plus que d'un vol ordinaire de documents, qui ne saurait être justifié. Ces développements jurisprudentiels faisant une place plus grande à la prise en compte des droits fondamentaux et aux motivations de la personne poursuivie, ne signifient pas forcément que la conception française classique et objective des faits justificatifs n'a plus lieu d'être. On pourrait plutôt dire que cette conception n'est pas vraiment nouvelle sans jamais avoir été aussi concrètement réalisée et vient s'ajouter à la vision classique plus objective des faits justificatifs. Cette possibilité de prendre en compte les motivations de l'agent au stade de l'évaluation de la justification démontre que là encore, les mobiles abstraits ont tout à fait leur place en droit pénal. On confirme de ce fait la pertinence du recours à ces derniers, ce qui sera d'autant plus important lorsqu'il s'agira d'appliquer ces justifications au lanceur d'alerte.

548. Justifications et infractions d'intention spécifique. Au Canada également, les mobiles peuvent exercer une influence importante sur l'invocation de certains faits justificatifs. C'est le cas notamment de la défense d'intoxication. Si l'intoxication volontaire de l'accusé peut parfois justifier de retenir contre lui certains crimes dont la constitution dépend de cet état¹⁹²¹, il arrive aussi que son degré d'intoxication soit tel qu'il permette d'élever un doute raisonnable susceptible de le faire échapper à une condamnation, faute de pouvoir caractériser avec une certitude suffisante l'*actus reus* ou de la *mens rea*¹⁹²². Toutefois, l'admissibilité de cette défense dépend d'un ensemble de critères, dont le degré d'intoxication de l'accusé¹⁹²³ et

¹⁹¹⁸ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°437, p. 562.

¹⁹¹⁹ Soc. 2 décembre 1998, *Bull. civ.* V, n°535. Voir *infra*, n°678 et suiv.

¹⁹²⁰ Le droit à un procès équitable, garanti à l'art. 6 de la Conv. EDH ; art. prélimin. C. pr. pén.

¹⁹²¹ Simon ROY, « Intoxication », *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 13, Montréal, LexisNexis Canada, n°4, à jour au 7 juillet 2020 (Lad/QL).

¹⁹²² *Id.*, n°5.

¹⁹²³ *Id.*, n°7.

l'élément de l'infraction qu'il cherche à nier¹⁹²⁴. Sur ce point, on distingue les infractions d'intention générale et celles d'intention spécifique. Concernant les secondes, elles requièrent « non seulement l'intention de commettre un geste donné, mais également une intention supplémentaire et plus complexe, soit généralement la volonté d'obtenir un résultat donné grâce au geste posé »¹⁹²⁵. Autrement dit, « pour perpétrer une infraction d'intention spécifique, il faut viser un objectif qui dépasse l'objectif immédiat, tandis que les infractions d'intention générale n'exigent que la conscience d'accomplir l'acte interdit »¹⁹²⁶. La jurisprudence a pu alors déterminer la nature d'un certain nombre d'infractions, les classant parmi celles d'intention spécifique¹⁹²⁷, et celles d'intention générale¹⁹²⁸. La Cour suprême a même défini une méthodologie pour distinguer les deux types d'infraction¹⁹²⁹.

Il est en tout cas certain que le droit criminel canadien laisse une place à la recherche de finalités spécifiques également au stade de la justification. Elles éclairent la compréhension de l'acte, pour en prendre toute la dimension et potentiellement faire une application du droit pénal et du droit criminel qui reflète le plus justement possible la gravité ou l'acceptabilité sociale des actes visés. Cette possibilité, dans le cadre des faits justificatifs, s'avérera d'autant plus cruciale pour le lanceur d'alerte que ses actions sont justement susceptibles d'être interprétées sous le prisme de la justification. Il paraît alors d'autant plus légitime de rechercher les motivations qui l'ont poussé à s'exprimer, car ces dernières lui seront utiles au moment de se présenter en justice pour défendre son action.

Il semble en conséquence tout à fait possible de transposer l'analyse des motivations faite dans le cadre pénal, à la liberté d'expression des lanceurs d'alerte. L'objectif n'est pas d'effectuer une analyse subjective et contingente de chaque prise de parole de ces derniers, mais de la circonstancier pour en évaluer le poids objectif. Cette recherche s'avérera capitale au moment de confronter l'opportunité de la prise de parole à celle de maintenir la confidentialité de l'information économique¹⁹³⁰. Mais pour l'heure, cette configuration démarque davantage encore l'alerte comme une expression singulière.

¹⁹²⁴ *Id.*, n°9.

¹⁹²⁵ *Id.* ; G. COTE-HARPER, J. TURGEON et P. RAINVILLE, préc., note 853, p. 1125.

¹⁹²⁶ *R. c. Daley*, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 35. Déjà en ce sens : *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, par. 61 ; *R. c. Tatton*, [2015] 2 R.C.S. 574, par. 34.

¹⁹²⁷ Comme le meurtre, le vol qualifié, l'introduction par effraction dans le but de commettre un acte criminel, la menace... S. ROY, préc., note 1921, n°9.

¹⁹²⁸ Comme les voies de fait, l'homicide involontaire coupable, le méfait ou les agressions sexuelles. S. ROY, *id.*

¹⁹²⁹ *R. c. Tatton*, préc., note 1926, par. 41 et 42.

¹⁹³⁰ *Infra*, n°900 et suiv.

2.2.2.2 Les motivations comme éléments distinguant la liberté d'expression du lanceur d'alerte

549. Transposition au lanceur d'alerte. À l'issue de ces réflexions, il ne fait pas de doute que les motivations peuvent être prises en compte, ici dans la constitution d'une infraction. Pour être plus précis, il s'agit d'une intention spécifique tournée vers la réalisation d'une finalité autre que simplement parvenir au résultat découlant immédiatement de la commission des actes réprimés. Il semble possible de prendre en compte des finalités médiate, plus secondaires, mais qui n'en permettent pas moins de marquer la particulière gravité d'une forme de criminalité, ou au contraire de justifier une action considérée comme socialement utile¹⁹³¹. Davantage que des mobiles, ce sont les finalités spécifiquement recherchées qui modulent la répression. Les motivations du lanceur d'alerte, nobles et utiles, pourraient conduire à une reconnaissance de la particularité de sa situation, justifiant de lui accorder un statut propre.

550. Analogie avec les journalistes. Enfin, remarquons que la reconnaissance d'un statut spécifique relativement à un usage particulier de la liberté d'expression n'est pas une complète nouveauté juridique. Bien qu'elle semble atypique, cette conception de la liberté d'expression, comme étant essentiellement au service des intérêts d'autrui, n'est pas l'apanage des lanceurs d'alerte. Il semble exister d'autres cas qui ont un fonctionnement similaire. C'est le cas des métiers de la presse. Les journalistes ont été primairement considérés comme des vecteurs d'alerte du public, au service de l'intérêt commun¹⁹³². À ce titre, la CEDH les considère comme les « chiens de garde de la démocratie »¹⁹³³, ce qui révèle ici toute l'importance qu'elle reconnaît à cette profession. Tirant les conclusions de ce constat, elle a développé un statut juridique spécifique pour les journalistes¹⁹³⁴, leur accordant une liberté d'expression plus importante, qui réduit d'autant la marge d'appréciation des États quant à sa régulation¹⁹³⁵.

551. Importance de la presse au Canada. Au Canada, l'importance du rôle joué par la presse et le journalisme ressort directement de la rédaction de la Charte canadienne : son

¹⁹³¹ C'est le cas des faits justificatifs qui, bien que consistant en des faits qualifiables de crimes en France et au Canada, ou de délits, ne sont pas poursuivis car accomplis dans le but de sauvegarder un intérêt tout au moins aussi urgent.

¹⁹³² Bernard BEIGNIER, Bertrand de LAMY et Emmanuel DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, coll. Traités, Paris, Litec, 2009, n°173, p. 137.

¹⁹³³ *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, préc., note 1528, par. 59 ; *Goodwin c. Royaume-Uni*, préc., note 1528, par. 39.

¹⁹³⁴ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°173, p. 138 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°544, p. 818.

¹⁹³⁵ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), *id.*, n°173, p. 139 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, *id.*, n°544, p. 818.

article 2b) reconnaît spécifiquement leur liberté, la plaçant au même rang que la liberté d'expression. Les juridictions n'ont aucune hésitation à reconnaître l'importance de la presse¹⁹³⁶. L'autonomisation de cette liberté pourrait autoriser par la même occasion à lui reconnaître une certaine spécificité, mais la Cour suprême ne l'a pas jugé nécessaire¹⁹³⁷. Pourtant, si cette liberté ne se traduit pas sous la forme de principes de fond, elle se manifeste davantage au stade de l'examen d'une restriction imposée à la liberté de la presse, par exemple lorsqu'il s'agit d'évaluer une perquisition réalisée dans les locaux de presse¹⁹³⁸. Dans ce cas-ci, la nature particulière et l'objectif de la presse entrent en ligne de compte dans l'évaluation de la mesure de limitation de leur liberté d'expression. On ne peut toutefois pas véritablement affirmer que la presse bénéficie d'un statut particulier.

Tout comme pour le lanceur d'alerte, ces règles ou solutions particulières à la presse peuvent s'expliquer par le fait que le travail journalistique est lui aussi particulièrement exemplaire des idéaux défendus par la liberté d'expression¹⁹³⁹ : participant activement au débat politique, le journalisme contribue assurément au fonctionnement de la démocratie¹⁹⁴⁰ ; le journalisme dans son volet d'investigation¹⁹⁴¹ remplit également une fonction de recherche de la vérité. Nombre de scandales ont été révélés grâce au travail des journalistes, le phénomène étant rendu possible grâce à la marge d'expression confortable dont ils bénéficient. Il en découle que, par leur indépendance et leur capacité à investiguer sur toute personne, y compris l'État et ses représentants, la presse contribue aussi à garantir une absence de contrôle étatique préalable sur le contenu même de l'expression, mettant les journalistes et le reste de la population à l'abri

¹⁹³⁶ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1339 et 1340 ; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459, 475; *Gilles E. Neron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95, par. 48.

¹⁹³⁷ *R. c. Média Vice Canada Inc.*, [2018] 3 R.C.S. 374, par. 102 et 103.

¹⁹³⁸ *Société Radio-Canada c. Lessard*, préc., note 1155, 444 ; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, préc., note 1936, 475. Ces deux décisions reconnaissent la spécificité des locaux de presse lorsqu'il s'agit de procéder à une perquisition en leur sein, d'autant plus lorsqu'ils constituent un tiers innocent. À ce sujet, les juges semblent particulièrement sensibles au rôle démocratique joué par les organes de presse. Selon les juges, « l'importance de ce rôle et la manière dont il doit être rempli suscitent des préoccupations spéciales lorsqu'un mandat est demandé pour effectuer une perquisition dans les locaux d'un média. » (*Id.*, 475.)

¹⁹³⁹ *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 1936, 1373. (j. La Forest), qui décrit « l'importance de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique ». La possibilité de discuter les institutions et des affaires publiques se trouve « au cœur de la démocratie », ce qui relève d'autant l'importance du rôle de la presse à cet effet.

¹⁹⁴⁰ *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, préc., note 1528, par. 59 « il [la presse] lui incombe néanmoins de communiquer des informations et des idées sur des questions d'intérêt public. À sa fonction qui consiste à en diffuser, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir. » Voir déjà en ce sens, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n°6538/74, série A n°30, par. 66.

¹⁹⁴¹ Reconnu explicitement par la Cour européenne dans *Dammann c. Suisse*, 25 avril 2006, n°77551/01, par. 52 : « les restrictions à la liberté de la presse visant la phase préalable à la publication tombent dans le champ du contrôle par la Cour, mais qu'elles présentent même des grands dangers et, dès lors, appellent de la part de la Cour l'examen le plus scrupuleux ».

des risques de dérives de la censure. Ainsi, tout comme les lanceurs d'alerte, le travail journalistique constitue indubitablement un modèle d'expression, dans sa dimension de droit fondamental.

552. Lien entre journalistes et lanceurs d'alerte. Il semble même que les liens entre journalisme et lanceur d'alerte soient nécessaires. En effet, bon nombre d'enquêtes journalistiques n'auraient pas pu aboutir sans la coopération d'un lanceur d'alerte, dont on ne finit pas toujours par connaître l'identité. Le scandale des Panama Papers, qui a secoué la planète entière en 2016, est bien le fruit d'une collaboration entre un lanceur d'alerte et un consortium international de journalistes. On a appris que par la suite que les documents avaient été transmis par le biais d'un lanceur d'alerte, sans qui il aurait été presque impossible de mener une telle enquête¹⁹⁴².

553. Conclusion. En conséquence, rien ne semble pouvoir empêcher de considérer les lanceurs d'alerte et leur liberté d'expression de façon spécifique. Les systèmes juridiques français et canadien sont en train de construire des régimes spéciaux pour ces derniers, argument pouvant justifier de considérer qu'ils ont un statut propre. Il est alors tout à fait normal de rechercher ce qui justifie un tel traitement. Il ne s'agit évidemment pas de réduire l'intérêt et le caractère fondamental de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte en l'attachant à la recherche d'une finalité particulière, bien au contraire. La liberté d'expression reste un droit autonome à valeur supra-législative. La recherche de la finalité de la prise de parole ne vient ici que conforter l'importance d'un tel degré de protection : la liberté d'expression et l'importance démocratique qui y est attachée constituent justement le fondement nécessaire à la légitimité de la prise de parole du lanceur d'alerte. L'existence de ce droit fondamental justifie à lui seul la protection de l'intervention de ce dernier. L'importance attachée à la finalité de la démarche ne vient en réalité que renforcer la nécessité de ménager une grande liberté dans la dénonciation, qui ne devrait à ce titre souffrir que très peu de limitation. La Cour suprême du Canada parle du « cœur de la liberté d'expression » pour évoquer les formes d'expression qui lui semblent les plus représentatives et les plus fondamentales, justifiant de leur accorder une grande marge de liberté. La description que nous avons donnée de la prise de parole du lanceur d'alerte mérite de l'intégrer dans ce cercle restreint des expressions les plus utiles et les plus précieuses, puisqu'elle représente en tout point les idéaux défendus par la liberté d'expression. Son exemplarité justifie de lui tailler une place de choix.

¹⁹⁴² Ce qui ne serait pas non plus possible sans la protection des source journalistiques.

Bien sûr, l'expression du lanceur d'alerte ne remet pas en question le sens même de la liberté en jeu. La recherche du contenu de l'expression n'a pas pour but de décider si sa prise de parole intégrera ou non le domaine de celle-ci. Elle en fait indubitablement partie. Cette recherche vise seulement à identifier les objectifs ultimes du lanceur d'alerte, les raisons expliquant son passage à l'acte et qui lui donnent toute sa dimension solennelle.

554. Conclusion générale : cumul des fondements. On le voit, le lanceur d'alerte ne manque pas d'outils juridiques pour défendre son intervention. Que l'on se place sur le terrain de la conscience ou celui de l'expression, il s'agit là de fondements puissants qui autoriseront à garantir la liberté d'esprit du lanceur d'alerte. On ne peut s'empêcher néanmoins de constater une grande similitude entre les deux libertés présentées. En effet, il semble évident que le lanceur d'alerte ne prend pas le risque de parler s'il n'est pas poussé par des convictions profondes et impérieuses, relevant également de sa liberté de conscience. En vérité, dès lors que le lanceur d'alerte a fait usage de sa liberté d'expression, la protection de sa conscience apparaît légèrement superfétatoire et redondante, puisque l'extériorisation de la pensée protège tout autant la forme que le contenu de cette dernière. Il est alors inévitable de soulever la question : quel est l'intérêt de dédoubler la liberté d'esprit du lanceur d'alerte ?

Une articulation entre ces deux libertés est néanmoins possible. D'abord, la liberté de conscience est un complément naturel de la liberté d'expression, dans la mesure où elle est applicable en amont, comme une sorte de précurseur indispensable, alors même qu'aucune extériorisation de la pensée n'a encore eu lieu. En revanche, il est vrai qu'au second stade, ajouter la liberté de conscience à celle de l'expression ne semble qu'ajouter une couche de complexité peu utile. L'ancienneté et la profusion de jurisprudence rendue au sujet de cette seconde liberté tendent à laisser penser qu'elle est amplement suffisante, surtout en contemplation de la nébuleuse qui demeure autour de l'élaboration d'une liberté de conscience non religieuse.

Il ne faut pas pour autant négliger l'apport de la liberté de conscience, car elle n'a en réalité pas exactement la même fonction que la liberté d'expression. C'est là le second intérêt de l'articulation entre les deux droits : la liberté de conscience propose une approche défensive qui vient compléter l'aspect actif de la liberté d'expression. En effet, la première est particulièrement utile dans la mesure où elle permettra de ne pas se voir imposer de se conformer à un comportement qui heurte les convictions profondes du lanceur d'alerte. Cela est d'ailleurs valable tant au stade préalable à la prise de parole que pendant celle-ci. Dans ce cas, la liberté de conscience peut constituer un renfort intéressant à la liberté de ne pas

s'exprimer, si le silence gardé provoque une contradiction avec les certitudes les plus importantes du lanceur d'alerte. Dans l'un ou l'autre des cas, la liberté de conscience sera particulièrement utile lorsque celui-ci est l'employé d'une entreprise, soit qu'une pratique ou une action de son employeur le choque, soit que ce dernier lui impose de garder le silence d'une façon qui heurte tout autant ses convictions. Dans ce dernier cas, on voit bien naître un problème de taille dans la mesure où, comme il a été décrit précédemment, ce même employé lanceur d'alerte peut être soumis à une obligation de garder le silence. Une même situation peut alors à la fois lui imposer de se taire et lui offrir la possibilité d'y objecter au nom de la défense de sa liberté de conscience. Ainsi cette dernière offre-t-elle une protection négative au lanceur d'alerte, en l'autorisant à ne pas s'imposer des comportements qu'il réprouve.

À l'opposé, la liberté d'expression a une dimension plus active. Elle autorise le lanceur d'alerte à prendre les devants et à agir au regard de ce que sa conscience lui dicte. C'est une prérogative positive, qui permet la mise en conformité des actions avec les convictions. Les deux libertés ont donc deux fonctions différentes, bien plus complémentaires qu'il n'y paraît. Il semble nécessaire de considérer les deux, car elles permettront d'englober un plus grand nombre de situations auxquelles le lanceur d'alerte peut être confronté et dans lesquelles il peut avoir besoin de protection. Comme le résume très justement la Cour suprême canadienne, « le droit garanti à l'al. 2b) de la *Charte* englobe un continuum de liberté intellectuelle et expressive – liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression »¹⁹⁴³ (nos soulignements), comme s'il s'agissait d'une sorte de montée en puissance de la pensée.

555. Conclusion générale : absence de défense pénale. La légitimité de la prise de parole du lanceur d'alerte est bien acquise et peut justifier la diffusion d'informations économiques secrètes, au nom de la défense d'un intérêt plus urgent. Si sa protection est bien assurée, elle ne prend pas pour autant une tournure pénale, ni en France ni au Canada. Il y a bien sûr un encadrement pénal de la liberté d'expression, mais elle vise surtout à en restreindre les abus. Au contraire, il n'existe pas ici d'infraction qui garantirait la liberté de conscience ou la liberté d'expression contre des limitations dont elles pourraient être l'objet¹⁹⁴⁴. Il n'y a pas

¹⁹⁴³ *R. c. Sharpe*, préc., note 1721, par. 25.

¹⁹⁴⁴ Si ce n'est à considérer l'extorsion ou le chantage, mais ces infractions visent en France et au Canada une action de la part de la victime et non une abstention, comme cela pourrait être le cas en contraignant quelqu'un à se taire, s'abstenir de faire usage de sa liberté d'expression. En effet, l'infraction canadienne d'extorsion vise le faire « d'induire une personne (...) à accomplir ou à faire accomplir quelque chose » (art. 346(1) C. crim.) et les infractions françaises « soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque » (art. 312-1 et 312-10 C. pen.) sachant qu'ici, la renonciation n'est pas ici comprise comme une abstention, mais comme le consentement forcé à un acte, qui

d'équivalent par rapport à ce que l'on a pu constater lorsqu'il s'est agi de protéger l'information économique, quel que soit le fondement envisagé : il n'existe pas de garantie pénale contre les actions visant à limiter la prise de parole. Dans ce cas, la responsabilité civile semble être dans les deux pays la seule réponse admise.

Si l'on s'en tient à cette stricte considération, on pourrait être tenté de penser que, le législateur n'ayant pas jugé utile d'accompagner les libertés de l'esprit d'une défense pénale, il s'agirait d'une considération moins urgente que celle de protéger l'information économique qui, elle, entre dans une classification pénale. La conclusion serait toutefois hâtive. Non seulement il n'existe pas d'infractions spécifiques à la protection de l'information économique, puisqu'elle n'est qu'indirecte, justifiée soit par une extension de la compréhension de la notion de bien¹⁹⁴⁵, soit par le rattachement de cette information à la confidentialité de la personne morale qui la détient¹⁹⁴⁶. Mais encore, la liberté d'expression est un droit fondamental essentiellement défini par ces limites. Il ne crée pas un périmètre au sein duquel il s'exerce, comme cela peut être le cas du droit de propriété ou de la vie privée. Au contraire, la liberté d'expression peut par principe être exercée en toute circonstance, ce qui rend d'autant plus ardue la tâche de décrire un comportement attentatoire à celle-ci avec la précision suffisante pour entrer dans la catégorie d'infraction pénale. En outre, envisager un comportement qui aurait pour seul et unique but de bâillonner l'expression rend l'éventualité d'une qualification pénale encore plus hypothétique. La plupart du temps, la personne renonçant non intentionnellement à l'extériorisation d'une pensée le fait sous l'effet d'une pression violente, qui met premièrement en danger son intégrité physique, morale ou matérielle. C'est à ce prix que l'on peut envisager de dissuader l'expression. Mais l'on conçoit mal une action individuelle qui aurait pour seul et unique but d'empêcher l'exercice de l'expression. Il ne s'agit donc pas de considérer que la liberté d'expression est une valeur moins symbolique que la vie privée ou la propriété parce qu'elle ne fait pas l'objet d'une défense pénale quant à la liberté de son exercice. Simplement, sa conception se prête moins bien à une telle protection. Les libertés de l'esprit demeurent des outils puissants dont l'absence de défense pénale est compensée par la place centrale qu'elles jouent dans la démocratie, ce qui n'est pas le cas des deux précédentes.

556. Renouveau des libertés de l'esprit. L'application de la situation du lanceur d'alerte aux libertés de l'esprit permet aussi et surtout de constater un regain d'intérêt pour

n'aurait pas été acquis autrement (P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°617, p. 474 ; Emmanuel DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2020, n°320, p. 197).

¹⁹⁴⁵ Spécifiquement en France : *supra*, n°236.

¹⁹⁴⁶ *Supra*, n°402 et suiv.

celles-ci, voire un renouveau de leur étude. Quelques signaux faibles tendaient à laisser penser qu'une forme de liberté de conscience pouvait émerger au sein des droits fondamentaux, mais il se pourrait que l'alerte puisse servir d'accélérateur au développement de celle-ci. Elle marque la possibilité de refuser de se voir imposer ce que l'on considère comme inacceptable, mouvement qui semble être au cœur des enjeux du 21^{ème} siècle.

Quant à la liberté d'expression, elle existe toujours bel et bien pour elle-même, mais elle devient de plus en plus une arme pour la manifestation de la conscience, ce qui explique d'autant plus que ces deux libertés puissent avancer côte à côte, en complémentarité davantage qu'en empiètement. Surtout, l'apport le plus notable de cette nouvelle lecture de la liberté d'expression reste peut-être qu'elle rend toutes ses lettres de noblesse à un fondement qui a pu passer inaperçu pendant longtemps, tant il paraissait évident : la recherche de la vérité. L'association des deux paraissait si naturelle qu'on a peut-être pu oublier, à un moment, que les discours avaient aussi pour but la construction d'un savoir. L'émergence des fausses nouvelles, les mensonges d'État et la banalisation des vérités dites alternatives d'un côté, mis en miroir avec l'alerte et son exigence à l'égard de la recherche de la vérité d'un autre, ces deux phénomènes ont peut-être surtout le mérite de remettre ce fondement au centre de l'analyse. Telle une marée, les excès d'une époque pourraient refluer à la suivante et en se retirant, laisser redécouvrir derrière eux des lambeaux négligés, mais bien plus précieux qu'ils n'ont pu paraître.

Conclusion de la Partie 1

557. Vers la résolution du conflit. À l'issue de cette première partie, on constate que l'information économique, dont la définition est loin d'être aisée, revêt une multitude de formes et de manifestations, qui convergent toutes vers deux critères d'identification précis : s'il semble important qu'elle ait une valeur économique, dans la mesure où l'on peut en tirer un gain ou une économie, c'est surtout sa confidentialité qui joue un rôle essentiel dans son identification. La valeur justifie de la traiter comme un bien, mais le secret est mieux à même d'en garantir la protection. D'où le choix qui a été fait de considérer que c'est le droit à la confidentialité des personnes morales qui constitue le fondement central de sa protection.

Quant à la divulgation de l'information économique, elle est possible dans le contexte de l'alerte et ce sont alors les libertés de l'esprit, soutenues par la défense d'une finalité plus générale qui entrent en scène.

Il est alors clair qu'un même et unique objet – l'information économique – peut donner naissance à deux comportements légitimes et totalement opposés, l'un aspirant à le cacher, l'autre à l'exposer au grand jour. L'entreprise défendant le secret de ses informations économiques peut tout à fait demander, au nom de la défense de son droit à la confidentialité, que ses droits relativement à celle-ci soient respectés, quitte à demander pour cela l'assistance d'une intervention étatique ; le lanceur d'alerte, en ce qu'il cherche à défendre l'intérêt général contre des dangers encourus par la population ou à dénoncer des faits illicites, mérite également d'être entendu. Or, il paraît difficile de pouvoir donner crédit à sa prise de parole si elle ne s'accompagne pas de certaines preuves du bien-fondé de ce qu'il avance, ce qui ne peut se faire sans inévitablement révéler des informations économiques, par définition couvertes par le secret et donc protégées par le droit à la confidentialité.

La situation est en l'état intenable et on ne peut laisser à la seule discrétion des parties impliquées le soin de la résoudre. Les intérêts sont ici trop divergents, de sorte qu'il semble quasiment impossible de trouver un terrain d'entente. En outre, le rapport de force semble être plutôt en défaveur du lanceur d'alerte, particulièrement dans l'hypothèse où il s'avère être aussi l'employé de la société dont il cherche à divulguer l'information économique. Son emploi est de toute évidence en jeu. L'inégalité des armes est flagrante. Dans ce contexte, l'intervention d'un tiers semble inévitable pour restaurer un certain équilibre avant que la confrontation ne commence.

Ajoutons à cela que les comportements des uns et des autres sont rarement exempts de tout reproche et les droits opposés en présence ne sont pas absolus. Autant de paramètres à prendre en compte au moment de résoudre la difficulté de savoir s'il est légitime de maintenir secrète, ou au contraire, de diffuser l'information économique. Dans ce cas, on ne saurait se passer d'une intervention extérieure pour trouver une réponse à cette question, qui permettrait de prendre en compte, sur un pied d'égalité, les intérêts divergents en présence. En raison de la multitude de paramètres à considérer, il doit s'agir d'un acteur suffisamment puissant disposant de suffisamment de ressources pour soutenir un tel processus. Pour y parvenir, qui mieux que l'État, en tant que juge impartial et objectif, peut résoudre le problème ?

Le recours à une intervention étatique paraît d'autant plus pertinent qu'il n'est pas inédit. Cela n'est certainement pas la première fois qu'on sollicite l'État pour arbitrer un semblable conflit de droits, même si l'on semble en être encore à des balbutiements en ce qui concerne l'information économique et les lanceurs d'alerte. Mais la question et le raisonnement restent les mêmes : il s'agit dans tous les cas de la résolution d'un conflit de droit.

Partie 2

La résolution du conflit

558. Dérive de l'idéalisation. Les descriptions données du droit à la confidentialité des personnes morales et de la liberté d'expression du lanceur d'alerte relèvent certainement d'une idéalisation des vertus de chacun. Les compagnies mériteraient la protection de leurs informations économiques au nom de la défense de leurs intérêts, par exemple pour favoriser l'innovation en garantissant qu'elles retirent le fruit de leur travail, ou pour assurer leur stabilité économique et nécessairement les emplois qu'elles pourvoient. Le lanceur d'alerte agirait quant à lui à la faveur d'un altruisme admirable qui le pousserait à renoncer à ses intérêts personnels pour favoriser le bien-être social, en héraut moderne faisant un usage sage, toujours raisonnable, de sa liberté d'expression.

559. Confrontation à la réalité. L'image d'Épinal est belle et attrayante, mais elle ne dupe personne. Il est nécessaire de corriger cette première impression, à moins de ne rendre ces conceptions vaines et inutiles, faute de pouvoir les confronter à la réalité. Les entreprises n'obtiennent ou ne retiennent pas toujours la confidentialité de leurs informations par des moyens licites ou pour la simple vertu de l'avancement des sciences et technologies ; le lanceur d'alerte peut être animé par des désirs bien plus triviaux, comme une vengeance personnelle ou un enrichissement rapide au détriment d'autrui. Il ne s'agit certes pas de tomber dans l'excès inverse en dépeignant un tableau des plus sombres, mais le droit se doit de prendre en charge des situations typiques et réalistes.

560. Nécessité d'une résolution. En réalité, les antagonismes créés entre la protection de l'information économique et sa diffusion ne peuvent être laissés irrésolus. Le droit doit trancher, dans un sens ou dans l'autre, pour proposer une solution ne compromettant ni tout à fait les intérêts légitimes de chacun, ni ne sacrifiant les impératifs de justice et d'équité.

561. Définition du conflit de droit. Plus précisément, les antagonismes en présence invitent à y voir une situation qui, d'un point de vue juridique, s'analyse en un conflit de droits : deux droits défendant des intérêts opposés et également légitimes se confrontent à l'occasion d'une unique situation factuelle. Il existe donc « une concurrence, virtuelle ou déclarée, de plusieurs règles (...) dans la solution d'une question de droit »¹⁹⁴⁷. Il convient alors de résoudre

¹⁹⁴⁷ G. CORNU, préc., note 31, p. 233, °*Conflit*.

ce conflit, c'est-à-dire d'en proposer une solution en usant des différents outils juridiques à disposition.

Tout d'abord, il est important de constater qu'il ne s'agit pas ici de la résolution d'un problème de hiérarchie des normes. En effet, il n'est pas question ici d'observer les liens qui unissent une norme par rapport à une autre étant considérée hiérarchiquement supérieure¹⁹⁴⁸ et donc d'envisager la conformité de l'une par rapport à l'autre. Au contraire, nous avons constaté ici que les droits en jeu, c'est-à-dire le droit à la confidentialité dérivé de la vie privée et les libertés de l'esprit, avaient tous deux une assise constitutionnelle. On se situe donc plutôt dans un conflit horizontal, lié à la coexistence de règles¹⁹⁴⁹ qui proposent des solutions divergentes pour la résolution d'un problème donné.

562. Nécessité de l'intervention juridique. Plusieurs méthodes peuvent être envisagées pour résoudre ce conflit. On pourrait tout d'abord considérer que ce dernier ne mérite pas l'intérêt juridique et devrait être laissé à la seule discrétion des protagonistes. Cette solution ne semble cependant pas viable, car, comme on l'a dit, le lanceur d'alerte se retrouve souvent dans la position d'être un employé de la compagnie ayant intérêt à protéger l'information économique qu'il cherche à dévoiler. Cela le place nécessairement dans une position de faiblesse et de dépendance. Le maintien dans son emploi et sa réputation sont en jeu, pouvant compromettre durablement son avenir professionnel. À la façon du pot de terre et du pot de fer, le rapport entre le lanceur d'alerte et son employeur est inégal. Aussi, en tant que partie vulnérable dans ce schéma, il semble que l'intervention juridique soit requise pour rétablir un certain équilibre entre les protagonistes et s'assurer que les intérêts défendus par le lanceur d'alerte aient une chance de l'être correctement, à armes égales. En ce sens, les systèmes juridiques ont un rôle à jouer pour s'assurer que la liberté du lanceur d'alerte soit effective.

Néanmoins, le statut de lanceur d'alerte ne doit pas devenir un passeport vers l'impunité, sous le seul prétexte qu'il existe une volonté de défendre un intérêt supérieur. Il existe aussi des cas où le lanceur d'alerte peut faire une interprétation erronée ou alarmiste d'une situation, conduisant à divulguer des informations sans qu'il y ait un véritable risque pour l'intérêt général. Dans ce cas-ci également, le droit doit s'assurer de conforter le choix de la confidentialité des personnes morales de droit privé.

¹⁹⁴⁸ François TERRE et Nicolas MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 11e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2019, n°275, p. 303.

¹⁹⁴⁹ *Id.*, n°275, p. 304.

563. Outils juridiques de la résolution du conflit. Reste à savoir ensuite de quelle manière exactement peut être résolu ce conflit de droits d'un point de vue purement juridique. L'analyse de l'état actuel du droit invite à se tourner vers deux méthodes principales. D'un côté, on peut directement intervenir pour trancher le conflit dans le vif, dans un sens ou dans l'autre. Cette solution radicale le résout de manière générale et abstraite, en apportant une certaine prévisibilité aux acteurs qui y sont confrontés. Elle est souvent employée par les législateurs nationaux, mais pas uniquement. Les juges canadiens, à travers leur contrôle de conformité tiré de la Charte canadienne, peuvent également se prêter au jeu, en donnant implicitement priorité à un droit sur l'autre, selon celui qu'ils considèrent comme les plus importants socialement¹⁹⁵⁰. Cette approche permettra de dégager une tendance, plaçant la liberté d'expression en position précaire par rapport à la confidentialité. En effet, dans l'esprit du législateur, la première semble devoir garder un caractère exceptionnel, soit parce qu'elle est mise de côté, soit parce qu'elle est traitée en tant que justification des atteintes à la confidentialité.

D'un autre côté, non seulement les dispositions légales nécessitent d'être concrètement mises en œuvre lorsqu'une situation correspondant à celle y étant abstraitement décrite se présente, mais encore le législateur ne saurait envisager toutes les situations qui pourraient se présenter relativement à ce conflit de droits particulier. Dans les deux cas, le juge semble être le mieux à même de répondre à la nécessité de concilier les intérêts en présence, dans une situation donnée que l'on soumet à sa sagacité. Or, lorsque l'analyse prétorienne prend le relais, la logique principe-exception¹⁹⁵¹, qui semble avoir la préférence des législateurs, a tendance à s'estomper. Les juges français, sous l'influence européenne, et les juges canadiens de façon naturelle, ont une approche différente de la façon dont doit se résoudre le conflit entre confidentialité et liberté d'expression. Ici, il n'est plus question de trancher le conflit en faveur de l'un ou de l'autre des intérêts en jeu. Les deux droits sont placés sur un pied d'égalité et il s'agit plutôt alors de les ménager, sans pour autant déterminer implicitement un degré de priorité entre eux. Ce constat pousse particulièrement les juges à ne plus observer le conflit en termes de principe ou d'exception, mais selon une approche plus neutre, moins politique de l'antagonisme entre le secret et la nécessité de le lever. Ils vont plutôt tenter d'observer dans chaque espèce les éléments permettant de faire pencher la balance en faveur de l'un ou de l'autre des intérêts en présence. La démarche relève donc plutôt de la pesée des intérêts, et non pas

¹⁹⁵⁰ Luc B. TREMBLAY, « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2012) 57-3 *McGill L.J.* 429, 434.

¹⁹⁵¹ Alice DEJEAN DE LA BATIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, Paris, LGDJ, 2020, n°407, p. 157.

d'un pragmatisme qui ferait primer par principe l'un sur l'autre, faute de pouvoir s'en assurer par ailleurs la sauvegarde. Il s'agit donc plutôt ici d'optimiser les droits entre eux.¹⁹⁵² Cette modification de l'analyse a aussi tendance à décaler la place de la liberté d'expression, qui ne se trouve plus relayer au statut d'exception.

564. Deux méthodes alternatives de résolution du conflit. Les logiques présentées participent toutes deux à la résolution des conflits de droits fondamentaux, même s'il semble que chaque système de droit étudié ait sa préférence. Il n'est pas question de dire que l'une est meilleure ou plus adéquate que l'autre. Les deux sont utiles pour pouvoir opérer un réel diagnostic de l'état actuel du droit relativement à la protection de l'information économique. La première méthode a l'avantage de la prévisibilité, dans la mesure où les conditions pour permettre l'expression seront déterminées à l'avance. Mais elle est aussi plus stricte et laisse une moins grande latitude à l'expression, dans la mesure où, si ces conditions ne sont pas remplies, il n'y aura pas d'alerte valable (titre 1). La méthode pragmatique de mise en balance est pour ainsi dire l'opposé : soumise à des conditions moins strictes, puisque non définies à l'avance, elle a l'avantage de la souplesse et corrélativement s'avère moins prévisible. Toutefois, elle aura tendance à laisser plus librement cours aux libertés de l'esprit : retrouvant leur statut de droit fondamental à part entière, celles-ci peuvent peser sur le conflit. Elles n'ont pas, dans ce contexte, de caractère exceptionnel. Bien au contraire, l'application judiciaire qui est actuellement faite du conflit opposant confidentialité et liberté d'expression pourrait conduire à conclure que cette dernière devient de plus en plus le principe implicite, au détriment de la confidentialité (titre 2).

¹⁹⁵² L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 442.

Titre 1

La résolution par le choix en faveur d'un seul des intérêts en conflit

565. Recherche d'un intérêt à défendre. Si la liberté d'expression est le droit au moyen duquel le lanceur d'alerte est légitime à prendre la parole pour porter à la connaissance du public des faits qui le choque profondément, il ne le fait pas principalement pour le simple fait de défendre une telle liberté. Il agit pour défendre un intérêt plus large, une valeur qui lui tient profondément à cœur. Cela répond à un impératif dicté par sa conscience. Cet intérêt final est un premier élément central qui permettra de préciser le cadre de l'intervention du lanceur d'alerte et, corrélativement, à quel moment la confidentialité cède le pas à la liberté d'expression : la divulgation doit se faire dans l'intérêt de la défense d'une valeur considérée comme suffisamment urgente, du moins tout aussi, voire plus urgente, que celle de garantir la confidentialité de l'information économique. Que ce soit en France ou au Canada, l'intervention législative en faveur de la transparence est systématiquement dictée par la défense d'un tel intérêt, suffisamment urgent pour considérer la levée de la confidentialité.

566. Diversité des intérêts défendus. Ces intérêts pris en compte légalement sont potentiellement très variés. On pense évidemment que divulguer une information qui permet de prévenir un danger pour la santé ou l'intégrité physique a tout naturellement sa place parmi ceux suffisamment urgents pour justifier une levée du secret. Si théoriquement, cela semble relever du bon sens, reste à savoir si cela se concrétise dans les textes.

En dehors de la protection de la santé et de l'intégrité corporelle, quel autre intérêt serait susceptible de renverser le rempart de la confidentialité ? Est-ce que l'environnement constitue également un intérêt suffisamment prégnant pour le justifier ? Comment doit-on appréhender ce dernier ? S'agit-il d'une valeur autonome qui s'est émancipée de sa conception anthropocentrée ou bien n'a-t-elle d'intérêt que dans la mesure où il participe au bien-être des entités qui le peuple ?

Un autre bloc d'intérêt qui pourrait se dégager de l'étude des textes relève de la préservation de l'État lui-même. En effet, il semble également logique que la puissance publique considère la préservation de ses intérêts et ceux du public qu'il sert, suffisamment importants pour laisser parfois de côté la confidentialité. Mais jusqu'où la prise en compte d'intérêts peut-elle aller ? Est-ce que des intérêts plus secondaires et moins intuitifs pourraient également suffire à contrecarrer le secret entourant l'information économique ?

Enfin, il existe aussi des raisons de ne pas divulguer l'information. Bien que la confidentialité et la vie privée soient suffisantes en elles-mêmes pour justifier le maintien du secret, d'autres intérêts complémentaires viennent aussi appuyer la possibilité d'une opposition à la révélation d'une information économique. Dans ce cas, le lanceur d'alerte pourrait être poursuivi pour ces révélations. C'est le cas notamment si l'information est susceptible de porter atteinte à la réputation de la personne à laquelle elle se rapporte. Dans ce cas, la préservation du secret l'emporterait sur la défense des intérêts promus par l'expression du lanceur d'alerte.

567. Codépendance des intérêts. La possibilité de limiter tout autant la protection de la vie privée et la liberté d'expression montre également la codépendance existant entre les deux intérêts. Les autorisations ou limites imposées à l'un signifient corrélativement que l'autre sera plus ou moins restreint : plus la liberté d'expression reflue, plus il y aura d'espace pour la confidentialité ; plus l'on ouvre la possibilité d'accéder à l'information, plus l'on facilite la circulation de celle-ci. D'ailleurs, cette codépendance apparaît aussi dans la rédaction des articles de la Convention européenne relatifs aux deux droits en jeu : les art. 8 § 2 et 10 § 2 Conv. EDH prévoient tous deux une clause limitative, autorisant à porter atteinte aux droits proclamés aux premiers paragraphes sous certaines conditions. Parmi celles-ci, les deux articles envisagent la défense d'un droit ou d'une liberté d'autrui, ce qui peut bien signifier que la vie privée peut être limitée pour tenir compte de la liberté d'expression et inversement. C'est d'autant plus explicite dans le cadre de la liberté d'expression, puisque l'art. 10 § 2 précise que l'exercice de cette dernière peut être soumis à certaines restrictions, notamment « pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles »¹⁹⁵³. Le lien entre les deux droits est ici explicite. Il restera alors à placer le curseur le plus précisément possible pour parvenir à un équilibre entre eux. L'exercice de comparaison peut-être ici d'autant plus intéressant que les choix réalisés en France et au Canada ne sont pas nécessairement les mêmes, démarquant d'autant les traditions juridiques et politiques des deux pays.

568. Intervention législative. L'ensemble peut paraître confus, tant les enjeux à prendre en considération sont nombreux. Fort heureusement, le législateur a déjà pesé certains intérêts en présence et réussi à trancher directement à la faveur de l'un ou de l'autre. Ils ont établi à l'avance quelles sont ces valeurs qu'ils considèrent comme suffisamment urgentes pour justifier

¹⁹⁵³ Art. 10 § 2 Conv. EDH : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

la levée de la confidentialité, ou au contraire d'y renoncer au nom de la liberté d'expression. Dans ces cas, la question de la mise en concurrence des intérêts ne se pose plus, puisque l'arbitrage est déjà effectué. Il est donc nécessaire dans un premier temps d'identifier ces cas de résolution et les intérêts qu'ils soutiennent, à travers les exemples législatifs les plus significatifs. Il serait quelque peu vain de prétendre ici à l'exhaustivité, tant les exemples sont nombreux.

569. Autorisations légales. En dépit des principes relevés en matière de liberté d'expression et l'analyse très libérale qui en est faite, il existe des obligations légales à parler. Il arrive que le législateur impose lui-même la révélation de l'information, pour des raisons de régulation et de contrôle. Ces hypothèses ne sont pas à l'étude, la contrainte légale à parler étant incompatible avec l'idée de l'alerte¹⁹⁵⁴. Ensuite, la divulgation peut être due à un individu qui choisit librement de parler, comme c'est le cas des lanceurs d'alerte. Mais même dans cette hypothèse, la loi peut imposer un cadre légal à la prise de parole et à la façon dont il lève la confidentialité. Une chose est certaine, le législateur n'hésite pas à prendre en charge lui-même la résolution du conflit opposant confidentialité et accès à l'information, en tranchant directement la difficulté à la faveur de l'un ou de l'autre. Le premier point de convergence est donc ici un encadrement législatif allant plutôt dans le sens d'une régulation des hypothèses de révélation de l'information économique.

570. Unilatéralité du problème. En effet, que ce soit pour préserver ou divulguer l'information économique, la résolution du conflit conduit systématiquement à répondre à une question très simple : la confidentialité entourant l'information économique doit-elle se maintenir ? Même si nous avons identifié qu'il pouvait exister deux tendances se dégageant de l'analyse des textes de loi – en faveur du maintien de la confidentialité ou en faveur de la libre expression – elles ont toujours toutes deux vocations à s'interroger sur la possibilité d'une prise de parole et non l'inverse. Cela peut s'expliquer justement parce que l'information économique est essentiellement secrète. Ce critère est inhérent à son existence¹⁹⁵⁵. De ce fait, il ne s'agit jamais de savoir quand l'information devrait devenir confidentielle, puisqu'elle doit l'être pour entrer dans le domaine de la protection accordée aux personnes morales. Au contraire, c'est la levée de cette confidentialité qui pose difficulté. Le caractère unilatéral de ce problème est confirmé également par les dispositions civiles et pénales qui ont été précédemment identifiées : elles sont liées au droit de propriété ou à la confidentialité et donc à la protection de

¹⁹⁵⁴ *Supra*, n°19.

¹⁹⁵⁵ *Supra*, n°163.

l'information économique. La liberté d'expression viendrait au contraire justifier un accès à cette dernière. Mais en raison de la nature même de ce droit, il n'existe pas de disposition légale spécifique dédiée aux cas où on l'empêcherait de s'exercer. De cette façon, on constate que c'est toujours dans le sens d'une garantie de la confidentialité que les droits civil, pénal et criminel, en France et au Canada, interviennent relativement à la question de protection de l'information économique. Cela signifie *a contrario* que les atteintes aux droits acquis sur l'information par la levée du secret sont la source des difficultés qui nous occupent.

Ce postulat se confirme au regard de l'architecture du droit pénal. Les infractions précédemment étudiées ayant directement trait à la protection de l'information économique et en l'absence d'infraction garantissant la liberté d'expression du lanceur d'alerte, on remarque là encore que la matière pénale confirme la tendance constatée de prime abord : le conflit naît essentiellement, si ce n'est exclusivement, en cas de divulgation de l'information et non en cas d'imposition de la confidentialité. À l'inverse, les autorisations légales pénales faisant barrage à l'application de ces infractions auront pour effet de permettre une révélation légale et légitime de l'information économique. L'expression semble confinée dans un cadre exceptionnel.

571. Centre de gravitation. Ainsi, que ce soit pour révéler ou pour conserver le secret, il s'agit toujours de savoir quel sort sera réservé à la prise de parole et jamais l'inverse. Le débat se contemple depuis la perspective de la liberté d'expression et des limitations qui peuvent lui être posées, et non pas depuis le secret. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant au regard de la nature de la liberté d'expression et du droit à la confidentialité : nous pouvons délimiter le contenu du second, plus facilement que de la première. En outre, d'un point de vue plus pragmatique, il est plus aisé de conserver par principe le secret. Une fois ce dernier révélé, il ne sera plus possible de revenir en arrière. Il semble inconcevable dans ce cas de pouvoir rétablir les parties dans l'état dans lequel elle se situait avant la révélation du secret, tant celui-ci est volatil. Au contraire, l'entrave à la liberté d'expression imposée par le secret est loin d'être absolue. Surtout, elle est temporaire : la possibilité de discuter de l'information économique n'est empêchée que jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'il était en réalité nécessaire d'en parler. Aussi, il est plus évident de protéger par principe le secret, quitte à évaluer ensuite les cas où la liberté d'expression l'emporte sur celui-ci. En outre, la définition plus stricte des limites de cette liberté permet en creux de la préserver : là où il n'y a pas de restriction, il y est au contraire la possible de s'exprimer¹⁹⁵⁶. Cette configuration confirme d'emblée l'idée que la question gravite bien

¹⁹⁵⁶ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°24, p. 39.

autour du secret, confirmant l'existence d'une forme de priorité à le protéger, même si elle se fonde sur des considérations pragmatiques.

572. Convergence du cadre de résolution. Cette approche pragmatique du conflit a tendance à être confirmée par l'analyse comparative des deux systèmes juridiques, français et canadiens. Au-delà des inévitables divergences relatives aux sources et techniques juridiques déployées, l'état du droit dans ces deux pays a tendance à confirmer la première approche, intuitive, selon laquelle la confidentialité est un îlot fixe et clairement défini entouré par la mer de la liberté d'expression. Chaque fois que le législateur n'indique pas explicitement sa volonté de garantir la confidentialité, la liberté d'expression reprend ses droits. L'identification de ces hypothèses est donc la clé de la compréhension de la résolution du conflit entre confidentialité et accès à l'information, scellant ainsi le sort de l'un et de l'autre.

573. Convergences des traditions juridiques. À partir des dispositions légales déjà en vigueur, on peut déjà établir quelques hypothèses claires dans lesquelles soit la confidentialité l'emportera, soit la liberté d'expression primera, selon un modèle recourant à une forme de hiérarchisation contextuelle et passagère. L'étude de ces dispositions permet en outre de donner un premier aperçu pour savoir comment on peut légitimement et légalement révéler une information couverte par le secret. Les dispositions législatives qui nous préoccupent ici sont d'autant plus importantes qu'elles apportent de précieuses informations aux lanceurs d'alerte, afin de savoir dans quelles circonstances leur prise de parole sera justifiée. Combiné à l'identification des intérêts susceptibles de légitimer la levée de la confidentialité, on obtient un véritable guide pour l'action des lanceurs d'alerte. On dessine ainsi à la fois les frontières de leur intervention et la marge de manœuvre dont ils disposent.

574. Intérêts et charge de la preuve. Parallèlement, cet antagonisme entre interventions légitime et non légitime prolonge la question dans le processus judiciaire. En effet, l'intervention non conforme du lanceur d'alerte lui fait courir le risque d'être le sujet d'un procès pénal ou criminel, tendant à voir triompher la confidentialité sur la liberté d'expression. L'abus de celle-ci doit néanmoins faire l'objet d'une preuve, rapportée ici par la partie accusatoire, le ministère public en matière pénale, la personne se plaignant d'une atteinte au secret en matière civile. Le lanceur d'alerte est ici étranger à la preuve de sa faute. Tout au plus, peut-il défendre la légitimité de son action. À l'inverse, il n'existe pas un tel parallélisme lorsqu'il s'agira de favoriser la liberté d'expression. Ce sera au lanceur d'alerte d'apporter la preuve de la légitimité de son intervention. Si la preuve de la faute, civile ou pénale, repose sur

la partie poursuivante ou demanderesse¹⁹⁵⁷, la neutralisation de cette faute repose entièrement sur le défendeur¹⁹⁵⁸, à charge pour lui de démontrer qu'il a eu raison d'alerter. C'est donc une bien lourde tâche qui lui incombe et dont il est permis d'interroger la légitimité.

Même si le législateur a pu faire le choix net de privilégier le maintien de la confidentialité, il le fait non pas en renforçant les mécanismes de protection de l'information économique, mais en limitant la liberté d'expression. À l'inverse, les mécanismes utilisés pour privilégier la liberté d'expression, tels les faits justificatifs, démontrent une attraction irrésistible vers la parole libre. Pour comprendre comment on procède à ces choix, il faut donc raisonner en deux temps. D'abord vient l'incrimination par le législateur, qui tend, par pragmatisme, à empêcher la divulgation de l'information. La charge de la preuve des infractions incombe alors à la partie demanderesse (chapitre 1). Puis, vient le temps de la justification, dont le fardeau revient alors au lanceur d'alerte. S'il parvient à ramener cette preuve, alors la liberté d'expression reprend ses droits (chapitre 2). Les deux sont inextricablement liés, mais pour plus de clarté, il est préférable de traiter chacune de ces étapes séparément.

¹⁹⁵⁷ Art. 2803 C.c.Q. ; art. 1353 C.civ.

¹⁹⁵⁸ Roger BERNARDINI, *Rép. pén.* Dalloz, v° *Légitime défense*, n°121 ; A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°16, p. 6 ; *Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640, par. 29.

Chapitre 1

La manifestation d'une atteinte à la confidentialité : le choix de la défense de la réputation

« Une mauvaise réputation est un fardeau, léger à soulever, lourd à porter, difficile à déposer. »

Hésiode

575. Intérêts ou valeurs ? Le premier critère qui permet de comprendre comment le législateur opère un choix entre confidentialité et accès à l'information consiste à identifier un motif, un intérêt plus vaste qui permet de décider si la levée de la confidentialité est justifiée. De la même façon que la recherche des mobiles en droit pénal permet d'éclairer le comportement répréhensible et de lui donner tout son sens, la recherche de cet intérêt donne son contexte significatif à la révélation.

À quoi correspondent plus exactement ces valeurs ou intérêts ? À quoi fait-on référence ici ? La question est complexe et n'est pas épargnée par les débats, certains la jugeant même superfétatoire lorsqu'elle concerne le droit pénal¹⁹⁵⁹, notre principale source d'inspiration. La valeur revêt plusieurs acceptions. On ne l'entend pas ici dans un sens moral ou économique¹⁹⁶⁰, mais plutôt philosophique : il s'agit de ce qui est « objectivement digne d'estime »¹⁹⁶¹, de ce que l'on peut collectivement considérer comme satisfaisant une finalité estimable. En ce sens, la notion de valeur se rapproche de celle d'intérêt¹⁹⁶². Bien évidemment, on ne l'entend pas ici comme faisant référence à l'intérêt à agir en justice, sens plus familier en droit. L'intérêt peut aussi présenter une dimension plus abstraite, comme ce que l'on trouve digne d'attention, ce que l'esprit peut juger important¹⁹⁶³. Le terme semble moins se prêter à une dimension théorique que celui de valeur, mais finalement, les deux peuvent participer à éclairer le problème qui nous occupe. En effet, la valeur renvoie particulièrement à la démarche consistant à partir à la recherche de ce qui est socialement défendable, comme le fait le lanceur d'alerte. Ces recherches s'inscrivent dans une opposition combative avec le maintien du secret, dimension qui sied davantage au terme intérêt. Les deux termes sont donc plutôt complémentaires et seront utilisés tous deux comme synonymes.

¹⁹⁵⁹ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, préc., note 1944, n°1, p. 19 ; Emmanuel DREYER, « Existerait-il une méta-légalité en droit pénal ? », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, Nancy, PUN-Éditions universitaires de Lorraine, 2018, p. 95.

¹⁹⁶⁰ *Le Grand Robert de la langue française*, préc., note 5, °Valeur (consulté le 10 janvier 2021). *Supra*, n°196.

¹⁹⁶¹ *Id.*

¹⁹⁶² *Id.*, °Intérêt.

¹⁹⁶³ *Id.*

576. Démarche imposée par la Charte canadienne. La recherche de ces valeurs revêt un aspect particulièrement important au Canada, lorsque l'État cherche à justifier une atteinte à un droit fondamental protégé par la Charte canadienne à l'appui de son article 1^{er}¹⁹⁶⁴. Très tôt, la Cour suprême a exigé que les institutions publiques, lorsqu'elles édictent des lois portant atteinte à un droit défendu par cette Charte, doivent le faire en faisant notamment état d'un objectif suffisamment urgent pour justifier une telle restriction¹⁹⁶⁵. « Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. »¹⁹⁶⁶ Cela impose donc au législateur de faire valoir les intérêts qu'il cherche effectivement à défendre à travers la limitation qu'il impose à une liberté, au-delà de la simple défense d'un autre droit fondamental.

577. Arbitrage législatif : protection de la réputation. Dans un premier temps, le législateur peut faire le choix de résoudre le conflit entre confidentialité et liberté d'expression en sacrifiant la seconde. Dans ce cas, le droit au respect de la vie privée l'emportera, attribuant une « vapeur supérieure »¹⁹⁶⁷ à celle-ci. Ce dernier constitue en lui-même un fondement amplement suffisant pour justifier une limitation de la liberté d'expression. Toutefois, ce n'est pas le seul. La révélation d'informations économiques n'a pas seulement pour conséquence de porter atteinte à la confidentialité à laquelle la personne morale peut légitimement prétendre. Il arrive souvent qu'au surplus, la réputation de la personne – appelée l'honneur¹⁹⁶⁸ – soit atteinte par la révélation de l'information. Cela arrivera d'autant plus fréquemment lorsqu'il s'agit d'une alerte. En effet, la prise de parole dans ce contexte se fait dans le but de révéler des informations relatives à une pratique peu recommandable. L'association entre ces pratiques et la personne morale qui les adopte aura nécessairement pour effet, dans l'esprit du public, de déconsidérer celle-ci et de l'associer définitivement à des comportements contestables.

578. Valeur secondaire. Pour autant, la réputation n'a pas été étudiée dans la première partie, comme s'il s'agissait d'une valeur de nature à protéger l'information économique. Cela n'est effectivement pas le cas. La réputation est un intérêt légitime en ce qu'il est atteint par la révélation et à ce titre, il peut justifier une restriction de la liberté d'expression et

¹⁹⁶⁴ Art. 1^{er} de la Charte canadienne : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

¹⁹⁶⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 352; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 138.

¹⁹⁶⁶ *R. c. Oakes*, *id.*, 139.

¹⁹⁶⁷ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°42, p. 61.

¹⁹⁶⁸ Jean-Christophe SAINT-PAU, *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, n°1645, p. 945.

corrélativement une limitation de la diffusion de l'information économique. En ce sens, la réputation reste pertinente. Mais elle n'intervient qu'au second plan, comme ce que l'on pourrait plus vulgairement appeler un « dommage collatéral ». Il n'empêche qu'elle doit être prise en compte également, ce que fait le législateur lorsqu'il s'agit de décider si la prise de parole est fautive ou non.

579. Prise en compte légitime. La réputation est un élément indissociable de la personnalité. Elle bénéficie d'un degré de protection suffisamment important pour justifier de la prendre en considération lors du règlement du conflit opposant secret et liberté d'expression, maintien de la confidentialité ou possibilité de parler pour le lanceur d'alerte (1).

Quant aux conditions de sa préservation, elles font intervenir la matière pénale en France, criminelle et au Canada. L'intensité de cette responsabilité mène forcément à penser que le législateur a souhaité ici envoyer un signal fort, marquant une résolution du conflit en faveur de la confidentialité. À cela s'ajoute la question de la place des sanctions civiles pouvant revenir en renfort pour asseoir la légitimité de la protection de la réputation. (1)

1 La prise en compte des atteintes secondaires à la personnalité

580. Rôle de l'atteinte à la réputation. S'il s'avère que les propos tenus, particulièrement par le lanceur d'alerte, portent atteinte à la réputation de la personne morale détentrice de l'information économique, alors ce dernier est susceptible d'engager sa responsabilité. Ces risques de sanction sont évidemment de nature dissuasive, puisque le lanceur d'alerte peut engager son patrimoine, son innocence et peut-être même sa liberté pour avoir parlé. Il est donc nécessaire de voir dans un premier temps en quoi la réputation peut jouer un rôle dans le conflit opposant confidentialité et liberté de communication de l'information économique, ce qui impose de vérifier que les personnes morales disposent effectivement d'une protection de leur réputation (1.1). Nous verrons ensuite quel est ce rôle tenu par la réputation (1.2).

1.1 La protection possible de la réputation des personnes morales

581. Recherche des fondements de la réputation. En réalité, il ne semble pas y avoir de difficulté particulière à admettre que les personnes morales sont éligibles à une protection de leur réputation. Mais cela impose de clarifier quels sont les fondements exacts de cette réputation (1.1.1), afin de s'assurer de sa transposabilité aux personnes morales (1.1.2).

1.1.1 Les fondements de la protection de la réputation

582. Vocabulaire. En France et au Canada, le vocabulaire est souvent fluctuant pour désigner ce sentiment très personnel¹⁹⁶⁹ renvoyant à « la conception qu’a l’individu de sa propre dignité »¹⁹⁷⁰. On parle d’honneur¹⁹⁷¹ dans les deux pays, mais encore de considération¹⁹⁷² en France et de réputation¹⁹⁷³ au Canada. Quel que soit le terme employé, on renvoie à la même idée¹⁹⁷⁴, à la même valeur et rechercher des distinctions entre les termes serait vain et peu utile¹⁹⁷⁵. On fait référence à l’estime de soi et à l’estime que les autres nous portent, une sorte de « patrimoine moral »¹⁹⁷⁶ qui impose le respect.

583. Fondement de la dignité de la personne ? On fait souvent le lien entre réputation et l’idée de la dignité de la personne, particulièrement dans la jurisprudence de la Cour suprême¹⁹⁷⁷ : il en va de toutes les personnes d’être traitées avec respect, ce qui implique de ne pas salir leur honneur. Pour autant, la considération ne fait pas partie des libertés fondamentales reconnues par la Charte canadienne :

« Bien qu’elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l’individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. La protection de la bonne réputation d’un individu est donc d’importance fondamentale dans notre société démocratique. »¹⁹⁷⁸

En raison du caractère transversal de l’intérêt à protéger la réputation, il semblerait que les juges considèrent qu’elle se rattache à la personne en tant qu’être appartenant à l’espèce humaine. Pour autant, il n’est pas certain que ce soit cette conception universaliste de la dignité qu’il faille retenir. En effet, la Cour suprême paraît aussi attacher la question de la réputation à l’individu, entendu comme étant une personne prise isolément, plutôt qu’en rapport à la communauté de l’humanité.

¹⁹⁶⁹ D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°181, p. 240.

¹⁹⁷⁰ *Id.*, n°181, p. 240.

¹⁹⁷¹ Art. 29 de la Loi sur la liberté de la presse ; B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°237, p. 192 ; D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°181, p. 240 ; J.-C. SAINT-PAU, *Droits de la personnalité*, préc., note 1968, n°1645 et suiv., p. 945 et suiv. Stéphane DETRAZ, *Rép. civ. Dalloz*, v° *Diffamation*, n°6.

¹⁹⁷² B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), *id.*, n°237, p. 192. ; S. DETRAZ, *id.*

¹⁹⁷³ N. DES ROSIERS, préc., note 1812, n°31 ; D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°177 et suiv., p. 231 et suiv. *Contra* : Ass. Plén. 25 octobre 2019, n°17-86.605, *Juris-Data* n°2019-018487, *AJ Pénal* 2020.32, note Verly (décision qui se penche sur la question de la dignité).

¹⁹⁷⁴ François ROUSSEAU, « La protection pénale de l’honneur », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (DIR.), *Droits de la personnalité*, coll. *Traité*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 949, n°1664, p. 955.

¹⁹⁷⁵ S. DETRAZ, préc., note 1971, n°65.

¹⁹⁷⁶ G. CORNU, préc., note 31, p. 512, ° *Honneur*.

¹⁹⁷⁷ D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°181, p. 240 ; *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 108 ; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 48.

¹⁹⁷⁸ *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, *id.*, par. 120.

Retenir la réputation comme inhérente à l'humanité aurait en outre le désavantage de n'adresser cette caractéristique qu'aux êtres physiques, excluant inévitablement les personnes morales. Il serait en effet fantaisiste, même dans les théories les plus réalistes de la personnalité morale, que d'assimiler les êtres moraux à des membres de l'humanité. Si l'honneur ou la considération sont des éléments indissociables de la dignité, caractéristique que l'on attribue à la personnalité de l'être humain¹⁹⁷⁹ et non à toutes les personnes juridiques¹⁹⁸⁰, il serait alors impossible de concevoir que ce principe intéresse aussi les entités morales, par nature inéligibles à une telle dignité. Une telle exclusion paraît excessive. Les personnes morales disposent aussi d'une réputation. L'image des entreprises, que ce soit celle qu'elles ont d'elles-mêmes ou qu'en a le public, a une valeur et peut influencer leur avenir et leur pérennité. Ainsi, le terme « dignité » est utilisé davantage comme un autre synonyme, plutôt que dans sa dimension ontologique et universaliste¹⁹⁸¹. L'honneur, la réputation, la considération ne relèvent donc pas de la conception de la dignité qui irrigue les grandes déclarations de droit, française, canadiennes ou internationales, mais d'une échelle plus modeste, celle de la personne elle-même. Il semblerait donc qu'il faille chercher ailleurs les fondements de la protection de la réputation.

584. Charte canadienne : droit à la vie privée. Le rejet de la dignité humaine comme justification de la protection de la réputation est encore appuyé par la suite du raisonnement de la Cour suprême. Certes, il n'y a pas de fondement spécifique à la protection de l'honneur, mais les juges reconnaissent qu'il existe un lien étroit entre ce dernier et la vie privée¹⁹⁸², droit qui lui, bénéficie sans aucun doute d'une garantie constitutionnelle à travers la Charte canadienne¹⁹⁸³. Cela confirme que c'est une approche plus personnelle, tournée vers l'individu, qui contextualise la question de la réputation. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant, dans la mesure où la considération, l'image ou la représentation que l'on a d'une personne, la concerne elle et non l'humanité dans son ensemble. L'atteinte portée à cet aspect est ressentie à l'échelle individuelle et non collective. Si l'on s'intéresse à un groupe plus important, dont la considération serait entachée par des attitudes ou des propos, on semble tomber plutôt dans le

¹⁹⁷⁹ Thierry DEBARD (DIR.) et Serge GUINCHARD (DIR.), *Lexique des termes juridiques*, 28e., Paris, Dalloz, 2020, p. 368, °Dignité de la personne humaine.

¹⁹⁸⁰ *Supra*, n°371.

¹⁹⁸¹ Anne-Marie LEROYER, « La dignité n'est pas un concept à tout faire », RTD Civ. 2020.78, 79.

¹⁹⁸² *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 1936, 1362 ; *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, préc., note 1977, par. 121 ; *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 59.

¹⁹⁸³ Voir *supra*, n°358.

cadre de la discrimination et donc d'une atteinte en raison de l'appartenance à un groupe ciblé. Protection de la réputation et protection contre les discriminations ne se confondent pas.

585. Fondements québécois. Au Québec ensuite, la vie privée semble aussi être le fondement retenu pour assurer la défense de la réputation. On le constate d'abord à la lecture du *Code civil du Québec*, bien que de façon indirecte. D'abord, l'article 3 C.c.Q. évoque les droits de la personnalité et énumère parmi ceux-ci le respect du nom, de la réputation et de la vie privée. La rédaction propose une juxtaposition des termes, qui pourrait s'interpréter comme instituant une distinction entre les deux intérêts et non une interdépendance. De même, la Charte québécoise institue un article distinct pour sauvegarder la réputation d'un côté¹⁹⁸⁴, la vie privée de l'autre¹⁹⁸⁵. Néanmoins, la proximité spatiale des deux articles, qui se suivent immédiatement dans l'énoncé des droits fondamentaux, laisse penser qu'ils répondent à une même logique. Si la Charte québécoise commence par instituer la protection physique de la personne¹⁹⁸⁶, puis celle de l'esprit¹⁹⁸⁷, il s'ensuit logiquement sa protection morale. Cela passe bien sûr par la protection de la vie privée et de la réputation, deux aspects plutôt complémentaires.

Le fin mot de l'histoire est donné par la jurisprudence de la Cour suprême. Dans un premier temps, celle-ci n'a fait appel qu'à l'article 3 C.c.Q. et 4 de la Charte québécoise pour rendre compte de la protection civile de la réputation¹⁹⁸⁸. Plus récemment, elle a ajouté à ces deux fondements l'art. 35 C.c.Q.¹⁹⁸⁹ Le doute n'est plus permis, puisque ce dernier consacre justement la vie privée. En liant le sort de la réputation à celui de la vie privée, la Cour donne la cohésion nécessaire à l'étude de ces intérêts, notamment par rapport aux interprétations qu'elle avait pu faire dans le cadre de la *common law*¹⁹⁹⁰.

586. Fondements européen et français de la vie privée. Le recours à la vie privée pour fonder la protection de l'honneur et de la considération est enfin confirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il n'existe pas de doute sur la question, les juges

¹⁹⁸⁴ Art. 4 Charte québécoise.

¹⁹⁸⁵ Art. 5 Charte québécoise.

¹⁹⁸⁶ Art. 1^{er} et 2 Charte québécoise.

¹⁹⁸⁷ Par la garantie des libertés publiques : conscience, opinion, expression, réunion (art. 3 Charte québécoise).

¹⁹⁸⁸ *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 2 R.C.S. 663, par. 44 ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936, par. 53.

¹⁹⁸⁹ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 18.

¹⁹⁹⁰ L'arrêt *Hill* avait été rendu en appel de la Cour d'appel de l'Ontario, province qui fait application de la *common law*. La décision avait été rendue en interprétation des principes applicables à la diffamation dans ce cadre-ci : *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, préc., note 1977, par. 62.

européens ont réaffirmé à maintes reprises que la réputation est un élément de la vie privée¹⁹⁹¹. Dans l'arrêt *Pfeifer c. Autriche*, la Cour explique un peu plus le lien unissant les deux : « la réputation d'une personne (...) fait partie de son identité personnelle et de son intégrité morale. »¹⁹⁹² Cette conception reste stable et indiscutée.

La jurisprudence française confirme aussi ce rapprochement entre la réputation et la vie privée. Elle considère que « la réputation d'une personne (...) fait partie de son identité personnelle et de son intégrité morale et, dès lors, relève de sa vie privée au sens de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁹⁹³. Ainsi, dans cette décision, le pourvoi posait explicitement à la Cour de cassation la question de savoir si une injure, qui porte sans aucun doute atteinte à l'honneur ou à la réputation d'une personne, relevait aussi d'une atteinte à la dignité de la personne. Par cet attendu, la plus haute juridiction judiciaire française semble avoir clairement fait son choix.

587. Accessoire des atteintes à la vie privée. Les fondements de la protection de l'honneur ou de la réputation ne se situent donc pas dans la conception universaliste et quelque peu abstraite de l'humanité, mais de manière plus prosaïque à l'échelle de chaque individu. Le giron naturel d'une telle protection se trouve bien être la vie privée telle que nous l'avons précédemment présentée¹⁹⁹⁴, en tant que droit protecteur et droit émancipateur¹⁹⁹⁵. Lorsque l'on évoque la dignité à propos des questions de réputation, le terme est bien employé comme un autre synonyme¹⁹⁹⁶.

Si les questions de considération se tiennent à l'intérieur et en complément de la vie privée, dans ce cas, il n'existe pas d'obstacle théorique à ce que les personnes morales puissent

¹⁹⁹¹ *Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, n°64915/01, CEDH 2004-VI, par. 70 ; *Abeberry c. France* (dec.), 21 septembre 2004, n°58729/00, par. 2 ; *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, 9 novembre 2006, n°64772/01, par. 67 ; *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], 7 février 2012, n°39954/08, par. 83 ; *Delfi AS c. Estonie* [GC], 16 juin 2015, n°64569/09, par. 137 ; *Bédar c. Suisse* [GC], 29 mars 2016, n°56925/08, par. 72 ; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko et autres c. Bosnie-Herzégovine* [GC], 27 juin 2017, n°17224/11, par. 76.

¹⁹⁹² *Pfeifer c. Autriche*, 15 novembre 2007, n°12556/03, par. 35. Conf. *Petrina c. Roumanie*, 14 octobre 2008, n°78060/01, par. 29 ; *Sağdıç c. Turquie*, 9 février 2021, n°9142/16, par. 25.

¹⁹⁹³ Ass. plén. 25 octobre 2019, préc., note 1973, par. 9, Dr. pen. 2019. comm. 202, obs. Conte ; Mustapha AFROUKH et Jean-Pierre MARGUENAUD, « La dignité reléguée en deuxième division », D. 2020.195 ; Evan RASCHEL, « La liberté d'expression ne s'arrête plus là où commence la dignité d'autrui », Comm. Com. électr. 2020. 2. étude 4.

¹⁹⁹⁴ Voir *supra*, n°363 et suiv., n°373 et suiv.

¹⁹⁹⁵ Il semble que le droit allemand retienne également une telle conception, liant vie privée et protection de la dignité : J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1083, p. 679.

¹⁹⁹⁶ C'est d'ailleurs ainsi, en tant que synonymes, que la Charte québécoise invoque la protection de la moralité de la personne : l'article 4 protège la dignité, l'honneur et la réputation, diverses facettes d'une même réalité.

également profiter de leur réputation et des outils juridiques destinés à sa conservation, étant elle-même éligible à la protection d'une forme de confidentialité.

1.1.2 La protection effective de la réputation des personnes morales

588. Ouverture à une reconnaissance pour les personnes morales. Si la réputation participe de la protection de la vie privée et donc de la personnalité – comme en dispose l'article 3 C.c.Q. – et si les personnes morales sont éligibles au respect de leur vie privée sous une forme adaptée¹⁹⁹⁷, alors il est tout à fait envisageable qu'elles disposent d'une protection de leur honneur¹⁹⁹⁸. Cela ne pose d'ailleurs pas de difficulté particulière, la jurisprudence abonde en ce sens au Canada¹⁹⁹⁹, en France²⁰⁰⁰ et au niveau européen²⁰⁰¹. Bien sûr, comme il existe un lien entre honneur et dignité humaine, il semble que tout un pan de la protection de la réputation ne soit pas accessible aux personnes morales. Là encore, il est nécessaire d'adapter le concept à la spécificité des êtres moraux, notamment en évinçant l'aspect purement moral et idéologique. « Sans doute, l'honneur et la considération n'ont-ils pas alors exactement la même teneur que pour un être humain. Il n'en demeure pas moins concevable qu'ils puissent être atteints. »²⁰⁰² Mais, tout comme le droit à la confidentialité, la réputation aura une dimension utilitaire pour ces personnes. Elle jouera essentiellement un rôle économique. La bonne ou la mauvaise réputation crée des fortunes comme elle en brise, mais n'est en aucun cas nécessaire pour revendiquer une quelconque dignité absconse pour ces sociétés. L'admission de l'existence d'une réputation pour les personnes morales impose ainsi un recentrage des fondements de celle-ci autour de la personnalité, moins que la dignité humaine²⁰⁰³.

¹⁹⁹⁷ L. DUMOULIN, préc., note 1106, par. 40 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », préc., note 1113 à la page 694.

¹⁹⁹⁸ J.-C. SAINT-PAU, *id.*, à la page 690. Voir supra, n°318.

¹⁹⁹⁹ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, [1994] R.J.Q 1811 (C.A) (atteinte à la réputation non constatée) ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 35, par. 21 ; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, 2009 QCCA 2201, par. 39. Voir également Jean-Louis BAUDOUIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, 9e éd., 1. Principes généraux, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2020, par. 1-295 ; Marie Annik GREGOIRE, préc., note 1368, n°4.

²⁰⁰⁰ Crim. 10 juillet 1937, *Bull. crim.*, n°147 ; Crim. 12 octobre 1976, préc., note 1100 : « l'article 29 de [la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse] qui définit, notamment, la diffamation envers la personne, s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques (...) ; elle est ainsi une personne morale susceptible d'être déclarée atteinte dans son honneur ou dans sa considération par des imputations diffamatoires dirigées contre elle. » (diffamation d'une clinique) ; Civ. 2^e, 18 décembre 1995, *Bull. civ. II*, n°312 (propos impliquant un hôtel) ; Crim. 10 septembre 2013, *Bull. crim.*, n°177 (action de la personne morale gérant un restaurant ; non reconnaissance de la diffamation) ; Crim. 25 mai 2019, n°18-84.319 (entreprise d'ingénierie électrique, par l'intermédiaire de propos tenus sur sa gérante associée) ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°99.

²⁰⁰¹ *Fayed & House of Fraser Holdings plc v. United Kingdom*, 15 mai 1992, n°17101/90 (décision de la Commission non publiée) ; *Brunet-Lecomte et a. c. France*, 5 février 2009, n°42117/04, par. 43.

²⁰⁰² Jean PRADEL et Michel DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 8e éd., coll. Référence, Paris, Éditions Cujas, 2020, n°490, p. 358.

²⁰⁰³ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1661, p. 953.

589. Interdépendance des intérêts. Un tel rapprochement entre vie privée et protection accordée à la considération confirme également qu'il ne faut pas la considérer comme un fondement autonome de la protection de l'information économique. Il n'y a aucune raison d'ouvrir un nouveau chapitre dans lequel on envisagerait de considérer la réputation d'une personne morale comme susceptible de garantir la confidentialité de celle-ci. La considération existe indépendamment du fait que l'entreprise conserve des informations dans le secret ou non, mais ne justifie pas ce dernier. À l'inverse, la confidentialité entraîne des conséquences sur la réputation. Plus exactement, le fait de ne pas révéler certaines informations négatives²⁰⁰⁴ contribue au maintien possible d'une bonne image pour l'entreprise. La divulgation d'une information économique peut avoir des effets désastreux sur son image, provoquant des pertes d'autant plus importantes. Si une entreprise de la construction s'affiche comme fournissant des efforts considérables pour protéger l'environnement – par exemple en valorisant les déchets de chantier ou en prenant soin de les détruire de façon à ne pas aggraver la pollution – apprendre que dans le même temps, elle fait en réalité du déversement sauvage de déchets anéantirait en une fraction de seconde les efforts déployés pour paraître environnementalement vertueux. Le facteur déterminant est donc ici la révélation de l'information économique, ce qui signifie que les questions relatives à la réputation se situent en aval de celle du bien-fondé de la confidentialité. La réputation ne participe donc pas à la protection de l'information économique elle-même, mais est bien une conséquence collatérale à sa révélation, licite ou illicite. Constituant un potentiel poste de préjudice supplémentaire, il s'agit d'un aspect qui entre sans doute en ligne de compte lorsqu'il faut décider qui de la confidentialité ou de la prise de parole doit l'emporter dans une situation donnée. Ainsi, lorsque l'on se pose la question du bien-fondé de la révélation d'une information économique par une alerte, la question des conséquences de cette révélation sur la réputation de la personne morale est un paramètre à prendre en compte au moment de peser les intérêts en présence.

590. Intégration de la réputation dans le conflit de droits. Il est à présent certain que la réputation peut être un élément propre aux personnes morales et susceptible d'interagir avec le conflit qui nous occupe. Selon la Cour suprême, « la publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d'un individu et un affront à sa dignité. »²⁰⁰⁵. La réputation n'est certes pas le fondement direct permettant à l'information économique de conserver tout son potentiel d'enrichissement. Mais cette valeur aura une

²⁰⁰⁴ *Supra*, n°122.

²⁰⁰⁵ *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, préc., note 1977, par. 121.

incidence directe dans l'hypothèse où l'information est révélée, par un lanceur d'alerte particulièrement. Il y aura non seulement atteinte à la confidentialité revendiquée par la personne morale, mais aussi secondairement atteinte à sa réputation, si les informations dévoilées ont pour effet de dépeindre de manière négative l'activité de la personne morale. Dans ce cas, c'est bien une perte économique qui se profile. Les répercussions peuvent se ressentir directement sur le public, ce dernier pouvant renoncer à acheter ou consommer les marchandises produites, mais également sur les partenariats et les contacts créés avec d'autres personnes morales (fournisseurs, sous-traitant, co-gérant d'activités...), qui ne souhaitent plus être associées à celle ayant fait l'objet de révélations embarrassantes. La perte n'est que médiate dans ce cas, risquant d'engendrer davantage un ralentissement de l'activité plutôt qu'une perte sèche de revenus, mais le résultat est le même. En fin de compte, il y a dans les deux cas des revenus moindres, un risque pour le maintien du niveau d'activité et de l'emploi. Les conséquences d'une révélation de l'information économique sont donc potentiellement diverses et bien plus graves que la simple question d'une perte d'exclusivité. Elles devraient être prises en compte aussi dans la résolution du conflit entre confidentialité et liberté d'expression.

591. Risques de confusion. Il faut également se garder de penser que confidentialité et réputation sont en réalité la même chose. La tentation pourrait être grande, dans le contexte de l'alerte, dans la mesure où la révélation de l'information est la condition de l'atteinte à la réputation. En effet, lancer l'alerte c'est bien faire part d'une préoccupation, d'une inquiétude par rapport à un phénomène constaté. On imagine mal une alerte qui serait élogieuse pour la personne morale qui en est l'objet. Dans ce cas, on ne serait plus vraiment dans le contexte d'une alerte, mais d'une promotion, d'une forme de publicité ou dans des cas extrêmes de la provocation ou de l'apologie²⁰⁰⁶. Par nature, l'alerte apporte un regard critique, invite à la prudence, voire à la défiance. Dans tous les cas, elle n'est pas là pour porter aux nues une pratique, une institution, un bien. La formuler, c'est nécessairement critiquer, et donc porter une image négative sur la personne morale visée par les propos. Et plus précisément encore, cette appréciation négative provient d'une personne particulièrement bien informée, révélant une information qu'on a mis beaucoup d'effort à taire.

Pourtant, il faut bien se garder d'assimiler les deux. D'abord, parce que si les deux se chevauchent dans le contexte de l'alerte, toute divulgation d'information économique ne se fait pas systématiquement de façon à porter atteinte à la réputation. On peut penser par exemple aux

²⁰⁰⁶ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, préc., note 1552, n°468, p. 289.

infractions boursières, telles que le délit d'initié²⁰⁰⁷, qui interdisent à une personne disposant d'une information privilégiée de s'en servir ou de la diffuser pour faciliter les opérations sur les marchés de valeurs mobilières. Ici, l'information privilégiée est par nature secrète²⁰⁰⁸ et le fait de la transmettre à autrui ou tout simplement de s'en servir pour réaliser une opération boursière est une atteinte à sa confidentialité et/ou à sa destination. Mais en aucun cas, cela n'est lié à une potentielle nocivité pour la réputation de la personne morale légitimement gardienne de cette information privilégiée.

À l'inverse, l'expression d'une critique peut être attentatoire à la réputation d'une personne morale, sans pour autant qu'elle n'affecte la confidentialité des informations la concernant. Par exemple, lorsqu'une personne étrangère à la personne morale visée prétend que celle-ci a bénéficié des agissements illégaux de ses dirigeants²⁰⁰⁹, ou bien en présentant les produits d'une entreprise comme de mauvaise qualité, d'une façon qui la déconsidère aux yeux du public²⁰¹⁰. Il n'y a pas dans ces cas nécessairement révélation d'une information économique.

Il est donc important de maintenir une réelle distinction entre confidentialité et réputation, les propos à l'origine de chacune de ces atteintes n'ayant pas nécessairement le même objectif ni les mêmes conséquences. Pour ce qui concerne l'alerte, celle-ci aura certes pour effet de porter atteinte aux deux à la fois, mais cela signifie que la personne morale dont l'information a été dévoilée pourra se plaindre de deux atteintes distinctes : l'une à la confidentialité de l'information ; l'autre à sa réputation.

592. Difficultés liées à la prise en compte de l'atteinte à la réputation. Si la question de la réputation intéresse autant, cela prouve qu'il ne s'agit en rien d'un aspect anecdotique et qu'elle a bien toute sa place dans l'analyse de la mise en balances des intérêts. Son intégration est primordiale, même si elle n'est pas sans soulever certaines difficultés, notamment à cause des risques de confusion qu'elle peut créer dans le cadre d'une alerte. Mais ce double fondement entraîne des répercussions aussi sur les mécanismes employés pour protéger chacun de ces intérêts. En effet, les droits français, canadien et québécois proposent tous des dispositifs

²⁰⁰⁷ Art. L465-1 C.M.F. ; Art. 382.1 C. crim. ; *Loi sur les valeurs mobilières*, préc., note 28, art. 187 et 188.

²⁰⁰⁸ *Loi sur les valeurs mobilières*, *id.*, art. 5 : « toute information encore inconnue du public et susceptible d'affecter la décision d'un investisseur raisonnable » ; G. CORNU, préc., note 31, p. 811, ° *Privilégié, iée* : « se dit aussi (...) de l'information confidentielle importante qu'il est seulement donné à certaines personnes de connaître en raison de leurs fonctions ou de leurs activités (...) et que le droit boursier leur interdit d'exploiter avant qu'elle ne soit connue du public. »

²⁰⁰⁹ Crim. 19 décembre 2000, n°00-81.680, Dr. pén. mai 2001, comm. 56, p. 14, obs. Véron.

²⁰¹⁰ *Produits et excursions de pêche Bruno Morency inc. c. Côté*, 2018 QCCQ 10700, par. 28 à 32.

distincts pour assurer la défense de la réputation, qui ne sont pas eux-mêmes sans soulever quelques questions.

1.2 L'intégration de la réputation comme facteur de limitation de la liberté d'expression

593. Recours à la diffamation. À présent que l'on en sait un peu plus sur les fondements juridiques de la réputation, il reste à savoir de quelle façon celle-ci est prise en compte dans le conflit qui oppose le secret de l'information économique et la prise de parole du lanceur d'alerte. Essentiellement, c'est à travers la notion de diffamation que le droit français et le droit canadien interviennent pour garantir cette considération²⁰¹¹. Notion unique, elle revêt pourtant de multiples visages.

594. Définitions. La diffamation reçoit, en droit québécois, deux définitions différentes, correspondant aux deux matières garantissant la protection de la réputation²⁰¹². En effet, la réputation étant un élément de la personnalité²⁰¹³, il semble logique de faire appel à la matière qui a justement vocation de protéger la personne. De surcroît, le *Code criminel*²⁰¹⁴ envisage aussi de protéger la réputation sur la base de la diffamation, ce qui propose plusieurs solutions face à une atteinte à cet intérêt. Quelle que soit la matière par laquelle on aborde le problème, le principe est le même : la diffamation vise à alléguer ou imputer, à l'oral ou à l'écrit, des propos qui portent atteinte à l'honneur ou à la réputation d'autrui²⁰¹⁵. La Cour d'appel du Québec a bien synthétisé le phénomène de la diffamation, en expliquant elle était problématique :

« La diffamation consiste dans la communication de propos ou d'écrits qui font perdre l'estime ou la considération de quelqu'un ou qui, encore, suscitent à son égard des sentiments défavorables ou désagréables (...). Elle implique une atteinte injuste à la réputation d'une personne, par le mal que l'on dit d'elle ou la haine, le mépris ou le ridicule auxquels on l'expose. »²⁰¹⁶

Le droit français ne partage pas tout à fait la même approche duale de la diffamation, sans pour autant remettre en cause la définition²⁰¹⁷ de la diffamation elle-même. Notons

²⁰¹¹ R. c. Lucas, préc., note 1977, par. 43 et 44.

²⁰¹² H. REID et S. REID, préc., note 349, °Diffamation.

²⁰¹³ Art. 3 C.c.Q. ; Peter A. DOWNARD, « Defamation », dans *Halsbury's Laws of Canada*, 2018, LexisNexis Canada, n°HDE-1 ; B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°237, p. 192 ; J.-C. SAINT-PAU, *Droits de la personnalité*, préc., note 1968, n°1646, p. 945 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 18.

²⁰¹⁴ Art. 298(1) C. crim. pour la définition du crime ; art. 301 C. crim. pour l'incrimination.

²⁰¹⁵ P. A. DOWNARD, préc., note 2013, n°HDE-1 ; H. REID et S. REID, préc., note 349.

²⁰¹⁶ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999.

²⁰¹⁷ G. CORNU, préc., note 31, p. 347, °Diffamation : « allégation ou imputation d'un fait portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ».

néanmoins que la définition proposée par les dictionnaires juridiques français s'oriente davantage vers une qualification pénale. La diffamation est traditionnellement associée en France à un délit de presse²⁰¹⁸. Cette place particulière impose de s'interroger sur la nature de la protection de la réputation, car nos deux pays de comparaison retiennent ici des solutions différentes à ce sujet.

595. Diffamation et responsabilité civile. Tout d'abord, droit français et droit québécois se rejoignent totalement pour envisager la condamnation des atteintes portées à la réputation d'autrui par un propos diffamatoire, sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle. En effet, la généralité – mais non moins célébrité – de la formule employée à l'article 1240 C.civ.²⁰¹⁹ autorise à concevoir que l'atteinte à la réputation d'autrui est constitutive d'une faute génératrice de responsabilité civile. Il en est de même avec l'article 1457 al. 2 C.c.Q.²⁰²⁰ Les principes de la responsabilité civile française et québécoise sont les mêmes, marquant là les liens étroits et la continuité historique entre les deux droits, d'une rive de l'océan Atlantique à l'autre. Dans les deux cas, l'engagement de la responsabilité civile repose sur trois éléments clés : un fait fautif, un préjudice et un lien de causalité entre les deux²⁰²¹. La révélation d'une information économique par un lanceur d'alerte pourrait constituer une telle faute, si elle a entraîné un préjudice pour la personne morale titulaire des droits sur celle-là. En ce sens, une alerte correspond conformément à une hypothèse de responsabilité civile. La jurisprudence n'y voyait d'ailleurs pas à redire en France²⁰²² et au Québec, on fait toujours application de l'article 1457 C.c.Q.²⁰²³

596. Dichotomie française. D'un autre côté, le droit français fait une distinction très claire entre la protection pénale et la protection civile de la réputation. En effet, la loi du 29

²⁰¹⁸ *Id.* Art. 29 de la Loi sur la liberté de la presse.

²⁰¹⁹ Art. 1240 C.civ. : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

²⁰²⁰ Art. 1457 C.c.Q. : « toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel. »

²⁰²¹ *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 32 ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936, par. 56 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 22 ; J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, par. 1-297 ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°61, p. 84 ; Geneviève VINEY, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », dans *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc. Les droits et le droit*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1165 à la page 1167.

²⁰²² Civ. 2^e, 22 juin 1994, *Bull. civ.* II, n°165 ; Civ. 2^e, 5 mai 1993, *Bull. civ.* II, n°167.

²⁰²³ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 32 ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936, par. 56 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 22.

juillet 1881 sur la liberté de la presse propose à l'article 29 une protection de l'honneur ou de la considération à travers une infraction pénale de diffamation²⁰²⁴, sanctionnée d'amende et d'emprisonnement en cas d'aggravation, aux articles 32 et 33 de cette même loi.

597. Difficultés nées de la coexistence des régimes de responsabilité. Une difficulté naît en France de la coexistence des responsabilités civile et pénale. En effet, on trouve d'un côté le recours à un texte général, quoique parfaitement efficace pour accompagner les atteintes à la réputation ; de l'autre, une loi a été spécialement conçue pour envisager et encadrer de telles atteintes et avec la même efficacité. La loi de 1881 sur la liberté de la presse adresse spécifiquement la question de la réputation, tandis que les articles civils relatifs à la responsabilité n'ont pas été édictés dans le souci de garantir cet intérêt. Au contraire, les principes de la responsabilité civile ont été conçus pour réguler et encadrer les comportements humains offrant « un schéma sec, dépouillé, visiblement conçu pour d'autres hypothèses, pour des blessures, des homicides, des dégâts matériels »²⁰²⁵. À l'inverse la prise de parole publique implique des enjeux bien plus délicats, notamment au regard de la liberté d'expression et il ne semble pas adapté de les traiter de la même façon que n'importe quelle autre action fautive. Un recours trop libre à la responsabilité civile exposerait au risque de créer des conflits permanents liés à l'expression, alors que cette liberté a au contraire besoin de limites très strictement définies pour garantir son rôle démocratique²⁰²⁶. L'affaire est plus sensible et impose de mettre en œuvre un régime de responsabilité tenant compte de cette place particulière occupée par la liberté d'expression. Un recours trop libre à la responsabilité civile aurait pour effet de créer des limitations excessives et imprévisibles à la liberté d'expression, à l'opposé d'un objectif de circulation des idées et des opinions.

En outre, la loi de 1881 est postérieure à la rédaction du Code civil et des articles originels relatifs à la responsabilité civile. Cela peut aussi indiquer une volonté du législateur de traiter séparément les atteintes à la réputation, de construire un régime spécial les plaçant hors de portée du *Code civil*. D'ailleurs, historiquement, l'injure faisait l'objet de délits

²⁰²⁴ Art. 29 Loi sur la liberté de la presse : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. La publication directe ou par voie de reproduction de cette allégation ou de cette imputation est punissable, même si elle est faite sous forme dubitative ou si elle vise une personne ou un corps non expressément nommés, mais dont l'identification est rendue possible par les termes des discours, cris, menaces, écrits ou imprimés, placards ou affiches incriminés. »

²⁰²⁵ Jean CARBONNIER, « Le silence et la gloire », D. 1951.chr. 28.119, 120 ; Bertrand DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 275 à la page 276.

²⁰²⁶ François ROUSSEAU, « La protection civile de l'honneur », dans Jean-Christophe SAINT-PAU (DIR.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013, p. 993, n°1741, p. 995.

spéciaux, traités selon des solutions propres à ces questions²⁰²⁷. Il s'établit ici une relation de spécial à général entre les deux fondements, renforcée encore par le caractère pénal des mesures, le raccourcissement des délais de prescription en matière de délit de presse²⁰²⁸, ainsi qu'un système de responsabilité tout à fait inédit²⁰²⁹, qui éloignent d'autant plus la loi de 1881 du régime général de la responsabilité civile. Or, l'adage *specialia generalibus derogant*, d'application universelle en droit, conduit logiquement à se tourner vers la loi la plus spéciale²⁰³⁰, c'est-à-dire la Loi du 29 juillet 1881, plutôt que vers un texte qui n'a pas vocation première à régir la presse et la liberté d'expression. Comme le résume le doyen Carbonnier,

« Ce serait une question que de savoir si les lois sur la liberté de la presse (...) n'avaient pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils – et enlevant, du même coup, à l'art. (sic) 1382²⁰³¹ une portion de sa compétence diffuse. »²⁰³²

Ainsi, il semblait logique que les personnes se plaignant d'une atteinte à leur réputation se tournent vers la loi spécialement conçue pour réprimer ce type de dommage, plutôt que vers le régime général de responsabilité, d'autant plus que la Loi de 1881 sur la liberté de la presse est intrinsèquement de nature pénale²⁰³³. Fermer l'accès à la responsabilité civile répond donc également aux craintes de contournement de la loi pénale plus spéciale, à la faveur d'un régime civil plus souple, particulièrement au regard de la prescription²⁰³⁴ et de la procédure²⁰³⁵.

²⁰²⁷ J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », préc., note 2025, 119.

²⁰²⁸ Ce délai est raccourci à 3 mois pour les infractions de presse : art. 65 Loi sur la liberté de la presse.

²⁰²⁹ On l'appelle la responsabilité en cascade, prévu à l'art. 42 de la Loi sur la liberté de la presse : la responsabilité pénale pour les propos diffamatoires revient en premier lieu au directeur de publication ou à l'éditeur. A défaut de la possibilité d'engager l'un ou l'autre de ses acteurs, elle sera reportée sur l'auteur même du propos. Ainsi de suite, s'il n'est pas envisageable de faire peser la responsabilité sur un acteur donné, on reporte celle-ci sur le suivant, selon une liste établie à l'article précité. À ce sujet : S. DETRAZ, préc., note 1971, n°326.

²⁰³⁰ Guillaume LECUYER, « La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression », D. 2006.768, 769 ; G. VINEY, préc., note 2021 à la page 1168.

²⁰³¹ Ancienne numérotation de l'art. 1240 C.civ., avant la réforme dont il a fait l'objet en 2016 (*Ord. n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, J.O. 11 février 2016, texte n°26).

²⁰³² J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », préc., note 2025, 119-120.

²⁰³³ La dissociation des prescriptions civile et pénale par une réforme de 1980 (*Loi n°80-1042 du 23 décembre 1980 portant réforme de la procédure pénale relative à la prescription et au jury d'assises*, J.O. 24 décembre 1980, p. 3029, art. 1^{er}) ainsi que des fautes civile et pénale (*Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels*, J.O. 11 juillet 2000, texte n°7, art. 1 et 2) ont probablement un peu plus incité à considérer la spécificité du régime de responsabilité pénale et l'intérêt de celle-ci, légitimant d'autant moins le contournement de celle-ci, à la faveur de la responsabilité civile : Emmanuel DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias: presse, télévision, internet*, 3. éd, coll. Droit & professionnels Responsabilités et assurances, Paris, LexisNexis, 2012, n°13, p. 9; F. ROUSSEAU, « La protection civile de l'honneur », préc., note 2026, n°1739, p. 994.

²⁰³⁴ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°124, p. 150 et 151.

²⁰³⁵ F. ROUSSEAU, « La protection civile de l'honneur », préc., note 2026, n°1739, p. 994.

598. Marginalisation²⁰³⁶ de la responsabilité civile en France. Cette approche théorique a été consacrée par la jurisprudence. Revenant sur sa position initiale favorable à l'application des textes relatifs à la responsabilité civile à la diffamation, la Cour de cassation a opéré un saisissant revirement de jurisprudence dans une série d'arrêts d'assemblée plénière rendus en 2000 : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. »²⁰³⁷ Dès lors, chaque fois que les faits reprochés correspondent à un comportement prohibé par la loi du 29 juillet 1881 le justiciable n'a plus le choix, il doit impérativement passer par cette loi spéciale et la procédure qui y est adossée pour obtenir gain de cause²⁰³⁸. Depuis cette date, le régime général de responsabilité civile n'a plus sa place dans la réparation des préjudices causés à la réputation que dans les cas où les faits ne peuvent être qualifiés d'une des infractions pénales contenues dans la Loi sur la liberté de la presse²⁰³⁹. Dans les deux cas, l'action publique est compromise, redonnant toute sa légitimité à l'action civile autonome devant le juge naturellement compétent pour connaître de celle-ci.

599. Disparition discontinue de la responsabilité civile en matière de presse. L'arrêt d'Assemblée plénière de 2000 a été confirmé à maintes reprises par les différentes formations de la Cour de cassation²⁰⁴⁰, incitant à penser qu'il n'est désormais plus question de revenir sur une telle solution. Un arrêt a pour un temps semblé exclure totalement la possibilité de recourir à la responsabilité civile du cadre des atteintes à la réputation. En effet, la première chambre civile avait considéré que « les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de »²⁰⁴¹ l'article 1382, aujourd'hui 1240 C.civ., c'est-à-dire la

²⁰³⁶ B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », préc., note 2025 à la page 284.

²⁰³⁷ Ass. plén. 12 juillet 2000, *Bull. A.P.*, n°8.

²⁰³⁸ E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, préc., note 2033, n°13, p. 10 et 11 ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°124, p. 151 ; F. ROUSSEAU, « La protection civile de l'honneur », préc., note 2026, n°1740, p. 994.

²⁰³⁹ DETRAZ, préc., note 1971, n°3339 ; G. LECUYER, *id.*, n°124, p. 151 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1740, p. 995 ; G. VINEY, préc., note 2021 à la page 1173.

²⁰⁴⁰ Civ. 2^e, 8 mars 2001, *Bull. civ. II*, n°47 ; Civ. 2^e, 29 mars 2001, *Bull. civ. II*, n° 67 ; Civ. 2^e, 29 novembre 2001, *Bull. civ. II*, n°176 ; Civ. 2^e, 14 mars 2002, *Bull. civ. II*, n°45 ; Civ. 2^e, 23 janvier 2003, *Bull. civ. II*, n°16 ; Civ. 2^e, 9 octobre 2003, *Bull. civ. II*, n°293 ; Civ. 2^e, 13 novembre 2003, *Bull. civ. II*, n°334 ; Civ. 2^e, 11 décembre 2003, *Bull. civ. II*, n°383 ; Civ. 2^e, 5 février 2004, *Bull. civ. II*, n°48 ; Civ. 1^{er}, 6 octobre 2011, *Bull. civ. I*, n°159 ; Civ. 1^{er}, 29 octobre 2014, *Bull. civ. I*, n°179 ; Civ. 3^e, 3 novembre 2016, n°15-17.150, *Juris-Data* n°2016-022763 ; Crim. 7 février 2017, n°15-86.970, *Juris-Data* n°2017-001828 ; Ch. mixte, 30 novembre 2018, n°17-16.047, *Juris-Data* n°2018-021551 ; Com. 10 février 2021, n°18-24.302.

Pour une critique d'une position trop tranchée en défaveur de la responsabilité civile toutefois : E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, préc., note 2033, n°13 et 15, p. 11 à 13. L'auteur reproche entre autres, à la position de la Cour de cassation une position peu rationnelle, qui laisse certains dommages en dehors du champ du droit de la responsabilité, ce qui desservirait les victimes de certains abus de la liberté d'expression. Dans le même sens : G. VINEY, préc., note 2021 aux pages 1180 et 1181.

²⁰⁴¹ Civ. 1^{re}, 27 septembre 2005, *Bull. civ. I*, n°348.

responsabilité civile. Le caractère affirmatif et tranché de la formulation, la forme de chapeau de principe ainsi que l'absence de toute référence à la Loi sur la liberté de la presse ont incité plusieurs auteurs à considérer que cet arrêt écartait totalement toute possibilité de recourir à la responsabilité civile quand des propos seraient la source d'un préjudice²⁰⁴². Sur un motif un peu différent, mais tout aussi significatif, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu décider que « la liberté d'expression est un droit dont l'exercice revêt un caractère abusif dans les cas spécialement déterminés par la loi »²⁰⁴³, ce qui revient à exclure la règle générale de la responsabilité du fait personnel. On repousserait ainsi toute possibilité de contenir la liberté d'expression par le prisme de cette disposition générale. Position très critiquée²⁰⁴⁴, la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation a connu un bref retour en grâce²⁰⁴⁵, avant que ne fleurissent de nouveau des décisions paradoxales²⁰⁴⁶. Si l'ambiguïté quant à l'articulation exacte entre droit pénal de la presse et liberté d'expression ne semble toujours pas complètement levée, il semble en revanche définitivement acquis que la responsabilité civile française a définitivement un rôle résiduel à jouer dans le droit de la liberté d'expression. Il est à tout le moins certain que les faits susceptibles d'être qualifiés pénalement dans le cadre de la Loi sur la liberté de la presse n'ouvrent pas droit à recourir à la responsabilité civile, que ce soit effectivement pour contourner le régime strict de la loi de presse, ou non. Rien n'est sûr en revanche quant à la question de savoir si cette limitation va plus loin, tant la jurisprudence manque de lisibilité.

600. Recours « résiduel »²⁰⁴⁷ à la responsabilité civile. Pour l'heure, ce choix ferme favorisant l'application de la loi du 29 juillet 1881 ne semble pas anéantir la possibilité de recourir aux règles générales de la responsabilité civile. Celle-ci est toujours théoriquement

²⁰⁴² B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », préc., note 2025 à la page 290 ; E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, préc., note 2033, n°14, p. 12 ; Théo HASSLER, « Article 1382 du code civil et abus de la liberté d'expression : circulez il n'y a plus rien à voir ! », D. 2006.485, 486 ; Patrice JOURDAIN, « L'éviction totale de l'article 1382 en cas d'abus de la liberté d'expression envers les personnes », RTD Civ. 2006.126, 127 ; G. LECUYER, « La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression », préc., note 2030, 768.

²⁰⁴³ Civ. 1^{re}, 11 mars 2014, n°13-11.706, *Bull. civ. I*, n°34.

²⁰⁴⁴ B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », préc., note 2025 aux pages 290-291 ; E. DREYER, préc., note 2034, n°14 et 15, p. 12 à 15 ; T. HASSLER, préc., note 2043 ; P. JOURDAIN, préc., note 2043, 128 ; G. LECUYER, « La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression », préc., note 2030.

²⁰⁴⁵ Par ex. Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, *Bull. civ. I*, n°103 ; Civ. 1^{re}, 25 novembre 2010, n°10-10.732 ; E. DREYER, préc., note 2033, n°16, p. 14 et 15.

²⁰⁴⁶ Civ. 1^{re}, 10 avril 2013, *Bull. civ. I*, n°67, Emmanuel DREYER, « Droit de la presse », D. 2014.508, 509 ; Civ. 1^{re}, 2 juillet 2014, *Bull. civ. I*, n°120 ; Patrice JOURDAIN, « Abus de liberté d'expression : la double motivation de la Cour de cassation », RTD Civ. 2015.142, 143.

²⁰⁴⁷ E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, préc., note 2033, n°17, p. 15 ; F. ROUSSEAU, « La protection civile de l'honneur », préc., note 2026, n°1744, p. 997.

applicable. Grâce aux principes d'articulation des règles de droit, on sait que le général peut être actionné à défaut de pouvoir recourir au plus spécial²⁰⁴⁸. Appliqué à la question des abus de liberté d'expression, cela signifie que la responsabilité civile et ses articles généraux ne pourront être à nouveau actionnés qu'à défaut de pouvoir recourir à la norme pénale : soit aucune infraction de presse n'est applicable aux faits²⁰⁴⁹ – ce qui peut arriver d'autant plus que la loi pénale est d'interprétation stricte²⁰⁵⁰ – soit les éléments constitutifs d'une infraction donnée ne peuvent être réunis sur la tête d'un agent²⁰⁵¹. Ces cas ont vocation à demeurer extrêmement rares, voire à disparaître. C'est en tout cas le vœu de certains auteurs²⁰⁵², faisant valoir notamment qu'il peut être d'autant plus critiquable d'avoir recours à la responsabilité civile pour apporter des limites à la liberté d'expression, là où le législateur n'a pas jugé utile de réguler ce type de discours²⁰⁵³. C'est aller au-delà de la volonté législative, ce qui risque de perturber l'équilibre que ce dernier a recherché entre la liberté d'expression et ses limites²⁰⁵⁴.

601. Influence du délai de prescription sur la liberté d'expression. Bien sûr, on pourrait arguer que la fermeture de la voie civile pour la réparation du préjudice né de la diffamation n'est finalement pas cohérente, dans la mesure où la victime peut toujours obtenir une telle réparation devant le juge pénal²⁰⁵⁵. Qu'elle s'adresse au juge pénal ou au juge civil, cela ne change finalement pas grand-chose, dans la mesure où dans les deux, le but est d'obtenir réparation d'un préjudice. Toutefois, le délai de prescription diffère sensiblement entre la loi sur la presse et la responsabilité civile : 3 mois dans le cadre de la Loi sur la liberté de la presse²⁰⁵⁶, 5 ans pour la prescription civile de droit commun²⁰⁵⁷. Or, ce second délai est considérablement plus long, ce qui signifie que des perturbations dans la liberté d'expression peuvent perdurer plusieurs années après que le propos litigieux a été prononcé, à une date où l'atteinte à la réputation n'est plus forcément significative. En outre, la Cour de cassation a récemment affirmé que le fait de retarder la sortie d'un film pour protéger une personne d'une

²⁰⁴⁸ Même s'il n'existe pas réelle certitude quant à savoir si c'est réellement de cette façon que s'articule responsabilité pénale et responsabilité civile en matière de presse : E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, préc., note 2033, n°17, p. 16.

²⁰⁴⁹ DETRAZ, préc., note 1971, n°339 ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°70, p.94..

²⁰⁵⁰ Art. 111-4 C. pen.

²⁰⁵¹ DETRAZ, préc., note 1971, n°340 ; F. ROUSSEAU, « La protection civile de l'honneur », préc., note 2026, n°1744, p. 997.

²⁰⁵² B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », préc., note 2025.

²⁰⁵³ *Id.* à la page 290.

²⁰⁵⁴ *Id.* à la page 291.

²⁰⁵⁵ Art. 2 C. pr. pénal.

²⁰⁵⁶ Art. 65 de la Loi sur la liberté de la presse.

²⁰⁵⁷ Art. 2224 C. civ.

atteinte à la présomption d'innocence, alors que celle-ci n'est pas même avérée, constituerait « une atteinte grave et disproportionnée à la liberté d'expression »²⁰⁵⁸. Le litige portait sur la diffusion d'un film traitant de la pédophilie dans l'Église catholique française. Im représentait un personnage réel, mis en examen pour des violences sexuelles sur mineurs et en attente de son éventuel jugement au moment de la sortie de ce dernier. L'affaire est intéressante, dans la mesure où les intérêts en jeu sont assez proches de ce qui oppose honneur et liberté d'expression : la présomption d'innocence contribue aussi à conserver la réputation d'une personne, en faisant une atteinte analogue, mais distincte de celle étudiée. Il s'agissait en l'espèce d'une œuvre de l'esprit, la liberté d'expression était donc également en jeu. Cette espèce était alors proche des questions de diffamation, des intérêts antagonistes très semblables étant en jeu. Or, la Cour de cassation a soutenu la Cour d'appel lorsque celle-ci a considéré que suspendre la diffusion publique de cette œuvre jusqu'à ce que le procès d'un des personnages réels de celle-ci ait lieu et qu'un verdict soit rendu, constituerait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression. En effet, le procès ne pouvait survenir que plusieurs années après, le mis en examen n'ayant pas encore été renvoyé devant les juridictions de jugement. Le temps devient alors un critère important dans la mesure des atteintes à la liberté d'expression. On peut penser qu'il en est de même avec la diffamation. Le très court délai de prescription dans la loi sur la liberté de la presse tend à confirmer que la dimension temporelle joue un rôle majeur dans l'évaluation de l'équilibre entre protection de la réputation et liberté d'expression. Contrecarrer cet effort par la possibilité de se prévaloir du délai de 5 offert en matière civile pourrait contribuer à créer un déséquilibre défavorable à la liberté d'expression.

La seule façon de s'en assurer serait de s'en remettre à l'analyse du juge pour tempérer le recours à la responsabilité civile, afin que celle-ci n'en advienne pas à vider cette liberté de sa substance. Ceci ne relève définitivement pas d'un choix législatif, mais d'une résolution d'un conflit opéré par le juge²⁰⁵⁹.

602. Articulation des responsabilités au Canada ? Cette solution française paraît mettre à distance le droit français et le droit québécois. En effet, il semble que les juridictions canadiennes et québécoises ne voient pas d'objection à appliquer en parallèle la responsabilité civile issue du *Code civil du Québec* et le crime du libelle diffamatoire figurant dans la *Code criminel*²⁰⁶⁰. La solution choisie par les juges canadiens et québécois paraît d'autant plus simple

²⁰⁵⁸ Civ. 1er, 6 janvier 2021, n°19-21.718.

²⁰⁵⁹ *Infra*, titre 2.

²⁰⁶⁰ *Supra*, n°581.

qu'elle s'en remet à leur analyse, en recourant à une mise en balance des intérêts en présence, sur laquelle nous reviendrons en détail ultérieurement. Il est inévitable alors de ne pas se demander pourquoi les juges français tergiversent autant, alors qu'une solution plus simple s'offre à eux : évaluer exactement l'opportunité juridique de l'expression litigieuse au regard de l'intérêt lésé, comme le font leurs homologues québécois... C'est peut-être là la solution de difficultés inextricables qui auraient dû être réglées une bonne fois pour toutes depuis longtemps.

Toutefois, le *Code criminel* n'est certainement pas de la même étoffe que celui instauré en France dans la loi de 1881. Il n'existe pas de régime spécial relatif aux infractions de presse au Canada, celles relatives à la liberté d'expression recevant le même traitement que n'importe quel autre crime. En outre, le droit criminel canadien relève de la *common law*, la responsabilité civile québécoise est d'inspiration de droit écrit français : les deux obéissent à des logiques différentes, qui n'ont pas vocation à se rencontrer ou à coexister dans un même procès. Le droit criminel s'occupe de l'action publique et la victime n'a pas véritablement sa place dans le processus pénal canadien. Tout au plus peut-elle obtenir une ordonnance de dédommagement contre l'auteur d'un crime, de la part du tribunal ayant statué sur les faits²⁰⁶¹. Mais cela ne préjuge en rien de la responsabilité civile de l'auteur reconnu et jugé coupable au criminel. Il pourrait être envisageable que, après avoir été reconnue coupable de libelle diffamatoire²⁰⁶², la même personne soit reconnue auteur d'une faute engageant sa responsabilité civile, lorsque les faits ont été commis au Québec. Les deux ordres juridiques cohabitent, mais ne s'entrechoquent pas. Rares sont les cas où les juges ont envisagé les deux fondements pour réprimer des propos déconsidérant la personne²⁰⁶³. Dans *Lucas*²⁰⁶⁴, la Cour suprême tend à confirmer que la raison d'être de cette distinction tient aux objectifs divergents du droit civil et du droit criminel²⁰⁶⁵ : tandis que le premier est entièrement tourné vers l'indemnisation des victimes, l'apport du droit criminel réside dans le fait de « reconnaître l'aversion de la société pour les actes criminels »²⁰⁶⁶, plus précisément l'intolérance pour les expressions offensantes et particulièrement odieuses pour autrui. Le droit civil se focalise sur la victime, alors que le droit

²⁰⁶¹ *Charte canadienne du droit des victimes*, L.C. 2015, c. 13, art. 2, al. 16.

²⁰⁶² Art. 298(1), 300 et 301 C. crim.

²⁰⁶³ *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 69-76 ; *Leblanc c. Turpin*, [2001] R.R.A. 831 (C.S.).

²⁰⁶⁴ *R. c. Lucas*, préc., note 1977.

²⁰⁶⁵ *Id.*, par. 70.

²⁰⁶⁶ *Id.* Dans le même sens en France : Emmanuel DREYER, *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 80, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, n°7, à jour 12 janvier 2021 : « l'idée de sanctionner pénalement la publication de propos diffamatoires s'avère pleinement justifiée compte tenu du trouble à l'ordre public qui peut résulter d'une telle publication ».

criminel s'intéresse essentiellement aux actes de l'auteur, la victime et ses intérêts passant au second plan²⁰⁶⁷. En outre, il semble que les conditions nécessaires à réunir pour commettre un libelle diffamatoire soient bien plus strictes que celle de la responsabilité civile. Il y a des différences au regard de l'élément matériel²⁰⁶⁸ et de l'intention²⁰⁶⁹, notamment parce que la responsabilité civile laisse place à une forme de négligence²⁰⁷⁰. Ainsi, tout comme en France, lorsque les éléments constitutifs du crime de libelle diffamatoire ne sont pas réunis, la responsabilité civile peut servir de palliatif à l'absence de poursuites criminelles. Mais, et ce contrairement au choix retenu par la jurisprudence française, la possibilité de qualifier le crime de libelle ne disqualifie pas pour autant la possibilité pour la victime d'engager la responsabilité pénale du diffamateur pour obtenir réparation du préjudice subi. La doctrine a tenté dans ce pays aussi de distinguer les deux matières selon un critère objectif, tenant à la forme de l'expression litigieuse : le libelle diffamatoire criminel devant être produit à l'écrit, tandis que celui civil relevait essentiellement de l'oral²⁰⁷¹. Cette approche est néanmoins et à juste titre réfutée²⁰⁷², tant elle paraît réduire inutilement le domaine de chaque responsabilité. En réalité, il n'y a pas de difficulté à cumuler les deux formes de responsabilité. Cela pourrait même se justifier dans la mesure où, contrairement à la France, on retient une approche bien plus restrictive de la diffamation en droit criminel qu'on ne le fait en droit français. Il y a ici une sorte d'inversion des tendances entre les deux pays qui pourrait expliquer qu'ils n'aient pas recours avec la même intensité à la responsabilité civile comme adjuvant à la responsabilité pénale ou criminelle. Tout dépend du domaine de cette dernière et plus elle est étendue, moins le secours du droit civil paraît nécessaire. Au contraire, moins le domaine est étendu, plus la responsabilité civile semble primordiale, puisqu'elle est alors le seul outil à la disposition des victimes pour défendre leur réputation.

603. Outil répressif de protection de la réputation. En fin de compte, quoique pour des raisons fort différentes, le traitement réservé aux responsabilités civiles française et québécoise n'est pas si différent qu'il y paraissait au premier abord. Les deux ont vocation à combler les éventuelles insuffisances de la matière pénale, relative à la protection de l'honneur ou de la considération. Cette dernière demeure la voie à privilégier, un réflexe d'autant plus

²⁰⁶⁷ *Id.*, par. 70 et 72.

²⁰⁶⁸ *Infra*, n°609 et suiv.

²⁰⁶⁹ *Infra*, n°633 et suiv.

²⁰⁷⁰ *Martel c. Gauthier*, [1980] C.P. 231 (C.P.) ; J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, par. 1-297.

²⁰⁷¹ *Leblanc c. Turpin*, préc., note 2063.

²⁰⁷² J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, par. 1-295.

évident pour un droit exprimant les valeurs fondamentales de la société et marquant la particulière réprobation de la société à l'encontre de certains comportements. Les conditions des responsabilités pénales française et canadienne sont bien plus strictes, instaurant des seuils de consommation des infractions plus élevés²⁰⁷³. Cela permet de ménager un espace de prise de parole, tout en établissant rigoureusement les limites à cette dernière. La précision et l'interprétation stricte qui doit être faite de textes pénaux et criminels sont alors l'occasion pour le législateur d'exprimer pleinement la valeur qu'il considère être la plus importante, entre liberté d'expression et réputation individuelle.

604. Difficultés d'articulation avec l'alerte. La responsabilité civile n'est pas évacuée pour autant, même si son rôle fait naître quelques hésitations en droit français. Elles sont de nature à créer à leur tour de l'inquiétude quant au sort réserver au lanceur d'alerte. En effet, si l'on conçoit que la responsabilité civile conserve un rôle dans la régulation de la liberté d'expression, comme peut d'ailleurs le faire le droit plus général à la vie privée ou à la confidentialité, alors il semble que l'espace de la parole du lanceur d'alerte pourrait être réduit par ce fondement. Non seulement il s'expose aux poursuites de nature pénale, mais encore, lorsque ce dispositif n'est pas applicable, il lui faudrait prendre garde à ne pas mobiliser la responsabilité civile et son régime bien plus souple. Est-ce que cela signifie alors que la moindre prise de parole du lanceur d'alerte, par nature clivante, aussi maladroite soit-elle, engagerait systématiquement sa responsabilité civile ? Est-ce que cela n'aurait pas pour effet de décourager ou anéantir toute velléité de dénonciation ? Le phénomène de l'alerte serait tué dans l'œuf. Aussi, il nous faut étudier plus spécifiquement le régime de chaque type de responsabilité pour vérifier si la protection de la confidentialité, conjuguée à la réputation ont un effet aussi couvrant qu'il laisserait en vérité peut de place à la prise de parole.

2 La mise en œuvre de la protection de la réputation

605. Divergences des cultures juridiques. La protection de la réputation peut, comme précédemment s'agissant de la propriété ou de la confidentialité, intervenir sur deux fronts différents, même si chacun a une place un peu différente en France et au Canada. Le premier pays a choisi de privilégier le caractère spécial de la Loi sur la liberté de la presse pour justifier une limitation du recours à la responsabilité civile. La matière pénale a ici une place prépondérante. À l'inverse, si le droit canadien n'a pas renoncé à une protection de la réputation par le droit criminel, cette dernière est bien plus restreinte qu'en France. Une bonne partie du

²⁰⁷³ J. CARBONNIER, préc., note 2025, 120.

contentieux a été absorbée par le droit civil, particulièrement par la responsabilité civile au Québec. Cela ne signifie pas pour autant que le droit civil français n'a pas de rôle à jouer dans les questions relatives à la réputation ni que le droit criminel canadien a un rôle anecdotique. Le rôle de chacune de ces matières est légèrement différent, lorsqu'on les met en comparaison entre les deux pays.

Ces divergences entre la France et le Canada rendent la comparaison d'autant plus pertinente. En effet, si un pays a choisi un dispositif pénal fort, ce n'est pas le cas de l'autre et il est intéressant de voir justement comment le droit a réagi à cet état de fait. Nous nous arrêterons alors d'abord sur la protection pénale de la réputation (2.1), pour constater ensuite quelle place est accordée à la protection civile de celle-ci (2.2).

2.1 La protection pénale de la réputation

606. Présentation du cadre. Le droit pénal en France et le droit criminel au Canada proposent tous deux une protection de la réputation, à travers la diffamation. Ces textes permettent d'engager la responsabilité pénale de celui ou celle qui exprime des propos susceptibles de porter atteinte à la réputation d'une personne. Du fait de la nature de cette responsabilité et de la rédaction des textes pénaux, le législateur semble afficher ici clairement sa volonté de limiter la liberté d'expression dans ce contexte précis. Il peut se permettre de le faire, d'autant plus que l'infraction de libelle diffamatoire a été reconnue comme une restriction valable à la liberté d'expression protégée par la Charte canadienne, au sens de l'article 1^{er} de celle-ci²⁰⁷⁴, quand elle est commise de façon intentionnelle. La Cour de cassation a également validé le dispositif pénal relatif à la diffamation au regard de la Constitution, à l'occasion d'une QPC qui a avorté devant la plus haute cour de l'ordre judiciaire. La chambre criminelle a déclaré que les dispositions de la Loi sur la liberté de la presse définissaient « en des termes suffisamment clairs et précis, les éléments matériels des délits de diffamation publique et de complicité de ces infractions pour permettre que leur interprétation, qui relève de l'office du juge, se fasse sans risque d'arbitraire ».²⁰⁷⁵ Le choix apparaît donc radical : la liberté d'expression doit céder le pas à la protection de l'honneur et de la considération, toutes les fois où les écrits ou propos tenus sont susceptibles de nuire, de donner une image négative de la personne visée par les propos et que le prévenu a l'intention requise pour le faire.

²⁰⁷⁴ *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 109.

²⁰⁷⁵ Crim. 7 mai 2019, n°19-81627 et n°19-81.629.

607. Prévalence de la protection de la réputation. Sachant que la réputation est un aspect de la vie privée, elle-même protégeant l'information économique, le fait pour un lanceur d'alerte de révéler cette dernière constitue non seulement une atteinte à la confidentialité à laquelle peut normalement s'attendre son gardien, mais en plus, ce qu'elle révèle peut porter une atteinte grave et irrémédiable à la réputation. Comme le soulèvent les juges de la Cour suprême, « une réputation ternie par le libelle peut rarement regagner son lustre passé. »²⁰⁷⁶ On comprend alors très bien en quoi cette limitation de la liberté d'expression est particulièrement problématique pour les lanceurs d'alerte : dans la mesure où ils ont vocation à rendre publiques des informations confidentielles mettant au jour des pratiques discutables, car illégales ou simplement immorales, il est clair que ces révélations ont une incidence notoire sur la réputation de la personne directement concernée par ces dernières. Aussi, le danger est d'autant plus grand que la nature même de l'alerte et les conditions de sa crédibilité ne font que la rapprocher de la définition même de la diffamation. Le recours à une norme pénale aura potentiellement un effet très dissuasif pour le lanceur d'alerte. Elle aurait même tendance à annihiler l'exercice même de l'alerte, à moins qu'il ne puisse se tirer de cette situation en justifiant son comportement. L'al. 298 C. crim. relatif au libelle diffamatoire ouvre cette possibilité en précisant qu'il doit être commis « sans justification ni excuse légitime » et nous reviendrons ultérieurement sur ces possibilités d'échapper à la répression, parce qu'elles auront pour effet de renverser la solution à la résolution du conflit de loi²⁰⁷⁷. Pour l'heure, c'est bien la confidentialité de l'information qui l'emporte, dans la mesure où celle-ci entraînerait des conséquences nocives sur la réputation d'une personne morale.

608. Qualification de la diffamation. Le lanceur d'alerte est pris dans une nasse dont il semble bien difficile pour lui de se défaire : sa prise de parole lui apparaît à titre personnel comme nécessaire, mais afin d'atteindre le seuil de crédibilité nécessaire pour que ses propos aient un certain écho, ils parviendront corrélativement au seuil de consommation critique de la diffamation. Cela se traduit tout autant quant à l'élément matériel – ou *actus reus* – des infractions de diffamation (2.1.1), qu'au regard de l'élément moral – *mens rea* au Canada – de ces qualifications (2.1.2).

2.1.1 L'élément matériel de la diffamation appliqué au lanceur d'alerte

609. Une publication nuisible à autrui. En France et au Canada, l'infraction de diffamation exige un acte constitutif : une publication d'un propos d'une « allégation »,

²⁰⁷⁶ *Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, préc., note 1977, par. 108.

²⁰⁷⁷ *Infra*, n°.676 et suiv.

« imputation » ou d'une « matière ». La définition de ces termes permet inévitablement d'y inclure l'alerte, qui en constitue bien une manifestation, même si le crime du *Code criminel* a une approche bien plus stricte de la publication diffamatoire (2.1.1.1). Cet acte de publication doit également avoir pour effet de provoquer un résultat préjudiciable. Ici aussi, le seuil de consommation varie entre les deux pays. Notre lanceur d'alerte n'a alors pas tout à fait les mêmes chances de s'en sortir, même si elles restent globalement ténues (2.1.1.2)

2.1.1.1 Le comportement répréhensible : la publication de propos nuisibles

610. Publication d'une allégation, imputation, matière. En ce qui concerne l'acte de diffamation, le comportement même de l'auteur, les textes français et canadien se rejoignent pour exiger deux éléments cumulatifs : l'auteur doit s'assurer que son expression est bien publiée (2.1.1.1.1) et qu'elle a une forme précise (2.1.1.1.2).

2.1.1.1.1 L'exigence d'une publication

611. Publication d'une expression. L'élément matériel, ou *actus reus*, des infractions française et canadienne de diffamation exigent respectivement l'« allégation ou imputation d'un fait »²⁰⁷⁸ et une « matière publiée »²⁰⁷⁹. Malgré les termes larges employés²⁰⁸⁰, quelques précisions ont pu être apportées et paraissent même nécessaires. À ce stade déjà, les divergences se font sentir entre les conceptions française et canadienne de ce que peut être une publication.

612. Canada : restriction aux publications pérennes. D'abord, les deux infractions ont pour point commun de nécessiter une publicité de l'assertion diffamatoire. Cela ressort explicitement du texte canadien, par référence au terme « publiée », suffisamment explicite pour faire ressortir cet acte de mise à disposition du public de l'information. Toutefois, les termes ne recouvrent pas nécessairement le même sens dans les deux pays. D'abord, il faut rappeler que ce crime de libelle diffamatoire tire ses racines directement de la *common law* anglaise²⁰⁸¹ qui connaissait des restrictions à la liberté d'expression depuis plusieurs siècles²⁰⁸². Les solutions déjà imposées en Angleterre ont été transposées au Canada, au moment de l'adoption du *Code criminel* de 1892 et fort peu modifiée depuis²⁰⁸³. L'empreinte de cette

²⁰⁷⁸ Art. 29 de la Loi sur la liberté de la presse.

²⁰⁷⁹ Art. 298(1) C. crim.

²⁰⁸⁰ P. CONTE, préc., note 1164, n°404, p. 298.

²⁰⁸¹ *R. v. Stevens*, [1995] M.J. No. 87, par. 43 ; Danièle HOUDE, « La liberté de la presse en droit anglais, américain et canadien », (1972) 13-2 *C. de D.* 121, 180 et 181 ; COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), *Le libelle diffamatoire*, coll. Document de travail, n°35, Ottawa, Canada, The Commission, 1984, p. 3.

²⁰⁸² D. HOUDE, préc., note 2082, 125 ; COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2082, p. 3.

²⁰⁸³ Dylan J. WILLIAMS, « If you do not have anything nice to say: Charter issues with the offence of defamatory libel (section 301) », (2020) 43-4 *Man. L.J.* 181, 184.

tradition juridique est encore forte sur les crimes intégrés à ce code et le libelle diffamatoire ne fait pas exception. Or, en droit anglais, il existe une distinction selon le vecteur par lequel le propos diffamatoire est exprimé. La locution « defamatory libel » renvoie à la diffamation réalisée à l'écrit, ou plutôt qui laisse une trace durable dans le temps²⁰⁸⁴, tandis que le terme « slander » est associé à la diffamation orale²⁰⁸⁵, plus fugace. Pour des raisons historiques, il semble que la publication dans le crime canadien ait une acception réduite puisqu'elle ne semble inclure que les propos publiés à partir d'un écrit.

Ensuite, ce premier indice est encore renforcé par la lecture de l'al 299 C. crim. définissant ce qu'il faut entendre par publication dans le contexte du libelle diffamatoire :

« Une personne publie un libelle lorsque selon le cas :

- a) Elle l'exhibe en public ;
- b) Elle le fait lire ou voir ;
- c) Elle le montre ou le délivre, ou le fait montrer ou délivrer, dans l'intention qu'il soit lu ou vu par toute autre personne que celle qu'il diffame. »

La définition proposée ici de la publication dans le contexte du libelle diffamatoire est en réalité très restrictive. D'une part, la prise de contact avec le contenu diffamatoire doit avoir lieu par le fait de « lire » ou de « voir », comme cela est précisé par les al. 299b) et c). Il ne fait pas de doute ici que le sens sollicité pour prendre connaissance du contenu est limité à la vue. Il n'est aucunement fait mention de la possibilité d'entendre un libelle diffamatoire, ce qui semble définitivement condamner la possibilité de réaliser cette infraction à l'oral. D'autre part, l'al. 299 parle alternativement d'« exhiber », de « montrer » ou de « délivrer » le libelle, trois termes qui évoquent tous la perception par l'œil²⁰⁸⁶. On doit en déduire alors qu'un libelle diffamatoire ne peut être réalisé que par une expression écrite, plus difficilement par une personne s'exprimant à la radio, à la télévision ou sur tout autre support audiovisuel. C'est un large pan du domaine de la communication qui échappe à la répression criminelle canadienne.

613. France : conception large de la publication. Quant à l'infraction française, l'exigence de publicité ne ressort pas directement du texte de l'article 29 de la Loi sur la liberté de la presse. Il ne s'agit que d'un texte de définition²⁰⁸⁷, l'incrimination pénale étant prévue

²⁰⁸⁴ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2081, p. 14.

²⁰⁸⁵ D. HOUE, préc., note 2081, 128 et 129.

²⁰⁸⁶ *Le Grand Robert de la langue française*,

° *Exhiber* : « montrer, faire voir (à quelqu'un, au public) » ;

° *Montrer* : « faire voir, mettre devant les yeux » ;

° *Délivrer* : au sens littéraire, « mettre au jour, faire apparaître ».

(consulté le 3 mars 2021).

²⁰⁸⁷ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°3.

dans les textes suivants²⁰⁸⁸. Ces derniers précisent bien que la répression pénale n'intervient que lorsque la diffamation a été commise « par l'un des moyens énoncés à l'article 23 »²⁰⁸⁹. Cet article énonce une liste de vecteurs par lesquels rendre accessible le contenu exprimé :

« Cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique »²⁰⁹⁰.

Ici, pas de restriction quant au mode de communication, la publication est tout autant admise qu'elle soit réalisée à l'écrit, à l'oral, des dessins, des images... L'article 23 de la Loi sur la liberté de la presse ouvre plus largement les modalités de la publication, puisqu'un plus grand nombre de supports de transmission de la pensée sont inclus dans le domaine de cette loi. Déjà en 1881, le législateur français avait une conception beaucoup plus large de ce qui pouvait constituer une publication litigieuse. Certes, la comparaison des textes français et canadien permet tout de même de trouver quelques points de convergence sur la notion qui nous occupe. Les textes français et canadien s'entendent évidemment pour prendre en considération les publications écrites²⁰⁹¹, textuelles ou figurées²⁰⁹². C'est même le seul vecteur de diffusion des idées qui est commun aux deux textes. Les enregistrements de la parole ou des actes, sur un support matériel ou audiovisuel, sont eux admis uniquement dans le contexte français. Dans ce cas, c'est l'audience à laquelle s'adresse l'écrit ou la parole enregistrés qui déterminera s'ils ont un caractère public²⁰⁹³, la présence ou l'absence de communauté d'intérêt entre les personnes à qui s'adresse le message²⁰⁹⁴.

614. Raisons historiques. Il est probable que la limitation de la publication d'un libelle à sa forme écrite s'explique par des raisons historiques. L'infraction semble s'être développée en Angleterre dès le 13^{ème} siècle²⁰⁹⁵, à une époque où les propos prononcés à l'oral n'avaient qu'une portée limitée, au regard des moyens de communication disponibles. Il en allait autrement de l'écrit qui pouvait se diffuser plus facilement dans la population. D'autant plus

²⁰⁸⁸ Art. 30, 31, 32 et 34 de la Loi sur la liberté de la presse.

²⁰⁸⁹ *Id.*, art. 30 et 32 particulièrement. E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, préc., note 2033, n°394, p. 200.

²⁰⁹⁰ Art. 23 de la Loi sur la liberté de la presse.

²⁰⁹¹ L'art. 299 b) C. crim. inclut explicitement le fait de « faire lire ou voir » la déclaration diffamatoire.

²⁰⁹² Ce qu'autorise la lecture de l'art. 298(2)b) C.crim. : le libelle diffamatoire peut être exprimé « au moyen d'un objet signifiant un libelle diffamatoire autrement que par les mots ».

²⁰⁹³ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°409, p. 301.

²⁰⁹⁴ *Id.*, n°409, p. 301 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1670, p. 957.

²⁰⁹⁵ D. HOUDE, préc., note 2082, 125 ; COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2082, p. 3.

que le libelle inclut les images et caricatures²⁰⁹⁶, ce qui n'exigeait pas nécessairement que les destinataires du propos sachent lire. Les messages manuscrits ou imprimés avaient donc une plus grande capacité de nuisance que l'oral, ce qui peut expliquer la différence de traitement réservé traditionnellement en droit anglais entre la parole et l'écrit²⁰⁹⁷. Cela ne tient pas compte de l'évolution des technologies et de l'avènement de la radio, la télévision ou d'Internet.

615. Publications dématérialisées. Le législateur français a pris le soin de mettre à jour l'article 23 de la Loi du 29 juillet 1881 afin d'y inclure justement les communications réalisées par voie électronique. Désormais, les textes relatifs à la presse peuvent s'appliquer sans aucune difficulté aux publications réalisées de façon dématérialisée²⁰⁹⁸. En revanche, la question reste entière en ce qui concerne le texte canadien. On pourrait admettre que « montrer », « exhiber », « délivrer », cela est aussi envisageable s'agissant d'écrits publiés sur Internet. Toutefois, la publication semble dépendre véritablement de la mise en confrontation directe d'autrui avec le contenu publié, même si celui-ci ne reste qu'implicite dans la rédaction du texte, faute d'une formulation explicite en ce sens. Contrairement au texte français, le législateur n'est pas intervenu pour élargir la compréhension de la publication. Il n'y a donc pas de raison objective de considérer qu'une telle extension a été ordonnée, ou même qu'elle est possible au regard de l'interprétation du texte lui-même. Ajoutons à cela que le principe d'interprétation stricte applicable à la matière pénale interdit d'entreprendre l'élargissement du domaine des infractions au-delà de l'intention manifestée par le législateur. Face à une ambiguïté dans la lecture d'un texte, il faudra préférer la solution la plus favorable à la personne accusée²⁰⁹⁹. En l'absence d'une volonté claire d'inclure les écrits dématérialisés parmi les publications susceptibles de constituer un libelle diffamatoire, il faut en conclure raisonnablement et avec prudence que pour l'heure, les communications de ce genre sont exclues du domaine de ce crime. Il ne fait en tout cas pas de doute que la compréhension du texte canadien est quelque peu obsolète, de même que dans la distinction opérée entre propos diffamatoires de façon pérenne et ceux qui ne le seraient pas, surtout lorsque l'on pense à l'émergence des nouveaux modes d'écoute et de communication²¹⁰⁰. Un propos considéré comme éphémère car prononcé

²⁰⁹⁶ D. HOUDE, préc., note 2081, 131.

²⁰⁹⁷ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2081, p. 14.

²⁰⁹⁸ Ce qui permet d'inclure les supports radio, audiovisuels et bien entendu Internet comme contexte de publication d'un message. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°410, p. 302 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1668, p. 956.

²⁰⁹⁹ Jean TURGEON, préc., note 853, n°51.

²¹⁰⁰ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2081, p. 40.

à l'oral et de façon spontanée pourrait acquérir une certaine permanence en raison de l'utilisation de ces nouveaux modes de communication.

Remarquons enfin que la définition de la *Loi sur la presse*²¹⁰¹ au Québec apporte quelques éléments d'interprétation supplémentaires, qui abondent dans le sens d'une approche restrictive de la notion de publication dans le contexte de cette province, et du droit fédéral en général. Le premier article de cette loi définit une forme de publication très spécifique puisqu'il s'agit du journal. Or, selon le texte²¹⁰², ce type de publication n'est envisagé d'une part que sous forme écrite, ce qui semble confirmer l'idée d'exclure les propos prononcés à l'oral de la même manière que le fait le droit criminel. D'autre part, ledit journal doit être publié « à des fins de vente ou de distribution gratuite (...), paraissant soit à jour fixe, soit par livraisons »²¹⁰³. Les termes employés ici paraissent faire davantage référence à une publication matérialisée sur papier, selon une approche très classique, et peut-être un peu dépassée, du journal. Il est difficile d'envisager de distribuer ou de livrer un journal quand il est publié via Internet. Cette loi abonde donc plutôt dans le sens d'une exclusion des publications dématérialisées, en droit québécois comme en droit criminel.

Cette restriction importante quant à la nature de la publication explique aussi probablement pourquoi le droit canadien a plus fortement recours à la responsabilité civile qu'on ne le fait en France. Si certains propos attentatoires à la réputation ne sont pas pris en charge par le texte criminel, d'une façon aussi globale qu'ils le sont dans la Loi sur la liberté de la presse, il semble logique d'ouvrir aux victimes par d'autres voies la possibilité d'obtenir réparation du dommage qu'elles estiment avoir subi. Ce n'est pas parce que le propos est prononcé à l'oral qu'il est moins attentatoire à la réputation de la personne visée par ceux-ci. Dans tous les cas, que ce soit en France ou au Canada, la publicité à un rôle qualifiant de l'infraction²¹⁰⁴, élément primordial pour s'assurer de la consommation de celle-ci²¹⁰⁵.

616. Application à l'alerte. Sans aucun doute, l'alerte remplit sans difficulté ce premier critère de publicité. Le but même de l'alerte étant de faire connaître le plus largement possible des faits, celle-ci ne peut entraîner les répercussions souhaitées que si elle est le plus largement

²¹⁰¹ *Loi sur la presse*, RLRQ, c. P-19.

²¹⁰² *Id.*, art. 1.

²¹⁰³ *Id.*

²¹⁰⁴ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1667, p. 956.

²¹⁰⁵ Du moins pour prétendre à la qualification délictuelle en France. En l'absence de publicité dans ce pays, on retombe que la qualification contraventionnelle de diffamation non publique : art R. 621-1 C. pen., avec une possibilité d'aggravation en contravention de cinquième classe si les propos ont un caractère discriminatoire (art. R. 625-8 C. pen.). P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°407, p. 299.

diffusée. Bien sûr, un lanceur d'alerte ne recherche pas systématiquement l'audience la plus large pour faire ses révélations. Dans un premier temps, il peut même choisir de se confier à un collègue, un ami, un supérieur. Dans ce cas, l'expression ne peut être considérée comme publique, car on note clairement une volonté de garder l'information dans un cercle restreint, ce qui ne compromet en rien sa confidentialité²¹⁰⁶. Cela n'empêchera pas non plus l'identification d'autres comportements engageant sa responsabilité civile ou pénale, n'ayant pas recours à une condition de publicité pour être qualifiés²¹⁰⁷. Le préjudice sera plus simplement moins important que dans le cadre d'une divulgation publique de l'information. Dans un second temps, le lanceur d'alerte peut décider de porter sa parole dans un cercle moins restreint, ce qui est le plus souvent le cas lorsqu'il n'a pas été entendu en interne, par sa hiérarchie. Ce passage de la confiance à une divulgation publique l'information marque le pas en termes de gravité.

617. Liens entre diffamation et liberté d'expression. À ce stade, il ressort de cette première approche de la diffamation qu'elle entretient de manière évidente des liens très étroits avec la liberté d'expression, dont elle embrasse toutes les caractéristiques. Cette exigence de publicité fait directement écho à la nécessité d'un destinataire au message exprimé²¹⁰⁸. L'expression diffamatoire est celle qui a trouvé son audience, même si le moyen par lequel cela se produit diffère entre la France et le Canada. Dans le premier pays, la symétrie est parfaite entre la conception que la Loi sur la liberté de la presse retient de la publication et celle associée à la définition de la liberté d'expression²¹⁰⁹. La publication d'un propos diffamatoire s'effectue sur n'importe quel support, du moment qu'un public a accès à son contenu. La rédaction des textes français autorise une telle interprétation généreuse, donnant un caractère universel à cette infraction qui n'est pas incompatible avec le principe de légalité criminelle²¹¹⁰. En effet, le législateur n'est pas tenu de prévoir en détail toutes les éventualités, tant qu'une interprétation judiciaire des textes est possible²¹¹¹ et donne les indications nécessaires aux individus pour savoir quel comportement adopter²¹¹². Au contraire, il n'y a pas de décalque entre la liberté d'expression et la façon dont une expression litigieuse peut constituer un libelle diffamatoire au Canada. Le législateur de ce pays a choisi de cantonner l'incrimination aux cas jugés les plus

²¹⁰⁶ *Supra*, n°140 et 163.

²¹⁰⁷ C'est le cas de la violation du secret professionnel en France (art. 226-13 C. pen., *supra*, n°426), ou encore la révélation d'un secret industriel (art. 391(1) C. crim.).

²¹⁰⁸ *Supra*, n°522.

²¹⁰⁹ *Supra*, n°521.

²¹¹⁰ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1671, p. 958.

²¹¹¹ *R. c. Zundel*, préc., note 25, 804.

²¹¹² J. TURGEON, préc., note 853, n°50.

attentatoires à l'ordre public, ceux les plus susceptibles de troubler la paix sociale²¹¹³. Si cette volonté de limiter la répression aux cas jugés les plus graves, il semble peu importer au législateur que le risque de trouble causé par une publication diffamatoire ne provienne plus uniquement d'un journal ou d'un pamphlet, mais des médias de masse...

618. Versant sombre de la liberté d'expression. L'on avait remarqué précédemment que l'extériorisation d'un message n'avait d'intérêt que s'il avait un sens, une intention de transmettre une signification compréhensible²¹¹⁴. En effet, l'acte de publication en lui-même est somme toute assez anodin. C'est plutôt le message extériorisé qui pose difficulté, la signification exprimée, rendant la combinaison des deux particulièrement redoutable pour la réputation de la personne visée par les propos. Le second aspect de la liberté d'expression trouve donc aussi un écho dans les infractions françaises et canadiennes de diffamation : ce n'est pas n'importe quelle publication qui est problématique, mais une matière, une allégation une imputation. Aussi, le simple fait de publier ne saurait suffire en soi, s'il ne s'accompagne pas d'une expression faisant sens, en l'occurrence s'attaquant à autrui. La diffamation constitue alors le versant sombre de l'expression, un abus de ce droit.

2.1.1.1.2 La formulation de l'expression diffamatoire

619. Interprétation du texte canadien. Selon les textes considérés, les propos diffamatoires consistent en une allégation, une imputation²¹¹⁵ ou une matière²¹¹⁶. Ce dernier terme, employé dans le *Code criminel* n'est pas vraiment de nature à nous éclairer plus avant sur ce que peut constituer une expression diffamatoire, tant il paraît flou. La jurisprudence n'est pas nécessairement d'une grande aide. La version anglaise du texte emploie ici le terme « matter », particulièrement polysémique²¹¹⁷. Mais parmi ces significations, il y a la possibilité de l'entendre comme un contenu, le fond d'un sujet. Cette acception semble d'ailleurs davantage correspondre aux questions de diffamation et de liberté d'expression.

620. Caractère direct ou indirect des propos. L'alinéa 298(2) C. crim. permet d'appuyer cette approche. En effet, ce dernier précise qu'un libelle diffamatoire peut être exprimé « directement ou par insinuation ou ironie »²¹¹⁸, par l'usage de termes explicites et

²¹¹³ D. HOUDE, préc., note 2081, 129.

²¹¹⁴ *Supra*, n°524.

²¹¹⁵ Art. 29 de la Loi sur la liberté de la presse.

²¹¹⁶ Art. 298(1) C. crim.

²¹¹⁷ *Le Grand Robert & Collins*, en ligne : <<https://grc-lerobert-com.docelec.u-bordeaux.fr/>>, °*Matter* (consulté le 5 mars 2021). Selon ce dictionnaire, le terme peut recouvrir plusieurs sens : dans un sens physique et matériel, il s'agit d'une matière, une substance ; dans un sens plus abstrait, c'est le contenu, le fond d'un sujet. Le terme est aussi traduit en français comme faisant référence à une affaire, une question, comme faisant état d'une difficulté.

²¹¹⁸ Art. 298(2) C. crim.

écrits²¹¹⁹ ou bien à l'aide d'un objet signifiant, n'ayant pas recours à l'usage du langage²¹²⁰. On sait toutefois que le langage oral spontané ou les sons sont exclus de la matière diffamatoire.

La France n'a pas une approche différente. L'article 29 de la Loi sur la liberté de la presse ne dit pas autre chose lorsqu'il envisage que l'allégation ou l'imputation est punissable « même si elle est faite sous forme dubitative »²¹²¹, par insinuation²¹²², comparaison²¹²³ ou de façon explicite. Peu importe donc que le propos soit direct ou indirect. Il semble plus important que ce dernier vise de façon clairement identifiable une personne, physique ou morale ou un groupe de personnes²¹²⁴. Cette exigence paraît d'autant plus logique au regard de la nature du préjudice constituant le résultat de l'infraction : une atteinte à l'honneur ou à la réputation ne peut est établi à l'égard d'une personne, ce qui suppose qu'on puisse effectivement constater l'existence d'une victime.

621. Précision à travers le résultat préjudiciable. Ainsi, la diffamation concerne avant tout des propos publiés qui peuvent directement révéler leur sens ou bien être plus insidieux. Il est difficile d'apporter d'autres précisions sur le texte canadien, faute d'autres éléments d'interprétation, textuels ou jurisprudentiels. En réalité, ce n'est peut-être pas dans la caractérisation plus précise du propos que se joue la consommation de l'infraction. Au contraire, il semble que le législateur ait plutôt délibérément choisi de ne pas préciser davantage en quoi consiste l'expression diffamatoire, pour ne pas créer d'exclusion. L'environnement autour du terme permet de circonscrire l'infraction et de lui donner la précision nécessaire à sa constitutionnalité. La définition de la publication a déjà permis de limiter son champ d'application. Il est probable que le résultat préjudiciable aura le même effet de limitation de la portée de l'infraction²¹²⁵. D'ailleurs, la jurisprudence s'est principalement concentrée sur ce dernier aspect concernant l'*actus reus*. Cela semble confirmer qu'il s'agit là de l'élément déterminant de la réalisation de l'infraction, permettant de circonscrire suffisamment les messages litigieux incriminés. Cette technique d'incrimination n'est pas originale et on la

²¹¹⁹ Art. 298(2)a) C. crim.

²¹²⁰ Art. 298(2)b) C. crim.

²¹²¹ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°722, p. 443 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1657, p. 951.

²¹²² B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°722, p. 444 ; P. CONTE, *Doit pénal spécial*, préc., note 1164, n°406, p. 299. ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°13 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1657, p. 951.

²¹²³ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.*

²¹²⁴ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°739 et suiv., p. 454 à 456 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°413, p. 304 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.*, n°46 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1661, p. 953.

²¹²⁵ *Infra*, n°621 et suiv.

retrouve dans de nombreuses infractions canadiennes²¹²⁶ et même françaises²¹²⁷. Cela revient à se concentrer sur le préjudice causé à la victime, plutôt que sur la prise parole elle-même. Une telle approche peut paraître d'autant plus légitime que l'existence du crime de libelle diffamatoire ne signifie pas que toute critique est impossible. La satire, l'humour tout comme la critique sérieuse doivent pouvoir continuer à être des formes d'expression valides. En orientant le déclenchement de la répression autour de la consommation du résultat, on établit clairement la limite entre droit de critique légitime et atteinte intolérable à la réputation d'autrui.

622. Imputation ou allégation : faible portée de la distinction. Le texte français est un peu plus de précis. L'expression diffamatoire est qualifiée d'allégation ou imputation. La doctrine semble s'entendre pour dire que la distinction entre les deux a une faible portée²¹²⁸, si ce n'est qu'elle permet de prendre en compte à la fois l'expression du témoin de premier degré²¹²⁹, ou la simple propagation d'une rumeur²¹³⁰, sans y apporter la nuance nécessaire à une éventuelle remise en question²¹³¹. Pour notre lanceur d'alerte, la distinction n'aura pas plus de répercussions. La rédaction des textes est de toute façon assez large pour prendre en compte son expression, quelles que soient les modalités qu'il choisit pour le faire. Par souci d'exactitude, on notera simplement que ce dernier cherche en général à être entendu, à être pris au sérieux. Il a besoin d'être crédible, ce qui sera moins le cas si ces propos prennent un ton ironique ou dubitatif. De même, ce souci de crédibilité le poussera peut-être à fonder ses propos sur des faits qu'il a lui-même constatés.

623. Précision suffisante des faits. Ce qui est plus intéressant, c'est que cette allégation ou imputation requiert une certaine précision²¹³². C'est aussi ce qui permet de la distinguer de

²¹²⁶ Par exemple, al. 180(1) C. crim. (infraction de nuisance publique) ; al. 222 et 229 C. crim. (homicide et homicide coupable constituent un meurtre) ; al. 430(1) C. crim. (méfait).

²¹²⁷ Art. 221-1 C. pen. (meurtre) ; art. 222-7 et suiv. C. pen. (violences) ; art. 223-6al. 2 C. pen. (omission de porter secours) ; art. 311-1 C. pen. (vol).

²¹²⁸ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°721, p. 443. S. DETRAZ, préc., note 1971, n°26 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066., n°11 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1654, p. 950.

²¹²⁹ Le terme « imputation » exprimerait plutôt l'hypothèse où l'auteur affirme un fait qu'il a lui-même constaté B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°721, p. 443 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°405, p. 299 ; S. DETRAZ, *id.* ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.* ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1654, p. 950.

²¹³⁰ Le terme d'« allégation » renverrait à une affirmation relayée par l'auteur, la répétition d'évènement qu'il n'aurait pas lui-même constaté. Cela correspond plutôt à la propagation de rumeurs. S. DETRAZ, préc., note 1971, n°24 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°405, p. 299 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1654, p. 950.

²¹³¹ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°721, p. 443 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°405, p. 299 ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°24 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°10 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1654, p. 950.

²¹³² B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°723, p. 445 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°412, p. 303 ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°49 ; E. DREYER, *Presse et communication –*

l'injure²¹³³. Dans le cas de la diffamation, les faits imputés doivent pouvoir faire l'objet « d'une articulation précise de faits de nature à être sans difficulté l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire »²¹³⁴. Il doit donc être possible de circonscrire factuellement les propos²¹³⁵, ce qui incite à penser que l'on peut en vérifier la vérité ou non. Bien évidemment, le contenu même du propos ne connaît pas de limitation propre. On peut imputer, un acte, une parole, une attitude²¹³⁶, une pratique... Les textes sont suffisamment larges pour concevoir que l'ensemble des comportements humains puissent être le sujet d'un propos diffamatoire, tant que ce dernier atteint le degré de précision suffisant.

624. Conséquences pour le lanceur d'alerte. Cette exigence est l'élément qui met le lanceur d'alerte le plus dans l'embarras. Toujours dans ce souci de crédibilité, ce dernier paraît justement avoir besoin de précision, de donner des détails, éventuellement à l'aide de preuves²¹³⁷, pour rendre ses imputations plus vraisemblables. Or, c'est cette même précision qui participera aussi à la consommation de la diffamation en France. On se trouve donc dans une situation paradoxale : le lanceur d'alerte, dans son souci de dénoncer des faits qu'ils réprouvent concernant des intérêts qui le dépassent, se rendra par la même occasion coupable d'une infraction qui le bâillonne. D'un côté, la précision est le gage de ce que les propos sont véridiques, surtout s'ils sont appuyés sur des preuves attestant de leur réalité. Ce facteur sera d'une grande utilité au moment où le lanceur d'alerte voudra défendre sa prise de parole²¹³⁸. D'un autre côté, cette même précision est souvent la preuve que le lanceur d'alerte ne parle pas en émettant une simple opinion. Ces propos peuvent alors pleinement être qualifiés de diffamatoires. Le paradoxe est complet, d'autant plus qu'on avait déjà noté que l'alerte était au cœur de la liberté d'expression, comme un catalyseur de tous les fondements de cette dernière²¹³⁹. Elle est l'archétype de ce qui fait de cette liberté un droit fondamental si singulier. En même temps, elle a tous les traits d'un propos diffamatoire. La question ne peut se résoudre que si l'on envisage de prendre en considération les motivations plus profondes du lanceur

Diffamations et injures publiques, préc., note 2066, n°16 ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°68, p. 91 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1659, p. 952.

²¹³³ Art. 29 al. 2 de la Loi sur la liberté de la presse ; B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°723, p. 445 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°412, p. 303 ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°45 ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, *id.*, n°69, p. 92 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1659, p. 952.

²¹³⁴ Crim. 16 mars 2004, *Bull. crim.*, n°67 ; Crim. 28 mars 2006, *Bull. crim.*, n°90 ; Civ. 1^{er}, 11 mars 2014, préc., note 2043 ; Crim. 6 janvier 2015, *Bull. crim.*, n°10.

²¹³⁵ S. DETRAZ, préc., note 1971, n°45 et 50.

²¹³⁶ S. DETRAZ, *id.*, n°41.

²¹³⁷ S. DETRAZ, *id.*, n°53.

²¹³⁸ *Infra*, n°1000 et suiv.

²¹³⁹ *Supra*, n°505.

d'alerte pour éclairer et justifier son comportement²¹⁴⁰. La compréhension de l'alerte ne peut se faire qu'à cette condition.

625. L'aggravante indifférence à la vérité en France. Le texte français relatif à la diffamation ne fait aucune référence à une quelconque exigence de fausseté des propos diffamatoires. Cette considération est indifférente²¹⁴¹. Une personne pourrait théoriquement imputer des faits parfaitement vrais et se rendre tout de même coupable de l'infraction. Il existe bien un fait justificatif d'exception de vérité en France²¹⁴², mais ses conditions sont tellement strictes²¹⁴³, notamment quant à la qualité des preuves rapportées²¹⁴⁴, que le lanceur d'alerte a peu de chance de se faire entendre sur ce fondement. Cela signifie généralement que le diffamateur devrait se doter en amont des documents nécessaires pour démontrer qu'il ne ment pas. C'est un lourd fardeau qui pèse sur les épaules du lanceur d'alerte, pouvant même le contraindre à commettre d'autres infractions pour accéder aux preuves dont il a besoin²¹⁴⁵. Il n'est pas rare que des vols de documents, le détournement de pièces ou des violations du secret soient commis pour lui permettre de se documenter correctement sur les faits qu'il veut dénoncer. Cela peut paraître une fois de plus assez paradoxal, dans la mesure où ces forfaits sont commis en gardant en tête que le lanceur d'alerte agit en conscience, dans l'espoir de prévenir des répercussions plus graves ou pour dénoncer des pratiques douteuses. Le prix à payer pour mettre ses actions en conformité avec ses convictions personnelles paraît lourd, puisqu'en l'état actuel du droit, il devra souvent se rendre coupable d'une infraction pour échapper à une autre. Les conséquences paraissent d'autant plus graves qu'il ne faut pas oublier que les lanceurs d'alerte ne sont ni des enquêteurs ni des professionnels de l'information²¹⁴⁶. Ils ne sont pas formés à la collecte de preuves, peuvent commettre des erreurs, sélectionner les mauvais documents... Leur maladresse à ce sujet renforce la possibilité d'une reconnaissance de culpabilité pour un vol du document ou la violation du secret et consécutivement pour

²¹⁴⁰ *Infra*, n°995 et suiv.

²¹⁴¹ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°723, p. 445 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°414, p. 306 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°17 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1665, p. 955.

Au contraire, nous verrons qu'au Canada, le libelle diffamatoire est conditionné à la fausseté du propos : *infra*, n°637.

²¹⁴² Art. 35 de la Loi sur la liberté de la presse.

²¹⁴³ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°419, p.315 ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°243 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°59 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1714, p. 979.

²¹⁴⁴ S. DETRAZ, préc., note 1971, n°258 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°419, p. 315 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1713, p. 978.

²¹⁴⁵ Notamment les infractions déjà constatées en matière de propriété et de vie privée.

²¹⁴⁶ *Supra*, n°19.

diffamation, tout en alimentant un sentiment de défiance encore plus grand contre la prise de parole qui s'ensuit. Cela nuit indéniablement à sa crédibilité et *in fine*, probablement à la réputation du lanceur d'alerte lui-même. Le cercle est bien de l'ordre du vicieux. Le lanceur d'alerte ne semble pas avoir d'autre choix que de commettre une infraction, soit pour parler, soit pour faire la preuve que ce qu'il dit est vrai. Il devrait au moins pouvoir arguer de ses bonnes intentions pour tempérer la répression pour diffamation²¹⁴⁷. En effet, si ces nobles intentions n'excusent peut-être pas la maladresse avec laquelle il collecte les informations dont il a besoin pour prouver ses assertions²¹⁴⁸, elles devraient au moins entrer en ligne de compte pour évaluer l'opportunité d'une poursuite en diffamation.

626. Renforcement de la protection de l'information économique. Il est flagrant, à l'issue de ces réflexions, que la préservation de la réputation est un complément très efficace à la protection de l'information économique : si le lanceur d'alerte veut dénoncer, il se rend coupable de diffamation et s'il veut démontrer la vérité de ses propos, alors les dispositifs directement relatifs à l'information économique et l'accès à celle-ci entrent en jeu, pour former une sorte de périmètre de sécurité autour des preuves nécessaires à la justification de ses actions. Cette combinaison est particulièrement redoutable et dissuasive, comme une double muraille entourant l'information économique. On comprend mieux pourquoi certains philosophes parlent alors du « courage » de dire la vérité²¹⁴⁹, tant les obstacles semblent se dresser devant celui qui dénonce.

627. Caractère déterminant de l'atteinte à la réputation. Un autre élément est nécessaire pour faire basculer le message de légitime à illégal : c'est bien parce que l'expression porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui qu'elle semble devoir être modérée. Ainsi, la diffamation ne prend toute sa teneur qu'à partir du moment où, non seulement les propos permettent d'identifier clairement la personne visée par ces derniers, mais encore et surtout, s'ils ont eu cet effet.

2.1.1.2 Le résultat préjudiciable : une expression attentatoire à l'honneur ou la réputation

628. Similarité de valeur protégée. La diffamation ne peut exister qu'à la condition de constater que les propos du lanceur d'alerte consomment le résultat incriminé par les infractions

²¹⁴⁷ *Infra*, n°980 et suiv.

²¹⁴⁸ D'autres faits justificatifs sont envisageables à ce sujet : *infra*, n° 655 et suiv.

²¹⁴⁹ Michel FOUCAULT, Frédéric GROS, François EWALD et Alessandro FONTANA, *Le gouvernement de soi et des autres*, coll. Hautes études, Paris, Seuil ; Gallimard, 2008.

françaises et canadiennes, à savoir l'atteinte à l'honneur, à la considération ou à la réputation. Certes, le texte français dispose que la diffamation nécessite une atteinte à l'honneur ou à la considération. Nous l'avons vu, la distinction entre les termes a peu d'incidence²¹⁵⁰ – même la jurisprudence ne les distingue pas²¹⁵¹ – puisque les deux renvoient à une atteinte à la moralité de la personne, à l'image que l'on a d'elle. Tout au plus, peut-on préciser que ce cumul permet de prendre en compte à la fois l'atteinte à l'estime que la personne a d'elle-même²¹⁵² et à l'estime qu'autrui lui porte²¹⁵³. Même si le texte canadien ne reprend pas une telle distinction, la référence à la réputation est également suffisamment large pour envisager toutes les configurations d'une atteinte à cette valeur²¹⁵⁴. L'interprétation qui a été faite du texte semble simplement exiger qu'un certain seuil de gravité ait été atteint²¹⁵⁵.

Mais les deux textes divergent aussi. Non pas sur la nature du préjudice lui-même, le délit français et le crime canadien visant bien tous deux à protéger la même valeur. Il semble que ce soit quant à la consommation de l'infraction que les juges n'exigent pas tout à fait le même degré d'atteinte, bien que cela ne ressorte pas explicitement des textes.

629. Atteinte effective ou non à la valeur. D'un côté, l'article 29 de la Loi sur la liberté de la presse prévoit simplement que le message diffamatoire doit porter atteinte à l'honneur ou à la réputation. La formulation pourrait indiquer qu'il s'agit là d'une infraction matérielle, exigeant que la valeur protégée soit effectivement lésée. Au contraire, l'alinéa 298(1) C. crim. retiendrait une approche un peu différente. En effet, le texte dispose que l'expression diffamatoire doit être « de nature à nuire à la réputation de quelqu'un ». La locution « de nature à » est plus traditionnellement associée à la nécessité de constater une atteinte effective à la valeur protégée. À première vue, il semblerait bien que les deux textes n'exigent pas le même degré de consommation.

²¹⁵⁰ *Supra*, n°583. G. LECUYER, préc., note 1343, n°68, p. 90 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1664, p. 955.

²¹⁵¹ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°730, p. 449 ; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°68, p. 90 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1664, p. 955 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°28.

²¹⁵² Caractérisée par l'honneur : B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°730, p. 449 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°414, p. 306 ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°64 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.*, n°26 ; G. LECUYER, *id.*, n°68, p. 90 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1664, p. 955.

²¹⁵³ Caractérisée par la considération : B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°730, p. 449 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°414, p. 306 ; S. DETRAZ, *id.* ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.*, n°27 ; G. LECUYER, *id.*, n°68, p. 90 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1664, p. 955.

²¹⁵⁴ C'est l'interprétation qui a été retenue concernant la diffamation civile que Québec en tout cas : *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 27.

²¹⁵⁵ *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 81 et 82.

630. Appréciation objective de l'atteinte à la valeur. Toutefois, il est possible de le démentir. D'une part, les juges ont fait une interprétation exacte du résultat du libelle diffamatoire, en retenant que cette infraction ne signifiait pas nécessairement qu'il était impératif de constater une atteinte effective à la réputation d'autrui. La Cour suprême a répété à plusieurs reprises que « le droit criminel pouvait être utilisé à bon droit pour prévenir le risque de préjudice grave. »²¹⁵⁶ L'existence d'une telle atteinte potentielle est évaluée selon une analyse objective en *common law*²¹⁵⁷. La jurisprudence canadienne a toujours eu recours au standard de la personne raisonnable pour vérifier si les propos pouvaient être diffamatoires²¹⁵⁸, ce que l'on peut étendre à l'interprétation de l'alinéa 298(1) C. crim. La personne raisonnable est celle, normalement diligente, placée dans les mêmes circonstances. C'est à cette condition que l'on pourra savoir si, dans une situation donnée, cette personne aurait reçu les propos comme blessant sa réputation. On adopte donc bien une approche objective qui ne tient pas uniquement compte des sentiments personnels de la victime. Si cela était le cas, il existerait un risque de laisser libre cours aux diverses susceptibilités de chacun et de limiter d'autant la liberté d'expression. Celle-ci serait alors soumise à la subjectivité des individus, ce qui ne paraît pas réaliste. Il doit pouvoir demeurer une certaine place pour un droit à la critique²¹⁵⁹, ce qui signifie que toute personne doit être capable de supporter un certain degré de remise en cause. En outre, chacun a une sensibilité différente et ce qui peut choquer les uns, n'est pas nécessairement outrageant pour les autres. La norme serait aléatoire et peu prévisible, ce qui est inacceptable en matière pénale. Il est donc parfaitement logique que les juges retiennent une telle interprétation, à la fois souple, prévisible et équitable.

631. Approche similaire française. La jurisprudence française n'a en réalité pas retenu une solution si différente. Pareillement aux juges canadiens, leurs homologues outre-Atlantique ont jugé préférable de ne tenir compte ni du ressenti de la victime elle-même²¹⁶⁰ ni de l'image que le public peut avoir d'elle²¹⁶¹. Ainsi,

²¹⁵⁶ *Id.*, par. 83; *R. c. A.D.H.*, [2013] 2 R.C.S. 269, par. 51. Déjà en ce sens : *R. c. Keegstra*, préc., note 1790, 776 ; *R. v. Stevens*, préc., note 2082, par. 273.

²¹⁵⁷ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 35.

²¹⁵⁸ *Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1998] O.J. No. 510, par. 15 ; *Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd.*, [1995] 3 R.C.S. 3, par. 62 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 36.

²¹⁵⁹ Robert PLAISANT, « Le droit à la critique », dans *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 275, n°1, p. 275.

²¹⁶⁰ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°732, p. 450.

²¹⁶¹ *Id.*, n°733, p. 450 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°414, p. 306 ; S. DETRAZ, préc., note 171, n°77 et 78 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1666, p. 955.

« Pour déterminer si l'allégation ou l'imputation d'un fait porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée, les juges n'ont pas à rechercher quelles peuvent être les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci concernant la notion de l'honneur et celle de la considération ; qu'ils n'ont pas non plus à tenir compte, à cet égard, de l'opinion que le public a de cette personne ; que les lois qui prohibent et punissent la diffamation protègent tous les individus, sans prévoir aucun cas d'exclusion fondé sur de tels éléments ».²¹⁶²

C'est une analyse objective, dite aussi *in abstracto*²¹⁶³ mais circonstanciée²¹⁶⁴ qui prévaut, imposant la même démarche intellectuelle qu'au Canada : on se demande si une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances²¹⁶⁵ aurait été contrariée par les propos²¹⁶⁶. Si cela est le cas, il y aura atteinte, ce qui n'implique pas de se pencher sur le ressenti effectif de la victime²¹⁶⁷. Cette démarche confère un caractère quasi automatique à la consommation de l'infraction²¹⁶⁸, si la réponse est positive lors de l'examen comparatif des propos.

On en vient alors à la conclusion inévitable que la diffamation française n'est en réalité pas tant une infraction matérielle que formelle²¹⁶⁹. « Il suffit, dans cette mesure, que l'imputation ou l'allégation soit de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération »²¹⁷⁰ (nos soulignements), rejetant l'atteinte effective en dehors du spectre de consommation de l'infraction.

632. Obstacle supplémentaire à l'alerte. Bien que cela ne paraissait pas évident à la première lecture des textes, les infractions française et canadienne relatives à la diffamation ont une structure similaire et font l'objet d'analyses semblables. L'objectivité et l'équité l'imposent, même si le seuil réduit de consommation de la diffamation, écartant la nécessité de démontrer l'atteinte effective à la réputation, n'est pas de nature à faciliter la tâche du lanceur d'alerte, une fois de plus. Il suffira d'évaluer si les propos tenus par ce dernier sont de nature à atteindre la réputation de la personne morale qui l'emploie. Cela sera très souvent, voire

²¹⁶² Crim. 7 novembre 1989, *Bull. crim.*, n°403. Dans le même sens, sur la non-prise en compte du ressenti de la victime : Crim. 2 juillet 1975, *Bull. crim.*, n°174 ; Crim. 28 janvier 1986, *Bull. crim.*, n°36 ; Crim. 23 novembre 1993, n°92-85.772 ; Crim. 24 novembre 2009, *Bull. crim.*, n°193.

²¹⁶³ S. DETRAZ, préc., note 1971, n°90 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°29 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1666, p. 955.

²¹⁶⁴ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°731, p. 449 et 450.

²¹⁶⁵ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°414, p. 306.

²¹⁶⁶ Approche abstraite qui semble indiquer que c'est davantage le droit à l'honneur, que l'honneur de la personne elle-même qui est atteint, dans la mesure où l'on ne se préoccupe pas de la façon dont elle a pu subjectivement recevoir les propos.

²¹⁶⁷ Cela permet aussi de penser que la valeur effectivement protégée par l'infraction est sans doute davantage le droit à l'honneur, plutôt que l'honneur de la victime de la façon dont elle le perçoit elle-même.

²¹⁶⁸ S. DETRAZ, préc., note 1971, n°91.

²¹⁶⁹ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1666, p. 956.

²¹⁷⁰ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°414, p. 306.

systématiquement le cas, lorsque l'alerte vise des pratiques en place au sein de cette dernière, des propos ou comportements tenus par ses représentants. Par exemple, si l'alerte porte sur le fait qu'un cadre dirigeant se livre à un harcèlement (moral ou sexuel) quasi quotidien envers ses collaborateurs ou collaboratrices, alors il s'agira d'un propos diffamatoire. Son exactitude n'aura pas d'importance en France, mais sera scrutée au Canada. Ce cadre verra bien évidemment sa réputation entachée, mais indirectement cela pourrait aussi rejaillir sur l'entreprise qui l'emploie, s'il s'avère que celle-ci a toléré une telle pratique sans intervenir pour y mettre un terme. Nul besoin alors de démontrer que la personne morale a effectivement été atteinte dans sa réputation, il suffit que les révélations aient eu potentiellement ce pouvoir. On voit alors très bien en quoi ce seuil amoindri de consommation de l'infraction n'est pas de nature à favoriser l'alerte.

Il reste encore à traiter de l'élément moral des infractions, dont le caractère intentionnel constitue encore là un frein à la possibilité de s'exprimer.

2.1.2 L'élément moral de la diffamation : la nécessaire intention du lanceur d'alerte de porter atteinte à la réputation

633. Infractions intentionnelles. Même si toutes les conditions précédemment décrites sont remplies, encore faut-il vérifier que les propos outrageants ont été proférés avec une certaine intention, afin de consommer la diffamation. Une fois de plus, les deux infractions française et canadienne sont toutes deux d'accord pour reconnaître que la diffamation se consomme avec une *mens rea* intentionnelle. Cela se déduit des dispositions générales du *Code pénal* en France. Quant au libelle diffamatoire canadien, la *mens rea* est déduite de l'art. 300 C. crim. : une peine d'emprisonnement de 5 ans lorsque l'auteur publie un libelle qu'il sait être faux. La question s'est posée ici de savoir quelle était la nature de la *mens rea* et ce sur quoi elle portait, en l'absence de précisions à ce sujet. Les éléments textuels de l'article 29 de la Loi sur la liberté de la presse et de l'art. 300 C. crim. laissent penser qu'il s'agit là d'infractions intentionnelles (2.1.2.1).

634. Doutes sur l'exigence de la fausseté. Toutefois, l'art. 301 C. crim. prévoit un autre cas de libelle diffamatoire, où aucune référence n'est faite à l'intention et surtout pas à la connaissance de la fausseté du propos. Ce texte n'est pas sans poser difficultés. Sa constitutionnalité est remise en doute, ce qui laisse en suspens la question de savoir si le droit canadien est lui aussi indifférent ou non à la fausseté du propos (2.1.2.2).

2.1.2.1 Consensus sur le volet intentionnel de la diffamation : l'intention de porter atteinte à la réputation de l'art. 300 C. crim.

635. *Mens rea* subjective : preuve de l'état d'esprit d'une personne raisonnable.

Dans le cadre du texte français, l'article 29 de la Loi sur la liberté de la presse ne fait pas de précision quant à la nature de l'élément moral. Dans le silence du texte, il faut alors s'en remettre aux dispositions générales du Code pénal, applicables à toutes les infractions. Selon l'article 121-3 C. pen., « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». Ce n'est que lorsque la loi le prévoit que l'infraction est non intentionnelle²¹⁷¹. Dans le cas contraire, on en revient à la règle générale selon laquelle un crime ou un délit est par principe intentionnel. S'agissant de la diffamation, il ne fait pas de doute qu'il s'agit là d'un délit, au regard des peines qui l'accompagne²¹⁷². Dans ce cas, on peut en conclure logiquement que le silence du législateur signifie qu'il s'agit d'un délit intentionnel, nécessitant la démonstration d'un dol général²¹⁷³ : l'auteur doit avoir la volonté de communiquer les propos diffamatoires en ayant conscience qu'il porte atteinte à l'honneur ou à la considération²¹⁷⁴, à laquelle s'ajoute la conscience du caractère public du propos, dans le cadre de la diffamation publique.²¹⁷⁵

Dans l'arrêt *Lucas*²¹⁷⁶, la Cour suprême est revenue sur la *mens rea*, en décidant qu'elle était subjective²¹⁷⁷, c'est-à-dire d'ordre intentionnel²¹⁷⁸. Au regard de la définition du libelle diffamatoire et de l'exigence précisée à l'alinéa 300 C. crim., cette intention comporte deux aspects : elle exige à la fois de démontrer la volonté de diffamer ainsi que la connaissance de la fausseté des déclarations²¹⁷⁹. Plus exactement, puisque le résultat ne nécessite pas une atteinte effective à la réputation, la Couronne doit simplement démontrer que « les accusés connaissaient réellement le risque d'atteinte à la réputation »²¹⁸⁰(nos soulignements). Ajoutons à cela que l'appréciation de cette intention ne se fait pas au regard de ce que l'auteur concevait

²¹⁷¹ Art. 121-3 al. 2, 3 et 4 C. pen. Sur l'application de ces dispositions générales à la diffamation : S. DETRAZ, préc., note 1971, n°116 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1675, p. 959.

²¹⁷² Les art. 30 et 33 de la Loi sur la liberté de la presse prévoient soit des peines d'emprisonnement (art. 131-3 C. pen.) soit des peines d'amende, dont les montants dépassent largement ceux des contraventions (art. 131-12 C. pen.).

²¹⁷³ S. DETRAZ, préc., note 18, n°117 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°50.

²¹⁷⁴ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°744, p. 456 et 457. ; S. DETRAZ, *id.*, n°118 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.* ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1675, p. 960.

²¹⁷⁵ F. ROUSSEAU, *id.*, n°1675, p. 960.

²¹⁷⁶ R. c. *Lucas*, préc., note 1977.

²¹⁷⁷ *Id.*, par. 102.

²¹⁷⁸ H. PARENT, préc., note 1404, n°92, p. 103. ; Marie-Pierre ROBERT, « Élément mental de l'infraction : *mens rea* subjective », préc., note 1886, n°4.

²¹⁷⁹ R. c. *Lucas*, préc., note 1977, par. 104.

²¹⁸⁰ R. c. *A.D.H.*, préc., note 2156, par. 52.

comme étant diffamatoire ou non ni en fonction de ce qu'il croyait vrai ou faux²¹⁸¹. Dans ce cas, il suffirait pour l'auteur de prétendre qu'il a mal interprété les mots qu'il a choisis et n'avait pas saisi l'impact qu'ils auraient sur la réputation de la victime pour éviter une reconnaissance de culpabilité. Aussi, l'appréciation de la *mens rea* se fait par comparaison entre la connaissance de l'auteur et celle qui aurait dû être la sienne, au regard des circonstances : « la question devrait plutôt être de savoir si [l'auteur savait] que le message, tel qu'il serait interprété par une personne raisonnable, était faux. »²¹⁸² Donc, la preuve à rapporter ne consiste pas véritablement à rechercher l'état d'esprit de l'auteur au moment des faits, mais plutôt s'il ressort de ces derniers qu'il n'y avait pas d'autres options pour lui que de savoir que ce qu'il exprimait était diffamatoire et faux. La preuve de la *mens rea* est donc facilitée puisqu'elle découle du constat des éléments matériels et de l'existence de l'*actus reus*. La seule manière qu'aurait le prévenu de s'en sortir serait alors de faire valoir qu'il n'avait absolument pas conscience que n'importe qui d'autre dans les mêmes circonstances aurait perçu le caractère diffamatoire du propos, bref qu'il n'a pas même perçu en quoi la situation était problématique. Cela demeure une preuve difficile à faire pour le prévenu et qui ne revient pas pour autant à s'interroger sur l'échelle des valeurs de ce dernier.

636. Présomption simple judiciaire. À dire vrai, il semble difficilement concevable, pour un individu normalement intelligent, qu'il ne se rende pas compte que ce qu'il dit ou rapporte est infamant pour autrui²¹⁸³. C'est pourquoi et en toute logique, la jurisprudence française n'a pas une approche très différente de la preuve de l'intention diffamatoire. Elle reconnaît elle aussi que ce n'est pas tant d'après l'appréciation que l'auteur fait de ses propres propos que l'on peut imputer l'infraction, mais « d'après la nature du fait sur lequel [ils] portent »²¹⁸⁴. L'existence de cet élément est établie comme vraie d'après le constat préalable d'un autre fait établi et bel et bien prouvé²¹⁸⁵. En outre, elle a retenu que le simple fait de constater que les propos tenus publiquement étaient attentatoires à l'honneur ou la réputation permettait de présumer l'intention de les exprimer²¹⁸⁶. Selon un raisonnement similaire à celui

²¹⁸¹ R. c. Lucas, préc., note 1977, par. 102.

²¹⁸² *Id.*

²¹⁸³ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°426, p. 321 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1678, p. 961.

²¹⁸⁴ Crim. 15 mars 1983, *Bull. crim.*, n°82 ; Crim. 16 décembre 1986, *Bull. crim.*, n°374 ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°118

²¹⁸⁵ Noémie STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, Bordeaux, Montesquieu - Bordeaux 4, 2009, n°255, p. 267.

²¹⁸⁶ Crim. 22 mars 1966, *Bull. crim.*, n°109 ; Crim. 5 octobre 1993, *Bull. crim.*, n°276 : l'intention de nuire « [résulte] des imputations diffamatoires elles-mêmes » ; Crim. 16 mai 1995, *Bull. crim.*, n°175 : « les imputations

tenu par les juges canadiens, si l'on constate qu'objectivement, les propos tenus publiquement sont considérés comme diffamatoires, car toute personne raisonnable les aurait perçus comme tels, alors l'auteur ne pouvait qu'avoir conscience du caractère diffamatoire de ces derniers, ce qui démontre bien l'intention de les exprimer²¹⁸⁷. Le caractère univoque de l'acte permet d'en déduire l'intention de le commettre²¹⁸⁸, ce qui allège considérablement le fardeau de la preuve pour l'accusation²¹⁸⁹. Quant à l'intention de publier²¹⁹⁰, ici aussi le fait que les propos l'aient été est en soi preuve de la présence de l'élément moral requis. Les actes matériels parlent d'eux-mêmes et témoignent de l'état d'esprit de l'auteur. Il s'agit là d'une présomption de fait²¹⁹¹ simple, dans le sens où l'on déduit d'un fait connu (le constat des faits matériels), un fait inconnu (l'élément moral requis)²¹⁹², technique à laquelle on a souvent recours en matière pénale. Cela signifie aussi qu'il est toujours possible à la personne inculpée de se défendre en faisant la preuve du contraire, par exemple en faisant valoir qu'il n'a pas compris en quoi les propos pourraient être considérés comme diffamatoires...²¹⁹³

637. Connaissance de la fausseté au Canada. Même si l'on peut déduire l'intention diffamatoire de la réalisation de la publication de la matière litigieuse, un autre élément doit être démontré dans le crime canadien, conformément aux dispositions de l'art. 300 C. crim. En effet, ce dernier exige, pour que le crime soit effectivement constitué, que l'auteur sache que le libelle est faux. Cet élément moral supplémentaire doit bien entendu faire l'objet d'une preuve. Au-delà, si l'auteur doit avoir conscience de la fausseté de son propos, cela signifie que celui-ci doit effectivement l'être²¹⁹⁴. Ceci constitue une différence majeure par rapport à l'infraction française, indifférente à la vérité du propos pour constituer l'infraction²¹⁹⁵. Cela ne veut pas dire que cette dernière n'a aucune incidence en France, puisqu'il est offert la possibilité de prouver

diffamatoires impliquent l'intention coupable de leur auteur » ; Crim. 13 mars 2012, n°11-90.123 : « les imputations diffamatoires visées par la disposition légale critiquée impliquent par elles-mêmes l'intention de nuire » (décision QPC, non-transmise au Conseil constitutionnel, pour défaut de caractère nouveau et sérieux). P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°426, p. 321. ; B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°747, p. 458 ; S. DETRAZ, préc., note 1971, n°120 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°53 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1677, p. 960.

²¹⁸⁷ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°747, p. 458 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°426, p. 321 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.*, n°54 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1678, p. 961 ; N. STONESTREET, préc., note 2186, n°270, p. 285.

²¹⁸⁸ N. STONESTREET, préc., note 2185, n°270, p. 285.

²¹⁸⁹ *Id.*, n°255, p. 267.

²¹⁹⁰ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°426, p. 321.

²¹⁹¹ P. CONTE, *id.*, n°426, p. 321 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1678, p. 961 ; N. STONESTREET, préc., note 2186, n°255, p. 267.

²¹⁹² Art. 1349 C. civ.

²¹⁹³ N. STONESTREET, préc., note 2185, n°269, p. 285.

²¹⁹⁴ D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 184.

²¹⁹⁵ *Supra*, n°619.

la vérité du propos diffamatoire pour justifier l'infraction²¹⁹⁶. La différence de rédaction entre les deux pays joue surtout sur la charge de la preuve. Dans le cas français, ce sera au prévenu, en l'occurrence le lanceur d'alerte, de démontrer que ce qu'il a imputé ou allégué est vrai. Au contraire, au Canada, le lanceur d'alerte n'aura pas à démontrer que ce qu'il dit est faux. En tant qu'élément constitutif de l'infraction, il incombera à la poursuite de présenter les éléments de preuve susceptibles de démontrer la connaissance de la fausseté du propos. Ainsi le veut le principe de la présomption d'innocence²¹⁹⁷ : en l'absence de la preuve de cet élément, l'accusé devra être acquitté.

638. Influence sur le fardeau de preuve. L'intégration de la question de la vérité au stade de l'incrimination ou de la justification constitue une différence considérable en termes de charge de la preuve. En tant qu'élément constitutif, la preuve de la vérité ou fausseté des propos revient à la poursuite, mais si cet élément est en dehors de la consommation même de l'infraction pour être traité comme une cause de non-responsabilité, la charge de la preuve est transférée à la partie poursuivie²¹⁹⁸. Il faut également tenir compte du fait que les autorités publiques n'ont pas les mêmes moyens pour investiguer qu'une personne isolée. Le ministère public dispose de toute la force publique pour pouvoir accéder à certaines preuves légalement, tandis que le lanceur d'alerte est souvent contraint, lui, de commettre des actes illicites, illégaux ou simplement déloyaux pour rapporter la preuve de ce qu'il clame. La place réservée au caractère vrai ou faux du propos est donc loin d'être anodine. La solution retenue au Canada sur le fondement de l'art. 300 C. crim. s'avère plus favorable au lanceur d'alerte en simplifiant la tâche de ce dernier et en excluant de la répression les cas où la publication a simplement été maladroite, sans être délibérément fausse²¹⁹⁹.

639. Compatibilité avec l'alerte. L'incrimination canadienne trace aussi plus clairement la limite entre alerte licite et illicite, dans la mesure où le propos délibérément faux et nuisible à la réputation d'autrui pourra difficilement être conçu comme ayant le degré de désintéressement nécessaire pour constituer une alerte. On l'a vu, celle-ci est la manifestation de convictions suffisamment fortes pour justifier le risque d'une prise de parole publique²²⁰⁰. Le lanceur d'alerte agit en conformité avec sa conscience, ce qui induit un certain degré de bonne foi, d'honnêteté. Non seulement le mensonge n'a pas sa place dans la notion d'alerte,

²¹⁹⁶ Art. 35 Loi sur la liberté de la presse.

²¹⁹⁷ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°16, p. 6 ; J. TURGEON, préc., note 853, n°35.

²¹⁹⁸ A. DEJEAN DE LA BATIE, *id.*, n°16, p. 6 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 198.

²¹⁹⁹ D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 188.

²²⁰⁰ *Supra*, n°478.

mais encore les deux sont incompatibles. L'architecture du libelle diffamatoire canadien de l'art. 300 C. crim. a donc plus de chance de faire le départ entre alerte valable et non valable, bonne et mauvaise foi. Cette infraction laisse tout de même une certaine marge de manœuvre, notamment aux hypothèses où le lanceur d'alerte s'est trompé dans l'interprétation des faits, malgré ses bonnes intentions. Le niveau exigé pour consommer l'infraction signifie *a contrario* pour le lanceur d'alerte qu'on attend de lui ici simplement qu'il soit de bonne foi. L'infraction française elle, brouille un peu plus les pistes et ce sera au contraire au lanceur d'alerte lui-même de faire valoir que ces propos sont honnêtes, vrais ou tout simplement publiés de bonne foi. La différence de rédaction entre les deux textes explique aussi sûrement pourquoi le législateur français a institué un fait justificatif relatif à la preuve de la vérité, là où le droit canadien n'en connaît pas vraiment concernant l'art. 300 C. crim.²²⁰¹

640. Conclusion intermédiaire. À l'issue de cette comparaison, on comprend bien que le libelle diffamatoire canadien et la diffamation française n'ont pas tout à fait le même domaine d'incrimination ni la même structure. Le texte canadien est bien plus restreint, quant au mode de publication, la forme prise par le propos diffamatoire et quant à la structure de l'intention. Cela signifie que le lanceur d'alerte a non seulement moins de risque d'être poursuivi pour libelle diffamatoire, mais que même dans ce cas, la présomption d'innocence lui est plus favorable son fardeau de preuve étant allégé quant à la vérité des faits qu'il décrit. L'importance de ces restrictions, en comparaison avec le dispositif français, peut expliquer aussi pourquoi les juges n'ont pas écarté l'application de la responsabilité civile dans ce pays. Si les diffamations écrites sont plutôt bien prises en charge, ce n'est pas le cas de celles prononcées spontanément à l'oral ou encore de celles publiées via les nouveaux moyens de communication. Il faut bien dans ce cas que les personnes subissant une atteinte à leur réputation disposent d'une voie de recours pour tenter d'obtenir réparation du préjudice qu'elles prétendent avoir subi. La plus faible portée du texte criminel augmente proportionnellement l'importance du rôle de la responsabilité civile dans la protection de la réputation.

Toutefois, le libelle diffamatoire canadien connaît une seconde forme, dans laquelle il n'est plus question de fausseté du propos publié. Par souci de complétude, nous reviendrons sur cette seconde forme de diffamation, même si celle-ci n'a en réalité que peu d'incidence sur ce que nous venons de décrire. En effet, elle est soupçonnée d'inconstitutionnalité, ce qui en réduit fortement la portée et l'importance.

²²⁰¹ Pour plus de précisions à ce sujet : *infra*, n°976 et suiv.

2.1.2.2 Controverse sur l'élément intentionnel de la diffamation : l'inconstitutionnalité de l'article 301 C. crim.

641. Difficultés soulevées par l'art. 301 C. crim. Le fait que l'art. 300 C. crim. exige la preuve de la connaissance de la fausseté du propos diffamatoire est certes de nature à laisser une vraie marge de manœuvre au lanceur d'alerte. Elle libère un espace d'expression pour les cas où les imputations sont vraies, ce qui devrait le mettre à l'abri de tout risque de poursuites criminelles. Il reste cependant que l'article 301 C. crim. incrimine aussi le libelle diffamatoire, mais contrairement à celui qui le précède immédiatement, il ne fait aucunement référence à une intention plus spécifique. Il dispose simplement que :

« Quiconque publie un libelle diffamatoire est coupable :

- a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire. »²²⁰²

Traditionnellement, le droit criminel canadien considère que les crimes régis par cette matière sont soumis à « la théorie de l'intention coupable exprimée en termes d'intention ou d'insouciance, mais non de négligence »²²⁰³. Cela signifie que dans le silence de la loi, il faut présumer que la *mens rea* du crime est subjective. Cette règle est applicable à l'art. 301 C. crim. En l'absence de plus amples précisions, la *mens rea* consiste simplement en l'intention de publier le propos diffamatoire.

642. Proclamation d'inconstitutionnalité. Néanmoins, un consensus semble admettre que cet article serait inconstitutionnel. Une telle inconstitutionnalité a été reconnue par plusieurs juridictions de fond²²⁰⁴, auxquelles s'est jointe la doctrine²²⁰⁵. Le raisonnement est bien sûr basé sur le test de *Oakes*²²⁰⁶, qui permet de réaliser le contrôle de constitutionnalité au regard de la Chart canadienne : lorsqu'un texte ou une décision est pris par le législateur ou par une autorité administrative, on peut contester la conformité de cet acte au regard du contenu de cette charte. Si les cours parviennent à une conclusion de non-conformité, alors l'acte devra être déclaré inconstitutionnel, non seulement pour le litige en cours, mais aussi pour l'avenir. Si l'acte passe

²²⁰² Art. 301 C. crim. L'art. 300 C. crim. lui prévoit une peine de 5 ans lorsque le libelle est délibérément faux (al. 300a) C. crim.).

²²⁰³ *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, 1303. Dans le même sens : *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, 651-653 ; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633, 645 ; *R. c. Thérout*, [1993] 2 R.C.S. 5, 18 ; *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 64 ; *R. c. A.D.H.*, préc., note 2157, par. 23-25.

²²⁰⁴ *R. v. Finnegan*, [1992] A.J. No. 1208 ; *R. c. Gill*, [1996] O.J. No. 1299 ; *R. c. Lucas*, préc., note 25, par. 17 ; *R. v. Prior*, 2008 NLTD 80 (SC).

²²⁰⁵ Pierre RAINVILLE, « Paroles de déraison et paroles de dérision : les excès de langage à l'épreuve du droit criminel canadien », (2015) 49 RJTUM 35, 63 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 206. Voir également COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2081, p. 35 et suiv.

²²⁰⁶ *R. c. Oakes*, préc., note 1965, 135 et suiv.

à travers les étapes du test proposé par les juges dès 1986²²⁰⁷, alors il pourra être sauvé. C'est l'équivalent d'un contrôle de constitutionnalité exercé en France par le Conseil constitutionnel. Dans le cas qui nous occupe, l'article 301 C. crim. constitue bien une limitation à la liberté d'expression²²⁰⁸, droit explicitement reconnu par l'article 2b) Charte canadienne²²⁰⁹. Les propos portant atteinte à l'honneur ou à la réputation sans se préoccuper de savoir s'ils sont faux et si l'auteur a conscience de leur fausseté constituent bien une activité expressive, aussi désagréable soit-elle. Elle contient bien une signification²²¹⁰, déplaisante certes, mais compréhensible par un certain nombre de personnes. Elle a en outre des destinataires, déterminés ou non, dans la mesure où le libelle diffamatoire doit nécessairement être publié pour être constitué. On retrouve donc également le critère de publicité²²¹¹ primordial à la qualification d'une expression protégée constitutionnellement. En criminalisant de tels propos, on limite *a fortiori* la possibilité de parler d'autrui, d'exprimer une opinion négative sur une personne, ce qui exclut tout un pan de la liberté concernée²²¹². Il reste à savoir si une telle restriction est légitime dans une société démocratique.

643. Syllogisme de l'inconstitutionnalité de l'art. 301 C. crim. : nécessité de l'atteinte. Ce test de constitutionnalité a été développé sur la base de l'article 1^{er} de la Charte canadienne²²¹³ et se déroule en trois étapes. La première consiste à vérifier que la restriction apportée à l'un des droits proclamés dans cet outil est prévue « par une règle de droit »²²¹⁴. Cela signifie non seulement qu'un texte a été adopté selon les procédures législatives ou administratives requises²²¹⁵, mais encore que l'on peut justifier cette restriction « dans une société libre démocratique »²²¹⁶, ce qui constitue un cadre d'interprétation du texte de loi. Ce dernier doit donc non seulement être valide juridiquement, mais aussi servir des objectifs conformes aux valeurs de la société canadienne²²¹⁷. Il doit s'agir d'un objectif « suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la

²²⁰⁷ *R. c. Oakes*, préc., note 1965.

²²⁰⁸ COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2081, p. 35.

²²⁰⁹ *Supra*, n°512.

²²¹⁰ *Supra*, n°523.

²²¹¹ *Supra*, n°522.

²²¹² *R. v. Lucas*, [1995] S.J. No. 62, par. 14 ; *R. v. Finnegan*, préc., note 2205, par. 19 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 194.

²²¹³ Art. 1^{er} de la Charte canadienne : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

²²¹⁴ *Id.* ; *R. c. Oakes*, préc., note 1965, 135.

²²¹⁵ *R. c. Oakes*, *Id.*

²²¹⁶ Art. 1^{er} de la Charte canadienne.

²²¹⁷ *R. c. Oakes*, préc., note 1965, 135.

Constitution »²²¹⁸. Cette deuxième étape ne semble pas faire difficulté concernant l'art. 301 C. crim. : les juridictions et la doctrine s'entendent globalement pour considérer que ce dernier a effectivement pour objectif de protéger la réputation des personnes²²¹⁹. C'est ce que l'on a déjà considéré s'agissant l'article 300 C. crim.²²²⁰, son prédécesseur immédiat, et les deux articles appartenant à la même section du *Code criminel*, relèvent de la même logique. Cet objectif est déjà considéré comme réel et urgent²²²¹, ce qui devrait suffire à valider la deuxième étape de ce test. Seuls les juges de Terre-Neuve-et-Labrador, dans la décision *Prior*, ont conclu que l'objectif de l'art. 301 C. crim. pouvait être différent de l'art. 300 et consistait simplement à prévenir les troubles à l'ordre public²²²². Ils étudient les racines historiques pour le justifier²²²³, mais aussi le fait que les *mentes reae* des deux articles soient différentes. Selon eux, le fait que la vérité ou fausseté du propos soit ignorée dans le cadre du libelle diffamatoire simple conduit à ne plus véritablement s'intéresser à la réputation des personnes pour se concentrer plutôt sur une police de l'expression publique²²²⁴. Il n'importe plus dans ce cas de savoir si le propos est vrai ou faux, ce qui signifie que même lorsqu'on impute un fait vrai, on peut être poursuivi pour diffamation. Les juges considèrent eux qu'il n'y a pas d'atteinte à la réputation possible dans la vérité²²²⁵. Dans ce cas, on comprend alors en quoi est-ce que l'art. 301 C. crim. pourrait ne pas être même considéré comme un objectif nécessaire servant une société démocratique, car il aurait pour seul et unique but de réduire pour chacun la possibilité de dire quelque chose de négatif sur autrui, sans pour autant proposer de protéger un enjeu démocratique. Cela semble insuffisant pour constituer une valeur au fondement de la démocratie et paraît dans ce cas évidemment excessif de limiter la liberté d'expression pour cette simple raison²²²⁶. Cette position reste toutefois minoritaire dans les arrêts s'étant prononcé sur la constitutionnalité de l'art. 301 C. crim. Il semble rester difficile de détacher ce dernier de l'art. 300 et des raisons historiques ayant amené à incriminer le même comportement, avec une intensité intentionnelle différente.

644. Syllogisme de l'inconstitutionnalité de l'art. 301. C. crim. : proportionnalité de l'atteinte. Si l'on s'en tient donc à l'opinion plus largement partagée par les juges, l'objectif

²²¹⁸ *Id.*, 138.

²²¹⁹ *R. v. Finnegan*, préc., note 2205, par. 26 ; *R. v. Stevens*, préc., note 2082, par. 47-73 ; *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 48 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 195.

²²²⁰ *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 48.

²²²¹ *R. v. Stevens*, préc., note 2082, par. 76 ; *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 48.

²²²² *R. v. Prior*, préc., note 2204, par. 22.

²²²³ *Id.*, par. 23-30.

²²²⁴ *Id.*, par. 33 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 196.

²²²⁵ *R. v. Prior*, préc., note 2204, par. 33.

²²²⁶ D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 196.

de l'art. 301 C. crim. demeure la protection de la réputation d'autrui, ce qui est un objectif valable à garantir, une des « préoccupations réelles et urgentes dans une société libre et démocratique »²²²⁷. Toutefois, cela ne préjuge en rien de la validité des moyens employés pour y parvenir. C'est ce qui est étudié à la suite du test de *Oakes* : la troisième et dernière étape consiste à évaluer si « les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer »²²²⁸. Cela revient donc à évaluer la proportionnalité de l'atteinte à la liberté fondamentale garantie par la Charte par rapport à l'objectif défendu par la législation litigieuse. L'évaluation de cette proportionnalité dépend de trois critères : premièrement, les mesures prises doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif défendu par ces dernières ; deuxièmement, les mesures choisies pour garantir cet objectif doivent « porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté »²²²⁹ garantie constitutionnellement ; troisièmement, il doit exister une proportionnalité entre les effets de la mesure sur le droit ou la liberté garantie et l'objectif atteint par celle-ci²²³⁰. C'est à ce stade que le test de constitutionnalité de l'art. 301 C. crim. semble systématiquement échouer. Non pas sur le lien rationnel entre la volonté de protéger la réputation contre des propos diffamatoires et le choix de les interdire. Le lien entre les deux est suffisamment évident et n'est pas de nature à soulever difficulté²²³¹.

En revanche, la recherche de l'atteinte minimale condamne l'art. 301 C. crim., qui ne pourrait y survivre. En effet, on remet en cause le choix de recourir à la matière pénale dans des circonstances où l'atteinte à la réputation n'est pas forcément délibérée²²³². Dans ces circonstances, la responsabilité civile a pu apparaître suffisante²²³³. Cet argument a été jugé insuffisant par la Cour suprême, dans la mesure où le droit civil et le droit criminel poursuivent des objectifs distincts et compatibles²²³⁴. C'est plutôt l'absence de caractère délibéré de l'atteinte à la réputation et le rapport à la vérité qui sont gênants ici.

Pour le premier, une personne peut certes être condamnée pour avoir écrit un libelle vrai, mais elle peut tout de même compter sur une défense de vérité. Si ce qu'elle dit est vrai et

²²²⁷ *R. c. Oakes*, préc., note 1965, 139. Dans le même sens : COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2081, p. 49 et 50.

²²²⁸ *R. c. Oakes*, préc., note 1965, 139.

²²²⁹ *Id.*

²²³⁰ *Id.*

²²³¹ *R. v. Stevens*, préc., note 2082, par. 81 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 197. *Contra* : *R. v. Prior*, préc., note 2205, par. 37.

²²³² D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 197.

²²³³ *R. v. Stevens*, préc., note 2082, par. 84 ; COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2082, p. 57 et 58.

²²³⁴ *R. c. Lucas*, préc., note 1977, par. 70 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 197.

participe à un débat public, dans ce cas elle peut échapper à l'art. 301 C. crim.²²³⁵ Or, en renversant la charge de la preuve pour la faire peser sur les épaules de l'accusé et en conditionnant le succès de la défense au fait que l'expression a un intérêt pour le public, on ne se situe pas dans le cadre d'une atteinte raisonnable à la liberté d'expression²²³⁶. Il était possible d'envisager une restriction moins grande, en ne faisant pas dépendre l'expression potentiellement vraie de ce qu'elle peut avoir d'intéressant pour le public. C'est d'ailleurs le cas de la défense de vérité admise en *common law* lorsque la responsabilité civile pour libelle diffamatoire est engagée. Ici, seule la vérité du fait imputé suffit pour échapper à cette responsabilité²²³⁷, ce qui revient à admettre qu'il est plus facile de s'en dégager que d'une de nature pénale. Cette comparaison permet en tout cas d'être certain que le dispositif pénal de l'art. 301 C. crim. ne constitue pas une atteinte minimale à la liberté d'expression²²³⁸.

En ce qui concerne le rapport à la vérité, il faut admettre qu'il existe ici un certain paradoxe à criminaliser des propos qui peuvent être vrais. En effet, la recherche de la vérité est un des fondements de la liberté d'expression²²³⁹ qui connaît un plus fort regain d'intérêt aujourd'hui²²⁴⁰, après avoir été tant tourmentée pendant des années. À l'heure où au contraire on souhaite avant tout plus de transparence, la recherche de la vérité est devenue un objectif plus primordial et il semblerait contre-productif que d'incriminer ceux qui disent vrai, alors que leur effort à l'égard de la vérité devrait au contraire faire l'objet d'un traitement plus protecteur²²⁴¹. On pourrait répondre à cette objection que même si les propos sont vrais, ils ne méritent pas pour autant d'être exposés sur la place publique²²⁴². Le fait de publier des informations à propos d'une personne, même si cela est vrai, peut avoir des incidences sur cette dernière. Celle-ci n'a pas nécessairement envie que des informations confidentielles, aussi vraies soient-elles, deviennent publiques sous le seul prétexte qu'il est possible de les publier. Néanmoins dans cette hypothèse, ce n'est pas nécessairement une atteinte à la réputation qui est en jeu, mais plutôt une atteinte à la confidentialité et à la vie privée. On sort donc du cadre de la diffamation et des incriminations qui s'y rapportent. Finalement, le problème se résume très simplement : est-ce que des affirmations vraies peuvent être diffamatoires ? Si cela est le

²²³⁵ D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 198.

²²³⁶ *R. v. Gill*, préc., note 2204, par. 20 et 21.

²²³⁷ D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 198.

²²³⁸ *R. v. Gill*, préc., note 2205, par. 22 ; *R. v. Lucas*, préc., note 2213, par. 55 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 198.

²²³⁹ *Supra*, n°498. Dans le même sens, D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 199.

²²⁴⁰ *Supra*, n°556.

²²⁴¹ D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 199.

²²⁴² *Id.*, 200.

cas, est-ce que l'atteinte à la réputation de la personne est suffisamment grave pour justifier de recourir à la matière pénale pour les supprimer ?

À ces questions, la jurisprudence canadienne semble répondre négativement, ce qui, au passage, constitue une différence notable avec les solutions françaises, ayant clairement affirmé leur absence de considération pour la vérité du propos²²⁴³. Certains juges canadiens sont même allés jusqu'à considérer que vérité et diffamation étaient incompatibles²²⁴⁴. Il n'y a alors pas d'autre solution que de considérer que l'art. 301 C. crim. ne constitue pas une atteinte minimale à la liberté d'expression dans la mesure où il ferme la possibilité à toute formulation d'une vérité, aussi dérangeante soit-elle. Le test échoue donc à cette étape et ne peut constituer une restriction valable dans une société démocratique. Il semble de toute façon que le test n'aurait pas non plus prospéré au regard de la proportionnalité des effets entre la législation et l'atteinte à la liberté d'expression²²⁴⁵, notamment parce qu'elle a un effet fortement dissuasif sur les personnes, paralysant la possibilité d'une critique²²⁴⁶. On peut particulièrement le comprendre si l'on prend l'exemple du lanceur d'alerte : si chaque prise de parole vraie peut être poursuivie en droit criminel, il est plus probable que l'on renonce à l'exprimer, plutôt que d'encourir des sanctions pour l'avoir fait. Cette déclaration d'inconstitutionnalité serait donc non seulement en conformité avec les principes fondamentaux de la Charte canadienne, mais laisserait aussi une plus grande marge de manœuvre au lanceur d'alerte pour s'exprimer.

645. Incertitudes. Des incertitudes demeurent. D'abord, malgré l'unanimité des points de vue quant à l'inconstitutionnalité de cet art. 301 C. crim., il demeure toujours en vigueur. Le législateur n'a pas pris le parti de l'abroger²²⁴⁷, ce qui est déjà un obstacle majeur. Surtout, ni les cours de second degré ni la Cour suprême ne se sont à leur tour prononcées sur la constitutionnalité de cet article. Même si l'on peut raisonnablement penser que leur position ne divergerait pas tant que cela de celle retenue en première instance, il n'est pas possible de formuler aucune certitude à ce sujet. Il n'est pas certain non plus que la question parviendrait jusqu'à ces juridictions. Si l'on considère le fait que les juges de première instance tendent à considérer l'art. 301 comme inconstitutionnel, cela signifie qu'il faudrait que la question soit

²²⁴³ *Supra*, n°619.

²²⁴⁴ *R. v. Prior*, préc., note 2204, par. 33.

²²⁴⁵ *R. v. Finnegan*, préc., note 2204, par. 28.

²²⁴⁶ D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 204. Dans le même sens, à propos de la liberté de la presse de rapporter des faits et de l'effet dissuasif de la diffamation : *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 54.

²²⁴⁷ Alors qu'il avait l'occasion de le faire lors de la réforme du *Code criminel* en 1985 : Lisa TAYLOR et David PRITCHARD, « The process is the punishment : criminal libel and political speech in Canada », (2018) 23-3 *Comm. L. & Pol'y* 243, 247.

contestée en appel par la poursuite²²⁴⁸. Or, il n'est pas nécessairement dans l'intérêt de cette dernière d'élever le débat constitutionnel autour de ce crime, sachant qu'elle a de fortes chances de le perdre et de provoquer une inconstitutionnalité avérée. Le ministère public n'a jamais pris cette initiative à ce jour²²⁴⁹.

646. Solution favorable au lanceur d'alerte. Le constat d'une probable non-conformité de l'art. 301 C. crim. à la Charte canadienne est surtout extrêmement favorable au lanceur d'alerte. Cela signifie qu'en matière de diffamation, seuls les propos expressément faux et dont l'auteur a connaissance de la fausseté sont susceptibles de poursuites criminelles. Par essence, cela exclut l'alerte, qui exige au contraire bonne foi et intégrité de la prise de parole. Dans les autres cas, il ne semble plus être possible de poursuivre des propos vrais et que l'on sait vrais, mais aussi des propos faux que l'on pense vrais, même lorsqu'ils ont été formulés de façon maladroite. Cela décriminalise l'erreur et la bonne foi, ce qui libère potentiellement d'autant plus la parole des lanceurs d'alerte. Corrélativement, cela signifie que la protection de l'information économique diminue. Il ne suffit plus que l'information porte potentiellement atteinte à la réputation pour justifier de bâillonner ceux qui veulent la révéler, même quand elle est vraie. C'est une différence majeure avec la diffamation incriminée en France, indifférente aux questions de vérité et nécessairement plus protectrice de l'information confidentielle. En cela, le droit criminel canadien pourrait être une source d'inspiration pour le législateur français, dont l'indifférence à la vérité ne paraît plus nécessairement en harmonie avec les atteintes sociales, et la montée des questions de transparence.

647. Intérêts de la comparaison. On le voit, la diffamation a connu des développements très différents en France et au Canada, dus en grande partie aux origines historiques de cette infraction dans chacun de ces pays. Il semble que la tradition juridique, la différence entre droit écrit et *common law* pèse lourdement dans ce contexte. Après cette analyse, il apparaît aussi clairement que le libelle diffamatoire canadien possède un domaine d'application beaucoup plus stricte que celui de la diffamation française, surtout si l'on soutient que l'art. 301 C. crim. est virtuellement inconstitutionnel. Ainsi, le libelle diffamatoire ne s'applique qu'aux imputations ou allégations écrites fausses et que l'auteur sait être fausses, tandis que la diffamation en France n'est limitée ni quant à son mode d'expression ni quant aux

²²⁴⁸ C'est justement ce que n'a pas fait la Couronne dans l'affaire *Lucas*. Les époux étaient poursuivis initialement à la fois sur le fondement de l'art. 300 et 301 C. crim. À la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité de ce dernier par les juges du banc de la Reine, le procureur a fait appel sur la seule base de l'art. 300 C. crim. laissant en suspend les questions relatives à l'autre crime : D. J. WILLIAMS, préc., note 2083, 191.

²²⁴⁹ L. TAYLOR et D. PRITCHARD, préc., note 2248, 247 ; D. J. WILLIAMS, préc., note 2084, 191.

questions de vérité ou mensonge du contenu. Au regard des limitations strictes imposées par le droit criminel, on comprend alors l'importance de trouver un relais dans le droit civil pour couvrir les hypothèses qui sont exclues du premier cadre. On constate que le droit canadien ne considère pas nécessairement que les propos vrais ne peuvent être diffamatoires, simplement que le crime ne couvre que les hypothèses considérées comme les plus graves et les plus nuisibles à la réputation des personnes. Le reste relèvera du domaine de la responsabilité civile. C'est aussi une façon de garantir une certaine effectivité à la liberté d'expression, qui n'est pas réduite au point de ne pouvoir s'exercer.

Le droit canadien permet aussi de tirer quelques enseignements pour le droit français. La comparaison met en évidence à quel point le droit pénal de la presse ratisse large, lorsqu'il s'agit des atteintes à la réputation. L'inflation du domaine de l'infraction signifie peut-être que corrélativement et à l'opposé des choix opérés au Canada, le droit civil doit demeurer restreint dans des limites assez strictes pour parvenir à ce même objectif, qui est de garantir l'effectivité de la liberté d'expression. La nécessité d'un relais par la responsabilité civile paraît inversement proportionnée à l'étendue du champ d'application de la répression pénale pour diffamation. Il paraît sensé dans ce cas de suivre la jurisprudence française, lorsqu'elle limite la possibilité d'obtenir réparation pour une atteinte à la réputation aux seuls cas où le délit pénal n'est pas applicable.

En fin de compte, les législateurs français et canadien semblent avoir tous deux le même objectif : trouver un équilibre entre protection de la réputation et garantie de la liberté d'expression, mais ils le font en empruntant des chemins bien différents. L'un s'attache directement au fond, en intervenant sur les éléments intrinsèques à l'infraction ; l'autre calibre plutôt les éléments extrinsèques à l'infraction. Dans les deux cas, la réputation est certes protégée, mais toujours dans une propension mesurée.

Les architectures législatives créées permettent aussi de constater que le danger d'une condamnation pour diffamation à l'égard du lanceur d'alerte n'est pas si grand qu'il pouvait y paraître au départ, à la simple lecture des textes. Cela apparaît dès maintenant concernant le crime canadien, mais ce sera plus évident pour ce qui concerne le dispositif français, une fois étudiées les questions relatives à la justification²²⁵⁰. Pour le moment, on notera enfin l'avantage supplémentaire du dispositif canadien pour le lanceur d'alerte, parce qu'il intègre les questions de vérité ou fausseté au sein même de l'incrimination. Ce ne sera pas à lui de démontrer que ce

²²⁵⁰ Voir *infra*, 973 et suiv.

qu'il affirme est vrai, mais à la Couronne de démontrer la fausseté de ces propos. C'est une différence importante, compatible avec la place que la vérité occupe au sein de la liberté d'expression.

648. Risques supplémentaires pour le lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte n'est pourtant pas au bout de ses peines. Si l'on peut admettre que le danger est amoindri en ce qui concerne la diffamation de nature pénale, il reste que ses allégations diffamatoires peuvent aussi constituer une infraction de dénonciation calomnieuse²²⁵¹ dans les cas où elles imputent un comportement pénal à la victime. Une fois de plus, seule la vérité des faits rapportés permet de s'extirper d'une condamnation sur le fondement de cette infraction. Pour cela, un travail de preuve attend encore une fois le lanceur d'alerte, avec les mêmes difficultés que cela suppose : la preuve de la vérité des allégations se fera ici aussi le plus souvent en s'appropriant les documents adéquats, ce qui relèvera d'autres infractions, tels le vol²²⁵², la violation de secret professionnel²²⁵³ éventuellement, ou encore l'abus de confiance. Le problème semble finalement moins être celui de la réputation, que de la confidentialité des informations économiques faisant la preuve de la vérité des faits proclamés. Elle demeure bien le cœur du problème, alors que les questions de réputation ont tendance à graviter en orbite autour de celle du secret, sans prendre le dessus. On confirme bien que la confidentialité reste le moyen par excellence pour protéger l'information économique.

Quant à la diffamation criminelle, son domaine restreint ne met pas le lanceur d'alerte hors de tout danger. Il devra encore prendre garde à ne pas engager sa responsabilité civile pour faute.

2.2 La protection civile de la réputation

649. Cohérence de la responsabilité. Il n'existe pas de recours particulier pour réparer les atteintes à la réputation d'autrui²²⁵⁴. Ce sont les règles générales de la responsabilité civile qui s'appliquent en la matière, plus particulièrement au Québec. Dans cette province, la réponse

²²⁵¹ Art. 226-10 C. pen. : « La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

²²⁵² *Supra*, n°233 et suiv.

²²⁵³ *Supra*, n°41 et suiv.

²²⁵⁴ M. A. GREGOIRE, préc., note 1368, n°5 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 32 ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936, par. 56 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 22.

civile apportée aux atteintes à la réputation est particulièrement importante, dans la mesure où, comme nous venons de le voir, le recours au droit criminel reste très circonscrit, aux hypothèses jugées plus graves. Le relais du droit civil n'en est que plus important.

Les analyses menées par la jurisprudence civiliste ne sont toutefois pas si éloignées de certains repères préalablement établis en matière de diffamation pénale ou criminelle, particulièrement du côté français. Cela démontre une certaine cohérence de la notion de responsabilité.

650. Conditions de la responsabilité. La réponse civile québécoise s'organise autour de trois notions fondamentales que nous avons déjà évoquées²²⁵⁵, dont le principe est établi à l'art. 1457 C. c. Q. Ce dernier pose les principes de la responsabilité civile du fait personnel. Le régime général de cette responsabilité nécessite trois conditions pour pouvoir l'engager. Elles ont toutes été appliquées spécifiquement au cas de la diffamation. Tout un contentieux s'est développé autour de cette question, qui donne lieu à la fois à l'application des règles traditionnelles de la responsabilité civile extracontractuelle, et à des développements plus spécifiques à la nature du litige. Il sera, quoi qu'il arrive, nécessaire de démontrer le rassemblement de ces trois conditions pour espérer pouvoir engager la responsabilité de la personne dont les propos portent atteinte à la réputation d'autrui : il doit être possible de qualifier un préjudice subi par la victime (2.2.1), il faut ensuite impérativement²²⁵⁶ identifier un comportement fautif, ces deux éléments devant être liés entre eux par un lien de causalité (2.2.2). Ces conditions sont tout à fait similaires à celles applicables par principe en France en matière civile²²⁵⁷.

2.2.1 La nécessité d'identifier un préjudice constitutif d'une atteinte à la réputation

651. Notion de préjudice. Le préjudice est défini comme l'« atteinte portée aux droits ou aux intérêts de quelqu'un. »²²⁵⁸ Plus précisément, il s'agit d'un « dommage subi par une personne dans son intégrité physique (..), dans ses biens (...), dans ses sentiments (...) qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation »²²⁵⁹. La différence entre les notions de dommage et de préjudice est mince²²⁶⁰ et sujette à controverse²²⁶¹, mais n'a pas vraiment d'incidence pour ce qui nous occupe. Pour ce qui concerne la diffamation, le préjudice doit consister à faire

²²⁵⁵ *Supra*, n°596.

²²⁵⁶ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-161.

²²⁵⁷ P. BRUN, préc., note 1405, n°174, p. 117.

²²⁵⁸ H. REID et S. REID, préc., note 349, °*Préjudice*.

²²⁵⁹ G. CORNU, préc., note 31, p. 70, °*Préjudice*.

²²⁶⁰ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-321.

²²⁶¹ P. BRUN, préc., note 1405, n°176, p. 122.

« perdre l'estime ou la considération de quelqu'un ou [à susciter] à son égard des sentiments défavorables ou désagréables »²²⁶². Il s'agit certainement d'un dommage moral, d'une atteinte à la personnalité. Elle ne diffère en rien de la valeur protégée par le crime de libelle diffamatoire au Canada et du délit de diffamation en France.

652. Évaluation objective du préjudice. Le plus important est de savoir de quelle façon sera évaluée la nature diffamatoire ou non des propos litigieux. La position des juges est invariable sur la question, puisqu'ils considèrent que l'analyse dépend d'une norme objective : il faut « se demander si un citoyen ordinaire estimerait que les propos tenus, pris dans leur ensemble, ont déconsidéré la réputation d'un tiers »²²⁶³. Il s'agit d'une analyse que l'on peut qualifier d'*in abstracto* circonstanciée, dans la mesure où le contexte dans lequel les propos ont été exprimés joue un rôle important dans l'évaluation de l'existence du préjudice²²⁶⁴. La caractérisation du préjudice dépend pour l'essentiel de l'analyse par les juges de la situation factuelle.

Le recours à une telle analyse est, somme toute, assez courant dans le domaine de la responsabilité. C'est celui utilisé en matières pénale et criminelle²²⁶⁵ et fort communément admis dans le domaine civil au Québec²²⁶⁶, en France²²⁶⁷ et dans une certaine mesure en *common law*²²⁶⁸. D'ailleurs, ce n'est généralement pas ce point qui pose difficulté dans l'appréciation de la responsabilité civile.

653. Étendue du préjudice réparable. Plus intrigante est la question de l'indemnisation de ce préjudice. Pour la Cour suprême canadienne, le préjudice se rattache à l'atteinte première dont a souffert la victime. « C'est la violation initiale, plutôt que les conséquences de cette violation, qui sert de fondement pour décider du type de préjudice subi. »²²⁶⁹ Ainsi, on prend en compte l'ensemble des préjudices, corporel, matériel ou moral, subis par la victime et qui découlent directement du dommage, à l'exclusion des préjudices

²²⁶² *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999, 1815 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 33 ; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, préc., note 1999, par. 34 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 27.

²²⁶³ *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 34 ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936, par. 57 ; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, préc., note 1999, par. 35 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 28 ; *Ayotte v. Chiaramonte*, [2019] QCCS 851, par. 21.

²²⁶⁴ D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°182 ; M. A. GREGOIRE, préc., note 44, n°7.

²²⁶⁵ *Supra*, n°624.

²²⁶⁶ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 30.

²²⁶⁷ *Id.*, par. 34. Voir également *supra*, n°630.

²²⁶⁸ *Id.*, par. 35.

²²⁶⁹ *Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168, par. 102.

secondaires²²⁷⁰, qui ne seraient pas la conséquence immédiate de la faute génératrice de l'atteinte. Par exemple, le fait de copier une œuvre de l'esprit constitue une violation des droits d'auteur, qui ouvre sans aucun doute droit à la réparation d'un préjudice matériel pour les pertes subies, un préjudice psychologique découlant du dommage matériel, en raison de la détresse importante que la situation a créée chez la victime. En revanche, la détérioration de l'état de santé global de la victime qualifiable de préjudice corporel ne peut être prise en compte en tant que poste de préjudice indemnisable, dans la mesure où le comportement initial générateur de la responsabilité n'était pas de nature à créer un tel préjudice physique²²⁷¹.

En ce qui concerne notre situation, cela signifie qu'une entreprise peut se plaindre des conséquences immédiates liées à l'atteinte à la réputation qu'elle a subie par le biais d'un propos diffamatoire, c'est-à-dire un préjudice moral. On peut aussi inclure les pertes pécuniaires dues à la détérioration de la réputation de la personne, car la baisse d'activité peut découler directement de l'atteinte à la réputation et des propos diffamatoires qui l'ont causée. De même, il a été admis que les pertes de chiffres d'affaires liés directement à la dégradation de la réputation d'une personne morale pouvaient être indemnisées, compte tenu des aléas économiques²²⁷², à condition toutefois de pouvoir démontrer que le préjudice économique est bien dû à l'attaque portée à la réputation. Si une partie des pertes est aussi due à de mauvais choix de gestion, alors il sera plus difficile de faire découler les pertes économiques du seul fait de l'atteinte diffamatoire. Par exemple, une personne morale aura plus de mal à faire admettre qu'elle a été contrainte de céder une partie de ses activités à un concurrent en raison de la diffamation. Cela ne paraît pas être une conséquence qui découle nécessairement de préjudice d'atteinte à la réputation et l'on pourra faire valoir au contraire qu'elle avait d'autres options.

Ce serait d'ailleurs une stratégie intéressante pour le lanceur d'alerte à qui l'on impute une diffamation. Il aura tout intérêt à minimiser les conséquences de sa prise de parole, en contestant les préjudices allégués par la victime, notamment ceux dont on peut douter du caractère direct.

654. Fardeau de preuve. Le préjudice ne diffère sans doute pas d'une responsabilité à l'autre. Ce qui pourra varier en revanche, c'est le fardeau de preuve. Ici, le lanceur d'alerte se doit de faire une preuve par prépondérances des probabilités, soit pour contester l'existence

²²⁷⁰ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-327.

²²⁷¹ *Cinar Corporation c. Robinson*, préc., note 2269, par. 101.

²²⁷² *Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc.*, [2002] R.J.Q. 2639, par. 95 (C.A.).

même du préjudice, soit pour contester l'ampleur de la réparation due. Le principe de la présomption d'innocence n'est plus là pour le prémunir de tout effort de démonstration.

Une fois que le préjudice est établi, encore faut-il s'assurer que ce dernier est bien issu d'un comportement fautif, qui n'est pas spécifiquement défini en responsabilité civile.

2.2.2 La faute civile de diffamation : un propos déconsidérant autrui

655. Définition générale de la faute civile. La diversité des agissements humains rend d'autant plus difficile de définir la faute²²⁷³. Elle est considérée en général comme une volonté mal orientée, un comportement qui n'est pas celui attendu dans des circonstances précises²²⁷⁴. C'est un « manquement à l'obligation générale et universelle de se comporter en personne diligente et raisonnable à l'égard d'autrui »²²⁷⁵. Elle ne s'infère pas systématiquement de la violation d'une obligation préexistante et ne correspond pas nécessairement à un comportement moralement blâmable, qui la rapprocherait dans ce cas de la faute pénale. En revanche, on peut la décrire plus précisément grâce à certaines de ces caractéristiques. Elle peut être d'action ou d'omission²²⁷⁶, volontaire ou involontaire²²⁷⁷, liée à la « violation d'un devoir préexistant »²²⁷⁸ ou une non-conformité à une norme de conduite²²⁷⁹. L'ensemble de ces éléments doit être étudié plus en détail à l'aune de la diffamation.

656. Identification matérielle de la faute de diffamation. La faute constitutive de la diffamation possède des caractéristiques en sont assez proches de celles de la faute en matière de droit pénal français. Des considérations similaires ont agité les juges, pour mieux cerner le comportement préjudiciable dans ce contexte.

Quant à la matérialité de la faute d'abord, la diffamation civile peut être réalisée par n'importe quel vecteur de communication, qu'il soit écrit, verbal, une image, un dessin... Il peut s'agir de propos tenus pendant une émission de radio²²⁸⁰, une émission de télévision²²⁸¹,

²²⁷³ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-162 ; P. BRUN, préc., note 1405, n°297, p. 201.

²²⁷⁴ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-164.

²²⁷⁵ H. REID et S. REID, préc., note 349, °Faute.

²²⁷⁶ P. BRUN, préc., note 1405, n°308, p. 208.

²²⁷⁷ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-163 ; *Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S 392, par. 21.

²²⁷⁸ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-162.

²²⁷⁹ *Id.*, n°1-162.

²²⁸⁰ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999 ; *Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo*, préc., note 1999 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198.

²²⁸¹ *Gilles E. Neron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936.

une séance de conseil municipal²²⁸², mais aussi d'une publication sur les réseaux sociaux²²⁸³. Les communications dématérialisées sont sans aucun doute incluses dans le domaine de la diffamation civile. On peut même dire qu'elles cristallisent aujourd'hui l'essentiel des difficultés en la matière, par l'importance du contentieux engendré²²⁸⁴. En tous cas, la faute civile se réalise de toutes les manières possibles, tant qu'il y a communication d'un contenu significatif pouvant porter atteinte à la réputation d'autrui. Cette interprétation est d'ailleurs tout à fait logique, car conforme à la définition large de la faute civile. Une telle interprétation était d'autant plus nécessaire au Canada que le crime de libelle diffamatoire était au contraire restreint. Seule la faute civile est alors en mesure de permettre d'indemniser les victimes dans les cas où le crime ne peut être constitué. La faute civile compense la définition criminelle, volontairement tenue dans des limites strictes.

Le caractère englobant de la responsabilité a également pour effet d'abattre la distinction entre diffamation publique et diffamation privée²²⁸⁵. Cette distinction existe en droit criminel dans la mesure où le caractère public est une condition *sine qua non* de la consommation de l'infraction de libelle diffamatoire²²⁸⁶. En France, la distinction entraîne surtout des conséquences sur la gravité de l'infraction réalisée. La forme non publique de la diffamation ne relève que d'une contravention de première classe²²⁸⁷, marquant à l'évidence la moindre gravité reconnue aux faits qui n'ont pas été portés à la connaissance du public. On peut penser que l'on tirera les mêmes conséquences de la distinction en responsabilité civile, le préjudice étant de toute évidence moins important lorsque les propos diffamatoires n'ont été tenus qu'en privé. En revanche, il importe peu dans ce cadre également que les propos diffamatoires soient imputés sous forme d'affirmations ou de simples insinuations²²⁸⁸.

657. Indifférence au caractère véridique du propos. Le droit civil québécois présente surtout une différence majeure par rapport au droit criminel en marquant son indifférence à la vérité ou non du propos pour constituer une faute engageant la responsabilité de celui qui s'exprime. En effet, la jurisprudence a reconnu que des propos tout à fait véridiques pouvaient engager la responsabilité de leur auteur²²⁸⁹. En ce sens, le régime de responsabilité se rapproche

²²⁸² *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988.

²²⁸³ *Ayotte v. Chiaramonte*, préc., note 2263.

²²⁸⁴ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-294.

²²⁸⁵ *Id.*, n°1-295 ; M. A. GRÉGOIRE, préc., note 1368, n°7.

²²⁸⁶ *Supra*, n°612.

²²⁸⁷ Art. R621-1 C. pen.

²²⁸⁸ D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°182 ; M. A. GREGOIRE, préc., note 1368, n°7.

²²⁸⁹ *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 36.

d'avantage de celui établi en France sous la Loi sur la liberté de la presse. Bien entendu, le fait de placer la question de la vérité ou du mensonge en dehors de la réalisation même de la faute emporte les mêmes conséquences en termes de preuve, que celles constatées précédemment sur le plan pénal²²⁹⁰ : le fardeau de la preuve augmente pour celui qui se défend d'une accusation de diffamation. Il n'est cependant pas certain que le lanceur d'alerte puisse s'exonérer en arguant du seul caractère véridique de ses propos, comme cela est le cas en droit pénal français. L'intérêt étant ici d'indemniser les victimes d'atteintes à la réputation, de telles atteintes peuvent aussi survenir lorsque l'auteur dit quelque chose de vrai. Ce sera particulièrement le cas s'il agit afin de nuire intentionnellement à la réputation, grâce à des informations véridiques. Une telle intention n'est pas compatible avec l'honnêteté et la bonne foi que l'alerte exige. On n'y retrouve pas le désintéressement qui s'attache en principe à cette démarche, dont le but premier ne doit pas être de nuire aux intérêts de celui qu'il dénonce, mais de mettre sa parole au service du plus grand nombre. Le comportement n'en sera donc pas moins fautif. Il semble donc qu'il faille un autre critère pour permettre le lanceur d'alerte de s'exonérer de sa responsabilité.

À l'inverse, la jurisprudence admet aussi que des propos faux ne sont pas automatiquement considérés comme générateur d'une faute civile²²⁹¹, ce qui constitue une différence considérable avec la position adoptée en *common law*. Par exemple, si le lanceur d'alerte pouvait raisonnablement croire que les informations à sa disposition étaient vraies, alors qu'il était impossible d'accéder à la vérité, il devient plus difficile de considérer que ses révélations sont fautives. Ce sera le cas si des documents permettant d'accéder à la vérité sont falsifiés ou dissimulés, ou encore si le lanceur d'alerte interprète mal les données dont il dispose. Il semble alors plus difficile d'établir l'existence d'une faute.

Il ne sera pas forcément toujours évident de faire le départ entre les alertes de bonne foi et celles qui recèlent des intentions moins louables, ni même de savoir si le lanceur d'alerte avait les moyens de s'assurer de la véracité de ce qu'il s'apprête à révéler. Tout dépendra en grande partie des circonstances dans lesquelles l'alerte a été donnée.

658. Appréciation objective de la faute. Les circonstances de faits sont effectivement très importantes ici et de manière plus générale dans l'évaluation de la faute civile. Que ce soit dans le droit français ou québécois, l'appréciation du caractère fautif du comportement est

²²⁹⁰ *Supra*, n°625.

²²⁹¹ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 37.

soumise à une appréciation objective. On confronte le comportement litigieux avec un modèle abstrait de conduite, celui de la personne raisonnable²²⁹². Il s'agit d'une personne moyenne, ni exemplaire, ni tout à fait corrompue, normalement prudente et diligente. Cela signifie que ce standard laisse la place à la possibilité d'une erreur²²⁹³. Tout comportement ne constitue pas automatiquement une faute en matière civile²²⁹⁴. Cela explique donc pourquoi le fait de diffuser des informations fausses à l'égard d'une personne et susceptibles d'atteindre sa réputation n'est pas nécessairement une faute engageant la responsabilité. Encore faut-il vérifier que cette révélation ne correspond pas au comportement d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. Tout comme précédemment en droit pénal, on retient ici encore une approche *in abstracto* circonstanciée²²⁹⁵, celle que semblent favoriser les juges, quelle que soit le litige, tant elle offre la souplesse nécessaire à une évaluation nuancée de chaque situation. C'est en cela qu'il sera possible de distinguer les alertes réellement fautives de celles qui ne le sont pas.

659. Identification morale de la faute de diffamation. Enfin, la responsabilité est indifférente à la notion de culpabilité. Le but est d'indemniser les victimes des comportements non conformes à ce qui est attendu, mais certainement pas de sonder les consciences²²⁹⁶. Aussi, il n'y a pas lieu de s'interroger sur la nature intentionnelle ou non de la faute civile. Pourtant la jurisprudence québécoise s'est efforcée de les distinguer. Dans sa décision *Radio Sept-Îles*²²⁹⁷, la Cour d'appel du Québec distingue trois formes de fautes susceptibles de constituer une diffamation et l'intentionnalité semble paradoxalement y jouer un rôle :

- Les propos vrais²²⁹⁸ et dont on a déjà vu qu'ils pouvaient engager la responsabilité de celui qui les exprime²²⁹⁹

²²⁹² J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-161 ; P. BRUN, préc., note 1405, n°311, p. 210 ; D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°182 ; M. A. GREGOIRE, préc., note 1368, n°7.

²²⁹³ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-166 ; P. BRUN, préc., note 1405, n°311, p. 210.

²²⁹⁴ J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS et B. MOORE, préc., note 1999, n°1-164.

²²⁹⁵ *Id.*, n°1-164 ; P. BRUN, préc., note 1405, n°311, p. 210-211 ; D. GOUBAU et A.-M. SAVARD, préc., note 1119, n°182 ; M. A. GREGOIRE, préc., note 1368, n°7 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 38 ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936, par. 59 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 24.

²²⁹⁶ P. BRUN, préc., note 1405, n°311, p. 210.

²²⁹⁷ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Îles inc.*, préc., note 1999.

²²⁹⁸ *Id.* ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 36.

²²⁹⁹ *Supra*, n°659.

- Les propos de nature à entacher la réputation d'une personne que l'auteur sait être faux²³⁰⁰. La diffamation relève dans ce cas d'une action malveillante²³⁰¹. Dans ce cas, la faute civile ne se distingue pas de la faute pénale, française ou canadienne.

- Les propos de nature à nuire à la réputation d'autrui alors que l'auteur aurait dû savoir qu'ils étaient faux²³⁰². Dans ce cas-ci, il ne s'agit plus d'une intention, mais d'une simple négligence dans le traitement réservé à l'information. La prise en compte de cette forme de faute n'est en tout cas pas étonnante au regard de la nature de la responsabilité civile. Mais elle appelle à la vigilance pour le lanceur d'alerte. L'usage négligent de l'information permettra de le sanctionner civilement, par exemple quand il n'aura pas procédé aux vérifications nécessaires pour s'assurer de la véracité des informations, ou bien s'il n'en restitue pas le sens exact. S'il est à l'abri de toute sanction pénale, en France comme au Canada, où l'intention reste la règle, il ne faut pas négliger les répercussions que pourra avoir sa négligence et les sommes qui peuvent être dues à titre de réparation en conséquence de sa faute. Son seuil de consommation étant relativement bas, cette dernière impose la plus grande prudence au lanceur d'alerte dans sa prise de parole.

660. Lien de causalité entre préjudice et faute. Bien sûr, l'engagement de la responsabilité civile ne sera complet qu'à la condition de pouvoir établir que ce sont bien les propos tenus qui sont à l'origine de l'atteinte à la réputation, ce qui pose généralement peu de difficulté à la jurisprudence. Elle ne traite pour ainsi dire pas de cet aspect²³⁰³, ce dernier apparaissant implicite dans la reconnaissance même de la faute.

661. L'alerte, constitutive d'une faute engageant la responsabilité civile. Si l'ensemble des trois éléments précédemment étudiés est réuni – un préjudice à la réputation, une faute dans l'expression de propos et un lien de causalité entre les deux – on pourra dire qu'une diffamation de nature civile a été réalisée. La prise de parole ou la rédaction d'un écrit constitue bien un fait de l'homme, un comportement, tandis que le préjudice est de nature morale et consiste en l'atteinte à l'honneur ou à la réputation. Si ce sont les propos ou les écrits qui sont à l'origine de cette meurtrissure de l'esprit, alors il sera possible d'engager la

²³⁰⁰ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 36.

²³⁰¹ M. A. GREGOIRE, préc., note 1368, n°9.

²³⁰² *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 36.

²³⁰³ *Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc.*, préc., note 1999 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988 ; *Gilles E. Néron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, préc., note 1936 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198.

responsabilité civile de l'auteur. Dans le cas du lanceur d'alerte, le fait qu'il révèle une information économique ne le concernant pas personnellement est bien un comportement qui sera fautif s'il sait ou aurait dû savoir qu'il devait la taire. Le caractère intentionnel ou négligent de la révélation n'a pas d'importance. De même, il importe peu pour la responsabilité civile que les propos soient vrais ou faux, à charge pour le lanceur d'alerte de démontrer qu'ils sont véridiques et n'ont pas été révélés de façon fautive. Cette révélation conduit non seulement à un préjudice matériel du fait de la perte du privilège né de la connaissance de ladite information – et donc potentiellement des pertes économiques liées à l'avance concurrentielle prise grâce à celle-ci – mais encore à un préjudice moral, à cause de l'atteinte à l'image de l'entreprise, les révélations pouvant éclairer sous un jour très différent ses pratiques.

662. Conclusion : unicité de la faute diffamatoire. À l'issue de cette étude, on constate que la diffamation, d'un pays à l'autre et d'une matière à l'autre, contient une certaine cohérence. La proximité des systèmes juridiques français et québécois y est pour beaucoup. Même dans l'esprit de la *common law*, le principe du libelle diffamatoire reste relativement proche, à ceci près qu'il ne s'intéresse qu'aux allégations dont les effets persistent dans le temps. Pour le reste, la diffamation fait avant tout référence à une expression qui porte atteinte à la réputation d'autrui et dont le caractère public constitue une circonstance d'aggravante, justifiant une peine plus sévère, ou la nécessité de compenser un préjudice plus important. Le caractère public ou privé des propos n'a donc pas une réelle incidence sur la constitution de la diffamation elle-même.

La comparaison a permis de mettre en lumière la très grande proximité, voire l'unicité de la faute civile et de la faute pénale en matière de diffamation dans la tradition juridique française. La similarité est telle, que l'on peut comprendre pourquoi le juge civil a pu renoncer à sa compétence sur le vieux continent. Si les fautes sont tout à fait identiques et si le droit pénal ouvre largement la possibilité de poursuivre le délit, la faute civile sera elle aussi *ipso facto* démontrée. Ajoutons à cela que la victime peut agir directement devant les juridictions pénales pour obtenir, sur le fondement de l'action civile, réparation du préjudice subi du fait de l'infraction²³⁰⁴. La voie civile n'a peut-être pas grand-chose à apporter au débat sur la diffamation. Toutefois, cela prive quand même la victime de l'option offerte par le système juridique français lui permettant de choisir vers quelle juridiction se tourner pour obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'infraction. Cet aspect peut paraître non négligeable,

²³⁰⁴ Art. 2 C. pr. pén.

mais il ne faut pas perdre de vue les incidences d'un procès en diffamation sur la liberté d'expression, à la façon dont s'en préoccupent les juges canadiens.

663. Conclusion : situation du lanceur d'alerte face à la diffamation. À l'issue de cette étude de la diffamation, tant civile que pénale, il semble que deux critères soient véritablement centraux pour apprécier la responsabilité du lanceur d'alerte, dont les révélations ont un caractère diffamatoire. Ils permettent par la même occasion de préciser les circonstances dans lesquelles une alerte pourra paraître plus légitime. Il s'agit du caractère vrai ou faux du propos et de l'intention attachée à sa révélation. Selon la présence ou l'absence de ces deux éléments, il sera possible de moduler la responsabilité du lanceur d'alerte en 4 situations distinctes.

664. Fausseté et intention de nuire. Si les propos sont faux et ont été exprimés avec une intention de nuire, le degré de culpabilité et de nuisibilité de son action est maximum. Dans ce cas, le lanceur d'alerte commet les infractions de diffamation et une faute civile. Il s'agit de la forme la plus grave de diffamation et à ce titre, il court le risque d'engager sa responsabilité pénale et sa responsabilité civile, celle-ci pouvant faire l'objet d'un procès séparé au Québec, contrairement à la France. D'ailleurs, on peut douter qu'il s'agisse là encore d'une alerte, l'intention de nuire à autrui faisant perdre de vue son objectif premier, qui est en principe de la mettre au service du bien commun. Il est tout à fait cohérent dans cette hypothèse que le législateur ait choisi de proscrire ce type d'expression, tant elle s'éloigne des fondements de la liberté d'expression, sans en être pour autant exclue. En toute logique, la protection de la réputation l'emporte sur une expression d'un moindre intérêt pour le public. À ce titre, le choix du législateur de criminaliser cette diffamation se justifie tout à fait.

665. Vérité et intention de nuire. Si les propos sont vrais, mais diffusés avec une intention de nuire, cet élément mental dénote une certaine culpabilité là encore, mais d'un degré moindre que lorsque les propos sont faux. En effet, on ne retrouve pas ici la volonté de nuire adossée à un mensonge, mais plutôt l'instrumentalisation de la vérité. On devrait en conséquence constater la gravité moindre de la responsabilité engagée. Cela se traduit bien au Canada, puisque la responsabilité pénale du lanceur d'alerte ne peut y être engagée, un élément constitutif faisant défaut (fausseté du propos). En revanche, cela n'a pas d'incidence sur la responsabilité pénale française. Le lanceur d'alerte encourt la même peine que lorsque ses propos sont délibérément faux. L'échelle de la culpabilité semble moins subtile que celle instaurée en droit canadien. Cette hypothèse implique dans tous les cas la responsabilité civile du lanceur d'alerte, indifférente à la question de la vérité ou de la fausseté du propos.

666. Vérité et subtilité de l'intention. Il reste que l'élément mental traduisant une volonté de nuire soulève un doute quant à la viabilité de l'alerte. Ici encore, si le but premier des déclarations est de nuire à la réputation d'autrui, on peut douter que l'on puisse la qualifier d'alerte. En revanche, il est aussi possible que le lanceur d'alerte soit parfaitement conscient des répercussions de ses propos sur la réputation d'autrui et choisisse malgré tout de s'exprimer, parce qu'il considère que ce qu'il révèle est plus important que de ménager la réputation d'une personne morale. Cela peut être particulièrement le cas d'informations concernant un danger grave pour la population. On s'interroge alors sur le véritable objet du conflit de droits en opposition : il ne s'agit pas tant d'opposer la confidentialité et la protection de la réputation qui en découle, avec la liberté d'expression, mais plutôt la première avec la valeur fondamentale que le lanceur d'alerte cherche à préserver à travers son intervention. La recherche des motivations à l'expression s'avère alors d'autant plus essentielle pour faire le départ des expressions volontairement nuisibles de celles qui ne le sont pas et attester de la bonne foi du lanceur d'alerte.

La limite entre l'alerte valable et celle qui ne l'est pas, au regard de l'intention, peut paraître mince, mais elle est bien réelle. Elle relève d'une analyse sérieuse du contenu de l'alerte et de l'attitude de celui qui la lance, et relève donc pour beaucoup de l'appréciation qui en est faite par les juges. Cette hypothèse montre en tout cas d'autant plus à quel point les motivations du lanceur d'alerte sont primordiales. Elles permettent de situer l'alerte soit au cœur de ce qui constitue les valeurs de la liberté d'expression, soit à la périphérie de celles-ci, alors qu'au fond, le contenu exprimé est exactement le même. Il n'est pas admissible de constater d'un côté que les activités du lanceur d'alerte sont au cœur de la liberté d'expression et de l'autre, qu'elles sont prohibées au nom de la protection de la réputation d'autrui. L'incompatibilité conceptuelle devrait conduire à exclure les propos véridiques de la qualification de diffamation, tant qu'ils sont exprimés dans l'intention de les mettre au service de l'intérêt général. C'est l'objet du fait justificatif français d'*exceptio veritatis*²³⁰⁵, même si on peut regretter que la lourdeur procédurale attachée à cette justification la rende plus ou moins inopérante²³⁰⁶. Il semble en tout cas nécessaire de revenir, dans l'hypothèse d'un propos vrai diffusé avec intention de servir le bien commun, au principe de la libre expression²³⁰⁷.

²³⁰⁵ Art. 35 de la Loi sur la liberté de la presse. Pour une explication sur l'exclusion d'une telle justification : *infra*, n°975 et suiv.

²³⁰⁶ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°325, p. 187 ; Agathe LEPAGE, « Diffamation - Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », *Comm. Com. électr.* 2011.5.comm. 46.

²³⁰⁷ *Infra*, n°736 et suiv. et 959 et suiv.

667. Fausseté sans intention de nuire. Si les propos sont faux, mais prononcés sans intention de nuire, ou avec une certaine négligence, le degré de culpabilité est moindre. Le droit criminel canadien n'est plus applicable – à la condition de considérer que l'art. 301 C. crim est bien inconstitutionnel – et le droit pénal français ne l'est en principe pas non plus. Certes, le standard d'appréciation de la faute de l'art. 29 de la Loi sur la liberté de la presse soulève le doute, étant donné qu'elle est basée sur une appréciation objective qui rappelle celle que l'on peut utiliser dans l'établissement d'une faute d'imprudence²³⁰⁸. Le standard d'appréciation de la faute est très similaire à celui de la faute civile et ne se préoccupe que très peu de l'état d'esprit réel de l'auteur, notamment en raison de la difficulté de le démontrer. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'une simple faute de négligence. Si le prévenu démontre qu'il n'avait en réalité pas du tout conscience du caractère diffamatoire de ses propos, alors il devrait être relaxé. La présomption judiciaire établie à l'égard de l'élément moral n'a ici pour objectif, une fois de plus, que de faciliter la preuve du ministère public, alourdissant d'autant plus celle de notre lanceur d'alerte. Celui-ci pourra dire qu'il a fait une mauvaise interprétation des informations divulguées, qu'il n'a pas compris leur importance ou l'ampleur des conséquences qu'elles auraient pour la personne morale qu'elles concernent. Cette défense n'est pas évidente à mettre en place, mais pourrait fonctionner.

L'impossibilité de retenir la responsabilité pénale est bien ici révélatrice de la moindre gravité des faits. La simple négligence dénote un degré moindre de culpabilité et c'est en toute logique que la seule responsabilité civile est disponible. Cette fois-ci, il semblerait que la victime puisse se tourner directement vers le juge civil en France, puisqu'aucune infraction de presse n'est constituée. Le droit commun de la responsabilité reprend la main.

Surtout, la négligence ne permet pas de conclure que l'alerte n'est pas valable. Elle ne remet pas nécessairement en cause la bonne foi du lanceur d'alerte. Celui-ci a pu agir avec maladresse, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il souhaitait nuire à autrui. Dans ce cas, on devrait considérer qu'il s'agit malgré tout d'une alerte, ce qui devrait justifier d'alléger la responsabilité de celui qui l'a lancée, la cantonnant à sa forme civile. On ne peut pas forcément envisager une absence totale de responsabilité, dans la mesure où il est possible qu'il n'ait pas procédé aux vérifications nécessaires, pour s'assurer auparavant de la véracité de l'information qu'il divulgue. Dans ce cas, il est négligent, non seulement dans l'expression, mais aussi dans la récolte de l'information elle-même. On justifie amplement l'engagement de la responsabilité

²³⁰⁸ Pour des interrogations relatives à la possibilité d'une diffamation par imprudence en France : F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1686, p. 960.

civile du lanceur d'alerte, tant pour l'atteinte à la confidentialité qu'il a créée que pour les conséquences pour la réputation de la personne morale trahie.

668. Vérité en l'absence d'intention. Enfin, si les propos sont vrais et prononcés sans intention de nuire, cette hypothèse est très certainement celle où la culpabilité est minimale, voire inexistante. Cette hypothèse ne déclenche certainement pas une répression d'ordre pénal, ni en France ni au Canada. En revanche, elle ne fait pas nécessairement obstacle à l'engagement de la responsabilité civile. Celle-ci étant indifférente à la vérité ou fausseté du propos et à l'existence même d'une forme quelconque d'intention, il est théoriquement possible de l'engager, peu importe alors à quel point l'initiative du lanceur d'alerte est vertueuse.

669. Nécessité d'un équilibre avec la liberté d'expression. Dans cette hypothèse, la possibilité d'engager la responsabilité civile est plutôt susceptible d'inhiber le lanceur d'alerte et par ricochet de peser, lourdement sur sa liberté d'expression. Le montant des dommages-intérêts découlant de l'engagement de sa responsabilité peut être tout aussi dissuasif qu'une peine criminelle²³⁰⁹. Il n'est pas exagéré de penser que la perspective d'un procès civil et de ses conséquences financières puisse être tout aussi dommageable pour la liberté d'expression qu'une action pénale. Ce n'est pas parce qu'il s'agit d'action civile que celle-ci n'a pas d'incidence sur la liberté d'expression. Les juridictions québécoises et la Cour suprême en sont parfaitement conscientes : elles se soucient des conséquences que peut entraîner une condamnation pour diffamation sur la liberté d'expression. Elles prennent soin de rappeler à chaque fois à quel point il est important de maintenir un équilibre entre protection de la réputation et la liberté d'expression :

« Le concept de diffamation exige de concilier le droit à la protection de la réputation avec celui de la liberté d'expression, puisque ce qui appartient au premier est généralement retiré du second. (...) La liberté d'expression (...) constitue un des piliers des démocraties modernes. Elle permet aux individus de s'émanciper, de créer et de s'informer, elle encourage la circulation d'idées nouvelles, elle autorise la critique de l'action étatique et favorise l'émergence de la vérité.

Bien entendu, il n'existe pas d'instrument de mesure précis pour déterminer le point d'équilibre entre la protection de la réputation et la liberté d'expression. La conciliation de ces deux droits reposera sur le respect des principes qui servent de fondement à une société libre et démocratique. Le point d'intersection varie suivant l'évolution de la société. Ce qui était une limite acceptable à la liberté d'expression au 19^e siècle peut ne plus l'être aujourd'hui. D'ailleurs, au cours des dernières décennies particulièrement, on

²³⁰⁹ L. TAYLOR et D. PRITCHARD, préc., note 2247, 246.

observe une évolution du droit de la diffamation afin de protéger plus adéquatement la liberté d'expression à l'égard des questions touchant l'intérêt public. »²³¹⁰

Il est donc nécessaire de tempérer la possibilité d'engager la responsabilité civile du lanceur d'alerte pour diffamation et par extension pour les atteintes causées à la confidentialité de l'information économique, chaque fois que la vérité du propos est acquise et que le lanceur d'alerte est de bonne foi, démontrant son intention de mettre ses actions au service du l'intérêt commun. Comme le dit la Cour suprême, cette hypothèse est au cœur de ce qui fonde la liberté d'expression et mérite à ce titre une protection contre les risques de limitation excessive.

670. Conclusion : rééquilibrage vers la liberté d'expression. La fausseté ou la vérité du propos semble donc exercer une influence moindre sur la responsabilité du lanceur d'alerte que la nature de son intention. Celle-ci module la nature de la responsabilité engagée, tandis que la question de la fausseté du propos n'a même aucune incidence en France. Ce qui importe le plus finalement, pour identifier l'alerte et la valider, c'est que celui qui la lance n'a pas eu l'intention de nuire en le faisant. Ainsi, la bonne foi du lanceur d'alerte tient moins au fait qu'il dise ou non la vérité, qu'au fait qu'il s'exprime sans animosité ou sans intention de servir ses propres intérêts. On confirme alors l'idée que ce n'est pas une exemplarité parfaite que l'on attend du lanceur d'alerte, mais une certaine honnêteté, ce que confirment les dispositifs français et canadien relatifs à la diffamation.

En conséquence, il est nécessaire de tenir compte des motivations du lanceur d'alerte, car ce sont elles qui éclairent et expliquent le passage à l'acte, lui donnant toute sa dimension. On retrouve là l'idée que l'action du lanceur d'alerte ne peut se comprendre sans que l'on prenne en compte les mobiles qui l'animent²³¹¹. Grâce à eux, il est possible de faire échapper le lanceur d'alerte à sa responsabilité. Dans ce cas, c'est la liberté d'expression qui est privilégiée et la confidentialité qui est sacrifiée. On bascule alors dans la recherche des fondements justifiant de trancher le conflit en faveur de cette liberté fondamentale. Pour cela, on a recours à une technique juridique bien connue du droit pénal : celle des faits justificatifs. Ceux-ci permettent de prévenir les hypothèses d'atteintes excessives à une valeur négligée²³¹². Le législateur peut ainsi prévoir un rééquilibrage dans la résolution du conflit de valeurs, pour mieux rendre compte d'aspects secondaires ou indirects, mais en réalité tout aussi pressants, voire incontournables.

²³¹⁰ *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 16, 17 et 19.

²³¹¹ *Supra*, n°549.

²³¹² *R. c. Sharpe*, préc., note 1721, par. 60.

Chapitre 2

La justification de la levée de la confidentialité

*« Si vous fermez votre porte à toutes les erreurs, la vérité restera dehors. »
Rabindranath Tagore*

671. Pertinence des faits justificatifs. Il arrive au législateur ou au juge de décider, contrairement à ce qui précède, que la divulgation, notamment par le biais d'une alerte, l'emporte sur le maintien du secret de l'information économique. Pour identifier ce cadre, le droit pénal et le droit criminel sont, encore une fois, une grande source d'inspiration. Ces disciplines sont tout à fait exemplaires et proposent des solutions valables au-delà de leur domaine, pour l'analyse d'autres matières juridiques. Plus précisément, ce sont les faits justificatifs²³¹³ qui nous intéressent ici. Ces derniers visent justement à résoudre des conflits d'intérêts²³¹⁴ : « ce sont des mécanismes réalisant un ordonnancement de valeurs sociales en présence. »²³¹⁵ Ils constituent un cadre d'analyse privilégié, dans la mesure où le législateur propose un ensemble de dispositions permettant de résoudre des questions de conflits de droit. Bien évidemment, tous ne seront pas pertinents pour traiter de la question qui nous retient ici. Mais qu'ils s'agissent de faits justificatifs généraux ou spéciaux, ces derniers sont très révélateurs de certains rééquilibres opérés par le législateur.

672. Faits justificatifs et conflits de droits. Les faits justificatifs sont « des circonstances objectives, qui désarment la réaction sociale contre l'infraction pénale, et qui imposent des dérogations spéciales à l'application des textes répressifs généraux »²³¹⁶. La personne à qui l'on impute les faits pourra échapper à l'engagement de sa responsabilité, non pas parce qu'un élément constitutif – élément matériel ou *actus reus*, élément moral ou *mens rea* – fait défaut, mais bien parce que le législateur considère que dans ces circonstances, la réponse pénale perd de son intérêt. Les faits justificatifs « neutralisent et même suppriment l'élément légal de l'infraction, de sorte que celle-ci n'est pas juridiquement constituée »²³¹⁷, bien qu'elle le soit matériellement²³¹⁸.

²³¹³ Art. 122-4 et suiv. C. pen.

²³¹⁴ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°57, p. 21.

²³¹⁵ *Id.*, n°81, p. 30.

²³¹⁶ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°431, p. 556.

²³¹⁷ *Id.*, n°431, p. 556. Dans le même sens : T. DEBARD (DIR.) et S. GUINCHARD (DIR.), préc., note 1979, p. 475., °Faits justificatifs.

²³¹⁸ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°9, p. 3 et 4.

Les auteurs s'entendent pour concevoir les faits justificatifs comme « la solution logique d'un conflit de lois »²³¹⁹. En effet, ces derniers répondent à des circonstances précises et sont institués pour prendre en compte un intérêt considéré comme suffisamment légitime pour motiver l'éviction de la répression pénale²³²⁰. Par exemple, les textes autorisent, en France comme au Canada, la levée du secret professionnel, pour protéger des intérêts qui sont inévitablement considérés comme plus urgents. Ainsi en est-il de la protection de la vie²³²¹ ou de l'intégrité physique ou sexuelle²³²². Ces autorisations légales à lever le secret démontrent que le législateur a fait un choix net en faveur de la défense de ces intérêts. Faut-il donc bien qu'ils soient suffisamment urgents pour anéantir la pertinence de l'infraction. On choisit de renoncer à garantir la valeur défendue par l'infraction parce que celle sous-jacente au fait justificatif apparaît plus primordiale. On comprend alors pourquoi les faits justificatifs sont particulièrement exemplaires lorsque l'on cherche justement à régler un conflit de droits.

673. Multiplications des faits justificatifs applicables au lanceur d'alerte. En France, les faits justificatifs généraux sont ceux applicables à toute infraction sans distinction, qu'elle soit dans le Code pénal ou en dehors²³²³. Les faits justificatifs spéciaux sont ceux qui ne s'appliquent qu'à une ou plusieurs infractions spécifiques. Ils sont « affectés à un comportement infractionnel identifié »²³²⁴. Dans les deux catégories se trouvent des causes d'exemption intéressant le lanceur d'alerte et qui l'aideront à échapper à sa responsabilité pénale.

674. Interprétation législative. Toutefois, les faits justificatifs ne peuvent pas tout. D'abord, ils ne règlent pas la question sur le plan civil. Ensuite, il se peut que le législateur adopte des textes contradictoires, l'un allant dans le sens de la protection de la confidentialité, l'autre dans celui de la prise de parole. Dans ce cas, il ne s'agit pas de faits justificatifs, mais c'est un travail d'interprétation législative qui nous attend, afin de savoir lequel des deux textes l'emporte sur l'autre.

Le plus souvent, on a légiféré pour prévoir les cas où la prise de parole sera rendue possible, dans des circonstances bien précises. On y voit plutôt des causes spécifiques d'exemption de responsabilité, dans la mesure où, tout comme les faits justificatifs spéciaux, ils font référence à un comportement particulier. Il ne faut pas en conclure pour autant que ceux

²³¹⁹ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°433, p. 559.

²³²⁰ X. PIN, préc., note 892, n°242, p. 253.

²³²¹ *Code des professions*, préc., note 1485, art. 60.4 al. 3.

²³²² Art. 226-14 C. pen. ; *Code des professions*, *id.*, art. 60.4 al. 4.

²³²³ On les retrouve d'ailleurs pour la plupart dans le premier livre de ce code, ce qui appuie l'idée de leur universalité : A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°254, p. 94.

²³²⁴ *Id.*, n°341, p. 129.

qui votent les lois ont des sentiments plus développés en faveur de la liberté d'expression. Cela semble plutôt confirmer notre constat initial : en matière d'information économique, il est plus aisé de définir les cas où l'on peut lever la confidentialité que l'inverse, afin de s'assurer une effectivité de la confidentialité. De cette façon, on contrôle un peu mieux un secret très volatil, qui ne pourra plus être rattrapé une fois éventé. L'exercice n'a pas vocation à être exhaustif, mais permettra de confirmer si les intérêts évoqués ont effectivement le pouvoir de justifier de renoncer à la protection offerte par la confidentialité. De cette façon, on procède à une forme de rééquilibrage entre la protection des deux valeurs en jeu et on offre l'opportunité au lanceur d'alerte de s'exonérer d'un certain nombre d'infractions le menaçant.

Enfin, les législations française et canadienne ont mis en place des mécanismes pour procéder à l'alerte. L'existence même de ces mécanismes est révélatrice d'une intention législative de favoriser l'expression. Même s'ils ne sont pas une réponse directe à la commission d'infractions pour le lanceur d'alerte ni une modération de l'engagement de leur responsabilité civile, ils sont significatifs d'un souhait de laisser la parole libre quand un intérêt suffisamment urgent l'impose.

675. Fardeau de preuve et logique exonératoire. Contrairement au chapitre précédent, c'est majoritairement – si ce n'est exclusivement – au lanceur d'alerte d'apporter la preuve de la légitimité de sa prise de parole, en démontrant qu'il remplit les conditions d'une justification. La logique ici employée reste encore connotée par l'idée du caractère exceptionnel de la prise de parole. Il semble que le législateur, tout en reconnaissant la pertinence de l'expression, y attache des conditions strictes, notant le choix de maintenir le caractère exceptionnel de celle-ci. En d'autres termes, le législateur – mais aussi le juge à certaines occasions – s'inscrit dans la plus pure tradition du syllogisme observé plus haut : étant donné que, de façon pragmatique, il est plus évident de garantir par principe le secret et de décrire les cas où on y sursoit, il sera plus facile de maintenir par principe le secret et par exception, d'autoriser à le lever. L'utilisation des faits justificatifs par le législateur français répond à cette logique principe-exception et explique pourquoi la charge de prouver la légitimité de la prise de parole repose entièrement sur le lanceur d'alerte.

Au regard de ces éléments, on peut dégager deux grandes orientations par lesquelles résoudre le conflit en faveur de la liberté d'expression. D'une part, on peut se tourner vers des dispositifs généraux, qui n'ont pas été spécifiquement conçus pour les lanceurs d'alerte. En englobant ce phénomène dans leur domaine, ils participent à la résolution du conflit. C'est le cas notamment de certains faits justificatifs généraux (1). D'autre part, un ensemble de

dispositions spéciales, civiles ou pénales se sont développées autour de l'alerte pour en faciliter le lacement. Elles permettent de viser plus précisément sa situation, en lui faisant bénéficier soit d'une justification pénale, soit d'une exception à sa responsabilité. En levant les obstacles à sa prise de parole, il en ressort bien un abandon des obligations à la confidentialité. On y voit un choix clair en faveur de la liberté d'expression, même si les circonstances dans lesquelles une telle expression est possible ne font pas oublier qu'elle reste assez strictement encadrée. Ces dispositions spéciales restent, elles aussi, dans cette logique principe-exception, propre à l'identification d'un choix par priorité des valeurs (2).

1 La possibilité de lever la confidentialité à travers les faits justificatifs généraux

676. Faits justificatifs et alerte. Plusieurs faits justificatifs sont applicables à la situation de notre lanceur d'alerte. La démarche aide à trouver une issue à l'alerte en tranchant le conflit qui pourrait naître entre confidentialité et liberté d'expression. Ces causes de justification vont alors participer du rééquilibrage nécessaire dans la résolution du conflit en offrant une sorte d'échappatoire au lanceur d'alerte, qui peut entrevoir une possibilité de passer au travers des mailles du filet pénal. Indirectement, c'est aussi la reconnaissance de l'importance de sa contribution au débat général.

Ces faits justificatifs révèlent aussi une vision tranchée, peut-être un peu manichéenne, de la résolution du conflit. Ils conduisent soit à privilégier la préservation de la confidentialité, soit à laisser circuler l'information. Il n'y a pas de demi-teinte. Cette situation à l'avantage de la prévisibilité, puisque si le lanceur d'alerte remplit les conditions prédéfinies à l'avance, il aura l'assurance de voir sa prise de parole légitimée. Le point commun des justifications étudiées ci-dessous est donc qu'ils répondent à cette logique stricte d'exception, répondant à la nécessité de protéger prioritairement une confidentialité plus difficile à garantir.

Ceci est bien entendu une approche assez abstraite de la question. Cela ne tient pas forcément compte des aléas des applications effectives de ces faits justificatifs à des affaires données et à l'interprétation que les juges vont en faire. Quoi qu'il en soit, deux catégories de fait justificatif sont susceptibles de contribuer à la défense de la libre parole du lanceur d'alerte. D'abord, des faits justificatifs prétoriens, basés sur la prise en compte des droits fondamentaux du prévenu – ici le lanceur d'alerte – participent plus ou moins directement à cet effort en faveur de la prise de parole (1.1). Ensuite, les faits justificatifs généraux traditionnels que sont la nécessité et la légitime défense pourraient peut-être s'appliquer à l'alerte. Ils constitueraient autant d'obstacles supplémentaires à la répression pénale de celui qui la lance. (1.2)

1.1 Les autorisations légales favorables à l'alerte

677. Divergence des démarches. En droit canadien, on ne retrouve pas nécessairement la même variété de faits justificatifs applicables à l'alerte. Les juges de ce pays ne se sont pas saisis, comme leurs homologues français, des droits fondamentaux pour en faire des faits justificatifs. Constitutifs d'autorisation de la loi²³²⁵, ces droits ont bien une influence en droit criminel canadien, mais pas nécessairement sous la forme d'une justification. Ils demeurent dans le cadre plus traditionnel d'un contrôle de conformité fondamental entre deux normes hiérarchisées entre elles. Par ailleurs, il n'existe pas dans ce dernier pays un texte général équivalent à l'art. 122-4 C. pen. La question de l'autorisation de la loi n'est pas transposable telle quelle dans ce pays. Cela signifie que l'on trouvera moins d'hypothèses répondant à une logique justificative qu'en France.

Ces faits justificatifs présentent des conditions suffisamment strictes pour en déduire que le lanceur d'alerte dispose d'une très faible marge de manœuvre pour s'exprimer. La plupart du temps, les infractions demeureront applicables. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il y sera dérogé, lorsque les conditions strictes mises en place seront remplies. Parmi les faits justificatifs répondant encore à cette logique d'exception, on trouve les droits de la défense. Ce dernier émane d'une construction prétorienne française et se prête peu à la comparaison, mais il apparaît évident qu'il constituera une pierre angulaire de la défense du lanceur d'alerte (1.1.1).

Dans la même veine, on pourrait penser à la liberté d'expression, autre droit fondamental également utilisé pour atténuer la rigueur du droit pénal. Mais nous y reviendrons plus tard, car les derniers développements dont elle a fait l'objet ne semblent plus permettre de la traiter tout à fait comme une justification à part entière²³²⁶. En revanche, en s'emparant du droit à la liberté de conscience que nous avons dégagé, on peut se demander si ce droit-ci pourrait lui aussi être la base sur laquelle créer une nouvelle justification propre à l'alerte (1.1.2).

1.1.1 L'extension de l'autorisation de la loi au droit fondamental de la défense

678. Principe. L'autorisation de la loi est probablement la justification la plus simple et la plus répandue en droit pénal français. Toutes les fois où la loi le permet, une personne peut accomplir un acte qui, sans cet aval légal, constituerait une infraction²³²⁷. La présence d'un tel texte a donc pour effet de neutraliser le caractère prohibé du comportement visé. On peut donc

²³²⁵ Art. 122-4 C. pen.

²³²⁶ *Infra*, n°1032.

²³²⁷ Art. 122-4 C. pen. : « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. »

envisager une grande diversité d'autorisation de la loi, applicable à diverses infractions. Au regard des exigences nées du principe de légalité, ces textes seront majoritairement associés à un nombre réduit d'infractions, en faisant paradoxalement des faits justificatifs spéciaux, bien qu'issus d'une disposition générale du Code pénal.

679. Interprétation de la source de l'autorisation. La jurisprudence s'est saisie des droits fondamentaux pour en faire de nouvelles formes d'autorisation de la loi, novatrices et dotées d'un universalisme inédit. En se fondant sur des droits fondamentaux protégés soit en vertu du bloc de constitutionnalité²³²⁸, soit en vertu de conventions internationales²³²⁹, le juge français s'assure que le fondement de son autorisation de la loi correspond aux exigences textuelles précisées à l'article 122-4 al. 1 C. pen. En effet, ce dernier exige simplement que la prescription évinçant le texte pénal soit d'origine légale ou réglementaire. On peut alors envisager qu'il ne s'agit là que de minima et non pas qu'on impose impérativement le recours aux textes issus de l'une de ces deux sources²³³⁰. En vertu des principes régissant la hiérarchisation des normes, si un texte législatif est suffisant, alors une norme supérieure peut l'être aussi. Il n'existe donc pas d'obstacle conceptuel à se saisir des normes supra-législatives pour fonder des autorisations de la loi, particulièrement si cela s'avère nécessaire pour garantir le respect d'un droit fondamental.

680. Difficultés de preuve dans les conflits de travail. Cette démarche semble avoir séduit la jurisprudence. Elle l'a exploitée dans un cas qui intéresse en premier lieu le lanceur d'alerte, à propos des droits de la défense. L'art. 6 de la Conv. EDH et l'article 14 PIDCP proclament le droit à un procès équitable. Ce dernier regroupe en réalité un ensemble de garanties permettant de s'assurer que la justice est rendue dans des conditions acceptables. Parmi ces garanties, on retrouve notamment la possibilité pour une personne de se défendre en justice d'une accusation²³³¹ et celle de disposer des armes suffisantes pour pouvoir se faire

²³²⁸ Particulièrement s'ils sont contenus dans la DDHC.

²³²⁹ La Convention européenne essentiellement.

²³³⁰ Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », Dr. pen. 2008.9. étude 17, 21, n°15, p. 23 ; Marie-Christine SORDINO, « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », Dr. pen. 2010.4. étude 6, 20, n°16, p. 23.

²³³¹ Art. 6 al. 3 Conv. EDH. : « Tout accusé a droit notamment à :

- a) Être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ;
- b) Disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- c) Se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ;

entendre devant une juridiction²³³², même non pénale²³³³. Le principe d'égalité des armes implique d'ailleurs de garantir l'accès aux pièces et preuves favorables à sa cause.

Dans les faits, il peut exister une réelle inégalité entre les parties relativement à l'accès à la preuve. C'est particulièrement le cas dans les relations de travail, lorsqu'un salarié a été congédié. Au moment où survient le procès dans lequel il conteste la légitimité de son licenciement, il n'a plus accès à l'entreprise ni aux preuves qui l'aideront à faire valoir qu'il a été remercié en l'absence de cause réelle et sérieuse. Il y a là une véritable inégalité entre les parties, l'employeur pouvant se réfugier derrière la confidentialité pour faire obstacle à l'accès à certains documents pourtant favorables à la cause de son ancien employé. Il n'était donc pas rare que certains, sentant venir l'heure du licenciement et en contestant le bien-fondé, se constituent des preuves avant d'être définitivement chassés. Mais comme nous l'avons vu, ce genre d'actes peut être qualifié pénalement de vol²³³⁴. Le salarié se retrouve donc contraint de commettre une infraction pour pouvoir disposer des documents faisant la preuve du bien fondé de ses prétentions, situation qui semble intenable. Elle porte atteinte aux droits de la défense de l'ex-employé, privé de la possibilité d'accéder aux preuves nécessaires pour plaider sa cause.

681. Consécration jurisprudentielle. La chambre sociale de la Cour de cassation a été prioritairement sensibilisée à la question, bien que la première décision rendue à ce propos ne l'ait pas été sur le fondement de l'art. 6 Conv. EDH²³³⁵. La formation avait tout de même décidé, dans son chapeau de principe, que « le salarié peut produire en justice, pour assurer sa défense dans le procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'entreprise dont il a la connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. »²³³⁶ Il faut attendre 2004 pour qu'apparaisse la référence à l'article 6 Conv. EDH²³³⁷ et surtout, que cette solution soit reprise par la chambre criminelle de la Cour de cassation, faisant ainsi converger les positions des deux chambres.²³³⁸ C'est à compter de cet instant que l'on peut dire que les droits de la défense sont

-
- d) Interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ;
 - e) Se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. »

L'article 14 § 3 PIDCP reprend *mutatis mutandis* les mêmes garanties relativement aux droits de la défense.

²³³² F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°278, p. 474.

²³³³ *Id.*, n°258, p. 434.

²³³⁴ *Supra*, n°267.

²³³⁵ Soc. 2 décembre 1998, préc., note 1919. L'arrêt a été rendu au visa de l'article 1315 C. civ., nouvellement 1353, et qui concerne la preuve des obligations.

²³³⁶ *Id.*

²³³⁷ Crim. 11 mai 2004, *Bull. crim.*, n°113 et 117, D. 2004. 2326, obs. Kobina Gaba. Le premier de ces arrêts a été rendu sur le fondement européen des droits de la défense.

²³³⁸ Soc. 30 juin 2004, *Bull. civ.* V, n°187 ; Crim. 11 mai 2004 *id.* W. JEANDIDIER, préc., note 861, n°70 ; V. MALABAT, préc., note 868, n°765, p. 455.

devenus un fait justificatif, dans la mesure où la chambre spécialisée en droit pénal a repris elle aussi le principe de cette justification à l'appui d'un droit fondamental.

682. Faits justificatifs soumis à des conditions strictes : nature du litige. Les conditions de la reconnaissance de ce fait justificatif restent néanmoins très strictes. D'abord, la défense n'est envisageable que lorsqu'il s'agit d'un litige prud'homal. En effet, la chambre criminelle a exclu qu'un salarié poursuivi pour diffamation ait recours à cette justification pour expliquer un vol de documents qu'il avait réalisé afin d'établir la vérité des faits qu'il avait imputés²³³⁹. Les droits de la défense ne sont donc admis que dans la cadre d'un procès devant les juridictions prud'homales, relativement à un conflit employeur/employé.

C'est assurément une mauvaise nouvelle pour notre lanceur d'alerte. En effet, ce dernier est susceptible d'être ce salarié licencié sans cause réelle ni sérieuse, surtout lorsque son employeur a pris cette décision à titre de mesure de rétorsion, parce qu'il a osé donner l'alerte. On comprend donc que s'il enclenche un procès pour contester son licenciement, alors il pourra faire valoir cette défense et présenter les documents dont il a eu connaissance lors de l'exercice de ses fonctions. En revanche, il sera impossible de plaider la même chose dans le cas où son ancien employeur décide aussi de déposer plainte pour la diffamation que constitue l'alerte.

683. Critique de la distinction. Cette distinction entre les deux contextes, prud'homal et pénal, ne paraît pas tout à fait satisfaisante. On comprend que la Cour de cassation a voulu limiter la possibilité de recourir à ce fait justificatif, mais le critère qu'elle retient, basé sur la nature de la juridiction qui se prononce, n'est pas efficace. Il fait fi d'une réalité judiciaire, voulant que les juridictions pénales – et bien d'autres d'ailleurs – soient aussi amenées à connaître de relations de travail houleuses²³⁴⁰. Il semble artificiel de séparer les questions prud'homales et pénales, surtout lorsque les liens entre les deux sont indubitables. En effet, le fait que l'employeur poursuive son salarié lanceur d'alerte pour diffamation est très certainement une mesure de représailles, au même titre qu'un licenciement. Pourquoi alors ne pas permettre au lanceur d'alerte de se défendre avec la même intensité dans les deux cas, en légitimant l'appropriation des documents de l'employeur nécessaires pour faire la preuve de ces prétentions ? On construit une distinction entre les différentes réactions de l'employeur, engendrant un net désavantage pour le lanceur d'alerte : non seulement il doit potentiellement lutter contre un licenciement illégitime, mais encore, il ne pourra pas se dédouaner d'une

²³³⁹ Crim. 9 juin 2009, préc., note 896.

²³⁴⁰ Harold KOBINA GABA, « Exception au principe des droits de la défense du salarié et nature du litige », D. 2010.306, 307.

poursuite en diffamation en rapportant la preuve de la vérité de ce qu'il impute grâce à des preuves dont il dispose déjà pour son procès prud'homal. C'est un peu comme si les juges considéraient qu'il est plus difficile de se constituer une preuve dans le cadre d'un licenciement que dans celui d'une diffamation, ce qui semble absurde.

Par ailleurs, la nécessité de garantir un procès équitable et donc de se défendre n'est pas une considération moins urgente en matière pénale. Au contraire, au regard des enjeux de la matière pénale, notamment le risque d'une perte de liberté associée aux peines d'emprisonnement, il semble même qu'assurer une défense pleine et entière soit un impératif d'autant plus urgent dans ce domaine²³⁴¹. Les personnes suspectées d'avoir commis une infraction devraient pareillement avoir la possibilité d'accéder aux preuves nécessaires à la légitimation de leur action. Si les documents détenus par l'employeur sont les seules preuves disponibles pour le faire, pourquoi en seraient-ils privés, sous le prétexte qu'ils ont eu le malheur d'atterrir devant une juridiction pénale, plutôt que prud'homale ?²³⁴²

684. Droits de la défense dans la matière pénale. La limitation est d'autant moins logique que le principe des droits de la défense a permis d'écarter l'application de plusieurs autres infractions, comme le secret professionnel²³⁴³. Les juges reconnaissent qu'« on ne saurait refuser à qui que ce soit le droit de se défendre, et cette liberté essentielle ne peut être mise en échec par les règles du secret professionnel. »²³⁴⁴ Il est donc admis que les droits de la défense peuvent justifier une levée du secret médical²³⁴⁵, du secret de l'avocat²³⁴⁶ ou encore pour un journaliste le recel de violation du secret de l'instruction²³⁴⁷. De même, la Cour de cassation avait reconnu qu'un enregistrement clandestin d'une conversation par un employé congédié

²³⁴¹ La Charte canadienne le reconnaît aussi une série de droits spécifiques pour les personnes poursuivies dans le cadre d'un procès pénal ou criminel (art. 11), confirmant la particularité de la matière et l'importance d'y garantir les droits fondamentaux.

²³⁴² Pour un soutien à la solution de la Cour de cassation : M.-C. SORDINO, « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », préc., note 2330, n°14, p. 22.

²³⁴³ Art. 226-13 C. pen. H. KOBINA GABA, préc., note 2341, 307 ; M.-C. SORDINO, *id.*, n°9 p. 21.

²³⁴⁴ Douai, 26 octobre 1951 ; M.-C. SORDINO, *id.*, n°6, p. 21.

²³⁴⁵ Paris, 16 février 1966, D. 1966. 618 : « le demandeur en justice (...) ne saurait, sans violer le principe fondamental du droit de la défense, invoquer la règle du secret professionnel pour interdire à son adversaire d'utiliser et de lui opposer d'autres documents ou renseignements médicaux, et mettre ainsi celui-ci dans l'impossibilité de discuter ses prétentions et de résister à sa demande ». Ainsi, un médecin peut violer le secret professionnel, si les documents relatifs à ce dernier lui permettent de se défendre en justice contre une plainte de l'un de ses patients ; Crim. 24 avril 2007, *Bull. crim.*, n°108.

²³⁴⁶ Crim. 29 mai 1989, *Bull. crim.*, n°218 : « l'obligation au secret professionnel d'un avocat ne saurait lui interdire, pour se justifier de l'accusation dont il est l'objet et résultait de la divulgation par un client d'une correspondance échangée entre eux, de produire d'autres pièces de cette même correspondance utiles à ses intérêts ». ; Crim. 28 octobre 2008, *Bull. crim.*, n°215.

²³⁴⁷ Art. 321-1 C. pen. ; Crim. 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n°132 ; Crim. 11 février 2003, *Bull. crim.*, n°29 ; H. KOBINA GABA, préc., note 2340, 307 ; M.-C. SORDINO, « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié » préc., note 2330, n°8, p. 21.

avec ses anciens collègues, afin de se constituer une preuve pour la contestation de son licenciement, n'est pas constitutif de l'infraction d'espionnage audiovisuel²³⁴⁸. Si la motivation de la chambre criminelle ne s'appuie pas explicitement sur les droits de la défense et que son argumentaire est discutable²³⁴⁹, on ne peut en réalité justifier la relaxe de l'auteur de l'enregistrement que du fait que la production de ce dernier était nécessaire pour mener à bien sa défense dans le procès prud'homal²³⁵⁰. Il est regrettable que la question n'ait pas été soulevée devant la Cour, mais on peut y voir déjà les prémisses d'une extension de la question des droits de la défense à cette infraction, permettant de considérer que ces derniers sont peut-être finalement un fait justificatif général, applicable au-delà de la seule question du vol de documents pour s'en constituer une preuve.

684. Cohérence des solutions. On constate donc que plusieurs autres infractions connaissent une justification par les droits de la défense, ce qui confirme de la placer parmi les faits justificatifs généraux²³⁵¹. On comprend d'autant moins pourquoi il ne serait pas possible d'y avoir recours pour se défendre d'une accusation de vol de documents nécessaires pour constituer une preuve dans un procès en diffamation. D'ailleurs, un arrêt de la chambre criminelle rendu en 2003 semble avoir pris conscience de ces contradictions :

« Le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces d'une information en cours de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires. »²³⁵²

Pourquoi ce changement de position entre 2003 et 2009 ? Est-ce dû au fait que l'auteur de l'infraction est dans un cas un journaliste et dans l'autre un salarié ? Une telle distinction semble être de nature à créer des disparités inacceptables entre les personnes selon leur statut. D'autant plus que dans le cas du salarié en 2009, sa prise de parole avait tendu à dénoncer des pratiques discutables de la part de son ex-employeur, ce qui le rapproche grandement du statut de lanceur d'alerte²³⁵³. Il est alors difficile de savoir pourquoi la Cour de cassation a ainsi posé son veto à l'applicabilité du fait justificatif des droits de la défense pour un vol de documents

²³⁴⁸ Art. 226-1 C. pen. ; Crim. 14 février 2006, *Bull. crim.*, n°38., D. 2007. 1184, note Saint-Pau ; H. KOBINA GABA, préc., note 2340, 308.

²³⁴⁹ Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique amicale relative à l'activité professionnelle », D. 2007.1184, 1186.

²³⁵⁰ *Id.*, 1187.

²³⁵¹ Pour une position plus nuancée, d'une phase transitoire du spécial vers le général : A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°396, p. 151.

²³⁵² Crim. 11 février 2003, préc., note 2347.

²³⁵³ Le salarié, ancien chauffeur-livreur, avait dénoncé les conditions peu sécurisées dans lesquelles les marchandises étaient transportées par l'entreprise qui l'employait, notamment contre les risques de vol (Crim. 9 janvier 2009, *Bull. crim.*, n°118).

nécessaires à la preuve de la vérité des faits imputés publiquement. Cette dimension d'alerte avait probablement échappé à la vigilance des juges, qui n'étaient peut-être pas aussi sensibles à la question à l'époque. Quoi qu'il en soit, la reconnaissance d'un statut au lanceur d'alerte et la nécessité de garantir leur prise de parole devraient permettre d'exiger une extension du fait justificatif des droits de la défense en toute circonstance, quelle que soit la nature du procès concernée.

685. Justification du recel. Cette extension au vol paraît d'autant plus justifiée qu'en 2010²³⁵⁴, le législateur français a expressément reconnu qu'il était possible de s'exonérer de l'infraction de recel²³⁵⁵ lorsqu'une personne présente des éléments issus de la violation d'un secret professionnel ou judiciaire pour se défendre d'une poursuite pour diffamation²³⁵⁶. Ainsi, pour faire valoir la justification de bonne foi ou de vérité du fait diffamatoire, un prévenu est autorisé à commettre une infraction de recel, tant que cela relève des « nécessités de sa défense »²³⁵⁷. Les droits de la défense sont sans aucun doute au fondement d'une telle autorisation. Seulement, cette classe de justification – comme les autres d'ailleurs – fait l'objet d'une interprétation stricte. La seule mention du recel ne devrait pas permettre d'en conclure qu'il est possible d'en étendre le principe à celui qui a volé des documents pour établir la véracité de ces imputations. Il est donc clair que ce texte s'adresse avant tout aux journalistes²³⁵⁸, qui se trouvent d'ailleurs fréquemment auteurs de recel de secrets professionnels et judiciaires dans l'exercice de leur fonction. Mais la loi n'a clairement pas pris en compte l'hypothèse du lanceur d'alerte, qui a un accès en première main aux documents litigieux destinés à donner corps à leurs inquiétudes. L'obstacle est d'autant plus insurmontable que le droit pénal français s'oppose catégoriquement à l'imputation cumulative des infractions de vol et recel à l'égard de la même personne. Le lanceur d'alerte pourra alors difficilement bénéficier de cette justification, s'il est par ailleurs celui qui a récolté frauduleusement lesdits documents. On peut comprendre que l'intérêt pour les lanceurs d'alerte n'était pas aussi grand au moment où cette loi a été votée. Mais la question de leur protection a éclos depuis. Une façon de remédier au problème pourrait être simplement d'ajouter par apposition, dans le dernier

²³⁵⁴ *Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources journalistiques*, J.O. 5 janvier 2010, texte n°1.

²³⁵⁵ Art. 321-1 C. pen. Voir *supra*, n°265 et suiv.

²³⁵⁶ Art. 35 al. 10 de la Loi sur la liberté de la presse.

²³⁵⁷ *Id.*

²³⁵⁸ Le titre de la loi introduisant cet alinéa est particulièrement éloquent, puisqu'il vise bien le secret des sources journalistiques, et non pas une nouvelle défense générale dans le cadre d'un procès en diffamation.

alinéa de l'article 35 de la Loi sur la liberté de la presse, le terme « vol » immédiatement avant celui de « recel ». Une telle extension serait alors effective et bénéficierait aux lanceurs d'alerte.

686. Faits justificatifs soumis à des conditions draconiennes : nécessité stricte des documents. Il nous semble donc absolument nécessaire d'étendre cette justification par les droits de la défense aux procès pénaux impliquant des relations employeur-employés et qui ne sont pas strictement liés à un licenciement. La protection efficace des lanceurs d'alerte et de leur prise de parole l'exige, pour se prémunir de condamnations en diffamation, lorsque la preuve de la véracité des propos dépend de l'accès à la documentation patronale. D'autant plus que le fait justificatif des droits de la défense pose une autre condition suffisamment restrictive pour maîtriser le recours à ce dernier et maintenir un certain équilibre entre répression et justification. Les documents soustraits à l'employeur doivent l'avoir été alors qu'ils étaient « strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense »²³⁵⁹. Cela signifie que le salarié ne doit pas avoir d'autres choix que de s'emparer illégalement de ses documents, car c'est pour lui le seul moyen de démontrer en justice le bien-fondé de ses prétentions²³⁶⁰. On y voit un critère de nécessité stricte²³⁶¹, soumis à un contrôle des juges devrait amplement suffire à contenir l'utilisation de ce fait justificatif aux seuls véritables cas où la personne, employée ou lanceur d'alerte, n'a pas d'autres choix que de commettre une infraction pour accéder aux informations nécessaires à sa défense. Est exclu du bénéfice de ce fait justificatif l'employé qui emporte davantage de documents que ceux strictement nécessaires à la défense de son bilan²³⁶², ou plus simplement qui en copie certains n'ayant rien à voir avec l'organisation de sa défense²³⁶³.

687. Lien avec la libre expression du lanceur d'alerte. Si le lien entre droits de la défense et liberté d'expression n'est pas explicite, on voit bien comment les premiers participent indirectement à garantir la seconde. Les faits justificatifs des droits de la défense permettront aux lanceurs d'alerte de se défendre en justice d'une accusation de diffamation et de vol, ou encore de l'atteinte à la vie privée qu'il aura réalisée pour rapporter les preuves crédibilisant ses propos. C'est certainement une protection de deuxième ligne, mais qui n'en est pas moins

²³⁵⁹ Crim. 11 mai 2004, préc., note 2337 ; Crim. 12 janvier 2016, n°13-84.339 ; Crim. 7 novembre 2018, n°17-82.459.

²³⁶⁰ M.-C. SORDINO, « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié » préc., note 2330, n°6, p. 21.

²³⁶¹ J.-C. SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », préc., note 2330, n°16, p. 23.

²³⁶² Crim. 21 juin 2001, *Bull. crim.*, n°149 ; Crim. 24 mai 2018, n°17-82.321, *Juris-Data* n°2018-008640 ; Crim. 7 novembre 2018, préc., note 2359.

²³⁶³ Crim. 27 avril 2011, n°10-86.233 (employé qui avait pris et photocopié des documents qui n'avaient aucun rapport avec la nécessité de se défendre en justice).

essentielle. Protéger les lanceurs d'alerte contre les éventuelles représailles de son employeur, ou plus généralement du gardien des informations divulguées, est aussi un aspect essentiel pour garantir sa liberté d'expression.

688. Maintien de la justification dans un cadre exceptionnel. Au-delà de ces considérations, ce critère de nécessité stricte tel qu'il est entendu – la commission de l'infraction était pour ainsi dire le seul moyen de se procurer les documents nécessaires à sa défense – place cette justification au seuil de la contrainte. La jurisprudence maintient un encadrement strict sur ses conditions d'application. La possibilité de faire valoir ses droits de la défense pour commettre une infraction est maintenue dans un cadre exceptionnel.

Cette configuration peut poser question s'agissant du lanceur d'alerte. Si ce dernier peut effectivement plaider les droits de la défense pour se défendre de poursuites pénales pour vol, diffamation ou abus de confiance, il reste qu'il s'est lui-même mis en situation de devoir recourir à cette défense, en choisissant de lancer une alerte. Caractérisée dans d'autres faits justificatifs comme une faute antérieure privant de la possibilité de les invoquer²³⁶⁴, il est possible que cette situation affecte pareillement le lanceur d'alerte. On aurait tendance à y voir le renforcement de l'idée selon laquelle cette justification a plutôt vocation à s'appliquer de façon exceptionnelle, ce qui semble d'ailleurs être le souhait de la jurisprudence et une partie de la doctrine. Dans ce cas, l'aide qu'elle représente pour le lanceur d'alerte à faire valoir ce dont il a été le témoin restera plutôt marginale. On ne peut pas vraiment y voir une tentative de la part de la jurisprudence de recourir à une véritable mise en balances des intérêts.

Dans le cadre des droits de la défense, les juges sont finalement restés conformes à l'approche classique des faits justificatifs, destinés à s'appliquer de façon plutôt exceptionnelle par rapport à la répression des faits constitutifs d'infractions.

689. Protection directe de la liberté de conscience. Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 février 2003²³⁶⁵, les droits de la défense ne sont pas le seul droit fondamental qui a été invoqué pour justifier la commission d'une infraction nécessaire pour rapporter la preuve de la vérité de l'imputation diffamatoire. La chambre criminelle invoque également l'article 10 Conv. EDH, c'est-à-dire la liberté d'expression. Nous reviendrons ultérieurement sur ce fondement, car sa place en tant que fait justificatif prête au débat. En revanche, une autre

²³⁶⁴ C'est le cas notamment de l'état de nécessité : Jean LARGUIER, Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBRON, *Droit pénal général*, 23e éd., coll. Mémentos, Paris, Dalloz, 2018, p. 65; X. PIN, préc., note 892, n°259, p. 271.

²³⁶⁵ Crim. 11 février 2003, préc., note 2347.

liberté de l'esprit a été abordée qui pourrait fonder l'action du lanceur d'alerte : la liberté de conscience. On peut se demander si celle-ci pourrait aussi devenir un fait justificatif à part entière, dont la protection ne serait alors plus masquée derrière les droits de la défense ou la liberté d'expression.

1.1.2 Extension de la justification à la liberté de conscience ?

690. Intérêt d'une telle justification. Si la liberté d'expression devient une cause de justifications de plus en plus répandue des infractions en France, pourrait-il en être de même avec la liberté de conscience ? Ce principe fondamental, dénué de sa dimension religieuse a fait son apparition en droit²³⁶⁶, et est susceptible d'intéresser les lanceurs d'alerte, quand leur intervention semble motivée par des convictions aussi profondes que sincères. Pour autant, est-ce suffisant pour actionner ce fondement en tant que justification d'une infraction pénale ?

On pourrait d'emblée douter de la pertinence d'une telle démarche. Liberté de conscience et liberté d'expression étant intimement lié et l'une n'étant que la manifestation de l'autre, au moment où l'idée est extériorisée il n'y a plus vraiment de raison de vouloir consacrer cumulativement les deux fondements. Il ne serait donc pas plus utile de consacrer la liberté de conscience comme justification autonome, là où la liberté d'expression remplit déjà son office. Cependant, on a aussi remarqué que la liberté de conscience pouvait retrouver un intérêt, d'une part lorsque le comportement visé n'entre pas réellement dans la définition de la liberté d'expression²³⁶⁷, d'autre part lorsqu'elle confère une prérogative défensive²³⁶⁸, pour ne pas qu'une personne soit contrainte d'adopter des comportements qui heurteraient sa conscience. Ainsi, cette liberté devrait autoriser les personnes à se soustraire à certaines obligations incompatibles avec leurs convictions²³⁶⁹, dans une forme de désobéissance civile basée sur un droit fondamental. Mais ce droit pourrait-il aller jusqu'à permettre de se dérober à la loi pénale ?

691. Domaine de la justification : infractions d'omission. Si l'on suit cette logique, la liberté de conscience a un intérêt principal lorsqu'un comportement est imposé à une personne. D'un point de vue pénal, cela reviendra à restreindre le champ d'application d'un tel fait justificatif aux hypothèses où le législateur impose l'observation d'un comportement, en en incriminant le non-respect. Autrement dit, cela concernerait principalement les infractions d'omission. Le domaine d'application d'un tel fait justificatif basé sur une option de conscience

²³⁶⁶ *Supra*, n°443 et suiv.

²³⁶⁷ *Supra*, n°467.

²³⁶⁸ *Supra*, n°468.

²³⁶⁹ *Id.*

serait donc mathématiquement restreint, étant donné que le législateur français a peu recours à ce genre d'obligations à agir sous la menace d'une sanction pénale. Cela pour des raisons tant techniques²³⁷⁰ que philosophiques²³⁷¹ : le droit pénal participe aussi à la protection des libertés individuelles en prescrivant limitativement et clairement les interdits, ce qui veut dire corrélativement qu'en dehors de ces interdits, la liberté reprend le dessus. Au contraire, la prescription d'une obligation à agir est plus restrictive de liberté, tant les limites de cette obligation peuvent parfois sembler floues. Invoquer la liberté de conscience pour échapper à une obligation d'agir de nature pénale a donc moins de chance de prospérer, du simple fait que de telles infractions sont moins nombreuses.

On pourrait penser d'emblée à l'infraction d'omission de porter secours²³⁷² qui incrimine le fait de ne pas porter assistance à une personne dont la vie ou l'intégrité physique est menacée. Même encore dans ce cas, il est assez peu probable que des juges acceptent d'entendre une argumentation selon laquelle on pourrait accepter de sacrifier la vie d'un individu pour sauvegarder les convictions d'un autre. D'ailleurs, la jurisprudence a bien rejeté la possibilité de faire appel à sa religion pour échapper à la répression pénale, dans le cas de témoins de Jéhovah ayant refusé d'appeler un médecin pour soigner leur enfant gravement malade²³⁷³. Les convictions non religieuses devraient recevoir le même traitement, ne faisant pas le poids face à l'obligation de préserver la vie. Le modèle de la priorité des droits ne le permet pas.

Si l'on se concentre sur notre lanceur d'alerte, le nombre d'infractions d'omission qui lui seraient applicables semble encore plus se restreindre. On pourrait alors se tourner vers les infractions générales imposant des obligations de dénonciations²³⁷⁴. Classées parmi les entraves à la saisine de la justice et non pas les atteintes aux personnes, ces infractions incriminent le fait de ne pas alerter les autorités judiciaires lorsque l'on a connaissance d'un crime « dont il est encore possible de prévenir les effets »²³⁷⁵ ou d'empêcher la réitération. Elles auraient peut-être la faculté d'être justifiées par la liberté de conscience, à condition de faire valoir une conviction suffisamment urgente et importante pour admettre une entrave au cours de la justice. Cela

²³⁷⁰ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°483, p. 611 et 612 ; X. PIN, préc., note 892, n°181, p. 185. Les auteurs soulèvent deux principaux obstacles, que sont la difficulté à établir un lien de causalité entre un dommage et une absence d'action, un non-événement, ainsi que le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

²³⁷¹ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°485, p. 613.

²³⁷² Art. 223-6 al. 2 C. pén.

²³⁷³ Crim. 29 juin 1967, *Bull. crim.*, n°199.

²³⁷⁴ Art. 434-1 à 434-3 C. pén.

²³⁷⁵ Art. 434-1 C. pén.

suppose tout de même de vérifier là aussi la proportionnalité de l'atteinte à cette dernière par rapport à l'intérêt sauvegardé... Ce qui paraît peu acceptable, au regard des valeurs associées aux infractions qu'il s'agit ici de dénoncer²³⁷⁶.

Il semble surtout que le lanceur d'alerte cherche à faire circuler l'information, pas à éviter de le faire. Il serait peu logique que ce dernier tente d'échapper à sa responsabilité pénale pour s'être abstenu de dénoncer des faits, alors que c'est bien pour cette démarche dénonciatrice que l'on reconnaît la qualité de lanceur d'alerte. La justification d'une infraction d'abstention à la dénonciation par la liberté de conscience du lanceur d'alerte n'a pas de bases rationnelles.

692. Liberté de conscience et modes de vie. En revanche, certaines actions pourraient trouver une nouvelle dimension à travers la reconnaissance de la liberté de conscience. C'est le cas du fauchage des champs d'OGM et des actions antinucléaires. Dans le premier cas, les arrêts rendus sur la question²³⁷⁷ s'intéressaient surtout à l'état de nécessité²³⁷⁸. En effet, les prévenus l'avaient invoquée pour justifier des actes de fauchages illégaux, constitutifs des infractions de destructions, dégradations, détériorations non dangereuses pour les personnes²³⁷⁹. Or, la Cour de cassation a systématiquement, et à juste titre, confirmé les cours d'appel ayant conclu à l'absence de preuve d'un danger avéré justifiant de procéder à la destruction des cultures²³⁸⁰. En effet, l'absence de consensus scientifique autour des dangers de la consommation de produits végétaux génétiquement modifiés ne permettait pas de considérer le risque comme suffisamment certain pour pouvoir en conclure que l'action des militants était justifiée²³⁸¹. Tout au plus, pouvait-on invoquer le principe de précaution²³⁸², qui n'est en rien un équivalent d'un danger actuel et imminent en termes de causalité.

Dans le second cas, un arrêt²³⁸³ devait se prononcer sur le cas de militants s'étant introduit de nuit dans une centrale nucléaire, acte constitutif notamment d'une infraction²³⁸⁴. Pour se défendre d'une telle qualification, les militants ont fait valoir qu'ils avaient agi en état

²³⁷⁶ Les crimes protègent en général la vie et l'intégrité physique. Il semble alors difficile de considérer plus urgent de devoir protéger les convictions du lanceur d'alerte, au détriment de ces autres valeurs, dont on a plus besoin de démontrer l'importance.

²³⁷⁷ *Supra*, note 307.

²³⁷⁸ Art. 122-7 C. pen.

²³⁷⁹ Art. 322-1 C. pen.

²³⁸⁰ Crim. 7 février 2007, n°06-80.108, Juris-Data n°2007-037525 ; Crim. 25 mai 2016, n°14-86.170.

²³⁸¹ Colmar, 14 mai 2014, n°14/00373. Arrêt cassé par la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim. 5 mai 2015, n°14-83738).

²³⁸² Crim. 25 mai 2016, préc., note 2380.

²³⁸³ Cim. 15 juin 2021, n°20-83.749, JCP G 2021.1484, comm. Saint-Pau.

²³⁸⁴ Intrusion sans autorisation dans l'enceinte d'une installation civile abritant des matières nucléaires : art. L1333-13-12 C. déf.

de nécessité. Selon eux, l'action était rendue nécessaire afin de démontrer la vulnérabilité des installations françaises et particulièrement des piscines de refroidissement du combustible nucléaire. Les militants ont expliqué avoir agi à titre préventif car, au regard de la menace représentée par une telle vulnérabilité, il était préférable de le souligner plutôt que d'attendre qu'une catastrophe nucléaire ne se réalise. Selon les appelants, « le danger résultant de la carence dans l'adoption des mesures de sécurité indispensables à la sauvegarde de ces intérêts [constituaient donc] un danger actuel et imminent »²³⁸⁵. La Cour de cassation, à la suite de la Cour d'appel, a considéré que l'état de nécessité ne pouvait être retenu. L'argument exposé par les prévenus faisait état « non un danger actuel et imminent les menaçant directement, mais l'expression d'une crainte face à un risque potentiel, voire hypothétique »²³⁸⁶. En outre, ces actions n'étaient « pas de nature à remédier au danger dénoncé »²³⁸⁷. On retrouve ici les mêmes problèmes de causalité que pour le fauchage de champ d'OGM, conduisant au même rejet de la logique justificative²³⁸⁸.

Toutefois, plutôt que de se positionner sur des considérations de santé publique ou de sécurité, peut-être serait-il possible de déplacer le problème sur un autre terrain, celui de la liberté de conscience. En effet, nous avons déjà vu que, à tout le moins au Canada²³⁸⁹, le végétarisme en tant que régime alimentaire a été considéré comme une conviction digne de respect. Si les régimes alimentaires font partie des convictions suffisamment importantes pour justifier de faire l'objet d'une protection fondamentale, pourquoi ne pourrait-il pas en être de même avec le fait de choisir de consommer des aliments sans OGM, ou d'affirmer ses craintes face au nucléaire civil ? L'alimentation est un aspect qui paraît prendre une part de plus en plus importante dans les choix existentiels. La volonté de consommer des aliments qui ne sont pas issus d'une manipulation génétique pourrait relever d'une conviction suffisamment profonde, sincère et importante pour justifier de la voir intégrer la liberté de conscience. Quant au nucléaire, il a toujours été une question politique sensible, intégrant tout à fait le champ des convictions définissant des choix existentiels.

Une partie du problème soulevé par les différentes affaires de fauchages des champs concernait la pérennité des espèces de plantes sauvages et donc la possibilité pour les consommateurs d'avoir encore le choix de consommer des produits ne contenant pas d'OGM.

²³⁸⁵ Crim. 15 juin 2021, préc., note 2383, par. 8.

²³⁸⁶ *Id.* par. 13.

²³⁸⁷ *Id.* par. 16.

²³⁸⁸ Jean-Christophe SAINT-PAU, « Pénalisation de la protestation écologique », JCP G 2021.1484, 1484.

²³⁸⁹ *Maurice c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1592.

Les demandeurs aux pourvois faisaient appel à des études scientifiques en ce sens pour faire valoir le risque de dissémination des plants d'OGM dans des cultures classiques²³⁹⁰, particulièrement la possibilité que cela affecte l'agriculture biologique²³⁹¹. Dans le cas du nucléaire, les militants s'appuyaient sur des rapports d'expert qui pointaient la vulnérabilité des installations nucléaires. Si ces arguments n'ont pas trouvé écho auprès des juges, c'est plutôt à cause de l'absence de certitude scientifique face à de tels risques²³⁹². Toutefois, on peut être sensible aux revendications de ces différents militants., non plus dans la crainte d'un risque pour la santé ou la sécurité, mais bien par rejet intellectuel de ces modes de production alimentaire ou d'énergie. Dans ce cas, une telle opposition s'inscrirait bien dans le cadre d'une conviction qui pourrait être protégée par des conventions à valeur supra législative.

En outre, le nucléaire ou les OGM font partie des pratiques, que l'on n'a pas toujours l'opportunité d'éviter, pour recourir à un mode à des alternatives plus conformes aux convictions personnelles. Encore faut-il être correctement informé, ce qui suppose un accès satisfaisant à l'information pertinente. Étant donné l'opacité régnant autour de l'origine des ingrédients de base de beaucoup de produits de consommation et la carence dans l'étiquetage des produits relativement à cette question, il se pourrait bien que des personnes farouchement opposées aux OGM en consomment à leur insu, au détriment de leurs convictions personnelles. Or, c'est bien dans cette perspective que le droit à la liberté de conscience peut exister : en ne se faisant pas imposer une pratique que l'on rejette intellectuellement. Frapper directement à la source du problème pourrait alors sembler être une solution pour que ces personnes voient garantie leur liberté de conscience, comme une sorte de nécessité. Bien sûr, si le raisonnement est envisageable, il resterait encore à passer ces actes au crible de la proportionnalité au regard des intérêts atteints²³⁹³. Il faut tout de même bien tenir compte des conséquences plus larges que ces actions peuvent avoir²³⁹⁴. Aussi, il n'est pas certain qu'un tel fait justificatif puisse aboutir.

Le raisonnement pourrait être étendu à d'autres actions de ce genre : les antispécistes dégradent des boucheries, des militants altermondialistes démantèlent des locaux de restauration rapide face à la malbouffe, la lutte contre les pesticides... À ceci près que dans ces deux derniers cas, il n'a jamais été rapporté de cas de personnes contraintes de consommer des

²³⁹⁰ Crim. 25 mai 2016, préc., note 2380.

²³⁹¹ Colmar, 14 mai 2014, préc., note 2381.

²³⁹² J.-C. SAINT-PAU, « Pénalisation de la protestation écologique », préc., note 2388, 1485.

²³⁹³ *Id.*, 1486.

²³⁹⁴ Sur les revenus des agriculteurs ou sur la défense des intérêts économiques fondamentaux de la Nation : *Id.*

produits animaux ou d'aller dans des fast foods à leur insu ou contre leur gré. Ici, il ne semble tout simplement pas y avoir d'atteinte à la liberté de conscience des personnes, en l'absence de contrainte s'exerçant sur leur conviction. Ces actions resteront plutôt cantonnées dans le domaine de la liberté d'expression, puisqu'il s'agit beaucoup plus de faire passer un message que d'éviter de se voir imposer un comportement contraire à des convictions personnelles.

693. Justification des lanceurs d'alerte par la liberté de conscience. Pour ce qui est du lanceur d'alerte, il est également douteux qu'il puisse pour l'heure s'armer de la liberté de conscience pour échapper à la poursuite d'une infraction qu'il aurait commise. Encore qu'il puisse utiliser cet argument pour éviter de faire quelque chose que son employeur lui impose, la désobéissance à une injonction hiérarchique n'est heureusement toujours pas une infraction pénale... Surtout que, dans ce cas, sa liberté de conscience pourrait lui permettre potentiellement d'éviter de commettre un tel acte, c'est-à-dire l'inverse de l'effet recherché ici.

694. Conclusion : évolutions justificatives et prises en compte des mobiles. À travers ces faits justificatifs prétoriens, le juge français a fait preuve d'une imagination qu'il est de notre devoir de souligner et d'apprécier. Il se saisit des faits justificatifs pour en faire explicitement des mécanismes de pondération des intérêts, et ce, de façon inédite. Il en ressort une grande nuance dans l'application du droit pénal à des contextes particuliers.

Le développement de ces faits justificatifs basés sur les droits fondamentaux paraît n'en être qu'à ces débuts. Si l'on peut être assez certain que la justification par les droits de la défense est bien installée dans le paysage juridique français aujourd'hui, rien n'est encore fait pour la liberté de conscience. Mais, dans les deux cas, on constate quoi qu'il en soit que la prise en compte des mobiles du prévenu est indispensable. Cela semble être conforme à l'interprétation faite de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte, dans laquelle ses motivations tiennent une place centrale. Cette idée reçue, selon laquelle les mobiles n'ont pas leur place dans la matière pénale, ne cesse d'être battue en brèche à tous les stades du processus pénal²³⁹⁵.

En attendant, le lanceur d'alerte peut encore se tourner vers d'autres outils pour s'expliquer sur ses agissements et tenter d'échapper au joug pénal. D'ailleurs, ceux-ci pourraient s'avérer suffisants et éviter de ne devoir étendre toujours plus les causes de justification, qui finiraient par devenir redondantes. Le droit pénal français et, cette fois-ci, le droit pénal canadien également, disposent tous deux déjà d'un potentiel dispositif pouvant

²³⁹⁵ *Supra*, n°547, 548, 548.1.

couvrir l'alerte, à travers les faits justificatifs généraux historiques de la nécessité et de la légitime défense. Reste à vérifier la compatibilité de l'alerte avec ces derniers.

1.2 L'applicabilité restreinte de l'état de nécessité et de la légitime défense à l'alerte

695. Présentation générale. L'état de nécessité et la légitime défense disposent du charme de l'ancienneté, parmi les faits justificatifs dont pourrait se saisir le lanceur d'alerte. Plus anciens, mieux connus et donc mieux maîtrisés par les juristes, cela signifie aussi que leurs conditions de mise en œuvre en sont mieux fixées. Rien n'est moins sûr alors qu'il puisse s'adapter à ce phénomène plus contemporain qu'est l'alerte.

696. Définition de la défense de nécessité. L'état de nécessité est prévu à l'art. 122-7 C. pen. :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. »

Le *Code criminel* ne propose pas de définition de la justification par la nécessité. Il s'agit d'une défense de *common law*, développée initialement en droit anglais. Elle se trouve applicable en droit canadien, par l'intermédiaire de l'art. 8(3) C. crim., qui autorise tout inculpé à invoquer une justification, excuse ou toute autre défense issue de la *common law*, même si elle n'est pas explicitement reprise dans le Code criminel²³⁹⁶.

Même si elle relève d'une tradition juridique différente, la défense de nécessité contient la même logique qu'en France : elle fait obstacle à l'engagement de la responsabilité de l'auteur, car ce dernier n'a pas eu le choix d'agir comme il l'a fait pour sauvegarder un intérêt particulièrement important. Face à une alternative peu enviable, l'auteur a choisi la commission de l'infraction, en considérant que les bénéfices que l'on en tirerait collectivement seraient plus grands que s'il ne l'avait pas commise. Comme le souligne la Cour suprême, « depuis très longtemps, on considère que dans certaines situations, la force des circonstances fait qu'il n'est pas réaliste ni juste d'attacher une responsabilité criminelle à des actes qui, à première vue, enfreignent la loi. »²³⁹⁷ Face à un danger pour soi ou pour les autres, l'instinct de conserver la vie ou l'intégrité physique l'emporte sur l'infraction que l'auteur est éventuellement amené à

²³⁹⁶ Art. 8 C. crim. : « Chaque règle et chaque principe de la *common law* qui font d'une circonstance une justification ou excuse d'un acte, ou un moyen de défense contre une inculpation, demeurent en vigueur et s'appliquent à l'égard des poursuites pour une infraction visée par la présente loi ou toute autre loi fédérale. »

²³⁹⁷ *Perka c. la Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, 241.

commettre pour y parvenir. Dans ce cas, « une société démocratique ne saurait imputer le fardeau et le stigmate inhérents à la responsabilité pénale aux individus qui ont agi de manière innée devant un péril certain et imminent, alors qu’aucune solution raisonnable ne s’offrait à eux. »²³⁹⁸ Ainsi, le fait pour une mère de voler pour nourrir son enfant affamé²³⁹⁹, le fait d’importer de la drogue par bateau en la déposant sur le rivage, pour éviter que ledit bateau ne chavire dans la tempête²⁴⁰⁰, assommer une victime en train de se noyer et prise de panique afin d’éviter qu’elle n’entraîne son sauveteur avec elle dans son funeste sort, contrevenir aux règles routières pour amener au plus vite un blessé à l’hôpital²⁴⁰¹, les secours qui dégrade un véhicule pour libérer une victime accidentée... Autant de situations dont les infractions peuvent être excusées, comme relevant de la nécessité.

697. Définitions de la légitime défense. La légitime défense est un autre fait justificatif général, applicable à toute sorte d’infractions, dont la structure est très proche de celle de la nécessité²⁴⁰². En effet sur le principe, il n’existe pas de réelle différence entre les deux justifications, si ce n’est la source du danger encouru²⁴⁰³. D’ailleurs, les deux textes français relatifs à ces deux faits justificatifs, au-delà du simple fait qu’ils se suivent dans le Code pénal, sont rédigés de façon très semblable²⁴⁰⁴. On peut alors supposer que l’on sera confronté aux mêmes difficultés d’applicabilité de ces justifications au cas des lanceurs d’alerte.

La légitime défense est prévue et décrite à l’article 122-5 C. pen. Ce dernier se compose de deux alinéas, dont le premier s’intéresse à la défense des personnes, le second à celle des biens. Le droit criminel canadien a quant à lui choisi de distinguer dans deux articles différents ces deux modalités de la légitime défense. Mes articles 34 et 35 C. crim. sont ici concernés.

698. Large domaine d’application. Ces deux défenses ont pour effet de neutraliser l’élément légal de l’infraction, en amont de l’engagement de la responsabilité²⁴⁰⁵. Étant donné leur place dans le Code pénal en France et la très grande diversité de situations²⁴⁰⁶ et donc

²³⁹⁸ Fannie LAFONTAINE, « Nécessité, contrainte et impossibilité », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, n°1, à jour au 1^{er} décembre 2020 (Lad/QL).

²³⁹⁹ Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1899, préc. note 1913. *Supra*, n°548.1.

²⁴⁰⁰ *Perka c. la Reine*, préc., note 2397.

²⁴⁰¹ *Québec (ville de) c. Blackburn*, 2012 QCCM 226.

²⁴⁰² C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », *J.-Cl. Pénal Code*, fasc. 20, n°20.

²⁴⁰³ M. DANTI-JUAN, préc., note 140, n°26.

²⁴⁰⁴ C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°20.

²⁴⁰⁵ Christine SANTERRE, « Légitime défense, obéissance à la loi et correction des enfants », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, n°1, à jour au 1^{er} mars 2021 (Lad/QL) ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°468, p. 591.

²⁴⁰⁶ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°45, p. 17.

d'infractions qui peuvent être exonérées²⁴⁰⁷, il s'agit là sans aucun doute de faits justificatifs généraux²⁴⁰⁸. Même si cette distinction n'existe pas en droit canadien²⁴⁰⁹, il ne fait aucun doute que la nécessité et la légitime défense puissent aussi excuser un très grand nombre de crimes, en application de lois fédérales, ou d'infractions relevant de la compétence provinciale en droit pénal²⁴¹⁰. L'art. 8(3) C. crim. ne dit d'ailleurs pas autre chose en précisant qu'une excuse, telle que la nécessité, peut s'appliquer à l'une des infractions du *Code criminel*, autrement dit à n'importe laquelle d'entre elle.

699. Similitude de l'alerte, de la nécessité et de la légitime défense. Le schéma de l'alerte est très proche de celui de la nécessité et de la légitime défense. Dans les trois cas, il s'agit de faire un choix : en permettant la réalisation de l'infraction, on sacrifie la valeur qu'elle consacre, afin de sauver une autre valeur. C'est le principe du « choix entre deux maux »²⁴¹¹. De même, le lanceur d'alerte fait le choix de sacrifier la confidentialité de l'information en commettant une infraction, dans le but de garantir une autre valeur, par le biais de son expression. Il s'agit bien dans les deux de résoudre un conflit entre deux valeurs antagonistes²⁴¹², s'opposant à l'occasion d'une même et unique situation factuelle imposant de faire un choix. Ajoutons que le champ d'application large de ces justifications pourrait être très utile pour le lanceur d'alerte : ce dernier pouvant se rendre coupable de multiples infractions, elles peuvent s'adapter à n'importe laquelle de celles dont il peut être accusé.

Premièrement, il doit être possible d'identifier un danger imminent et réel²⁴¹³, qui prend la forme d'une agression dans la légitime défense²⁴¹⁴. Les circonstances de l'alerte sont donc particulièrement propices pour répondre à une situation de nécessité, peut-être moins de légitime défense (1.2.1). Deuxièmement, la riposte doit être rendue nécessaire par le danger ou

²⁴⁰⁷ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°468, p. 591.

²⁴⁰⁸ X. PIN, préc., note 892, n°256, p. 269.

²⁴⁰⁹ On a tout de même trouvé la trace d'une telle distinction : COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), préc., note 2081, p. 22.

²⁴¹⁰ *Code de procédure pénale*, RLRQ, c. C-25.1, art. 60 : « Les moyens de défense ainsi que les justifications et excuses reconnus en matière pénale ou, compte tenu des adaptations nécessaires, en matière criminelle s'appliquent sous réserve des règles prévues dans le présent code ou dans une autre loi. »

²⁴¹¹ *Perka c. la Reine*, préc., note 2397, 243 et 247.

²⁴¹² F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 1886, n°742, p. 678.

²⁴¹³ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°267, p. 149 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 1886, n°745 et suiv., p. 679 et suiv. ; F. LAFONTAINE, préc., note 127, n°5 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°453, p. 558 ; X. PIN, préc., note 892, n°257, p. 269 ; *Perka c. la Reine*, préc., note 2399, 251 ; *R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3, par. 28.

²⁴¹⁴ Art. art. 34(1)a) et 35(1)b) C. crim. ; art. 122-5 C. pen.

l'agression²⁴¹⁵. Toutefois, à cette étape, la justification d'une alerte grâce à ces causes d'exonération, si elle était effectivement possible, ne devrait intervenir que de façon exceptionnelle, au regard des conditions strictes de leur mise en œuvre (1.2.2). Il importe toutefois d'aller au bout de l'analyse pour confronter enfin l'alerte à la troisième condition, identique dans les deux justifications : il doit y avoir une proportionnalité entre le moyen employé et le mal évité²⁴¹⁶. Cette étape est particulièrement révélatrice de l'importance des motivations du lanceur d'alerte pour comprendre la pertinence de son action (1.2.3).

1.2.1 Les circonstances de l'alerte propices à une analyse justificative

700. Origine distincte du danger. La nécessité intervient dans les cas où le danger – pour soi, pour autrui ou pour un bien – provient d'une circonstance extérieure, indépendante d'une menace émanant d'autrui et qui appelle à une réaction²⁴¹⁷. Autrement dit, l'auteur en état de nécessité n'est pas une victime, mais plutôt dans une posture d'agression²⁴¹⁸, en nécessité de réagir face à un danger lui causant un tort. C'est d'ailleurs dans cet esprit que cette défense est qualifiée d'excuse²⁴¹⁹ au Canada, dans la mesure où l'acte n'est pas toujours louable en lui-même, mais « les circonstances dans lesquels il a été accompli sont telles qu'il ne devrait pas être attribué à son auteur »²⁴²⁰ et appellent donc à l'indulgence. Au contraire, la légitime défense consiste en une action qualifiable d'infraction pénale, mais commise dans le but de riposter à une attaque non justifiée²⁴²¹ par une règle de droit²⁴²². Ainsi, lorsque la menace prend sa source dans une agression, on aura plutôt recours à la légitime défense²⁴²³, les deux faits justificatifs

²⁴¹⁵ Art. 34(1)b) et 35(1)c) C. crim. ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°268, p. 150 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°748, p. 682 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1255, p. 974 ; F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°5 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°454, p. 558 et 559 ; X. PIN, préc., note 892, n°258, p. 270 ; *Perka c. la Reine*, préc., note 2399, 251 ; R. c. *Latimer*, préc., note 2415, par. 28.

²⁴¹⁶ Art. 34(1)c) et 35(1)d) C. crim. ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°268, p. 151 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°749, p. 683 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1307, p. 1020 ; F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°5 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°455, p. 559 ; X. PIN, préc., note 892, n°258, p. 271 ; *Perka c. la Reine*, préc., note 2399, 252 ; R. c. *Latimer*, préc., note 2415, par. 28.

²⁴¹⁷ Michel DANTI-JUAN, Rép. pén. Dalloz, v° *État de nécessité*, n°25.

²⁴¹⁸ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°465, p. 588.

²⁴¹⁹ F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°1.

²⁴²⁰ *Perka c. la Reine*, préc., note 2397, 246.

²⁴²¹ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°67 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°260, p. 145 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°729, p. 670 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1302, p. 1015 ; Y. MAYAUD, préc., note 1402, n°448, p. 550 ; X. PIN, préc., note 892, n°251, p. 263.

²⁴²² O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°260, p. 145 ; Corinne MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°1.

²⁴²³ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°26 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°744, p. 679 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°20. *Infra*, n°723 et suiv.

semblant s'exclure l'un l'autre²⁴²⁴. On considère même en France que les deux justifications entretiennent un rapport de spécial à général l'une par rapport à l'autre²⁴²⁵.

Le fait que la légitime défense et l'état de nécessité tirent leur existence d'un danger différent entraînera des conséquences sur la possibilité d'assimiler l'alerte à l'une ou l'autre de ces justifications. Il convient alors de confronter une situation d'alerte avec chaque type de menace à l'origine de ces deux faits justificatifs (1.2.1.1). Ce n'est toutefois pas là le principal point d'achoppement dans cette tentative de rapprochement. Les deux faits justificatifs exigent que la menace soit certaine et imminente, ce qui est certainement l'obstacle principal à pouvoir considérer l'alerte comme l'un d'entre eux (1.2.1.2).

1.2.1.1 L'adéquation partielle de la menace à l'alerte

701. Caractère injustifié de l'agression. Commençons par identifier la menace à l'origine de la légitime défense, puisque celle-ci est plus restrictivement définie. Il doit s'agir d'une agression illégitime portée par une personne. Le caractère illégitime de l'attaque ressort explicitement de l'art. 122-5 C. pen., qui parle d'« atteinte injustifiée ». L'art. 34(1) C. crim. n'est pas forcément aussi explicite, dans la mesure où il place la légitime défense dans une situation où « la force est employée »²⁴²⁶, ce qui ne laisse pas forcément entendre que cet emploi est injustifié. Toutefois, la légitime défense n'est appliquée que dans les situations où l'emploi d'une telle force relève bien évidemment lui-même d'un crime, ce qui lui confère son caractère illégitime²⁴²⁷. Quant à la légitime défense des biens, les deux textes sont plus explicites. L'art. 122-5 al. 2 C. pen. dispose que la riposte intervient pour « interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien », ce qui place bien la riposte dans un contexte d'agression. Le texte canadien quant à lui fait référence à diverses formes d'actes illégitimes qui peuvent être accomplis sur un bien, préalablement décrit comme l'objet d'une possession paisible²⁴²⁸ : entrer dans un bien « sans en avoir légalement le droit »²⁴²⁹, prendre le bien²⁴³⁰, ou encore l'endommager, le détruire, le rendre inopérant²⁴³¹. Sachant que l'ensemble de ces actions doit

²⁴²⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1306, p. 1019.

²⁴²⁵ La légitime défense n'étant qu'une forme spéciale de nécessité : O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°267, p. 149 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°744, p. 679.

²⁴²⁶ Art. 34(1)a) C. crim.

²⁴²⁷ C. SANTERRE, préc., note 2405, n°5.

²⁴²⁸ Art. 35(1)a) C. crim.

²⁴²⁹ Art. 35(1)b)(i) C. crim. Ce qui concernera plus particulièrement les immeubles : C. SANTERRE, préc., note 2405, n°24.

²⁴³⁰ Art. 35(1)b)(ii) C. crim.

²⁴³¹ Art. 35(1)b)(iii) C. crim. Dans ces deux dernières circonstances peuvent concerner tant les biens meubles qu'immeubles : C. SANTERRE, préc., note 2405, n°24.

être accompli par « une autre personne »²⁴³² que celle ayant la possession paisible du bien attaqué. Il est donc certain qu'ici, le danger initial consiste bien en une agression humaine illégitime et violente²⁴³³, qui nécessite une riposte.

La légitime défense peut consister à se protéger soi-même ou une autre personne soumise à la menace agressive. Les textes sont limpides à ce sujet²⁴³⁴. S'il ne s'était agi que de protéger les intérêts de la personne agressée, il n'aurait pas été envisageable de considérer l'alerte comme une forme de légitime défense, car elle a justement plutôt vocation à se mettre au service d'autrui, parfois même au détriment des propres intérêts du lanceur d'alerte.

702. Incompatibilité de la source du danger. Toutefois, la source du danger en elle-même rend assez peu probable que l'alerte pourra constituer un cas de légitime défense. L'alerte n'a pas toujours vocation à dénoncer des faits injustes, comportant une dose variable d'illégitimité. Certes, la légitime défense des personnes en France, décrite à l'art. 122-5 al. 1 C. pen. ne fait pas référence à une action illégale, contrairement à la légitime défense des biens. Cela a conduit plusieurs auteurs à en conclure, par une interprétation *a contrario* des deux alinéas, que l'attaque dirigée contre les personnes ne consistait pas nécessairement en une infraction pénale²⁴³⁵. Pour autant, il faut encore pouvoir qualifier l'acte dénoncé par le lanceur d'alerte d'agression, ce qui ne sera pas toujours évident. Les cas de dénonciation d'évasion fiscale, de manipulation de comptes, de prise illégale d'intérêts, de favoritisme, de corruption, de blanchiment... Autant d'infractions qui ne représentent certainement pas une menace pour autrui nécessitant d'être contrée.

703. Source de l'état de nécessité. Hors le cas de la légitime défense, le danger imposant une réaction motivée par la nécessité peut trouver son origine dans n'importe quel événement : un phénomène naturel (tempête, froid intense, inondation...)²⁴³⁶, un animal²⁴³⁷, un fait humain (accident de la circulation, incendie involontaire...)²⁴³⁸. Le danger peut concerner

²⁴³² Art. 35(1)b) C. crim.

²⁴³³ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°20 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°460, p. 582 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°4.

²⁴³⁴ Art. 122-5 C. pen. : la légitime défense est décrite comme consistant à résister à une attaque injustifiée « envers elle-même [l'auteur ripostant] ou autrui » ; art. 34(1) : la force peut être employée contre la personne agressée ou contre « une autre personne » ou, art. 35(1)a) C. crim., lorsque l'auteur « prête légalement main-forte à une personne ».

²⁴³⁵ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°26 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°260, p. 145 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°729, p. 670 ; X. PIN, préc., note 892, n°252, p. 264.

²⁴³⁶ F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°7.

²⁴³⁷ Crim. 27 décembre 1961, *Bull. crim.*, n°563 (abeilles ; destruction des ruches non justifiée) ; Crim. 7 novembre 1988, n°87-91.321 (chien ; abattage de l'animal non justifié dans les circonstances).

²⁴³⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1306, p. 1019. ; F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°7.

tout à la fois une personne (le prévenu ou un tiers)²⁴³⁹, ou encore un bien²⁴⁴⁰. Cela est tout à fait possible en France au regard de la définition donnée de l'état de nécessité²⁴⁴¹.

704. Compatibilité partielle avec l'alerte. Cette absence de réelle condition quant à l'origine du danger est pour le moment compatible avec une situation d'alerte. En effet, les similarités sont importantes entre les deux. Le lanceur d'alerte agit en réaction face à un phénomène qu'il a détecté et qui peut paraître dangereux, tout comme la nécessité est une réaction face à un danger. Cependant, l'alerte ne recouvre pas uniformément les situations de nécessité. Les deux sont identiques dans la mesure où l'alerte comme la nécessité préviennent un danger touchant des tiers à celui qui commet l'infraction justifiée. Ce serait le cas par exemple d'un employé d'une usine de fabrication de produits chimiques qui alerte la population alentour du rejet accidentel de substances toxiques dans l'air ou dans un cours d'eau. Mais l'alerte ne permet pas de prévenir un danger qui touche celui qui lance directement l'alerte. Cette dernière s'adresse à un public plus général et touche en principe une partie considérable de la population. Quant à la protection des biens, il s'agit là d'une question qui demeure en suspens. On n'a pas connaissance d'une alerte qui aurait pour seul et unique but de dénoncer des actions de nature à porter atteinte aux biens d'autrui, d'une façon susceptible de constituer un état de nécessité.

Par ailleurs, le lanceur d'alerte n'agit pas systématiquement en réaction à un péril. Il lui arrive en effet, qu'il intervienne, non pas parce qu'il a détecté une menace pour autrui, mais parce que la situation qu'il dénonce choque sa conscience et ses valeurs personnelles, ce qui n'implique pas systématiquement la mise en jeu de la vie, l'intégrité physique, psychologique d'autrui ou des biens. Par exemple, lorsqu'un lanceur d'alerte dénonce des pratiques de corruption ou de favoritisme entretenues dans son entreprise afin de gagner des marchés,

²⁴³⁹ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°26 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°26. Par ex, *R. c. Julien*, 2016 QCCQ 11977.

²⁴⁴⁰ Crim. 1^{er} juin 2005, n°05-80.351, *Bull. crim.*, n°168, Dr. pen. 2005, n°9, comm. 121, p. 11, note Véron (commerçante craignant de se faire cambrioler une nouvelle fois, qui refuse de déposer auprès du greffe du tribunal de commerce les documents relatifs à l'approbation de ses comptes annuels, dont la publication lui faisait craindre un nouveau ciblage de son commerce ; situation de nécessité non admise) ; T. corr. Colmar, 27 avril 1956, JCP G 1957, II, 10041, 1^{re} esp., note Aussel (à l'occasion d'un hiver rigoureux, agissent en état de nécessité des personnes sans abris construisant une habitation sans autorisation et en contravention des règles d'urbanisme, afin de se mettre à l'abri et de bénéficier d'un logement décent) ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°12).

²⁴⁴¹ Art. 122-7 C. pen. O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°267, p. 149. Par exemple, dans l'affaire Bettencourt, il a été admis que les écoutes par le majordome étaient nécessaires afin de prévenir la dépossession de l'héritière du groupe L'Oréal, dont l'affaiblissement des capacités intellectuelles la rendait particulièrement vulnérable. Ces écoutes, bien qu'elles constituaient une atteinte à l'intimité de la vie privée, ont été jugées nécessaires « pour la recherche de la vérité et donc la protection des personnes gravement menacées dans leurs biens, mais aussi dans leur personne même » : Bordeaux, 6^e ch. corr., 21 septembre 2017, n°16/00204.

l'organisation d'une fraude fiscale, ou encore les sévices infligés aux animaux dans certains abattoirs, il n'y a pas directement de danger ni pour les personnes ni pour les biens²⁴⁴². Il est plus délicat de considérer dans ces cas qu'il existe alors une nécessité, entendue au sens d'une justification pénale, à intervenir pour mettre fin à ces pratiques. L'alerte s'apparente donc à des situations plus diverses que la nécessité, lui conférant un domaine d'application plus large.

705. Nature du danger encouru – état de nécessité. Si l'on s'intéresse à la nature du danger lui-même, il ne fait pas de doute que les risques d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont considérés comme suffisamment sérieux pour justifier une intervention²⁴⁴³. Mais le péril est aussi admis lorsqu'il est d'ordre moral en France²⁴⁴⁴. Enfin, un danger d'atteinte matérielle est bien évidemment également admis, conformément au texte de l'art. 122-7 C. pen. Un tel danger a pu également être la source de l'admission d'une défense de nécessité au Canada, dans le cas de risque de dommage à un véhicule²⁴⁴⁵.

L'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux relatif à l'affaire Bettencourt a fourni la reconnaissance d'une autre hypothèse de péril assez inédite. L'arrêt est particulièrement intéressant, dans la mesure où il admet qu'un seul acte a provoqué une réponse pour deux situations de danger distinctes. Les écoutes réalisées par le majordome avaient non seulement permis de prévenir une atteinte aux biens à la faveur de Madame Bettencourt, mais encore, de justifier l'auteur lui-même. Les juges ont reconnu que la riche héritière était l'objet de multiples manipulations et exploitations de sa faiblesse afin de l'isoler de ses proches. Ce climat de suspicion s'était également porté sur son majordome, qui craignait alors de voir la pérennité de son emploi menacée. À ce titre, la Cour d'appel a reconnu qu'il existait bel et bien un danger pour ce dernier et a précisé que « l'état de nécessité peut être envisagé (...) lorsque la menace qui pèse sur l'intéressé est une menace de nature simplement économique »²⁴⁴⁶. C'est donc un danger d'une autre nature qui est envisagée ici et qui ouvre d'autant plus les perspectives d'application de cette justification, notamment au lanceur d'alerte. Ce dernier n'est pas toujours

²⁴⁴² Du moins de risque d'atteinte directe aux biens d'une entreprise,

²⁴⁴³ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°26 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°27 ; R. c. *Julien*, préc., note 2439.

²⁴⁴⁴ M. DANTI-JUAN, *id.* ; C. MASCALA, *id.* ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°469, p. 592. Ainsi, un médecin peut violer le secret qui le lie à son patient pour se défendre d'une accusation d'escroquerie, alors que c'est ce même patient qui a provoqué cette infraction : Crim. 20 décembre 1967, Bull. crim., n°338. Plus originale, a été admise la nécessité pour une mère de soustraire ses enfants au droit de visite de leur père, alors qu'il est en prison, en considérant le risque de conséquences psychologiques sur les enfants comme suffisamment sérieux : T. corr. Agen, 22 mai 1985, R.S.C. 1986, 87, obs. Vitu. Dans le même sens, pour une justification de l'infraction de non-représentation d'enfant par l'état de nécessité de l'intérêt de la protection de la psychologie d'un enfant : Colmar, 18 juin 2014.

²⁴⁴⁵ R. c. *Bond*, [2003] J.Q. no 9230 (C.M.).

²⁴⁴⁶ Bordeaux, 6° ch. corr., 21 septembre 2017, préc., note 2441.

confronté à des situations dans lesquelles la vie ou l'intégrité physique sont en jeu. La possibilité de recourir à l'état de nécessité même en dehors de ces cas est donc de nature à faciliter la possibilité de soulever cette défense pour ce dernier.

Il y a globalement, en France et au Canada, une certaine indifférence quant à la nature du danger encouru²⁴⁴⁷. S'il n'a pas été fait mention d'un péril d'ordre économique ou encore moral au Canada, cela ne signifie pas pour autant que l'on ne pourrait pas envisager qu'il puisse être à l'origine d'une réaction de nécessité. Pas plus qu'en France, on ne peut établir dans ce pays de véritables limites quant aux situations pouvant faire intervenir une réaction de nécessité. La jurisprudence parle plutôt d'un « mal » qui doit être évité²⁴⁴⁸.

706. Incertitudes liées aux risques environnementaux. Toutefois, certains dangers font encore l'objet d'incertitudes. Si l'on reprend l'exemple de notre usine ayant provoqué des rejets toxiques dans l'atmosphère ou dans un cours d'eau, on a tout de suite envisagé la possibilité que ces effluves créent un danger pour les populations locales. Mais plus directement, ils ont également un effet sur l'environnement. Une Cour d'appel semble même avoir envisagé l'éventualité de traiter le danger environnemental de manière autonome, dans les cas de fauchage de champs d'OGM²⁴⁴⁹. On pourrait alors se poser la question suivante : est-ce que le danger d'un dommage imminent causé à l'environnement pourrait suffire à lui seul à considérer une infraction ayant vocation à l'empêcher comme justifiée par la nécessité ? En France, plusieurs indices pourraient permettre de penser que les risques environnementaux auraient également leur place parmi ceux susceptibles de justifier des infractions réalisées en état de nécessité. Le législateur a déjà reconnu et introduit dans le *Code civil* le préjudice écologique²⁴⁵⁰, et l'Assemblée nationale a adopté le principe du délit d'écocide dans la loi de lutte contre le réchauffement climatique²⁴⁵¹. Néanmoins, ce type de risque n'a jamais été envisagé en France, et pour cause. La lettre de l'art. 122-7 C. pen. est incompatible avec une

²⁴⁴⁷ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°28 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°746, p. 681 ; F. LAFONTAINE, préc., note 2368, n°7 ; X. PIN, préc., note 892, n°257, p. 269.

²⁴⁴⁸ R. c. *Latimer*, préc., note 2413, par. 29.

²⁴⁴⁹ Crim. 7 février 2007, préc., note 2380. Lorsque la Cour de cassation résume les motifs de la Cour d'appel de Toulouse dont la décision a été attaquée, elle cite : « il appartient aux prévenus de démontrer que le péril était, tout à la fois inévitable, imminent, et menaçait tout un chacun, voire l'environnement » (nos soulignements).

²⁴⁵⁰ Art. 1247 C. civ. : « Est réparable (...) le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. »

²⁴⁵¹ *Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, J.O. 24 août 2021, texte n°1, art. 279 et 280 ; Pierre JANUEL, « Loi Climat : L'Assemblée veut durcir la répression des délits environnementaux », Dalloz actualités 30 mars 2021, en ligne : < https://www.dalloz-actualite.fr/flash/loi-climat-l-assemblee-veut-durcir-repression-des-delits-environnementaux#.YKYM_CPgrIU > ; Marie BISCARRAT, « Le projet de loi « Climat et résilience » solennellement adopté par les députés en première lecture », JCP A, n°19-20, 10 mai 2021, act. 303.

telle interprétation. En effet, le texte précise que le danger doit concerner la personne en état de nécessité elle-même, autrui ou un bien. Sauf à considérer l'environnement comme un bien, ou à personnaliser des éléments de la nature comme cela a pu être le cas pour certains fleuves dans le monde²⁴⁵², il est difficile de considérer que l'environnement peut devenir l'objet d'une défense dans le cadre de l'état de nécessité. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale l'impose. Quant au Canada, cette défense n'est pas appuyée sur un texte législatif susceptible de restreindre son application uniquement aux personnes ou aux biens. Elle est basée sur une analyse jurisprudentielle, dont la souplesse pourrait la rendre plus compatible avec une telle extension. Mais jusqu'à présent, l'excuse de nécessité a été elle aussi circonscrite aux personnes et aux biens. Il serait présomptueux de prétendre savoir comment les juges canadiens réceptionneraient une telle tentative d'extension aux dangers environnementaux. Il est certain pour l'heure que cela n'a pas été fait et ne semble pas envisageable, même si, dans les sociétés occidentales, la sauvegarde de l'environnement tend à devenir une valeur de plus en plus primordiale, dont la conception tend à la libérer de son approche anthropocentrique.

707. Nature de danger encouru – légitime défense. La légitime défense ne pose peut-être pas autant de difficulté, la menace encourue limitant naturellement les questionnements à ce sujet. Mais la nature de l'agression elle-même n'a pas d'importance. Le terme d'« atteinte » en droit français et de « force » utilisé par le *Code criminel* en autorise une interprétation large. On peut imaginer qu'il s'agit d'un risque pour l'intégrité physique²⁴⁵³, pour la vie²⁴⁵⁴, pour la liberté physique²⁴⁵⁵ ou sexuelle²⁴⁵⁶ et même pour l'intégrité morale²⁴⁵⁷. Ce qui ne signifie pas pour autant que n'importe quelle infraction peut constituer une menace à l'origine de la légitime défense. Il faut tout de même qu'il s'agisse d'une agression, ce qui semble exclure tous les cas où le lanceur d'alerte dénonce des infractions d'affaire ou d'atteinte aux intérêts de l'État, qui ne constitue pas des agressions à proprement parler.

²⁴⁵² Caroline TAÏX, « La Nouvelle-Zélande dote un fleuve d'une personnalité juridique », *Le Monde*, 20 mars 2017, en ligne : < https://www.lemonde.fr/planete/article/2017/03/20/la-nouvelle-zelande-dote-un-fleuve-d-une-personnalite-juridique_5097268_3244.html >.

²⁴⁵³ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°28 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°49 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°729, p. 670 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°456, p. 578 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°4 ; R. c. *Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852.

²⁴⁵⁴ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°456, p. 578 ; Crim. 11 octobre 1956.

²⁴⁵⁵ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°29 ; R. MERLE et A. VITU, *id.*, n°456, p. 578.

²⁴⁵⁶ R. MERLE et A. VITU, *id.*, n°456, p. 578 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°4.

²⁴⁵⁷ T. pol. Valence, 1^{er} mai 1960, S. 1960. 270, note Huguéney ; Crim. 18 juin 2002, n°01-88.062 (un professeur de sport qui riposte par un léger coup dans la jambe après s'être fait insulter se trouve en état de légitime défense) ; R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°30 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2405, n°53.

708. Intensification des difficultés. Il n'est donc pas certain, tant pour la nécessité que la légitime défense, que la nature de la menace justifiant une réaction soit véritablement compatible avec l'alerte. Les interprétations retenues en France et au Canada tendent à laisser penser que l'alerte a un domaine d'application plus large que celui de ces deux justifications. Les cas où l'alerte sera synonyme de nécessité seront peu fréquents, sans être inenvisageables ; ceux où alerte et légitime défense ne feront qu'un, encore plus rares.

Mais là n'est pas le principal problème posé par la tentative de concilier ces faits justificatifs avec l'alerte. La nature de celle-ci ne semble pas compatible avec l'urgence inhérente à l'intervention nécessaire pour mettre fin au danger.

1.2.1.2 La principale difficulté liée à l'imminence requise du danger

709. Réalité, imminence, mais non-gravité du danger encouru. La lecture de textes et décisions relatives soit à la nécessité, soit à la légitime défense indique qu'une grande variété de dangers peut être considérée, sans que l'on puisse en dresser une liste exhaustive. C'est aussi pour cette raison qu'on ne peut pas exclure la compatibilité de l'alerte avec l'une ou l'autre de ces justifications sur ce seul aspect. Il est également certain qu'il n'existe pas d'exigence de gravité quant au danger auquel il est mis fin. La jurisprudence le montre, on a admis ces justifications dans des circonstances dans lesquelles il n'était pas question d'un danger pour la survie d'une personne²⁴⁵⁸. Cela ressort même de la reconnaissance de la légitime défense des biens qui, par nature, ne constitue pas une menace pour l'intégrité ou la vie d'une personne. En revanche, il semble que les juges français et canadiens soient plus attentifs dans la vérification de l'imminence du danger.

La Cour suprême est attachée à la qualification d'imminent du danger en matière de nécessité. Elle précise que cette défense s'applique non seulement aux périls qui sont déjà en cours, mais aussi à ceux qui sont sur le point de se produire²⁴⁵⁹, offrant encore la possibilité de modérer leurs répercussions. De même en France, on exige que le danger encouru soit actuel ou imminent²⁴⁶⁰. Dans les deux cas, cela signifie que la menace doit être bien réelle, pas

²⁴⁵⁸ *R. c. Bond*, préc., note 2445 ; *R. c. Julien*, préc., note 2439 ; Bordeaux, 6^e ch. corr., 21 septembre 2017, préc., note 2441 ; T. pol. Lyon, 20 novembre 1984, JCP G 1986. II. 20684, obs. Bouzat (infraction au stationnement d'une bijoutière justifiée par le fait qu'elle craignait de se faire agresser et voler au moment de décharger ses marchandises).

²⁴⁵⁹ *R. c. Latimer*, préc., note 2413, par. 29.

²⁴⁶⁰ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°267, p. 149 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 1886, n°745, p. 679 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°469, p. 592 ; J.-C. SAINT-PAU, « Pénalisation de la protestation écologique », préc., note 2388, 1484.

seulement putative²⁴⁶¹ ou éventuelle²⁴⁶². Le danger doit donc être suffisamment certain pour justifier l'intervention de l'auteur²⁴⁶³. Un danger qui n'est pas véritablement formé, ou qui est exagéré par la personne qui y est confrontée ne sera pas considéré comme devant recevoir une réponse justifiée par la nécessité. Ainsi, même quand il n'est pas encore en train de se réaliser, il doit exister une certitude suffisante et raisonnable de sa réalisation pour que la réponse apportée se justifie. « Sa survenance est inévitable dans un très court trait de temps »²⁴⁶⁴. Comme le résume la Cour suprême, « au moins, la situation doit être à ce point urgente et le danger à ce point pressant qu'un être normal serait instinctivement forcé d'agir et de considérer tout conseil de temporiser comme déraisonnable. »²⁴⁶⁵

710. Contemporanéité de l'agression. En matière de légitime défense, l'agression peut être en cours, mais il peut aussi s'agir d'une menace d'agression qui n'a pas encore été mise à exécution. Cela ressort explicitement du *Code criminel*, puisque l'art. 34(1)a)²⁴⁶⁶ précise bien que la seule menace d'employer la force suffit à faire naître une situation de légitime défense²⁴⁶⁷. En d'autres termes, cela signifie que la menace doit être sur le point de se produire, tout comme en matière de nécessité. Même si une condition d'imminence n'apparaît pas expressément dans les textes, c'est ainsi que l'ont interprété les juges au Canada²⁴⁶⁸ et en France : on y exige que l'agression soit en train de se produire²⁴⁶⁹. On se retrouve dans la même situation d'urgence que pour l'état de nécessité, ce qui justifie la réponse immédiate de l'agent, sans qu'il puisse se permettre d'attendre l'intervention des forces de l'ordre²⁴⁷⁰.

²⁴⁶¹ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°28 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°267, p. 149 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°24.

²⁴⁶² F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°745, p. 679, 680 ; M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°28 ; X. PIN, préc., note 892, n°257, p. 270.

²⁴⁶³ J.-C. SAINT-PAU, « Pénalisation de la protestation écologique », préc., note 2388, 1484. Par ex : Crim. 1^{er} juin 2005, préc., note 2440 ; Crim. 15 juin 2021, préc., note 2383.

²⁴⁶⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°745, p. 680.

²⁴⁶⁵ *Perka c. la Reine*, préc., note 2397, 251.

²⁴⁶⁶ Art. 34(1)a) C. crim. : « N'est pas coupable d'une infraction la personne qui (...) croit, pour des motifs raisonnables, que la force est employée contre elle (...) ou qu'on menace de l'employer ».

²⁴⁶⁷ Bien qu'une simple menace verbale ne suffise pas, au Canada, on a admis la possibilité de se défendre dans des circonstances dans lesquelles la menace était accompagnée de gestes dénotant un passage à l'acte très prochain : *R. c. Friolet*, [2006] J.Q. No. 5161, par. 16 (« des paroles peuvent constituer une menace lorsqu'elles s'accompagnent (...) du geste de poings serrés et du refus de quitter les lieux. ») ; *R. v. Flowers*, [2006] N.B.J. No. 402 ; *R. v. Finck* [2008] N.S.J. No. 170, par. 18. Cette appréciation viendrait de la définition du terme « assault » en *common law*, qui ne peut être constitué par de simples mots et nécessitent gestes ou d'une action : *R. v. Byrne*, [1968] B.C.J. No. 106, par. 12.

²⁴⁶⁸ *R. c. Lavallée*, préc., note 2453, 876.

²⁴⁶⁹ R. BERNARDINI, préc., note 230, n°52 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°260, p. 145 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°454, p. 576 ; X. PIN, préc., note 892, n°252, p. 263.

²⁴⁷⁰ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°454, p. 576.

711. Adéquation incertaine de l'alerte au danger actuel ou imminent. Ce critère de certitude du danger est probablement le point d'achoppement principal lorsque l'on envisage d'y appliquer l'alerte. En effet, cette dernière a pour but de créer des signaux à l'avance, parfois même bien avant la manifestation du danger. C'est le cas particulièrement lorsque l'alerte intervient dans des domaines scientifiques, quand le savoir est en construction et l'objet de controverses, ce qui rend d'autant plus difficile d'évaluer avec certitude la gravité de la menace identifiée²⁴⁷¹. On ne retrouve pas nécessairement la proximité temporelle que semblent exiger la nécessité et la légitime défense, où l'urgence implique une réponse rapide pour conjurer le mal redouté. D'ailleurs, la jurisprudence exclut toute application de l'état de nécessité dans les cas où la menace apparaît trop hypothétique²⁴⁷². La menace dénoncée peut manquer de certitude et dans ce cas, il sera très difficile de considérer que l'action du lanceur d'alerte relève de cette justification.

Prenons l'exemple du lanceur d'alerte québécois Louis Robert, qui avait dénoncé l'ingérence des compagnies privées dans la recherche publique relative aux pesticides. Son action relève sans aucun doute de l'alerte. Pourtant, même si l'on peut établir avec certitude que les pesticides constituent une menace pour la santé humaine, la matérialisation de celle-ci est très diffuse. On ne peut pas parler véritablement de danger imminent. Une intervention trop hâtive, à un moment où le danger n'existe pas encore vraiment démontre qu'elle n'était pas si urgente, ce qui anéantit toute possibilité d'invoquer la nécessité ou la légitime défense²⁴⁷³ pour le lanceur d'alerte. Il faudrait qu'il intervienne à un moment où le danger est plus consolidé, tout en ayant encore le pouvoir de le conjurer. L'identification de cet instant précis apparaît assez délicate. La consommation d'un médicament particulièrement dangereux pour la santé humaine²⁴⁷⁴ pourrait être qualifié de danger imminent. Une alerte pourrait alors être envisagée comme un moyen d'informer le public sur le danger encourus et y mettre fin en en stoppant la consommation, ou du moins espérer en atténuer les effets.

Dans l'un ou l'autre de ces cas, on peut se demander si l'alerte a encore sa pertinence. En effet, celle-ci semble avoir un autre rôle à jouer que celui d'une simple réaction à une menace

²⁴⁷¹ M.-A. HERMITTE, préc., note 57 à la page 145.

²⁴⁷² Crim. 15 juin 2021, préc., note 2383 ; J.-C. SAINT-PAU, « Pénalisation de la protestation écologique », préc., note 2388, 1486.

²⁴⁷³ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°454, p. 576.

²⁴⁷⁴ Cela aurait pu être le cas avec un médicament comme la Dépakine, qui a fait l'objet d'une alerte, de la part d'une personne extérieure à l'entreprise Sanofi produisant le médicament litigieux. La prise de ce médicament contre l'épilepsie par les femmes enceintes est à l'origine de malformations et des troubles du développement avérés chez l'enfant à naître qui étaient apparemment connus du laboratoire le produisant (Henri SECKEL, « Dépakine : Sanofi mis en examen pour homicides involontaires », *Le Monde*, 4 août 2020, p. 10).

consolidée. Elle a aussi une dimension de vigilance par la captation et l'interprétation de signaux inquiétants, avant même que le danger ne se concrétise. L'alerte semble avoir une vocation autre, que simplement provoquer une réaction à une catastrophe imminente.

Sans compter qu'elle ne se préoccupe pas uniquement de situations dangereuses. Par exemple, l'alerte à l'origine des Panama papers n'était motivée par aucune menace, si ce n'est pour la fiscalité des États ayant été privés des revenus de l'impôt. S'il est admis que tout type de danger permet d'invoquer la nécessité ou la légitime défense, il reste qu'un danger encouru par l'État lui-même semble constituer une catégorie trop floue, voire tout à fait incompatible²⁴⁷⁵. Cette menace manque ici de réalité pour parvenir au seuil de certitude requis. On pourrait rendre les choses plus concrètes en considérant que, par la privation de ses revenus, l'État n'est plus en mesure d'assurer certaines de ses missions, comme l'éducation, la protection des plus vulnérables, la construction de logements, l'accès aux soins, l'entretien des voiries... Et de ce fait, un danger pourrait naître pour population. Cependant, ce raisonnement indirect n'apporte aucune certitude ni quant à la réalisation du danger ni quant à la source de ce dernier. Non seulement on peut contester que la privation de certains revenus de l'impôt puisse effectivement être à l'origine de l'incapacité de l'État à réaliser certaines de ses missions. Cela peut aussi provenir de certains choix réalisés dans la dépense publique et qui n'ont pas de rapport avec une privation de ses ressources. Mais encore, l'hypothétique danger encouru par une population pourrait trouver sa source dans bien d'autres explications qu'une carence de l'État à remplir ses missions, si tant est que ce soit le cas. En tout état de cause, on devrait exclure le danger encouru par la puissance publique d'une réponse de nécessité de la part d'un particulier.

712. Exclusion explicite de la nécessité – incompatibilité avec l'alerte. Un autre exemple permet d'illustrer les incertitudes planant autour de la possibilité pour un lanceur d'alerte d'invoquer la nécessité pour se dédouaner d'une infraction qu'il a commise. La question du fauchage de champs d'OGM a déjà été évoquée comme pouvant faire naître une justification fondée sur la liberté de conscience, mais c'était bien l'état de nécessité qui était invoqué pour justifier les actes de destruction. Les arguments avancés à l'appui de ce fondement étaient divers, et pas nécessairement de nature à discuter le caractère actuel ou imminent du danger²⁴⁷⁶. Les plus intéressants visaient à démontrer le risque de dommage irréversible causé

²⁴⁷⁵ Surtout avec la légitime défense, qui ne permet de défendre que les biens ou les personnes.

²⁴⁷⁶ Dans un arrêt de 2007 (Crim. 7 février 2007, préc., note 2380), les prévenus l'impossibilité de mener un débat démocratique sur la question de la culture d'OGM sur le sol français, qui rendait l'intervention dans le champ d'autant plus nécessaire, mais aussi que les cultures avaient été plantées en contravention avec une directive européenne. Deux arguments qui n'avaient pas de chance d'aboutir, puisqu'ils ne remettaient pas en cause l'absence de caractère imminent du danger.

à l'environnement par l'introduction de ce type de culture²⁴⁷⁷, risque qui serait suffisamment sérieux pour justifier une intervention constitutive de nécessité. De même, on a fait valoir que l'état de connaissances scientifiques à l'époque ne permettait pas d'affirmer sans l'ombre d'un doute que la consommation humaine de ce type de produit présentait toutes les garanties d'innocuité requise pour permettre la poursuite de leur culture. Le danger proviendrait alors de l'absence de certitude quant à l'existence même de menace pour la santé humaine... Face à un tel argument, la Cour de cassation n'avait pas d'autre choix que de rejeter les pourvois, dont le raisonnement semble entrer en contradiction avec l'esprit même de l'état de nécessité. En toute logique, celle-ci a confirmé chaque fois les Cours d'appel ayant conclu à l'impossibilité de retenir une telle justification, faute de preuve d'un danger actuel ou imminent²⁴⁷⁸.

Cet exemple rappelle à quel point l'état de nécessité et la légitime défense sont incompatibles avec un danger rien de moins que certain, même s'il n'est pas encore en train de se produire. Le problème rebondit d'ailleurs relativement à l'alerte. Elle a vocation à maintenir une certaine vigilance et ne sera pas systématiquement compatible avec le critère d'imminence du danger requis dans ces justifications, que ce soit en France ou au Canada. Cela limite sensiblement la possibilité de recourir à ces défenses pour échapper à une condamnation pénale.

713. Rapprochement de l'alerte et du principe de précaution. Plus encore, la distance causale et temporelle établie entre certaines alertes et la concrétisation de la menace dénoncée permet de les rapprocher davantage du principe de précaution. Ce dernier vise à prévenir des dommages d'une particulière gravité, dans le domaine de la santé ou de la protection de l'environnement, en dépit des incertitudes scientifiques quant à leur concrétisation²⁴⁷⁹. Ce principe et l'alerte relèvent en quelque sorte de la même logique, celle de la vigilance face aux signes précurseurs d'une catastrophe. Ce rapprochement a aussi tendance à éloigner corrélativement l'alerte de la possibilité de l'associer aux justifications par la nécessité ou la légitime défense. En effet, l'imminence requise du danger encouru induit une certitude de sa réalisation. C'est qui permet de justifier l'intervention de l'agent dans ces circonstances. Or, la causalité est beaucoup plus distendue dans le cadre du principe de précaution : quand on entre dans son spectre, le danger n'est justement pas suffisamment

²⁴⁷⁷ Crim. 3 mai 2011, n° 10-81.529 (le moyen allant même ici jusqu'à affirmer le dommage avéré et bien réalisé) ; Crim. 25 mai 2016, préc., note 2380 ; M.-C. SORDINO, « Alerte en droit pénal », préc., note 109 à la page 41.

²⁴⁷⁸ Crim. 7 février 2007, préc., note 2380 ; Crim. 3 mai 2011, *id.* ; Crim. 25 mai 2016, *id.*

²⁴⁷⁹ Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET et Jean-Christophe SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Synthèse du projet GIP, GIP, 2016, p. 4, en ligne : <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/influence-du-principe-de-precaution-sur-le-droit-de-la-responsabilite-civile-et-penale-compare/>> (consulté le 27 octobre 2021).

consolidé pour s'assurer de la certitude de sa survenance²⁴⁸⁰. Les juges ont eux-mêmes souligné la différence, en rejetant la possibilité de se tourner vers le principe de précaution pour fonder une justification par l'état de nécessité : « le principe de précaution invoqué pour justifier l'action tend à prévenir un risque de dommage et non un danger actuel et imminent comme exigé par les dispositions de l'article 122-7 du Code pénal (sic) »²⁴⁸¹. De la même façon, l'action du lanceur d'alerte, lorsqu'elle s'apparente à de la précaution, sera trop éloignée de la réalisation du danger pour pouvoir être éligible à une justification. De façon plus générale, le problème reste toujours le même. Les incertitudes scientifiques et la progressivité avec laquelle de tels dommages à l'environnement, à la santé humaine ou animale apparaissent rendent plus complexe la caractérisation de la certitude du dommage et par conséquent, d'identifier une situation où le danger est suffisamment consolidé et imminent pour justifier de le conjurer.

714. Appréciation objective et circonstanciée du danger. En outre, on ne peut se contenter de tenir compte de la seule perception que l'agent se faisait du danger. La certitude d'évalue objectivement, sans quoi l'intervention serait en toute circonstance susceptible d'être justifiée et de créer une certaine forme d'impunité, sans tenir compte du caractère raisonnable d'une telle croyance²⁴⁸². C'est la même norme d'appréciation du danger qui est retenue pour les deux faits justificatifs, confirmant là encore leur très grande proximité théorique et technique. La Cour suprême a retenu une norme objective modifiée en matière de nécessité²⁴⁸³, qui n'est finalement pas si différente de celle retenue en France²⁴⁸⁴. Cela revient à se demander si « dans les faits, la personne était en danger et ne disposait d'aucune solution raisonnable et légale »²⁴⁸⁵. En ce sens, il s'agit bien d'une norme objective, « mais qui tient compte de la situation et des caractéristiques de l'accusé en question »²⁴⁸⁶. La même démarche est retenue

²⁴⁸⁰ Jean-Christophe SAINT-PAU, « Les infractions de précaution », dans Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Lara KHOURY, Hichem KHOURY et Jean-Christophe SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale. Regards franco-qubécois*, coll. Mission de recherche Droit & Justice, Sherbrooke, Editions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2015, p. 105 à la page 109.

²⁴⁸¹ Colmar, 14 mai 2014, préc., note 2381. Dans le même sens : Crim. 18 février 2004, n° 03-82.951 ; Crim. 28 avril 2004, n°03-83.783 ; Crim. 7 février 2007, préc., note 2380 ; Crim. 27 mars 2008, n°07-83.009 ; Crim. 3 mai 2011, préc. note 2477 ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET et J.-C. SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, préc., note 2479, p. 5.

²⁴⁸² C'est le sens de l'exclusion des menaces simplement putatives : R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°48 ; M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n° 28 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°24 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°47 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°745, p. 680 et 681 ; n°730, p. 671 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°455, p. 578 ; X. PIN, préc., note 892, n°252, p. 264.

²⁴⁸³ R. c. *Latimer*, préc., note 2413, par. 32.

²⁴⁸⁴ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°745, p. 680 et 681.

²⁴⁸⁵ R. c. *Latimer*, préc., note 2413, par. 32.

²⁴⁸⁶ *Id.*

pour la légitime défense²⁴⁸⁷. Elle revient à se demander si toute personne placée dans les mêmes circonstances aurait également pensé qu'un danger était en train de se constituer. La perception de la menace « doit quand même se fonder sur des motifs raisonnables et probables en ce sens qu'il doit s'agir d'une erreur qu'un homme ordinaire prenant des précautions normales aurait pu commettre dans les mêmes circonstances. »²⁴⁸⁸

715. Appréciation assouplie de la réalité du danger. Remarquons toutefois que la légitime défense fait l'objet d'une appréciation plus souple de l'existence effective de la menace qu'on ne le fait en matière de nécessité. Cela est particulièrement flagrant au Canada, où les articles 34(1) et 35(1) C. crim. proposent aussi de prendre en compte les hypothèses dans lesquelles l'agent peut « [croire], pour des motifs raisonnables »²⁴⁸⁹, qu'ils se situent dans une situation de légitime défense. Cette formule ouvre alors la possibilité de considérer aussi des situations où le danger n'est en réalité pas présent, même si cela reste encadré dans des conditions rigoureuses. La jurisprudence adhère à cette approche et considère même qu'il s'agit là d'un principe fondamental du droit criminel²⁴⁹⁰. Une personne peut se défendre quand elle pense qu'une attaque est sur le point de survenir et il n'est pas nécessaire d'attendre que des conséquences plus graves surviennent pour prendre les mesures nécessaires pour mettre fin à la menace.²⁴⁹¹ Le droit pénal français fait preuve d'une clémence similaire à l'égard de ceux qui se croient faussement attaqués²⁴⁹², dès lors que la situation de danger paraît vraisemblable²⁴⁹³ et même si ce dernier ne survient pas en réalité²⁴⁹⁴.

Le fait d'assouplir de la sorte l'analyse de la menace pourrait permettre de considérer que l'action du lanceur d'alerte relève de la légitime défense. En effet, il n'est plus simplement

²⁴⁸⁷ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°46 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°44 à 46 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°455, p. 577 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°6 ; R. c. *Mohamad*, [2018] O.J. No 6302, par. 215 et 216. Cette analyse objective et circonstanciée était déjà celle retenue par les juges canadiens avant 2012 : *Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396, 404.

²⁴⁸⁸ *Reilly c. La Reine*, préc., note 2487, 404. ; R. v. *Saunders*, 2014 ONSC 4670, par. 65.

²⁴⁸⁹ Art. 34(1)a) et 35(1)b) C. crim.

²⁴⁹⁰ R. v. *Billing*, [2019] B.C.J. No 1214, par. 9. Voir également *Reilly c. La Reine*, préc., note 2487, 404. ; R. v. *Young*, 2008 BCCA 393, par. 23 : « étant donné que l'art. 34(2) [ancienne mouture de l'article relatif à la légitime défense] met en cause la perception de l'accusé concernant l'attaque dont il a fait l'objet, ainsi que la réaction requise pour répondre à cette attaque, on peut encore conclure que l'accusé a agi en la légitime défense même si sa perception était faussée ».

²⁴⁹¹ *Loi sur l'arrestation par des citoyens et la légitime défense*, préc., note 231.

²⁴⁹² R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°43 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°730, p. 671 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°455, p. 577 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°43.

²⁴⁹³ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°43 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°730, p. 671 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », *id.*, n°43 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°455, p. 577.

²⁴⁹⁴ Crim. 21 février 1996, *Bull. crim.*, n°84 ; Crim. 18 févr. 2003, *Bull. crim.*, n°41 ; Crim. 8 juillet 2015, n°15-81.986.

question de vérifier l'existence objective et factuelle du danger, mais de tenir également compte de ce qu'a perçu l'agent, de la vraisemblance de sa croyance en l'existence d'un danger. Cela laisse tout de même la porte ouverte à une mauvaise appréciation de la réalité²⁴⁹⁵, ce qui peut arriver dans le cas des lanceurs d'alerte, sans que cela ne remette en cause sa bonne foi. Ce dernier pourrait quand même obtenir une exonération pour sa prise de parole fautive, s'il a agi en considération d'un danger qui n'est en réalité pas avéré. Une telle interprétation est compatible avec les conclusions précédentes, ayant permis de conclure que la bonne foi importe plus que la vérité des propos du lanceur d'alerte²⁴⁹⁶.

716. Persistance de l'obstacle liée à l'imminence. Malgré cette souplesse, cela ne signifie pas pour autant que le caractère imminent du danger est remis en question. Le problème de la proximité temporelle²⁴⁹⁷ entre la consolidation de la menace et la réponse du lanceur d'alerte n'est pas résolu. L'intervention de celui-ci, souvent plus précoce, ne pourra pas toujours être considérée comme intervenant « dans le même temps » que le péril. Il n'y aura pas de nécessité ou de légitime défense envisageables dans ce cas, faute de certitude quant à la réalisation de la menace. Cela ne fait certes pas obstacle à la caractérisation d'une alerte valable, puisque l'absence de réalité de la menace dénoncée ne remet pas en cause la bonne foi du lanceur d'alerte. Mais l'absence de réalité du danger est rédhibitoire et empêchera certainement de considérer l'alerte comme une manifestation de la nécessité ou de la légitime défense.

Seules quelques alertes pourront donc embrasser les conditions de la nécessité et de la légitime défense. Par si le lanceur d'alerte est témoin d'un phénomène de harcèlement, ou d'agression sexuelle dans le cadre de son travail, on pourrait envisager que, la menace étant en cours, il est possible d'intervenir afin que cessent ces agissements. Il faudrait que la dénonciation de ces faits relève d'une infraction, ce qui ne sera pas systématiquement le cas. Peut-être faudrait-il que le lanceur d'alerte appuie sa dénonciation par des preuves, par exemple l'enregistrement des faits pendant qu'ils se déroulent, ou la divulgation d'un document interne attestant de la connaissance de ce genre de pratiques au sein de l'entreprise, sans que des sanctions interviennent... D'un autre côté, une intervention directe auprès du salarié ayant un comportement illégal paraîtrait bien plus efficace, sans pour autant constituer une alerte. Celle-ci a pour but de dénoncer plus largement les agissements, pour les faire connaître à un public non averti. Elle a une visée informative. Il faudrait donc plutôt que l'alerte soit lancée

²⁴⁹⁵ Ce qui voudrait dire que l'auteur a plutôt commis une erreur de fait qu'une action en état de légitime défense.

²⁴⁹⁶ *Supra*, n°667.

²⁴⁹⁷ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°50 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°732, p. 671 ; X. PIN, préc., note 892, n°253, p. 264 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°7.

directement auprès du public, à condition que la pression de l'opinion soit capable de mettre fin au danger, à tout le moins de dissuader de continuer. L'effet sera alors le même que celui recherché dans le cadre de la légitime défense : mettre fin à la menace pour une personne.

Quant à l'état de nécessité, un exemple permettra de comprendre les difficultés posées par ce critère d'imminence, apprécié de façon objective. Si l'on reprend notre exemple d'une alerte concernant le rejet toxique de substance dans l'air ou dans l'eau, même si ces derniers ont bien lieu, il restera à vérifier qu'ils ont bien pour effet de faire peser un danger suffisamment certain et imminent pour faire intervenir la nécessité. Si c'est bien le cas, le fait de révéler ce genre d'informations, tenues confidentielles au minimum en raison du principe de loyauté due à l'employeur, au mieux couvertes par un secret légal, en constituera la violation²⁴⁹⁸. Dans ce cas, avertir la population du danger encouru relève certainement de l'alerte.

La compatibilité de l'alerte avec ces deux défenses est possible à l'intérieur d'un spectre rendu déjà étroit par l'exigence d'imminence du danger encouru. Ce spectre est susceptible d'être encore réduit par les autres conditions imposées pour caractériser la nécessité et la légitime défense.

1.2.2 L'applicabilité limitée de la nécessité et de la légitime défense au regard du caractère impérieux de l'intervention

717. Caractérisation d'une réaction nécessaire. Une fois que l'on a identifié un danger actuel ou imminent, à tout le moins certain, encore faut-il s'assurer que la réponse apportée à ce danger est bien nécessaire. La condition de nécessité apparaît assez distinctement dans les textes relatifs à l'état de nécessité²⁴⁹⁹ et la légitime défense²⁵⁰⁰. Bien sûr, il va sans dire que l'acte litigieux et que l'on souhaite excuser doit correspondre à une infraction²⁵⁰¹, sans quoi, sa justification par la nécessité n'a plus lieu d'être. Il ne semble pas y avoir de limitation quant

²⁴⁹⁸ Art. 226-13 C. pen. ; art. 391(1) C. crim. *Supra*, n°415 et suiv., n°424 et suiv.

²⁴⁹⁹ 122-7 C. pen. : Face au danger, l'auteur doit accomplir « un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien » ; M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°39 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°268, p. 150 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°748, p. 682 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°41.

²⁵⁰⁰ Au Canada, la riposte doit avoir pour finalité de se protéger soi-même ou autrui (Art. 34(1)b) C. crim.), à empêcher d'entrer dans le bien (Art. 35(1)c)(i) C. crim.), ou encore à prévenir une prise de possession ou des dégâts causés au bien (Art. 35(1)c)(ii) C. cr.). Quant au texte français, il précise que l'action entreprise pour se défendre doit être nécessaire (art. 122-5 al. 1 C. pen.) ou « strictement nécessaire » (art. 122-5 al.2 C. pen.). R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°94 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°262, p. 146 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°731, p. 671 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 1912, n°79 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°461, p. 583 ; X. PIN, préc., note 892, n°253, p. 264 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°7.

²⁵⁰¹ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°39.

à la nature de l'infraction commise à titre de riposte²⁵⁰², des violences, des menaces verbales, une privation de liberté, le vol d'une arme, une atteinte aux biens... Tout acte susceptible de mettre fin à la menace peut être justifié par l'une ou l'autre de ces défenses.

En France comme au Canada, la réponse apportée à la menace doit apparaître comme un acte nécessaire pour garantir la sauvegarde de l'intérêt menacé²⁵⁰³. L'agent est placé face à l'alternative entre subir le danger ou l'attaque et ses conséquences, ou commettre une infraction pour s'en extirper²⁵⁰⁴. L'action doit donc avoir pour but de défendre, soi-même ou autrui, de protéger les biens, mais en aucun cas ne doit s'apparenter à une vengeance personnelle²⁵⁰⁵. La nécessité de l'acte suppose que « l'agent ait été placé devant l'alternative entre commettre une infraction ou subir l'évènement qui la provoque »²⁵⁰⁶. L'action illégale ne doit pas représenter une alternative à une voie légale, comme par la fuite ou en sollicitant l'intervention des forces de l'ordre. Si une telle option est disponible, alors l'agent ne se trouvera pas en situation de nécessiter d'intervenir²⁵⁰⁷. Bref, la voie de l'illicite ne doit pas être subsidiaire²⁵⁰⁸. Les juges canadiens se posent eux la questions suivante : « si l'accusé se devait d'agir, pouvait-il vraiment agir de manière à éviter le danger ou à prévenir le mal sans contrevenir à la loi ? *Y avait-il moyen de s'en sortir légalement?* »²⁵⁰⁹. Si une réponse négative est apportée à cette dernière question, alors l'infraction sera justifiée, ce qui constitue un raisonnement très proche de celui adopté en France. La présence d'une solution légale rend inopérante la défense de nécessité. C'est aussi l'une des raisons qui a conduit au rejet des divers pourvois formés contre les condamnations de destructions de champs de récolte OGM : les prévenus faisaient valoir que leur action était nécessaire face à l'inaction de l'État. Or, les juges du fond ont souvent rappelé qu'il existait des voies légales pour y remédier, faisant d'autant plus obstacle à la possibilité de revendiquer la nécessité de leur action²⁵¹⁰.

²⁵⁰² O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°261, p. 146 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°734, p. 672 et 673 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°460, p. 582.

²⁵⁰³ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°94 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°262, p. 146 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°731, p. 671 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°79 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°461, p. 583 ; X. PIN, préc., note 892, n°253, p. 264 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°7.

²⁵⁰⁴ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°39 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°268, p. 150 ; C. MASCALA, *id.*, n°42.

²⁵⁰⁵ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°461, p. 583 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°7.

²⁵⁰⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1256, p. 975.

²⁵⁰⁷ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°262, p. 146 ; E. DREYER, *id.*, n°1256, p. 975 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°461, p. 583 ; Crim. 3 juillet 1989, n°88-80.948.

²⁵⁰⁸ X. PIN, préc., note 892, n°258, p. 270.

²⁵⁰⁹ *Perka c. la Reine*, préc., note 2397, 251 ; *R. c. Latimer*, préc., note 2413, par. 30.

²⁵¹⁰ Crim. 7 février 2007, préc., note 2380 ; Crim. 3 mai 2011, préc., note 2477 ; Crim. 25 mai 2016, préc., note 2380 ; M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°39 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°748, p. 682.

718. Appréciation objective modérée de la nécessité. La Cour suprême retient tout de même une approche réaliste de la question²⁵¹¹, en tenant évidemment compte des circonstances de fait²⁵¹². Ainsi le standard consiste ici aussi à se demander si toute personne raisonnable, face à la même situation, aurait également jugé préférable d'enfreindre la loi. C'est donc une analyse objective modifiée²⁵¹³ qui permet d'évaluer la réaction de l'agent et d'en conclure qu'elle relevait ou non de la nécessité²⁵¹⁴. Ainsi, « l'accusé ne doit pas être placé devant le dernier recours imaginable, mais il ne doit avoir aucune solution raisonnable et légale. »²⁵¹⁵ Certains auteurs soutiennent que la jurisprudence française adopte également une appréciation un peu plus souple de la nécessité²⁵¹⁶. Il semble qu'il faille surtout y voir une appréciation objective, mais circonstanciée des faits permettant de caractériser ou non la nécessité de l'acte²⁵¹⁷, ce qui ne remet pas en question la rigueur avec laquelle le caractère nécessaire est évalué.

719. Adéquation temporelle et matérielle de la réponse dictée par la nécessité. On en déduit deux caractéristiques précisant en quoi doit consister la réponse apportée à la menace. D'une part, il existe un critère temporel qui permet de juger de la nécessité de la réponse. L'article 122-5 al. 1 C. pen. l'exige expressément, en demandant que la riposte soit réalisée « dans le même temps » que l'agression. La légitime défense semble entendre strictement cette condition temporelle²⁵¹⁸, tandis que la jurisprudence canadienne ne fait pas preuve de la même rigueur s'agissant de la défense de nécessité. Elle peut relever de l'urgence, au regard de l'existence même du danger, sans pour autant requérir une réponse immédiate²⁵¹⁹. On peut alors considérer que l'intervention doit se manifester dans un délai raisonnable suivant la concrétisation du danger, sans quoi, on devrait sortir d'une hypothèse de nécessité. Le critère temporel est tout de même bien présent et une réponse trop hâtive ou trop tardive ne pourra être couverte par la nécessité. Cela signifie aussi qu'une menace qui perdure et qui n'a pas trouvé de réponse ne devrait pas pouvoir entrer dans le domaine de la nécessité²⁵²⁰. Par nature, il n'est plus imminent, ni vraiment actuel, étant déjà établi depuis quelque temps.

²⁵¹¹ R. c. *Latimer*, préc., note 2413, par. 30 ; F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°12.

²⁵¹² R. c. *Nwanebu*, [2014] BCCA 387, par. 67.

²⁵¹³ F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°14.

²⁵¹⁴ R. c. *Nwanebu*, préc., note 2512, par. 63 à 67.

²⁵¹⁵ R. c. *Latimer*, préc., note 2413, par. 30.

²⁵¹⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 1886, n°748, p. 682 et 683 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°470, p. 593.

²⁵¹⁷ Pour un exemple de souplesse dans l'appréciation de la nécessité de la commission de l'infraction : T. corr. Colmar, 27 avril 1956, préc., note 2440 ; T. pol. Lyon, 20 novembre 1984, préc., note 2458.

²⁵¹⁸ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°101.

²⁵¹⁹ R. c. *Nwanebu*, préc., note 2512, par. 62.

²⁵²⁰ X. PIN, préc., note 892, n°258, p. 271.

D'autre part, la nécessité semble également imposer une certaine adéquation entre la réaction adoptée et le danger que l'on souhaite conjurer²⁵²¹. En effet, si l'acte n'a pas le pouvoir de mettre fin au danger, en toute logique il ne peut relever de la nécessité. Les affaires impliquant de décrochages du portrait présidentiel dans différentes mairies françaises, afin de signifier un désaccord avec la politique gouvernementale en matière environnementale en sont un bon exemple²⁵²². Si les prévenus ont plaidé l'état de nécessité, c'est en toute logique que la Cour de cassation a confirmé la cour d'appel ayant écarté ce fait justificatif, en raison justement du défaut d'adéquation de l'action entreprise pour conjurer le danger redouté²⁵²³. Si tant est que l'on arrive à convaincre d'un danger actuel ou imminent que le réchauffement climatique fait peser sur l'environnement, il reste que le décrochage d'un portrait présidentiel ne semble pas être une mesure adéquate pour faire cesser ce dernier²⁵²⁴. Ce n'est d'ailleurs pas sur ce fondement que les relaxes ont été obtenues.

720. Difficultés relatives au caractère nécessaire de l'alerte. On le voit, il n'est pas évident qu'un acte par principe illégal pourra être justifié par l'état de nécessité ou la légitime défense. Les conditions en restent strictement encadrées. Il n'est pas certain du tout qu'un lanceur d'alerte pourrait se prévaloir de ces justifications pour expliquer l'infraction qu'il aurait commise à l'occasion de sa prise de parole. L'adéquation de la réponse apportée par l'alerte au danger identifiée pourrait être mise en cause. C'est là que la qualification de l'alerte en tant qu'acte de légitime défense ou de nécessité trouve sa principale limite, car il n'est pas certain que le danger dénoncé puisse véritablement être conjuré par l'intervention du lanceur d'alerte. D'abord, parce qu'il sera souvent difficile de caractériser une alerte ayant effectivement le pouvoir de faire cesser la menace, celle-ci ne remplissant souvent pas le critère de contemporanéité entre le moment où elle est lancée et le moment où la menace cesse. Il arrive même que l'alerte soit lancée alors même que le danger a cessé²⁵²⁵. Le fait que l'alerte ait été lancée plusieurs années après la fin de la menace ne la disqualifie pas en tant que telle, mais

²⁵²¹ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°39.

²⁵²² Trib. corr. Lyon, 16 septembre 2019, D. 2019.1973, note Roets ; Bordeaux, 16 septembre 2020, Juris-Data n°2020-015485. Le tribunal et la cour d'appel dessinent simplement les contours d'une défense basée sur la liberté d'expression, en mentionnant la participation de l'acte à un débat d'intérêt général ; Trib. judiciaire d'Auch, 27 octobre 2020, Légipresse 2020.680, comm. Dreyer ; Trib. judiciaire de Strasbourg, 3 décembre 2020, Juris-Data n°2020-021219, où, cette fois-ci, la liberté d'expression a explicitement emporté la conviction des juges.

²⁵²³ Crim. 22 septembre 2021, n°20-85.434, Dalloz Actualité, 8 octobre 2021, note Recotillet, par. 8 et 9.

²⁵²⁴ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°39.

²⁵²⁵ Ce fut par exemple le cas dans l'affaire du sang contaminé par le VIH en France, où l'information relative à ce scandale sanitaire a été connue du public, alors que les autorités avaient déjà fini d'écouler les produits sanguins contaminés : Sophie CHAUVEAU, *L'affaire du sang contaminé, 1983-2003*, coll. Médecine et sciences humaines, Paris, Belles lettres, 2011, p. 92-93 et 207 et suiv. Ce fut également le cas pour la catastrophe de Tchernobyl : F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNAY, préc., note 6, p. 48.

cela empêche toute possibilité de considérer cet acte comme pouvant être couvert par la nécessité ou la légitime défense. Il n'y a donc certainement aucun critère temporel attaché à l'alerte, qui ne correspond pas systématiquement à celui ressortant des faits justificatifs à l'étude. Cela montre bien que la coïncidence entre les deux est, encore une fois, partielle.

Ensuite, il faudrait que le lanceur d'alerte soit non seulement entendu, mais aussi cru. Or, la crédibilité de sa parole reste encore un problème majeur auquel il est confronté. Cela risque de rendre l'alerte inefficace, ce qui ne semble pas pouvoir caractériser une réponse nécessaire, susceptible de mettre un terme au danger encouru. Il pourra alors encore moins s'agir de la seule option disponible pour empêcher sa réalisation.

Prenons pour cela quelques exemples. Dans le cas où le lanceur d'alerte dénonce publiquement des pratiques de harcèlement, il n'est pas garanti que cela soit le moyen le plus approprié pour mettre fin au péril et donc de pouvoir constituer une légitime défense. Non seulement, cela peut n'avoir aucun effet dissuasif et dans ce cas, l'acte n'a alors pas le pouvoir de constituer une riposte efficace. Mais encore, si la dénonciation peut peut-être finir par dissuader l'agresseur de poursuivre ses activités, rien ne dit qu'il cédera immédiatement après que l'alerte a été lancée. On ne peut alors pas considérer que l'action d'alerte intervient dans le même temps que l'agression. Des menaces adressées directement à l'assaillant paraissent plus à même de produire l'effet recherché. Mais il ne s'agira alors plus d'une alerte.

Dans l'affaire du Médiateur, déclenchée par une alerte en France, le danger provenait d'un médicament susceptible de causer de graves dommages à la santé des patients. Nul doute que la santé des personnes était en jeu. Pour autant, l'alerte n'a pas eu nécessairement le pouvoir de mettre fin immédiatement au danger, bien qu'elle a été l'élément déclencheur de la réaction étatique. Elle a été lancée en 2007²⁵²⁶, alors que le retrait du médicament n'intervient lui qu'en 2009²⁵²⁷. Elle n'a pas permis de mettre immédiatement fin au danger, comme semble pourtant l'exiger l'état de nécessité²⁵²⁸. En outre, des affaires de cette ampleur, sur des produits soumis à une régulation, appellent nécessairement un relais de la part des autorités de contrôle, ce qui retarde d'autant plus la possibilité de mettre fin au danger. L'alerte est donc un élément déclencheur primordial, mais pas nécessairement celui qui permet d'y mettre fin.

²⁵²⁶ « Mediator : l'histoire du combat du Dr. Irène Frachon », *Franceinfo*, 19 septembre 2019, en ligne : < https://www.francetvinfo.fr/sante/affaires/mediator-lhistoire-du-combat-du-dr-irene-frachon_3623615.html>.

²⁵²⁷ *Id.*

²⁵²⁸ Notons toutefois que la lanceuse d'alerte n'était pas en situation infractionnelle, puisqu'elle n'était tenue à aucun devoir de confidentialité vis-à-vis du laboratoire producteur du Médiateur.

On le voit, la possibilité de retenir l'alerte comme une forme de nécessité ou de légitime défense s'amenuise un peu plus à chaque fois que l'on étudie une nouvelle condition qualificative de telles justifications. Et il reste encore à vérifier que l'action du lanceur d'alerte est effectivement proportionnée à la menace qu'il veut conjurer.

1.2.3 La proportionnalité révélatrice de l'importance des finalités de l'alerte

721. Proportionnalité de l'acte. Enfin, il ne suffit pas que l'acte parant le danger imminent soit nécessaire. Il faut aussi vérifier qu'il y a proportionnalité entre la menace conjurée et l'acte commis²⁵²⁹. Cette condition apparaît elle aussi explicitement dans les art. 122-5²⁵³⁰ et 122-7 C. pen. De même, la dernière condition évoquée par les articles 34(1)c) et 35(1)d) C. crim. consiste à agir « de façon raisonnable dans les circonstances ». Cela revient donc à exiger de l'agent revendiquant la légitime défense qu'il « [circonscrive] équitablement les limites entourant la légalité de son comportement et fixe le degré de maîtrise de soi qui est attendu de la part de chaque citoyen »²⁵³¹. Cela revient donc à exiger un recours mesuré à la force pour permettre de neutraliser l'attaque initiale.

Ici, c'est un véritable travail de mise en balance entre l'intérêt sacrifié et l'intérêt sauvegardé qui entre en jeu. Plus exactement, on considère dans la doctrine française que le second doit être plus urgent, ou tout du moins aussi important que le premier²⁵³². Le droit canadien entend la proportionnalité de la même façon : « aucun système raisonnable de justice criminelle, si libéral et humanitaire soit-il, ne pourrait excuser l'imposition d'un mal plus grand afin de permettre à l'auteur de l'acte d'éviter un moindre mal »²⁵³³. Il s'agit d'une interprétation

²⁵²⁹ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°108 ; M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°46 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°263, p. 147 et n°268, p. 151 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 1886, n°733, p. 671 et n°749, p. 683 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1258, p. 976 ; F. LAFONTAINE, préc., note 2398, n°17 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°45 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°83 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°461, p. 583 ; X. PIN, préc., note 892, n°253, p. 264, et n°258, p. 271.

²⁵³⁰ Dans une formulation négative pour le premier alinéa : il n'y aura pas de légitime défense « s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte » (art. 122-5 al. 1 C. pen.). Dans une formulation positive pour le second : La légitime défense des biens est possible si « les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction » (art. 122-5 al. 2 C. pen.). R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°111.

²⁵³¹ C. SANTERRE, préc., note 2405, n°9.

²⁵³² O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°263, p. 147 et n°268, p. 151 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, préc., note 1886, n°749, p. 683 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1258, p. 976 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°46 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°83 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°470, p. 593 ; X. PIN, préc., note 892, n°258, p. 271.

²⁵³³ *Perka c. la Reine*, préc., note 2397, 252.

concrète²⁵³⁴, circonstanciée²⁵³⁵ et objective²⁵³⁶ entre le péril qui s'annonce et celui réalisé. L'article 34(2) C. crim. énonce même une liste de critères à prendre en considération lorsqu'il s'agit d'évaluer la mesure de la riposte. Bien sûr, cela ne signifie pas que l'on s'appuie uniquement sur le ressenti de l'agent pour évaluer la proportionnalité de son acte. Ce dernier sera confronté au standard de la personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances²⁵³⁷. Cela sous-entend qu'il est alors possible de hiérarchiser les intérêts en jeu et de résoudre l'antagonisme qui les oppose, en faveur de celui jugé le plus important. Un tel raisonnement suppose donc ici de soupeser les intérêts en jeu et de leur apporter une appréciation qualitative, afin de pouvoir identifier celui qui est le plus urgent à sauvegarder.

On s'entend à admettre qu'il n'y a pas proportionnalité à sacrifier une vie pour sauver un bien²⁵³⁸. Cela institue bien un rapport de proportionnalité et une hiérarchisation des valeurs en présence, la défense de la vie devant primer celle de la propriété. Il y aura dans ce cas manifestement disproportion. En revanche sera proportionné le fait d'enfreindre les règles de circulation routière pour sauver une vie²⁵³⁹.

722. Appréciation de la proportionnalité. La question de l'appréciation de la proportionnalité peut être plus délicate à résoudre, particulièrement dans les cas où les deux valeurs sont les mêmes²⁵⁴⁰. La doctrine française a été divisée par la question²⁵⁴¹, mais semble aujourd'hui se ranger derrière l'opinion considérant qu'il est possible d'invoquer l'état de nécessité²⁵⁴² ou la légitime défense²⁵⁴³ dans cette hypothèse. Au Canada, c'est la question de l'application de la défense de nécessité à l'homicide qui a pu soulever des difficultés. Dans l'affaire *Latimer*²⁵⁴⁴, le père d'une enfant lourdement handicapée a décidé de mettre fin à son existence de souffrance, sans perspective d'amélioration de son état de santé. Sa décision de passage à l'acte était motivée par la perspective d'une énième intervention chirurgicale particulièrement mutilante. La Cour suprême a considéré qu'il ne pouvait pas y avoir de

²⁵³⁴ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°268, p. 151.

²⁵³⁵ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°47 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, *id.*, n°263, p. 147 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, p. 6, n°1258, p. 979 et 977 ; X. PIN, préc., note 892, n°253, p. 265 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°9.

²⁵³⁶ R. c. *Latimer*, préc., note 2413, par. 34 ; LAFONTAINE, préc., note 2398, n°18.

²⁵³⁷ C. SANTERRE, préc., note 2405, n°9.

²⁵³⁸ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°749, p. 683 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1303, p. 1017.

²⁵³⁹ *Québec (ville de) c. Blackburn*, préc., note 129, par. 26 ; Cass. crim. 25 juin 1958, D. 1958. 693, note MRMP.

²⁵⁴⁰ M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°48 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°470, p. 594.

²⁵⁴¹ M. DANTI-JUAN, *id.* ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – état de nécessité », préc., note 1912, n°49.

²⁵⁴² M. DANTI-JUAN, *id.* ; C. MASCALA, *id.*

²⁵⁴³ O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°263, p. 147 ; C. MASCALA, « Faits justificatifs – légitime défense », préc., note 2402, n°85 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°460, p. 582.

²⁵⁴⁴ R. c. *Latimer*, préc., note 2413.

proportionnalité entre l'homicide et le risque représenté ici par l'opération envisagée. Selon elle, « Sur le plan conceptuel, il est difficile d'imaginer une situation où l'exigence de proportionnalité pourrait être respectée dans le cas d'un homicide. »²⁵⁴⁵ Et d'ajouter :

« Si on tenait pour acquis aux seules fins de l'analyse que la nécessité pourrait constituer un moyen de défense en matière d'homicide, il faudrait se trouver en présence d'un mal dont la gravité se compare sérieusement à celle de la mort (le mal infligé). En l'espèce, ce mal ne risquait pas de se produire. Le « mal évité » dans la situation de l'appelant était, comparativement à la mort, totalement disproportionné. (...). Tuer quelqu'un — dans le but de mettre fin à la douleur produite par un état de santé physique ou mental qui peut être traité par des soins médicaux — n'est pas une réaction proportionnée au mal que constitue une douleur qui ne met pas la vie en danger. »²⁵⁴⁶

Ainsi, on comprend qu'il existe des situations où la nécessité ne pourra être invoquée, car il sera impossible de parvenir à un équilibre proportionnel des intérêts en jeu. La Cour suprême semble retenir indirectement, à la manière de ce qui se décide en France, que les deux valeurs antagonistes doivent être au moins équivalentes, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Latimer*. D'un point de vue juridique, il est tout à fait logique que la défense n'ait pas été admise.

L'analyse de la proportionnalité ne se fait pas au regard des qualifications pénales éventuellement applicables aux différents actes, mais de l'analyse de ceux-ci même²⁵⁴⁷ et des valeurs qu'ils comportent. D'ailleurs l'art. 122-7 C. pen précise bien que la proportionnalité est évaluée entre la gravité de la menace et les moyens employés pour la conjurer. L'analyse ne semble pas laisser place à l'interprétation ou la vision que l'auteur se faisait de son acte²⁵⁴⁸. Ainsi, « la répression ne perd (...) son fondement qu'en présence d'une infraction socialement utile, ou socialement indifférente. »²⁵⁴⁹. L'évaluation de la proportionnalité s'effectue donc entre « les moyens employés pour se défendre et la gravité de l'atteinte aux personnes »²⁵⁵⁰ ou contre un bien. L'intérêt de l'infraction commise en état de légitime défense ou de nécessité ne peut se comprendre qu'en rapport avec l'intérêt qu'elle sert, le mal qu'elle cherche à éviter.

723. Application concrète de la proportionnalité à l'alerte. Dans le cas du lanceur d'alerte, cela signifie qu'il faudra évaluer l'acte d'alerte à l'aune de l'attaque ou du danger qu'il cherche à contrer. Dans le cas de l'alerte, le débat ne s'organise autour de la confidentialité et de la liberté d'expression. Donc, l'acte litigieux principalement en jeu dans ce contexte sera

²⁵⁴⁵ *Id.*, par. 40.

²⁵⁴⁶ *Id.*, par. 41.

²⁵⁴⁷ R. BERNARDINI, préc., note 1958, n°112 ; O. DECIMA, S. DETRAZ et É. VERNY, préc., note 1402, n°263, p. 147 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, préc., note 1402, n°1258, p. 97 7 ; X. PIN, préc., note 892, n°253, p. 266.

²⁵⁴⁸ *Contra* : M. DANTI-JUAN, préc., note 2417, n°49.

²⁵⁴⁹ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°470, p. 593.

²⁵⁵⁰ R. BERNARDINI, préc., note 1658, n°112.

plutôt le fait de porter atteinte à la confidentialité de l'information, soit par les infractions d'atteinte aux biens, soit celle d'atteinte à la confidentialité pour parer l'agression en cours. Par exemple, si le lanceur d'alerte cherche à mettre un terme à un harcèlement ayant cours sur son lieu de travail – à supposer que l'on considère cet acte comme nécessaire – la riposte consiste à rendre illégalement cette information accessible au public. On aura alors à soupeser la protection de l'intégrité physique ou morale de la victime du harcèlement, versus la protection de la confidentialité de l'information. Ce travail reviendra au juge.

724. Résurgence de la question des motivations à l'alerte. En réalité, c'est ce qui correspond à la recherche de la finalité véritable du lanceur d'alerte : il ne dénonce pas dans le seul but de pouvoir bénéficier de sa liberté d'expression, mais pour informer le public d'une situation qui le préoccupe. Celle-ci peut à l'occasion aussi être un danger relevant l'état de nécessité ou de la légitime défense, mais il s'agit à chaque fois de faire entendre une inquiétude, éventuellement de prévenir d'un danger.

L'application du schéma justificatif à l'alerte permet donc surtout de révéler à quel point les motivations du lanceur d'alerte sont essentielles dans l'évaluation de l'opportunité et de la légitimité de l'alerte. Il y a bien eu des cas analogues en France, où l'on a admis qu'il était possible de sacrifier le secret professionnel pour préserver d'une erreur judiciaire²⁵⁵¹, ce qui montre que ce n'est pas tant l'expression elle-même qui importe que son contenu. Bien sûr, il est n'est pas dit que les juges se prononceront systématiquement en faveur de la justification de ce type d'actions. Tout dépend des circonstances de chaque cas, quelle valeur est mise en miroir avec la confidentialité. De cette analyse factuelle ressortira la pertinence de l'alerte, notamment au regard de la gravité de la menace encourue. Il n'est pas dit que l'atteinte portée à la confidentialité soit systématiquement jugée proportionnelle, mais elle permettra de s'interroger, de façon pragmatique, sur les finalités de la démarche, ce qui permet à tout le moins d'ouvrir un débat judiciaire, et peut-être largement sociétal, sur l'alerte elle-même. Cela montre en tout cas à quel point l'interprétation est contextuelle, et ne peut se contenter d'une appréciation abstraite de la confidentialité et de la liberté d'expression.

725. Résurgence des questions probatoires. Pour terminer, notons que les défenses ci-dessus évoquées présentent quelques particularités probatoires. On l'a vu, lorsque l'on bascule dans l'étude des justifications à l'infraction, la charge de la preuve se renverse et pèse

²⁵⁵¹ Crim. 20 décembre 1967, préc., note 2444.

essentiellement sur la partie poursuivie²⁵⁵². Il ne s'agit plus de faire la démonstration de sa culpabilité, mais au contraire celle de la légitimité de son action. La preuve peut être difficile à ramener pour le défendeur et le législateur semble avoir été sensible à ce problème. Ainsi au Canada, que ce soit en matière de nécessité ou de légitime défense, le fardeau de preuve est divisé entre l'accusé et la Couronne : le premier a seulement la charge de présentation²⁵⁵³, c'est-à-dire qu'il doit simplement rapporter « la preuve de l'apparence de la vraisemblance de la défense relativement à chacune de ses conditions d'ouverture »²⁵⁵⁴. À cette première étape, il s'agit simplement de vérifier s'il existe suffisamment d'éléments pour qu'un jury puisse prononcer un acquittement sur la base de cette justification ou excuse. Ensuite, revient à la poursuite la charge de démontrer, hors de tout doute raisonnable, que l'accusé n'a pas agi en état de nécessité²⁵⁵⁵ ou de légitime défense. Le fardeau de persuasion revient donc à cette partie²⁵⁵⁶. Les spécificités de la preuve concernant ces faits justificatifs montrent que, même si elle peut paraître facilitée au Canada, elle reste à la charge de celui qui cherche à expliquer son acte. D'une certaine façon, c'est même parfaitement logique, dans la mesure où c'est celui qui cherche à justifier son acte qui est le mieux à même de l'expliquer. La solution n'a pas vocation à être différente pour le lanceur d'alerte. Même si son action ne relève pas facilement de l'une ou l'autre des défenses évoquées, le mécanisme reste assez proche de celles-ci. Le lanceur d'alerte peut justifier son intervention, mais c'est à lui de rapporter la preuve de sa légitimité.

726. Conclusion : divergence des objectifs de l'alerte et des défenses générales. À l'issue de cette étude, il apparaît évident que la conception et les conditions de l'état de nécessité et de la légitime défense demeurent très proches d'une tradition juridique à l'autre. On ne détecte pas de différence majeure entre le droit français et le droit canadien, qui semblent tous deux entendre la question de façon relativement restrictive. Surtout, les deux justifications occupent dans les deux pays la même fonction, à savoir la possibilité offerte par le législateur de renoncer, dans certaines circonstances, à la condamnation d'un acte infractionnel en raison des conséquences sociales positives qu'il a engendrées. Il s'agit d'un cas typique de résolution d'un conflit entre deux valeurs opposées, celle protégée par l'infraction et celle sauvegardée

²⁵⁵² *Supra*, n°575.

²⁵⁵³ LAFONTAINE, préc., note 2398, n°6 ; C. SANTERRE, préc., note 2405, n°2.

²⁵⁵⁴ LAFONTAINE, *id.*

²⁵⁵⁵ LAFONTAINE, *id.*

²⁵⁵⁶ C. SANTERRE, préc., note 2405, n°2. En matière de légitime défense en France aussi, la charge de la preuve est allégée par l'intervention d'une présomption de défense des biens (art. 122-6 C. pen.). La présomption s'applique lors d'une intrusion de nuit dans un lieu habité, ou pour se défendre d'un vol réalisé avec violence. Mais cela signifie *a contrario* qu'en dehors des hypothèses spécifiques énumérées par l'art. 122-6 C. pen., la légitime défense n'est pas présumée. Par ailleurs, aucun allègement de la charge de la preuve n'existe en matière d'état de nécessité.

par sa commission. C'est donc un outil incontournable dans la résolution des conflits de valeurs, pour lequel le législateur offre déjà un début de solution. Les conditions de cette résolution seront particulièrement intéressantes pour résoudre la question de l'accès ou non à l'information économique et donner un cadre à l'intervention du lanceur d'alerte.

L'interprétation donnée de ces justifications dans les deux pays permet également d'établir une différence notable entre elles et l'alerte. Leurs conditions ont tendance à rendre difficile d'abriter cette dernière sous le couvert des premières. L'alerte occupe une place parfois plus en amont, parfois plus en aval, à un stade où il semble souvent difficile de considérer le danger comme suffisamment établi ou persistant. La nécessité impose notamment que l'action à justifier soit adaptée à la situation, susceptible de mettre fin au danger encouru. Or, l'alerte n'a pas forcément cette vocation. Chercher à justifier l'action du lanceur d'alerte par l'une ou l'autre de ces justifications a donc permis d'affiner encore l'objectif de l'alerte : certes il s'agit de défendre un intérêt considéré comme suffisamment important, mais de le faire de manière préventive, avant même que ce dernier soit mis en péril. L'antériorité de cette intervention implique que l'action du lanceur d'alerte n'est pas nécessairement destinée à mettre fin au danger, surtout si elle n'est pas immédiatement prise au sérieux. Ce paramètre reste un obstacle majeur pour considérer l'alerte comme véritablement adaptable à ces faits justificatifs généraux.

Cela implique surtout que l'alerte a vocation à informer, à faire entrer dans une phase de vigilance et de prévention, qui ne s'apparente pas pour autant à un principe de précaution. Sa prise de parole aurait plutôt tendance à inciter une réaction d'un tiers. Ce dernier pourra être l'employeur directement, si ce dernier est en mesure de mettre fin à des pratiques ou un péril en cause ; il pourrait aussi s'agir d'un procureur, si les faits sont dénoncés à l'autorité judiciaire ; la réaction pourrait enfin solliciter directement l'opinion publique, pour une alerte faite publiquement, par voie de presse par exemple. Dans ces deux dernières hypothèses, on voit bien que l'autorité judiciaire ou le public n'a pas forcément vocation à démarrer une réaction du type de celle attendue dans le cadre de l'état de nécessité. Sur le principe, alerte, nécessité et légitime défense fonctionnent de façon analogue, en permettant une réaction face à un péril, mais la façon d'y répondre diverge sensiblement. L'alerte apparaît alors plutôt comme un outil complémentaire dans la prévention et la réparation des risques à moyen terme, intermédiaire à une réaction plus lointaine relevant de la précaution et plus immédiate relevant de la nécessité ou de la légitime défense.

727. Conclusion générale sur les faits justificatifs généraux. Les faits justificatifs généraux constituent un bon cadre d'analyse de départ pour mieux comprendre la résolution

des conflits proposée par le législateur. Ils ont sans doute l'avantage de l'universalisme, ce qui autorise à les envisager sans tenir compte de l'infraction éventuellement commise par le lanceur d'alerte. Toutefois, ils ne sont pas tous bien adaptés aux particularismes de son intervention, particulièrement les plus classiques que sont l'état de nécessité et la légitime défense.

Ces faits justificatifs ouvrent la possibilité de promouvoir un autre intérêt sur celui défendu par l'infraction. Cela signifie que même lorsque le lanceur d'alerte révèle frauduleusement une information couverte par la confidentialité, il n'est pas inéluctable que la protection de celle-ci l'emporte à tous les coups. L'existence des faits justificatifs révèle des circonstances dans lesquelles, au contraire, il est possible de légitimer sa prise de parole. Mais cela suppose de rechercher la finalité qu'il souhaite défendre : assurer ses droits de la défense, livrer une information d'intérêt général, mettre ses actions en conformité avec ses convictions, ou plus largement défendre tout intérêt, pourvu qu'il agisse en état de nécessité ou de légitime défense. Surtout, l'ensemble de ces faits justificatifs est conditionné par les mêmes exigences, à savoir, l'identification d'une valeur à défendre, la nécessité et la proportionnalité, le tout apprécié de façon contextuelle et pragmatique. Cela confirme que l'analyse de l'alerte au regard de la seule liberté d'expression ne suffit pas. Il faut partir à la recherche des finalités de l'intervention du lanceur d'alerte, donc chercher à identifier une valeur à défendre.

Ce ne sont pas les seules justifications vers lesquelles il est possible de se tourner dans le contexte de l'alerte. Il en existe aussi des plus spéciales, qui ne pourront alors s'appliquer qu'à un nombre restreint d'infractions. Elles ne présentent pas l'avantage de proposer une couverture universelle et unique des actions du lanceur d'alerte, mais elles auront aussi la chance d'être plus adaptées à sa situation que les faits justificatifs généraux, un peu malmenés à force de vouloir les appliquer à des hypothèses qui ne leur conviennent pas réellement.

2 La possibilité de lever à la confidentialité à travers les justifications spécifiques à l'alerte

728. Autorisations spéciales à la prise de parole. De la même façon que leurs homologues généraux, les faits justificatifs spéciaux ont également vocation à résoudre des conflits entre des valeurs antagonistes. Seulement ici, la portée des valeurs en jeu est restrictivement limitée par le domaine d'application des infractions ou des matières justifiées.

Concernant d'abord le contexte pénal, les infractions que l'on cherche à justifier visent directement la question de la protection de l'information économique. On l'a vu, sa sauvegarde peut intervenir soit directement sur cette dernière, à travers la confidentialité qui y est

attachée²⁵⁵⁷, soit de façon indirecte, à travers son support²⁵⁵⁸ ou la garantie d'une bonne réputation pour son légitime gardien²⁵⁵⁹. Le cas de la réputation fait l'objet d'un traitement particulier, sur lequel nous reviendrons ultérieurement²⁵⁶⁰. Pour les deux autres situations, il existe néanmoins un fait justificatif spécifique rétablissant la liberté de parole du lanceur d'alerte. Ce dernier n'existe pour l'heure qu'en France, même si le Canada n'est pas dépourvu de toute mesure de protection des lanceurs d'alerte. Il démontre en tout cas que, lorsque ses conditions sont remplies, le législateur renie le principe de la protection de la confidentialité, en justifiant les infractions qui y constituent une atteinte. La liberté d'expression l'emporte (2.1). Ensuite, le droit québécois propose lui aussi des formes de justifications intervenant en matière de responsabilité civile. Elles ont aussi pour vocation, par exception, à redonner droit à la parole, au détriment du maintien de la confidentialité (2.2). Dans les deux cas, l'application de ces justifications implique un renoncement à la confidentialité, qui est alors sacrifiée, sans véritable possibilité d'accommoder les droits en conflit.

2.1 La protection spéciale des lanceurs d'alerte

729. Nouveauté législative. La loi Sapin 2²⁵⁶¹ est la première loi française à s'être saisie sérieusement et de façon uniformisée du statut des lanceurs d'alerte. Elle est le résultat d'une réflexion ayant pris largement en compte les recommandations du Conseil d'État²⁵⁶² et des institutions européennes²⁵⁶³ relativement aux lanceurs d'alerte. Outre une définition nécessaire de la notion, elle a surtout introduit un nouveau fait justificatif d'alerte, codifié à l'article 122-9 C. pen. Ce nouvel outil entre les mains du lanceur d'alerte prévoit que :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. »

²⁵⁵⁷ *Supra*, n°382 et suiv.

²⁵⁵⁸ *Supra*, n°258, 307.

²⁵⁵⁹ *Supra*, n°589.

²⁵⁶⁰ *Infra*, n°973 et suiv.

²⁵⁶¹ Loi Sapin 2, préc., note 86.

²⁵⁶² CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84 ; F. BARRIERE, préc., note 89, n°1 ; Jean-Marie BRIGANT, « La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *JCP G* 2017.1-2.6, 9.

²⁵⁶³ P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99 ; COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83. En ce sens : V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 675.

Cette description tend à laisser penser qu'il s'agit là bien d'un fait justificatif spécial²⁵⁶⁴, en dépit de son emplacement dans la partie générale du Code pénal²⁵⁶⁵ : il justifierait des infractions susceptibles de constituer des atteintes au secret. Or, elles sont peu nombreuses dans l'ordre juridique français, ce qui en limite nécessairement le domaine d'application. Cela justifie de la qualifier de spéciale.

Si le droit canadien n'est pas dépourvu de toutes dispositions relatives à l'alerte, elles n'ont rien d'équivalent à ce qu'a mis en place le législateur français en matière de justification. On peut faire quelques analogies relativement au statut du lanceur d'alerte, mais pas à propos du fait justificatif lui-même (2.1.1). Les législations des deux pays se rejoignent pour organiser une protection tout à fait spécifique au lanceur d'alerte, en interdisant les représailles exercées à son encontre (2.1.2).

2.1.1 Les conditions d'ouverture du fait justificatif d'alerte

730. Condition préalable et conditions de fond. La possibilité pour une personne de bénéficier du fait justificatif pour avoir révélé des informations secrètes est strictement encadrée²⁵⁶⁶. D'abord, une condition préalable doit être remplie : cette personne doit répondre aux conditions édictées pour faire de lui un lanceur d'alerte (2.1.1.1). Ce n'est que s'il peut s'assurer d'en être un que sa prise de parole sera justifiée légalement (2.1.1.2).

2.1.1.1 La condition préalable : précisions quant à la qualité de lanceur d'alerte

731. Exclusion discutable des personnes morales. Selon l'article 6 de la Loi Sapin 2 :

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. »

Cette définition a été déclarée conforme à la Constitution²⁵⁶⁷. Le droit canadien ne propose pas une définition unique d'une personne pouvant prétendre avoir le statut de lanceur

²⁵⁶⁴ J.-M. BRIGANT, préc., note 2562, 10 ; A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°216, p. 82 et n°255, p. 95. *Contra* : X. PIN, préc., note 892, n°261, p. 273. Ce dernier auteur s'appuie sur la généralité de la définition de la qualité de lanceur d'alerte et sur la multitude de cas dans lesquels il pourrait intervenir pour qualifier ce fait justificatif de général, sans, semble-t-il, tenir compte des actes ou des infractions qui peuvent être potentiellement justifiées par ce dernier. Voir *infra*, n°748.

²⁵⁶⁵ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°216, p. 82.

²⁵⁶⁶ V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 675.

²⁵⁶⁷ Cons. const. 8 décembre 2016, n°2016-741, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, J.O. 10 décembre 2016, texte n°4.

d'alerte. On y trouve que des lois sectorielles²⁵⁶⁸. Par exemple, *Loi sur la concurrence*²⁵⁶⁹, qui met en place un dispositif d'alerte spécifique à ce domaine²⁵⁷⁰. Cette législation compartimentée n'offre un statut universel au lanceur d'alerte, à la façon de celui créé en France en 2016. Toutefois, ce texte est un bon exemple de la façon dont le législateur fédéral peut concevoir le lanceur d'alerte.

Au Québec, la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*²⁵⁷¹ propose une garantie spécifiquement dédiée aux lanceurs d'alerte, avec une approche plus globale et plus proche de ce qui est édicté en France.

Plusieurs conditions sont nécessaires pour ouvrir droit au statut de lanceur d'alerte et bénéficier de la justification qui y est attachée. Ces conditions tiennent à la nature de la personne pouvant lancer l'alerte (2.1.1.1.1), à la nécessité qu'il soit désintéressé (2.1.1.1.2) et de bonne foi (2.1.1.1.3).

2.1.1.1.1 La nature de la personne apte à lancer une alerte

732. Exclusion des personnes morales. En premier lieu, le lanceur d'alerte est nécessairement une personne physique en France. À l'inverse, il est clair que sont ici exclues les personnes morales de la possibilité d'être reconnues comme auteures d'une alerte au sens de cette loi²⁵⁷². Cette restriction peut poser certaines difficultés – d'autant plus qu'il n'en a pas toujours été ainsi²⁵⁷³ – dans la mesure où l'alerte pourrait aussi être lancée à l'aide d'un représentant d'une association ou d'un groupement. Il existe des organismes de lutte contre la corruption, de défense des victimes de produits pharmaceutiques, de catastrophes environnementales, d'accidents...²⁵⁷⁴ Ces organismes présentent l'avantage de pouvoir regrouper les individus et centraliser une seule et unique alerte, lancée au nom de toutes les victimes de ces événements. Certaines alertes peuvent aussi concerner plusieurs fois un fait

²⁵⁶⁸ *Supra*, n°30.

²⁵⁶⁹ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27.

²⁵⁷⁰ *Id.*, art. 66.1(1) : « Toute personne qui a des motifs raisonnables de croire qu'une autre personne a commis une infraction à la présente loi, ou a l'intention d'en commettre une, peut notifier au commissaire des détails sur la question et exiger l'anonymat relativement à cette dénonciation. »

²⁵⁷¹ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693.

²⁵⁷² Emmanuel DAOUD et Solène SFOGGIA, « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi "Sapin II" », AJ Pénal 2017.71, 72. ; Jean-Baptiste PERRIER, préc., note 90, n°10 ; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 677. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ne semble pas tout à fait partager ce point de vue : COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, p. 7 et n°56, p. 34. La définition du lanceur d'alerte mentionne « toute personne » sans distinction et le document énonce des principes spécifiques aux personnes physiques, ce qui signifie *a contrario* que les personnes morales sont aussi concernées le reste du temps.

²⁵⁷³ *Loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte*, préc., note 162, art. 1 : le lanceur d'alerte y est défini comme toute personne physique ou morale.

²⁵⁷⁴ M.-A. HERMITTE, préc., note 57 à la page 143.

identique, par exemple, les sportifs ou entraîneurs qui ont dénoncé les abus sexuels dont ils ont été témoins. Des phénomènes de cette ampleur, qui concernent un nombre important de victimes, pourraient être regroupés et dénoncés en même temps, grâce à un relais associatif. Les personnes morales peuvent être de puissants adjuvants pour faire entendre la voie des lanceurs d'alerte. L'aspect massif de ce genre de dénonciation est également plus susceptible de convaincre l'opinion de la réalité des faits évoqués. Les personnes morales offrent donc une puissance et une visibilité plus importantes par le regroupement des intérêts qui la compose et assure en même temps une certaine forme d'anonymat²⁵⁷⁵. Il serait beaucoup plus difficile d'exercer des pressions sur un être dématérialisé que sur une personne physique. En dépit de leur exclusion de la qualité de lanceur d'alerte, les associations, syndicats ou autres organismes pourront toujours recueillir la parole des lanceurs d'alerte et la relayer, mais ils ne bénéficieront pas personnellement de la protection garantie par le statut de lanceur d'alerte²⁵⁷⁶, les exposant à la commission d'infractions secondaires, comme le recel de documents ou d'information.

D'un autre côté, on peut aussi expliquer cette volonté de limiter le statut de lanceur d'alerte aux seules personnes physiques. D'une part, l'art. 6 de la Loi Sapin 2 exige que le lanceur d'alerte ait eu personnellement connaissance des informations qu'il divulgue²⁵⁷⁷. Il ne doit donc pas s'agir d'une information qui lui a été rapportée, racontée, mais à laquelle il a été directement confronté. Par nature, les personnes morales ne peuvent avoir directement accès à des informations, ne pouvant elles-mêmes les entendre, les voir ou les lire. D'autre part, l'anonymat complet qui entourerait l'alerte quand elle est relayée seulement par une personne morale, sans nécessité de dévoiler le nom du lanceur d'alerte personne physique, pourrait faire craindre une certaine impunité et émerger le risque de délations ou de dénonciations fausses réalisées dans le seul but de nuire à autrui²⁵⁷⁸. Le rapport sénatorial sur le projet de loi Sapin 2 exprime justement ses craintes relativement à un anonymat complet des lanceurs d'alerte²⁵⁷⁹.

²⁵⁷⁵ Dans le même sens : Raphaële PARIZOT, « Les renversements de la responsabilité pénale », *R.S.C.* 2017.363, 368. ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°62.

²⁵⁷⁶ F. BARRIERE, préc., note 89, n°12 ; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 677.

²⁵⁷⁷ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 72. Cette condition disparaît dans le texte actuellement débattu devant l'Assemblée nationale, proposant d'améliorer le statut du lanceur d'alerte : *Proposition de loi n°4398 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte*, enregistrée à l'Assemblée nationale le 21 juillet 2021, art. 1^{er} (15^e législature).

²⁵⁷⁸ La question est tout à fait sérieuse et l'usage fait de l'anonymat sur les réseaux sociaux pour pouvoir injurier, inciter à la haine, menacer ou harceler n'est pas de nature à encourager à maintenir l'anonymat, quand il s'agit de dénoncer ou de critiquer.

²⁵⁷⁹ François PILLET, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et sur la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, n°712, t.1, 22 juin 2016, p. 28.

En outre, le report de la possibilité d'alerter sur les épaules d'une personne morale pourrait avoir pour effet de diluer la responsabilité en cas d'alerte abusive, tout en empêchant de poursuivre l'auteur de la divulgation illégale.

Néanmoins, la question peut aussi paraître assez anecdotique, dans la mesure où le fait justificatif français ne permet d'écarter la responsabilité qu'en cas d'actes constitutifs de violation du secret²⁵⁸⁰. Or, la morphologie de l'infraction de l'art. 226-13 C. pen. prohibant ce type d'actes induit que seules les personnes physiques peuvent être dépositaires d'une telle obligation au secret. En effet, celle-ci est liée à l'exercice d'un état, d'une profession, d'une fonction ou d'une mission temporaire, autant d'éléments qui ne semblent pouvoir faire référence qu'aux personnes physiques. C'est bien en tant qu'avocat, médecin, expert-comptable, notaires que les personnes sont tenues au secret. Autant de professions qui ne peuvent être exercées par une personne morale. Ces dernières ne semblent pas en mesure de commettre une telle infraction de violation du secret professionnel, même si elles n'en sont pas formellement exclues. Les personnes morales ne pouvant se rendre coupables de l'infraction visée, il n'y a donc rien à justifier si la divulgation passe par leurs canaux de diffusion²⁵⁸¹.

Au Canada, la question peut paraître moins prégnante dans la mesure où les textes préfèrent faire référence à « toute personne »²⁵⁸² pour désigner celle qui peut lancer l'alerte. Rien ne semble s'opposer à ce que les personnes morales soient aussi concernées, d'autant plus que l'on ne retrouve pas dans les textes, comme c'est le cas en France, cette exigence que le lanceur d'alerte ait personnellement eu connaissance des faits dénoncés. Il semble que cela peut autoriser les entités morales à prendre le relais d'un lanceur d'alerte personne physique. Cela simplifie aussi la résolution de la question relative à l'anonymat : ce dernier ne semble pas représenter une difficulté de la même façon qu'elle est discutée en France.

733. Question de l'anonymat du lanceur d'alerte. Le droit canadien a explicitement fait le choix de l'anonymat des auteurs d'une dénonciation dans les lois spéciales autorisant leur intervention²⁵⁸³. C'est même un choix qui peut être offert au lanceur d'alerte²⁵⁸⁴. En

²⁵⁸⁰ Art. 122-9 C. pen.

²⁵⁸¹ Une nouvelle proposition de loi tendant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte propose toutefois de supprimer cette restriction de la protection aux seules personnes physiques : *Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte*, préc., note 2577, art. 2.

²⁵⁸² *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.1(1) ; *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 6.

²⁵⁸³ *Loi sur la concurrence*, id., art. 66.1(2) ; *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, id., art. 6.

²⁵⁸⁴ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, id., art. 6 : « une divulgation peut s'effectuer sous le couvert de l'anonymat ou non. »

revanche en France, une solution intermédiaire entre anonymat complet et divulgation intégrale de l'identité du lanceur d'alerte semble avoir été trouvée, en utilisant les secrets déjà en place dans le système juridique français. L'art. 9 de la Loi Sapin 2 garantit de façon générale la stricte confidentialité de l'identité du lanceur d'alerte²⁵⁸⁵, des personnes éventuellement dénoncées et des informations recueillies à l'occasion de l'alerte²⁵⁸⁶. Ainsi, lorsque les risques pour le lanceur d'alerte sont les plus grands, c'est-à-dire quand il s'adresse à des entités extérieures à sa propre entreprise, le secret de l'enquête et de l'instruction devrait suffire à garantir l'anonymat de sa dénonciation. Ce secret devrait le prémunir contre les risques de représailles auxquels il s'exposerait pour avoir révélé des informations confidentielles. Lorsqu'il s'adresse à la presse, le secret des sources journalistiques constitue très certainement un outil intéressant pour protéger son identité. Et le devoir des journalistes de vérifier leur source et la véracité des informations qui leur sont transmises, au risque d'engager leur propre responsabilité pénale pour diffamation, devrait théoriquement garantir un cercle vertueux dans lequel le statut du journaliste garantit l'anonymat nécessaire à une parole libre du lanceur d'alerte, et son devoir de vérification assure de ne publier que les alertes fondées sur une base probatoire suffisante. Il ne semble donc pas pertinent, ni d'imposer la révélation de l'identité du lanceur d'alerte, plutôt génératrice d'inhibition de la parole, ni de la soumettre à l'anonymat le plus total, les secrets déjà en place juridiquement étant suffisamment adaptés.

La protection²⁵⁸⁷ du lanceur d'alerte est encore renforcée dans les deux pays par l'introduction de dispositions, interdisant de révéler des informations sur ce dernier²⁵⁸⁸. La France a fait le choix de recourir à une infraction, commise si la divulgation a lieu sans l'autorisation du concerné²⁵⁸⁹. Cette infraction, punie de 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende, instaure une protection relativement puissante au lanceur d'alerte, ce qui dénote une véritable volonté de garantir une liberté de parole rendue propice par l'anonymat

²⁵⁸⁵ Proposition déjà évoquée dans les rapports du Conseil d'État et des instances européennes sur les lanceurs d'alerte : CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 61, proposition n°5; COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, n°69, p. 39.

²⁵⁸⁶ Art. 9 I. de la Loi Sapin 2 : « Les procédures mises en œuvre pour recueillir les signalements, dans les conditions mentionnées à l'article 8, garantissent une stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement. »

²⁵⁸⁷ A. BAVITOT, préc., note 89, 32.

²⁵⁸⁸ Art. 9 II. de la Loi Sapin 2 : « Le fait de divulguer les éléments confidentiels définis au I est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. » ; *Loi sur la concurrence*, préc., note 308., art. 66.1(2) : « Le commissaire est tenu de garder confidentielle l'identité du dénonciateur auquel l'assurance de l'anonymat a été donnée par quiconque exerce des attributions sous le régime de la présente loi. »

²⁵⁸⁹ Art. 9 I. al 3 de la Loi Sapin 2. *A contrario*, la *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, interdit cette divulgation sans précision d'une sanction quelconque (art. 66.1(2)).

conféré légalement²⁵⁹⁰. À ce titre, le législateur démontre une volonté de favoriser la libre expression de ce dernier. On est bien loin des tergiversations sur l'anonymat qui semblent avoir animé le débat politique au moment de l'adoption de la Loi Sapin 2.

Outre le fait que le lanceur d'alerte doit être une personne physique, son intervention est soumise à la nécessité d'agir avec désintéressement et de bonne foi.

2.1.1.1.2 La consécration d'une approche éthique de l'alerte à travers son désintéressement

734. Un lanceur d'alerte désintéressé. On a déjà vu que la bonne foi et le désintéressement pouvaient exercer une influence sur la recevabilité de l'alerte²⁵⁹¹ et le sort qui lui est réservée²⁵⁹². Il n'est donc pas étonnant que les législations française et canadienne les aient repris. D'abord, s'agissant du désintéressement du lanceur d'alerte, l'inclusion de cette condition en France semble définitivement balayer la possibilité de le rémunérer ou de considérer toute autre contrepartie pour son action²⁵⁹³. On exclut définitivement toute possibilité d'assimiler ce dernier à un repent²⁵⁹⁴. Lors de la conception du statut du lanceur d'alerte par le législateur français, cette éventualité a tout de suite été mise de côté²⁵⁹⁵. Il semble que le désintéressement a été envisagé comme la garantie que l'alerte ne sera pas lancée dans le seul but de servir les intérêts personnels du lanceur d'alerte²⁵⁹⁶, du moins autre que la satisfaction d'avoir pu agir en harmonie avec ses convictions personnelles²⁵⁹⁷.

Au Québec en revanche, la nature désintéressée de l'action du lanceur d'alerte apparaît de manière négative. La loi relative à d'alerte exclut de ce statut ceux qui agissent à des fins

²⁵⁹⁰ P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99, p. 32 ; COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, n°69, p. 39.

²⁵⁹¹ *Supra*, n°479 et 480.

²⁵⁹² Sur la bonne foi du lanceur d'alerte, qui se dégage aussi du dispositif relatif à la diffamation : *supra*, n°659, 667 et 668.

²⁵⁹³ F. BARRIERE, préc., note 89, n°13 ; A. BAVITOT, préc., note 89, 31 ; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 677 ; R. PARIZOT, préc., note 2575, 368 ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°12.

²⁵⁹⁴ *Supra*, n°19.

²⁵⁹⁵ Sébastien DENAJA, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et sur la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte*, n°3785 et 3786, 26 mai 2016, p. 88 : « il n'est pas question de rémunérer les lanceurs d'alerte en France. »

²⁵⁹⁶ A. BAVITOT, préc., note 89, 31 ; E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 72 ; Sébastien DENAJA et François PILLET, *Rapport fait au nom des Commissions mixtes paritaires chargées de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et de la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, n°4032 et 4033 (Assemblée nationale), n°830 (Sénat), 14 septembre 2016, p. 6. La position du Sénat semble être celle qui dénote la plus grande prudence (et peut-être même méfiance...) à l'égard des lanceurs d'alerte.

²⁵⁹⁷ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°13.

personnelles²⁵⁹⁸. Le texte donne des exemples de ce qu'il faut entendre par là : la dénonciation ne vise que la situation personnelle du dénonciateur et non l'intérêt général, ou bien si elle tend à n'être qu'une critique des politiques publiques. Même si l'on ne voit pas très bien en quoi cela peut relever d'un intérêt personnel, il semble que cet article vise surtout à exclure du cadre de l'alerte des prises de paroles qui relèvent de l'opinion plutôt que d'une dénonciation factuelle. En ce sens, on peut comprendre de pareilles exclusions, dans la mesure où elles ne sont pas fondées sur des éléments de faits démontrables. Pourrait être toute autre une dénonciation qui traduirait un usage dévoyé des deniers publics, qui ne sont pas investis dans l'accomplissement de la politique publique critiquée, dans la mesure où cela peut faire l'objet d'une preuve factuelle et tangible et ne relève pas d'une appréciation personnelle et du débat d'opinion. En tout cas, aucun système de rémunération des lanceurs d'alerte n'a été mis en place pour le moment, ni au Québec, ni dans la législation fédérale relative à la concurrence.

En outre, il a été souligné que le système de récompense, surtout lorsqu'il est indexé sur un pourcentage de l'amende ou des fonds récupérés par l'État grâce à l'alerte, est susceptible de créer certaines inégalités entre les lanceurs d'alerte²⁵⁹⁹. En effet, non seulement cela suppose que les faits dénoncés soient susceptibles de constituer une infraction ou une faute prévoyant des sanctions pécuniaires, ce qui est loin d'être tout le temps le cas. Prenons encore l'exemple du lanceur d'alerte Québécois, Louis Robert. Le lobbying intensif des industries agroalimentaires pour le maintien de l'usage des pesticides, ou les conflits d'intérêts au sein des instances de contrôle²⁶⁰⁰ ne sont pas forcément tous des actes illégaux²⁶⁰¹. Une alerte comme celle-ci ne serait pas source de gain pour le lanceur d'alerte, en l'absence de réelle sanction adossée aux actes dénoncés. Mais encore, même dans les cas où les faits dénoncés sont bien constitutifs d'une infraction, il n'est pas garanti qu'elle sera poursuivie, soit parce qu'il manque de preuve, soit parce que le ministère public ne le juge pas opportun. Faire dépendre la rémunération du lanceur d'alerte de la capacité à faire condamner une personne semble effectivement être un critère bien inégalitaire.

²⁵⁹⁸ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 5.

²⁵⁹⁹ Nicole Marie MEYER, « Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ? », *Transparency international France*, 2016, en ligne : < https://transparency-france.org/actu/faut-remunerer-indemniser-lanceurs-dalerte/#.YLigsKE6_IU>.

²⁶⁰⁰ Sarah R. CHAMPAGNE, « Louis Robert détaille les « forces obscures » d'un écosystème agricole vicié », *Le Devoir*, 28 avril 2021, en ligne : < <https://www.ledevoir.com/culture/599653/livre-des-forces-obscures-dans-un-ecosysteme-agricole-vicie>>.

²⁶⁰¹ *Loi sur la fonction publique*, RLRQ, c. F-3.1.1, art. 7. Idem au niveau fédéral : *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006, c.9, art. 52. Ce texte ne prévoit qu'une amende de 500 \$ en cas de non-respect des règles de déclaration. En France, le fait de ne pas déclarer ses conflits d'intérêts est en revanche constitutif d'une infraction punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (art. 25 de la Loi Sapin 2).

Cette crainte à l'égard d'un dévoiement possible des procédures d'alerte reflète la dimension éthique que l'on a attachée à l'acte d'alerte : le fait d'y voir une action dictée par la liberté de conscience ne peut qu'appuyer le choix du législateur de ne pas y adosser un système de récompense. Le lanceur d'alerte devrait agir premièrement parce qu'il estime que c'est la chose juste et équitable à faire, et non dans la perspective d'un éventuel gain, d'un intérêt personnel, ou dans l'idée de régler ses comptes²⁶⁰². Le Conseil d'État²⁶⁰³ et les instances européennes, approuvent cette dimension éthique, même si ces dernières ne souhaitaient pas supprimer toute protection *a priori* de ceux dont les motivations à l'expression pouvaient soulever question²⁶⁰⁴.

735. Possibilité d'une compensation. Cela ne signifie pas pour autant que le lanceur d'alerte doit être laissé seul à son triste sort, si des représailles le voyaient payer les conséquences de sa prise de parole. On peut toujours envisager un système de compensation, par exemple dans l'hypothèse d'un licenciement ou d'une atteinte à sa réputation. Dans ce cas, un dédommagement doit être effectivement envisageable, tout comme des mesures d'accompagnement pour traverser cette période trouble. Mais cela ne constitue pas pour autant une rémunération, car de telles aides ne sont pas associées à la prise de parole, mais aux répercussions néfastes de celle-ci, indépendante de la volonté de son auteur. Elles n'auraient donc pas de caractère automatique ou mathématique.

Il n'est pas certain cependant que, si le Canada en venait à adopter un régime juridique général relatif au lanceur d'alerte, la question d'une rémunération incitative pour ces derniers soit totalement écartée, comme c'est le cas en France. Certes, le droit canadien semble admettre – et peut-être même de façon encore plus explicite – qu'il existe un certain droit à la liberté de conscience²⁶⁰⁵ qui pourrait suffire à fonder l'alerte, sans pour autant nécessiter de les encourager grâce à des récompenses. Mais le pragmatisme qui caractérise la *common law* et l'influence du modèle du voisin américain pourraient faire pencher le législateur en faveur de l'élaboration d'un tel système. On rappellera simplement qu'il ne devrait pas être entièrement calqué sur le modèle étatsunien, afin d'éviter de trop fortes inégalités liées à la capacité de l'État de recouvrir

²⁶⁰² Soc. 14 janvier 2014, n°12-25.658 : un cadre dirigeant a divulgué auprès du personnel de son entreprise des informations obtenues au cours de sa participation au conseil d'administration de celle-ci. Déçu d'une décision prise au cours de ce conseil, la Cour d'appel a jugé qu'il avait été mû par des intérêts personnels, ne permettant pas de justifier l'utilisation qu'il avait faite des informations recueillies. La cour, approuvée par la Cour de cassation, a confirmé la décision de licenciement.

²⁶⁰³ CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 57.

²⁶⁰⁴ P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99, p. 29.

²⁶⁰⁵ *Supra*, n°450 et suiv.

ce qu'il a perdu. Il faudrait également pouvoir s'assurer de trouver une compensation équitable dans les cas où le lanceur d'alerte signale des faits qui ne sont pas susceptibles de créer un bénéfice pour l'État, parce que les faits ne sont pas constitutifs d'une infraction, ou parce que les victimes en sont seules des particuliers. Il paraîtrait un peu exagéré de faire peser sur les victimes d'un dommage la tâche de rémunérer un lanceur d'alerte, dans une sorte de privatisation de l'alerte qui fait courir le risque de la dévoyer de son objectif initial : se mettre au service du bien commun²⁶⁰⁶.

Outre le désintéressement, l'art. 6 de la Loi Sapin 2 exige que le lanceur d'alerte soit de bonne foi, condition classique qui ne devrait pas poser de difficulté à être transcrite en droit canadien.

2.1.1.1.3 La validation logique de la nécessaire bonne foi du lanceur d'alerte

736. Consécration de la bonne foi du lanceur d'alerte. Ensuite, le fait que le texte fasse référence à un lanceur d'alerte de bonne foi confirme que sont exclues de ce statut les personnes dénonçant dans le but de nuire à autrui²⁶⁰⁷. Tout comme on ne peut échapper à une condamnation en diffamation quand une telle intention est présente²⁶⁰⁸, on ne peut pas non plus prétendre bénéficier de la protection offerte par cette qualité. Ainsi, les conclusions établies en matière de diffamation sont confirmées par cette reconnaissance et devrait pouvoir aider à comprendre à quoi correspond exactement cette bonne foi.

D'abord, étant donné qu'en matière de diffamation, il revient à la partie poursuivante de faire la preuve de l'intention de diffamer, même si elle est administrée par voie de présomption²⁶⁰⁹, il n'empêche qu'elle doit être faite, à tout le moins en démontrant la réunion des éléments matériels de l'infraction. Ce qui signifie qu'*a contrario*, en l'absence de cette preuve, la personne restera présumée innocente et donc de bonne foi. On peut donc dire que par principe, le lanceur d'alerte, comme toute autre personne d'ailleurs, est présumée de bonne foi²⁶¹⁰. La CEDH partage cette position, puisqu'elle estime, lorsqu'elle évalue la situation

²⁶⁰⁶ La proposition de loi française relative au lanceur d'alerte ne reprend pas explicitement cette condition de désintéressement, mais maintient l'impossibilité d'envisager une compensation financière pour les lanceurs d'alerte : *Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte*, préc., note 2577 art. 1^{er}.

²⁶⁰⁷ A. BAVITOT, préc., note 89, 30. ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°14. Ex. : Soc. 14 janvier 2014, préc., note 2602 : outre le caractère intéressé de la démarche du salarié licencié, la Cour d'appel avait aussi relevé qu'il avait fait preuve de mauvaise foi en mettant en doute la probité de la présidente du conseil d'administration de son entreprise. Un argument supplémentaire justifiant de ne pas maintenir son emploi et qui démontre l'influence déjà prégnante de ce critère, avant l'établissement du statut du lanceur d'alerte.

²⁶⁰⁸ *Supra*, n°635, 664 et 664.

²⁶⁰⁹ *Supra*, n°636.

²⁶¹⁰ Dans le même sens : J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°15.

concrète d'un lanceur d'alerte soumise à son analyse, qu'elle « n'aperçoit aucune raison de penser que le requérant était motivé par le désir de tirer un avantage personnel de son acte »²⁶¹¹. La formulation indique bien qu'en l'absence d'éléments permettant d'affirmer la mauvaise foi du lanceur d'alerte, ce dernier est considéré être de bonne foi.

737. Distinction avec la condition de désintéressement. La question de la bonne foi peut paraître redondante avec celle du désintéressement, puisque cela implique dans les deux cas de sonder les intentions du lanceur d'alerte. Mais ce n'est pas tout. En matière de diffamation, on a vu que la bonne foi pouvait aussi permettre de mettre à l'abri de la diffamation pénale ou criminelle, même lorsque l'information est fausse²⁶¹². La maladresse du lanceur d'alerte ou sa croyance honnête en la véracité de l'information qu'il a dévoilée ne remet pas nécessairement en cause la noblesse de ses intentions et la qualité de sa démarche²⁶¹³.

Il a été souligné à juste titre que cette condition de bonne foi était inutile au développement du statut de lanceur d'alerte : outre que la bonne foi serait subjective, ce qui compte c'est que la prise de parole soit au service de l'intérêt général²⁶¹⁴. Mais la question de la bonne foi soulève aussi celle de la véracité des propos et il semble impossible de transiger sur ce point. L'alerte doit s'inscrire dans une démarche véridique et honnête, au risque de nuire excessivement aux intérêts de la personne dénoncée. En outre, n'est-ce pas aussi dans l'intérêt général d'éviter que l'alerte ne soit instrumentalisée à des fins personnelles ? Exiger la bonne foi et le désintéressement du lanceur d'alerte, c'est inscrire sa démarche dans une conception éthique, plus proche de la description d'un devoir moral supérieur kantien²⁶¹⁵, plutôt que dans un utilitarisme ayant pour but de satisfaire un besoin immédiat, en faisant fi des conséquences plus lointaines de son action, pourvu que la finalité soit atteinte²⁶¹⁶.

738. Apparition antérieure de la condition de bonne foi. La Cour de cassation semble d'ailleurs avoir déjà retenu une telle position, à propos d'employés dénonçant des faits qu'ils pensaient relever du harcèlement. En effet, avant la généralisation du dispositif d'alerte, le droit du travail avait déjà établi des mécanismes de protection et de signalement, particulièrement relativement au harcèlement²⁶¹⁷. Les textes interdisent encore aujourd'hui de licencier les

²⁶¹¹ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 93.

²⁶¹² *Supra*, n°667.

²⁶¹³ V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 676.

²⁶¹⁴ F. BARRIERE, préc., note 89, n°14.

²⁶¹⁵ M. CANTO-SPERBER et R. OGIEN, préc., note 1538, p. 44.

²⁶¹⁶ *Id.*, p. 40.

²⁶¹⁷ Art. L1152-2 C. trav., introduit par l'*Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail*, J.O. 13 mars 2007, texte n°5.

salariés qui sont victimes de harcèlement, ainsi que ceux qui rapportent ce type de fait. Mais en interprétant ce texte, la Cour de cassation n'a pas totalement fermé la porte à la possibilité de licencier ces salariés, en ajoutant la condition que l'employeur établisse la mauvaise foi des dénonciateurs pour en faire une cause réelle et sérieuse de licenciement²⁶¹⁸. Cette solution a été rappelée à maintes reprises²⁶¹⁹. De même, la chambre sociale avait déjà établi une distinction entre bonne foi et fausseté de l'information divulguée, en considérant que la mauvaise foi « ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce »²⁶²⁰. En la simple erreur dans l'appréciation des circonstances dénoncées ne remet donc pas en cause la bonne foi du dénonciateur.

Au Canada également, la condition de la bonne foi du lanceur d'alerte est déjà esquissée à travers les régimes spéciaux d'alerte que le législateur a déjà créés. Par exemple, l'art. 66.1 de la *Loi sur la concurrence*²⁶²¹ est intéressant, car il n'exige pas que le dénonciateur ait la certitude absolue de ce qu'il avance, mais simplement qu'il ait « des motifs raisonnables de croire qu'une personne a commis une infraction »²⁶²². De même, la législation québécoise admet que l'on se passe de certitudes absolues dès lors que la situation devient urgente²⁶²³. Ces formulations semblent laisser au lanceur d'alerte la possibilité d'une erreur dans l'interprétation des faits ou des données qu'il révèle. Ainsi, caractériser le lanceur d'alerte comme étant de bonne foi est un moyen de lui conférer un certain droit à l'erreur²⁶²⁴. Cela peut donc sous-entendre que cette personne doit bien être de bonne foi, confirmant qu'il s'agit là d'un critère central dans l'identification du lanceur d'alerte.

739. Appréciation de la bonne foi du lanceur d'alerte. Bien sûr, il ne semble pas raisonnable de tenir compte de n'importe quelle erreur dans l'interprétation des informations divulguées. Il semble ici encore nécessaire de confronter l'attitude réelle du lanceur d'alerte à

²⁶¹⁸ Soc. 10 mars 2009, *Bull. civ.* V, n°66 ; Danielle CORRIGNAN-CARSIN, « Dénonciation de faits de harcèlement moral : limite de la protection », JCP S 2012.1195, 2.

²⁶¹⁹ Soc. 17 juin 2009, n°07-44.629 ; Soc. 16 juin 2010, n°09-40.065 ; Soc. 29 septembre 2010, n°09-42.057 ; Soc. 17 mai 2011, n°09-71.881 ; Soc. 7 février 2012, *Bull. civ.* V, n°55, JCP S 2012. 1195, note Corrignan-Carsin ; Soc. 10 mai 2012, n°11-11.916 ; Soc. 22 janvier 2014, n°12-15.430 ; Soc. 10 juin 2015, n°14-13.318 ; Soc. 28 septembre 2016, n°14-28.298 ; Soc. 3 février 2017, n°15-16.340 ; Soc. 21 mars 2018, n°16-24.350 ; Soc. 17 avril 2019, n°17-20.892.

²⁶²⁰ Soc. 7 février 2012, *id.* Voir également en ce sens : Soc. 5 décembre 2007, n°06-41.267 : « ne sont mensongers que les faits de harcèlement que le salarié savait être inexacts au moment où il les dénonce à son employeur ou à une autorité » ; Soc. 10 juin 2015, *id.* (la mauvaise foi « ne peut résulter que de la connaissance de la fausseté des faits dénoncés »)

²⁶²¹ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.1.

²⁶²² *Id.*

²⁶²³ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 7 al. 1.

²⁶²⁴ A. BAVITOT, préc., note 89, 30.

celle de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, et dotée des mêmes compétences. C'est donc une appréciation de la vraisemblance de l'erreur qui devrait primer ici²⁶²⁵. Si l'on parvient à la conclusion que le comportement du lanceur d'alerte ne s'éloigne pas de celui de la personne raisonnable, alors on pourra se convaincre qu'il était effectivement de bonne foi et que son erreur est excusable. Cela paraît d'autant plus logique s'il est confronté à des documents falsifiés ou incomplets, dont on cache volontairement une partie du contenu pour ne pas éveiller davantage le soupçon. Dans le cas contraire, alors on pourra considérer que la personne n'a pas été suffisamment prudente dans sa collecte et/ou son utilisation de l'information et elle ne pourra pas être considérée comme un lanceur d'alerte²⁶²⁶. En perdant ce statut, l'immunité qui lui est associée cesse et l'on pourra engager à tout le moins une procédure de licenciement. L'appréciation de la bonne ou mauvaise foi du lanceur d'alerte semble en tout cas être une question de fait, dont l'appréciation revient au juge du fond²⁶²⁷.

740. Sous l'influence du régime juridique lié à la diffamation. À la lecture des solutions retenues en matière de harcèlement en droit du travail et au regard de la rédaction proposée d'une alerte valable, il apparaît d'autant plus que la jurisprudence d'un côté, le législateur de l'autre, aient pu s'inspirer de qui existait déjà en matière de diffamation, notamment en matière criminelle, et en droit du travail²⁶²⁸. En effet, la prise en compte de la bonne foi et le lien avec la vérité ou la fausseté des informations dénoncées sont exactement ceux qui paramètrent la caractérisation de la diffamation. Tout comme pour cette infraction, la bonne foi ne fait pas obstacle à ce que les propos soient faux, pour autant que celui s'exprimant n'ait pas eu conscience de cette fausseté. Si cela est le cas, alors on peut en déduire une intention de nuire à autrui, ce qui caractérise un abus de la liberté d'expression réprimée sous la qualification de diffamation. Ce modèle de l'abus de cette liberté a infiltré les expressions des salariés dans le cadre de leur emploi. Il y a toutes les raisons de croire que ce modèle s'élargira au lanceur d'alerte, au regard de l'inscription du critère de bonne foi au sein de sa définition même. En ce sens, la définition mise en place à compter de 2016 ne semble apporter rien de bien neuf, si ce n'est une consécration formelle d'une liberté d'expression dans l'emploi, déjà reconnue en jurisprudence.

²⁶²⁵ Dans le même sens : J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°17.

²⁶²⁶ Par ex. : *Soares c. Portugal*, préc., note 154, par. 46 et 47 : le fait pour un fonctionnaire de ne se baser que sur une simple rumeur pour dévoiler une affaire ne suffit pas à lui accorder la protection conférée au lanceur d'alerte. Malgré la gravité des faits allégués, il ne peut être considéré comme étant de bonne foi. Il aurait dû procéder à des vérifications minimales et entretenir son supérieur hiérarchique à ce sujet.

²⁶²⁷ Ex. : Soc. 14 janvier 2014, préc., note 2602.

²⁶²⁸ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 72.

741. Proximités des visions du lanceur d'alerte. Ainsi, cette définition du lanceur d'alerte semble seulement relever d'une sorte de codification à droit constant et d'un élargissement de ce qu'appliquait déjà la jurisprudence en matière de harcèlement et de divulgation d'informations, pour décider de la légalité ou non d'un licenciement. Le statut du lanceur d'alerte ne paraît finalement pas si original que cela. La proximité interprétative de ces diverses conditions permet de dégager une vision unique de l'alerte. Il est certain que le critère de bonne foi aura toute sa place dans l'élaboration de sa définition. Le lanceur d'alerte devrait aussi avoir droit à l'erreur.

Si les statuts français et canadiens du lanceur d'alerte se ressemblent beaucoup, la France a eu l'originalité d'en tirer un tout nouveau fait justificatif en matière pénale. C'est davantage en cela que réside la différence entre les deux pays.

2.1.1.2 Les conditions propres à la justification du lanceur d'alerte

742. Triple condition. Une fois que l'on a pu établir que l'individu poursuivi répond à toutes les conditions pour devenir un authentique lanceur d'alerte, ses actions doivent encore être examinées pour savoir si elles remplissent celles proprement reliées au fait justificatif lui-même. En effet, ce ne sont pas tous les actes du lanceur d'alerte qui sont susceptibles d'être excusés (2.1.1.2.1). Et même si l'on parvient à considérer qu'il a divulgué une information couverte pas le secret, il reste encore à évaluer qualitativement l'acte, c'est-à-dire à vérifier sa nécessité et sa proportionnalité (2.1.1.2.2). Enfin, le fait justificatif conditionne son effet à la condition que le lanceur d'alerte ait suivi la procédure de signalement légalement établie, précision supplémentaire qui renforce encore un peu plus la difficulté à caractériser une alerte valable (2.1.1.2.3).

2.1.1.2.1 Le domaine d'application restreint de la justification à certaines atteintes au secret

743. Limites à la nature du secret protégé : source pénale de la protection. Selon l'art. 122-9 C. pen., il est possible de justifier « la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi ». L'effet justificatif n'intervient pas dans n'importe quelle circonstance. Un secret doit être en jeu, qui trouve sa source dans une loi. Précisons que, nous trouvant dans le cadre d'une justification d'infraction, il semblerait logique que cette protection ait une nature pénale ici²⁶²⁹. Déjà, il s'agit là d'une importante limite apportée au domaine de cette justification.

²⁶²⁹ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°22 ; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 681.

D'emblée, on peut dire que le secret des affaires français en est exclu²⁶³⁰, puisque sa violation ne fait directement l'objet que d'une sanction civile²⁶³¹. La formulation semble laisser de côté la possibilité de recourir à certains textes généraux du Code pénal, comme le vol ou l'abus de confiance, qui peuvent bien entendu être vecteurs d'une révélation d'un secret. Est-ce à dire que ce nouveau fait justificatif est également susceptible d'excuser ces infractions ?²⁶³²

745. Secrets explicitement exclus. Contrairement à ce que semble promettre le texte, ce ne sont en réalité pas tous les secrets légalement protégés qui peuvent être divulgués sous le couvert de ce fait justificatif²⁶³³. L'art. 6 al. 2 de la Loi Sapin 2 impose certaines exceptions : « 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. » Ainsi, les médecins, avocat, les fonctionnaires et autres personnels d'entreprises privées en contact avec un secret de la défense nationale ne pourront, sous aucune circonstance, être des lanceurs d'alerte.

746. Cohérence des exclusions. Nous ne nous pencherons pas sur le cas du secret de la défense nationale, qui n'entre pas dans les limites que nous avons posées au sujet et dont les enjeux sont encore plus complexes. On peut toutefois s'interroger sur la pertinence d'exclusions aussi absolues pour ce qui intéresse médecins et avocats. Dans les deux cas, il est certain que le maintien d'un secret le plus puissant possible est une nécessité impérieuse d'un point de vue démocratique²⁶³⁴ pour garantir le droit au respect de la confidentialité des données médicales et les droits de la défense. D'une certaine manière, le législateur énonce le principe selon lequel on ne peut pas trouver de circonstances suffisamment impérieuses pour justifier de renoncer à ces secrets dans le cadre d'une alerte²⁶³⁵. Mais soulignons également que ces secrets n'ont jamais été absolus. Il existe une clause de conscience en matière médicale, qui permet, sous certaines circonstances impérieuses, de le lever²⁶³⁶ ; d'autres fois, la loi ne semble pas leur laisser le choix de signaler ou non²⁶³⁷. De même, si le secret médical doit demeurer au-delà du

²⁶³⁰ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 72 ; J.-B. PERRIER, *id.* n°22 et 48.

²⁶³¹ Art. L152-2 C. com.

²⁶³² Le texte en préparation est de nature à remédier à la question, dans la mesure où il propose de remplacer la formule « secret protégé par la loi » par « informations » : *Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte*, préc., note 2577, art. 1^{er}.

²⁶³³ R. PARIZOT, préc., note 2575, 367 ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°22.

²⁶³⁴ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 72 ; *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France*, 16 juin 2016, n°49176/11, par. 76.

²⁶³⁵ A. BAVITOT, préc., note 89, 30.

²⁶³⁶ Art. 226-14 C. pen.

²⁶³⁷ Art. L3113-1 C.S.P. pour les maladies contagieuses ; art. L3211-6 C.S.P. dans lequel le médecin est « tenu » de déclarer au procureur de la République les personnes dont les facultés mentales sont altérées ou dont l'état

décès d'un patient, l'obligation de se taire ne peut être perpétuelle²⁶³⁸. En ce qui concerne les avocats aussi, il existe certaines exceptions au maintien du secret absolu. Les avocats ont l'obligation de dénoncer les opérations qu'ils soupçonnent relever du financement du terrorisme, d'un blanchiment ou d'une fraude fiscale²⁶³⁹. Bien sûr, cette obligation de dénonciation n'existe que lorsque les avocats sont hors de leur fonction de représentant dans le cadre d'une procédure judiciaire²⁶⁴⁰, ce qui permet de garantir les droits de la défense. Il n'empêche que ces dispositions font bien naître des exceptions et l'absolutisme du secret de l'avocat, ce qui montre bien qu'il existe des circonstances dans lesquelles on estime plus urgent de lutter contre certains phénomènes infractionnels que de protéger le secret²⁶⁴¹. Le secret professionnel de l'avocat est loin d'être aussi absolu qu'il y paraît.

747. Critique des exclusions. Par ailleurs, on semble faire confiance au salarié d'une entreprise pour savoir quand il peut agir en tant que lanceur d'alerte, pourquoi ne pourrait-on faire de même avec un médecin ou un avocat ? Est-ce à dire que ces professionnels sont moins aptes à juger de la pertinence d'une dénonciation dans le cadre d'une alerte, là où la loi semble par ailleurs soit leur imposer soit leur offrir la possibilité de le faire, dans certaines circonstances ? Il ne faut pas oublier que secret médical et secret de l'avocat ne s'adressent pas uniquement aux personnes ayant légalement la possibilité d'exercer l'une ou l'autre de ces professions, mais aussi à toutes les personnes qui leur permettent d'exercer correctement leur fonction²⁶⁴². En réalité, les personnes exclues du statut de lanceur d'alerte sont assez nombreuses et n'ont pas toutes le lien direct avec un patient ou un client qui justifie l'imposition du secret.

L'édiction de ces restrictions de l'art. 6 al. 2 de la Loi Sapin 2 pourrait être interprétée comme une façon maladroite de la part du législateur de montrer que certains secrets sont si importants que l'on ne pourra jamais justifier leur révélation. Mais c'est faire fi des dispositions légales déjà existantes et offrant la possibilité de le lever. Ensuite, la crainte de révélation

physique empêche la manifestation de leur volonté et de ce fait, nécessitent d'être protégées civilement ; art. 56 C. civ. qui oblige à déclarer les naissances, sous la menace d'une sanction pénale (art. 433-18-1 C. pen.)

²⁶³⁸ *Editions Plon c. France*, 18 mai 2004, n°58148/00, CEDH 2004-IV, par. 53. Les juges européens ont estimé que le maintien de la censure d'un ouvrage contenant des secrets médicaux des mois après le décès de la personne concernée par ces derniers était une mesure disproportionnée.

²⁶³⁹ Art. L561-15 et L516-17 C.M. F.

²⁶⁴⁰ Art. L561-3 C.M.F.

²⁶⁴¹ De même, il a été admis qu'il est possible de procéder à l'enregistrement et la transcription des conversations téléphoniques tenues entre un avocat et son client, lorsque l'on a de bonnes raisons de soupçonner que le premier participe aussi à la commission d'une infraction, tant que cela ne compromet pas l'exercice des droits de la défense : *Versini-Campinchi et Crasnianski c. France*, préc., note 2634, par. 79.

²⁶⁴² Art. L1110-4 C.S.P.

excessive ou injustifiée est couverte par les autres conditions ajoutées par le texte et qui circonscrivent déjà amplement le processus d'alerte. Nécessité et proportionnalité sont déjà là pour parer les risques de révélations abusives. Il semblait alors superfétatoire que d'exclure purement et simplement certains professionnels de la possibilité d'être des lanceurs d'alerte. La maladresse législative est complète lorsque l'on songe que l'exclusion du secret médical et du secret de l'avocat du domaine de l'alerte ne signifie pas que ces professionnels se passeront systématiquement de lancer l'alerte. Simplement, ils ne bénéficieront pas de la même protection que les autres professionnels gardiens d'un secret. Le dispositif paraît surtout affaiblir la protection de ces professionnels et celle de l'intérêt général : d'une part, cela signifie qu'un grand nombre de personnes, sans être médecins ou avocats, ne pourra pas conformer son comportement à ce que son éthique et sa conscience lui dictent ; d'autre part, l'absence de garantie pour eux est évidemment de nature à les décourager de lancer des alertes, ce qui veut dire qu'il y aura un plus grand risque de voir se développer ou s'aggraver certains scandales.

Enfin, au regard de la nature des scandales qui sont intervenus en France relativement à l'utilisation de certains médicaments²⁶⁴³ retirer la possibilité d'alerter pour tout le personnel médical risque de faire le lit de nouvelles catastrophes sanitaires. Il semble qu'exclure purement et simplement le secret médical soit un double facteur de risques, pour les personnes qui pourraient décider malgré tout de lancer l'alerte et pour la population générale.

748. Secrets inclus. Une fois que l'on a exclu les secrets légaux, que reste-t-il comme secret susceptible de faire l'objet d'une alerte ? Le texte ne donne pas une liste précise d'actes qui pourraient être justifiés ici. Comme les infractions punissant la révélation d'un secret protégé par la loi – et qui sont donc susceptibles d'être justifiées par ce texte – sont peu nombreuses, il semblerait que la seule violation du secret professionnel²⁶⁴⁴ et la violation du secret de fabrication²⁶⁴⁵ soient concernées. On devrait tout de même pouvoir y ajouter la diffamation²⁶⁴⁶, puisque la révélation d'un secret peut être une modalité de sa consommation et à condition que les propos soient effectivement diffamatoires.

²⁶⁴³ Comme le Médiator (infra, n°), ou la Dépakine. Ce médicament contre l'épilepsie a été pris par des femmes pendant leur grossesse, provoquant de graves handicaps chez leurs enfants : Solenne HORTALA, « Scandale de la Dépakine : reconnaissance de la défectuosité du médicament affaire à suivre, Dalloz Actualité, 17 décembre 2019, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/scandale-de-depakine-reconnaissance-de-defectuosite-du-medicament-affaire-suivre>> (consulté le 15 janvier 2022). L'action de groupe intentée contre le laboratoire Sanofi, producteur du médicament, a été déclaré recevable en première instance le 5 janvier 2022.

²⁶⁴⁴ Art. 226-13 C. pen. J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°48.

²⁶⁴⁵ Art. L1227-1 C. trav. E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 73.

²⁶⁴⁶ Art. 29 de la Loi sur la liberté de la presse. J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°52.

749. Exclusion de la dénonciation calomnieuse. La dénonciation calomnieuse devrait aussi trouver grâce dans ce nouveau fait justificatif²⁶⁴⁷, car elle tend à encadrer la prise de parole en protégeant la réputation de la victime. Cependant, le texte de cette infraction exige que l’auteur ait connaissance du caractère partiellement ou totalement faux des faits qu’il impute. Cela revient à exiger une forme de mauvaise foi²⁶⁴⁸, incompatible avec les exigences de l’art. 6 de la Loi Sapin 2. Tout comme en matière de diffamation²⁶⁴⁹, la connaissance de la fausseté du propos ne devrait pas permettre de placer la personne sous le couvert de la loi, même en tant que lanceur d’alerte, car ces propos relèvent d’un abus de droit. Si la poursuite doit démontrer cette intention de nuire, rien n’empêche le prévenu de tenter de faire la preuve de sa bonne foi et il reviendra au juge de trancher la question, au regard des preuves qui lui sont présentées. Mais si elle parvient à le faire, notamment en montrant qu’elle ne savait pas que les faits rapportés étaient faux, alors l’élément moral de la dénonciation calomnieuse est absent. La bonne foi est un élément constitutif de l’infraction et en son absence, il n’est plus question de justification parce qu’il n’existe tout simplement plus d’infraction du tout. L’infraction ne peut pas être à la fois non constituée et justifiée²⁶⁵⁰. En réalité, la dénonciation calomnieuse et justification par l’alerte sont plutôt incompatibles, confirmant le caractère restreint du domaine d’application auquel peut s’appliquer ce fait justificatif.

750. Extension aux actes d’accès au secret ? Le principal problème soulevé par le texte est de savoir s’il pourrait trouver à s’appliquer au-delà du seul acte de divulgation du secret. La doctrine a suggéré que « la jurisprudence pourrait ne pas avoir une lecture restrictive de cette assertion [l’atteinte au secret], qui renvoie plus au *modus operandi* qu’à une délimitation du champ des infractions concernées »²⁶⁵¹. Si cette une interprétation qui privilégie le processus d’alerte, de l’accès à l’information jusqu’à sa divulgation, est retenue, alors la protection serait à la hauteur. On l’a vu²⁶⁵², la façon dont le lanceur d’alerte se procure l’information est tout aussi susceptible d’être qualifiée d’infraction et de compromettre gravement sa situation professionnelle ou personnelle. Le vol de documents, le recel, l’abus de confiance, l’introduction dans un ordinateur et l’extraction de données sont autant d’infractions applicables associés à l’alerte et dont la justification par l’art. 122-9 C. pen. est incertaine, au regard de sa rédaction. Il faudra attendre qu’une affaire soulevant la question se présente aux

²⁶⁴⁷ Art. 226-10 C. pen. J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°53.

²⁶⁴⁸ J.-B. PERRIER, *id.*

²⁶⁴⁹ *Supra*, n°664 et suiv.

²⁶⁵⁰ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°21, p. 8.

²⁶⁵¹ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°47.

²⁶⁵² *Supra*, n°267 et suiv., 336 et 337.

juges pour en savoir plus. Le manque de clarté du texte à ce sujet est très certainement un écueil important. On ne peut pas, à ce stade, prétendre que ce texte a une vocation plus universelle que celle de s'attaquer à la divulgation d'un secret²⁶⁵³. Ce texte devrait demeurer dans l'escarcelle des faits justificatifs spéciaux par mesure de prudence, jusqu'à preuve du contraire.

751. Limites de la nature de l'information révélée. Outre la question des infractions entrant dans le champ de la justification, la nature de l'information révélée elle-même et dont la révélation est susceptible d'être justifiée, ne peut pas être n'importe laquelle. Elle dépend ici aussi de la définition du lanceur d'alerte. Ce dernier ne peut en être un que s'il révèle :

« 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 »²⁶⁵⁴.

La lecture de cette partie de la définition nous apprend que l'alerte peut dénoncer des faits susceptibles de constituer une infraction, à l'exception des contraventions²⁶⁵⁵. Le droit canadien autorise pareillement la dénonciation d'actes illégaux²⁶⁵⁶. Mais la dénonciation ne concerne pas uniquement des actes constitutifs de crimes ou délits. L'article 6 de la Loi Sapin 2 vise aussi la violation grave et manifeste d'un engagement ou un acte unilatéral international pris par la France, ainsi que des contraventions à la loi ou le règlement, ce qui ne renvoie pas nécessairement à une infraction²⁶⁵⁷. La formulation est tout de même lourde, avec des maladresses rédactionnelles, du fait de ces redondances peu utiles. Quant à la loi québécoise, elle utilise l'expression « acte répréhensible » pour désigner l'objet de la dénonciation. Bien que la terminologie soit floue, elle prend aussi le soin de préciser ce qu'elle entend par là²⁶⁵⁸. Cela inclut bien entendu une contravention à une loi de la province, mais aussi des manquements aux règles éthiques ou de déontologie, des situations de mauvaise gestion au sein d'organisme public, y compris dans l'organisation du service...

Enfin, la mention d'une menace ou d'un préjudice grave pour l'intérêt général dans le texte français ouvre la catégorie au-delà des seules violations diverses de la loi, à des situations préoccupantes, sans être tout à fait illégale²⁶⁵⁹. La loi québécoise fait de même, de façon très

²⁶⁵³ V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 681.

²⁶⁵⁴ Art. 6 de la Loi Sapin 2.

²⁶⁵⁵ F. BARRIERE, préc., note 89, n°16.

²⁶⁵⁶ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.1(1) ; *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 6.

²⁶⁵⁷ R. PARIZOT, préc., note 2575, 368 ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°24.

²⁶⁵⁸ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 4.

²⁶⁵⁹ A. BAVITOT, préc., note 89, 30.

explicite²⁶⁶⁰. On peut penser à la dénonciation d'écoutes de masse, comme l'a fait Edward Snowden, ou bien à l'alerte relative à l'évasion fiscale, qui concerne prioritairement l'intérêt général, ou encore à la dénonciation du lobbying exercé pour maintenir certains produits phytosanitaires dangereux pour la santé et l'environnement. La mention d'une telle menace pour l'intérêt général en France, si elle est conforme à la réalité de ce que sont les alertes, rend toutefois la catégorie assez floue²⁶⁶¹. On ne sait pas encore ce que l'interprétation judiciaire considérera comme une menace suffisamment grave pour l'intérêt général²⁶⁶². Peut-on emprunter les critères déjà établis en jurisprudence relativement à l'état de nécessité ou la légitime défense ? Ou bien ce fait justificatif a vocation à avoir une vie tout à fait autonome, dont les critères restent encore à préciser ? Il faudra à ce sujet attendre les premières décisions qui seront saisies du problème²⁶⁶³. À l'inverse, en limitant la liste de ce que peut constituer un intérêt suffisamment grave pour motiver une alerte, l'art. 4 de la sur l'alerte québécoise ferme davantage la catégorie. D'un autre côté, ces exemples permettent de dessiner un peu plus précisément ce que constituera une finalité suffisamment urgente pour justifier de lancer une alerte, au détriment de la confidentialité de l'information et du devoir de loyauté de l'employé.

La doctrine française s'est aussi interrogée sur la nature des faits dénoncés. Puisque la définition du lanceur d'alerte n'a pas été codifiée dans aucun corps de texte déjà existant, elle reste attachée à la loi Sapin 2, destinée à renforcer la lutte contre la corruption. Est-ce à dire que l'alerte reste liée à la dénonciation de ce type d'actes ? La doctrine semble unanimement pencher en faveur d'une interprétation extensive du texte, qui serait destiné à s'appliquer à tout type de situation, et non pas seulement aux hypothèses de corruption²⁶⁶⁴. Sa rédaction soutient un tel point de vue, étant donné qu'il est fait référence à des sources juridiques et non à des catégories d'actes particuliers.

752. Gravité de l'atteinte : difficultés d'interprétation. On y lit aussi dans ces énumérations la volonté de cantonner l'intervention du lanceur d'alerte aux actes les plus sérieux²⁶⁶⁵. Les infractions visées, la mention d'une violation grave et manifeste à un texte

²⁶⁶⁰ Son 5° permet de dénoncer « le fait, par un acte ou une omission, de porter gravement atteinte ou de risquer de porter gravement atteinte à la santé ou à la sécurité d'une personne ou à l'environnement » : *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 4.

²⁶⁶¹ A. BAVITOT, préc., note 89, 30 ; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 676 ; R. PARIZOT, préc., note 2575, 368.

²⁶⁶² F. BARRIERE, préc., note 89, n°18.

²⁶⁶³ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 72 ; V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 676.

²⁶⁶⁴ R. PARIZOT, préc., note 2575, 368 ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°24.

²⁶⁶⁵ M.-C. SORDINO, « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », préc., note 61, n°11. Cette condition pourrait disparaître, puisque la proposition de loi en cours de discussion pour améliorer le statut du

national ou international et le fait que la menace ou le préjudice soit grave semblent tous indiquer que les actes dénoncés par la violation d'un secret ne doivent pas être anodins et concernent la société dans son ensemble. Des querelles internes, sans envergure ni intérêt au-delà des seules personnes travaillant dans une entreprise, ne devraient pas pouvoir être l'objet d'une alerte. On doute que l'intérêt général y trouve son compte. La mention de ces éléments fait référence à la nature des faits que souhaite dénoncer le lanceur d'alerte. Ils sont la finalité, l'objectif poursuivi par la prise de parole. Ils sont ceux qui, au-delà de la seule liberté d'expression, doivent permettre de justifier le lever le secret. Il est donc logique que ces derniers soient suffisamment urgents et impérieux pour motiver de contrevenir à la confidentialité entourant l'information dévoilée.

753. Articulation de l'alerte et des obligations de dénonciation. Enfin, un dernier aspect pouvant poser difficulté en France concerne la nécessité d'articuler cette nouvelle justification par l'alerte avec les délits imposant à la dénonciation de certaines infractions. En effet, les art. 434-1 et suiv. C. pen. imposent à tous de dénoncer aux autorités judiciaires les crimes dont ils connaissance et dont « il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets », ou d'en empêcher la réitération²⁶⁶⁶. Une même situation pourrait donc être à la fois une obligation de dénonciation et l'objet d'une alerte. L'une relève de la contrainte à la prise de parole, l'autre d'une liberté de s'exprimer, ce qui semble contre-productif. L'articulation de ces deux textes paraît réduire encore davantage le champ de l'alerte : en cas de crime, le pragmatisme et la pression de la sanction pénale privative de liberté incitant à dénoncer les faits, pour échapper à la répression. Les informations ne sont plus délivrées de façon libre et la prise de parole ne relève plus véritablement de l'alerte. Celle-ci atteint sa limite.

754. Multiples incertitudes. À ce stade, le statut légal de l'alerte encore très incertain en France. Le texte n'est pas rédigé de la façon la plus heureuse et va nécessiter plusieurs éclaircissements et articulations avec d'autres textes. Toujours dans la perspective d'une potentielle installation d'une justification pénale de l'alerte en droit canadien, il semble que le législateur devra être particulièrement vigilant à la rédaction d'une justification pour déterminer quelles infractions seront concernées. L'efficacité d'un tel texte nécessite de prendre en compte à la fois l'acte de révélation de l'information – et donc de tenir le lanceur d'alerte à l'abri de l'art. 301 C. crim. tant que son inconstitutionnalité n'a pas été définitivement acquise – mais

lanceur d'alerte ne la reprend pas : *Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte*, préc., note 2577, art 1^{er}.

²⁶⁶⁶ La même obligation s'impose en ce qui concerne des sévices ou des mauvais traitements infligés à un mineur ou une personne vulnérable : art. 434.3 C. pen.

aussi de tous les actes antérieurs, ayant permis d'accéder à l'information. Il paraît aussi important de maintenir un certain degré de gravité des actes dénoncés, que la finalité de la dénonciation soit suffisamment urgente pour pouvoir envisager de renverser légitimement la confidentialité de l'information. On retrouve bien la caractérisation d'un conflit de droits résolu par l'autorisation à contrevenir au secret, si l'importance des faits dénoncés le justifie.

755. Analogie avec d'autres faits justificatifs ? Un rapprochement a été opéré entre cette nouvelle justification française de l'alerte et l'ordre de la loi ou l'état de nécessité²⁶⁶⁷. On ne peut toutefois adhérer à un tel point de vue. D'abord, parce que l'alerte précisée à l'art. 122-9 C. pen. n'implique pas un choix peu enviable entre deux maux. Le lanceur d'alerte reste libre de décider s'il souhaite rompre le secret ou non. L'alerte tire ses fondements dans les libertés fondamentales et toute forme de contrainte ou de pression à s'exprimer lui ferait perdre sa dimension éthique et désintéressée. C'est pour cette raison qu'on ne saurait adhérer à un rapprochement de l'alerte avec l'ordre de la loi. Quant à l'état de nécessité, on a déjà dit que l'alerte ne relevait pas nécessairement d'une situation d'urgence liée à un danger²⁶⁶⁸. Le fait justificatif d'alerte semble bien s'apparenter à une autorisation « ultra-spéciale »²⁶⁶⁹ de la loi, même si ses conditions, imprécises et disparates, ont tendance à semer le doute. C'est le cas des deux dernières conditions d'ouverture de cette justification que sont la nécessité et la proportionnalité, qui ont tendance à la rapprocher à tort de la nécessité et la légitime défense²⁶⁷⁰, en créant une illusion d'urgence.

2.1.1.2.2 L'opportunité d'une évaluation de l'alerte par sa nécessité et sa proportionnalité

756. Source européenne de la nécessité et proportionnalité. On l'a bien remarqué, les exigences de nécessité et de proportionnalité sont fréquentes, si ce n'est systématiques dans l'appréciation des faits justificatifs. Ils sont les indices d'un conflit de droits à résoudre, les outils intellectuels pour y procéder. Ils permettent de vérifier s'il n'y avait aucune autre solution que le sacrifice d'une des deux valeurs en conflit, et si l'atteinte ainsi portée à l'une d'elle n'était pas excessive. Ces deux conditions doivent également être vérifiées au moment où l'on évalue l'alerte qui a été lancée.

²⁶⁶⁷ J.-M. BRIGANT, préc., note 2562, 10.

²⁶⁶⁸ *Supra*, n°711.

²⁶⁶⁹ R. PARIZOT, préc., note 2575, 366.

²⁶⁷⁰ *Id.*, 367.

L'imposition de la vérification de ces conditions est directement inspirée de la jurisprudence de la Cour européenne, qui avait déjà développé une jurisprudence conséquente sur les lanceurs d'alerte, bien avant que le législateur français ne se saisisse du problème²⁶⁷¹. Ce dernier semble avoir eu l'intention en quelque sorte de transposer la jurisprudence européenne dans l'élaboration du fait justificatif d'alerte²⁶⁷².

757. Compatibilité imparfaite avec le critère de nécessité. Toutefois, la compréhension de la nécessité et de la proportionnalité ne semble pas pouvoir se faire sans tenir compte de l'analyse qui en est déjà faite dans d'autres faits justificatifs, particulièrement de ce que nous avons déjà développé au sujet de l'état de nécessité et la légitime défense.

D'abord, il faudrait pouvoir considérer que la divulgation de l'information était un acte nécessaire dans les circonstances. Or, il semble difficile d'entendre ici la nécessité dans le même sens que ce qu'on avait retenu précédemment. Que ce soit pour ce qui concerne les droits de la défense, l'état de nécessité ou la légitime défense, il apparaît chaque fois que l'agent a une possibilité limitée de choisir entre deux maux celui qui lui paraît le moins grand²⁶⁷³. Il existe bien un choix, ou plutôt un dilemme. L'astreinte pesant sur l'agent s'impose aussi, car son intervention est rendue nécessaire par les circonstances dans lesquelles elle doit intervenir. Il y a un caractère pressant dans la riposte, qui permet de dire qu'elle est justifiée lorsqu'elle constitue le meilleur moyen de mettre un terme à la menace considérée. Même dans le cas des droits de la défense, la nécessité se caractérise par le danger que constitue le risque d'une condamnation pénale, en cas d'impossibilité d'accéder aux preuves nécessaires à sa défense. Or, comme on l'a déjà vu, on ne retrouve pas forcément ce caractère d'urgence dans l'alerte. Les faits dénoncés ne constituent pas toujours un danger justifiant une réponse immédiate du lanceur d'alerte²⁶⁷⁴. L'alerte reste, elle, ancrée dans une dimension volontaire. L'esprit du dispositif veut que celui qui la lance reste libre de choisir de le faire ou non. Cela semble incompatible avec un critère de nécessité²⁶⁷⁵, qui dénote au contraire une absence de réel choix. On ne comprend donc pas pourquoi le législateur a introduit une telle exigence de nécessité.

758. Modification de l'évaluation de la nécessité. Bien sûr, on peut considérer qu'une prise de parole est nécessaire, même si elle constitue un acte infractionnel, si elle est le seul moyen, en tout cas le meilleur, de faire entendre une idée. C'est un argument qui a déjà été

²⁶⁷¹ Pour l'analyse de cette jurisprudence, voir *infra*, n°915 et suiv.

²⁶⁷² J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°26.

²⁶⁷³ *Supra*, n°699.

²⁶⁷⁴ *Supra*, n°711 et 712.

²⁶⁷⁵ J.-M. BRIGANT, préc., note 2562, 10.

invoqué devant les juridictions relativement au décrochage du portrait du Président de la République dans diverses mairies²⁶⁷⁶. La nécessité n'est donc pas toujours liée à une réponse urgente, mais répond au moins à un besoin pressant, que ce soit pour prévenir la réalisation d'un danger ou pour apaiser une âme en mal d'expression. Cela peut d'autant plus se justifier dans la mesure où nous avons inscrit l'alerte dans une manifestation de la liberté de conscience : si le lanceur d'alerte s'exprime, c'est parce qu'il ressent le besoin de mettre ses actions en conformité avec ses convictions. Il ne s'agirait alors plus d'une nécessité matérielle de répondre à un danger, mais d'une nécessité morale. C'est très certainement une extension notable de la façon d'interpréter la nécessité, mais elle ne peut se comprendre rationnellement dans le cadre de l'alerte qu'à ce prix.

759. Le lanceur d'alerte, intermédiaire de l'information. La nécessité ressortira aussi de la capacité de l'acte accompli à mettre un terme à l'atteinte redoutée. Ici, cela signifierait que l'alerte doit être en mesure de mettre fin à l'infraction dénoncée, à la violation de la loi, du règlement ou d'un accord international, ou à la menace grave pour l'intérêt général. Le moyen pour y parvenir est la dénonciation des faits auprès de l'employeur, des autorités judiciaires ou du public²⁶⁷⁷, ce qui signifie que l'on n'attend pas forcément du lanceur d'alerte que sa dénonciation soit directement en mesure de mettre fin aux atteintes constatées. Ce dernier n'est qu'un relais, un rouage dans l'accès à l'information. Ce rôle d'intermédiaire rend d'autant plus étrange que l'on insiste sur la nécessité de son intervention. Cela voudrait dire qu'il serait le seul moyen par lequel accéder à l'information qu'il délivre. On doute que ce soit souvent le cas : *a priori*, un supérieur hiérarchique peut accéder à toutes les informations relatives à la personne morale, étant lui-même employé au sein de celle-ci ; quant à l'autorité judiciaire, elle dispose d'armes puissantes pour mener les investigations dont elle a besoin, quand elle a connaissance de faits susceptibles d'être illégaux. Finalement, il semble que seule l'opinion publique nécessite l'intervention du lanceur d'alerte pour accéder à l'information économique qui peut l'intéresser. C'est surtout à ce stade-là que l'on pourrait parler de nécessité.

760. Caractère superfétatoire de la nécessité. La nécessité n'aura donc vocation qu'à jouer un rôle amoindri dans l'évaluation de l'alerte. En tout cas, on ne peut pas concevoir la nécessité ici de la même façon qu'on le fait pour la légitime défense et l'état de nécessité. Notons d'ailleurs que, s'agissant d'une autorisation spéciale de la loi, le législateur est censé avoir déjà procédé aux arbitrages qui l'on conduit à la reconnaissance d'un nouveau fait

²⁶⁷⁶ Trib. corr. Lyon, 16 septembre 2019, préc., note 2522. *Supra*, n°719.

²⁶⁷⁷ Art. 8 de la Loi Sapin 2.

justificatif. Tout comme on considère nécessaire dans certaines circonstances de lever le secret professionnel pour sauver une vie ou prévenir une épidémie, le législateur devrait avoir déjà fait ses arbitrages relativement à l'alerte, dans les circonstances décrites légalement. C'est là d'ailleurs tout l'intérêt d'un texte qui permet de résoudre le conflit entre deux droits : le législateur s'est déjà occupé de le trancher. Autrement dit, la nécessité de l'acte justificatif aurait déjà dû être évaluée en amont. Si la personne se conforme aux conditions édictées pour lancer une alerte, alors son action sera *ipso facto* nécessaire. Il paraît alors encore plus douteux de réinsérer une exigence d'évaluation de nécessité de l'acte, qui aurait déjà dû être faite. Cette mention de la nécessité dénote un manque de réflexion relative aux bases conceptuelles d'une justification comme l'alerte.

761. Caractère superfétatoire de la proportionnalité. Enfin, s'agissant de la proportionnalité, on a vu qu'elle est le moment clé au cours duquel on évalue qualitativement et concrètement le conflit entre l'acte illégal et l'intérêt à sauvegarder²⁶⁷⁸. Le second doit sembler plus urgent, ou du moins tout aussi important que le premier pour permettre de justifier la commission de l'infraction. Dans le cadre de l'alerte, cela signifie qu'il faut évaluer l'acte de révélation à l'aune de la valeur défendue grâce à la prise parole²⁶⁷⁹. C'est d'ailleurs exactement ce que prévoit le texte : on peut divulguer le secret si cela permet d'alerter sur la commission d'une infraction, une contravention à une norme, ou sur une menace pour l'intérêt général. Cela donne deux indications importantes. D'une part, la rédaction du texte confirme que c'est bien le contenu exprimé par le lanceur d'alerte qui permet d'évaluer l'importance de sa prise de parole et non le seul fait qu'il ait fait usage de sa liberté d'expression. Celle-ci n'est d'ailleurs même pas mentionnée dans l'art. 122-9 C. pen. Elle n'est qu'un moyen aux services des fins qui, elles, sont mises en avant dans le texte. Les finalités du lanceur d'alerte sont donc bien essentielles et on ne peut le juger sans cette mise en contexte préalable.

D'autre part, la proportionnalité semble, ici aussi, avoir été déjà en partie tranchée. Le législateur indique qu'il considère valable d'atteindre à la confidentialité de l'information si cela permet de dénoncer l'un des faits énumérés à l'art. 6 de la Loi Sapin 2. On pourrait y voir l'instauration d'une gravité minimale des faits, indiquant une ébauche de rapport de proportionnalité. Une violation de la loi ou une menace qui ne serait pas suffisamment grave ne pourra pas être l'objet d'une alerte, car la dénonciation serait d'une ampleur disproportionnée par rapport aux conséquences de la révélation de l'information. De même, en excluant certains

²⁶⁷⁸ *Supra*, n°721.

²⁶⁷⁹ *Supra*, n°724.

secrets, le législateur exprime indirectement une norme de proportionnalité : c'est dire qu'il n'existerait pas de circonstance si urgente, si grave, qu'elle pourrait motiver de les lever. Cela revient à instaurer une sorte de limite haute à la proportionnalité, au-delà de laquelle on ne pourra pas justifier la révélation du secret.

762. Différenciation avec l'état de nécessité et la légitime défense. En réalité, le véritable travail d'évaluation du juge consistera essentiellement à vérifier les conditions de l'art. 6 de la Loi Sapin 2 relatives au lanceur d'alerte lui-même, au secret révélé, ainsi qu'à l'éventuelle gravité des faits dénoncés. S'il parvient à identifier ces éléments, les conditions du fait justificatif seront réunies et on devrait pouvoir en déduire que l'alerte était nécessaire et proportionnée. Bien sûr, il est toujours bon, dans un but pédagogique, d'explicitier le raisonnement, surtout lorsqu'il s'agit de nécessité et de proportionnalité. Pour autant, il semble maladroit de la part du législateur d'avoir inscrit ces exigences dans l'art. 122-9 C. pen. En en faisant des conditions supplémentaires, elles vont nécessiter une preuve supplémentaire de la part de celui qui veut se prévaloir de ce fait justificatif, là où la seule démonstration de la réunion des conditions de l'alerte devrait théoriquement suffire, la nécessité et la proportionnalité ayant déjà été arbitrées par le législateur au moment de la rédaction du texte. Notons d'ailleurs qu'il s'agit là d'une différence importante avec les faits justificatifs généraux que sont l'état de nécessité et la légitime défense, mais qui peut s'expliquer : pour ces derniers, le législateur n'a pas souhaité, à juste titre, établir restrictivement les circonstances dans lesquelles ces faits justificatifs seront invocables. Celles-ci sont bien trop nombreuses. Le conflit entre les valeurs pourra donc être très variable d'une situation à l'autre. Cela explique pourquoi il est nécessaire dans ce cas de préciser que l'acte illégal doit être nécessaire et proportionné et de laisser au juge le soin de les évaluer, au regard des circonstances. Le processus de justification en dépend. Au contraire, l'alerte est une justification strictement définie, qui ne peut pas intervenir dans n'importe quelle circonstance. Il s'agit toujours d'évaluer l'atteinte à la confidentialité au regard d'une autre valeur plus aléatoire, mais qui doit répondre à une certaine gravité. Le législateur s'est donc déjà préoccupé de savoir quand il y aura nécessité et proportionnalité par l'établissement de circonstances dans lesquelles l'alerte est lancée

763. Critique de la rédaction. C'est d'ailleurs là que l'on voit à quel point la rédaction de ce fait justificatif est malheureuse. Non seulement, il faut espérer que la mention de la nécessité et de la proportionnalité ne fera pas peser un poids excessif dans la charge de la preuve de celui qui veut s'en prévaloir, au risque de le rendre tout simplement inopérant. Mais encore, la séparation du fait justificatif lui-même d'avec la définition du lanceur d'alerte ne permet pas

de donner l'image complète du processus justificatif, rendant ses conditions éparses et peu lisibles. Le renvoi à la définition dans la Loi Sapin 2 est particulièrement responsable du manque de clarté de cette justification, ce qui est d'autant plus regrettable pour un article se trouvant dans la partie générale du Code pénal²⁶⁸⁰.

La condition relative à la proportionnalité apparaît d'autant moins nécessaire qu'une dernière condition d'ouverture de la justification induit déjà, si elle est bien remplie, que le lanceur d'alerte a fait preuve de mesure dans sa dénonciation. En effet, ce dernier doit enfin respecter la procédure légalement imposée.

2.1.1.2.3 La nécessité de se conformer à la procédure de signalement

764. Principe de la procédure d'alerte. Semblant considérer qu'il n'était pas suffisant de s'assurer que le lanceur d'alerte était une personne physique, désintéressée et de bonne foi, qui dévoile un secret dont il a personnellement connaissance dans le cadre de son emploi ou de sa fonction et, ce faisant, dénonce un crime, un délit, la violation manifeste d'une norme ou simplement une menace pour l'intérêt général, le tout en veillant à la nécessité et à la proportionnalité, le législateur a jugé bon d'ajouter une dernière condition à la justification de l'alerte. Elle doit enfin suivre les procédures de signalement établies légalement. Cet aspect est loin d'être négligeable, car si le lanceur d'alerte ne s'y conforme pas strictement, il ne pourra prétendre obtenir la protection que lui offre l'art. 122-9 C. pen.

La procédure d'alerte uniformisée décrite à l'art. 8 de la Loi Sapin 2 repose sur un principe de gradation, dont l'intensité augmente en fonction de l'absence de réactivité ou de l'urgence²⁶⁸¹. Elle s'inspire fortement des recommandations déjà formulées dans plusieurs documents. Le Conseil d'État avait plaidé en faveur d'une telle procédure graduée et progressive, en fonction de l'importance et de la gravité des faits dénoncés, tout en permettant d'éviter au lanceur d'alerte d'avoir à compter systématiquement sur l'opinion publique pour qu'il soit donné suite à son alerte²⁶⁸². Le juge administratif s'est lui-même basé sur la jurisprudence européenne²⁶⁸³ pour concevoir l'idée d'une procédure d'alerte graduée²⁶⁸⁴. Les

²⁶⁸⁰ A. BAVITOT, préc., note 89, 29 ; R. PARIZOT, préc., note 2575, 367.

²⁶⁸¹ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°29 et 36.

²⁶⁸² CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 56 et 57 ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°29.

²⁶⁸³ Voir notamment *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 73 ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 65.

²⁶⁸⁴ CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, préc., note 84, p. 56.

organes européens se sont aussi prononcés en faveur d'une telle procédure²⁶⁸⁵, faisant de son utilisation l'objet d'un consensus.

765. Premier temps : procédure d'alerte progressive. Dans un premier temps et en priorité, le législateur invite à lancer l'alerte en interne, auprès d'une autorité hiérarchique²⁶⁸⁶. Les termes employés laissent penser qu'il n'est pas possible d'agir autrement : il est énoncé que le signalement « est porté » devant de telles autorités. Le seul choix dont disposerait le lanceur d'alerte serait celui de la personne à laquelle il se confie²⁶⁸⁷. À cette fin, la Loi Sapin 2 a aussi prévu que les personnes morales comptant au moins 50 salariés sont tenues de mettre en place des dispositifs dédiés au recueil des alertes²⁶⁸⁸. Cela peut notamment passer par la désignation d'une personne spécialement chargée de les recueillir²⁶⁸⁹. Cette première phase d'alerte devrait être facilitée dans les grandes entreprises, mais rien n'est prévu pour les plus petites structures²⁶⁹⁰. L'employeur doit alors s'organiser seul, en choisissant la modalité qu'il estime la plus idoine. Ce n'est pas nécessairement un gage que l'alerte sera entendue, crue et bien prise en compte. Il est aussi possible que l'employeur, si c'est lui qui recueille l'alerte, n'ait pas très envie que la situation se complique, ne mesure pas l'ampleur des faits et leurs répercussions et, finalement tente d'étouffer l'affaire²⁶⁹¹ plutôt que de donner les suites qu'auraient espérées le lanceur d'alerte. On l'a vu lorsque l'on a étudié la jurisprudence relativement à la dénonciation des faits de harcèlement²⁶⁹², il est fréquent que le salarié exprimant son inquiétude ne soit pas entendu et même tout au contraire, qu'il soit licencié pour cela. La tendance semble toujours plutôt défavorable à l'alerte, qui a l'air d'être toujours assez mal vue au sein de l'entreprise. Aussi, si l'on peut comprendre cette volonté de régler la difficulté en interne lorsque cela est possible²⁶⁹³, sans forcément faire intervenir d'autorité extérieure qui compromette justement la confidentialité de certaines informations, la pratique tend à démontrer que cette démarche est le plus souvent un échec.

²⁶⁸⁵ P. STEPHENSON et M. LEVI, préc., note 99, p. 30 ; COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, n°30, p. 35.

²⁶⁸⁶ Art. 8 I. de la Loi Sapin 2 : « Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. »

²⁶⁸⁷ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°30.

²⁶⁸⁸ Art. 8 III. de la Loi Sapin 2.

²⁶⁸⁹ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°31. D'autres modalités sont prévues par décret : *Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil et des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations d'État*, J.O. 20 avril 2017, texte n°10.

²⁶⁹⁰ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°31.

²⁶⁹¹ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 73 ; J.-B. PERRIER *id.*, n°32.

²⁶⁹² *Supra*, n°738.

²⁶⁹³ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 73.

Dans un second temps, le législateur précise que s'il n'est pas donné suite à cette première alerte, l'art. 8 I. al. 2 de la Loi Sapin 2 offre au salarié la possibilité de s'adresser à l'autorité judiciaire ou administrative ou à l'ordre professionnel dont il dépend. Ainsi, le lanceur d'alerte peut passer outre le silence de son employeur ou du responsable des alertes, s'il estime qu'il n'est pas apporté de réponse à ses inquiétudes. Le problème principal ici est que le texte précise qu'il est possible de porter sa parole en dehors de l'entreprise en l'absence de réponse interne « dans un délai raisonnable »²⁶⁹⁴. Qu'est-ce qu'un délai raisonnable dans le cadre d'une alerte ? On peut comprendre que ce délai ne sera pas le même selon les circonstances, en fonction de la taille de l'entreprise, de la nature, la complexité ou la gravité des faits dénoncés, des personnes impliquées... Mais à quelle appréciation doit-on se référer pour estimer le caractère raisonnable du délai imparti pour répondre ? Celle du lanceur d'alerte ? Celle de la personne chargée de la réception des alertes ? Celle d'une personne raisonnable ? Les incertitudes autour de cette question seront potentiellement la source d'erreurs et de confusion.

Le décret relatif à la mise en place des procédures de signalement dans les grandes entreprises résout une partie du problème. Il prévoit que la personne ou l'entité chargée de traiter les alertes doit en confirmer la réception et fournir à la personne auteure du signalement un délai dans lequel elle peut estimer recevoir une réponse²⁶⁹⁵. C'est un début, mais cela ne résout pas réellement le problème, ni pour les plus petites entreprises, ni pour établir une fourchette à l'intérieur de laquelle on peut juger le délai raisonnable. On peut espérer que l'autorité judiciaire fera preuve de mansuétude à l'égard de ceux qui lanceront les premières alertes, jusqu'à ce qu'une interprétation fiable puisse se dégager des décisions rendues. Il pourrait également être tenu compte de la bonne foi du lanceur d'alerte pour ne pas lui reprocher d'avoir pris les devants trop tôt, si par ailleurs sa démarche est sincère et honnête.

En dernier lieu, si l'autorité à laquelle s'est adressé le lanceur d'alerte ne réagit pas dans un délai de trois mois, le lanceur d'alerte peut adresser son signalement au public²⁶⁹⁶. La publication effective de l'alerte n'intervient donc qu'en ultime et dernier ressort, lorsque toutes les autres étapes ont échoué. Ici, plus besoin de se demander si un délai raisonnable est écoulé ou non, le législateur l'a clairement fixé à trois mois. Cela rend d'autant plus étrange qu'il n'ait pas fait de même en ce qui concerne la réponse interne à son alerte.

²⁶⁹⁴ Art. 8 I. al. 2 de la Loi Sapin 2.

²⁶⁹⁵ Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil et des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations d'État, préc., note 2689, art. 5 II. 1° ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°33.

²⁶⁹⁶ Art. 8 I. al 3 de la Loi Sapin 2.

766. Commentaire de la procédure : relativiser l'atteinte au secret. En plaçant l'alerte publique comme une solution de dernier recours, le législateur démontre son intention d'en conserver le caractère exceptionnel²⁶⁹⁷. Il en découle en réalité que les atteintes au secret, tant redoutées dans le cadre d'une alerte, ont été réduites autant que possible. En effet, au stade où le lanceur d'alerte se contente de se confier en interne, il n'y a pas de fuite d'information. On ne peut pas reprocher au lanceur d'alerte d'avoir commis une infraction quelconque relativement à l'usage qu'il a fait de l'information. Ainsi, si l'employeur prend les mesures nécessaires pour répondre à l'alerte et que l'employé ne porte pas plus loin sa démarche, alors la question de sa responsabilité pénale ne devrait pas se poser. Pour autant, s'il remplit l'ensemble des conditions édictées à l'art. 6 de la Loi Sapin 2, il devrait tout de même bénéficier du statut de lanceur d'alerte et des protections qui y sont associées. En cela, on comprend que le législateur ait séparé dans deux articles distincts la définition du lanceur d'alerte et la justification pénale de son action.

Ce n'est qu'à la deuxième et à la troisième étapes que les choses se compliquent. Dans les deux cas, l'information échappe à la personne morale concernée et l'effet justificatif de l'art. 122-9 C. pen. peut se déployer. On comprend alors à quel point la loi peut encourager les personnes morales à prendre en main l'alerte en interne, car cela évite de perdre le contrôle de l'information. En l'absence de réaction il sera beaucoup plus difficile de reprocher au salarié d'avoir violé le secret professionnel ou d'avoir diffamé la personne morale qui l'emploie. La réprobation de l'employeur se justifie moins quand il n'a pas fait lui-même en sorte de s'assurer d'éviter une alerte publique. Sans aller jusqu'à dire qu'une plainte de sa part serait irrecevable ou infondée, on pourrait tout de même faire remarquer qu'il a eu l'opportunité de régler le problème et ne l'a pas fait. Il lui est alors plus difficile de reprocher à son employé d'avoir porté son signalement à d'autres autorités ou au public.

767. Second temps : procédure d'urgence. Plus intéressant encore, l'art. 8 II. de la Loi Sapin 2 prend le soin de concevoir une procédure d'urgence qui s'abstient de respecter les trois étapes progressives que doit normalement suivre l'alerte. Le texte prévoit que

« En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public. »

L'établissement d'une telle procédure d'urgence peut s'expliquer : en passant par l'employeur, puis par les autorités compétentes avant de pouvoir se tourner vers le public, il

²⁶⁹⁷ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°35.

peut s'écouler plusieurs mois sans que la situation évolue²⁶⁹⁸. Quand les faits nécessitent une réponse rapide, au regard du danger encouru, on comprend alors qu'attendre diverses réactions n'est pas raisonnable. C'est pour cela que le lanceur d'alerte peut s'adresser directement aux autorités compétentes ou au public. La première parce qu'elle aura les moyens techniques et juridiques plus adaptés pour faire cesser la menace, le second parce qu'il peut mettre la pression nécessaire à cette fin. En même temps, comme les conditions de l'alerte semblent déjà exiger que les faits dénoncés soient graves, on peut se demander à quel degré de gravité il faudrait arriver pour pouvoir déclencher une procédure d'urgence. Est-ce à dire que, en toute circonstance, on pourra faire appel à la procédure d'urgence, puisque l'art. 6 de la Loi Sapin 2 semble de toute façon réclamer le signalement de faits graves ? Ou bien que cette procédure exige que ces derniers soient encore plus graves ?

768. Caractérisation d'une proportionnalité. Le choix de ne pas attendre une réaction préalable de l'employeur et de ménager le secret de l'information se justifie par la gravité (surgravité ?) et l'imminence du danger encouru²⁶⁹⁹. D'une certaine manière, on exige la réponse immédiate qui est aussi celle que l'on attend de la personne se trouvant en état de nécessité²⁷⁰⁰. En outre, plus la menace est pressante, plus on justifie de renoncer à la protection de l'information économique. Un tel raisonnement n'est certainement pas sans rappeler la caractérisation d'une certaine proportionnalité²⁷⁰¹. À la façon dont on équilibre les plateaux d'une balance, plus la gravité et l'urgence de la menace sont grandes, plus il semble possible de sacrifier la confidentialité de l'information économique. L'instauration de ces deux procédures parallèles, en fonction de la nature urgente ou non de la menace dénoncée introduit déjà une évaluation de la proportionnalité par rapport à l'atteinte portée au secret. Ainsi, on comprend d'autant moins pourquoi le législateur a jugé utile de préciser de nouveau à l'art. 122-9 C. pen. que la divulgation devait être proportionnelle. À partir du moment où l'activation du fait justificatif est conditionnée au respect de la procédure d'alerte, cela signifie qu'il faudra déjà vérifier que celle-ci a été suivie. Cela suppose donc qu'on a déjà pu admettre que le lanceur d'alerte a suivi la bonne démarche, que ce soit dans la procédure normale ou celle d'urgence. On voit mal alors comment on pourrait exiger encore davantage de proportionnalité, celle-ci étant déjà induite dans la procédure graduée.

²⁶⁹⁸ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°36.

²⁶⁹⁹ *Id.*, n°37.

²⁷⁰⁰ *Id. Supra*, n°719.

²⁷⁰¹ R. PARIZOT, préc., note 2575, 367.

769. Critique du sort réservé à la procédure. La gêne est encore plus grande lorsque l'on songe aux conséquences qui sont tirées en cas de suivi imparfait de la procédure. En effet, puisque l'art. 122-9 C. pen. conditionne la possibilité d'invoquer cette justification quand le lanceur d'alerte s'est conformé à cette procédure, une erreur de sa part lui en retire le bénéfice. C'est une condition bien sévère²⁷⁰². Le lanceur d'alerte ne semble pas avoir droit à l'erreur, ce qui peut le décourager²⁷⁰³. On regrette que le législateur ait opté pour un choix aussi radical, d'autant plus qu'une mauvaise maîtrise de la procédure d'alerte, déjà complexe, ne remet pas forcément en cause l'honnêteté du lanceur d'alerte²⁷⁰⁴ ni la véracité des informations qu'il dévoile. En outre, on ne peut en réalité reprocher au salarié de ne pas s'être conformé à cette procédure que dans la mesure où on lui a permis de la connaître. Cela suppose que l'employeur ait procédé aux mesures de publications idoines de cette dernière, ce qui n'est malheureusement imposé, encore une fois, que dans les plus grandes entreprises²⁷⁰⁵. Cela laisse potentiellement beaucoup de lanceurs d'alerte un peu démunis, pris entre besoin de parler et risques de parler. On regrettera donc que le législateur n'ait pas suivi les recommandations du Conseil d'État quand ce dernier avait proposé de moduler le degré de protection du lanceur d'alerte selon qu'il a respecté ou non la gradation des procédures proposées²⁷⁰⁶.

En comparaison, la procédure d'alerte mise en place au Québec est un exemple intéressant, parce qu'elle confirme le caractère potentiellement excessif des conséquences qui sont tirées dans le contexte français. Dans cette province, les alertes sont d'abord adressées au Protecteur du citoyen²⁷⁰⁷. Il s'agit là de la procédure classique, même si elle connaît quelques aménagements, notamment lorsque certains organismes publics sont impliqués dans les faits dénoncés²⁷⁰⁸. Mais tout comme en France, l'urgence justifie de ne pas passer par le filtre du Protecteur des droits ou de la personne chargée de recueillir les divulgations. Dans ce cas, le lanceur d'alerte peut faire directement une déclaration publique pour parer le risque urgent dénoncé²⁷⁰⁹. C'est dans ce contexte que le texte autorise le lanceur d'alerte à se contenter du fait que la menace paraisse vraisemblable, ouvrant potentiellement la voie à l'erreur.

²⁷⁰² *Id.*

²⁷⁰³ V. MALABAT et G. AUZERO, préc., note 89 à la page 683.

²⁷⁰⁴ E. DAOUD et S. SFOGGIA, préc., note 2572, 73.

²⁷⁰⁵ *Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil et des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations d'État*, préc., note 2689, art. 6.

²⁷⁰⁶ CONSEIL D'ÉTAT, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE PLÉNIÈRE, préc., note 84, p. 57 ; COMITÉ DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE, préc., note 83, n°24, p. 10.

²⁷⁰⁷ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 6 al. 1.

²⁷⁰⁸ *Id.*, art. 6 al. 2, 3 et 4.

²⁷⁰⁹ *Id.*, art. 7.

Néanmoins, même si la loi autorise à livrer les informations directement au public, le lanceur d'alerte doit tout de même au préalable les transmettre à une autorité policière. Sur le principe donc, on retrouve la même idée de gradation des procédures en fonction de l'urgence, à ceci près que le droit québécois impose que les autorités aient connaissance d'une alerte qui s'apprête à se donner. D'une certaine façon, cela peut se comprendre : ce sont elles qui sont le plus à même d'y apporter une réponse, particulièrement lorsque les faits dénoncés constituent une infraction. Surtout, ce dispositif n'associe aucune forme de sanction à l'éventualité où le lanceur d'alerte ne respecterait pas à la lettre la procédure prescrite. C'est un fardeau de moins, qui redonne aux juges la latitude nécessaire pour faire une évaluation circonstanciée de son comportement.

770. Conclusion : dispositif d'alerte décevant. En conséquence, on peut en conclure que la justification française par l'alerte, pour nécessaire qu'elle pût paraître, est loin de remplir ses promesses. Les approximations dans la rédaction, dans la délimitation du domaine de l'infraction et les conditions très restrictives dans lesquelles elle peut trouver application rendent le tout finalement peu lisible et assez décevant. Peut-être est-ce la vitesse avec cette loi a été débattue²⁷¹⁰ (ou pas débattue justement...), le manque de réflexion en amont ou de conceptualisation d'un tel fait justificatif qui expliquent qu'elle laisse un sentiment mitigé. Certes, on peut saluer le fait qu'en multipliant les critères à l'octroi du statut de lanceur d'alerte et la protection afférente, on se maintient sur « une ligne de crête »²⁷¹¹ qui ne relève ni l'angélisme, ni dans la diabolisation de phénomène. Mais le verrouillage complet de ce fait justificatif est tel, particulièrement à cause du respect strict de la procédure d'alerte et des conséquences qui en sont tirées, l'on peut se demander si ce texte a vraiment une chance de connaître une application rétroactive²⁷¹². En effet, le principe de rétroactivité *in mitius* autorise à appliquer aux affaires antérieures des règles de droit pénal de fond nouvelles si elles sont plus favorables aux auteurs d'infractions²⁷¹³ ce qui inclut la prescription d'un nouveau fait justificatif²⁷¹⁴. Étant donné la complexité des conditions d'ouverture du fait justificatif de l'art. 122-9 C. pen., il faudrait que les juridictions fassent preuve d'une clémence certaine pour

²⁷¹⁰ J.-M. BRIGANT, préc., note 2562, 6.

²⁷¹¹ A. BAVITOT, préc., note 89, 29.

²⁷¹² J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°45 ; Marie-Christine SORDINO, « Le lanceur d'alerte : rétroactivité *in mitius* de l'article 122-9 du Code pénal », AJ Pénal 2018.574. La possibilité d'une application rétroactive a été validée par la Cour de cassation : Crim. 17 octobre 2018, n°17-80.485.

²⁷¹³ Art. 112-1 al. 3 C. pen. ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°273, p. 217 ; R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°250, p. 339 ; X. PIN, préc., note 892, n°117, p. 129.

²⁷¹⁴ Emmanuel DREYER, « Impunité du lanceur d'alerte et protection des sources de l'information », R.S.C. 2019.121, 124 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°345, p. 293 ; X. PIN, préc., note 892, n°123, p. 134.

pouvoir accorder le bénéfice de cette exonération, même lorsque la procédure de signalement n'a pas été scrupuleusement respectée²⁷¹⁵. Le tout laisse plutôt une impression de méfiance à l'égard de l'alerte. Celle-ci semble encore vue de façon ambivalente²⁷¹⁶, comme une sorte de délation plutôt qu'auxiliaire de justice, symptôme que le phénomène est toujours en cours de banalisation. Au contraire, on remarque au Canada que le concept de l'alerte ne pose pas forcément problème en principe²⁷¹⁷ au regard de la multiplicité et de l'ancienneté des dispositifs d'alerte. Seulement, ce sont les outils de protection qui semblent manquer d'efficacité.

Si l'on souhaitait envisager de mettre en place au Canada au niveau fédéral une telle procédure hiérarchisée pour lancer l'alerte, conditionnant la responsabilité du lanceur d'alerte, peut-être serait-il préférable de nuancer les conséquences à en tirer dans le cas où l'employé ne s'y conformerait pas parfaitement. Un peu à la façon par laquelle le droit canadien nuance la responsabilité de celui qui tient des propos diffamatoires, en la renforçant ou en l'allégeant en fonction de la gravité de la faute commise, il pourrait être possible de d'exonérer le lanceur d'alerte selon le cas, de sa responsabilité pénale, de sa responsabilité civile, ou bien des deux à la fois s'il a fait un usage idoine des procédures de signalement.

771. Protection complémentaire. Si le prévenu parvient à remplir l'ensemble des conditions imposées par la Loi Sapin 2 pour faire de lui un lanceur d'alerte, en dépit des doutes et des difficultés présentés, un régime de protection extrapénale s'ouvrira à lui, constituant une forme de protection spécialement conçue contre les menaces qu'il pourrait subir. Ici, on revient à la comparaison, puisque le droit canadien a aussi instauré une protection des lanceurs d'alerte contre les représailles dans l'emploi.

2.1.2 La protection contre les représailles dans l'emploi

772. Protection différenciée quant à la sanction du comportement de représailles. La France comme le Canada se sont dotés d'outils de protection des lanceurs d'alerte dans le cadre de leur emploi. Dans le premier pays, les art. L1132-3-3 et L1132-4 C. trav. en dévoilent les conditions et les conséquences. Dans le second, l'art. 425.1 C. crim. et les art. 21 et 30 de la loi québécoise relative à l'alerte²⁷¹⁸ prévoient les conditions dans lesquelles les lanceurs d'alertes ne peuvent subir les conséquences de leur prise de parole. Il existe d'autres textes

²⁷¹⁵ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°45.

²⁷¹⁶ *Supra*, n°22 et 31.

²⁷¹⁷ F. BARRIERE, préc., note 89, n°8.

²⁷¹⁸ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 21 et 30.

interdisant des formes de rétorsions à l'encontre de ceux qui lancent l'alerte,²⁷¹⁹ mais ces textes n'ont pas la même généralité et les sanctions qui y sont associées ne sont pas du même ordre. En effet, la différence majeure entre tous ces textes tient à leur nature, tantôt civile, tantôt pénale, ce qui entraînera des répercussions indiscutables sur leur sanction. Surtout, ces mesures de protection sont perçues en contemplation du devoir originel de loyauté. Comme le précise la Cour suprême, « les lois sur la protection des dénonciateurs créent une exception à l'habituel devoir de loyauté des employés envers l'employeur »²⁷²⁰. Ainsi, si les conditions ouvrant droit à la protection contre les représailles sont globalement les mêmes (2.1.2.1), leurs différences engendrent nécessairement des conséquences qu'il reste à évaluer, notamment sur l'opportunité de recourir à une norme pénale (2.1.2.2).

2.1.2.1 Les conditions d'ouvertures de la protection contre les représailles dans l'emploi

773. Destinataire de la protection. D'abord, rappelons que ce type de protection n'est pas nouvelle, ni en France ni au Canada. Le texte fédéral criminel a été introduit en 2004²⁷²¹, tandis qu'en France, le *Code du travail* prévoyait déjà depuis 2007²⁷²² une interdiction des représailles dirigées contre les salariés ayant lancé l'alerte à propos de faits relevant de la corruption²⁷²³.

La protection contre les représailles dans l'emploi ne s'adresse, en France comme au Canada, qu'aux lanceurs d'alerte. L'article 425.1 C. crim. l'exprime indirectement, à travers la *mens rea* de ce crime. Le texte précise en effet que la mesure de rétorsion doit tendre à

« forcer l'employé à s'abstenir de fournir, à une personne dont les attributions comportent le contrôle d'application d'une loi fédérale ou provinciale, des renseignements portant sur une infraction à la présente loi, à toute autre loi fédérale ou à une loi provinciale — ou à leurs règlements — qu'il croit avoir été ou être en train d'être commise par l'employeur ou l'un de ses dirigeants ou employés ou, dans le cas d'une personne morale, l'un de ses administrateurs. »²⁷²⁴

Ainsi, le but de l'acte de représailles est très clairement de dissuader un employé de se confier aux autorités relativement aux malversations de la personne, physique ou morale, qui

²⁷¹⁹ Par ex. *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.2(1).

²⁷²⁰ *Merk c. T.P.F.S.O., section locale 771*, préc., note 1694, par. 14.

²⁷²¹ *Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, préc., note 1697, art. 6.

²⁷²² *Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption (1)*, J.O. 14 novembre 2007, texte n°1, art. 9.

²⁷²³ Ancien art. L1161-1 C. trav., abrogé par la Loi Sapin 2. Le but du remplacement du dispositif anciennement en vigueur était d'étendre la protection des lanceurs d'alerte à d'autres hypothèses que la seule corruption, pour une application plus universelle de celle-ci.

²⁷²⁴ Art. 425.1(1)a) C. crim.

l'emploie, ce qui relève bien de l'alerte. Les motifs accompagnant l'adoption de cette incrimination par le Parlement fédéral le confirment²⁷²⁵. Quant à l'article L1132-3-3 C. trav., ce dernier précise qu'aucune mesure ne peut être prise contre une personne parce qu'elle a « relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions »²⁷²⁶, ou bien parce qu'elle a lancé une alerte conformément aux dispositions de la loi Sapin 2²⁷²⁷.

Bien sûr, les personnes concernées par l'un ou l'autre de ces textes ne seront pas exactement les mêmes. D'un côté, le crime canadien ne protège que les personnes ayant dénoncé des faits constitutifs d'une violation de la loi, quelle qu'en soit la nature, et commis dans le cadre de son travail (employeur, dirigeant de l'entreprise, un autre employé, administrateur de la personne morale). De l'autre côté, le texte français se divise en deux alinéas. Le premier fait référence aux mêmes faits qu'au Canada : un crime ou un délit dont la personne a eu vent au cours de ses fonctions. L'alinéa 2 fait lui référence à la définition des lanceurs d'alerte et on a vu que ce dernier pouvait aussi dénoncer des faits qui n'étaient pas nécessairement constitutifs d'une infraction, mais d'un simple danger pour l'intérêt général²⁷²⁸. Donc, si le texte a également vocation à s'appliquer dans le cadre de l'emploi, en raison de son emplacement dans le Code du travail et en raison de la référence à la définition du lanceur d'alerte, il ne s'adresse pas uniquement à ceux dénonçant une infraction. Le cadre français protégera potentiellement un plus grand nombre de personnes. Notons toutefois une différence entre les deux textes : l'art. 425.1 C. crim protège tout autant celui qui s'apprête à lancer l'alerte²⁷²⁹, que celui qui l'a déjà fait. L'art. L1132-3-3 C. trav. ne procède pas à une telle distinction.

774. Personnes visées par l'interdiction. Ensuite, les personnes qui peuvent se rendre coupables de représailles contre les lanceurs d'alerte sont également limitées. L'art. 425.1(1) C. crim. est très explicite sur la question, puisqu'il dispose que celui pouvant se rendre coupable de l'infraction est « l'employeur ou une personne agissant au nom de l'employeur, ou une personne en situation d'autorité à l'égard d'un employé ». La définition est suffisamment large

²⁷²⁵ DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE, *Projet de Loi c-46 : Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, préc., note 1698, 6.

²⁷²⁶ Art. L1132-3-3 al. 1 C. trav.

²⁷²⁷ Art. L1132-3-3 al. 2 C. trav. La *Loi sur la concurrence* (préc., note 27, art. 66.2(1)a)) et la *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, (préc., note 1693, art. 30) s'adressent aussi prioritairement aux lanceurs d'alerte.

²⁷²⁸ *Supra*, n°751.

²⁷²⁹ Art. 425.1(1) a) b) C. crim. La distinction est faite entre ces deux alinéas.

pour prendre en compte tout supérieur hiérarchique, en situation d'autorité sur l'employé objet des mesures de rétorsion. Il est à noter toutefois qu'en visant aussi explicitement les personnes qui peuvent se rendre coupables de ce crime, il y a nécessairement une exclusion de tous ceux qui ne correspondent pas à l'un des postes énumérés. Il semble donc que seules des personnes physiques sont susceptibles de commettre un tel crime. Il peut être regrettable de ne pas y avoir inclus les personnes morales. En effet, les structures des entreprises, particulièrement les plus grandes, peuvent s'organiser en une mille-feuille hiérarchique, où les instructions peuvent se perdre à travers le filtre de la chaîne liant subordonnant et subordonné. Il peut parfois être peu évident de retrouver la personne exacte qui a été à l'origine de la mesure représailles litigieuses. L'ordre ne vient pas nécessairement de celui ou celle en autorité directe sur le lanceur d'alerte. C'est d'autant plus problématique si l'on vient engager sa responsabilité pénale. Il apparaîtrait injuste et contraire aux valeurs les plus fondamentales de condamner pénalement l'un pour la faute en réalité commise par un autre. Aussi, pour éviter ces tergiversations et des investigations périlleuses dans des structures parfois opaques, peut-être aurait-il été souhaitable de viser aussi et plus directement la personne morale, dont l'organisation même peut être en cause dans le sort réservé au lanceur d'alerte.

L'art. L1132-3-3 C. trav., la protection dans le cadre de la concurrence²⁷³⁰ et celle applicable au Québec²⁷³¹ ne font pas du tout référence à la personne qui pourrait être l'auteur des mesures de représailles. On sait, par l'emplacement de l'article L1132-3-3 C ; trav. et par la nature des mesures interdites²⁷³², qu'il ne peut s'agir que de l'employeur²⁷³³. En le mentionnant de manière générale²⁷³⁴, il ne fait pas de doute que cette interdiction concerne tout autant les personnes physiques que les personnes morales. La différence à ce sujet avec le texte canadien tient aussi peut-être à leur nature divergente. L'article français s'inscrit dans la relation individuelle de travail. Il est donc logique que l'employeur soit visé, sans distinguer selon qu'il s'agit d'une personne physique ou morale. L'art. 425.1 C. crim. est de nature pénale ce qui veut

²⁷³⁰ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.2(1).

²⁷³¹ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 30.

²⁷³² *Idem* dans la loi québécoise : l'art. 31 liste ce qui peut constituer des représailles et cela concerne essentiellement les relations de travail (*Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art 31).

²⁷³³ L'art. L1131-1 C. trav. le confirme : « les dispositions du présent titre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. » Et l'article L1132-3-3 C. trav. appartient bien évidemment au titre en question.

²⁷³⁴ C'est le cas également dans la *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.2(1), désignant l'employeur comme auteur des mesures prohibées.

dire que c'est une responsabilité plus personnelle qui est recherchée, même si le droit criminel canadien reconnaît évidemment celle des personnes morales²⁷³⁵.

775. Mesures visées par l'interdiction. Enfin, les mesures visées par l'interdiction concernent tout ce qui touche à l'emploi du lanceur d'alerte : rémunérations non revalorisées, accès aux mesures d'intéressement, à la formation, reclassement, promotion et renouvellement de contrat, qualification, mutation...²⁷³⁶ Bref, tout ce qui peut affecter la relation contractuelle. L'art. 425.1 C. crim. parle de mesures d'atteinte à l'emploi, ce qui peut renvoyer aux mêmes éléments que ceux listés par l'art. L1132-3-3 C. trav. Il est également prohibé de prendre des sanctions disciplinaires en lien avec l'alerte, ni même d'aller jusqu'à la sanction ultime, à savoir le licenciement²⁷³⁷. C'est donc une protection disciplinaire²⁷³⁸ qu'offrent ces articles, mais dont les conséquences n'ont pas la même ampleur selon le pays.

2.1.2.2 La divergence des conséquences tirées de l'interdiction des mesures de représailles

776. Effets des mesures de représailles. Selon les textes, les sanctions associées aux mesures de représailles dirigées contre le lanceur d'alerte sont variables. La *Loi sur la concurrence*²⁷³⁹ n'en prévoit aucune, tandis que l'art. L1132-4 C. trav. dispose : « Toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul. » Cela inclut bien évidemment l'art. L1132-3-3 C. trav. qui le précède immédiatement. Pour le premier texte, on peut penser qu'il s'agit probablement d'une responsabilité de forme civile. Pour le second, l'interdiction des représailles aura une double conséquence : d'une part, les mesures de représailles seront nulles, ce qui affecte directement la relation contractuelle ; d'autre part, l'acte en lui-même pourra être considéré comme fautif, car manifestant une volonté de nuire au salarié vu comme un traître. Ainsi, non seulement le contrat doit être maintenu en l'état, mais l'employé pourrait aussi rechercher la responsabilité civile de son employeur en raison de la faute qui résulte de son attitude.

²⁷³⁵ Art. 22.1 et 22.2 C. crim.

²⁷³⁶ Art. L1132-3-3 al. 1 et 2 C. trav. ; *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.2(1) ; *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 31 1°.

²⁷³⁷ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, *id.* ; art. 425.1 C. crim.

²⁷³⁸ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°61.

²⁷³⁹ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.2.

Quant aux art. 425.1 C. crim et 30 de la loi québécoise²⁷⁴⁰, ces derniers sont de nature criminelle pour l'un, pénale pour l'autre. Ici, les sanctions étant beaucoup plus intenses, on devrait s'attendre à voir prononcer potentiellement des peines d'emprisonnement et d'amende.

777. Insuccès de la législation canadienne. Toutefois, il faut admettre que les textes canadiens, qu'ils soient fédéral au provincial, n'ont à ce jour pas reçu de réelles applications. Concernant le texte du *Code criminel*²⁷⁴¹, les juridictions bottent en touche en excluant l'applicabilité du texte²⁷⁴², démontre une certaine méfiance en précisant que la protection des dénonciateurs a un caractère exceptionnel²⁷⁴³... De même, le texte de protection des donneurs d'alerte établi dans la *Loi sur la concurrence*²⁷⁴⁴ n'a pas beaucoup de résonance.

La législation québécoise n'a pas plus de succès. On a trouvé une seule décision impliquant l'art. 30 de la loi relative à l'alerte²⁷⁴⁵, mais ce dernier n'y est pas appliqué, simplement mentionné pour faire ressortir l'illicéité du comportement de la personne impliquée²⁷⁴⁶. Malgré la multitude de textes adoptés pour favoriser l'alerte et la protection de ceux qui s'expriment, leur protection reste lettre morte. Est-ce à dire que le choix de recourir à des sanctions pénales est inefficace ? Est-ce une méconnaissance de la législation en vigueur ? Il ne semble en tout cas pas démontré que l'instauration d'une incrimination telle que celle de l'art. 425.1 C. crim a rendu plus efficace la protection des lanceurs d'alerte.

778. Renversement de la charge de la preuve en France. La différence est encore plus flagrante en comparaison avec le contexte français. L'art. L1132-3-3 C. trav. y connaît un certain succès. On retrouve de nombreuses occurrences dans son application²⁷⁴⁷, même si le salarié n'a pas toujours gain de cause²⁷⁴⁸. Incontestablement, le dispositif français a bien racine dans l'ordonnancement juridique. On peut l'expliquer par la présence de dispositions antérieures relativement à la protection des lanceurs d'alerte contre les représailles²⁷⁴⁹, mais pas seulement. Ce succès peut aussi s'expliquer parce que la charge de la preuve est ici renversée.

²⁷⁴⁰ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 30.

²⁷⁴¹ Art. 425.1 C. crim.

²⁷⁴² *Anderson c. IMTT-Québec Inc.*, [2013] A.C.F. no. 346, par. 45 : « le Conseil n'a pas commis d'erreur en ne prenant pas en compte l'article 425.1 du Code criminel lorsqu'il a statué sur la plainte du demandeur. »

²⁷⁴³ *Merk c. T.P.F.S.O., section locale 771*, préc., note 1694, par. 14.

²⁷⁴⁴ *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 66.2.

²⁷⁴⁵ *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, préc., note 1693, art. 30.

²⁷⁴⁶ *Comptables professionnels agréés (Ordre des) c. Bégin*, 2021 QCCDCPA 1, par. 113.

²⁷⁴⁷ Par ex. : Soc. 30 juin 2016, n°15-10-557 ; Soc. 8 juillet 2020, n°18-13.593 ; Soc. 10 février 2021, n°19-19.287.

²⁷⁴⁸ Soc. 4 novembre 2020, n°18-15669 (absence de preuve que le salarié avait dénoncé des faits illégaux).

²⁷⁴⁹ Ancien art. L1161-1 C. trav.

Lorsque le lanceur d’alerte subit une mesure de représailles, il incombe à l’employeur de rapporter la preuve que sa décision n’est pas motivée par la prise de parole de son salarié :

« En cas de litige relatif à l'application des premier et deuxième alinéas, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, ou qu'elle a signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. »²⁷⁵⁰

Cet alinéa envisage deux possibilités. Le lanceur d’alerte peut se trouver dans la situation décrite dans la Loi Sapin 2, ce qui veut dire qu’il devra répondre à toutes les conditions que nous avons décrites précédemment, relatives à sa qualité et à sa démarche, à la nature des informations qu’il dévoile, ainsi qu’à la procédure stricte par laquelle l’alerte doit transiter. Ou bien, si le lanceur d’alerte ne peut respecter les conditions de la Loi Sapin 2, il peut bénéficier d’une certaine présomption de bonne foi²⁷⁵¹ : il suffit qu’il paraisse vraisemblablement honnête dans ses allégations. La charge de la preuve est donc considérablement moindre, ce qui est d’autant plus logique que le lanceur d’alerte n’est pas nécessairement un enquêteur. On ne peut exiger de lui le même investissement ou la même connaissance des preuves juridiques qui permettront de vérifier l’existence d’un crime ou d’un délit. Il est donc logique que le seuil d’activation de la protection soit abaissé à la simple apparence de faits infractionnels.

Ensuite, ce sera à l’employeur d’intervenir. Il lui reviendra de démontrer que la mesure prise est sans rapport avec l’alerte. Il ne s’agit donc plus pour le lanceur d’alerte de montrer que son intervention était justifiée, mais au contraire, c’est à l’employeur de faire la preuve que sa décision est légitime. Si elle est bien prise à titre de représailles, alors l’acte sera annulé. Le salarié lanceur d’alerte sera replacé dans sa situation antérieure. Il pourra aussi saisir le tribunal des prud’hommes pour obtenir sa réintégration en cas de licenciement abusif²⁷⁵², ainsi que l’octroi de dommages-intérêts. Peut-être est-ce là que réside le succès du dispositif français. Il incite à la prudence vis-à-vis du lanceur d’alerte et à ne pas prendre hâtivement des mesures qui seraient systématiquement retoquées, faisant échec aux tentatives de le faire taire.

779. Conclusion : À la recherche de l’efficacité répressive canadienne. Pour peu lisible qu’il soit et même s’il laisse une impression d’inachevé²⁷⁵³, le dispositif français d’alerte

²⁷⁵⁰ Art. L1132-3-3 al. 3 C. trav.

²⁷⁵¹ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°62.

²⁷⁵² F. BARRIERE, préc., note 89, n°35 ; J.-B. PERRIER, *id.*

²⁷⁵³ *Id.* n°68.

a tout de même le mérite d'exister. *A contrario*, l'état du droit canadien et la multiplicité des dispositifs par lesquels on cherche à protéger les lanceurs d'alerte démontrent une absence de vision d'ensemble de la question, comme cela a longtemps été le cas en France. La possibilité de rendre visibles les lanceurs d'alerte passerait peut-être ici aussi par une rationalisation du dispositif, en posant une bonne fois pour toutes une définition unique du lanceur d'alerte. Surtout, il semblerait que, si le législateur fédéral ou provincial cherche à rendre son dispositif de protection réellement efficace, il faudrait peut-être envisager, tout comme en France, un renversement du fardeau de preuve : à l'employeur de démontrer qu'il n'était pas motivé par la rétorsion, dans un esprit de vengeance qui n'est pas plus acceptable chez lui que chez le salarié qui dénonce abusivement. Ce dernier ne bénéficie pas de protection statutaire dans ce contexte, il n'y a pas de raison qu'il en aille différemment pour l'employeur.

780. Conclusion : y a-t-il toujours une place pour la responsabilité du lanceur d'alerte ? Il reste tout de même l'ombre d'un doute en France. Il est absolument certain qu'une exonération pénale et disciplinaire est possible, mais qu'en est-il de la responsabilité civile du lanceur d'alerte ? S'il remplit l'ensemble des conditions décrites dans la Loi Sapin 2, est-ce que cela l'exonère aussi de devoir rendre des comptes pour la faute que peut toujours constituer l'alerte ? En matière de fait justificatif, il n'est pas systématique que l'exonération pénale implique automatiquement d'écarter la responsabilité civile²⁷⁵⁴. Par exemple, la reconnaissance de l'état de nécessité n'écarter pas pour autant la responsabilité civile de celui ayant agi dans l'urgence²⁷⁵⁵. En revanche, l'autorisation de la loi peut excuser aussi la faute civile²⁷⁵⁶. Donc, selon que l'on considère le fait justificatif des lanceurs d'alerte plutôt comme une sorte spéciale de nécessité, à la façon de la légitime défense, ou comme une autorisation spéciale de la loi, on pourra ou non exonérer le lanceur d'alerte de sa responsabilité civile. Pour certains, cela relève de l'évidence²⁷⁵⁷ et la logique voudrait en effet que ce soit le cas. Si le lanceur d'alerte parvient à remplir l'intégralité des conditions lui permettant d'obtenir l'exonération pénale, c'est que son action a été particulièrement exemplaire. En toute logique, le juge devrait en conclure à l'absence de faute civile. Il devrait être en tout cas être possible de moduler sa responsabilité en fonction du degré avec lequel il n'a pas observé la procédure, ou s'il s'avère qu'il y a en fait une certaine forme d'intéressement dans son action, sans aller jusqu'à dire qu'il souhaitait nuire

²⁷⁵⁴ J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°55.

²⁷⁵⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°750, p. 684 ; Crim. 27 décembre 1885, D. 1885, I. 219.

²⁷⁵⁶ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°186, p. 71 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°751, p. 685 ; J.-B. PERRIER, préc., note 90, n°55.

²⁷⁵⁷ J.-B. PERRIER, *id.*, n°56.

à autrui. Il est donc préférable à ce stade de rester prudent et d'attendre que les juges civils soient saisis de la question pour pouvoir la trancher définitivement. En attendant d'en savoir plus il est possible de remarquer que le législateur a aussi prévu quelques dispositifs exonérant le lanceur d'alerte de sa responsabilité civile.

2.2 Les défenses applicables à la divulgation civile d'informations économiques

781. Pertinence de l'étude de la responsabilité civile. Jusqu'à présent, ce sont des justifications pénales que nous avons étudiées. Cela est parfaitement logique, dans la mesure où le lanceur d'alerte s'expose à des poursuites de cet ordre. Mais cela ne l'exonère pas nécessairement de sa responsabilité civile. Les deux responsabilités ne sont pas irrémédiablement liées. En outre, il arrive que les actes du lanceur d'alerte ne revêtent pas un caractère pénal. C'est le cas par exemple quand, non soumis au secret professionnel, il contrevient à l'obligation de loyauté due à son employeur.

À ce titre, les droits civils français et québécois ont prévu des mesures qui produisent le même effet qu'un fait justificatif en matière pénale. Ils ont une fonction exonératoire, de sorte que la faute civile disparaît. D'un côté, l'art. 1472 C.c.Q. prévoit la possibilité de divulguer un secret commercial dans certaines circonstances, de l'autre, l'art. L151-7 et suiv. C.com. permet la divulgation du secret des affaires dans des circonstances bien précises. Les conditions dans lesquelles il est possible de révéler ces secrets sont assez semblables (2.2.1), mais ces articles ne sont pas sans poser quelques questions quant à leur articulation avec d'autres dispositions qui paraissent tout à fait opposées. Ceci soulève des doutes quant à leur effectivité (2.2.2).

2.2.1 Les conditions d'exonération de responsabilité civile pour révélation d'un secret

782. Similitude des situations de révélation. Tout d'abord, l'art. 1472 C.c.Q. dispose que :

« Toute personne peut se dégager de sa responsabilité pour le préjudice causé à autrui par suite de la divulgation d'un secret commercial si elle prouve que l'intérêt général l'emportait sur le maintien du secret et, notamment, sur la divulgation de celui-ci était justifiée par des motifs liés à la santé ou la sécurité du public. »

Quant aux articles du Code de commerce, ils prévoient plusieurs situations à l'occasion desquelles il est possible de révéler un secret des affaires : soit, il existe une autorisation de la loi nationale ou internationale²⁷⁵⁸, soit, « à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au

²⁷⁵⁸ Art. L151-7 C.com.

secret des affaires »²⁷⁵⁹, celui qui a révélé ou utilisé le secret l'a fait pour l'exercice pour la défense d'un intérêt suffisamment important.

783. Secrets et personnes concernées. D'abord, s'agissant du secret concerné, nous avons déjà étudié ces derniers²⁷⁶⁰ et il en est ressorti que le secret commercial se rapprochait davantage du savoir-faire industriel²⁷⁶¹, tandis que le secret des affaires avait une assise un peu plus large, comprenant non seulement ce qui est lié à la fabrication de biens ou de services, mais plus largement tout ce qui touche de près ou de loin à l'activité de l'entreprise²⁷⁶². Dans les deux cas, on est de toute façon en lien avec l'activité propre d'une personne morale.

Les textes ne semblent pas limiter aux seuls employés la possibilité de bénéficier de ces autorisations à la divulgation. L'art. 1472 C.c.Q. parle de « toute personne » et les art. L151-7 et suiv. C. com. ne font pas spécifiquement mention d'une personne qui serait plus à même de bénéficier de ces autorisations d'autres. Il faut donc en conclure que toute personne remplissant les conditions peut invoquer ces textes pour échapper à sa responsabilité civile.

784. Circonstances autorisant la divulgation. Plus intéressantes sont les raisons citées par les textes pour permettre de divulguer ces secrets, sans que cela n'engage la responsabilité civile de celui qui révèle. D'un côté, l'art. 1472 C.c.Q. dispose que la personne doit démontrer que « l'intérêt général l'emportait sur le maintien du secret ». Ici encore, il semble que la finalité de la divulgation soit essentielle pour justifier de lever le secret. C'est donc une fois de plus les motivations propres du lanceur d'alerte qui détermineront la pertinence de renoncer à la protection de l'information. L'article donne même à titre d'exemple la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, deux cas qui pourraient justifier de lever la confidentialité. L'utilisation de l'adverbe « notamment » indique que cette liste d'intérêts n'est toutefois pas exhaustive. On pourrait envisager la possibilité de divulguer des informations relativement à une pollution, à la commission d'un crime, par exemple si l'entreprise a recours à la fraude ou à la corruption, à du matériel de sécurité défaillant... Le texte est suffisamment ouvert pour prendre en compte une grande variété de situations qui justifieront la levée du secret.

En France, les circonstances dans lesquelles la divulgation est possible sont diverses. Outre les cas où la loi l'autorise expressément²⁷⁶³, l'art. L151-8 C.com. précise que le secret

²⁷⁵⁹ Art. L151-8 et L151-9 C.com.

²⁷⁶⁰ *Supra*, n°126 et suiv.

²⁷⁶¹ *Supra*, n°130.

²⁷⁶² *Supra*, n°149 et suiv.

²⁷⁶³ Art. L151-7 C. com.

n'est pas opposable lorsque la personne souhaite exercer sa liberté d'expression²⁷⁶⁴. Rappelons que ce texte est issu d'une transposition d'une directive européenne²⁷⁶⁵, qui avait suscité un vif débat, car les journalistes y voyaient une possible entrave à leur travail d'investigation²⁷⁶⁶. On comprend alors pourquoi le législateur a pris le soin de préciser que le secret des affaires ne devait pas faire obstacle à la liberté de la presse. Le Conseil constitutionnel n'a pas non plus censuré les dispositions introduites dans le Code de commerce relativement au secret des affaires, les considérant comme conformes à la Constitution et respectueuses de la liberté d'expression²⁷⁶⁷. On peut regretter toutefois que les gardiens de la loi fondamentale n'aient pas procédé à une véritable analyse de la conformité de la loi à cette liberté, se contentant de faire valoir qu'il s'agit là de la simple transposition d'une directive européenne jugée précise. Selon eux, il n'appartient pas réellement au Conseil constitutionnel de se prononcer sur la conformité à la Constitution de dispositions directement tirées de la transposition d'un texte européen. Il faudrait s'en remettre à la juridiction compétente, la Cour de justice de l'Union européenne, que le Conseil constitutionnel n'a pas le temps de saisir au regard des délais dont il dispose pour se prononcer²⁷⁶⁸. Ainsi, « il appartient aux juridictions administratives et judiciaires d'exercer le contrôle de compatibilité de la loi au regard des engagements européens de la France et, le cas échéant, de saisir la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel. »²⁷⁶⁹

785. Critique de la rédaction de l'art. L151-8 C. com. Même si un tel raisonnement n'est pas en soi contestable, on ne peut être que déçu par une telle solution, qui revient à prendre le risque de laisser entrer en vigueur une loi dont on ne peut s'assurer de la réelle conformité avec les valeurs fondamentales françaises et européennes. La mention de la possibilité de lever le secret au nom de la liberté d'expression devrait représenter une garantie formelle suffisante pour ne pas entraver excessivement son exercice²⁷⁷⁰, certains la considérant même comme une sorte d'immunité à la faveur des journalistes²⁷⁷¹. Mais concrètement, il est possible que la liberté d'expression pâtisse de la formulation choisie par le législateur, notamment du fait qu'elle constitue essentiellement un obstacle à une condamnation devant les juridictions. D'une part,

²⁷⁶⁴ Art. L151-8 1° C.com.

²⁷⁶⁵ *Supra*, n°147.

²⁷⁶⁶ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, préc., note 396, n°1094, p. 747 ; Emmanuel DERIEUX, « Secret des affaires et liberté de communication », 2018.363.455, 455 ; COLLECTIF, « Bruxelles ville au secours du « secret des affaires » », *Le Monde*, 8 avril 2015, p. SCQ 5.

²⁷⁶⁷ Cons. const. 26 juillet 2018, n°2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, J.O. 31 juillet 2018, texte n°64, par. 11 et 24.

²⁷⁶⁸ *Id.*, par. 3.

²⁷⁶⁹ *Id.*

²⁷⁷⁰ E. DERIEUX, préc., note 2766, 457.

²⁷⁷¹ Renaud LE GUNHEC, « Secret des affaires : drôle d'ambiance », *Légipresse*, 2019.368.68, 68.

comme le souligne un auteur, cela n'est pas de nature à faciliter l'enquête des journalistes en amont, qui continueront de rencontrer le secret des affaires comme obstacle à leurs investigations²⁷⁷². La définition large de ce secret peut englober suffisamment d'informations pour constituer une entrave supplémentaire au travail journalistique²⁷⁷³. Il faudra encore plus s'en remettre à la bonne volonté de certains employés qui voudront bien se faire lanceurs d'alerte pour accéder à certains secrets. D'autre part, cela signifie aussi que la preuve de la légitimité de la divulgation retombera sur les épaules de celui revendiquant faire usage de sa liberté d'expression, journaliste ou lanceur d'alerte. On confirme ici encore l'idée que c'est la protection du secret qui prime, et tous ceux qui y mettent fin doivent le justifier. On retrouve donc la même logique protectrice qu'en matière de faits justificatifs appliqués à l'alerte.

Enfin, il est possible de révéler en France un secret des affaires pour « la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national » (on reconnaît là bien l'empreinte de l'origine de ce texte)²⁷⁷⁴, lorsqu'il est nécessaire à l'exercice d'un droit à l'information, à la consultation des salariés, ou encore lorsque cela est nécessaire à l'exercice de leur fonction²⁷⁷⁵. La mention d'un intérêt légitime n'est pas de nature à simplifier la lecture du texte, tant cette mention paraît abstraite.

786. Levée du secret et alerte. Outre la liberté d'expression et ses dérivés, un intérêt légitime ou les droits des salariés, l'art. L151-8 2° C.com. prévoit une exception au secret dans les cas où la personne révèle de bonne foi une activité illégale ou un comportement répréhensible. Cette précision laisse penser que l'acte dénoncé n'est pas forcément constitutif d'une infraction. Cette configuration n'est évidemment pas sans rappeler le cas des lanceurs d'alerte, pour lesquels l'art. 6 de la Loi Sapin 2 prévoit explicitement la possibilité de dénoncer des infractions et donc de violer un secret protégé par la loi pour y parvenir. D'ailleurs, l'art. L151-8 2° C.com. précise que la dénonciation d'un acte illégal ou d'un comportement répréhensible peut être effectué, « y compris lors de l'exercice du droit d'alerte défini à l'article 6 » de la Loi Sapin 2. On se retrouve donc face à deux textes distincts ayant le même objectif, à savoir offrir la possibilité de dénoncer des infractions. Toutefois, les textes ne se recoupent pas parfaitement. La mention des termes « y compris » indiquent bien que le législateur entend certes tenir compte du statut de lanceur d'alerte, mais qu'il a une conception plus large du contexte dans lequel il est possible de révéler des actes répréhensibles. Cela signifie donc que

²⁷⁷² *Id.*

²⁷⁷³ *Id.*

²⁷⁷⁴ Art. L151-8 3° C.com.

²⁷⁷⁵ Art L151-9 C.com.

l'on peut envisager d'autres formes d'alerte, au-delà des conditions strictes posées par la Loi Sapin 2²⁷⁷⁶.

787. Appréciation de l'intérêt général à la divulgation. On retrouve dans les deux textes, celui du *Code civil du Québec* et celui du Code de commerce, l'exigence que la divulgation doit être réalisée dans l'intérêt général. Bien sûr, en s'appuyant sur l'art. 1472 C.c.Q., on peut prédire que les questions de santé ou de sécurité intégreront la compréhension de l'intérêt général. Ce sont de toute évidence des préoccupations suffisamment importantes et qui touchent suffisamment de personnes pour justifier de lever le secret. La précision de cette volonté de protéger l'intérêt général n'est pas sans rappeler le dispositif créé en 2016 relatif à l'alerte. Dans un esprit de cohérence et d'uniformisation de l'interprétation des textes français, on aurait tendance à croire qu'ici aussi, tout comme en matière d'alerte, seuls les actes les plus graves seront concernés par la divulgation. Quant aux atteintes simplement illicites, il semblerait que ces dernières doivent également atteindre un certain seuil de gravité pour qu'elles nécessitent une protection du bien commun contre ces dernières. On pourrait penser à ce sujet aux pratiques visant à contourner les règles de la concurrence au détriment du consommateur (stratégie pour se mettre en situation de monopole, complot ou entente entre concurrents pour fixer les prix de leur marchandise au détriment des consommateurs²⁷⁷⁷) ou aux règles destinées à protéger les consommateurs (étiquetage, contrôle de qualité, inscription de l'origine, contrôles sanitaires obligatoires...). La spécificité de ces règles tient au fait qu'elles visent à protéger l'ensemble de la population contre les pratiques anticoncurrentielles ou dommageables pour les consommateurs. On peut penser alors que des révélations qui que quelques personnes, quelques consommateurs, ne seront pas suffisantes pour qu'il soit question de protéger l'intérêt général. On viserait à travers ces textes des cas intéressant l'ensemble d'une société et non pas seulement quelques individus au sein de celle-ci. Finalement, ce critère revient à introduire une forme de proportionnalité entre le sacrifice concédé par la révélation de l'information et l'importance de ce que l'on souhaite garantir par ce biais. D'une certaine manière, il est nécessaire que le jeu en vaille la chandelle, ce qui semble passer par le besoin que le secret puisse concerner un suffisamment grand nombre de personnes.

²⁷⁷⁶ Cons. const. 26 juillet 2018, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, préc., note 19, par. 22.

²⁷⁷⁷ Art. L420-1 C.com. ; *Loi sur la concurrence*, préc., note 27, art. 45(1). C'est ce qui arrivé au Québec, où l'on a découvert un complot pour contourner les règles de la concurrence et fixer les prix de l'essence. Les différents acteurs du secteur s'étaient entendus pour aligner les prix de l'essence dans plusieurs régions proches de Montréal : *Proulx c. R.*, 2016 QCCA 1425. Si ces faits n'ont pas été l'objet d'une divulgation d'un secret à notre connaissance, ils sont un bon exemple de comportement qui concerne directement l'intérêt général.

La multiplication de ces hypothèses dans le cadre de la législation française rend finalement le cadre de ces exceptions assez floues et peu lisibles²⁷⁷⁸. Ce n'est pas pour rassurer les lanceurs d'alerte ni faciliter leur démarche. En outre, le texte est récent et n'a pas connu à ce jour, à notre connaissance, d'interprétation jurisprudentielle de nature à en éclairer le sens. Il faudrait attendre des applications concrètes pour savoir quels actes illicites sont susceptibles d'entraîner la levée du secret des affaires, quelles règles nationales ou européennes pourraient soutenir la divulgation, si le travail journalistique est effectivement entravé par ces dispositions, quelles sont les hypothèses relevant de l'intérêt général...

Pour mieux anticiper l'interprétation du dispositif français, on pourrait se baser sur les interprétations jurisprudentielles produites par les cours québécoises relativement à l'art. 1472 C.c.Q. Comme ce dernier fait également mention d'une divulgation liée à l'intérêt général, on peut espérer que les applications réalisées dans ce cadre pourraient nous permettre de mieux anticiper ce qui peut relever de l'intérêt général hors les cas d'atteinte potentielle à la santé ou à la sécurité déjà mentionnées dans le texte. Malheureusement, la jurisprudence n'apporte que peu de réponses à ce sujet, l'art. 1472 ayant fait l'objet de peu d'applications réelles.

2.2.2 Incertitudes quant à l'interprétation des textes autorisant la levée de la confidentialité

788. Rareté des applications effectives. Que ce soit l'art. 1472 C.c.Q. ou la section du Code de commerce relative à la divulgation des secrets des affaires en France, on peut recenser peu de cas de leur application à une espèce concrète. Encore que cela soit peu étonnant pour le dispositif français qui ne date que de 2018, ce qui n'offre pratiquement aucun recul à son sujet, cela est plus surprenant s'agissant de l'art. 1472 C.c.Q. Ce dernier date de la refonte du Code civil du Québec en 1991, et pourtant, peu de décisions en font une véritable application. Les commentaires du Ministre de la Justice qui ont accompagné l'entrée en vigueur du nouveau code n'aident pas davantage à savoir ce que peut revêtir un intérêt général susceptible de justifier la levée de la confidentialité²⁷⁷⁹. On trouve tout de même une décision qui a fait une véritable application de cet article²⁷⁸⁰ : un pompier volontaire avait, au cours d'une assemblée publique du Conseil municipal de sa ville, dénoncé l'état de délabrement des camions de lutte contre les incendies. Faisant valoir qu'il s'agissait d'une information privilégiée²⁷⁸¹ que seuls

²⁷⁷⁸ J. AZEMA et J.-C. GALLOUX, préc., note 396, n°1094, p. 748.

²⁷⁷⁹ QUEBEC (PROVINCE) et MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 455.

²⁷⁸⁰ *St-Romuald (Ville de) et syndicat des pompiers du Québec, section locale St-Romuald*, [1996] n°AZ-96142033 (T.A.).

²⁷⁸¹ *Id.*

les pompiers de la ville pouvaient connaître, et que cette révélation constituait un manque de loyauté envers l'employeur (à savoir la municipalité), le pompier dénonciateur a été suspendu sans solde pendant une durée de 9 mois. Contestant cette décision, le tribunal arbitral lui a donné raison. Il a considéré non seulement que l'information relative à l'état des camions n'était pas une information confidentielle, mais surtout, même si cela avait été le cas, une telle divulgation aurait été justifiée pour des raisons de santé et de sécurité publique. En outre, étant donné que le pompier s'est exprimé sans malice et qu'il n'a pas été démontré la fausseté de ses déclarations, la sanction a été annulée²⁷⁸².

En dehors de ce cas, on ne trouve quasiment aucune décision mentionnant cet article du *Code civil du Québec*. Il a été jugé par exemple que le fait de dénoncer dans la presse une pratique isolée de tirage au sort pour désigner le personnel qui sera chargé de la toilette d'un patient ne relève pas d'un intérêt public tel qu'il justifie de divulguer publiquement cette pratique²⁷⁸³ ; de même, le fait de divulguer les recettes de fabrication de produits laitiers pour obtenir une revalorisation des fonctions des employés chargés de les réaliser ne peut constituer une divulgation qui se justifie dans le cadre de l'art. 1472 C.c. Q.²⁷⁸⁴ En revanche, le fait de dénoncer des mauvais traitements (propos outrageants, violences physiques légères) à l'égard de résidents d'une maison d'accueil pour personnes âgées a été considéré comme des faits suffisamment importants, justifiant une exonération de responsabilité au titre de l'art. 1472 C.c.Q.²⁷⁸⁵. Ainsi, même si ces décisions ne s'intéressent pas directement aux conditions et au domaine d'application de cette exception au secret, on en apprend davantage sur ce dernier. Les questions de santé et de protection des personnes semblent être celles qui sont les plus susceptibles de justifier l'intervention de cet article.

789. Convergence des exigences d'alerte. Il a été précisé également quelques-unes des circonstances permettant de justifier qu'un employé puisse divulguer des informations reçues pendant son emploi, car la sécurité ou l'intérêt du public sont en jeu. Un autre tribunal arbitral a indiqué que « la dénonciation doit intervenir après que le salarié a épuisé les recours correctifs à l'interne. Le salarié doit être de bonne foi et capable de justifier son action pour des motifs

²⁷⁸² *Id.*

²⁷⁸³ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôpital Charles-LeMoyne (CSN) et Hôpital Charles-LeMoyne*, [2010] n°AZ-50649023, par. 91 (T.A.)

²⁷⁸⁴ *Danone Aliments Delisle ltée et Association des employés d'Aliments Delisle ltée*, [2001] n°AZ- 01141084 (T.A.).

²⁷⁸⁵ *Villa d'Argenteuil 1996 inc. et Union des employées et employés de service, section locale 800*, [2002] n°AZ-02141123 (T.A.) : « Cependant, si un « *secret commercial* » peut être divulgué pour des motifs liés à la santé ou à la sécurité du public, a fortiori, la dénonciation de gestes portant atteinte à la santé et à la dignité de personnes vulnérables ne peuvent constituer, en soi, une cause juste et suffisante de congédiement. »

d'intérêt public. Plus encore, les faits dénoncés doivent être exacts. »²⁷⁸⁶ Même si cette décision ne concerne pas directement les conditions d'application de l'art. 1472 C.c.Q., on retrouve là en réalité des critères que nous avons déjà observés et qui deviennent, somme toute, des plus classiques : inscription de l'action dans la défense d'un intérêt public, bonne foi, exactitude des faits dénoncés, épuisement des voies de recours internes. Ce sont des critères que l'on retrouve quasiment à l'identique dans le dispositif français d'alerte²⁷⁸⁷, laissant apparaître une convergence des régimes juridiques applicables à ce phénomène, au-delà des différences nationales. On notera toutefois que la jurisprudence civile québécoise semble un peu plus sévère avec le salarié lanceur d'alerte, puisqu'elle exige de lui que les faits soient vrais, ce que nous avons exclu en France, en raison de l'exigence de bonne foi.

790. Articulation avec l'obligation de loyauté. On peut être critique à l'égard d'une telle exigence de véracité des propos, qui semble aller au-delà de la simple bonne foi pour instaurer un seuil de moralité du lanceur d'alerte bien sévère, ne lui laissant pas le droit à l'erreur. Il devrait être possible pour ce dernier de se tromper honnêtement, car cela ne remet pas en cause son ingénuité ni la qualité de ses intentions. On doit tout de même le nuancer et l'expliquer. D'une part, il n'a pas été établi de lien explicite entre cette question de véracité et l'art. 1472 C.c.Q., qui peut alors constituer une condition surabondante dans le cadre de ce dispositif. D'autre part, la multiplication de ces critères s'explique par une volonté de tenir compte de l'obligation de loyauté à laquelle sont astreints tous les employés québécois²⁷⁸⁸. En effet, les décisions des tribunaux arbitraux font très souvent mention de la nécessité de tenir compte de ce devoir, d'une façon qui indique clairement quelle vision ils retiennent de la dénonciation et de sa légitimité : « de façon générale, il est admis que le droit à la liberté d'expression ne permet pas à un salarié de dénoncer ou de critiquer son employeur, bref, que ce droit est balisé par son obligation de loyauté »²⁷⁸⁹ ; « les auteurs et la jurisprudence arbitrale ont pondéré ce droit de dénoncer l'employeur en l'assortissant de conditions permettant de balancer l'intérêt public, l'intérêt du salarié et le droit de l'employeur de s'assurer de la loyauté du salarié »²⁷⁹⁰ ; « il est exact d'affirmer que les salariés conservent leur liberté d'expression au travail, mais à ce droit fondamental est juxtaposé leur devoir de loyauté envers l'employeur tel

²⁷⁸⁶ *Montréal (Ville de) et Fraternité des policières et policiers de Montréal inc.* [2006] n° AZ-50377310, par. 32 (T.A.).

²⁷⁸⁷ *Supra*, n°734 et suiv.

²⁷⁸⁸ Art. 2088 C.c.Q. *Supra*, n°429 et suiv.

²⁷⁸⁹ *Montréal (Ville de) et Fraternité des policières et policiers de Montréal inc.*, préc., note 2786, par. 23.

²⁷⁹⁰ *Villa d'Argenteuil 1996 inc. et Union des employées et employés de service, section locale 800*, préc., note 2785.

que le prévoit l'article 2088 du Code civil du Québec. »²⁷⁹¹ On sent à travers ces exemples une certaine réticence à laisser une plus grande place à la prise de parole des employés. Le devoir de loyauté conserve une empreinte forte sur le droit civil québécois, qui tient plus ou moins en échec les tentatives d'alerte, sauf dans les cas où il est flagrant que la santé ou la sécurité des personnes sont en jeu. Cela laisse assez peu d'hypothèses où l'on pourrait légitimer une alerte, laissant l'impression que, en dépit de l'existence d'un texte qui pourrait laisser présager un certain libéralisme à l'égard de la prise de parole, ceux qui se font lanceurs d'alerte ne connaissent pas nécessairement un sort plus enviable qu'en France.

791. Incertitudes quant au domaine d'application du cadre français. On n'en apprend pas davantage sur ce que peut constituer un intérêt général susceptible de lever le secret. Les exemples que l'on trouve en jurisprudence révèlent surtout des cas qui correspondent déjà aux exemples cités au sein même de l'art. 1472 C.c.Q. On pourrait par extension en conclure que lorsque l'art L151-8 C.com. parle de divulguer des secrets d'affaires dans l'intérêt général, cela concernera aussi la santé ou la sécurité des personnes. Mais au-delà, on ne peut pas vraiment savoir dans quel cas la jurisprudence acceptera d'appliquer un tel texte.

En outre, on peut se demander quel effet une partie des dispositions énoncées aura sur le statut de lanceur d'alerte. Ainsi, ici le problème ne tient pas à la possibilité d'articuler la divulgation du secret des affaires avec les obligations de loyauté envers l'employeur. On a vu que la jurisprudence l'admettait bien plus facilement qu'au Canada, en accordant des garanties aux salariés lanceurs d'alerte, notamment contre le licenciement, pourvu qu'ils soient de bonne foi²⁷⁹². La difficulté tient plutôt à la multiplication des dispositifs de légitimation de la divulgation de secrets, et de la nécessité de les articuler avec les dispositions de la Loi Sapin 2. On a vu que le Code de commerce lie la divulgation du secret des affaires au statut de lanceur d'alerte. Ainsi, si ce dernier révèle un secret des affaires, les deux dispositifs ne font plus qu'un. En réalité, on peut se demander si cette précision était nécessaire, dans la mesure où la définition des informations de nature à être révélée dans le cadre d'une alerte semble pouvoir inclure de toute façon le secret des affaires. Simplement, en l'absence d'infractions relativement à la révélation de ce type de secret, le fait justificatif d'alerte ne trouvera pas application. Ce recoupement entre l'alerte et la révélation du secret des affaires pourrait permettre d'anticiper les conditions dans lesquelles il sera acceptable de révéler, qui seront très probablement

²⁷⁹¹ *Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôpital Charles-LeMoyne (CSN) et Hôpital Charles-LeMoyne*, préc., note 2783, par. 81.

²⁷⁹² *Supra*, n°773.

similaires à celle retenue par la jurisprudence québécoise : importance de la défense de l'intérêt général, bonne foi et désintéressement de celui qui alerte.

À l'inverse, on peut s'interroger sur les effets que l'art. L151-8 2° C.com. pourrait avoir sur le statut légal du lanceur d'alerte. Le texte semble admettre qu'il existe une certaine marge de manœuvre, la possibilité de révéler des secrets des affaires pour dénoncer des actes illicites, alors même que les conditions posées par la Loi Sapin 2 ne sont pas réunies²⁷⁹³. La personne qui échoue à obtenir le statut de lanceur d'alerte pourrait donc toujours se rabattre sur l'autorisation conférée par le Code de commerce, pour autant qu'il s'agisse bien d'un secret des affaires. La définition large retenue de ce concept ne devrait toutefois pas représenter un obstacle majeur. Par cette tolérance, n'y aurait-il pas un risque d'affaiblir la conception du dispositif d'alerte dans la Loi Sapin 2 ? Si l'on peut se détacher aussi facilement des conditions posées en 2016 tout en échappant tout de même à l'engagement de sa responsabilité, on peut finir par se demander ce qu'il peut bien rester du statut de lanceur d'alerte que le législateur a mis tant de soin à restreindre. Une telle critique doit être néanmoins nuancée par le fait que ces interférences entre les deux lois n'auront d'effet que sur la responsabilité civile du lanceur d'alerte.

Il semble certain à présent que le statut de lanceur d'alerte décrit dans la Loi Sapin 2 a effectivement le pouvoir d'effacer la responsabilité civile du lanceur d'alerte. La question reste celle de savoir si cette capacité sera étendue dans le contexte du fait justificatif. Il existe en tout cas bien une certaine cohérence des solutions, de nature à véritablement repousser la responsabilité du lanceur d'alerte, tant sur le plan pénal, civil que disciplinaire.

792. Conclusion : couverture complète des étapes de l'alerte. À l'issue de cette étude des faits justifications et autres méthodes susceptibles de justifier la levée de la confidentialité, on remarque que tous les actes à toutes les étapes de l'alerte sont susceptibles d'être excusés. L'appréhension illégale de l'information économique peut l'être, au nom des droits de la défense en France, potentiellement de l'état de nécessité ou de la légitime défense dans les deux pays, sous réserve qu'un tel acte s'inscrive dans la situation d'urgence susceptible de faire jouer ces deux justifications. À l'étape de la divulgation de l'information elle-même, la France a fait le choix de recourir à un seul fait justificatif uniformisé, qui permet de tenir compte de la diversité des situations dans lesquelles une alerte peut survenir. On ne retrouve pas la même uniformité dans le cadre du droit canadien, qui a pour l'instant recours à une protection par

²⁷⁹³ *Supra*, n°789.

discipline, selon la nature des faits divulgués. Cette méthode se rapproche plus de celle retenue en droit français, avant l'uniformisation des dispositifs par la Loi Sapin 2, ce qui s'est avéré très salubre, dans un souci de cohérence législative. C'est aussi une bonne façon de garantir qu'à l'avenir, de nouvelles formes d'alerte pourront aussi entrer dans le cadre protecteur de la loi, même si on ne les avait pas envisagées au moment de la rédaction de la Loi Sapin 2. Peut-être conseilleraient-on au droit canadien et au droit québécois de procéder au même travail de lissage de la législation. On l'a vu, la plupart des conditions de l'alerte sont déjà en place dans des législations éparses, tant au niveau fédéral que provincial. Il s'agirait donc essentiellement d'un travail de synthèse de ces dernières au sein d'un seul et même statut.

793. Conclusion : vision uniforme des conditions de l'alerte. L'étude des différentes conditions de l'alerte, mais aussi la confrontation de cet acte à des faits justificatifs plus classiques ont aussi permis de dégager une vision globale et partagée de l'alerte, en tant qu'acte tranchant le conflit entre confidentialité et liberté d'expression. Le lanceur d'alerte est une personne physique, agissant de bonne foi qui doit s'employer à défendre l'intérêt général. Son action, si elle ne s'inscrit pas nécessairement dans l'urgence, tend à s'ancrer dans une situation suffisamment grave pour justifier de lever la confidentialité. Se faisant, ce dernier doit aussi veiller à tenir compte des impératifs liés au secret de l'information et à ses éventuelles obligations à l'égard de son employeur, pour ne pas verser dans une inquiétude excessive, qui ne pourrait plus justifier son action. Il devrait donc soigneusement peser le pour et le contre avant d'agir, ce qui lui permettrait de reste, autant que possible dans le cadre d'une action raisonnable et éthique.

Conclusion du Titre 1

794. Le lanceur d'alerte en tant qu'arbitre du conflit. Bien qu'il existe autant de fondements appuyant la protection de l'information économique que de raisons de la rendre accessible au public, une telle situation de conflits ne peut rester irrésolue, surtout si la divulgation a comme effet collatéral de nuire à la réputation de la personne morale liée au secret dévoilé. Il est nécessaire de trancher et le lanceur d'alerte se retrouve souvent aux avant-postes de la décision sur la question. Le choix impose nécessairement de sacrifier l'une ou l'autre des valeurs en conflit. Si la personne décide de garder le secret, alors il ne sera pas mis fin à la préoccupation qu'elle a perçue, en tout cas pas immédiatement. Au contraire, si elle considère qu'il est préférable de dénoncer, le secret est abandonné, ce qui peut provoquer non seulement de lourdes pertes pour la personne morale, selon la nature de l'information dévoilée, mais aussi nuire à la réputation de ses dirigeants ou plus directement la sienne. Le choix n'est donc jamais anodin, sans pour autant dire qu'il est toujours difficile. Certaines situations, les plus graves, autoriseront plus facilement à renoncer au secret que d'autres, par exemple si un danger clair et imminent pour la santé humaine est en jeu. Un accident nucléaire, susceptible de créer des rejets radioactifs, devrait atteindre les seuils de gravité et d'imminence justifiant la plupart du temps de renoncer à quelques secrets économiques. Une telle hiérarchisation ne ressort pas nécessairement de façon explicite des textes de loi, mais l'agencement du *Code pénal*²⁷⁹⁴, la nature des peines associées à ces atteintes, tant en France qu'au Canada, et l'essence même de ces valeurs les rendent sans conteste prééminentes. Bien évidemment, ces hypothèses sont loin d'être les plus fréquentes. Les valeurs en jeu ne sont pas forcément toujours aussi tranchées et il peut être beaucoup plus difficile de les départager²⁷⁹⁵. On se situe le plus souvent à la limite, sur un fil entre secret et communication.

795. Assistance à l'arbitrage. Fort heureusement, le lanceur d'alerte n'est pas laissé tout à fait seul face à sa prise de décision. Le législateur a déjà résolu lui-même la question dans certaines circonstances précises : c'est le cas lorsqu'il s'agit de nécessité, de légitime défense d'autrui, quand les conditions de l'alerte sont remplies ou, enfin, lorsque des lois civiles autorisent à lever la protection de secrets spécifiques. La jurisprudence s'est également saisie de la question de l'alerte sous diverses formes, en s'inspirant et en renouvelant l'interprétation de certaines dispositions, dans un travail d'interprétation assez remarquable. C'est le cas du

²⁷⁹⁴ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°92, p. 35.

²⁷⁹⁵ *Id.*, n°98, p. 36.

mouvement des justifications par les droits fondamentaux en droit français, ou encore du travail d'interprétation de la notion d'alerte par les tribunaux arbitraux québécois. Même si cette liste de circonstances dans lesquelles il serait légitime d'abandonner la protection de la vie privée a évolué avec le temps, l'idée reste la même : les intérêts publics à l'information devraient justifier une atteinte à la vie privée. Cette dernière est alors définie en contemplation d'autres droits contradictoires. Cette approche tend à empêcher de faire verser la notion dans un individualisme exacerbé, où les besoins de chacun primeraient sur d'autres intérêts tout aussi importants, particulièrement l'information du public. Cette dernière tient une place d'honneur et reste la motivation première du lanceur d'alerte.

On remarque en tout cas que c'est bien toujours du secret vers la liberté d'expression que s'articule le débat. La question ne se pose jamais dans le sens de savoir quand la liberté d'expression est encadrée par le secret, mais plutôt quand est-ce que le secret doit céder la place à l'expression. On retrouve bien là l'idée exprimée tout au début de ce titre : tels la boîte de Pandore, ou le génie dans sa lampe, une fois que le secret est éventé, il est quasiment impossible de le renfermer. Ceci peut expliquer l'abondance du recours aux exceptions au maintien du secret par le législateur ou le juge.

796. Apports de la diffamation et des justifications législatives. La diffamation et les faits justificatifs étudiés ont permis d'affiner la compréhension du phonème de l'alerte. Il en ressort :

- L'importance de maintenir un double niveau de protection des lanceurs d'alerte, tant au stade de la préparation des éléments de preuve appuyant l'alerte, de la prise de parole que contre les conséquences néfastes de sa prise de parole
- L'importance des motivations du lanceur d'alerte qui justifient notamment la possibilité de se prévaloir de certains faits justificatifs. En dépend la résolution concrète du conflit. Elle doit être éclairée par des considérations comme la santé humaine, la sécurité individuelle, ou la protection de l'environnement, lesquelles éclairent le contexte de l'alerte et son importance dans l'accès à l'information pour le public. Dans ce cadre, c'est donc le défendeur à l'action qui détermine les valeurs qu'il souhaite défendre²⁷⁹⁶ en opposition à la confidentialité de l'information économique. D'une certaine manière, il dicte une des faces des termes du conflit qui

²⁷⁹⁶ *Id.*, n°96, p. 35.

s'orchestre. Il devient alors tout à fait cohérent de faire aussi peser sur ces épaules la charge de prouver la légitimité de son action.

- La seule atteinte à un intérêt concurrent, comme la confidentialité, ne suffit plus en soi à justifier un recul de la liberté d'expression²⁷⁹⁷. Il semble encore plus nécessaire de tenir compte également du poids de chaque intérêt. À ce jeu, même si la protection de la réputation est certainement un enjeu central complémentaire à la confidentialité, la liberté d'expression s'en trouve alourdie, parce qu'elle ne se contente pas de garantir l'expression libre. Ses ramifications sont plus étendues et au-delà d'elle, il y a d'autres intérêts fondamentaux dont la protection peut être assurée grâce à une expression libre.
- On a aussi confirmé la place prépondérante de la bonne foi du lanceur d'alerte, tant dans la constitution de la diffamation que dans les justifications à la divulgation. On n'exige pas de celui-ci d'être certain de ce qu'il avance et de faire preuve de l'abnégation la plus totale face à l'alerte, mais seulement et simplement d'être de bonne foi. Le degré exigé est donc moins élevé que celui de la certitude absolue, qui est de toute façon bien difficile à atteindre. Cela signifie que le législateur semble admettre un certain degré d'erreur dans la démarche du lanceur d'alerte²⁷⁹⁸, qu'il peut avoir mal interprété les signaux qu'il pensait avoir perçus. *A contrario*, cela signifie aussi que si le lanceur d'alerte agit dans le but de nuire à autrui²⁷⁹⁹, alors il ne pourra bénéficier d'aucune excuse, justification ou protection. Cela exclut du bénéfice du couvert de l'alerte celui ou celle qui cherche vengeance, celui ou celle qui cherche à évincer un concurrent, celui ou celle qui souhaite en retirer un statut plus avantageux, celui ou celle qui agit en sous-main pour un concurrent, celui ou celle qui n'est motivé que par l'appât du gain.

797. L'alerte, au cœur de la liberté d'expression. Enfin, l'étude de la diffamation et le fait d'y rattacher l'alerte pouvaient laisser entrevoir un paradoxe, puisque cela semblait éloigner cette dernière de la liberté d'expression, en en faisant un acte prohibé. En réalité, l'interprétation stricte de la diffamation et des limites internes qui lui sont attribuées permet de donner une vraie place à la liberté de parole, même sous forme d'alerte. C'est bien parce que la diffamation tient compte de la bonne foi et de la vérité des propos que l'alerte peut bénéficier

²⁷⁹⁷ G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité*, préc., note 1343, n°66, p. 89.

²⁷⁹⁸ M.-A. HERMITTE, préc., note 57 à la page 143.

²⁷⁹⁹ *Id.*

d'autres qualifications qui la ramènent dans le contexte d'une véritable liberté, au cœur de l'expression protégée, tel que les fondements de cette liberté le laissent l'envisager.

La diffamation tel qu'elle ressort de l'étude comparée et la multiplication des faits justificatifs applicables à l'alerte confirment la place importante laissée à la liberté d'expression par le législateur, particulièrement en France, où celle-ci va même jusqu'à justifier une remise en cause – certes à la marge, mais bien réelle – de l'universalisme de la responsabilité civile²⁸⁰⁰, afin de garantir son effectivité. On ne peut pas dire que la situation du lanceur d'alerte soit négligée par le législateur, sans pour autant que l'intervention de ce dernier soit parfaite. Une certaine marge d'amélioration existe, mais les bases sont bien là.

798. Relais par l'intervention judiciaire. Pour autant, la protection du lanceur d'alerte que nous avons étudié n'est pas complète. Qu'en est-il des hypothèses où le lanceur d'alerte ne bénéficie pas d'un texte correspondant à la situation dans laquelle il prend la parole ? Qu'en est-il de celles où il ne peut prétendre être considéré légalement comme un lanceur d'alerte, faute de ne pas avoir pu respecter les procédures imposées pour pouvoir faire ses déclarations ? Doit-on se contenter d'une fin de non-recevoir et laisser le lanceur d'alerte assumer seul sa prise de position ? On ne peut pas s'empêcher de penser que ce ne serait pas la juste solution. Des sociétés démocratiques comme la France ou le Canada se doivent de considérer ces situations et de ne pas abandonner ceux qui ont agi dans un esprit d'abnégation et dans le souci du bien commun. Dans ces cas, c'est davantage vers le juge que l'on se tourne pour résoudre la question. Débarrassée des contraintes liées à l'application d'un texte législatif, la résolution du conflit prend une tournure différente. Moins un choix que la recherche d'un compromis, l'appréhension de la situation du lanceur d'alerte prend une tournure un peu différente, dans la mesure où l'approche du problème, et plus généralement des conflits de droits, semble avoir changé chez les juges. Les récentes évolutions jurisprudentielles sur la question semblent orienter la question non plus vers un choix définitif à la faveur d'un des deux termes du conflit.

²⁸⁰⁰ E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, préc., note 2033, n°20, p. 18.

Titre 2

La résolution par la conciliation des intérêts en conflit

799. Insuffisance des apports législatifs. Le législateur propose déjà des méthodes pour résoudre le conflit existant entre confidentialité et la liberté d'expression, à travers le personnage du lanceur d'alerte. Ce dernier se retrouve le plus souvent pris entre ces deux injonctions antagonistes et son choix de parler ou de se taire signifiera par la même occasion que l'une des deux valeurs l'emporte sur l'autre. Certains arbitrages existent pour aider le lanceur d'alerte dans ses démarches, mais le législateur ne peut anticiper toutes les hypothèses. Soit parce qu'il en fait le choix explicite, soit parce que les erreurs et maladroites rédactionnelles laissent dans certaines situations notre acteur principal dénué de toute solution satisfaisante, de toute aide pour guider son intervention. À ce moment-là, le juge peut prendre le relais.

800. Distinction du travail d'interprétation des textes. Les juges interviendront donc le plus souvent dans le silence ou l'imperfection de la loi. Mais la démarche est bien différente de celle qui précède, où il tenait aussi un rôle important, plutôt en tant qu'interprète des dispositions législatives. Ici, on se trouverait *a priori* face à des situations qui ne sont justement pas encadrées par la loi, ou bien qui n'ont pas déjà été régulées de façon prétorienne. Il y a donc une carence, qui n'aide pas nécessairement les juges à la prise de décision. Dans ce cas, il leur faudra trouver ailleurs les ressources leur permettant d'apporter la solution juridique attendue des justiciables.

801. Changement de cadre d'analyse. Pourquoi alors ne pas se tourner vers les grands principes en jeu dans le litige soumis à l'analyse ? Pour contourner le problème de l'absence de texte, les juges ont, et de plus en plus souvent en France, recours à une mise en balance des droits fondamentaux. Le litige est qualifié juridiquement en termes de droits et libertés, ce qui permettra alors de les mettre en balance, selon une méthode bien maîtrisée au Canada, et qui a tendance à se généraliser en France, sous l'influence grandissante de la Cour européenne des droits de l'Homme. On change donc d'échelle d'analyse, en faisant référence à des principes plus généraux et pourtant sous-jacents à la loi, à la recherche d'une solution au conflit. D'ailleurs, c'est pour cela qu'il était si important de lire la question de la protection de l'information économique sous l'angle des droits et libertés, principes suffisamment généraux

pour en permettre une appréciation dans n'importe quelle circonstance, en présence ou en l'absence de texte relatif au conflit.

802. Influence de la tradition de *common law*. Au jeu de la mise en balance des intérêts, nous pourrions observer que le droit canadien prendra une place plus prégnante que dans le titre précédent. En effet, nous avons observé précédemment que l'intervention législative était un peu plus appuyée en France, dans une volonté de généralisation, de cohésion de la reconnaissance et de la protection des lanceurs d'alerte, tandis que le droit canadien paraissait plutôt en retrait. Il ne faut pas forcément y voir un manque de volonté politique ou d'intérêt pour le sujet, mais simplement l'influence de la tradition de *common law*. Dans une sorte de philosophie selon laquelle les problèmes doivent trouver une solution au fur et à mesure qu'il se présente, la *common law* ne fonctionne pas nécessairement par esprit de système, comme c'est le cas dans la tradition écrite française. Le juge y est une source prépondérante du droit et l'on fait généralement confiance à ces analyses pour établir le droit positif. Beaucoup des solutions aux problèmes posées par la mise en balance des intérêts et au sort réservé aux lanceurs d'alerte sont proposées par les juges. Ce n'est donc pas que le sort des lanceurs d'alerte laisse indifférente, simplement la façon d'organiser leur prise en compte juridique ne passe pas forcément par l'édiction d'un texte.

803. Changement d'échelle des sources de la résolution du conflit. La question de la résolution des conflits par la mise en balance des intérêts est incontournable et un apport indispensable à la compréhension d'un tel conflit entourant l'information économique et par ricochet, l'intervention du lanceur d'alerte. Toutefois, elle suppose de se référer aux droits fondamentaux et aux outils les consacrant, c'est-à-dire les grandes déclarations de droits. Au Canada, les juges font appel à la Charte canadienne ou à la Charte québécoise dans la Belle province, qui constituent le cadre d'analyse privilégié de la mise en balance des intérêts dans le cadre d'un conflit de droits. En France, la Constitution est certes un outil indispensable, mais ce n'est pas dans ce cadre que se travaille la résolution des conflits de droits relatifs à un litige impliquant deux personnes privées. Ce domaine est celui de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, les décisions du Conseil constitutionnel ont leur intérêt dans l'analyse abstraite des droits fondamentaux, leurs développements, comme nous l'avons précédemment, s'agissant notamment du droit à la liberté de conscience. Mais il n'a pas la charge d'arbitrer les conflits privés. Au contraire, la CEDH, chargée de l'analyse de la Convention européenne et de la préservation de son interprétation, est passée reine dans cet exercice de résolution des conflits de droits. En outre, cette convention est le cadre naturel dans

lequel ces derniers peuvent se résoudre, grâce à son applicabilité directe en droit interne. En revanche, le Conseil constitutionnel est chargé du contrôle de la constitutionnalité des lois²⁸⁰¹, ce qui inclut bien évidemment un contrôle à l'égard de la DDHC également. Mais ce type de contrôle reste avant tout une remise en cause de la qualité des lois, question qui ne naît pas forcément à l'occasion d'un conflit de droits. Enfin, lorsque la Cour de cassation a repris à son compte les méthodes de la Cour de Strasbourg, elle fait majoritairement, si ce n'est uniquement, référence aux articles de cette convention internationale. Aussi, c'est dans le cadre de la mise en balance proposée par la Cour européenne et de sa transposition en interne que nous étudierons le conflit créé entre confidentialité et liberté d'expression. Dans les deux pays, la première étape de la résolution du conflit consiste donc à se tourner vers des sources supra-législatives, vers des déclarations de droits à vocation universaliste.

804. Changement de méthode analytique : vers « l'optimisation des droits ». Le fait que les juges relaient le législateur pour proposer une solution au conflit, même en l'absence d'intervention de ce dernier, a aussi une autre conséquence, qui se fait particulièrement ressentir à l'égard de la liberté d'expression en France. Là encore, le droit comparé permet de révéler à quel point le juge français s'est imprégné des méthodes analytiques anglo-saxonnes. Le problème ici tient au fait que, par nature, on ne peut pas être renseigné sur les choix prédéterminés qu'aurait faits le législateur dans un contexte donné, comme nous avons pu le constater précédemment. Le constat selon lequel il y aurait plutôt un effort de protection de l'information économique et de sa confidentialité n'a plus lieu d'être ici. On se retrouve bien dans l'obligation de se tourner vers les grands principes sous-jacents à la question du sort réservé à cette information et au lanceur d'alerte qui s'en empare : la confidentialité et la libre expression de celle-ci. Or, là où le législateur pouvait effectuer un choix politique en faveur de l'un ou de l'autre de ses impératifs, le juge ne peut pas nécessairement le faire à sa place. Il semble donc impossible de pouvoir résoudre *a priori* le conflit, surtout lorsque l'on est face à des valeurs qu'on a du mal à hiérarchiser, comme c'est le cas de la liberté d'expression et de la confidentialité. Dans ce cas, les juges vont résoudre le conflit selon un modèle qui a été explicité par le professeur Tremblay, comme étant celui de « l'optimisation des droits »²⁸⁰².

Dans ce modèle de justice constitutionnelle, on ne peut pas établir de primauté des droits fondamentaux sur les impératifs publics défendus légalement et justifiant de renoncer à la

²⁸⁰¹ Pascale DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 5e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019, n°308, p. 277.

²⁸⁰² L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 441 et suiv.

protection de ceux-là²⁸⁰³. Il n'est pas question de dire que l'impératif de la protection de l'innovation technologique représentée par l'information économique est suffisamment urgent pour justifier de renoncer à sa libre utilisation, justifiant de mettre en place des régimes de propriété intellectuelle et de réservation par le secret, au détriment de la libre création. Ici, « toutes les valeurs constitutionnelles concurrentes ont le même statut dans l'ordre constitutionnel. (...) Les droits ne possèdent donc aucune force spéciale par rapport aux autres valeurs. Les valeurs en conflit doivent donc être *optimisées*. »²⁸⁰⁴ Ceci peut d'autant mieux se comprendre que, comme on l'a dit, le juge n'a pas la charge de remplacer le législateur dans la définition des valeurs qu'une société entend défendre et promouvoir. Ce sont des choix sociétaux, qu'il revient à la représentation nationale d'opérer. N'étant pas en mesure de la faire, la juge se doit de conserver une certaine neutralité à l'égard de ses valeurs, ce qui le contraint alors à se tourner vers cette optimisation des valeurs, placées toutes au même niveau. Ce choix du recours à l'optimisation des valeurs est aussi connu en Europe et en France à travers la mise en balance des intérêts : là aussi, dans l'impossibilité de hiérarchiser les droits en conflit, on va chercher à optimiser leur réalisation.

Il va sans dire que cette modification du cadre d'analyse va de pair avec une mutation de la façon dont se résout le conflit. Le rapport entre confidentialité et liberté d'expression n'est pas forcément le même que celui constaté dans le titre précédent et la logique de justification que l'on a constaté précédemment a tendance à s'effacer, au profit de mise en balance, de cette optimisation. L'influence de la Cour européenne est particulièrement sensible en France à ce sujet et l'on constatera par la comparaison, que l'analyse adoptée n'est pas si éloignée de celle développée au Canada.

805. Prélude à la résolution. Toutefois, avant d'entrer dans le détail de cette analyse optimisée, cette résolution du conflit sous l'angle des droits fondamentaux n'est pas sans poser certaines difficultés, qui ne sont pas tout à fait les mêmes dans les deux pays. D'une part, l'impossibilité de pouvoir s'en remettre à un choix politique prédéfini en faveur de l'une ou l'autre des valeurs conduit à devoir systématiquement arbitrer entre elles. Or, le contentieux relatif à un conflit opposant confidentialité et liberté d'expression est pléthorique. La masse est telle, qu'il pourrait être tentant de vouloir le résoudre d'emblée, en tentant d'établir une hiérarchie entre les deux droits. Cela simplifierait le traitement judiciaire de la question quitte à le faire par catégorie de conflits, par exemple, celui opposant l'intimité des célébrités et la

²⁸⁰³ *Id.*, 441 et 442.

²⁸⁰⁴ *Id.*, 442.

presse à scandale ou encore l'alerte sur des pratiques d'évasion fiscale et la protection du secret bancaire. Cela suppose de vérifier si de telles solutions peuvent se dégager dans le cadre des interprétations données des chartes et conventions. Si un tel rapport hiérarchique est possible, alors la mise en balance n'a plus lieu d'être.

D'autre part, la définition du conflit qui nous occupe dans un cadre purement privé peut interroger sur la pertinence de recourir aux chartes et conventions mentionnées – la Charte canadienne, la Charte québécoise et la Convention européenne – dans la mesure où ces dernières sont plutôt traditionnellement associées à l'encadrement des pouvoirs de l'État. Or, ce dernier n'est pas nécessairement impliqué dans le conflit opposant le lanceur d'alerte à son employeur, autour du sort de l'information économique. Là encore, traiter le sujet par la mise en balance des droits fondamentaux serait nul et non avenu.

Fort heureusement, ces deux questions sont toutes résolues de façon à permettre une telle analyse du sujet. C'est l'occasion de s'assurer qu'il n'existe véritablement pas de hiérarchisation entre le droit à la confidentialité et la liberté d'expression, postulat sans lequel une résolution optimisée n'a plus lieu d'être. La comparaison des deux systèmes de contrôle est, par ailleurs, riche d'enseignements, dans la mesure où elle va aussi potentiellement jouer sur la mise en balance elle-même. (chapitre 1). Ce n'est donc qu'après cette étude que nous pourrons entrer dans le vif du sujet, celui de la mécanique de la mise en balance judiciaire dans le cadre d'un conflit bien identifié entre confidentialité et liberté d'expression (chapitre 2)

Chapitre 1

Les conditions préalables à l'optimisation judiciaire des intérêts

806. Divergences et complémentarités des solutions propres à chaque charte. La Charte canadienne adoptée en 1982 constitue une base essentielle du raisonnement juridique dans ce pays. Les juges se sont pleinement et entièrement approprié ce texte, pour enrichir le raisonnement juridique. D'une certaine façon, le droit canadien a aussi connu une fondamentalisation de la réflexion et de la résolution des problèmes juridiques, tout comme en France avec l'avènement de la Convention européenne, d'autant plus que celle-ci bénéficie d'une applicabilité directe²⁸⁰⁵ en droit interne. Si l'usage de ces conventions est tout à fait naturel dans chacun de ces pays, il n'est pas sans poser des difficultés, qui ne sont pas exactement les mêmes. Les processus d'adoption de ces deux instruments supralégislatifs expliquent en partie les divergences dans les problèmes d'applicabilité de chacune des deux déclarations de droit. Mais le constat selon lequel les deux outils ne sont pas confrontés aux mêmes difficultés d'applicabilité n'est pas un obstacle à leur comparaison. Bien au contraire, ces divergences représentent une aide potentielle, la possibilité de découvrir des solutions originales trouvées dans l'autre système juridique. Ainsi, les solutions proposées dans le cadre de l'un peuvent nourrir la réflexion dans l'autre et inversement.

807. Double questionnement : hiérarchisation des droits. Face à la question de la protection de l'information économique et de l'intervention du lanceur d'alerte qu'elle implique, deux séries de questions peuvent survenir et l'applicabilité des Chartes dépend des solutions proposées à chacune d'entre elles. D'abord, si l'on parle d'un conflit entre deux droits fondamentaux et de la résolution de ce dernier, on pourrait se demander si l'un pourrait apparaître plus important, plus urgent que l'autre. Bref, il s'agit ici de se demander si une hiérarchisation est possible entre les deux droits objets du conflit qui nous occupe, à savoir le droit à la confidentialité des personnes morales, en filiation directe avec le droit à la vie privée, et le droit à la liberté d'expression, dont l'exercice effectif se met au service de la défense d'un intérêt plus général. En effet, si l'on parvient à établir une hiérarchisation entre ces deux droits, alors la confrontation tourne court. Le droit considéré comme le plus important l'emportera systématiquement sur l'autre et la question de leur mise en balance devient caduque. Cette dernière n'a d'intérêt que dans la mesure où l'on est confronté à deux valeurs ayant le même

²⁸⁰⁵ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°528, p. 463 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°117, p. 179.

poids. Les plateaux de la balance étant parfaitement équilibrés, il faut alors s'en remettre à d'autres arguments ou critères pour les départager. Ainsi, les démarches de hiérarchisation des droits et de mise en balance peuvent apparaître comme alternative²⁸⁰⁶ : si l'on peut recourir à une hiérarchisation, nul besoin de mettre en balance. La présence d'un dernier chapitre consacré à la mise en balance effective entre vie privée et liberté d'expression nous informe déjà que cette tentative de contourner le problème de leur confrontation par une hiérarchisation est en réalité un échec (1).

808. Double questionnement : conflits purement privés. La seconde question posée par l'applicabilité des conventions de droits concerne l'applicabilité de celles-ci à des conflits purement privés. En effet, lorsque l'on étudie le conflit opposant confidentialité et liberté d'expression dans le cadre de l'évaluation du sort réservé à l'information économique, on s'aperçoit que seuls des acteurs privés interviennent dans le conflit. D'un côté, la personne morale dont les informations sont convoitées est, dans le contexte que nous avons établi dès le début de cette thèse, un acteur de droit privé. Quant au lanceur d'alerte responsable de la divulgation de la même information économique, il s'agit d'une personne physique agissant dans le cadre de ses fonctions au sein de cette même personne morale de droit privé, acteur privé par essence. Le fait que nous ayons en outre inscrit son intervention dans le cadre de son emploi privé repousse encore un peu plus loin l'implication d'une façon ou d'une autre de l'État ou de ses représentants. Il n'a pas été question de régler le sort des fonctionnaires, dont les activités sont d'ailleurs souvent liées à des obligations de dénonciation, hypothèse que nous souhaitons dissocier d'emblée de la situation du lanceur d'alerte. Ainsi, l'État et toutes ses émanations sont tenus à distance du conflit qui nous occupe, ce qui n'est pas sans représenter certaines difficultés pour appliquer les conventions de droit qui nous occupent, particulièrement la Charte canadienne. Nous reviendrons donc sur les conditions d'applicabilité de cette dernière, qui diffèrent sensiblement des choix opérés concernant la Convention européenne (2).

1 La neutralisation de la hiérarchie des normes

809. Tentative de hiérarchisation. La première question qui doit être posée lorsque l'on se penche sur un conflit de droits fondamentaux tel que celui qui nous occupe est celle de savoir s'il est possible d'établir une hiérarchie dans les deux droits impliqués. Si cela était le cas, alors la résolution tournerait court. Le conflit se réglerait systématiquement en faveur du

²⁸⁰⁶ Peggy DUCOULOMBIER, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans Laurence POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens : Dixièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet ; [les 18 et 19 décembre 2009 ; Metz]*, coll. Collection Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 319 à la page 320.

droit prédominant, celui jugé le plus important ou encore celui bénéficiant des plus importantes garanties. Deux manières permettent de procéder à une telle hiérarchisation.

810. Hiérarchisation par les sources. D'abord, on peut considérer les sources de la protection de chacun des droits en conflit. Dans une conception kelsénienne de la hiérarchie des normes qui organise ces dernières selon une configuration pyramidale²⁸⁰⁷, on impose des rapports de conformité et de validation de la norme inférieure à la norme supérieure. Kelsen avait considéré l'éventualité de conflits entre normes de degrés différents²⁸⁰⁸, malgré l'instauration de sa hiérarchie, plaçant les normes fondamentales et constitutionnelles au sommet de sa pyramide. Ainsi, si une situation juridique se justifie par l'existence d'une norme qui est contraire à celle qui lui est supérieure, celle-ci doit être invalidée²⁸⁰⁹ ou écartée du règlement du litige²⁸¹⁰, le conflit ne peut demeurer, car il « [détruit] l'unité de ce système de normes en rendant impossible de le décrire par un corps de propositions de droit exemptes de contradictions mutuelles »²⁸¹¹.

Dans le cas qui nous occupe, cela voudrait dire qu'il faudrait pouvoir identifier deux sources de deux degrés différents, l'une consacrant le droit à la vie privée à la source de la confidentialité, l'autre la liberté d'expression. Or, nous avons vu dans les chapitres qui précèdent²⁸¹² que ces deux droits antagonistes bénéficiaient du même degré de protection. Au Canada, ils ont compris tous deux dans la Charte canadienne, ce qui confère à chacun une valeur supralégislative, confirmant leur importance et leur prééminente dans l'ordonnement juridique. En France, on a pu constater que ces deux droits étaient également consacrés non seulement au sein de la DDHC, à valeur constitutionnelle, mais aussi au sein de la Convention européenne. Dans ce pays également, ces deux droits disposent d'une égale considération et on se situe dans la strate supralégislative de la hiérarchisation des normes. Aucun doute, il est impossible d'établir une hiérarchisation purement formelle de la vie privée et liberté d'expression, qui serait basée sur la seule considération de la source de leur protection respective. On se situe dans les deux pays à un degré identique dans la hiérarchie des normes.

811. Hiérarchisation par les valeurs. Face à l'échec de la hiérarchisation par les sources, on pourrait imaginer d'en établir une plus matérielle, basée sur une appréciation interne

²⁸⁰⁷ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, coll. Collection Philosophie du droit, n°7, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

²⁸⁰⁸ *Id.*, p. 360.

²⁸⁰⁹ P. DEUMIER, préc., note 2801, n°310, p. 280.

²⁸¹⁰ *Id.*, n°328, p. 297.

²⁸¹¹ H. Kelsen, préc., note 2807, p. 367.

²⁸¹² *Supra*, n°358, 359 et 508 et suiv.

aux droits fondamentaux. En effet, si l'on parvient à établir une hiérarchie au sein même de ces derniers et que l'un peut céder face à l'autre, alors leur confrontation est également simplifiée : le droit le plus important l'emporte systématiquement sur le moindre²⁸¹³. La hiérarchisation s'effectuerait alors au regard des valeurs²⁸¹⁴ inhérentes à chacun de ses droits et serait basée sur la possibilité de les classer selon leur importance, en établissant un rapport de primordialité. Une telle hiérarchisation des droits fondamentaux entre eux induirait de ne pas leur accorder à tous le même régime. Cela suppose de vérifier au préalable qu'une telle hiérarchisation est possible (1.1). Toutefois, force est de constater qu'une telle démarche ne permet pas pour autant de procéder à une distinction du droit à la vie privée et de la liberté d'expression, les plaçant inéluctablement sur un pied d'égalité (1.2). Il ne sera donc pas possible d'esquiver l'étape de leur mise en balance concrète.

1.1 La possibilité théorique d'une hiérarchisation des droits fondamentaux

812. Matérialisation d'une hiérarchie. La hiérarchisation des droits fondamentaux est une démarche en réalité assez commune, que l'on retrouve au sein de plusieurs instruments internationaux²⁸¹⁵. Par exemple, le droit à la vie fait l'objet d'un traitement à part, que ce soit au sein de la Convention européenne²⁸¹⁶, que par le PIDCP²⁸¹⁷. Ce dernier appartient à ce qu'on appelle les droits de première génération²⁸¹⁸, consacrés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale. Pour autant, il ne faut pas y voir un critère lié au développement historique de la consécration des droits fondamentaux²⁸¹⁹. D'une part, certains droits dits de première génération ne font pas nécessairement l'objet d'un régime particulier. C'est le cas de la liberté d'expression qui, malgré l'ancienneté de sa reconnaissance, particulièrement en France²⁸²⁰, n'appartient pas à ce « noyau dur »²⁸²¹ des droits fondamentaux. D'autre part, cette hiérarchisation tient à des critères textuels bien identifiés qui permettent de limiter la portée de ce noyau dur à un nombre très restreint de droits fondamentaux (1.1.1).

²⁸¹³ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 aux pages 326 et 327.

²⁸¹⁴ Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, coll. La Librairie du XXe siècle, Paris, Editions du Seuil, 1994, p. 177 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°127, p. 196.

²⁸¹⁵ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°126, p. 194-195.

²⁸¹⁶ Art. 15§2 de la Convention européenne.

²⁸¹⁷ Art 4§2 PIDCP.

²⁸¹⁸ Dominique BREILLAT, « La hiérarchie des droits de l'homme », dans *Mélanges Philippe Ardat. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 353 à la page 353.

²⁸¹⁹ *Id.*

²⁸²⁰ Art. 11 DDHC. Voir *supra*, n°508.

²⁸²¹ D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 368 ; P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 328 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°127, p. 195 ; Frédéric SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 381 à la page 381.

On trouve la trace de ces critères d'identification au sein de la Charte canadienne également. La comparaison consistera ici à partir du raisonnement mené sur la base de la Convention européenne visant à hiérarchiser les droits fondamentaux, pour vérifier s'il est susceptible d'être transposé en droit constitutionnel canadien, pour lui faire produire les mêmes effets. Le constat est néanmoins sans appel : il n'existe pas de hiérarchie des droits au sein même de la Charte canadienne (1.1.2).

1.1.1 Les critères formels de la hiérarchisation

813. Double critère. La hiérarchisation des droits à l'étude ici ne s'intéresse pas au débat qui peut exister quant à la possibilité de différencier droits de première génération et droits de deuxième génération²⁸²². C'est un autre débat qui ne concerne pas notre étude, puisque nous avons choisi de cristalliser le débat autour du droit à la confidentialité et de la liberté d'expression. Ceux-ci appartiennent tous deux sans aucun doute à la première génération, ce qui ne rend pas la question de la possibilité de les hiérarchiser plus aisée à résoudre.

La hiérarchisation des droits au sein de la Convention européenne a été rendue possible par l'identification de critères, permettant de distinguer les droits dits intangibles²⁸²³, considérés comme supérieurs à la catégorie des droits conditionnels²⁸²⁴. Les premiers seraient plus primordiaux dans la mesure où ils ne peuvent souffrir aucune forme d'altération dans leur effectivité²⁸²⁵, tandis que les seconds seraient susceptibles d'une application à géométrie variable du fait des dérogations qui peuvent y être apportées²⁸²⁶. De cette différence, on en déduit classiquement que les premiers seraient plus essentiels que les seconds. Un conflit entre un droit appartenant à la première catégorie et un autre appartenant à la seconde devrait se résoudre systématiquement à la faveur du premier. Il nous appartient désormais de vérifier si un raisonnement analogue peut se tenir en droit canadien et s'il permet de conduire à une hiérarchisation des droits.

Cette rhétorique est rendue possible grâce à deux critères : une clause extrinsèque générale, créant un régime d'exception à l'effectivité des droits (1.1.1.1), et une clause intrinsèque, nuanciant l'application des droits fondamentaux selon les circonstances (1.1.1.2).

²⁸²² P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 aux pages 322 et 323.

²⁸²³ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°196, p. 100 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°129, p. 198.

²⁸²⁴ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 328 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°129, p. 198 ; Frédéric SUDRE, « Convention européenne des droits de l'Homme – caractères généraux », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 6500, n°33.

²⁸²⁵ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821 à la page 382.

²⁸²⁶ *Id.*

1.1.1.1 La clause dérogatoire extrinsèque

814. Exceptions à la clause dérogatoire. Dans le cadre de la Convention européenne, l'argument principal employé pour distinguer les droits intangibles et les droits conditionnels tient à son art. 15. Ce dernier prévoit une clause dérogatoire, autorisant les États signataires à suspendre leurs obligations découlant de cette convention dans un contexte de guerre ou de danger public menaçant la Nation, à condition que cela apparaisse comme véritablement nécessaire. Or, à la suite de cette clause dérogatoire, l'alinéa 2 précise des exceptions à celle-ci, par une liste de droits auxquels on ne peut pas renoncer même en situation d'urgence²⁸²⁷. L'exception à l'exception renvoyant à une situation d'application normale, cela signifie que ces droits ne seront jamais susceptibles d'être infléchis dans leur effectivité. Les États se doivent de les garantir, quelles que soient les circonstances. Les droits concernés par une telle intangibilité sont au nombre de 4²⁸²⁸ : le droit à la vie²⁸²⁹, l'interdiction de la torture²⁸³⁰, l'interdiction du travail forcé et de l'esclavage²⁸³¹, le respect du principe de légalité²⁸³². Il faut ajouter à cette liste le principe *ne bis in idem*²⁸³³, qui n'a pas pu être intégré dès 1950 au noyau dur des droits fondamentaux, car il a été proclamé à l'occasion de la rédaction d'un protocole additionnel ultérieur²⁸³⁴. L'article le reconnaissant précise bien que « aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention »²⁸³⁵, ce qui en fait bien lui aussi un droit intangible. Sans aucun doute, ces droits, qui constituent ce fameux noyau dur, bénéficient d'un traitement particulier en raison de la très haute valeur qui y est associée : la protection de l'intégrité physique et morale des personnes²⁸³⁶. C'est une sorte de garantie universelle de la dignité²⁸³⁷, partagée par d'autres conventions internationales²⁸³⁸. Cette place particulière réservée à des valeurs, outre leur importance évidente, s'explique aussi peut-être par le fait qu'ils sont les conditions sans lesquelles les autres droits ne peuvent s'exercer

²⁸²⁷ D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 368 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°129, p. 198.

²⁸²⁸ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 329.

²⁸²⁹ Art. 2 de la Convention européenne.

²⁸³⁰ Art. 3 de la Convention européenne.

²⁸³¹ Art. 4 de la Convention européenne.

²⁸³² Art. 7 de la Convention européenne.

²⁸³³ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 329.

²⁸³⁴ Convention européenne, Protocole n°7, 22 novembre 1984, S.T.E. n°117, art. 4. L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475 ; F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821 à la page 394.

²⁸³⁵ *Id.*, art. 4§3.

²⁸³⁶ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°127, p. 195.

²⁸³⁷ D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 371 ; M. DELMAS-MARTY, préc., note 2814, p. 178 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475 ; F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821 à la page 398.

²⁸³⁸ C'est le cas de l'art. 4§2 PIDCP : D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 368 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°127, p. 195.

effectivement²⁸³⁹, sans lesquelles il n'y aurait aucun sens à garantir la propriété, la vie privée, la liberté de conscience....

Le fait que les États disposent d'une très étroite marge d'appréciation²⁸⁴⁰ relativement à ces droits justifie classiquement d'en conclure qu'il en ressort implicitement une hiérarchie²⁸⁴¹, plaçant ces droits intangibles à un degré supérieur par rapport aux autres droits exclus de cette clause dérogatoire²⁸⁴². Ce statut privilégié justifie donc de créer un étage supplémentaire, les plaçant légèrement au-dessus des droits conditionnels. La hiérarchisation est donc conditionnée par le degré de protection des droits fondamentaux²⁸⁴³, par leur régime juridique d'applicabilité²⁸⁴⁴. Il en ressort que théoriquement, en cas de conflit entre un droit intangible et un droit conditionnel – si toutefois cela possible – le premier devrait primer sur le second.

815. Clause dérogatoire canadienne. La Charte canadienne contient aussi une clause dérogatoire, fonctionnant un peu sur le même principe. Selon l'art. 33(1) de cette charte :

« Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. »

D'abord, cette clause s'adresse tout autant au Parlement fédéral qu'aux législatures provinciales²⁸⁴⁵, les autorisant à adopter des lois contraires aux principes édictés aux art. 2 et 7 à 15 de la Charte canadienne, sous certaines conditions de forme²⁸⁴⁶ qui ont été précisées plus tard dans l'arrêt *Ford*²⁸⁴⁷. Ces dérogations ne sont valables que pour 5 ans maximum²⁸⁴⁸. Cela signifie que pendant le temps imparti par le texte dérogatoire ou pour un maximum de 5 ans, on applique ledit texte sans tenir compte du ou des droits auxquels il est expressément dérogé. C'est comme si ces derniers n'existaient tout simplement pas²⁸⁴⁹ et n'avaient jamais été consacrés.

Ensuite, concernant les droits auxquels il peut être dérogé, l'art. 2 concerne les libertés fondamentales, tandis que les art. 7 à 15 concernent les garanties dites juridiques : protection

²⁸³⁹ D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 371.

²⁸⁴⁰ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 475.

²⁸⁴¹ P. DEUMIER, préc., note 2801, n°318, p. 286 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°129, p. 198.

²⁸⁴² D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 369 ; M. DELMAS-MARTY, préc., note 2814, p. 177 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 476.

²⁸⁴³ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821 à la page 382.

²⁸⁴⁴ *Id.*

²⁸⁴⁵ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.19 ; N. DUPLE, préc., note 612, p. 544.

²⁸⁴⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.16 ; N. DUPLE, préc., note 612, p. 544.

²⁸⁴⁷ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 30 à 34.

²⁸⁴⁸ Art. 33(3) de la Charte canadienne.

²⁸⁴⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.19 ; N. DUPLE, préc., note 612, p. 545.

contre les fouilles et perquisitions, les arrestations arbitraires, les peines cruelles et inusitées garanties procédurales pendant un procès criminel... Entre ces deux blocs de droits, on trouve les droits démocratiques²⁸⁵⁰ et les libertés de circulation et d'établissements²⁸⁵¹. À la suite de l'art. 15 de la Charte canadienne, ce sont des dispositions spécifiques aux langues²⁸⁵² et à l'instruction dans les langues minoritaires²⁸⁵³, deux aspects spécifiques au contexte canadien. Ainsi, les articles désignés au sein de la clause dérogatoire constituent plutôt le bloc classique des droits de l'homme, équivalents à ceux de première génération²⁸⁵⁴ que l'on retrouve peu ou prou dans la Convention européenne²⁸⁵⁵.

816. Intérêts de la clause dérogatoire. Il ne faut pourtant pas y voir une certaine indifférence ou moindre considération pour les droits fondamentaux ou les garanties juridiques que ce qui est décidé au niveau européen. Les fondements de la clause dérogatoire et des choix qui y sont opérés s'expliquent beaucoup en raison du contexte politique dans lequel a été adoptée la Charte canadienne. Ils tiennent plutôt à la volonté de garantir une certaine autonomie pour les provinces et leurs compétences propres, celles-ci craignant une certaine perte d'autonomie par l'instauration d'un outil supra législatif aussi universel. Apaiser cette crainte apparaissait être une condition essentielle pour faire accepter la Charte à l'époque.

Les droits exclus du champ de la clause dérogatoire ne concernent pas seulement des considérations propres à une province, mais s'expliquent plutôt par le souhait de maintenir la forme fédérale de l'État. La langue en est un enjeu crucial²⁸⁵⁶, de même que la possibilité pour tous les citoyens canadiens d'aller et venir librement sur l'ensemble du territoire, sans aucune forme de limitation²⁸⁵⁷, ou encore celle de voter et d'être élu²⁸⁵⁸. Il n'est pas question de situation d'urgence ou de menace pour la vie de la Nation. La clause dérogatoire permet simplement de garantir l'autonomie des provinces dans les domaines de compétences qui sont les leurs.

Cela limite donc l'importance des choix qui y sont faits. L'objectif de cette clause, le fait qu'elle ne vise que les droits fondamentaux équivalents à ceux de première génération, conférant

²⁸⁵⁰ Art. 3 et 4 de la Charte canadienne.

²⁸⁵¹ Art. 6 de la Charte canadienne.

²⁸⁵² Art. 16 à 22 de la Charte canadienne.

²⁸⁵³ Art. 23 de la Charte canadienne.

²⁸⁵⁴ Alexandre MORIN, « Charte canadienne : application et structurer d'une cause », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, n°5, à jour au 5 février 2020 (Lad/QL).

²⁸⁵⁵ À l'exception du droit de propriété. *Supra*, n°201.

²⁸⁵⁶ Art. 16(1) de la Charte canadienne.

²⁸⁵⁷ Art. 6(1) de la Charte canadienne.

²⁸⁵⁸ Art. 4(1) de la Charte canadienne.

une certaine cohérence et uniformité, ainsi que l'application strictement limitée dans le temps des dérogations, l'ensemble de ces éléments conduit à relativiser l'importance à accorder aux énumérations qui y sont faites. Le contexte de son adoption ne permet pas d'y voir une tentative de classer les droits fondamentaux entre eux, selon leur importance.

En conséquence, contrairement à la clause de la Convention européenne, la Charte canadienne ne fait pas de distinction entre les différents droits parmi ceux qui pourraient faire l'objet d'une exception par l'effet d'une loi provinciale et ceux qui ne le peuvent pas. Ainsi, on ne peut pas déduire de la seule lecture de cette clause dérogatoire une hiérarchisation des droits fondamentaux, ces derniers pouvant tous faire l'objet d'une exception à leur application, même si elle n'est que temporaire.

817. Divergence des solutions. En conséquence, se dessine ici une différence notable entre la Convention européenne et la Charte canadienne : l'une admet qu'il est possible de créer une super catégorie de droits fondamentaux, intangibles et d'importance plus pressante, justifiant de les hiérarchiser au-dessus des droits conditionnels ; l'autre ne fait aucune distinction entre les droits fondamentaux. Peut-être peut-on y voir à nouveau l'influence des traditions juridiques, la *common law* invitant davantage à une résolution au cas par cas des difficultés soulevées par une situation juridique, tandis que le droit de tradition écrite aurait tendance à anticiper les solutions qui pourraient être trouvées à une même situation. L'un donne une importance plus grande aux juges dans la recherche de celles-ci, l'autre au législateur. Mais il semble aussi nécessaire de tenir compte du fait que la Charte canadienne est un instrument national, tandis que la Convention européenne est internationale. Le processus d'adoption de cette dernière a nécessité de tenir compte des traditions et sensibilités de chaque État signataire. Il semble difficile d'envisager de pouvoir simplement déduire des sources internationales, comme le *jus cogens*, l'existence implicite d'une disposition telle que celle de l'art. 15 de la Convention européenne et la hiérarchisation des droits qui en découle²⁸⁵⁹. En outre, l'idée même d'une hiérarchisation des droits ne fait pas l'objet d'une admission unanime entre les États signataires²⁸⁶⁰. Il pouvait alors sembler difficile de pouvoir simplement déduire de la lettre de la Convention ou d'autres sources internationales une clause dérogatoire conduisant à une certaine hiérarchisation des droits fondamentaux.

²⁸⁵⁹ D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 365.

²⁸⁶⁰ *Id.* à la page 356 à 364.

818. Divergence à relativiser. Il faut toutefois nuancer la divergence remarquée entre le choix effectué dans la Charte canadienne et celle de la Convention européenne. Car si en théorie cette différence existe, il reste nécessaire de tenir aussi compte de l'application effective qui en est faite par la Cour européenne. À ce titre, la professeure Ducoulombier a remarqué que dans plusieurs espèces, cette dernière n'a pas forcément appliqué une telle hiérarchisation, notamment entre le droit à la vie et plusieurs autres droits classés comme conditionnels²⁸⁶¹. Ce constat lui a permis de conclure que, si en période de crise l'art. 15 de la Convention européenne permet d'activer la hiérarchisation des droits fondamentaux, ce ne sera pas le cas en période d'application ordinaire de cet instrument²⁸⁶². Il n'est pas possible de déduire du caractère intangible d'un droit qu'il l'emportera systématiquement sur un droit conditionnel, ce qui relativise l'intérêt d'une telle classification²⁸⁶³. On ne peut pas contourner la question de la mise en balance, même dans ces cas-ci, alors que c'était l'objectif premier de la recherche d'une hiérarchisation. Ainsi, même si la doctrine semble reconnaître de façon assez unanime qu'il existe une hiérarchisation entre les droits intangibles et les droits conditionnels, celle-ci ne semble pas avoir d'effectivité dans les décisions rendues par la Cour européenne. La clause dérogatoire n'est finalement pas d'une très grande aide pour tenter de différencier les droits et éviter une mise en balance.

819. Compléter l'analyse. Déjà, ce premier indice de la clause dérogatoire n'est pas de bon augure, car il n'en ressort pas la possibilité de hiérarchiser les droits proclamés par la Charte canadienne ou par la Convention européenne. Dans la première, ces derniers sont tous placés sur le même plan, tous susceptibles d'exception à leur application, sans qu'il soit possible d'en distinguer un ou plusieurs par rapport aux autres. Dans la seconde, la hiérarchisation existe de façon formelle, mais n'a pas forcément d'efficacité dans la pratique et ne dispense pas la Cour européenne d'une mise en balance.

On pourrait alors faire appel à un second indice propre aux chartes de droits, particulièrement apprécié des rédacteurs de la Convention européenne. La plupart de ces articles déclaratifs de droits contiennent un alinéa qui lui est propre, signalant la possibilité de ménager l'effectivité de ce droit, pour tenir compte d'autres intérêts. Ces clauses sont la preuve la plus éclatante de l'omniprésence d'une rhétorique juridique basée sur la résolution des conflits de droits. Elles montrent que, si ces droits peuvent faire l'objet d'exceptions ou de

²⁸⁶¹ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 340.

²⁸⁶² *Id.* à la page 341.

²⁸⁶³ Sauf en ce qui concerne l'art. 3 de la Convention prohibant la torture et les actes inhumains ou dégradants, le seul qui paraît résister dans une forme de hiérarchisation : *Id.*

déroptions²⁸⁶⁴, c'est forcément qu'ils ne sont pas absolus. Elles renforcent donc l'idée d'une possible hiérarchisation des droits. Reste à savoir si l'on peut aussi identifier une telle clause au sein de la Charte canadienne, ayant pour effet d'en tirer une éventuelle classification des droits fondamentaux y étant consacrés.

1.1.1.2 La clause limitative intrinsèque

820. Dérogations et restrictions. Outre la clause extrinsèque, certains articles de la Convention européenne contiennent en leur sein même des dispositions visant à limiter les effets des droits fondamentaux. Pour ceux-là, ils seront non seulement susceptibles de faire l'objet d'une dérogation temporaire sur la base de l'art. 15 de la Convention européenne²⁸⁶⁵, mais d'autres formes de restrictions, non liées à la survenance de circonstances exceptionnelles. Par exemple, l'art. 5 de la Convention européenne précise qu'on ne peut être privé de liberté physique, sauf dans un certain nombre de cas dont la liste est précisée²⁸⁶⁶. De même, les art. 8 à 11 de la Convention européenne, qui traitent de la vie privée et des libertés de l'esprit (liberté de religion, d'expression et de réunion) sont tous rédigés sur le même modèle : le premier paragraphe proclamant le droit est suivi d'un autre, qui organise la possibilité d'y apporter des restrictions²⁸⁶⁷. Le droit de propriété connaît aussi un second paragraphe, qui autorise à en aménager l'exercice²⁸⁶⁸. Elles peuvent être motivées par la défense de l'ordre public, la protection des droits d'autrui... Il y a donc une différence rédactionnelle importante avec les droits intangibles, dont il ressort un régime d'application différencié. Il n'est pas étonnant que les auteurs y voient des droits bénéficiant d'un degré de protection moindre²⁸⁶⁹.

On pourrait même affiner cette hiérarchie un peu plus, en différenciant parmi les droits conditionnels. Certains ne sont soumis qu'à la clause dérogatoire de l'art. 15 de la Convention européenne²⁸⁷⁰, alors que d'autres sont soumis à la clause dérogatoire et à une clause restrictive

²⁸⁶⁴ M. DELMAS-MARTY, préc., note 2814, p. 180 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689.

²⁸⁶⁵ C'est le cas du droit à un procès équitable (art. 6 de la Convention européenne) F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°129, p. 199.

²⁸⁶⁶ Art. 5§1 de la Convention européenne.

²⁸⁶⁷ Par exemple, art. 8 de la Convention européenne :

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

²⁸⁶⁸ Conv. EDH, Protocole n°1, art. 1^{er}.

²⁸⁶⁹ M. DELMAS-MARTY, préc., note 2814, p. 179-180 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°546, p. 476 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°129, p. 199.

²⁸⁷⁰ Droit à un procès équitable (art. 6 de la Convention européenne), droit des parents de choisir l'instruction de leur enfant (art. 2, Protocole n°1 de la Convention européenne), droit à un recours effectif (art. 13 de la Convention

interne²⁸⁷¹. Le tout formerait un ensemble divisé en trois catégories²⁸⁷², dont on pourrait tirer un degré d'importance au moment de leur confrontation.

821. Clause de restriction canadienne. Dans la Charte canadienne, il existe aussi une disposition qui a été développée comme la clause restrictive intrinsèque européenne, en tout cas avec le même objectif. Seulement cette disposition ne se trouve pas au cœur des articles proclamant les droits fondamentaux, mais elle aussi à l'extérieur²⁸⁷³, de façon indépendante. L'art. 1^{er} de la Charte prévoit :

« La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

De cette disposition générale, la Cour suprême²⁸⁷⁴ en a déduit la possibilité de limiter les droits garantis dans la Charte²⁸⁷⁵, en suivant une démarche inchangée depuis qu'elle a été développée dans l'arrêt *Oakes*²⁸⁷⁶. Le juge en chef Dickson explique que cet article remplit deux objectifs : l'enchâssement des droits et libertés au sein de la Constitution canadienne²⁸⁷⁷, leur garantissant une valeur supra législative, puis « il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*²⁸⁷⁸) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés. »²⁸⁷⁹ L'art. 1^{er} de la Charte canadienne constitue donc bien lui aussi une clause restrictive des droits qui le suivent²⁸⁸⁰. Les droits contenus dans la Charte peuvent donc céder devant la nécessité de protéger des impératifs plus urgents, à condition qu'ils soient « en harmonie avec les valeurs d'une société libre et démocratique »²⁸⁸¹. Il ne faut donc pas confondre l'art. 1^{er} et l'art. 33 de la Charte canadienne, les deux relevant de logiques différentes, à la manière de l'art. 15 et des clauses limitatives intrinsèques dans la Convention européenne. La Cour suprême partage cette vigilance à ne pas confondre les deux démarches : « Quelle que soit leur portée, les restrictions que l'art. 1 de la

européenne), droit à des élections libres (art. 3, Protocole n°1 de la Convention européenne), interdiction de l'emprisonnement pour dette (Convention européenne, Protocole n°4, 16 novembre 1963, S.T.E. n°46, art. 1^{er}) ...

²⁸⁷¹ Droit à la vie privée (art. 8 de la Convention européenne), droit à la libre manifestation des convictions (art. 9 de la Convention européenne), droit à la liberté d'expression (art. 10 de la Convention européenne), droit à la liberté de réunion et d'association (art. 11 de la Convention européenne) ...

²⁸⁷² F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821 aux pages 391 et 392.

²⁸⁷³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.48.

²⁸⁷⁴ *Id.*, n°XII-3.51.

²⁸⁷⁵ *Id.*, n°XII-3.49 et XII-3.50.

²⁸⁷⁶ R. c. *Oakes*, préc., note 1965.

²⁸⁷⁷ *Id.*, 135.

²⁸⁷⁸ Donc la clause dérogatoire que nous avons évoquée : *supra*, n°815.

²⁸⁷⁹ R. c. *Oakes*, préc., note 1965, 135.

²⁸⁸⁰ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.62.

²⁸⁸¹ N. DUPLE, préc., note 612, p. 545.

Charte permet d'apporter aux droits et libertés qu'elle énonce ne peuvent pas équivaloir à des dérogations comme celles qu'autorisent les par. 33(1) et (2) de la *Charte*. »²⁸⁸²

Les auteurs soulignent qu'il peut demeurer une certaine confusion dans l'esprit des juges ou des législateurs, qui ont parfois du mal à distinguer dérogation et limitation²⁸⁸³. Néanmoins, cela ne change pas grand-chose au problème qui nous occupe, car, pas plus que la clause dérogatoire, l'art. 1^{er} de la Charte canadienne ne permet d'en déduire une hiérarchisation des droits de l'homme. En effet, malgré la présence d'un texte qui a été interprété comme étant une clause restrictive, il n'y a en son sein aucune distinction, aucun indice qui permettrait d'en conclure que certains droits de la Charte sont exclus de cette clause restrictive et d'autres non. Les droits proclamés dans cette Charte sont tous concernés par cette clause restrictive – et non pas seulement les art. 2 et 7 à 15²⁸⁸⁴ – ce qui lui procure un domaine encore plus étendu que la clause dérogatoire. Les droits font tous l'objet du même régime, il est en conséquence impossible de les différencier pour en tirer une hiérarchie où certains l'emporteraient sur d'autres en cas de conflit. Cette absence de hiérarchie se traduit aussi dans les mots du juge Dickson :

« Toutefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. C'est pourquoi l'article premier prévoit des critères de justification des limites imposées aux droits et libertés garantis par la *Charte*. »²⁸⁸⁵

Ici, on voit bien que l'ensemble des droits de la Charte canadienne sont concernés par cette remarque. Tous sont susceptibles de limitations, d'être soumis à la règle de l'art. 1^{er} de la Charte.

822. Combinaison des clauses. Même si l'on combine les deux restrictions – clause dérogatoire et clause restrictive – à la manière dont le proposent certains auteurs français s'agissant de la Convention européenne, pour affiner la hiérarchie des droits, on ne peut pas plus en déduire une hiérarchisation des droits de la Charte canadienne. Certes, il est vrai que certains droits sont concernés à la fois par la clause dérogatoire et la clause restrictive (art. 2 et 7 à 15). Mais, comme on l'a vu, on ne peut pas déduire de la clause dérogatoire une volonté de limiter l'applicabilité des droits fondamentaux d'une manière à ce qu'il puisse s'en déduire un classement d'importance. La combinaison des deux clauses indique simplement que tous les droits peuvent être l'objet de restrictions conformes avec les valeurs d'une société démocratique, mais certains pourront

²⁸⁸² P.G. (*Québec*) c. *Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66, 86.

²⁸⁸³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.63.

²⁸⁸⁴ N. DUPLE, préc., note 612, p. 545.

²⁸⁸⁵ R. c. *Oakes*, préc., note 1965, 136.

incidemment faire aussi l'objet de dérogations, pour des raisons étrangères aux restrictions qu'ils connaissent déjà. L'effet est encore atténué quand on songe qu'une clause dérogatoire peut être prise dans une province, mais pas dans une autre. Calquer l'analyse des effets de la clause dérogatoire européenne dans le contexte canadien reviendrait à admettre une hiérarchisation des droits, mais qui ne s'appliquerait pas de la même manière sur le territoire du pays, en fonction des lois passées dans chaque province. On touche aux limites de la cohérence. La comparaison des droits ne doit pas conduire à déformer la rationalité d'un ordonnancement juridique ni à vouloir à tout prix transposer des analyses qui n'ont pas lieu d'être... La Convention européenne et la Charte canadienne relèvent de deux rationalités différentes, qu'il convient de respecter.

823. Applications jurisprudentielles. Si nous parvenons à cette première conclusion uniquement basée sur les textes contenus dans la Charte canadienne, encore faut-il vérifier que cela se confirme dans la pratique, dans l'interprétation qui en a été faite. Or, là non plus, on ne peut trouver aucune tentative de hiérarchisation des droits. En effet, la question de l'application de l'art. 1^{er} s'est posée pour tous les droits garantis dans la Charte, sans exception : la liberté de religion²⁸⁸⁶, la liberté d'expression et artistique²⁸⁸⁷, la liberté de la presse²⁸⁸⁸, le droit à la vie (ou à mourir)²⁸⁸⁹ au sens de l'art. 7 de la Charte canadienne²⁸⁹⁰, la protection de la vie privée contre les fouilles et perquisitions²⁸⁹¹, la protection contre les détentions arbitraires, notamment pour les étrangers en situation irrégulière²⁸⁹², les droits garantissant un procès équitable²⁸⁹³... Bref, la Cour suprême n'a aucune hésitation à appliquer la clause de l'art. 1^{er} à toutes les formes de restrictions qui pourraient être apportées aux droits contenus dans la Charte. De ce point de vue, il n'y a pas davantage de distinction, de classification possible des droits entre eux dans la Charte canadienne.

824. Absence de hiérarchisation au Canada. À l'issue de l'étude de ces clauses, on parvient à deux résultats très différents au Canada et dans le contexte de la Convention européenne : la première ne semble pas admettre de possibilité de différencier les droits fondamentaux selon leur régime d'applicabilité, tandis que la seconde fait une distinction, qui se traduit en doctrine par la dichotomie droits intangibles/droits conditionnels. Ainsi, on parvient déjà

²⁸⁸⁶ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564.

²⁸⁸⁷ *R. c. Lucas*, préc., note 1977 ; *Little Sisters Books and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120 ; *R. c. Sharpe*, préc., note 1721.

²⁸⁸⁸ *Société Radio Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.

²⁸⁸⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, préc., note 1586.

²⁸⁹⁰ *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 520.

²⁸⁹¹ *R. c. Wong*, préc., note 1417.

²⁸⁹² *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.

²⁸⁹³ *R. c. Oakes*, préc., note 1965.

à la conclusion qu'il ne semble pas exister de hiérarchie des droits fondamentaux au Canada, ce que d'autres éléments complémentaires d'analyse confirment.

1.1.2 L'inexistence d'une hiérarchie au sein de la Charte canadienne

825. Ordre de proclamation des droits. Ensuite, certains auteurs ont aussi proposé de tenir compte d'une interprétation interne aux déclarations de droits. Par exemple l'ordre de présentation des droits pourrait indiquer de la part du rédacteur une volonté de placer en premier ceux considérés comme les plus importants, au moment où la déclaration de droits a été conçue²⁸⁹⁴. Ainsi, pour la Charte canadienne, cela voudrait-il dire que les droits les plus éminents sont les libertés de l'esprit (religion et conscience, expression, réunion et association)²⁸⁹⁵ et que le droit à la vie²⁸⁹⁶ ou à ne pas être enfermé arbitrairement²⁸⁹⁷ serait moins important que la libre circulation des personnes²⁸⁹⁸... Une telle approche ne refléterait pas l'esprit de la Charte et de l'interprétation qui en est faite par la Cour suprême. C'est particulièrement criant s'agissant du bloc des garanties juridiques : la Cour suprême les a très tôt considérés comme un tout. L'art. 7 de la Charte canadienne, figure de proue de ces garanties juridiques, proclame le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité, auquel il ne peut être porté atteinte « qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Les art. 8 à 14 eux, sont des « atteintes spécifiques au « droit » à la vie, à la liberté et la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale »²⁸⁹⁹. À ce titre, ces articles ne sont que des illustrations, des expressions de ces principes de justice fondamentaux permettant de circonscrire les conditions dans lesquelles il est possible de porter atteinte aux droits énoncés à l'art. 7 de la Charte canadienne. La Cour suprême poursuit :

« Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale. En effet, ils illustrent certains paramètres du "droit" à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne; ce sont des exemples de cas où il y aurait une atteinte au "droit" à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Autrement dit, les art. 7 à 14 auraient pu être fondus en un seul article (...). Manifestement, certains de ces articles énoncent des principes qui vont au-delà de ce qu'on peut appeler de la "procédure".

Ainsi, les art. 8 à 14 fournissent une indication exceptionnelle quant au sens de l'expression "principes de justice fondamentale". Plusieurs ont émergé, avec le temps, à titre de présomptions de *common law*, d'autres sont exprimés dans les conventions

²⁸⁹⁴ D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 356.

²⁸⁹⁵ Art. 2 de la Charte canadienne.

²⁸⁹⁶ Art. 7 de la Charte canadienne.

²⁸⁹⁷ Art. 9 de la Charte canadienne.

²⁸⁹⁸ Art. 6 de la Charte canadienne.

²⁸⁹⁹ Renvoi sur la *Motor Vehicle Act* (C.-B.), préc., note 2890, 502.

internationales sur les droits de la personne. Tous ont été reconnus comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en "la dignité et la valeur de la personne humaine" (préambule de la Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III) et en "la primauté du droit" (préambule de la Charte canadienne des droits et libertés). »²⁹⁰⁰

Ainsi, il n'est pas possible de séparer la lecture de l'art. 7 de celle des art. 8 à 14 de la Charte canadienne. Cet état de fait bat en brèche l'idée d'une hiérarchie décroissante, plaçant aux avant-postes de la sacralisation le droit consacré en premier et condamnant le dernier à demeurer un droit de seconde zone. Nous ne pouvons souscrire à une telle analyse, qui fait fi de la lecture choisie par la Cour suprême, ayant tendance à concevoir les droits de la Charte canadienne comme un tout.

826. Analyse versatile de l'ordre de proclamation. Au-delà des jugements de valeur hâtifs qui pourraient être portés sur le choix de présentation de ces droits²⁹⁰¹, on ne peut tirer de la seule numérotation des articles une hiérarchie décrivant *decrecendo* l'importance accordée à chaque droit fondamental et donc une forme de hiérarchisation. D'abord, parce que l'auteur d'une telle proposition admet lui-même qu'on pourrait aussi inverser le raisonnement : placer un droit fondamental en dernière position dans une déclaration solennelle « peut être l'indice d'une volonté de conclure de façon très forte »²⁹⁰². C'est dire qu'on ne peut en fait tirer aucune conclusion de l'ordre dans lequel les droits sont énumérés.

827. Éclaircissement par le contexte. En revanche, un élément d'explication de l'ordre dans lequel la Charte canadienne proclame les droits tient plutôt au contexte nord-américain dans lequel elle s'inscrit. On l'a déjà remarqué²⁹⁰³, il y a un rapprochement à faire entre la rédaction de la Charte canadienne et la déclaration étatsunienne des droits, qui ont placé toutes deux les libertés de l'esprit en premier, ce qui démontre peut-être plutôt que la seconde a inspiré les rédacteurs de la première. Cela ne permet en tout cas pas d'en déduire un rapport hiérarchique avec les droits qui suivent. Si on peut y voir un marqueur de l'importance de ces libertés pour la démocratie, on ne peut pas en déduire *a contrario* que les autres droits le sont moins, dans l'esprit des rédacteurs de la Charte canadienne ou des juges. D'ailleurs, les juges partagent le rejet d'une hiérarchisation des droits, la proclament généralement à « égalité de rang »²⁹⁰⁴.

²⁹⁰⁰ *Id.*, 502 et 503.

²⁹⁰¹ D. BREILLAT, préc., note 2818 à la page 356.

²⁹⁰² *Id.* à la page 357.

²⁹⁰³ *Supra*, n°511.

²⁹⁰⁴ *Dagenais c. Société Radio Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 877.

La proposition consistant à voir dans l'ordre de proclamation des droits ouvre plutôt la voie à des spéculations sans fin et hasardeuses, alors que l'on ne peut pas établir de grille de lecture univoque, qui serait partagée entre plusieurs États ou outils internationaux. On ne peut pas conclure fermement que les déclarations de droits (nationales ou internationales) édictent leurs dispositions *crescendo* ou *decrecendo*, s'il faut y voir une logique particulière, un message ferme en faveur d'un droit, sans pour autant avouer clairement l'établissement d'une véritable hiérarchisation. Ces analyses sont plutôt non conclusives et méritent d'être prises avec réserve.

828. Conclusion : absence de hiérarchisation possible. En conclusion, il ne fait plus aucun doute que, à la seule lecture de la Charte canadienne, aucun droit fondamental ne fait l'objet d'un régime particulier, que ce soit par application de l'une ou de l'autre des restrictions décrites ou leur combinaison. Le contexte d'adoption de cet instrument ne permet pas d'en déduire qu'un droit fait l'objet d'une prise en considération spéciale. La jurisprudence non plus ne dégage pas non plus une analyse qui tendrait à démarquer un ou plusieurs droits par rapport aux autres. Au contraire, elle crée plutôt des ponts entre les droits, proposant une vision globale de la Charte. On ne peut alors qu'en conclure qu'il n'existe aucune forme de hiérarchie des droits fondamentaux au sein de la Charte canadienne.

829. Résolution du conflit entre confidentialité et liberté d'expression. Si aucune hiérarchisation n'est possible, cela règle la question du conflit entre confidentialité/vie privée et liberté d'expression : en l'absence de toute possibilité de procéder à une hiérarchie plus générale entre les droits fondamentaux, il n'existe pas plus de raison de pouvoir en dégager une entre ces deux-là plus précisément. Il n'y aura pas d'autre choix que de les mettre en balance au cas par cas, dans toutes les situations où ils se retrouvent en conflit, y compris dans le cas de l'information économique révélée par un lanceur d'alerte. Au contraire, la question reste entière dans le cadre de la France et de la Convention européenne. Si nous avons pu établir qu'il était possible de hiérarchiser les droits fondamentaux, il reste à savoir si cela peut avoir une influence en cas de conflit entre les deux droits qui nous occupent plus particulièrement.

1.2 L'inefficacité d'une hiérarchisation européenne

830. Hiérarchisation introuvable. Même s'il est théoriquement possible de hiérarchiser les droits entre eux au sein de la Convention européenne, on se rend compte que cette tentative ne fonctionne pas dans le cadre des deux droits se trouvant ici en opposition. Il en ressort qu'il n'est pas possible de dire lequel pourra l'emporter sur l'autre. Les tentatives doctrinales n'apparaissent pas davantage convaincantes lorsque l'on aborde ces deux droits

(1.2.1), si bien que la conclusion inéluctable des institutions, particulièrement des organes judiciaires est que ces le droit à la vie privée – et donc aussi celui à la confidentialité – est d'égale importance par rapport à la liberté d'expression (1.2.2).

1.2.1 Les infructueuses propositions doctrinales de hiérarchisation

831. Absence de hiérarchisation de la vie privée et la liberté d'expression. En étudiant la hiérarchisation des droits au sein de la Convention européenne, il n'est pas particulièrement question des droits faisant l'objet de notre conflit, la vie privée et son extension sous la forme d'un droit à la confidentialité d'un côté, la liberté d'expression de l'autre. Ni l'un ni l'autre ne fait partie des droits soumis à l'exception à la clause dérogatoire, ce qui signifie qu'ils ne sont pas des droits intangibles. Quant aux clauses limitatives, ils y sont tous deux soumis²⁹⁰⁵. Sur la base de cette classification standard, il n'est donc pas possible de déduire que l'un l'emporte en importance sur l'autre. Cela devrait conduire à imposer la résolution d'un pur conflit de droits, entre deux droits de rang comparable.

832. Classifications doctrinales alternatives : première proposition. Des auteurs ont proposé d'autres modèles de classification des droits fondamentaux, établissant une forme de hiérarchisation. La professeure Mireille Delmas-Marty a par exemple établi une hiérarchie à quatre degrés, en combinant plusieurs critères que sont l'exclusion ou non de la clause dérogatoire, la possibilité de restrictions, ainsi que l'ampleur de la marge d'appréciation dont bénéficient les États pour interpréter et restreindre les droits fondamentaux²⁹⁰⁶. Ainsi, les droits intangibles se trouveraient au sommet de la hiérarchie, puisque susceptibles ni de restriction ni de dérogation²⁹⁰⁷, à l'exception du droit à la vie. Ce dernier comprenant aussi une clause restrictive interne²⁹⁰⁸, il se situerait à un degré intermédiaire²⁹⁰⁹ entre les droits purement intangibles et les droits conditionnels soumis à restrictions et dérogation.

Ensuite, parmi les droits conditionnels, tous soumis à dérogation, mais parfois aussi l'objet de restrictions²⁹¹⁰, il faudrait distinguer ceux susceptibles d'une « protection relative forte »²⁹¹¹, et ceux d'une « protection relative faible »²⁹¹². Pour les premiers, les restrictions

²⁹⁰⁵ Art. 8§2 et 10§2 de la Convention européenne.

²⁹⁰⁶ M. DELMAS-MARTY, préc., note 2814, p. 177 à 180.

²⁹⁰⁷ *Id.*, p. 177.

²⁹⁰⁸ Art. 2§2 de la Convention européenne : « La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire. »

²⁹⁰⁹ M. DELMAS-MARTY, préc., note 2814, p. 179.

²⁹¹⁰ *Id.*, p. 180.

²⁹¹¹ *Id.*

²⁹¹² *Id.*

seraient imposées sans marge nationale d'appréciation²⁹¹³ quant à l'interprétation des limitations qui peuvent y être portées²⁹¹⁴. Cela concernerait essentiellement l'art. 5 de la Convention européenne proclamant le droit à la sûreté. Pour les seconds, la protection est plus faible, car « des exceptions ou des restrictions sont laissées à l'appréciation des États »²⁹¹⁵, dans la limite des conditions matérielles énoncées par la Convention pour valider juridiquement celles-ci. Dans cette dernière catégorie, on trouverait le droit au respect de la vie privée²⁹¹⁶, les libertés de l'esprit²⁹¹⁷, ou encore le droit de propriété²⁹¹⁸. Mais on le constate ici également, cette proposition ne permet pas de distinguer le droit à la vie privée de la liberté d'expression, les deux se retrouvant dans la même dernière catégorie, parmi ceux bénéficiant d'une protection relative faible. Il n'y aurait là encore pas d'autre choix que de résoudre le conflit entre ces deux droits en les mettant en balance.

833. Classifications doctrinales : deuxième proposition. Le professeur Frédéric Sudre a aussi proposé une classification originale des droits fondamentaux²⁹¹⁹. Il reprend d'abord la classification classique opposant droits intangibles et droits conditionnels²⁹²⁰. Parmi ces derniers, il serait alors possible de distinguer les droits seulement susceptibles de dérogations et ceux de dérogation et de restrictions²⁹²¹. Pourtant, selon cet auteur, cette classification doit être nuancée, car elle ne reflète pas nécessairement l'importance qu'accorde la Cour européenne aux différents droits énumérés par la Convention européenne²⁹²². Ainsi, il propose de tenir compte de l'approche idéologique de la Cour²⁹²³, basée sur la notion d'« ordre public européen »²⁹²⁴ et permettant d'identifier les droits les plus éminents en raison des valeurs communes qu'ils véhiculent²⁹²⁵. Il s'agirait là d'une hiérarchisation non plus formelle, mais matérielle²⁹²⁶.

La première catégorie de droits est composée de ceux promouvant des valeurs particulièrement essentielles parce qu'elles sont au cœur des sociétés démocratiques²⁹²⁷. La

²⁹¹³ Dans le même sens d'une prise en compte de la marge nationale d'appréciation dans la hiérarchisation de droits, voir *mutatis mutandis* : P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 333.

²⁹¹⁴ M. DELMAS-MARTY, préc., note 2814, p. 180.

²⁹¹⁵ *Id.*

²⁹¹⁶ Art. 8 de la Convention européenne.

²⁹¹⁷ Art. 9 à 11 de la Convention européenne.

²⁹¹⁸ Art. 1^{er} du Protocole n°1 à la Convention européenne.

²⁹¹⁹ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821.

²⁹²⁰ *Id.* à la page 391.

²⁹²¹ *Id.* à la page 392.

²⁹²² *Id.*

²⁹²³ *Id.* à la page 385.

²⁹²⁴ *Id.* à la page 383.

²⁹²⁵ *Id.* à la page 384.

²⁹²⁶ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 331.

²⁹²⁷ F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821 à la page 385.

Cour européenne identifierait certains droits comme proprement aptes à « sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique »²⁹²⁸. Ceux-ci auraient une place primordiale dans l'ordonnement des droits de l'homme, dans la mesure où il semblerait qu'il n'y aurait pas de démocratie sans eux. Ils auraient donc un plus haut degré d'importance. On y trouverait les libertés de la pensée²⁹²⁹ et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants²⁹³⁰. Ainsi, cette première catégorie recoupe en partie celle plus classique, basée sur la dichotomie entre droits intangibles/ droits conditionnels²⁹³¹.

La seconde catégorie serait composée des droits ayant une importance capitale pour les sociétés démocratiques²⁹³², sans pour autant relever de l'essence de celle-ci. On y trouve les garanties juridiques²⁹³³, le droit à des élections libres²⁹³⁴ et le respect des convictions des parents en matière d'éducation²⁹³⁵. À la première catégorie serait assignée une importance plus grande qu'à la seconde, d'après les formulations de la Cour européenne, ce qui permettrait de hiérarchiser les droits fondamentaux contenus dans la Convention européenne.

Le professeur Sudre ne fait pas particulièrement mention de la vie privée dans sa classification. Cela ne signifie pas qu'il faille en déduire que ce droit n'y a pas du tout sa place, mais simplement qu'il n'a pas été considéré, invitant à penser qu'il contribue plus moindrement à la préservation de la forme démocratique de la société. En tout cas, selon cette classification, la liberté d'expression se situe au plus haut, du fait de son importance capitale dans les sociétés démocratiques, ce qui ne semble pas être le cas de la vie privée. En conséquence, cette classification, contrairement aux autres, permettrait d'en déduire une prééminence de la liberté d'expression par rapport à la vie privée, ce qui signifierait que le conflit se résoudrait systématiquement en faveur de la première.

²⁹²⁸ *Id.* à la page 383., citant *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, 7 décembre 1976, n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72, série A n°23, par. 53, à propos du droit de propriété. Voir également *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, n°14038/88, série A n°161, par. 87, à propos de l'interdiction des actes de tortures et des traitements inhumains ou dégradants ; *Gozerlik et autres c. Pologne*, 17 février 2004, n°44158/98, *Recueil des arrêts et décisions 2004-I*, par. 89, à propos de la liberté d'expression.

²⁹²⁹ *Id.* à la page 386.

²⁹³⁰ *Id.* à la page 387.

²⁹³¹ *Id.* à la page 393.

²⁹³² *Id.* à la page 387.

²⁹³³ Droit à la sûreté (art. 4 de la Convention européenne) et droit au procès équitable (art. 6 de la Convention européenne). *Id.* à la page 388.

²⁹³⁴ Art. 3 du Protocole n°1 à la Convention européenne : *Sadak et autres c. Turquie*, 11 juin 2002, n° 25144/94, 26149/95 à 26154/95, 27100/95 et 27101/95, *Recueil des arrêts et décisions 2002-IV*, par. 32.

²⁹³⁵ Art. 2 du Protocole n°1 à la Convention européenne, *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark*, préc., note 2928, par. 50. F. SUDRE, « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux », préc., note 2821 à la page 389.

834. Classifications doctrinales : troisième proposition. Plus récemment, la professeure Ducoulombier a elle aussi proposé une hiérarchisation des droits fondamentaux contenus dans la Convention européenne. Inspirée à la fois des propositions précédentes²⁹³⁶, sans pour autant s'en contenter. En effet, selon elle, une classification fondée sur l'approche jurisprudentielle de la fundamentalité des droits serait peu opératoire, car, « finalement, il y a peu de droits conventionnels qui échappent à cette tendance jurisprudentielle »²⁹³⁷. En revanche, elle propose de tenir compte d'un autre critère, lié à la possibilité pour les personnes renoncer au droit proclamé²⁹³⁸. Ce facteur permettrait de distinguer les droits les plus fondamentaux, identifiés par l'incapacité des personnes à y renoncer, des droits moins essentiels qui, eux, pourraient faire l'objet d'une renonciation. Il pourrait en découler une hiérarchisation entre droits substantiels et droits procéduraux²⁹³⁹, les premiers étant plus urgents que les seconds du fait de l'impossibilité d'en aménager librement l'exercice. Une telle conception n'est pas sans trouver certains échos en droit pénal français, lorsque l'on enseigne traditionnellement que le consentement de la victime n'a pas d'influence sur la consommation de l'infraction²⁹⁴⁰. On considère qu'une personne seule ne peut pas consentir à la violation d'intérêts qui la dépassent. L'interdiction persistante de l'euthanasie active²⁹⁴¹, la difficile prise en considération des pratiques sadomasochistes²⁹⁴² et d'autres pratiques attentatoires à la dignité²⁹⁴³, ou encore le maintien de la qualification de proxénétisme même lorsque la prostituée consent librement à l'activité²⁹⁴⁴ en sont des exemples. Les infractions pour lesquelles le consentement n'a pas d'effet justificatif²⁹⁴⁵ véhiculent alors des valeurs indisponibles²⁹⁴⁶, dans une rhétorique proche de celle proposée par la professeure Ducoulombier dans le contexte de la Convention européenne. L'idée serait donc tout à fait compatible avec une forme de

²⁹³⁶ Elle reprend notamment des éléments de la classification du professeur Sudre : P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 aux pages 331 et 332. Elle tient aussi compte, comme la professeure Delmas-Marty, de la marge nationale d'appréciation : *Id.* aux pages 333 et 336.

²⁹³⁷ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 332.

²⁹³⁸ *Id.* à la page 333.

²⁹³⁹ *Id.*

²⁹⁴⁰ F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc., note 1886, n°714, p. 659 ; J. LARGUIER, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 2364, p. 67 ; X. PIN, préc., note 892, n°235, p. 240.

²⁹⁴¹ J. LARGUIER, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 2364, p. 67 ; X. PIN, préc., note 892, n°235, p. 240 et 241.

²⁹⁴² X. PIN, préc., note 892, n°235, p. 242.

²⁹⁴³ Comme l'interdiction de la pratique dite du « lancé de nain », condamnée par le Conseil d'Etat dans un célèbre arrêt : Cons. d'Et., ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n°136727

²⁹⁴⁴ J. LARGUIER, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 2364, p. 68 ; X. PIN, préc., note 892, n°235, p. 244.

²⁹⁴⁵ X. PIN, préc., note 892, n°235, p. 242.

²⁹⁴⁶ *Id.*, n°235, p. 242.

hiérarchisation implicite des valeurs à laquelle le législateur français s'adonnerait dans le cadre pénal.

835. Intérêt relatif des classifications. Il semble toutefois nécessaire de relativiser l'importance de ces hiérarchies. Elles sont basées sur des interprétations doctrinales qui n'ont pas forcément des échos concrets dans les applications qui sont faites de ces droits. Les juges ne paraissent pas si sensibles à ces tentatives, si bien que dans la pratique, les juges en viennent systématiquement à mettre en balance ces droits, plutôt que de tenter de les hiérarchiser.

1.2.2 Le rejet institutionnel d'une hiérarchisation

836. Non prise en compte des classifications doctrinales. Bien qu'elles proposent des critères intéressants et objectifs pour tenter d'établir une hiérarchisation des droits fondamentaux, ces tentatives doctrinales sont restées quelque peu lettre morte. Plusieurs éléments indiquent que les juges n'y ont pas été sensibles. D'abord, la Cour européenne a tendance à multiplier les vocables pour mettre en exergue l'importance du ou des droits soumis à son analyse, ce qui revient plus ou moins à neutraliser toute tentative de les classer. « Il y a peu de droits conventionnels qui échappent à cette tendance jurisprudentielle ce qui a pour résultat de rendre moins opératoire une hiérarchie établie sur l'attribution du qualificatif de droit fondamental »²⁹⁴⁷. Ensuite, la jurisprudence ne traite pas forcément les conflits selon les hiérarchisations proposées en doctrine ni selon une autre hiérarchie précise d'ailleurs²⁹⁴⁸. C'est particulièrement flagrant s'agissant du conflit classique et bien connu entre vie privée et liberté d'expression. Comme nous le verrons, la Cour européenne les met en balance dans les espèces les faisant tous les deux intervenir, ce qui mène à deux conclusions. D'une part, malgré la mise en exergue du critère démocratique proposée par le professeur Sudre, la Cour européenne ne semble pas en tirer une quelconque conséquence au moment de la confrontation des droits entre eux. Ce n'est pas parce qu'elle déclare solennellement que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »²⁹⁴⁹ qu'elle en déduit forcément la supériorité systématique de la liberté d'expression sur d'autres droits et par conséquent une importance

²⁹⁴⁷ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 332.

²⁹⁴⁸ *Id.* à la page 324.

²⁹⁴⁹ *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998, n°25181/94, CEDH 1998-VI, par. 46 ; *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, n°68416/01, *Recueil des arrêts et décisions 2005-II*, par. 87 ; *Stoll c. Suisse*, 10 février 2007, [GC], n°69698/01, *Recueil des arrêts et décisions 2007-V*, par. 101 ; *Palomo Sánchez et autres c. Espagne*, 12 septembre 2011, n°28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, *Recueil des arrêts et décisions 2011*, par.53 ; *Animal Defender International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, [GC], n°48876/08, *Recueil des arrêts et décisions 2013*, par. 100.

hiérarchique de cette liberté. De même, la distinction entre droits substantiels non ouverts à la renonciation et droits procéduraux qui y sont susceptibles n'est pas effective dans la jurisprudence. Comme le note la professeure Ducoulombier, il arrive même à la Cour européenne de faire primer un droit procédural sur un droit substantiel, réduisant à néant toute tentative de hiérarchisation fondée sur ce critère²⁹⁵⁰. Enfin, on peut noter que ni la liberté d'expression ni la vie privée ne sont des droits inconditionnels, puisque les deux articles les consacrant au sein de la Convention comportent chacun une clause restrictive, formulée de façon très semblable²⁹⁵¹. Il se trouve que dans ce cadre, chacun des droits peut devenir un fondement de la restriction de l'autre²⁹⁵², ce qui rend d'autant plus délicate toute opération de hiérarchisation. Il n'est alors pas étonnant que la Cour européenne parvienne à la même conclusion, c'est-à-dire à l'absence de hiérarchie possible entre vie privée et liberté d'expression plus précisément. Elle l'a même formulée de façon explicite : « il s'agit là de droits fondamentaux qui méritent *a priori* un égal respect. »²⁹⁵³ Au contraire, elle a dégagé des critères visant à encadrer la mise en balance de ces deux droits, sur lesquels nous reviendrons²⁹⁵⁴. Ceci ne peut que mener à la conclusion que, selon la Cour européenne, tout comme à la seule lecture de la Convention qu'elle interprète, il n'y a pas de hiérarchie entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression.

Cette conclusion est d'ailleurs confirmée par une résolution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans laquelle est réaffirmée « l'importance du droit au respect de la vie privée de toute personne, et du droit à la liberté d'expression, en tant que

²⁹⁵⁰ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 334. L'auteure cite particulièrement l'arrêt *N.N. et T.A. c. Belgique*, 13 mai 2008, n°65097/01, par. 43 :

« La Cour est amenée à trancher le conflit existant en l'espèce entre, d'une part, le droit d'une partie à un procès, de surcroît demanderesse (...), de faire valoir l'ensemble des arguments et moyens de preuve à l'appui de sa cause au regard de son droit à un procès équitable et, d'autre part, le droit à l'intimité de l'autre partie qui peut imposer à l'Etat l'obligation positive de faire obstacle à l'utilisation d'éléments de preuve susceptibles de porter atteinte à son droit à la vie privée. De part et d'autre, il s'agit de droits qui méritent a priori un égal respect, ce qui amène la Cour à examiner l'ensemble de la situation. » (nos soulèvements)

²⁹⁵¹ J.-C. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée », préc., note 649, n°1307, p. 806.

²⁹⁵² *Id.*, n°1307, p. 806.

²⁹⁵³ *Hachette Filipacchi associés (« Ici Paris ») c. France*, 23 juillet 2009, n°12268/03, par. 41 ; *Von Hannover c. Allemagne* (n°2), préc., note 1261, par. 106 ; *Axel Springer AG c. Allemagne*, préc., note 1991, par. 87 ; *Delfi AS c. Estonie*, préc., note 1991, par. 110 ; *Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France*, 10 novembre 2015, n°40454/07, *Recueil des arrêts et décisions* 2015, par.91 ; *Bédar c. Suisse*, préc., note 1991, par. 52 ; *Rubio Dosamantes c. Espagne*, 21 février 2017, n°20996/10, par. 30 ; *Hurbain c. Belgique*, 22 juin 2021, n°57292/16, par. 93.

²⁹⁵⁴ *Infra*, n°989 et suiv.

fondements d'une société démocratique. Ces droits ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur. »²⁹⁵⁵

D'autre part, on peut se demander s'il est véritablement souhaitable d'établir une hiérarchie stricte et prédéterminée entre les droits. Comme l'expose la professeure Ducoulombier, alors que la Cour européenne revendique un dynamisme interprétatif garantissant la pertinence de l'outil conventionnel à travers le temps et les évolutions sociétales²⁹⁵⁶, il pourrait sembler paradoxal d'apposer une hiérarchie stricte aux droits fondamentaux²⁹⁵⁷. Celle-ci aurait tendance à scléroser l'interprétation et les interactions des droits entre eux, ce qui est pour ainsi dire aux antipodes d'une interprétation souple et évolutive. Aussi, si la hiérarchisation des droits peut avoir son intérêt d'un point de vue théorique, il n'est pas certain qu'elle ait de véritables résonances dans la pratique.

837. Absence de hiérarchie trouvée dans les autres proclamations de droits. Enfin, on peut compléter le raisonnement en soulignant qu'il n'a pas davantage été établi de hiérarchie entre les droits proclamés dans la DDHC. Il a été proposé quelques critères pour tenter de les distinguer²⁹⁵⁸, mais cette tentative apparaît peu convaincante. Il ne semble pas que le législateur de 1789 ait pensé à de telles considérations au moment de la rédaction de cette déclaration, les droits paraissant plus solennels et sacrés les uns que les autres. En effet, le préambule de la DDHC par des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme ». Cette présentation, en tête de la déclaration avant toute énumération, invite plutôt à penser que les articles qui suivent sont envisagés comme un tout, en termes d'importance et de sacralité.

De même, la lecture de la Charte québécoise ne permet pas davantage d'y trouver une hiérarchisation, de nature à simplifier la résolution du conflit entre vie privée et liberté d'expression. Elle dispose bien une clause dérogatoire elle aussi²⁹⁵⁹, mais celle-ci s'applique à

²⁹⁵⁵ Assemblée plénière du Conseil de l'Europe, « Droit au respect de la vie privée », Résolution 1165 (198) adoptée le 26 juin 1998, 24^e séance.

²⁹⁵⁶ *Airey c. Irlande*, préc., note 1234, par. 24 ; *N.D. et N.T. c. Espagne*, 13 février 2020, n°8675/15 et 8697/15, par. 171 ; *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 128 : « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs ». Formule à laquelle est venue s'en ajouter une autre : *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, n°5856/72, série A n°26, par. 31 ; *Podkolzina c. Lettonie*, 9 avril 2002, n°46726/99, CEDH 2002-II, par. 35 ; *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005 [GC], n° 46827/99 et 46951/99, *Recueil des arrêts et décisions 2005-I*, par. 121 ; *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, n°44774/98, *Recueil des arrêts et décisions 2005-XI*, par. 136 : la Convention « est un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions actuelles ». *Mutatis mutandis* : *Marckx c. Belgique*, préc., note 1234, par. 41.

²⁹⁵⁷ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 325.

²⁹⁵⁸ D. BREILLAT, préc., note 2818 aux pages 357 et 358.

²⁹⁵⁹ Art. 52 de la Charte québécoise.

toutes les libertés fondamentales²⁹⁶⁰, au droit à l'égalité²⁹⁶¹, ainsi qu'aux droits politiques²⁹⁶² et judiciaires²⁹⁶³, sans les distinguer. En outre, pour ce qui intéresse plus précisément les deux droits objets de notre conflit, ils sont tous deux intégrés au bloc des libertés fondamentales dans cette Charte²⁹⁶⁴. Or, l'art. 9.1 de la Charte québécoise prévoit une clause restrictive qui s'apparente grandement aux dispositions de l'art. 1^{er} de la Charte canadienne :

« Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de la laïcité de l'État, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. »²⁹⁶⁵

Ainsi, les deux droits qui nous préoccupent sont ici aussi l'un comme l'autre susceptibles de faire l'objet de restrictions et de dérogation, ce qui ne permet pas de les classer ou de les distinguer dans leur régime d'applicabilité. La Charte québécoise paraît donc confirmer l'impossibilité de hiérarchiser le droit à la vie privée et la liberté d'expression.

838. Absence de hiérarchie dans la jurisprudence nationale. En dernier lieu, si l'on se tourne vers la jurisprudence nationale française, il n'est pas davantage possible d'y trouver les traces d'une tentative de hiérarchisation de ces deux droits. Au contraire, lorsqu'elle est confrontée à une situation mettant en conflit ces derniers, la Cour de cassation reconnaît explicitement que « les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant (...) une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »²⁹⁶⁶. La plus haute juridiction française ne semble pas plus encline à s'aventurer à rechercher une hiérarchie abstraite entre ces deux droits, pour préférer une approche dont l'issue dépendra premièrement du contexte dans lequel s'inscrit le litige.

839. Conclusion : passage obligatoire par une mise en balance. Malgré une appréhension différenciée de la hiérarchisation des droits fondamentaux, l'analyse de la rédaction de la Charte canadienne et de la Convention européenne permet de parvenir à une

²⁹⁶⁰ Art. 1 à 8 de la Charte québécoise.

²⁹⁶¹ Art. 10 à 20.1 de la Charte québécoise.

²⁹⁶² Art. 21 et 22 de la Charte québécoise.

²⁹⁶³ Art. 23 à 38 de la Charte québécoise.

²⁹⁶⁴ Art. 3 (liberté d'expression) et 5 (vie privée) de la Charte québécoise.

²⁹⁶⁵ Art. 9.1 de la Charte québécoise.

²⁹⁶⁶ Civ. 1^{er}, 9 juillet 2003, n°00-20.289, *Bull. civ. I*, n°172, *Comm. Com. électr.* 2003. comm. 11, note Lepage ; Civ. 1^{er}, 30 septembre 2015, n°14-16.273, *Bull. civ. I*, n°241 ; Civ. 1^{er}, 21 mars 2018, n°19-28.741, *Bull. civ. I*, n°56 ; Civ. 1^{er}, 11 juillet 2018, n°17-22.381, *Bull. civ. I*, n°137 ; Civ. 1^{er}, 10 octobre 2019, n°18-21.871 ; Civ. 1^{er}, 11 mars 2020, n°19-13.716, par. 5 ; Civ. 1^{er}, 17 février 2021, n°19-24.780, par. 6 ; Civ. 1^{er}, 20 octobre 2020, n°20-14.354. Dans le même, mais avec une formulation un peu différente : Crim., 25 octobre 2019, n°17-86.604, par. 11.

conclusion systématique et valable dans les deux pays : il n'est pas possible d'établir une hiérarchie d'importance entre le droit à la vie privée et la liberté d'expression, qui permettrait de faciliter la résolution du conflit qui naît entre elles. Il est impossible de dire lequel des deux droits est le plus important et donc peut l'emporter que l'autre. Les législateurs et les cours les ont définitivement placés à un niveau d'égale importance. En conséquence, il sera de toute façon nécessaire de résoudre le conflit qui les oppose par une confrontation directe entre eux, par leur mise en balance.

On ne pourra contourner une inéluctable mise en balance des droits en conflit dans la situation du lanceur d'alerte révélant des informations économiques. Mais, la hiérarchisation des droits n'est pas la seule question susceptible d'être soulevée par cette résolution judiciaire, faisant appel aux grandes déclarations de droits. La Charte canadienne connaît aussi quelques subtilités d'application qu'il est inévitable d'interroger avant d'aller plus avant dans l'analyse précise du cas qui nous occupe : celle de l'applicabilité de la Charte à un conflit purement privé.

2 Applicabilité des Chartes et conventions à l'alerte privée

840. Problème des conflits purement privés. Contrairement au problème précédent de la hiérarchisation des droits fondamentaux, qui partait des analyses faites dans le cadre de la Convention européenne, c'est cette fois-ci la Charte canadienne qui pourrait poser des difficultés d'applicabilité à la situation qui nous occupe. En effet, la façon dont nous avons choisi de traiter la question des lanceurs d'alerte, en se plaçant exclusivement du point de vue d'un employé du secteur privé – et par extension celui d'un particulier en tant que personne privée – signifie que ce dernier est en conflit avec l'entreprise qui l'emploie, gardienne de l'information économique ayant fait l'objet d'une révélation. À aucun moment l'État, une entreprise publique ou un fonctionnaire ne sont impliqués dans cette configuration. Cela signifie que le conflit reste entre personnes purement privées. Or, la Cour suprême a très tôt considéré que la Charte canadienne n'était pas applicable dans ce type de contexte²⁹⁶⁷. En effet, la Cour suprême a déduit de l'art. 32 de la Charte canadienne que les personnes morales de droit privé, ne mettant pas en œuvre l'action de l'État, ne sont pas soumises à la Charte²⁹⁶⁸. Au contraire, ce n'est pas un problème qui a fait couler beaucoup d'encre dans le cadre de la Convention européenne. On a admis, là aussi assez rapidement, que celle-ci pouvait s'appliquer dans les conflits d'ordre privés, où la violation d'un droit fondamental n'était pas le fait de l'État.

²⁹⁶⁷ A. MORIN, préc., note 2854, n°30.

²⁹⁶⁸ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 35.

Donc, à l'inverse de ce qui a précédé à propos de la hiérarchisation des droits, la difficulté d'applicabilité provient de la Charte canadienne. Il s'agira alors cette fois-ci de considérer les solutions trouvées en Europe pour pallier cette difficulté, pour réfléchir à une éventuelle adaptation au contexte canadien. Néanmoins, une telle transposition n'est pas non plus souhaitable ici à nouveau. Non seulement elle ne respecterait pas le contexte culturel de l'adoption de la Charte canadienne, mais encore, le système juridique canadien n'est pas dépourvu de toute solution qui permettrait de contourner le problème. Ainsi, après une présentation de la difficulté posée par l'applicabilité restreinte de la Charte canadienne (2.1), nous envisagerons les palliatifs qui peuvent être appliqués pour contourner, du moins atténuer la difficulté (2.2).

2.1 Exclusion des conflits purement privés au Canada

841. Divergence des solutions européenne et canadienne. La Cour suprême est assez catégorique sur le sujet : on ne peut pas appliquer la Charte canadienne dans le cadre de conflits d'ordre purement privés, ne faisant pas intervenir, de près ou de loin, l'État sous ses différentes formes. Pour comprendre une telle solution, il convient de revenir d'abord sur les circonstances dans lesquelles la Charte canadienne a été reconnue comme applicable. À ce sujet, il existe une convergence des systèmes canadien et français/européen, dans la mesure où les deux admettent de faire produire à un effet vertical à leur déclaration de droits à valeur supralégislative (2.1.1). Mais c'est grâce à cet éclairage que l'on parvient à comprendre pourquoi, au contraire, la Cour suprême a refusé très tôt d'étendre les effets de la Charte dans les conflits purement privés. Il n'en ressortira que plus encore à quel point cette solution diverge de celle retenue par la Cour européenne, qui a fait le choix de faire produire un effet horizontal à la Convention qu'elle interprète. Cette méthode interprétative coupe court également au débat, mais dans un sens opposé, en permettant finalement à la Convention européenne d'être applicable dans n'importe quel conflit (2.1.2).

2.1.1 Convergence vers la reconnaissance d'un effet vertical

842. Cadre du domaine d'application de la Charte. La question de l'application de la Charte canadienne est en partie régie par son art. 32(1), qui dispose que :

« La présente charte s'applique :

- a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest;
- b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. »

D'après ce dernier, on peut en déduire les entités qui sont clairement soumises à la Charte dans leurs actions. Cela concerne sans aucun doute les Parlements, le Gouvernement, mais aussi, nous le verrons, les tribunaux.

843. Application de la Charte aux législateurs canadiens. D'après l'art. 32(1) de la Charte canadienne, les Parlements fédéral, provinciaux et territoriaux sont tous tenus de respecter le contenu de la Charte. De façon claire, les divers pouvoirs législatifs canadiens sont soumis à la Charte, ce qui signifie que les lois qu'ils adoptent se doivent aussi de respecter la Charte canadienne²⁹⁶⁹. Ainsi, cette dernière s'affranchit-elle du partage des compétences entre législature provinciale et fédérale²⁹⁷⁰. D'après l'art. 52(2) de la *Loi constitutionnelle*²⁹⁷¹, la Charte canadienne est comprise dans la Constitution formelle du Canada²⁹⁷², ce qui lui confère certainement une valeur supralégislative²⁹⁷³. Sa valeur constitutionnelle la place au même niveau que les dispositions relatives au partage des compétences, contenues elles aussi dans la *Loi constitutionnelle* canadienne²⁹⁷⁴. Ces dispositions ne peuvent avoir pour effet de réduire le champ d'application de la Charte²⁹⁷⁵ ni de dénaturer le partage des compétences²⁹⁷⁶. Cette place dans la hiérarchie des normes explique aussi pourquoi le produit du travail des différents législateurs doit se conformer à la Charte canadienne²⁹⁷⁷. Dans cette perspective, cela signifie que toute loi susceptible de porter atteinte aux droits et libertés d'une personne privée peut être contestée par cette dernière en justice. Il n'y a ici pas de difficulté dans l'application verticale de la Charte canadienne.

844. Application de la Charte au Gouvernement et à l'administration. La lecture de l'art. 32(1) de la Charte canadienne permet aussi de s'assurer qu'elle s'applique également aux pouvoirs exécutifs fédéral et provinciaux²⁹⁷⁸. Si l'on combine l'art. 32(1) de la Charte canadienne avec l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle*, il est certain que le caractère supra-législatif de la Charte s'impose aux actes gouvernementaux. La hiérarchie des normes emporte

²⁹⁶⁹ N. DUPLE, préc., note 612, p. 518.

²⁹⁷⁰ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.3.

²⁹⁷¹ Art. 52(2) de la *Loi constitutionnelle*, préc., note 430 :

« La Constitution du Canada comprend :

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi ;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe ;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b). »

²⁹⁷² H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.3 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°3.

²⁹⁷³ A. MORIN, *id.*

²⁹⁷⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 430, art. 91 et 92.

²⁹⁷⁵ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.3 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°4.

²⁹⁷⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *id.*, n°XII-2.3 ; A. MORIN, *id.*, n°4.

²⁹⁷⁷ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *id.*, n°XII-2.6 ; A. MORIN, *id.*, n°3.

²⁹⁷⁸ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *id.*, n°XII-2.24 ; N. DUPLE, préc., note 612, p. 522 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°10.

nécessairement l'obligation pour le Gouvernement des textes qui sont hiérarchiquement supérieurs aux décisions qu'il prend²⁹⁷⁹. Ainsi, les établissements publics²⁹⁸⁰, les fonctionnaires²⁹⁸¹, plus généralement toutes les entités sur lesquelles le Gouvernement exerce un contrôle plus ou moins strict²⁹⁸², mais aussi à plus petite échelle les municipalités²⁹⁸³, bref tout acte qui relève de l'action directe du pouvoir exécutif fédéral ou provincial entre dans le spectre d'applicabilité de la Charte canadienne. Celle-ci s'applique donc tant aux acteurs ou entités gouvernementaux par nature²⁹⁸⁴, selon une approche institutionnelle de la notion de gouvernement²⁹⁸⁵, qu'aux actions relevant d'une des missions associées traditionnellement au Gouvernement ou bien mettant en œuvre une politique gouvernementale²⁹⁸⁶ :

« Il se peut très bien, en effet, que des entités données soient assujetties à un examen fondé sur la Charte relativement à certaines fonctions gouvernementales qu'elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme « gouvernementales ». »²⁹⁸⁷

Bref, la Cour suprême a une interprétation large de ce que peut constituer une action gouvernementale, ce qui peut aussi concerner des entités qui ne sont pas par nature attachées au Gouvernement au sens institutionnel, comme c'est le cas par exemple avec une commission scolaire²⁹⁸⁸ ou une commission de transport²⁹⁸⁹.

845. Application de la Charte aux tribunaux. Si le sort des actions législatives et gouvernementales était directement réglé par l'art. 32 de la Charte canadienne, le pouvoir judiciaire n'y est pas cité²⁹⁹⁰, ce qui laissait sans réponse la question de savoir si les tribunaux devaient aussi se soumettre à l'autorité de cette Charte. La question n'était pas anodine, car cela impliquait de savoir si la *common law*, pré carré des juges dans lequel ils peuvent exprimer tout

²⁹⁷⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.23.

²⁹⁸⁰ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 2969, par. 34 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°12.

²⁹⁸¹ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, 1077 (fonctionnaire chargé d'une mission d'arbitrage en vertu de la loi) ; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 36, n°XII-2.26 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°10.

²⁹⁸² *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, 248 et 249.

²⁹⁸³ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1247, par. 50 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°14.

²⁹⁸⁴ *Id.*, par. 47.

²⁹⁸⁵ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.28.

²⁹⁸⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *id.*, n°XII-2.29 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°18 ; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, 274 ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 2968, par. 41. À l'inverse, un hôpital adoptant une politique de mise à la retraite ne met pas en œuvre l'action du gouvernement : *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, 516.

²⁹⁸⁷ *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1247, par. 47.

²⁹⁸⁸ *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°15.

²⁹⁸⁹ *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295.

²⁹⁹⁰ A. MORIN, préc., note 2854, n°25.

leur pouvoir d'interprétation, était également soumise à une obligation de conformité à la Charte canadienne²⁹⁹¹. La Cour suprême a fait le point sur la question :

« Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte*. »²⁹⁹²

Ainsi, même s'ils ne sont pas strictement mentionnés par l'art. 32 de la Charte canadienne, il ne fait pas de doute que les tribunaux sont également soumis à cette dernière. La solution contraire reviendrait à placer les tribunaux, dans leur jurisprudence et leur comportement, au-dessus des prescriptions de la Charte canadienne, ce qui reviendrait à faire d'eux les organes suprêmes de la hiérarchie des normes au Canada²⁹⁹³. D'ailleurs, l'art. 52(1) de la *Loi constitutionnelle*²⁹⁹⁴ impose une telle affiliation des tribunaux au respect de la Charte : en disposant que « la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada », cela inclut nécessairement la Charte canadienne et impose aux tribunaux le respect de celle-ci. En outre, cette valeur suprême accordée à la Constitution – et par extension à la Charte – « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »²⁹⁹⁵ En outre, exonérer les tribunaux du respect de la Charte entrerait en contradiction leur rôle démocratique et le caractère public de la justice²⁹⁹⁶, qui en fait en principe l'affaire de tous. Aucun doute, les tribunaux et la *common law*²⁹⁹⁷ sont eux aussi assujettis au respect du contenu de la Charte.

Pour se rendre compte de la nécessité d'une telle solution, prenons l'exemple de l'arrêt *N. S.*²⁹⁹⁸ Il s'agissait en l'espèce du procès de deux hommes au cours duquel la victime de ces derniers devait venir témoigner. Celle-ci portait le niqab. Or, le port de ce signe religieux posait un problème de conflits de droits au moment de livrer sa déposition²⁹⁹⁹ : soit elle le gardait et les accusés pouvaient se plaindre de ne pas avoir eu un procès équitable, faute de pouvoir

²⁹⁹¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.37 ; N. DUPLE, préc., note 612, p. 530.

²⁹⁹² *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527, 600.

²⁹⁹³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.36 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°25.

²⁹⁹⁴ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 430, art. 52(1).

²⁹⁹⁵ *Id.*

²⁹⁹⁶ *R. c. N. S.*, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 78.

²⁹⁹⁷ A. MORIN, préc., note 2854, n°9.

²⁹⁹⁸ *R. c. N. S.*, préc., note 2996.

²⁹⁹⁹ *Id.*, par. 2.

s'assurer de la sincérité de ses propos ; soit elle était contrainte de le retirer, ce qui aurait provoqué une atteinte à sa liberté de religion. Le problème de l'application de ces deux droits prenait sa source uniquement dans le seul choix de la cour d'imposer le retrait du niqab au témoin ou non. Ce n'était donc pas les règles de droit elles-mêmes qui faisaient difficulté, mais le choix opéré par les magistrats d'en retenir une au détriment de l'autre. Si les tribunaux n'avaient pas été tenus de respecter la Charte, il aurait été possible que ni l'un ni l'autre de ces deux droits n'aient été appliqués et respectés. Les effets d'une décision de justice sur l'effectivité des droits constitutionnels justifient en soi la soumission des juridictions à la Charte.³⁰⁰⁰ Une telle décision le montre, les juges ne peuvent s'affranchir de considérer les effets de leur décision sur les droits fondamentaux.

846. Application institutionnelle de la Charte. Les décisions produites par la Cour suprême indiquent une vision très claire de la conception qu'elle se fait de la Charte canadienne : elle semble y voir un outil destiné essentiellement aux pouvoirs institutionnels de l'État, que sont le législateur, l'exécutif et le juge. C'est donc une approche très étatique, très verticale des finalités de la Charte, qui apparaît destinée surtout à protéger les personnes contre les potentiels excès d'un État qui deviendrait trop autoritaire. Le contexte historique de l'adoption de la Charte canadienne peut aussi amener quelques éléments de réponse expliquant un tel choix. Celle-ci a été conçue à la suite, et peut-être aussi en réaction à un référendum à l'initiative du Québec, invitant les résidents de cette province à se prononcer pour ou contre son indépendance. Face à un risque de démantèlement de la fédération canadienne, il a été jugé souhaitable d'établir les grandes valeurs du pays, afin de recréer l'union qui a semblé un temps menacé. La Charte canadienne est donc aussi un instrument politique de réaffirmation de l'unité de la nation canadienne. Dans cette perspective, il peut sembler logique qu'elle soit aussi destinée aux institutions communes à l'ensemble du pays que sont les trois pouvoirs identifiés par Montesquieu. L'application aux conflits privés pourrait au contraire représenter un risque de dilution et d'étiollement du lien entre les citoyens du pays. La vision unitaire qui a inspiré la conception de cette Charte se prolonge dans l'application qui en est faite.

847. Effet vertical de la Convention européenne. En étudiant l'applicabilité de la Charte canadienne, nous avons remarqué précédemment qu'elle faisait l'objet d'une vision très verticale, en tant qu'outil de la régulation de l'action publique³⁰⁰¹. La Convention européenne

³⁰⁰⁰ *Id.*, par. 36.

³⁰⁰¹ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCZAK, préc., note 1527, n°134, p. 70.

a également été conçue à cette fin. Les États restent les principaux « débiteurs »³⁰⁰² des obligations nées de celle-ci³⁰⁰³. L'expression « effet vertical » d'un texte européen est employée en France pour décrire la situation dans laquelle « la permission d'agir du bénéficiaire correspond à une obligation de la puissance publique »³⁰⁰⁴, ce qui rapproche grandement de l'approche retenue du rôle devant être joué par la Charte canadienne. À ce titre, la Convention européenne des droits l'homme impose, elle aussi, aux États de s'abstenir de nuire à la jouissance des droits fondamentaux, en empêchant l'exercice d'une manière qui les rendrait ineffectifs³⁰⁰⁵. En tant que dépositaire de la puissance publique, l'État se doit de garantir les droits de toutes les personnes se trouvant sur son territoire, quelle que soit leur nationalité³⁰⁰⁶, ce qui peut signifier s'abstenir d'intervenir dans leur exercice. En ce sens, la vision de l'applicabilité de la Convention européenne ne diffère pas sensiblement de celle retenue à l'égard de la Charte canadienne. Dans les deux cas, les grandes déclarations de droits sont perçues comme des contrepoids à la puissance publique, garants des potentiels usages excessifs du monopole de la violence légitime³⁰⁰⁷. Ainsi, de la même manière qu'au Canada dans le cadre de la Charte, le respect des dispositions de la Convention européenne s'impose à toutes les entités de l'État, dans sa fonction législative, exécutive ou judiciaire. La différence tient ici au fait que l'on ne fait pas nécessairement la distinction entre les actions des divers corps de l'État. Contrairement au contexte canadien, l'implication de la Convention européenne induit que la garantie des droits de ne s'organise pas uniquement dans l'ordre juridique interne. Malgré l'effet direct³⁰⁰⁸ de cette convention dans l'ordre juridique interne, qui permet à tout justiciable de se saisir de ses dispositions pour contester la conformité d'une norme interne à celles-ci³⁰⁰⁹, elle demeure un instrument supranational. Sur la scène internationale, l'État est celui qui doit rendre compte du non-respect des conventions qu'il a signé. Il y est indivisible et « fait écran aux parties qui le composent »³⁰¹⁰. Ainsi, que la violation d'une disposition de la Convention européenne soit le fait du législateur, d'un établissement public, d'un fonctionnaire ou d'une

³⁰⁰² *Id.*, n°124, p. 66.

³⁰⁰³ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°129, p. 107 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°124, p. 66 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°66, p. 110.

³⁰⁰⁴ Xavier BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6e éd., Paris-La Défense, LGDJ, 2020, n°319, p. 171.

³⁰⁰⁵ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°124, p. 66.

³⁰⁰⁶ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°66, p. 110.

³⁰⁰⁷ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°124, p. 66.

³⁰⁰⁸ Art. 1^{er} de la Convention européenne : « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention ». X. BIOY, préc., note 3004, n°196, p. 108 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°121, p. 189.

³⁰⁰⁹ X. BIOY, préc., note 3004, n°196, p. 108 ; L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°528, p. 463.

³⁰¹⁰ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°126, p. 67.

collectivité territoriale, l'État est le seul qui devra répondre de la violation. Il faut bien le dire, cela simplifie grandement les questions d'applicabilité de la Convention européenne.

848. Consensus quant à l'effet vertical. La Charte canadienne et la Convention européenne partagent donc en partie le même rôle : celui de contrôler et limiter l'action publique, de sorte que les droits fondamentaux soient effectivement sauvegardés. En revanche, il n'est pas fait mention des personnes privées à l'art. 32 de la Charte canadienne. Cela a soulevé légitimement la question de savoir si ces dernières étaient elles aussi débitrices de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, dans leurs rapports interindividuels. Sur cette question, le droit canadien et le droit français ont fourni des réponses tout à fait divergentes, le premier refusant une telle extension, le second n'y voyant pas d'objection. Les deux réponses radicalement opposées fournies par les deux ordres de juridiction méritent d'y revenir, pour mieux les comprendre.

2.1.2 Divergence quant à l'admission de l'effet horizontal des Charte et Convention

849. Interventions judiciaires. Si la réponse à la question de l'applicabilité de la Charte canadienne aux conflits privés est désormais acquise, elle n'a pas été acquise d'emblée. La Cour suprême a dû la trancher (2.1.1.1). Au contraire la Cour européenne n'a pas émis d'objection à l'application de la Convention dans les conflits purement privés. Il faut dire que cette dernière offre un peu plus de clarté que la question. Pour autant, cela ne signifie pas qu'un particulier peut agir en justice devant la Cour européenne contre une autre personne privée ayant bafoué l'un de ses droits garantis. L'effet horizontal reste adouci par le jeu des règles du droit international, plaçant tout de même l'État aux avant-postes, comme celui responsable des violations constatées même dans un cadre purement privé (2.1.1.2).

2.1.2.1 Le débat sur l'application de la Charte aux conflits purement privés

850. Données du problème. Dans cette hypothèse, la question est celle de savoir si les personnes privées, en tant qu'acteurs indépendants de l'un des organes que nous venons d'évoquer, sont-elles aussi tenues de respecter la Charte dans leurs actions personnelles³⁰¹¹ : serait-il possible de plaider une violation de la Charte canadienne à l'encontre d'une action d'une personne privée et ainsi engager sa responsabilité ? Dans le cas plus précis du lanceur d'alerte, pourrait-on envisager que ce dernier reproche à son employeur d'avoir violé sa liberté

³⁰¹¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.41 ; *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527, 593.

d'expression en ayant pris la décision de le congédier à la suite des révélations d'informations économiques qu'il aurait commise ?

Bien évidemment, il faut exclure le fait que le législateur ou son action est directement impliqué dans une telle situation. De même, bien que l'employeur soit une personne privée, son choix de licencier ne tombe pas dans le cadre des missions qui relèvent par nature de celles d'un gouvernement et ne met pas non plus en œuvre sa politique. Quant aux tribunaux, ils sont certes eux soumis à l'obligation de respecter la Charte, mais cela ne signifie pas pour autant que les personnes privées qui les sollicitent le sont également. Aucun des acteurs reconnus explicitement comme soumis à la Charte canadienne n'intervient dans le conflit opposant le lanceur d'alerte à son employeur, gardien légitime de l'information économique.

On pourrait régler très simplement la question en soulignant que, tout comme les tribunaux, ce n'est pas parce qu'il n'est pas fait mention des personnes privées dans l'art. 32 de la Charte canadienne que l'on ne peut pas l'appliquer à ces dernières. On pourrait trancher en faveur d'une interprétation plus généreuse encore de la Charte, de sorte qu'elle s'applique bien à l'ensemble des litiges, sans tenir compte des parties qui y sont impliquées.

851. Arguments en faveur de l'application élargie aux conflits privés. Plusieurs raisons pourraient pousser à penser que la Charte canadienne s'applique également aux conflits purement privés, ce qui obligerait tous les citoyens et les personnes morales privées à s'assujettir au respect des droits qui y sont proclamés. Un auteur en particulier a souligné les différents éléments pouvant militer en faveur d'une extension de l'application de la Charte aux personnes privées. D'abord, le contexte dans lequel cette dernière a été adoptée démontre que la question de son application aux litiges privés n'a pas du tout fait l'objet d'un consensus³⁰¹². La première mouture du texte aurait permis d'inclure les conflits purement privés dans le domaine de la Charte canadienne, mais la rédaction a été rejetée par une partie des acteurs de la négociation³⁰¹³. Le processus de rédaction a été l'objet d'un compromis entre les parties³⁰¹⁴, ce qui conduit à un texte ambigu, qui ne se positionne pas clairement quant au domaine d'application de la Charte³⁰¹⁵. Inévitablement, cela laisse à la sagesse des juges le soin de régler

³⁰¹² Dale GIBSON, « The Charter of rights and the private sector », (1982-1983) 12 *Man. L.J.* 213, 213.

³⁰¹³ *Id.*

³⁰¹⁴ *Id.*

³⁰¹⁵ *Id.*

la question³⁰¹⁶. La question n'est en tout cas pas nécessairement distinctement tranchée à l'étude de l'historique de l'art. 32 de la Charte canadienne.

Ensuite, le professeur Gibson s'appuie sur la rédaction des divers articles de la Charte canadienne pour faire valoir qu'elle n'est pas destinée uniquement aux gouvernements et parlements. En effet, plusieurs textes paraissent interpeller directement les récipiendaires des garanties proclamées. Par exemple, l'art. 2 de la Charte canadienne dispose que « chacun » bénéficie des libertés qui y sont énoncées³⁰¹⁷, ce qui ne s'adresse évidemment pas qu'aux fonctionnaires ou aux assemblées intervenant en lien avec une activité gouvernementale, comme un syndicat de fonctionnaires. Il serait d'ailleurs profondément injuste que les associations issues d'un cadre purement privé ne puissent pas bénéficier des mêmes garanties que celles émanant du gouvernement au sens large³⁰¹⁸. Le même raisonnement pourrait être tenu pour d'autres articles de la Charte canadienne³⁰¹⁹ l'art. 7 : il utilise lui aussi le terme « chacun » pour assurer le droit à la vie, à la sécurité et à la liberté. Là encore, ces concepts ont un intérêt pour toutes les personnes, sans distinction de leur statut ou du cadre dans lequel ils inscrivent leur action. Il serait profondément injuste que seuls les fonctionnaires, quand ils interviennent en tant que tels, bénéficient de ces droits. Le même raisonnement se tient pour les articles qui suivent, utilisant eux aussi le terme « chacun » pour désigner les destinataires de ces droits.³⁰²⁰ De même, l'art. 15 garantit le droit à l'égalité de tous devant la loi. Comme le souligne très justement le professeur Gibson, que resterait-il d'un tel principe si l'on pouvait distinguer entre les personnes, selon qu'elles sont en lien avec une institution publique ou privée, par exemple qu'elles se trouvent dans un établissement d'enseignement public ou privé, un hôpital public ou privé ?³⁰²¹ Pour cet auteur, ce principe d'égalité de tous devant la loi suppose que tout le monde soit également protégé par elle, quelle que soit la situation dans laquelle on se trouve, qu'elle implique la puissance publique ou non. Sans quoi, un tel principe

³⁰¹⁶ *Id.*, 214.

³⁰¹⁷ Art. 2 de la Charte canadienne ; *Id.*, 216.

³⁰¹⁸ *Id.*

³⁰¹⁹ L'art. 3 garantit le droit de vote et de se présenter aux élections fédérales comme provinciales pour tous les citoyens canadiens, ce qui s'adresse nécessairement à toutes les personnes physiques. On pourrait même dire que cela ne s'adresse qu'aux personnes physiques entendues comme citoyen canadien, le statut de fonctionnaire n'ayant aucun rapport avec la garantie de ce droit. L'art. 6 relève un peu du même esprit. En garantissant la liberté de circulation sur le territoire canadien, cela suppose la possibilité de se mouvoir. Le gouvernement ou les parlements ne sont pas intéressés par la nécessité de circuler librement. Ce texte s'adresse lui aussi directement à toutes les personnes aspirant et ayant un intérêt à cette liberté de mouvement.

³⁰²⁰ Art. 8, 9, 10, 12 et 13 de la Charte canadienne. D. GIBSON, préc., note 3012, 216.

³⁰²¹ *Id.*

ne serait qu'une coquille vide³⁰²². Ainsi, l'effectivité de l'égalité nécessite que la Charte s'applique en toutes circonstances, y compris dans les conflits purement privés.

À l'exception de l'argument posé sur la base de l'art. 15 de la Charte et le principe d'égalité qui est tout à fait pertinent et montre les limites de la distinction entre conflits purement privés et conflits impliquant des institutions publiques au sens large, on peut avoir des réserves quant à l'interprétation des expressions employées dans les divers articles de la Charte. Si effectivement on peut souhaiter que toute personne bénéficie des droits y étant proclamés, y compris les personnes morales, il s'agit ici en fait de déterminer les destinataires de la protection accordée par celle-ci. Or, la question du domaine de la Charte canadienne ne se pose pas uniquement de ce point de vue. En réalité, l'art. 32 de la Charte canadienne interroge plutôt les dépositaires de l'obligation à garantir ces droits. De ce point vu, on peut tout à fait garantir à chacun et à tous les droits et libertés de la Charte sans pour autant qu'une telle obligation retombe aussi sur les personnes privées. Simplement, une telle obligation reposera intégralement sur les épaules des institutions gouvernementales et parlementaires et non pas sur celle des citoyens. Cela aura une influence notable sur les obligations des personnes morales, notamment à garantir une forme d'expression pour les salariés et leur capacité à devenir des lanceurs d'alerte.

La situation dans laquelle cela posera néanmoins difficulté est bien celle où des entités purement privées pourraient se rendre coupables de violations de la Charte canadienne, là où par ailleurs les institutions publiques seraient astreintes aux mêmes obligations. Dans ce cas, il y aurait bien une rupture de cette fameuse égalité de tous. La jurisprudence a trouvé des parades pour contourner le problème, en permettant dans certaines circonstances de tout de même appliquer la loi dans le cadre de conflits privés. Nous reviendrons sur ces techniques ultérieurement, car elles contribuent à surmonter en partie le problème de l'inapplicabilité de la charte canadienne aux conflits purement privés³⁰²³.

Ces considérations montrent en tout cas qu'une éviction trop stricte des conflits privés du domaine de la Charte conduirait à des solutions excessives, faisant courir le risque de créer plus d'inégalité qu'elle n'en a vocation à résorber. C'est d'ailleurs la dernière critique adressée par le professeur Gibson au choix d'écarter purement et simplement les conflits privés : cela conduirait à d'incessantes difficultés d'interprétation³⁰²⁴. L'auteur avait bien anticipé

³⁰²² *Id.*

³⁰²³ *Infra*, n°863 et suiv.

³⁰²⁴ D. GIBSON, préc., note 3012, 217.

l'importante jurisprudence qui allait naître de la nécessité de savoir à quoi correspondent les notions évoquées à l'art. 32 de la Charte canadienne, particulièrement celles de « gouvernement »³⁰²⁵ et de « loi ». Pour pallier ces difficultés, la jurisprudence a utilisé plusieurs fondements différents³⁰²⁶, permettant d'élargir un peu le domaine d'application de la Charte canadienne. Mais le recours à de telles exceptions³⁰²⁷ peut aussi faire courir le risque d'un manque de lisibilité et d'uniformité dans son application, même au sein des conflits privés.

852. Solution de la Cour suprême : inapplicabilité de principe aux litiges privés.

Malgré ces objections, ce n'est pas la solution retenue par la Cour suprême. Peu de temps après l'adoption de la Charte canadienne, elle a décidé qu'une extension de son application aux conflits privés n'était pas envisageable dans son arrêt *Dolphin Delivery*³⁰²⁸. Selon la Cour, plusieurs arguments lui permettent de parvenir à une telle conclusion. D'abord, elle note un consensus en sein de la doctrine³⁰²⁹ et de la jurisprudence des cours provinciales pour affirmer l'impossibilité d'appliquer cette déclaration solennelle aux personnes privées³⁰³⁰.

853. Analyse de l'art. 32 de la Charte canadienne. Ensuite, la Cour suprême s'emploie à faire l'exégèse de l'art. 32 de la Charte canadienne pour en conclure que cette dernière n'est pas applicable aux conflits purement privés. En effet, elle considère que cet article, comme nous l'avons décrit, ne s'adresse qu'aux entités gouvernementales et au Parlement³⁰³¹. Plus précisément, la juxtaposition des termes « Parlement » et « gouvernement » permet de comprendre que les deux entités ne sont pas assimilées³⁰³². Mais cela signifie aussi que le législateur a clairement eu la volonté d'adresser cette Charte aux corps de l'État, et seulement à eux. Et à la Cour suprême de conclure :

« J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable, peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme

³⁰²⁵ *Id.* On peut le voir aussi à travers les importants développements consacrés à la jurisprudence interprétative de la notion de « gouvernement » dans les écrits doctrinaux récents : H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.23 à XII-2.35 ; N. DUPLE, préc., note 612, p. 522 à 525 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°10 à 24.

³⁰²⁶ A. MORIN, *id.*, n°25.

³⁰²⁷ *Id.*

³⁰²⁸ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527, 597.

³⁰²⁹ À l'exception de quelques auteurs : *supra*, n°847.

³⁰³⁰ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527, 597.

³⁰³¹ *Id.*, 598.

³⁰³² *Id.*

dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils sont inconstitutionnels. »³⁰³³

On peut alors dire que cette énumération a, d'une certaine façon, pour effet de circonscrire les entités soumises à la Charte. Ne présentant pas de signe que la liste de l'art. 32 de la Charte canadienne serait non exhaustive³⁰³⁴ et ne trouvant pas d'autres articles susceptibles de motiver une extension de son sens, comme cela a été le cas pour les tribunaux avec l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle*³⁰³⁵, il faut en conclure avec la Cour suprême que la Charte canadienne n'a pas vocation à s'appliquer dans les conflits purement privés.

854. Risque d'augmentation du contentieux. Un autre argument, plus insidieux et peut-être moins légitime, revient à dire qu'étendre l'application de la Charte canadienne à des litiges purement privés ferait courir le risque d'une augmentation considérable du contentieux³⁰³⁶. On a un peu plus de mal à y voir une difficulté. D'une part, l'application directe de la Charte canadienne aux conflits purement privés ne sera pas forcément synonyme d'une addition des contentieux. À côté d'un argument au soutien de la demande (ou en défense) fondé sur la règle de droit spécifiquement applicable au litige, on pourrait envisager que les parties en fondent un autre sur la Charte. Cela ne signifierait pas nécessairement une multiplication des litiges, mais plutôt une complexification de ces derniers. D'autre part, si l'on compare avec la France, l'avènement de l'applicabilité de la Convention européenne n'a pas été forcément l'occasion d'un débordement du contentieux. En tout cas, les problèmes d'allongement des délais de traitements des dossiers ne sont pas nécessairement dus à la possibilité pour les justiciables de se prévaloir directement de la Convention européenne pour faire valoir des violations des droits que d'autres particuliers pourraient leur avoir causés.

855. Finalité de la Charte canadienne. Enfin, elle fait valoir que le destinataire premier de ce texte est le gouvernement. À notre sens, c'est l'argument le plus convaincant de ceux avancés par les juges.

L'objectif ultime de ce type de déclaration « vise à imposer des restrictions à l'action du gouvernement et à protéger les particuliers. Elle n'est pas destinée, en l'absence d'une action gouvernementale quelconque, à être appliquée aux litiges privés. »³⁰³⁷ Il s'agit d'un document

³⁰³³ *Id.*, 598 et 599.

³⁰³⁴ A. MORIN, préc., note 2854, n°10.

³⁰³⁵ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 430, art. 52.

³⁰³⁶ *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, [1985] 1 C.F. 269.

³⁰³⁷ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527, 593.

constitutionnel, adossé à la *Loi constitutionnelle* de 1867³⁰³⁸. Or, la Constitution régit verticalement les rapports entre l'État et les citoyens. Elle a pour principale fonction de régir les rapports des institutions étatiques entre elles et des institutions avec les citoyens³⁰³⁹. Il ressort de l'argumentaire de la Cour suprême que la Constitution – et par extension la Charte canadienne – a vocation à encadrer l'action gouvernementale, pour éviter que les droits individuels ne soient bafoués et non pas de régir les rapports des personnes privées entre elles. La Cour suprême avait déjà adopté ce point de vue dans l'arrêt *Hunter c. Southam* :

« La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. »³⁰⁴⁰

De même, la cour fédérale du Canada avait déjà soutenu une telle interprétation, en reprenant les propos de la doctrine :

« À la suggestion que la *Charte* peut s'appliquer aux activités de particuliers, sans lien avec le gouvernement, on peut répondre automatiquement qu'une charte des droits lie les gouvernements et non les particuliers. Telle est la nature d'un document constitutionnel : établir la portée des pouvoirs gouvernementaux et exposer les conditions des relations entre les citoyens et l'État et entre les divers organes du gouvernement. Le but d'une charte des droits est de régir les rapports entre un particulier et gouvernement en rendant invalides les lois et les mesures gouvernementales qui empiètent sur les droits garantis par le document, les rapports entre les particuliers étant laissés aux codes des droits de la personne, aux autres lois et aux recours de la "common law". »³⁰⁴¹

Ainsi, il n'est pas seulement question de respecter les objectifs de la Charte canadienne, qui serait de régir les rapports des particuliers avec le gouvernement, mais d'une certaine manière de respecter la division entre droit public et droit privé. Les deux ordres ne peuvent pas être régis par le même type de législation, les enjeux n'étant effectivement pas tout à fait les mêmes. Dans une volonté de respecter aussi les règles civiles applicables aux règlements des litiges privés, on peut comprendre que la Cour suprême ait considéré nécessaire de limiter les effets de la Charte canadienne. Celle-ci ne devrait pas constituer un succédané permettant de contourner le droit applicable au litige purement privé.

³⁰³⁸ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 430.

³⁰³⁹ D. GIBSON, préc., note 3012, 215.

³⁰⁴⁰ *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 621, 156.

³⁰⁴¹ *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, préc., note 3036 ; *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527, 596.

Dans l'arrêt *Stoffman*³⁰⁴² encore, la Cour suprême a encore rappelé, en des termes très explicites, pourquoi la Charte canadienne ne pouvait s'appliquer aux conflits privés et ne s'adressait qu'au gouvernement. Plusieurs raisons motivent une telle interprétation :

« Parmi celles-ci, on note les liens historiques entre les déclarations des droits et les luttes pour restreindre le pouvoir exceptionnel du gouvernement d'imposer sa volonté aux individus ou groupes minoritaires; la croyance que les valeurs qu'une déclaration des droits vise à promouvoir et à protéger peut se réaliser mieux et de manière plus souple dans le domaine privé, si on s'en remet aux divers organismes administratifs ou quasi judiciaires spécialisés qui sont tenus et capables de traiter de la discrimination dans des contextes sociaux et économiques particuliers; la crainte concomitante qu'une déclaration des droits d'application générale aurait un effet trop paralysant sur la confiance qui est essentielle au véritable exercice de la liberté individuelle qu'une charte des droits vise à protéger; et le lourd sinon impossible fardeau que l'application de la *Charte* aux actions de nature privée imposerait aux tribunaux. »³⁰⁴³

Ce passage résume bien les diverses objections qui nous avons évoquées, notamment relativement à la finalité des normes constitutionnelles et aux risques d'explosion du contentieux basé sur une violation de la Charte canadienne. On remarque toutefois que l'argument historique demeure prééminent. Cela dénote aussi une vision bien ancrée du texte constitutionnel qui, d'après la Cour suprême, ne semble pas s'adresser à tous les citoyens canadiens. Cela confirme une approche assez verticale de la finalité de ce texte qui n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'un des fondements reconnus de la liberté d'expression : la suspicion à l'égard du gouvernement³⁰⁴⁴. D'une certaine façon, on y retrouve l'idée d'une méfiance à l'égard de l'État régulateur, dont les lois pourraient implicitement conduire à une réduction des libertés individuelles, au nom du contrôle et du maintien de l'ordre. Les droits fondamentaux auraient alors pour finalité de maintenir dans des limites raisonnables de telles velléités. Par comparaison, les risques de débordement provenant des entités privées seraient moindres, ce qui expliquerait en quoi il n'est pas nécessaire d'étendre l'obligation de respecter la Charte canadienne aux personnes privées. Peut-être l'argument est-il peu désuet, à l'heure où le spectre de l'autoritarisme paraît bien lointain. Surtout, on peut se demander si certains conflits purement privés ne seraient pas de nature à faire naître quelques inquiétudes en termes de droits et libertés, qui mériteraient de les confronter aux analyses de la Charte canadienne. Le cas du lanceur d'alerte en est un. Les conséquences de son choix de s'exprimer peuvent être très néfastes pour lui, non seulement dans l'immédiat, mais aussi à plus long terme. Outre la perte de son emploi, celui-ci court aussi le risque de subir des pressions et des menaces, de

³⁰⁴² *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, préc., note 2986.

³⁰⁴³ *Id.*, 505 et 506.

³⁰⁴⁴ *Supra*, n°503.

rencontrer des difficultés à en retrouver un, d'avoir du mal à restaurer sa réputation... La façon dont on peut lui « faire payer » sa prise de parole est de nature à soulever des inquiétudes très concrètes. Les traiter à travers le prisme de la Charte canadienne n'est pas seulement de nature à assurer une protection effective des droits du lanceur d'alerte, mais aussi l'occasion de réaffirmer de manière solennelle les valeurs qu'une société souhaite défendre et promouvoir. Un conflit privé peut aussi en être l'occasion.

856. Confirmation de la solution. Quoi qu'il en soit, la Cour suprême a confirmé cette solution par la suite, la rendant définitivement acquise. Par exemple, à propos d'un conflit au sein d'un couple sur le sort réservé à la grossesse de la demanderesse, la Cour suprême a considéré que l'art. 7 de la Charte canadienne n'était pas applicable au litige³⁰⁴⁵. Ce dernier n'impliquait ni une action gouvernementale ni aucune loi qui aurait porté atteinte aux droits des parties³⁰⁴⁶. De même, des agents de sécurité d'une gare routière ne sont pas soumis au respect de la Charte lorsqu'ils procèdent à l'ouverture et à la fouille d'un casier dont il se dégage une odeur de marijuana³⁰⁴⁷. Bien sûr, cette exclusion de la Charte canadienne des conflits privés ne signifie pas que les personnes sont délestées d'une partie de leur responsabilité. Elles demeurent soumises à l'ensemble des autres règles de droit nationales.

857. Remède à l'inapplicabilité de la Charte canadienne. Bien sûr, une telle solution interroge sur la possibilité de recourir à la Charte canadienne pour protéger les droits du lanceur d'alerte dans les cas où il révèle une information économique. La situation implique à la fois le droit à la confidentialité de la personne morale liée au secret et la liberté d'expression du lanceur d'alerte, particulièrement quand celle-ci est menacée par des mesures de rétorsion. Si l'on suit le raisonnement de la Cour suprême, on ne pourrait pas régler juridiquement ce conflit par le fondement de la Charte canadienne, car ni l'action du lanceur d'alerte ni celle de la personne morale qui l'emploie ne sont assimilables à une intervention législative ou gouvernementale.

Avant d'en conclure toutefois que l'analyse judiciaire ne peut rien pour le lanceur d'alerte, prenons le temps de nous tourner vers la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci n'a pas retenu la même solution quant à son applicabilité, ce qui maintient la pertinence de vouloir résoudre la question du conflit entre le lanceur d'alerte et son employeur sur la base des droits fondamentaux.

³⁰⁴⁵ *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, 571.

³⁰⁴⁶ *Id.*

³⁰⁴⁷ *R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 28.

2.1.2.2 Le choix explicite de l'effet horizontal de la Convention européenne

858. Addition de l'effet horizontal. Contrairement à ce qui a été décidé au Canada, l'application de la Convention européenne ne se limite pas à cet effet vertical. La reconnaissance de son effet direct signifie qu'elle ne se contente pas d'être un instrument de régulation de la vie publique, mais qu'elle peut s'immiscer aussi dans les rapports entre les personnes. C'est ce qu'on appelle l'« effet horizontal des droits fondamentaux »³⁰⁴⁸, qui permet d'appliquer ces derniers, y compris dans les litiges entre particuliers³⁰⁴⁹, n'impliquant pas l'intervention d'une entité étatique sous une quelconque forme. On est donc bien dans le cadre de la même hypothèse que celle ayant soulevé difficulté dans le cadre de la Charte canadienne. Cependant, la solution inverse a été retenue dans le cadre de la Convention européenne : on admet qu'elle peut s'appliquer dans le cadre de litiges purement privés. Cela signifie qu'elle ne joue pas qu'un rôle de pur contrôle du pouvoir étatique. En admettant un tel effet horizontal, cela implique qu'elle peut aussi influencer l'interprétation du règlement des conflits purement civils³⁰⁵⁰. Les droits fondamentaux n'ont pas qu'une fonction d'encadrement, mais également de direction, de contextualisation des litiges privés. L'effectivité des droits fondamentaux est donc complète³⁰⁵¹, puisqu'aucun litige n'est exclu de leur implication.

859. Mise en œuvre de l'effet horizontal. L'admission de l'effet horizontal doit tout de même être expliquée et nuancée. En droit interne, cela signifie que les parties à un conflit purement privé peuvent se fonder sur un des articles de la Convention européenne pour obtenir gain de cause³⁰⁵², sans qu'il soit nécessaire que le litige aboutisse devant la CEDH. Cela confère à la Convention européenne un certain effet horizontal, applicable entre les personnes privées³⁰⁵³. C'est une des conséquences de l'effet direct. Mais l'effet horizontal lui est visible lorsque le conflit s'exporte devant la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ce cas, ce dernier reviendrait à ouvrir la possibilité d'exercer un recours devant cette Cour, en impliquant nominativement une ou plusieurs autres personnes privées. Or, ce n'est pas la solution qui est retenue en réalité. On l'a dit, les États sont les principaux dépositaires des obligations nées de la Convention européenne en tant que signataires³⁰⁵⁴, et non les particuliers. Ce sont les seuls

³⁰⁴⁸ X. BIOY, préc., note 3004, n°319, p. 171.

³⁰⁴⁹ *Id.*, n°319, p. 171 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°164, p. 253 et 254.

³⁰⁵⁰ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°135, p. 70.

³⁰⁵¹ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°164, p. 254.

³⁰⁵² P. DEUMIER, préc., note 2801, n°329, p. 299 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°135, p. 70.

³⁰⁵³ Dean SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, coll. Droit et justice, n°14, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1995, p. 30.

³⁰⁵⁴ *Supra*, n°847.

qui peuvent être impliqués devant cette cour³⁰⁵⁵, en application de l'art. 1^{er} Conv. EDH lui-même. Selon ce dernier, ce sont bien les États qui sont astreints à reconnaître – et donc garantir – les droits qui y sont proclamés : « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I » de la Convention européenne. Cela signifie bien que seuls les États sont tenus potentiellement responsables des violations des droits fondamentaux, qu'ils en soient directement la cause ou non. Une telle solution est d'autant plus logique que la Convention européenne place les enjeux de son applicabilité sur le plan international, où les particuliers ne sont que rarement des acteurs majeurs, contrairement aux États, principaux débiteurs des obligations à ce niveau³⁰⁵⁶. C'est en tout logique qu'« un [droit fondamental] ne permet pas en tant que tel à une personne A d'exiger tel ou tel comportement d'une personne B »³⁰⁵⁷. D'un point de vue procédural³⁰⁵⁸, c'est bien la responsabilité de l'État qui est engagée, ce qui ne permet pas de préjuger des règles de fond quant à l'applicabilité de la Convention européenne. Ainsi, du seul point de vue procédural, seul l'État peut être attrait devant la CEDH, même dans le cadre d'un conflit purement privé, ce qui dénote bien la présence d'un certain effet horizontal³⁰⁵⁹. Sans compter que l'art.34 de la Convention européenne précise bien que les recours doivent être exercés à l'encontre d'un État. Seulement, ce ne sont pas ses propres actions qui sont contestées devant la Cour européenne, mais le fait de n'avoir pas empêché une violation d'un droit, qu'il a en principe la charge de garantir. C'est donc une « défaillance du droit interne »³⁰⁶⁰ qui est au centre des débats. La violation est due d'une part à l'inaction de l'État³⁰⁶¹, c'est-à-dire que ce dernier n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'empêcher. La Cour européenne a très tôt reconnu cette possibilité, par le jeu de l'interprétation de l'art. 1^{er} de la Convention européenne : « quand la violation de l'un d'eux [les droit et libertés reconnus] dérive d'un manquement du législateur national à cette obligation, la responsabilité en incombe à l'État. »³⁰⁶² D'autre part, l'État peut être tenu responsable de violations des droits fondamentaux perpétrées par des particuliers lorsque c'est

³⁰⁵⁵ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°135, p. 70 ; D. SPIELMANN, préc., note 3053, p. 41.

³⁰⁵⁶ D. SPIELMANN, préc., note 3053, p. 42.

³⁰⁵⁷ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°127, p. 106.

³⁰⁵⁸ D. SPIELMANN, préc., note 3053, p. 42.

³⁰⁵⁹ *Id.*, p. 34.

³⁰⁶⁰ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°164, p. 254.

³⁰⁶¹ *Id.*, n°165, p. 255.

³⁰⁶² *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, n°7601/76 et 7806/77, série A n°44, par.49.

sa législation qui l'a rendue possible³⁰⁶³. Dans ce cas, le professeur Sudre parle dans ce cas de « caution de l'État »³⁰⁶⁴.

860. Effet horizontal indirect. Cet effet horizontal est garanti pour tous les droits³⁰⁶⁵. Il a pour effet de reporter la responsabilité de la violation des droits fondamentaux sur l'État, qui sera finalement le seul et unique débiteur des obligations nées de la Convention européenne³⁰⁶⁶. Les personnes privées ne sont *in fine* jamais celles qui doivent rendre compte de violations de la Convention, même si ce sont elles seules qui sont concernées par les faits. En conséquence, l'effet horizontal n'est pas total, ce qui a invité les auteurs à parler d'effet horizontal indirect³⁰⁶⁷. Le terme est particulièrement bien choisi, car la configuration des litiges implique que la Cour européenne ne peut pas faire produire directement un effet horizontal à ses décisions³⁰⁶⁸. Elle ne peut le faire que de façon indirecte, par le biais du recours dirigé contre un État signataire.

861. Divergences à nuancer. En conclusion, on constate que la Charte canadienne et la Convention européenne divergent sensiblement dans leur application à des conflits strictement privés. L'une ne permet pas une telle extension du champ d'application de la Charte, tandis que l'autre l'autorise à travers l'effet horizontal. Cependant, ce dernier n'est parfait que lorsque l'on reste dans un contexte interne français³⁰⁶⁹. Lorsque le litige est redirigé devant la Cour européenne, dernière voie de recours et interprétratrice privilégiée de la Convention européenne, l'effet horizontal ne peut pas véritablement s'exprimer et ne devient qu'indirect³⁰⁷⁰. Seule la responsabilité des États peut y être mise en jeu et encore, il semble que certains droits

³⁰⁶³ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°166, p. 257.

³⁰⁶⁴ *Id.*, n°166, p. 257.

³⁰⁶⁵ Par exemple : *X. et Y. c. Pays-Bas*, 26 mars 1985, n°8978/80, série A n°91, par. 27 (droit à la vie privée) ; *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, n°13134/87, série A n°247-C, par. 26 (droit à l'instruction) ; *López-Ostra c. Espagne*, 9 décembre 1994, n°16798/90, série A n°303-C, par. 51 (droit à la vie privée) ; *A. c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, n°25599/94, CEDH 1998-VI, par. 22 (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) ; *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, n°23452/94, CEDH 1998-VIII, par. 115 (droit à la vie) ; *Fuentes Bobo c. Espagne*, 29 février 2000, n°39293/98, par. 38 (droit à la liberté d'expression : « la Cour rappelle que l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé. ») ; *Sovtransavto Holding c. Ukraine*, préc., note 695, par. 96 (droit de propriété) ; *Storck c. Allemagne*, 16 juin 2005, n°61603/00, *Recueil des arrêts et décisions 2005-V*, par. 89 (droit à la liberté et à la sûreté) ; *Siliadin c. France*, 26 juillet 2005, n°73316/01, *Recueil des arrêts et décisions 2005-VII*, par. 67.

³⁰⁶⁶ X. BIOY, préc., note 3004, n°319, p. 171.

³⁰⁶⁷ L. FAVOREU et al. (dir.), préc., note 689, n°127, p. 106 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°135, p. 70 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°164, p. 254.

³⁰⁶⁸ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°135, p. 70.

³⁰⁶⁹ D. SPIELMANN, préc., note 3053, p. 30.

³⁰⁷⁰ *Id.*, p. 64.

fondamentaux soient intrinsèquement rétifs à leur extension à un effet horizontal³⁰⁷¹. On voit alors que la difficulté redevient la même qu'en droit canadien : il est possible d'interpeller seulement la puissance publique pour les violations des droits fondamentaux des particuliers, même si elles sont le fait de personnes privées.

862. Inspiration pour les remèdes à l'inapplicabilité de la Charte canadienne.

Ainsi, ce n'est pas tant sur le principe même de l'inapplicabilité d'instruments protecteurs des droits fondamentaux que la Cour suprême et la Cour européenne se dissocient dans leurs solutions. La différence tient plutôt aux remèdes qui ont été trouvés pour pallier une telle impossibilité de l'extension du domaine des Charte et Convention. La cour strasbourgeoise a trouvé deux solutions pour assurer l'effet horizontal de l'instrument européen : par la sanction de l'inaction de l'État et par celle de la caution de l'État. Il est évident qu'elles sont d'un très grand intérêt pour la comparaison, afin de savoir si l'on pourrait transposer de telles techniques interprétatives dans le contexte de la Charte canadienne et desserrer un peu l'étreinte de l'inapplicabilité aux conflits purement privés.

2.2 Les palliatifs à l'inapplicabilité des textes fondamentaux

863. Atténuation de l'exclusion des litiges privés. La solution rendue par la Cour suprême quant à l'impossibilité d'appliquer la Charte canadienne à des litiges purement privés paraît sans appel. Elle mettrait fin à toute tentative de vouloir résoudre le conflit opposant le lanceur d'alerte à son employeur pour juger du sort de l'information économique. Fort heureusement, il existe divers mécanismes d'atténuation de la règle, qui ne rendent pas totalement caduque l'initiative s'en remettant aux juges pour résoudre le problème. Surtout, ces remèdes permettent de garantir la pertinence des analyses de la Cour suprême fondée sur la Charte canadienne.

Pour ne rien gâcher, certains de ces mécanismes, ou plutôt techniques interprétatives, sont communs à ceux trouvés dans le cadre de la Convention européenne et qui lui ont permis d'engager la responsabilité de l'État, même lorsque la violation d'un droit n'était pas de son fait. Deux de ces mécanismes sont communs, mais n'ont pas eu le même écho en droit canadien : les obligations positives qui ont été clairement écartées par la Cour suprême (2.2.1), tandis que celui que l'on a identifié comme la caution de l'État consistant à tenir ce dernier responsable

³⁰⁷¹ *Id.*, p. 38 et 39. Ce serait le cas, selon cet auteur, par exemple de l'art. 7 Conv. EDH relatif à la non-rétroactivité des lois, de l'art. 3 du Protocole n°1, consacrant le principe des élections libres, ou encore de l'art. 3 du Protocole n°4 interdisant l'expulsion des nationaux. En effet, s'agissant de prérogatives étatiques, on ne voit pas très bien comment un particulier peut être à l'origine d'une restriction de tels droits.

du fait d'une législation défaillante applicable aux faits connaît un vif succès dans le cadre de la Charte canadienne (2.2.2). Enfin, un dernier mécanisme propre au contexte canadien permet de mitiger les effets de l'inapplicabilité de celle-ci aux litiges privés : il s'agit de faire un détour par la Charte québécoise (2.2.3).

2.2.1 Le recours aux obligations positives

864. Présentation générale. Lorsque nous avons abordé l'effet horizontal dans le cadre de la jurisprudence européenne, on a évoqué que ce dernier pouvait se traduire par la condamnation de l'inaction de l'État. On reproche à ce dernier de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour prévenir les violations des droits garantis. Ce principe est aussi connu sous la notion d'obligations positives³⁰⁷². Autrement dit, on exige de l'État qu'ils interviennent concrètement pour les préserver, notamment des atteintes qui pourraient le fait des personnes privées. Dans ce cas, effet horizontal et obligations positives sont confondus³⁰⁷³. Les obligations positives viendraient s'ajouter à l'obligation négative pour l'État de ne pas nuire à l'exercice des droits fondamentaux³⁰⁷⁴.

Les obligations positives font peser une nouvelle tâche sur les épaules des États. Si leur principe est largement admis dans le cadre de la Convention européenne (2.2.1.1), en revanche la Cour suprême l'a retoqué des techniques d'interprétation compatibles avec la Charte canadienne (2.2.1.2).

1.1.1.1 Le principe des obligations positives

865. Fondements des obligations positives. Les actions positives de l'État sont traditionnellement plutôt associées aux droits de deuxième génération, d'ordre économique et social³⁰⁷⁵, tandis que les droits de première génération doivent faire l'objet d'une abstention d'immixtion de la part de l'Etat. Le principe interprétatif des obligations positives dépasse ces clivages. D'une part, parce que la Cour européenne n'a pas interprété les droits de la Convention européenne de cette façon ; d'autre part, certains droits proclamés se peuvent aussi se prolonger dans une dimension plus économique et sociale³⁰⁷⁶. En effet, la Cour européenne a très tôt considéré qu'il n'existait aucune raison de ne pouvoir étendre l'interprétation des droits

³⁰⁷² C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°166 et suiv., p. 85 et suiv. ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°159, p. 244.

³⁰⁷³ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°164, p. 253.

³⁰⁷⁴ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°166, p. 85.

³⁰⁷⁵ *Id.*, n°166, p. 85 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°159, p. 244.

³⁰⁷⁶ Frédéric SUDRE, « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 1995.363, 371.

contenus dans la convention au-delà d'une approche idéologique de la catégorisation qui en est traditionnellement faite :

« La Cour n'ignore pas que le développement des droits économiques et sociaux dépend beaucoup de la situation des États et notamment de leurs finances. D'un autre côté, la Convention doit se lire à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui (...), et à l'intérieur de son champ d'application elle tend à une protection réelle et concrète de l'individu (...). Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention. »³⁰⁷⁷

Dans cet extrait, on trouve déjà les deux fondements ayant permis à la Cour européenne de développer son principe interprétatif des obligations positives, balayant au passage le clivage un peu sclérosé entre droits civils et politiques et droits sociaux-économiques³⁰⁷⁸.

Le premier fondement évoqué tient à la nécessité d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux³⁰⁷⁹, compris comme étant réels et concrets d'après la terminologie de la Cour³⁰⁸⁰. Or, pour s'assurer que la protection offerte par les droits s'exprime pleinement, il apparaît nécessaire que ce dernier prenne toutes les mesures de nature à « fournir à l'individu les conditions matérielles à l'exercice effectif de ses droits »³⁰⁸¹. On ne saurait se contenter d'une abstention d'interaction de l'État dans l'exercice des droits. Un exemple simple permet de comprendre comment s'actionnent les mesures positives : pour garantir un procès équitable, l'État ne peut pas se contenter de ne pas intervenir dans le processus judiciaire. La Cour européenne a même jugé qu'il n'était pas suffisant de garantir un accès aux tribunaux, mais qu'il était aussi nécessaire d'assurer la possibilité d'être assisté d'un avocat³⁰⁸². C'est à cette condition qu'on pourra véritablement parler de procès équitable. On a également observé les effets des obligations positives dans l'étude du droit à la vie privée précédemment : ce dernier n'implique pas seulement de s'abstenir de s'immiscer dans l'intimité des personnes, mais aussi la possibilité pour ces derniers de valoriser l'autonomie personnelle³⁰⁸³. Cette dernière peut

³⁰⁷⁷ *Airey c. Irlande*, préc., note 1234, par. 26.

³⁰⁷⁸ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°159, p. 245.

³⁰⁷⁹ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°168, p. 86 ; D. SPIELMANN, préc., note 3053, p. 85 ; F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 365.

³⁰⁸⁰ *Airey c. Irlande*, préc., note 1234, par. 26.

³⁰⁸¹ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 365 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°160, p. 246.

³⁰⁸² *Airey c. Irlande*, préc., note 1324, par. 26. C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°168, p. 86.

³⁰⁸³ *Supra*, n°359 et suiv.

aussi passer par l'obligation pour les États de prendre les mesures propices à l'épanouissement individuel des personnes, par exemple en garantissant la possibilité d'accéder à ses origines, ou encore de disposer d'une voie de recours pour faire reconnaître un changement de sexe³⁰⁸⁴, de vivre dans un environnement sain³⁰⁸⁵, ou encore de prendre des mesures pour limiter l'immixtion des drones dans la vie privée.

Le second fondement évoqué par la Cour européenne tient à l'interprétation de la Convention elle-même. Elle ne voit aucune raison de se contenter de consacrer la forme originelle dans laquelle les droits fondamentaux ont été conçus, alors qu'ils en contiennent une autre, intrinsèque et complémentaire : pourquoi limiter les droits contenus dans la Convention à leur acception civile et politique, alors qu'ils en contiennent une autre, sociale et économique, qui leur est inhérente³⁰⁸⁶ ? C'est ce que l'on a traduit par le dynamisme interprétatif de l'instrument conventionnel³⁰⁸⁷. Ce dernier permet de développer, à côté des obligations de non-ingérence, des obligations positives, même lorsque le texte est formulé de façon négative justement³⁰⁸⁸.

Cette méthode d'interprétation dynamique de la Convention européenne n'a pas concerné que les droits fondamentaux eux-mêmes. La Cour européenne a aussi développé une interprétation de l'art. 1^{er} de la Convention sur lequel elle fonde une « obligation positive générale »³⁰⁸⁹ incombant à tous les États parties³⁰⁹⁰. À partir de la notion de « juridiction », la Cour en conclut que, partout où ils peuvent exercer cette juridiction et même s'ils sont dans l'impossibilité d'imposer leur autorité sur une partie de leur territoire après en avoir perdu le contrôle, les États parties « se [doivent], avec tous les moyens légaux et diplomatiques dont [ils disposent] envers les États tiers et les organisations internationales, d'essayer de continuer à garantir la jouissance des droits et libertés énoncés dans la Convention. »³⁰⁹¹ Les obligations positives ont donc une portée très large dans le cadre européen et sont bien ancrées au sein de l'outil conventionnel.

³⁰⁸⁴ *A.P., Garçon et Nicot c. France*, 6 avril 2017, n°79885/12, 52471/13 et 52596/13, *Recueil des arrêts et décisions 2017*, par. 97.

³⁰⁸⁵ *López-Ostra c. Espagne*, préc., note 3065, par. 51.

³⁰⁸⁶ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°160, p. 246.

³⁰⁸⁷ F. SUDRE, « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 366.

³⁰⁸⁸ *Id.*, 366 et 367.

³⁰⁸⁹ F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°160, p. 247.

³⁰⁹⁰ *Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie*, 8 juillet 2004, n°48787/99, *Recueil des arrêts et décisions 2004-VII*, par. 333.

³⁰⁹¹ *Id.*

Les obligations positives ont donc pour effet d'amplifier la responsabilité de l'État³⁰⁹². Elle sera engagée non seulement pour toutes les ingérences qu'il commet directement dans les droits fondamentaux, mais aussi pour toutes ses inactions ayant rendu possible la violation de l'un d'eux, même lorsqu'il s'agit d'un droit de première génération traditionnellement associé à une obligation de non-ingérence³⁰⁹³.

866. Obligations positives et effet horizontal. C'est par le biais de telles obligations que l'on peut faire produire un effet horizontal à la Convention européenne. En effet, quand les carences législatives créent les conditions propices à une violation d'un droit, même de la part d'une personne, c'est tout de même l'État qui peut être tenu responsable d'une telle violation³⁰⁹⁴, particulièrement si la violation n'a pas été réparée devant les juridictions internes. Ainsi, c'est avant tout « l'inertie des pouvoirs publics – quelle que soit l'autorité en cause (législative, gouvernementale, administrative, juridictionnelle) – qui est susceptible d'être sanctionnée »³⁰⁹⁵. Dans le cadre qui nous occupe, on aurait alors pu reprocher à l'État français de ne pas suffisamment garantir la protection de l'information économique des personnes morales, notamment en n'offrant pas les moyens juridiques d'agir contre les utilisations incontrôlées de celle-ci, engendrant une violation du droit à la confidentialité. L'adoption du cadre protecteur du droit des affaires a permis de couvrir un plus grand nombre d'informations et d'assurer une protection effective de l'information économique. À l'inverse, un lanceur d'alerte pourrait aussi se plaindre que l'État, à travers n'a pas permis de garantir son droit à la liberté d'expression, par exemple parce qu'il ne l'a pas prémuni contre les risques de représailles, ayant pour but de l'intimider et donc de le dissuader de s'exprimer. Là aussi, la question de ce type d'atteinte à la liberté d'expression est réglée par une intervention législative.

867. Importance de l'interprétation téléologique. L'interprétation des droits de la Convention européenne permet d'en déduire que les obligations positives sont inhérentes³⁰⁹⁶ à ces derniers, elles leur sont consubstantielles. On retrouve là une méthode d'interprétation téléologique³⁰⁹⁷, familière dans les contextes de *common law*. Les formulations employées par la Cour européenne relativement au développement des obligations positives, l'utilisation de

³⁰⁹² C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°166, p. 85 ; F. SUDRE, « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 369.

³⁰⁹³ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°166, p. 85.

³⁰⁹⁴ *Id.*, n°170, p. 87.

³⁰⁹⁵ F. SUDRE, « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 371.

³⁰⁹⁶ *Id.*, 367 ; F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°160, p. 246.

³⁰⁹⁷ F. SUDRE, « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 368.

cette forme d'interprétation, donnent l'impression que la Cour européenne considère celles-ci comme déjà présentes de manière latente dans les textes de la Convention européenne. D'une certaine manière, elle n'aurait eu qu'à les mettre au jour, vision qui s'éloigne considérablement d'une approche purement positiviste du droit. Une telle interprétation est certes rendue possible par l'énonciation même des droits, suffisamment large – ou vague – pour faciliter le développement de telles obligations positives³⁰⁹⁸.

Cette méthode interprétative révèle également toute l'influence de la tradition juridique anglo-saxonne dans la construction du raisonnement de la Cour européenne. On se trouve bien loin de la conception traditionnelle française selon laquelle le juge se contente d'appliquer un texte de loi, qui se suffit à lui-même. Même si une certaine marge d'interprétation est permise, voire nécessaire, pour faciliter l'application des textes législatifs³⁰⁹⁹ et s'assurer de pouvoir trancher un litige³¹⁰⁰, cela ne signifie pas pour autant que le juge se permet de créer de toute pièce de nouvelles obligations, au nom de l'effectivité des droits, car l'interprétation téléologique n'est pas inhérente au système de droit écrit. Il n'est pas question de dire qu'elle n'a pas du tout voix au chapitre dans la structure de résolution des litiges en France et l'influence des institutions européennes est palpable à ce sujet³¹⁰¹. Néanmoins, elle n'est pas encore systématisée comme méthode permettant de résoudre à tous les coups les cas difficiles, où la lettre de la loi ne suffit pas à fournir une solution claire³¹⁰².

³⁰⁹⁸ *Id.*, 377.

³⁰⁹⁹ Jean Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 18e éd., coll. Sirey Université Droit privé, Paris, Dalloz, 2021, n°128, p. 151 ; François TERRE et Nicolas MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2020, n°608, p. 737.

³¹⁰⁰ Conformément à ce que la loi impose aux juges en vertu de l'art. 4 C. civ. : « le juge qui refusera, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » Cela a contraint les juges à recourir à une plus grande diversité de technique interprétative (J. L. AUBERT et É. SAVAUX, préc., note 3099, n°131, p. 155 ; F. TERRE et N. MOLFESSIS, préc., note 3099, n°616, p. 746.), pouvant conduire à rapprocher aujourd'hui de plus en plus le raisonnement des juges dans les traditions de droit écrit de celle utilisées par leurs homologues interprétant la *common law*.

³¹⁰¹ F. TERRE et N. MOLFESSIS, préc., note 3099, n°616, p. 747.

³¹⁰² L'arrêt récent rendu par la Cour de cassation sur l'affaire Halimi (Crim. 14 avril 2021, n°20-80.135) en est un exemple : la Cour de cassation s'en est tenu à la lettre de l'art. 122-1 C. pen. énonçant l'irresponsabilité pénale en cas de trouble mental ayant aboli le discernement et ne faisant effectivement pas la distinction selon l'origine endogène ou exogène de ce trouble (Jean-Christophe SAINT-PAU, « Trouble mental, usage de stupéfiants et irresponsabilité pénale : la raison et l'émotion », *Lexbase Pénal* 2021.38.22, 25 et 26.. Au contraire, la Cour suprême a considéré que le trouble mental susceptible de rendre une personne irresponsable pénalement devait provenir d'une maladie (*R. c. Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S., par. 58). Une intoxication volontaire a en revanche été exclue des causes susceptibles de faire jouer la cause d'irresponsabilité pénale pour trouble mentale :

« Les déséquilibres mentaux développés *exclusivement* en raison d'une intoxication volontaire ne peuvent être considérés comme une maladie mentale au sens juridique, puisqu'ils ne sont pas le produit de la constitution psychique inhérente d'un individu. Il en est ainsi malgré le fait que la science médicale puisse volontiers considérer de tels états comme des maladies mentales. Dans des circonstances analogues à celles du présent dossier, une psychose toxique ne semble être rien d'autre qu'une manifestation, certes

868. Rapprochement avec l'interprétation de la Charte canadienne. Au contraire, le recours à la méthode téléologique rapproche davantage le raisonnement de la Cour européenne de celui tenu devant les juridictions appliquant la *common law*. C'est particulièrement visible s'agissant de la Cour suprême et de la façon dont elle a interprété la Charte canadienne. Déjà, elle avait considéré que la Constitution canadienne, en la forme de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, « a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles »³¹⁰³. Derrière cette formule un peu sibylline, la Cour suprême affirme clairement son intention de tenir compte avant tout de l'objet de la Constitution et de ne pas s'en tenir à sa seule lettre. Les développements jurisprudentiels relatifs à la répartition des compétences en sont un exemple flagrant.

La Cour suprême a retenu une approche tout à fait similaire à propos de la Charte canadienne, ce qui semble d'autant plus logique qu'elle fait partie de la Constitution formelle, au même titre que l'Acte de l'Amérique du Nord britannique³¹⁰⁴. La nature particulière de ce genre de dispositions implique d'« examiner le but visé et [d']interpréter les dispositions particulières d'un document constitutionnel en fonction de ses objectifs plus larges »³¹⁰⁵. C'est donc dans la plus pure tradition téléologique que la Cour suprême interprète la Charte canadienne³¹⁰⁶. L'objet du droit protégé est l'élément cardinal pour en dégager toute la portée³¹⁰⁷. « En d'autres termes, ils [les droits fondamentaux] doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. »³¹⁰⁸ Pour y parvenir, la Cour suprême invite à tenir compte de plusieurs éléments :

« À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. »

extrême, d'un état d'intoxication dans lequel l'accusé s'est volontairement placé. Un tel état ne permet pas à un accusé d'être exonéré de toute responsabilité pénale en vertu de l'art. 16 *C. cr.* » (*R. c. Bouchard-Lebrun*, *id.*, par. 85).

Pour un plus ample commentaire de la décision : J.-C. SAINT-PAU, « Trouble mental, usage de stupéfiants et irresponsabilité pénale : la raison et l'émotion », *id.*

³¹⁰³ *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124, par. 44.

³¹⁰⁴ *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 621, 156.

³¹⁰⁵ *Id.*

³¹⁰⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.14.

³¹⁰⁷ *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 621, 156 ; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 344.

³¹⁰⁸ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 344.

Cet extrait démontre bien que l'esprit interprétatif de la Convention européenne retenu par la Cour est tout à fait semblable à celui opéré par la Cour suprême à propos de la Charte canadienne. Cette interprétation libérale est d'ailleurs compatible et complémentaire avec une approche dynamique³¹⁰⁹. Elle a favorisé l'émergence de nouveaux droits au sein de la Charte, alors qu'ils n'étaient pas explicitement consacrés dans ses dispositions. Nous l'avons vu, cela a été le cas du droit à la vie privée, particulièrement dans son volet épanouissement personnel³¹¹⁰. Cette interprétation a également permis de faire évoluer l'interprétation des droits pour adapter ces derniers aux progrès sociétaux³¹¹¹. Par exemple, la Cour suprême a considéré que le concept de liberté de religion « ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte* »³¹¹².

869. Le maintien du rejet des obligations positives. Fort de ces éléments, on pourrait en conclure que, dans l'intérêt de respecter l'objet des droits de la Charte canadienne et dans celui de garantir l'effectivité de ces derniers, la Cour suprême aurait tout intérêt à adopter les obligations positives. On l'a vu, elles sont le fruit de l'effectivité et d'une interprétation dynamique, deux éléments dont se sert aussi la haute cour canadienne dans son travail interprétatif de la Charte. Cependant, elle n'a pas basculé vers une telle analyse des droits fondamentaux, introduisant une dissociation notable avec l'analyse retenue par la Cour européenne.

1.1.1.2 L'irrecevabilité de la théorie des obligations positives dans l'interprétation de la Charte canadienne

870. Hésitation sur l'admissibilité des obligations positives. Malgré la proximité des méthodes d'analyse des déclarations de droits, la Cour suprême a refusé d'étendre l'interprétation des droits au point de faire peser sur l'État une obligation d'agir en faveur de leur garantie.

La question n'a pas tout de suite été résolue de façon aussi tranchée. Par exemple, la juge Wilson avait fait preuve de prudence en 1990 en écrivant que selon elle, « il n'est pas évident en soi que le gouvernement ne pourrait être reconnu coupable de violation de la *Charte* pour avoir omis d'agir. »³¹¹³ Elle décide cependant de ne pas se prononcer sur la question, puisque n'en dépendait pas l'issue du litige³¹¹⁴. Toutefois, la même année, la Cour suprême avait déjà

³¹⁰⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.17.

³¹¹⁰ *Supra*, n°363 et suiv.

³¹¹¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.17.

³¹¹² *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 343 et 344.

³¹¹³ *McKinney c. Université de Guelph*, préc., note 2986, 412.

³¹¹⁴ *Id.*, 413.

refusé de considérer que l'art. 15 de la Charte canadienne, consacrant le droit à l'égalité devant la loi, revenait à imposer une obligation d'agir pour les autorités étatiques, par la mise en place de programme promouvant ce principe³¹¹⁵. On remarquera toutefois qu'il n'y a pas eu deux positions antagonistes tranchées en faveur ou défaveur de l'adoption du principe des obligations positives. Au pire, des doutes ont été émis sur la question.

871. Motivation du refus. Un argumentaire plus développé a été proposé concernant la possibilité d'introduire des obligations positives dans l'interprétation des droits de la Charte canadienne, à l'occasion d'une affaire³¹¹⁶ dans laquelle les demandeurs contestaient l'abrogation d'une loi ontarienne visant à promouvoir l'égalité entre les personnes dans le cadre de l'emploi. Selon eux, une telle abrogation conduisait à la violation de l'art. 15 de la Charte canadienne, prohibant les discriminations. Les requérants faisaient explicitement valoir que le gouvernement ontarien avait une obligation positive au regard de l'art. 15 de la Charte canadienne d'adopter des mesures permettant de garantir l'égalité dans l'emploi. Une fois une telle législation prise, le gouvernement avait aussi l'obligation de maintenir, de perpétrer une telle protection³¹¹⁷. Si une telle obligation positive de légiférer n'était pas reconnue, les requérants souhaitaient au moins voir reconnaître le gouvernement lié par une telle législation, les empêchant d'y renoncer³¹¹⁸.

Ce raisonnement n'a toutefois pas convaincu la Cour d'appel de l'Ontario. Celle-ci a unanimement rejeté la proposition d'étendre la compréhension de l'interdiction des discriminations jusqu'à imposer au gouvernement l'obligation de prendre des mesures permettant de lutter contre ce genre de pratiques dans le cadre de l'emploi.

D'abord, les juges soulignent qu'ils existent des droits proclamés dans la Charte canadienne qui impliquent nécessairement une action de l'État pour les mettre en œuvre³¹¹⁹. C'est le cas du droit de vote³¹²⁰, du droit à l'assistance d'un interprète au cours d'un procès³¹²¹, ou encore du droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour interagir avec les institutions fédérales³¹²². Selon les juges, la rédaction de l'art. 15 de la Charte canadienne ne se rapproche

³¹¹⁵ *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, 285.

³¹¹⁶ *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, [1998] O.J. No. 5074.

³¹¹⁷ *Id.*, par. 13.

³¹¹⁸ *Id.*, par. 14.

³¹¹⁹ *Id.*, par. 45.

³¹²⁰ Art. 3 de la Charte canadienne.

³¹²¹ Art. 14 de la Charte canadienne.

³¹²² Art. 20 de la Charte canadienne.

pas de ces autres dispositions, ce qui ne permet pas d'en déduire l'existence d'une obligation d'agir en faveur de l'égalité pour le gouvernement³¹²³.

Ensuite, si l'on s'arrête sur les termes plus précis de l'art. 15(1) de la Charte canadienne, ces derniers proclament l'impossibilité de faire des distinctions entre les personnes dans une loi, cette dernière devant s'appliquer également à tous. Cette formulation signifierait plutôt que lorsqu'une loi est votée, elle ne doit comporter aucune disposition de nature à créer une distinction entre les personnes sur la base d'un des motifs énumérés à l'art. 15 de la Charte canadienne. C'est donc plutôt une obligation négative de ne pas discriminer qu'une obligation positive de promouvoir l'égalité qui ressort du texte³¹²⁴. En outre, si l'art. 15(2) de la Charte canadienne vise à encourager implicitement l'adoption de textes promouvant la discrimination positive, sa formulation ne permet pas pour autant d'en conclure qu'il reconnaît une obligation positive d'agir en ce sens. Le texte dispose que « le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés » (nos soulignements). Ainsi, le texte signifie que la Charte ne s'oppose pas à ce que des mesures de discrimination positive soient prises, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il les encourage³¹²⁵.

Enfin, les juges font valoir qu'il ne relèverait pas de leur compétence de juger des mesures qui seraient les plus aptes à remplir les obligations positives de lutte contre les discriminations. Les législateurs ont besoin d'une certaine liberté pour décider des règles de fond, des procédures et des remèdes qu'ils considèrent les plus aptes à garantir l'égalité entre tous. En quelque sorte, il ne revient pas aux juges de prendre la place du législateur pour réaliser les arbitrages nécessaires à assurer le respect de l'art. 15 de la Charte canadienne³¹²⁶. La Cour d'appel de l'Ontario en conclut logiquement que cet article n'impose pas au gouvernement d'obligations positives de prendre les mesures permettant de garantir l'égalité entre tous dans le cadre de l'emploi.

872. Confirmation de l'exclusion des obligations positives. La décision a été confirmée par la suite, notamment à l'égard de l'art. 7 de la Charte canadienne³¹²⁷. C'est ainsi qu'elle a refusé de reconnaître un droit constitutionnel à des soins de santé, qui aurait été une

³¹²³ *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, préc., note 3116, par. 45.

³¹²⁴ *Id.*, par. 46.

³¹²⁵ *Id.*, par. 47.

³¹²⁶ *Id.*, par. 48.

³¹²⁷ *Rogers v. Faught*, [2002] O.J. No. 1451, par. 32 ; *Flora v. Ontario (Health Insurance Plan, General Manager)*, (2008) ONCA 538, par. 103 et 104.

manifestation du droit à la vie protégé dans ce texte³¹²⁸. Ce droit n'implique donc pas l'obligation positive pour le gouvernement provincial de garantir des soins qui serait susceptible de garantir son effectivité. Dans l'arrêt *Flora*³¹²⁹, les juges se sont même fondés sur la décision *Ferrel*³¹³⁰, qui concernait un autre droit fondamental, pour en étendre la solution à l'art. 7 de la Charte³¹³¹.

873. Fondements de l'exclusion des obligations positives : maintien de la dichotomie entre droits de première et deuxième génération. La raison pour laquelle les cours canadiennes n'ont pas souhaité étendre la compréhension des droits fondamentaux aux obligations positives tient essentiellement à la conception qu'elles se font de ces derniers. D'abord, il semble ressortir clairement de ces analyses que les droits consacrés dans la Charte canadienne sont de première génération³¹³² à ce titre, ils sont toujours perçus comme impliquant seulement une obligation de non-ingérence de la part de la puissance publique³¹³³. Contrairement à la Cour européenne, la Cour suprême a ici maintenu une étanchéité stricte entre droits civils et politiques et droits économiques de deuxième génération. On a déjà soulevé la question, lorsque nous avons constaté que la Cour n'a pas autorisé l'extension de l'interprétation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de l'art. 7 de la Charte canadienne à la propriété³¹³⁴. Notons toutefois que la Cour suprême n'a pas tout à fait la même conception des droits économiques que la Cour européenne :

« Globalement que les droits économiques, généralement désignés par le terme "propriété", ne relèvent pas de la garantie de l'art. 7. Cela ne signifie pas cependant qu'aucun droit comportant un élément économique ne peut être visé par l'expression "sécurité de sa personne". Les tribunaux d'instance inférieure ont conclu que la rubrique des "droits économiques" couvre un vaste éventail d'intérêts qui comprennent tant certains droits reconnus dans diverses conventions internationales -- tels la sécurité sociale, l'égalité du salaire pour un travail égal, le droit à une alimentation, un habillement et un logement adéquats -- que les droits traditionnels relatifs aux biens et aux contrats (...). À ce moment-ci, nous ne voulons pas nous prononcer sur la question de savoir si ces droits économiques, fondamentaux à la vie de la personne et à sa survie, doivent être traités comme s'ils étaient de la même nature que les droits économiques des sociétés commerciales. Ce faisant, nous concluons que l'inclusion de l'expression "sécurité de sa personne" à l'art. 7 a comme deuxième effet de n'accorder aucune protection constitutionnelle aux droits économiques d'une société. »³¹³⁵

³¹²⁸ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 104.

³¹²⁹ *Flora v. Ontario (Health Insurance Plan, General Manager)*, préc., note 3127.

³¹³⁰ *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, préc., note 3116.

³¹³¹ *Flora v. Ontario (Health Insurance Plan, General Manager)*, préc., note 3127, par. 104.

³¹³² *Supra*, n°865 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°5.

³¹³³ A. MORIN, *id.*

³¹³⁴ *Supra*, n°181.

³¹³⁵ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, préc., note 622, 1003 et 1004.

On sent d'une certaine manière un malaise dans les propos de la Cour suprême. Elle ne veut pas totalement fermer la porte à une extension des droits de la Charte vers une compréhension plus économique, mais d'un autre côté, il semble qu'elle soit fermement opposée à la voir instrumentaliser à des fins stratégiques ou commerciales. Elle paraît avoir une conception du terme économique d'une façon assez stricte. Elle semble faire une distinction des sens du terme, entre celui s'apparentant à une gestion des ressources³¹³⁶ qui permettrait l'épanouissement de tous et celui plutôt lié à la création de richesses³¹³⁷. Le premier pourrait être pris en compte dans les développements de l'interprétation dynamique de la Charte, tandis que le second en paraît définitivement exclu. Quoi qu'il en soit, il semble que la Cour suprême n'ait à ce jour toujours pas procédé à une extension de l'interprétation de l'art. 7 de nature à inclure des droits purement économiques³¹³⁸.

874. Fondements de l'exclusion des obligations positives : principe de *common law*.

Outre la dichotomie entre droits civils et politiques et droits sociaux-économiques, il a été souligné qu'un principe de *common law* imposerait une interprétation de la liberté individuelle selon laquelle « la liberté individuelle résulte d'une absence d'intervention législative »³¹³⁹. La liberté existe et s'exerce en dehors de toute forme de contrainte étatique, même lorsque celle-ci est imposée en vue de promouvoir les droits individuels. En d'autres termes, la liberté n'est pas susceptible en elle-même de porter atteinte à ces derniers. On peut évidemment contester une telle affirmation dans la mesure où l'on peut démontrer l'inverse quasiment quotidiennement, à travers les violations de droits fondamentaux dont se rendent coupables les personnes privées par le simple exercice de leur volonté. Les mesures de bâillonnement des lanceurs d'alerte, afin de les dissuader de dénoncer certains faits, en sont un exemple criant.

875. Précision des obligations positives : exclusion de l'omission dans l'action.

Ainsi, si on ne peut adhérer à ce dernier argument, force est de constater toutefois que la Cour suprême paraît déterminer à ne pas admettre qu'il est possible d'imposer des obligations positives à l'État, de nature à ce que son action promeuve la défense et l'effectivité des droits fondamentaux. Bien sûr, ces différentes raisons et l'état de la jurisprudence ne signifient pas que les cours canadiennes vont systématiquement décider que les droits fondamentaux proclamés dans cette charte de droits ne sont pas susceptibles d'être interprétés sous l'angle des

³¹³⁶ *Supra*, n°76.

³¹³⁷ *Supra*, n°75.

³¹³⁸ *Flora v. Ontario (Health Insurance Plan, General Manager)*, préc., note 3127, par. 106.

³¹³⁹ A. MORIN, préc., note 2854, n°5.

obligations positives. Mais il est certain que pour l'heure, aucune décision n'a étendu la compréhension de ceux-ci de cette façon.

Néanmoins, quelques décisions sont venues semées le trouble dans à cette position qui paraissait fermement en défaveur de la reconnaissance des obligations positives. Si en apparence elles peuvent apparaître comme étant des revirements de jurisprudence, ce n'est en réalité pas le cas.

Dans l'arrêt *Eldridge*³¹⁴⁰, les appelants se plaignaient du fait que les services hospitaliers en Colombie-Britannique ne fournissaient pas aux personnes sourdes de service permettant de communiquer en langage gestuel, afin de communiquer avec le personnel médical. Ce type de service devait être financé avec leurs propres fonds. Ils considéraient que cette situation était la source d'une inégalité de traitement contraire à l'art. 15 de la Charte canadienne. La question était donc de savoir si le fait de ne pas fournir gratuitement des services d'interprète de manière à faciliter la communication avec les personnes malentendantes pouvait constituer une violation de cette disposition³¹⁴¹. Autrement dit, est-ce que l'art. 15 de la Charte canadienne peut fonder une obligation de prendre des mesures favorisant la communication avec les personnes atteintes de surdité ?

La Cour suprême a répondu en deux temps. D'abord, elle a considéré que les textes relatifs aux services fournis par les hôpitaux n'excluaient pas spécifiquement les services d'interprète gestuel³¹⁴². Le contraire aurait pu effectivement fonder une atteinte discriminatoire au sens de l'art. 15 de la Charte canadienne. Le fait de fournir de tels services relevait du seul pouvoir discrétionnaire des hôpitaux, qui pouvaient décider au cas par cas de la pertinence de les inclure dans les avantages fournis susceptibles d'une prise en charge gratuite par l'assurance maladie. Donc la loi en elle-même n'était pas discriminatoire puisqu'elle « n'a pas pour effet d'empêcher les hôpitaux de fournir les services d'interprètes gestuels »³¹⁴³. En revanche était tout autre la question de savoir si la décision des hôpitaux de ne pas offrir ce genre de service était conforme à l'art. 15 de la Charte canadienne. En effet, ce n'est pas parce que la loi en elle-même donne une grande liberté pour décider à des entités administratives que ces dernières sont autorisées à violer la Charte³¹⁴⁴. La Cour suprême a donc ensuite examiné si la décision prise

³¹⁴⁰ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 2968.

³¹⁴¹ *Id.*, par. 18.

³¹⁴² *Id.*, par. 34.

³¹⁴³ *Id.*, par. 33.

³¹⁴⁴ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, préc., note 2981, 1078 ; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 2968, par. 35.

par l'hôpital refusant d'accorder gratuitement un interprète gestuel était une cause de discrimination, conduisant à traiter de façon différente des personnes à cause de leur handicap.

La difficulté ici tenait au fait qu'on ne reprochait pas à l'hôpital d'avoir agi, mais au contraire de s'être abstenu d'agir pour rétablir une inégalité. Si l'on suivait les décisions précédentes rendues en matière d'obligations positives au Canada, il ne devrait pas être possible de condamner l'hôpital pour son inaction, la Charte canadienne n'étant pas un instrument visant à stimuler l'action de l'État pour mettre en place des mesures de nature à garantir les droits fondamentaux³¹⁴⁵. Toutefois, les juges ont considéré que la question posée ici était « d'un tout autre ordre »³¹⁴⁶. En effet, ce n'est pas véritablement une inaction de l'État qui est en cause ici. Les instances hospitalières prenaient déjà des mesures en faveur de la prise en compte des disparités chez les patients. Il serait faux d'affirmer qu'il y a une inaction totale en ce domaine. Simplement, un handicap comme la surdité n'était pas bien pris en compte parmi les bénéfices nécessaires pour assurer de bons soins à cette population. Aussi, ce n'est pas l'absence d'action qui posait difficulté, mais plutôt le fait que cette action ne tenait pas compte de ce motif de discrimination. Or, c'est bien dans le cadre de son action que le gouvernement ne doit pas être la source d'inégalité³¹⁴⁷. Cela ressort d'ailleurs de la lettre de l'art. 15(1) de la Charte canadienne : « la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous ». Ainsi, la rédaction et l'application effective de la loi ne doivent pas être source de discrimination, ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle ne prend pas en compte une situation qui conduit à ne pas garantir la même qualité d'accès aux soins qu'aux autres patients. C'est donc plutôt l'absence de prise en compte d'une inégalité dans l'action en faveur de l'égalité qui est reprochée ici et qui conduit irrémédiablement à créer une situation de discrimination :

« Notre Cour a donc statué de façon constante que la discrimination peut être créée autant par les effets préjudiciables de règles d'application générale que par les distinctions expresses découlant de la distribution des avantages. Compte tenu de cet état de choses, je ne peux voir aucun principe qui empêcherait de prouver l'existence de discrimination fondée sur les effets préjudiciables d'un régime de prestations apparemment neutre. (...) Si nous acceptons le concept de discrimination découlant d'effets préjudiciables (...) que le gouvernement sera tenu de prendre des mesures particulières pour faire en sorte que les groupes défavorisés soient capables de bénéficier d'une manière égale des services gouvernementaux. (...) »

Le principe selon lequel la discrimination peut découler du fait de ne pas prendre de mesures concrètes pour faire en sorte que les groupes défavorisés bénéficient d'une

³¹⁴⁵ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 2968, par. 73.

³¹⁴⁶ *Id.*

³¹⁴⁷ *Id.*, par. 74.

manière égale des services offerts à la population en général est largement accepté dans le domaine des droits de la personne. »³¹⁴⁸

Ainsi, c'est plutôt l'omission dans l'action qui est source d'une violation de la Charte canadienne, quand elle est créatrice d'inégalité. Pour la Cour suprême, cette situation n'est pas identique à celle des obligations positives, qui viseraient à promouvoir une action de l'Etat là où il n'a rien entrepris du tout. Apparaît ici une distinction entre une inaction pure et simple, qui ne peut être soumise à la Charte canadienne pour les raisons que nous avons évoquées, et une omission dans l'action qui retrouve le giron de celle-ci. Les obligations positives ne concerneraient au Canada que les inactions pures, seules véritablement exclues de l'examen constitutionnel relatif aux droits fondamentaux.

876. Confirmation de la distinction. Cette distinction a été confirmée par la suite, dans une décision qui a apporté quelques éléments d'analyse supplémentaires. Dans l'affaire *Vriend*³¹⁴⁹, la cause était proche de celle précédemment étudiée. Elle concernait une loi de l'Alberta qui proclamait un certain nombre de droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité, à la manière de la Charte des droits de la personne au Québec. Au moment des faits, l'orientation sexuelle n'y figurait pas comme un motif de distinction illicite. Malheureusement un professeur d'une université de la province a été congédié du fait de son homosexualité, dont il n'a pas pu contester le principe en l'absence de prise en compte de l'orientation sexuelle comme motif de discrimination. Se posait donc ici aussi la question de savoir si l'on pouvait soumettre l'omission du législateur à l'examen de la Charte canadienne. Une fois de plus, la Cour suprême a bien précisé que la question était différente de celle de l'inaction totale de l'État. Il n'existe aucune raison de maintenir une distinction entre action et inaction du législateur lorsqu'il établit les motifs discriminatoires³¹⁵⁰. Cela reviendrait à soustraire à l'analyse des juges tout un pan de l'action législative et donc à créer une forme d'impunité lorsque ce genre de choix est opéré³¹⁵¹. C'est dire que la Cour suprême considère l'omission comme une forme d'action. Même dans ce cas, l'action législative reste soumise au respect de la Constitution³¹⁵² :

« Premièrement, la contestation constitutionnelle vise en l'espèce une loi dûment promulguée. Que la portée trop limitative de [la loi] soit en cause ne change rien au fait qu'en l'occurrence (*sic*), l'examen fondé sur la *Charte* porte sur l'acte législatif. En

³¹⁴⁸ *Id.*, par. 77 et 78.

³¹⁴⁹ *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

³¹⁵⁰ *Id.*, par. 53.

³¹⁵¹ *Id.*, par. 54.

³¹⁵² *Id.*, par. 56.

outre, le libellé de l'art. 32 n'a pas pour effet de limiter l'application de la *Charte* aux actions positives qui empiètent sur des droits ou à l'exercice abusif d'un pouvoir. »³¹⁵³

Ainsi, il n'est pas seulement possible pour les juges d'examiner les omissions du législateur, mais c'est un devoir constitutionnel :

« On prétend que le présent pourvoi constitue un affrontement entre le pouvoir des législatures démocratiquement élues d'adopter les lois qu'elles jugent appropriées et celui des tribunaux d'invalidier ces lois ou de prescrire l'intégration de certains éléments à celles-ci. Il s'agit d'une façon trompeuse et erronée de présenter le litige. Ce ne sont tout simplement pas les tribunaux qui imposent des limites au législateur, mais bien la Constitution, que les tribunaux doivent interpréter. Il en est nécessairement ainsi dans toutes les démocraties constitutionnelles. Les citoyens doivent avoir le droit de contester les lois qui outrepassent à leur avis les pouvoirs d'une législature. Lorsqu'un tel recours est dûment exercé, les tribunaux sont constitutionnellement tenus de trancher. On prétend toutefois que la présente affaire se distingue parce que la contestation porte essentiellement sur le fait que le législateur n'a pas accordé la protection d'une loi à un groupe de personnes en particulier. Les tenants de cette théorie tiennent pour acquis que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-après, j'estime qu'une telle distinction n'a aucun fondement juridique. Dans toute affaire, y compris en l'espèce, les tribunaux ont l'obligation de déterminer si la contestation est justifiée. (...) Il ne s'agit pas pour les tribunaux d'imposer leur vision de la législation « idéale », mais bien de déterminer la constitutionnalité de l'action ou de l'omission du législateur qui est attaquée. »

La distinction entre obligation positive et omission dans l'action est donc consommée. Un autre passage pourrait cependant laisser penser que la décision entérine l'admission des obligations positives comme technique interprétative de la *Charte* canadienne :

« L'alinéa 32(1)b) dit que la *Charte* s'applique « à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature ». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire (...). L'application de la *Charte* n'est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits. »³¹⁵⁴

Toutefois, ce passage doit être replacé dans le contexte global de la décision. En réalité, la Cour indique ici son intention de se prononcer aussi les hypothèses où la portée d'une loi est trop limitative³¹⁵⁵ et pas nécessairement de remettre en cause l'exclusion des obligations positives, dans une forme de revirement de jurisprudence. La Cour en fait la précision claire presque immédiatement après ce paragraphe qui reste tout de même un peu ambigu :

« Il est également inutile de se demander si un gouvernement pourrait à juste titre faire l'objet d'une contestation fondée sur l'art. 15 de la *Charte* parce qu'il n'a pas agi du

³¹⁵³ *Id.*, par. 55.

³¹⁵⁴ *Id.*, par. 60.

³¹⁵⁵ *Id.*, par. 61.

tout, par opposition à un cas où, comme en l'espèce, il a agi d'une manière trop limitative. »

Elle confirme ainsi que les obligations positives, dans le sens d'une inaction pure de l'État, ne permettent pas de déclencher un examen sur le fondement de la Charte. Il ressort aussi de ce passage que l'omission dans l'action ne sont pas des inactions pures et peuvent, elles, au contraire, être soumises à la Charte. En conséquence, le domaine des obligations positives est plus limité qu'il n'y paraît. Corrélativement, cela signifie que le domaine d'intervention de la Charte est étendu, possiblement à des conflits à des conflits purement privé si ce dernier prend racine dans une loi imparfaitement rédigée.

877. Conclusion : effet horizontal par le domaine restreint des obligations positives.

En conséquence, le domaine des obligations positives est entendu plus restrictivement dans le contexte de la Charte que dans celui de la Convention européenne, qui n'a pas pris la peine de procéder à de telles distinctions. La divergence des solutions dans ces deux ordres juridictionnels est à relativiser. La question de l'applicabilité de la Charte à des litiges privés se dédouble donc ici. D'abord, il demeure impossible de tenir responsable le gouvernement ou le législateur pour avoir totalement omis de prendre des mesures garantissant les droits fondamentaux. Par ricochet, il ne sera pas possible de le tenir responsable des violations des droits réalisés par des personnes privées, rendues possibles par son inaction. En ce sens, les obligations positives sont exclues. Ensuite, on peut admettre de faire produire un certain effet horizontal à la Charte canadienne, si le comportement soumis à son analyse constitue une omission dans l'action. Néanmoins, une telle solution n'a été rendue que dans le contexte de l'art. 15 de la Charte canadienne, donc en matière de discrimination et les applications ultérieures qui en ont été faites ne concernait que ce type précis de problématiques³¹⁵⁶. Cette solution a même pu être écartée explicitement dans le cadre de la liberté d'expression³¹⁵⁷ et dans celui du droit à la vie privée : la Cour fédérale n'a pas donné suite à une demande visant à faire reconnaître l'insuffisance de la législation en matière de protection contre l'utilisation des numéros d'assurance sociale dans le secteur privé³¹⁵⁸. Ainsi, même si les décisions

³¹⁵⁶ Par exemple, *Forrest v. Canada (Solicitor General)*, [1998] A.C.F. No.1483 ; *R. v. Ghany*, [2006] O.J. No. 2972 ; *Mounted Police Assn. of Ontario v. Canada (Attorney General)*, [2009] O.R. No. 1352 ; *Tanudjaja v. Canada (Attorney General)*, 32013 ONSC 5410 ; *Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, [2018] 1 R.C.S. 464 ; *Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2018] 1 R.C.S. 522 ; *Li v. British Columbia*, 2021 BCCA 256.

³¹⁵⁷ *United Food and Commercial Workers, Local 401 v. Alberta (Information and privacy Commissioner)*, 2011 ABQB 415.

³¹⁵⁸ *Shane v. Canada*, [1998] A.C.F. No. 1671.

*Eldridge*³¹⁵⁹ et *Vriend*³¹⁶⁰ constituent une extension considérable du contrôle constitutionnel sous l'égide de la Charte canadienne, ce dernier n'a pas nécessairement vocation à se propager au-delà de l'art. 15. Corrélativement, cela signifie qu'il ne sera pas possible de reprocher au gouvernement fédéral ou aux gouvernements des provinces l'absence de protection suffisante de la liberté d'expression du lanceur d'alerte. On ne pourra pas passer par cette voie pour stimuler l'action étatique en ce sens, par exemple en lui imposant d'agir en faveur de la mise en place d'un statut protecteur des lanceurs d'alerte, sans lequel son droit à la liberté d'expression ne serait pas effectif. À l'inverse, une entreprise ne pourra pas se fonder sur l'art. 7 de la Charte canadienne et le droit à la vie privée qui en découle pour faire valoir une insuffisance de protection de ses informations économiques.

Si la voie des obligations positives est en partie fermée, la Cour suprême rappelle tout de même que les initiatives prises par les législateurs sont bien soumises à la Charte canadienne : « lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la *Charte*. »³¹⁶¹ On ne peut pas forcer gouvernements et législateurs à agir, mais quand ils le font, ils retombent irrémédiablement sous l'examen judiciaire fondée sur cet instrument juridique. Dans ce cas, ce n'est plus l'inaction de l'État qui est pointée du doigt, mais bien son action. Cette hypothèse rappelle bien entendu la seconde par laquelle nous avons constaté qu'il était possible de faire produire un effet horizontal à une déclaration de droits et qui est tout à fait utilisée dans le cadre de la Convention européenne : la caution de l'État³¹⁶².

2.2.2 Le contournement par l'applicabilité d'un texte de loi à un conflit privé

878. Ouverture vers un effet horizontal. Si l'on se fondait sur les seules obligations positives, il serait tout à fait impossible de faire produire un quelconque effet horizontal à la Charte. Il serait illusoire de vouloir se servir de celle-ci comme cadre de résolution du conflit opposant le lanceur d'alerte à la compagnie protégeant son information. Cependant, il faut bien rappeler que les particuliers peuvent toujours mettre en jeu la responsabilité de l'État canadien, d'une province, d'un établissement public ou de toute entité assimilable au gouvernement pour les ingérences dans l'exercice des droits fondamentaux que leurs actions créent. Il n'y a rien d'original dans cette configuration, qui n'est que la manifestation de l'effet vertical de la Charte canadienne. On le retrouve par exemple dans l'arrêt *Lucas*³¹⁶³, où le demandeur contestait la

³¹⁵⁹ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 2968.

³¹⁶⁰ *Vriend c. Alberta*, préc., note 3149.

³¹⁶¹ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, préc., note 3128, par. 104.

³¹⁶² *Supra*, n°859.

³¹⁶³ *R. c. Lucas*, préc., note 1977.

conformité de l'art. 300 C. crim. à la Charte, en faisant valoir que ce texte créait une ingérence inadmissible dans sa liberté d'expression. De même, dans l'arrêt *Sharpe*³¹⁶⁴, dans lequel le demandeur a été condamné pour possession de pornographie juvénile. Il contestait la constitutionnalité de sa condamnation en faisant valoir qu'elle violait son droit à la liberté d'expression artistique.

879. Utilisation de la caution de l'État. Mais pour ce qui concerne seulement l'effet horizontal, il existe aussi une possibilité de faire jouer la responsabilité du gouvernement dans cette configuration. En effet, la Cour suprême a admis une certaine forme d'effet horizontal manifesté dans l'équivalent de ce que nous avons identifié, dans le cadre de la Convention européenne, comme la caution de l'État³¹⁶⁵. Ainsi, chaque fois que les lois ou plus largement le système juridique interne « a rendu possible ou toléré la violation par un particulier, ou un groupe de particuliers, d'un droit protégé par la Convention »³¹⁶⁶, alors les pouvoirs publics peuvent en être tenus pour responsables. Par exemple, dans le premier arrêt de la Cour européenne ayant reconnu un tel effet, les requérants avaient été licenciés de leur emploi dans le rail britannique, car ils avaient refusé de s'affilier à un syndicat, alors qu'il s'agissait d'une de conditions explicites d'embauche. Ce type d'accords avec les syndicats, appelés *closed shop*, étaient rendus possible par une loi ayant déterminé les conditions dans lesquelles ils pouvaient être mis en place³¹⁶⁷. Ainsi, les requérants se sont plaints d'une atteinte à leur liberté syndicale – en l'occurrence celle de ne pas être syndiqué – rendue possible par l'existence d'une loi organisant la mise en place des *closed shop*. Dans ce cas, c'est bien la loi qui a rendu possible et licite l'atteinte à la liberté syndicale. Elle était d'autant plus évidente que quelques années auparavant, une précédente loi avait interdit ce type d'accords. La Cour européenne s'est donc prononcée en faveur de la violation de l'art. 11 de la Convention européenne³¹⁶⁸, consacrant la liberté syndicale justement, dans la mesure où c'est indirectement, mais certainement, l'action étatique qui est à l'origine de l'atteinte à cette liberté³¹⁶⁹.

880. Manifestation de la caution de l'État devant la Cour suprême. Un raisonnement similaire a été tenu par la Cour suprême, permettant de cette manière d'élargir un peu le domaine d'application de la Charte, y compris dans des litiges privés. La question a été soulevée

³¹⁶⁴ *R. c. Sharpe*, préc., note 1721.

³¹⁶⁵ *Supra*, n°859.

³¹⁶⁶ F. SUDRE, « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 372.

³¹⁶⁷ *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, préc., note 3062, par. 21.

³¹⁶⁸ *Id.*, par. 55.

³¹⁶⁹ D. SPIELMANN, préc., note 3053, p. 81.

à l'occasion d'une affaire impliquant encore une fois l'art. 15 de la Charte canadienne³¹⁷⁰. Une jeune fille souhaitait jouer au hockey dans une équipe de garçons, ce qui était autorisé par l'association provinciale encadrant cette pratique, en raison du faible nombre de jeunes filles pratiquant ce sport avant 12 ans. Toutefois, pour participer au championnat et à la compétition amateur, il était nécessaire pour tous les joueurs de l'équipe d'adhérer à l'association provinciale organisant ceux-ci. Or, le règlement de l'association ontarienne de hockey ne permettait qu'aux garçons de procéder à une telle adhésion, ce qui revenait à dire que le championnat n'était organisé que pour la compétition masculine. Une telle distinction était rendue possible et légale grâce à un article du *Code des droits de la personne*³¹⁷¹ ontarien. Ce dernier envisageait une exception à l'art. 1^{er}, consacrant le droit à l'égalité :

« Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 1, à un traitement égal en matière de services et d'installations le fait qu'un club de loisirs limite l'accès à ces services ou installations ou accorde une préférence en ce qui concerne les cotisations des membres ou autres droits pour des raisons fondées sur l'âge, le sexe, l'état matrimonial ou l'état familial. »³¹⁷²

Concrètement, ce texte permettait de fonder une discrimination sur le sexe dans le contexte sportif. Par cet état de fait, la ligue provinciale de hockey avait l'autorisation légale de faire une distinction dans les inscriptions fondée sur le sexe. Partant, la question se posait de savoir si l'on pouvait reprocher à l'association d'avoir procédé à une discrimination non conforme à l'art. 15 de la Charte canadienne.

Très rapidement, les juges sont parvenus à la conclusion que l'association en cause n'avait pas de lien avec le gouvernement ou ses activités, et ne pouvait à ce titre être considérée comme étant incluse dans la notion de gouvernement, au sens de l'art. 32 de la Charte canadienne³¹⁷³. Toutefois, la question pouvait se reporter plus directement sur la conformité à la Charte de l'article de la loi provinciale autorisant une discrimination fondée sur le sexe dans un contexte sportif³¹⁷⁴. À l'étude de ce texte, la majorité des juges a considéré qu'il était discriminatoire, non seulement parce qu'il créait une différence qui ne concernait que le sexe³¹⁷⁵ – ce qui constituerait une discrimination parmi les causes de discrimination – mais en plus, il s'agissait d'une discrimination directe³¹⁷⁶, qui a été considéré comme non susceptible de

³¹⁷⁰ *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.*, [1986] O.J. No. 236.

³¹⁷¹ *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19.

³¹⁷² *Id.*, art. 20(3) (19(2) au moment des faits).

³¹⁷³ *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.*, préc., note 3170, par. 28.

³¹⁷⁴ *Id.*, par. 30.

³¹⁷⁵ *Id.*, par. 37.

³¹⁷⁶ *Id.*, par. 38.

justification au regard de l'art. 1^{er} de la Charte canadienne³¹⁷⁷. Ainsi, la disposition du Code des droits de la personne de l'Ontario a été déclarée inconstitutionnelle, car contrevenant à l'art. 15 de la Charte canadienne.

881. Reconnaissance d'un effet horizontal indirect dans la Charte canadienne. Le raisonnement du juge confirme qu'il est possible de faire jouer les effets de la Charte canadienne dans un conflit purement privé, mais en mettant pas directement en cause le comportement de l'une ou l'autre de parties. C'est le texte créant les conditions ayant conduit à la violation d'un droit fondamental qui est soumis à l'examen des juges, par le prisme de la Charte. C'est donc exactement le même raisonnement que celui tenu précédemment par la Cour européenne, lorsqu'elle se concentre sur un cas de violation trouvant sa source dans un texte la permettant. Ainsi, la Charte canadienne connaît aussi une certaine possibilité d'être appliquée dans des conflits purement privés, si la violation d'un droit a été rendue possible par une action gouvernementale ou un texte législatif. On constate donc que la Charte connaît un certain effet horizontal, bien qu'il demeure indirect. De ce point de vue, le domaine d'application de celle-ci ne diffère pas de celui que la Convention européenne³¹⁷⁸.

882. Reprise de l'effet horizontal indirect par la Cour suprême. Un tel raisonnement a été confirmé par la Cour suprême, entérinant d'admission d'un effet horizontal indirect lié à la mise en jeu d'un texte législatif permettant l'atteinte à un droit fondamental. D'abord, elle a repris le raisonnement du juge Dubin de la cour d'appel de l'Ontario, développé à l'occasion de l'arrêt *Blainey*³¹⁷⁹ dans son arrêt *Dolphin Delivery*³¹⁸⁰, pour l'approuver et en adopter la rhétorique : « l'affaire *Blainey* constitue donc un exemple de la manière dont les cours peuvent mettre à exécution et protéger les droits que la *Charte* garantir aux particuliers »³¹⁸¹. Ensuite, la Cour suprême a aussi rendu possible l'application de la Charte canadienne dans un conflit purement privé, par le biais des pouvoirs d'un arbitre habilité légalement. Dans l'arrêt *Slaight*³¹⁸², l'employé d'une station de radio a été licencié, décision qui fut contestée par le premier. Un arbitre a été désigné pour régler le litige, sur la base de plusieurs articles tirés du *Code canadien du travail*³¹⁸³. Ayant jugé le congédiement sans motif valable, il a tranché en

³¹⁷⁷ *Id.*, par. 48 à 51.

³¹⁷⁸ F. SUDRE, « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », préc., note 3076, 374.

³¹⁷⁹ *Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.*, préc., note 3170.

³¹⁸⁰ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, préc., note 1527.

³¹⁸¹ *Id.*, 602.

³¹⁸² *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, préc., note 2981.

³¹⁸³ *Code canadien du travail*, préc., note 97.

faveur de l'employé licencié. La partie de la décision qui posait difficulté concernait plus particulièrement le fait que l'arbitre ait demandé à l'employeur fautif de rédiger une lettre de recommandation et de ne répondre à toute demande de renseignement concernant son ancien employé uniquement par l'envoi de ladite lettre et par aucune autre forme de renseignement. La station de radio a contesté cette partie de la décision, en faisant valoir qu'une telle injonction enfreignait son droit à la liberté d'expression. Or, le conflit était là aussi de nature totalement privée, dans la mesure où il opposait une personne physique et une station de radio privée. Pourtant, la Cour a admis sans peine que la Charte s'appliquait au litige, par l'intermédiaire de l'arbitre :

« Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi ; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice (sic) de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* (...). En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte* et il excède sa juridiction s'il le fait. »³¹⁸⁴

Ainsi, même si le conflit initial est purement privé, la Cour suprême n'a rencontré aucune difficulté à y reconnaître l'application de la Charte canadienne, à travers l'action de l'arbitre et le fait que ce dernier tire ses pouvoirs d'une disposition législative.

883. Rejet de la doctrine de l'objet changeant. Il ne faut toutefois pas en déduire que toute loi intervenant dans un conflit privé peut attirer les foudres des juges. Encore faut-il que la disposition puisse être interprétée dans un sens conduisant à déduire qu'elle permet de contrevenir à la Charte canadienne. À ce sujet, une certaine prudence doit s'exercer dans la recherche de l'objet de la loi dont on conteste la validité constitutionnelle à l'occasion d'un conflit privé. En effet, la Cour suprême a eu l'occasion de se demander comment interpréter une loi adoptée il y a quelque temps et qui n'a plus exactement le même objet dans son application. En l'occurrence, la question s'est posée à propos d'une loi qui imposait un repos dominical, liée au contexte chrétien majoritaire au Canada à l'époque de son adoption. Avec le temps, la loi avait perdu de sa connotation religieuse pour viser davantage à offrir un jour de repos commun partout dans le pays³¹⁸⁵. Les juges ont considéré que si les conditions d'application d'une loi pouvaient changer avec le temps, son objet ne le pouvait pas. Ils ont considéré que l'adoption de la doctrine de l'objet changeant, c'est-à-dire la possibilité de faire évoluer l'objet de la loi en fonction de ses utilisations modernes,

³¹⁸⁴ *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, préc., note 2981, 1077 et 1078.

³¹⁸⁵ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, préc., note 1564, 316.

n'était pas la solution permettant de sauver une loi de l'inconstitutionnalité. Cette doctrine présenterait même plusieurs difficultés : elle entraînerait une certaine instabilité, dans la mesure où le changement de l'objet autoriserait régulièrement une réévaluation de la constitutionnalité des lois³¹⁸⁶, non pas seulement au regard des droits fondamentaux, mais aussi sur le fondement du partage des compétences³¹⁸⁷. En outre, la prise en compte de l'objet changeant aurait pour effet de laisser de côté l'intention du législateur dans l'interprétation de la loi³¹⁸⁸. Ainsi, les ramifications modernes de la loi participent davantage de l'évaluation de ses effets que de son objet³¹⁸⁹. Dans le cadre de l'exemple donné, le fait de vouloir imposer un jour de repos commun dans tous les pays participe des effets de la loi, mais ne modifie pas pour autant l'objet initial de la loi, qui avait bien un lien avec la religion. La loi ne peut devenir intrinsèquement laïque avec le temps. Pour les juges, ce sont tant l'objet que l'effet de la loi qui permettent de décider de sa constitutionnalité³¹⁹⁰ et les effets constitutionnels d'une loi ne peuvent pas suffire à la sauver d'un objet inconstitutionnel³¹⁹¹.

Ainsi, si techniquement il est possible de contester une loi dans le cadre de la protection de l'information économique et des lanceurs d'alerte, on ne peut pas le faire de n'importe quelle façon. Il sera difficile de faire valoir que les infractions de vol ou de possession de biens criminellement obtenus ont pour objet de limiter la liberté d'expression du lanceur d'alerte, en faisant peser sur lui la menace d'une condamnation criminelle s'il accapare ou fait usage des informations mises à sa disposition. De même, il lui sera difficile de faire valoir que les dispositions protégeant le secret professionnel ont pour objet de limiter la liberté d'expression, là où elles ont été conçues pour garantir les droits de la défense. Il faudrait alors se tourner vers les effets de la loi. Là encore, rien n'est moins sûr qu'un tel argumentaire convainque les juges. En revanche, le débat pourrait être plus ouvert s'agissant de l'art. 2088 C.c.Q., qui impose le devoir de loyauté et de secret relativement aux informations économiques. Un réel débat pourrait s'organiser autour de la constitutionnalité de son objet, en faisant valoir que si ce dernier impose de « ne pas faire usage de l'information à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail »³¹⁹², c'est bien qu'il existe une intention de limiter la possibilité de transmettre ou diffuser celle-ci, ce qui revient bien à en limiter l'expression. Un véritable examen de la constitutionnalité de cet article au regard de l'art. 2b) de la Charte canadienne pourrait avoir lieu.

³¹⁸⁶ *Id.*, 334.

³¹⁸⁷ *Id.*, 335.

³¹⁸⁸ *Id.*

³¹⁸⁹ *Id.*, 333.

³¹⁹⁰ *Id.*, 331.

³¹⁹¹ *Id.*

³¹⁹² Art. 2088 C.c.Q.

En conséquence, même dans un conflit purement privé, il est possible de rendre la Charte canadienne applicable, si sa violation est rendue possible par un texte législatif ou par une action gouvernementale. C'est le cas de l'art. 2088 C.c.Q. qui impose le devoir de loyauté et peut ainsi constituer le fondement du congédiement d'un lanceur d'alerte ayant fait un usage non prévu d'une information économique. C'est bien cet article qui constitue le fondement de cette décision de l'employeur. La seule limite à l'exercice d'un tel examen constitutionnel est celle de ne pas donner à la loi litigieuse un objet qui n'est pas conforme à celui initialement prévu. Le risque de tels détournements est grand dans le contexte de l'alerte, puisqu'il s'agit d'un phénomène plus récent, auquel on applique certaines lois qui n'ont pas été spécialement conçues dans ce cadre.

884. Pertinence de la Charte en dehors de son champ d'application. Jusqu'à présent, on a constaté qu'il était possible de faire produire un certain effet horizontal à la Charte canadienne, nonobstant indirect, alors même qu'elle n'a pas été conçue comme un outil de contrôle de l'action individuelle. Le fait que l'atteinte à un droit fondamental par une personne privée ait été rendue possible par une action parlementaire ou gouvernementale change la donne. Il restera alors à savoir si l'atteinte à la Charte est bien réelle et si elle ne peut se justifier dans une société démocratique³¹⁹³. En effet, même s'il y a violation de la Charte, celle-ci peut s'avérer répondre à un objectif impérieux.

Toutefois, la Charte canadienne trouve aussi un intérêt en dehors des hypothèses où elle est directement sollicitée pour évaluer la constitutionnalité d'une loi ou d'une action gouvernementale. Plus exactement, les analyses et interprétations qui en sont faites ont des résonances au-delà de son seul champ d'application. Lors de l'application de la Charte québécoise, sa cousine fédérale présente également une grande utilité, car elle constitue une base d'analyse des dispositions provinciales. On confirme alors que, même si la Charte canadienne n'est pas parfaitement applicable au cas du lanceur d'alerte, elle garde toute sa pertinence à travers la Charte québécoise.

2.2.3 Le secours de la Charte québécoise

885. Intérêt de la Charte québécoise. La Charte québécoise proclame elle aussi les droits qui font l'objet du conflit opposant lanceur d'alerte et personne morale concernée par l'information économique³¹⁹⁴. Les juges pourront donc tout à fait passer par cet instrument pour résoudre le conflit les opposant. C'est même d'autant plus pertinent que cette dernière ne se

³¹⁹³ A partir du test de *Oakes*, développé sur le fondement de l'art. 1^{er} de la Charte canadienne.

³¹⁹⁴ *Supra*, n°179, 361 et 513.

soucie pas de distinguer l'effet vertical ou horizontal qu'elle peut produire (2.2.3.1). Mais c'est également le fait que les juges s'inspirent des solutions rendues sur le fondement de la Charte canadienne pour interpréter la Charte québécoise qui maintient tout l'intérêt de l'étude de celle-là. Là encore, c'est de manière indirecte mais bien réelle que la Charte canadienne s'avère essentielle à la résolution du conflit opposant le droit à la confidentialité et la liberté d'expression (2.2.3.2).

2.2.3.1 La disparition de la question de l'effet horizontal de la Charte québécoise

886. Effet vertical non contesté. En tant que loi à valeur quasi constitutionnelle³¹⁹⁵, la Charte québécoise se trouve hiérarchiquement au-dessus des lois et des décisions gouvernementales provinciales³¹⁹⁶. Ces deux entités sont donc tenues de la respecter : les lois non conformes à son contenu sont déclarées inconstitutionnelles³¹⁹⁷, l'administration publique est tenue de respecter les droits proclamés dans la Charte québécoise³¹⁹⁸. À ce sujet, cette dernière a le même champ d'application au niveau provincial, que la Charte canadienne au niveau fédéral.

887. Effet horizontal incontestable. En revanche, contrairement à la charte fédérale, la Charte québécoise trouve à s'appliquer dans les conflits purement privés³¹⁹⁹. C'est une différence notable entre les deux instruments, mais qui s'explique au regard du partage de compétences. En effet, selon l'art. 92(13) de la *Loi constitutionnelle* de 1867³²⁰⁰, les provinces ont compétence pour légiférer sur la propriété et les droits civils. De manière générale, ces dernières peuvent réguler les rapports entre personnes privées³²⁰¹. La province du Québec a donc toute latitude pour décider comment réguler ces rapports, ce qui peut impliquer de leur appliquer la Charte québécoise, qui aurait même été conçue justement pour cette fin³²⁰². Celle-ci a une vocation véritablement universelle au sein de la province, contribuant à la détermination d'un régime de droit commun pour toute personne se trouvant sur son territoire³²⁰³. Ainsi, une personne privée peut tout à fait invoquer une violation de la Charte québécoise réalisée par une autre personne privée, sans qu'il n'y ait lieu de se soucier de savoir

³¹⁹⁵ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 42 et 116 ; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.54 ; A. MORIN, préc., note 2854, n°32.

³¹⁹⁶ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.60.

³¹⁹⁷ *Id.*, n°XII-2.54.

³¹⁹⁸ *Id.*, n°XII-2.60.

³¹⁹⁹ *Id.*, n°XII-2.66. A. MORIN, préc., note 2854, n°31.

³²⁰⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 430.

³²⁰¹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.66.

³²⁰² A. MORIN, préc., note 2854, n°31.

³²⁰³ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-2.66.

comment une telle violation a été rendue possible. Par exemple, le propriétaire d'un appartement peut se plaindre que le règlement de copropriété de son immeuble viole son droit à la liberté de religion³²⁰⁴, les héritiers d'une mère de famille peuvent exercer un recours contre ceux de son conjoint, responsable de son décès et de celui de leurs deux enfants³²⁰⁵, une jeune fille ayant été prise en photo dans un lieu public peut exercer un recours contre le magazine ayant publié la photographie³²⁰⁶. La Charte québécoise s'applique tant en matière de contrat que de responsabilité civile³²⁰⁷.

888. Effet horizontal direct. Mais bien plus encore que l'effet horizontal qui ressort de l'application indirecte de la Charte canadienne, ici les dispositions de la Charte québécoise autorisent à lui conférer un effet horizontal direct. En effet, l'art. 49 de cette dernière dispose qu'« une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnue par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. » Les victimes ont donc, tout comme ce que prévoit l'art. 24(1) de la Charte canadienne, la possibilité d'obtenir une réparation pour le préjudice subi du fait de la violation de leurs droits fondamentaux. Mais contrairement au dispositif fédéral, le fait que la Charte québécoise s'applique entre personnes privées signifie que celles-ci peuvent être tenues responsables des violations dont elles se rendent coupables. La Cour suprême a accepté de faire produire un tel effet à la Charte québécoise et plus particulièrement à son art. 49. D'ailleurs, avant même l'avènement de la cette charte, les articles du *Code civil du Bas Canada*³²⁰⁸ permettaient de fonder une action en responsabilité civile pour violation des droits fondamentaux³²⁰⁹. Il était donc logique que la Charte québécoise et l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence perpétuent cet état de fait. La violation d'un droit dans le cadre de cet instrument constitue donc une faute civile³²¹⁰, qui doit être évaluée selon les mêmes conditions que le droit commun de la responsabilité civile québécoise³²¹¹, autrement dit la victime doit rapporter la preuve de son préjudice, de la faute et du lien de causalité unissant les deux³²¹². Ainsi, il n'y a aucune distinction entre la faute civile issue du *Code civil du Québec* et celle

³²⁰⁴ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

³²⁰⁵ *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64.

³²⁰⁶ *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 649.

³²⁰⁷ A. MORIN, préc., note 2854, n°31.

³²⁰⁸ Art. 1053 C.c.B.C.

³²⁰⁹ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, préc., note 3195, par. 118.

³²¹⁰ *Id.*, par. 120.

³²¹¹ *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268, par. 58 ; *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 649, par. 49 ; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 3205, par. 44.

³²¹² *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, préc., note 3195, par. 122 ; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 24.

issue de la violation d'un droit fondamental garanti par la Charte québécoise, si ce n'est sa source³²¹³.

889. Insuffisance persistante de la Charte québécoise. Ainsi, la Charte québécoise est de loin l'instrument disposant du champ d'application le plus concret – bien plus direct que la Convention européenne elle-même – dans la mesure où il est seul à permettre un effet horizontal direct, qui rend les personnes privées directement responsables des violations de droits qu'elles commettent sans passer par le biais de la responsabilité étatique. La Charte québécoise est alors probablement l'outil le plus approprié à l'étude du conflit qui nous occupe. Pour autant, cela ne signifie pas pour autant que la Charte québécoise fournit toutes les solutions utiles à la résolution de ce dernier. La Charte canadienne reste malgré tout un complément et il semble que l'on ne puisse pas tout à fait se passer des interprétations qui en sont faites, dans la mesure où elles sont transposées dans le contexte de la Charte québécoise.

2.2.3.2 Maintien de la pertinence des analyses menées sur le fondement de la Charte canadienne

890. Complétude des chartes. Même si la Charte québécoise peut donner l'impression de se suffire à elle-même pour régler le conflit entre le lanceur d'alerte et la personne morale liée aux informations économiques dévoilées, dans la mesure où elle protège les deux droits en jeu et où elle est la seule à produire un effet horizontal direct, les analyses des droits fondamentaux proposés dans le cadre de la Charte canadienne ne sont pas pour autant caduques. Celle-ci apparaît même incontournable sur certains aspects.

892. Concorde des méthodes interprétatives. D'abord, la Charte québécoise, en tant qu'instrument de protection des droits fondamentaux, est considérée comme une loi fondamentale et classée au sein du droit constitutionnel³²¹⁴, idée renforcée par son statut de loi quasi constitutionnelle. De ce fait, les juges doivent lui réserver une interprétation large et généreuse³²¹⁵, au même titre que les autres outils de protection des droits fondamentaux des autres provinces³²¹⁶. De cette façon, tout comme la Charte canadienne³²¹⁷, les droits proclamés dans la déclaration de droits québécoise doivent être interprétés de sorte qu'ils offrent la protection la plus complète à leurs bénéficiaires.

³²¹³ *de Montigny c. Brossard (Succession)*, préc., note 3205, par. 44.

³²¹⁴ A. MORIN, préc., note 2854, n°33.

³²¹⁵ *Id. Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, préc., note 3195, par. 45 et 116.

³²¹⁶ *Id.*, par. 43 ; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.4.

³²¹⁷ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.37.

Ensuite, la Cour suprême a utilisé l'art. 53 de la Charte québécoise pour en conclure leur transposabilité des solutions développées sur le seul fondement de la Charte canadienne. Ce dernier dispose que « si un doute surgit dans l'interprétation d'une disposition de la loi, il est tranché dans le sens indiqué par la Charte. » Puisque la Charte québécoise est entrée en vigueur avant la Charte canadienne, il ne peut pas ici être fait référence à cette dernière. En revanche, cette affirmation « invite les cours de justice à s'inspirer de la philosophie générale qu'elle entend véhiculer »³²¹⁸, de la même façon que la Charte canadienne est interprétée d'une façon à garantir le plus largement possible les droits qui y sont proclamés. Cet article confirme donc que c'est la méthode large et libérale qui prime dans l'interprétation des droits protégés au niveau provincial³²¹⁹. On peut alors faire coïncider les solutions rendues dans le cadre de l'une ou l'autre des deux chartes.

893. Effet de la hiérarchie des normes. Au-delà de la seule coïncidence des interprétations, c'est tout simplement la hiérarchie des normes qui positionne la Charte québécoise dans l'ombre de la Charte canadienne. On l'a dit, cette dernière est une partie intégrante de la Constitution canadienne, par l'effet de l'art. 52(2) de la *Loi constitutionnelle*³²²⁰ de 1867. En revanche, le statut de loi quasi constitutionnelle de la Charte québécoise ne lui procure pas pour autant un statut plus important, de nature à la faire intégrer la Constitution formelle. Elle est certes supérieure aux lois provinciales québécoises qui doivent la respecter, mais elle ne passe pas la marche pour devenir une loi pleinement constitutionnelle, au même titre que la Charte canadienne. Si cela était le cas, elle devrait s'appliquer au-delà des seules frontières de la province du Québec, à toutes les autres provinces, au détriment du partage des compétences. Cela ne se peut. Aussi, hiérarchiquement, la Charte canadienne demeure d'un degré supérieur à la Charte québécoise. En tant que loi provinciale, elle demeure soumise au respect de celle-là, en vertu de l'art. 52(1) de la *Loi constitutionnelle* de 1867.

894. Nécessité des interprétations conformes. Cette hiérarchisation entre la Charte canadienne et la Charte québécoise implique que les interprétations de celle-ci soient conformes à celles retenues pour celle-là³²²¹. De fait, la Cour suprême n'hésite pas à faire référence à sa jurisprudence rendue sur le fondement de la Charte canadienne, même lorsque le litige n'implique que son homologue québécoise³²²². Ainsi, les solutions rendues sur ce fondement

³²¹⁸ *Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec*, [1992] R.J.Q. 2029.

³²¹⁹ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 1248, n°XII-3.37.

³²²⁰ *Loi constitutionnelle de 1867*, préc., note 430.

³²²¹ A. MORIN, préc., note 2854, n°34.

³²²² *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 1247, par. 93 et 98 ; *Aubry c. Editions Vice-Versa*, préc., note 649, par. 52 ; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, préc., note 3204, par. 40.

sont indispensables pour pouvoir interpréter correctement les dispositions de la Charte québécoise. La proximité va même jusqu'à inciter les juges à voir dans l'art. 9.1 de la Charte québécoise l'équivalent de la l'art. 1^{er} de la Charte canadienne, à savoir une clause restrictive des droits fondamentaux³²²³.

En conséquence, les solutions rendues par la Cour suprême sur la base de la Charte canadienne restent pertinentes, voire indispensables à l'interprétation générale des droits fondamentaux, y compris lorsque ceux-ci sont également consacrés dans la Charte québécoise. Si la première n'est pas systématiquement applicable aux litiges opposant le lanceur d'alerte à son employeur, gardien de l'information économique dévoilée, du moins les interprétations proposées du droit à la vie privée et de la liberté d'expression demeurent pertinentes, alors même que seule la seconde est invoquée pour encadrer le conflit.

895. Conclusion générale. Il n'est pas toujours possible de passer par le législateur pour trancher un litige comme celui impliquant le lanceur d'alerte et la personne morale qui l'emploie, lorsque le premier utilise l'information économique d'une façon non conforme à ce que prévoyaient initialement ses obligations personnelles ou contractuelles. La législation peut être insuffisante ou peu adaptée, ou bien encore ne pas refléter les nouveaux enjeux présentés par une telle situation. Une relecture du litige est nécessaire, ce qui l'est encore plus lorsque l'on prend en compte les raisons, ou finalités pour lesquelles le lanceur d'alerte a pris le risque de prendre la parole. Dans ce cas, le juge est le mieux à même de trancher ce litige, ayant directement connaissance des circonstances de la cause et étant en mesure de rendre la solution la plus conforme au droit.

La lecture de ce litige purement privé en termes de droits fondamentaux implique les grandes déclarations de droits : la Convention européenne en France, la Charte canadienne et la Charte québécoise dans le contexte canadien. On a remarqué d'abord que dans les deux pays, il n'était pas possible de hiérarchiser abstraitement les deux droits en conflit, de sorte que l'un l'emporte systématiquement sur l'autre. Le droit à la vie privée, ainsi que son dérivé le droit à la confidentialité, et la liberté d'expression disposent de la même force hiérarchique. Il est donc inévitable de devoir les mettre en balance au cas par cas, selon les circonstances de chaque cause. Une solution certes qui n'est pas de nature à simplifier la tâche, mais qui permettra davantage de pourvoir une solution équitable.

³²²³ *Ford c. Québec (Procureur général)*, préc., note 199, par. 63.

Ensuite, nous avons constaté qu'il pouvait exister un problème plus général d'applicabilité des chartes et convention, dans la mesure où le conflit qui nous occupe n'implique que deux personnes privées, mais pas directement l'action de l'État. Cela n'est pas un problème pour la Convention européenne, à laquelle on reconnaît volontiers un effet horizontal bien qu'indirect. Cela ne pose aucune difficulté tant que le conflit reste interne à la France, il sera tout de même possible de trancher le litige, tout en permettant l'engagement de la responsabilité de la partie qui n'a pas su respecter le droit de l'autre. Lorsque le conflit est porté devant la Cour européenne, dans ce cas seul l'État pourra répondre des défaillances dans la préservation des droits proclamés, soit par le biais des obligations positives, soit parce qu'il a cautionné leur violation. La protection des droits est toujours aussi efficace, même si la responsabilité n'en incombe pas directement à la personne qui s'est rendue responsable de la violation.

Au Canada, le problème est plus complexe. De manière générale, la Charte canadienne ne bénéficie pas d'un effet horizontal, même indirect, à moins qu'une loi ait rendu possible la violation d'un droit fondamental. L'intérêt des appréciations rendues sur ce fondement pourrait donc apparaître assez limité, puisqu'elle aura peu d'occasions d'entrer en action dans le cadre du conflit opposant le lanceur d'alerte à son employeur. Mais c'est sans compter sur le fait que les juges s'appuient sur la Charte québécoise, qui bénéficie, elle, d'un effet horizontal direct. Elle pourra pleinement s'appliquer au litige qui nous occupe. Et dans ce cas, toutes les interprétations retenues dans le cadre de l'instrument fédéral retrouvent leur pertinence, puisque la Charte québécoise est interprétée de façon conforme, dans la limite des particularités provinciales, aux décisions rendues sur la base de celui-là. La Charte canadienne reste donc tout à fait primordiale pour résoudre le conflit entre vie privée et liberté d'expression.

C'est là une bonne nouvelle. La Cour suprême a développé une méthode interprétative de mise en balance des droits fondamentaux, lorsque ces derniers sont en conflit à l'occasion d'une même situation juridique. Celle-ci demeure pertinente, même si l'on n'est pas tout à fait sûr que la Charte canadienne soit, elle, applicable au litige. On peut tout de même s'en remettre aux critères qui ont été développés, car ils demeurent des indices utiles de la façon dont on pourra résoudre le conflit, que nous allons sans tarder enfin tenter de résoudre, si ce n'est une bonne fois pour toutes, au moins de manière systématisée.

Chapitre 2

La généralisation de l'optimisation comme méthode de résolution des conflits

*« L'obligation de subir nous donne le droit de savoir. »
Jean Rostand*

896. Insuffisance du modèle de la priorité des droits. On a déjà identifié une première façon de régler le conflit, à travers le modèle de contrôle décrit par le professeur Tremblay et qu'il a appelé « modèle de la priorité des droits »³²²⁴. En effet, dans ce type de contrôle de conformité, la première étape consiste à vérifier que le législateur a bien identifié une valeur légitime, du moins aussi urgente que le droit fondamental que l'on sacrifie³²²⁵. Il procède aux arbitrages, donne les grandes orientations facilitant la lecture du conflit et transmet quelques indications sommaires quant à la façon de le résoudre. L'ordre normatif substantiel³²²⁶ est, dans cette mesure, une aide pour résoudre au moins abstraitement³²²⁷ le conflit dans les hypothèses qu'il a pris la peine d'encadrer. Par exemple, en prohibant les atteintes au secret professionnel ou encore en autorisant l'employeur à prendre des mesures disciplinaires contre celui qui révèle une information économique, le choix est délibérément fait en faveur de la protection du droit à la confidentialité. À l'inverse, en créant des régimes d'alerte ou en octroyant le bénéfice de certaines justifications, il tranche en faveur de la liberté d'expression sous-jacente à l'alerte.

Ensuite, il revient au juge d'analyser concrètement si la restriction tend véritablement à servir l'objectif fixé par le législateur. Cela suppose un contrôle concret³²²⁸ de l'importance de l'objectif de la norme restrictive par rapport à l'ampleur de l'atteinte au droit³²²⁹. C'est à cette seconde étape seulement qu'apparaît le contrôle de la proportionnalité de la mesure³²³⁰. Ce travail de conformité découpé en deux étapes correspond à la démarche suivie par la Cour suprême dans le test de *Oakes*³²³¹, ainsi que par la CEDH³²³² quand elles sont sollicitées pour évaluer la conformité d'une loi ou d'un acte administratif restrictifs des droits garantis dans la Charte canadienne et dans la Convention européenne. Bien sûr, le vocabulaire diffère un peu d'une cour à l'autre, mais le principe reste en substance le même.

³²²⁴ L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 434 et suiv.

³²²⁵ *Id.*, 436.

³²²⁶ *Id.*, 435.

³²²⁷ *Id.*, 440.

³²²⁸ *Id.*

³²²⁹ *Id.*

³²³⁰ *Id.*, 437.

³²³¹ *R. c. Oakes*, préc., note 1965. En ce sens : L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 438.

³²³² F. SUDRE, L. MILANO et H. SURREL, préc., note 625, n°131, p. 203 ; C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°199, p. 101.

897. Assistance indispensable du juge : lien avec le contrôle de conformité des lois.

Toutefois, le législateur n'est pas toujours l'acteur juridique le plus apte à résoudre un tel litige. Il permet de l'encadrer, mais ne peut pas résoudre chaque cas individuellement. Le relais des juges demeure indispensable. Ces derniers sont certainement les mieux placés pour résoudre concrètement le litige, dans la mesure où ils peuvent avoir la connaissance la plus complète des circonstances de faits et leur apporter une solution. Au regard de chaque espèce, ils peuvent soupeser les intérêts légitimes pour décider si la protection de la confidentialité ou celle de la liberté d'expression doit céder à l'autre. La question est d'importance, dans la mesure où l'on ne peut traiter toutes les alertes de la même façon. Rappelons que la diffusion de l'information économique via une alerte n'a pas tout à fait les mêmes enjeux que lorsqu'elle est lancée en interne. Rien qu'au regard de la protection de la réputation, il ne semble pas souhaitable de traiter toutes les alertes d'après un schéma abstrait unique.

898. Opportunité de nouvelles normes d'équilibrage du conflit par la mise en balance des intérêts. C'est aussi dans le cadre d'un tel contrôle que le juge peut parfois se substituer au législateur pour créer *ex nihilo* de nouvelles règles de nature à rééquilibrer la résolution du litige. En effet, les évolutions des aspirations sociales peuvent être de nature à rendre obsolètes certains arbitrages réalisés plusieurs décennies auparavant. On l'a déjà constaté s'agissant du délit de diffamation en France, pour lequel le législateur avait choisi de placer la question de la véracité du propos hors du débat sur la consommation même de l'infraction, alors que la place accordée à la vérité dans les fondements mêmes de la liberté d'expression et le rôle émergeant du lanceur d'alerte mériteraient aujourd'hui de revoir cet état de fait³²³³.

Outre cette réévaluation des arbitrages, il reste tous les cas où aucun n'a été réalisé. En l'absence de toute forme d'encadrement législatif, administratif ou privé, une même situation peut faire naître deux revendications légitimes. Dans ce cas, le juge doit procéder à une véritable mise en balance des intérêts en présence et, comme nous l'avons vu, aucune hiérarchisation n'existe entre eux³²³⁴, de nature à simplifier leur conciliation.

La méthode employée ici n'est pas tout à fait la même que celle développée dans le cadre du contrôle de conformité des actes législatifs ou gouvernementaux³²³⁵. Tant la Cour

³²³³ *Supra*, n°663.

³²³⁴ *Supra*, n°561

³²³⁵ Eux-mêmes faisant l'objet au Canada de quelques nuances dans l'analyse, particulièrement relativement au standard d'appréciation : *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, par. 57 ; *Ecole secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 40 à 42 ; *Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] 2 R.C.S. 293, par. 81 ; *Strom v. Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, 2020 SKCA 112, par. 140 à 144.

suprême que la CEDH ont développé une méthode interprétative pour répondre à ce type de situations. Les critères d'analyse sont un peu différents, car il ne s'agit plus de contester la validité de l'acte en jeu au regard des droits fondamentaux, mais de trancher le litige les opposant, dans la mesure où ils sont impossibles à hiérarchiser³²³⁶ et à réconcilier. C'est d'ailleurs souvent l'hypothèse qui pose le plus de difficultés en ce qui concerne l'information économique : à elle seule, la loi ne suffit pas à faire pencher la balance en faveur de la confidentialité ou de la liberté d'expression.

Pour y parvenir, les juges ont davantage recours à une optimisation des droits en jeu³²³⁷. Face à la montée de revendications antagonistes, il devient de plus en plus délicat de pouvoir justifier en privilégiant une par rapport à d'autres. Le cas de l'alerte le démontre bien : il est quasiment impossible d'affirmer qu'il est systématiquement souhaitable de garantir la confidentialité de l'information économique ou, au contraire, de la laisser circuler. L'optimisation par la mise en balance des intérêts permet de contourner une telle difficulté, puisqu'il n'est plus nécessaire de décider quelle valeur aurait préséance sur les autres (1).

899. Illustrations du recours au modèle de l'optimisation des droits. L'intérêt d'une telle méthode d'évaluation du conflit n'est pas seulement théorique. Sa prééminence en *common law* la rend originale dans le contexte français. La comparaison avec les solutions canadiennes permet de montrer que les juges français sont devenus eux aussi sensibles à cette méthode, qui est alors susceptible de produire des résultats inattendus dans ce pays. Les juges ont ainsi accepté de réévaluer ce qui avait pu être admis autrefois, procédant ainsi à un réajustement du conflit, à la lumière des enjeux contemporains. Cette évolution est particulièrement flagrante à l'égard de deux justifications, que sont la bonne foi en matière de diffamation et la liberté d'expression, illustrant la façon dont s'est introduite cette méthode de pensée dans ce pays.

Il en ressort que ces défenses n'occupent plus la même place que celle à laquelle le modèle principe-exception les avait assignées : elles ne se présentent justement plus nécessairement comme des exceptions, mais plutôt des normes de contrôle de conformité des lois. D'une certaine manière, les juges n'utilisent plus ces normes fondamentales pour justifier, dans des circonstances exceptionnelles, des infractions, mais à l'inverse, pour vérifier que ces dernières sont conformes aux droits fondamentaux consacrés. On passe d'une logique où les

³²³⁶ *Supra*, n829

³²³⁷ L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 442.

droits fondamentaux s'expriment exceptionnellement par rapport aux impératifs pénaux, à celle où ils servent de référence. À tel point, que l'on peut se demander s'il s'agit encore véritablement de justification (2).

1 L'optimisation des intérêts relatifs à l'alerte

900. Pertinence du recours généralisée à l'optimisation des droits. À l'étude de l'ensemble des faits justificatifs envisagés, légaux ou prétoriens, doublés de l'analyse européenne qui les surplombe, on pourrait sembler vain de tenter de poursuivre l'analyse de la résolution du conflit entourant l'alerte. En effet, cette dernière semble quasi systématiquement l'emporter sur le secret. L'accroissement du nombre de faits justificatifs peut donner le sentiment qu'il existe davantage de circonstances permettant à la liberté d'expression par rapport au maintien de la confidentialité. D'ailleurs, la Cour européenne ne reconnaît-elle pas elle-même que lorsque la liberté d'expression concerne des débats d'intérêt général et plus particulièrement le travail des journalistes, les États disposent une marge d'appréciation restreinte, contrairement à la vie privée ? Comme nous l'avons vu, certains auteurs considèrent ce critère comme un facteur permettant d'établir une hiérarchie entre les droits fondamentaux de la CEDH³²³⁸. De même, la professeure Ducoulombier a suggéré que le statut de la personne dont les droits sont atteints par une autre personne privée pourrait être un critère intéressant pour hiérarchiser les droits au cas par cas : « face au droit d'un requérant, personne physique, il serait légitime d'accorder un poids inférieur aux droits d'une personne morale »³²³⁹. Il est vrai que cette conclusion connaît certains échos dans la jurisprudence européenne, notamment quand celle-ci explique que les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard des acteurs économiques³²⁴⁰ ou encore, que la Convention européenne est un « instrument de protection des êtres humains »³²⁴¹, ce qui semble mettre à distance les personnes morales.

901. Nécessité d'effectuer la mise en balance effective. Pour autant, en déduire qu'il existe une hiérarchie liée au statut des personnes impliquées dans le litige ou à l'ampleur de la marge d'appréciation ne suffit pas. Cela reviendrait à un modèle où l'on priorise les droits, en l'occurrence la liberté d'expression, modèle qui semble avoir fait long feu³²⁴². Au contraire, dans le cas de l'alerte, la Cour européenne a mis en place un certain nombre de critères pour évaluer la légitimité de la prise de parole, ce qui ne permet pas de préjuger à l'avance des

³²³⁸ *Supra*, n°832.

³²³⁹ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 347.

³²⁴⁰ *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, préc., note 2949, par. 94.

³²⁴¹ *Podkolzina c. Lettonie*, préc., note 2956, par. 35.

³²⁴² L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 455 et suiv.

résultats de l'analyse menée sur cette base. Il n'est pas dit que la prise de parole du lanceur d'alerte soit celle qui ressortira systématiquement victorieuse de la confrontation avec le secret de l'information économique. On ne peut alors pas présumer que la circulation de l'information a une place hiérarchique supérieure à la nécessité de protéger la confidentialité. En outre, même si l'on pouvait affirmer péremptoirement une telle supériorité, cela voudrait dire que l'on renoncerait quasi systématiquement à protéger le secret. Or, la recherche d'un équilibre proportionnel entre les droits en conflit ne signifie pas qu'on accepte purement et simplement de renoncer à toute protection de droit vaincu. Elle implique également de mesurer l'atteinte causée, pour vérifier que l'on n'a pas été au-delà de ce qui était nécessaire pour assurer la circulation de l'information. Cela ne peut pas s'évaluer par la simple conclusion de l'existence d'une hiérarchisation des droits, mais bien par leur confrontation, qui ne préjuge en rien du bien-fondé de telle ou telle revendication³²⁴³.

Précisons également qu'à ce stade, il a été fait le choix de ne pas s'attarder sur l'analyse réalisée par les juges français de ce type de conflit. Les juridictions internes sont visiblement de plus en plus influencées par le modèle européen de résolution des conflits (et donc indirectement par le modèle anglo-saxon). Nous pourrions le constater plus loin, dans l'interprétation moderne qu'elle propose de la bonne foi et de la liberté d'expression³²⁴⁴. Pour comprendre les solutions françaises, il semble en tout cas nécessaire de s'attarder davantage sur les interprétations qui les ont influencées.

902. Pertinence du cadre européen. À partir de cette étape, on se basera plutôt sur le modèle de résolution proposé par la Cour suprême pour deux raisons. D'abord, la Cour européenne ne propose pas un modèle présentant le même degré de précision que celui établi dans le cadre canadien. Surtout, les arrêts européens procédant explicitement à une mise en balance entre vie privée et liberté d'expression le font dans le contexte très précis de la publication d'informations ou de photos relatives à une personne physique³²⁴⁵. Il semble peu utile, voire peu pertinent, de recourir à des critères tels que la notoriété de la personne³²⁴⁶, son comportement antérieur³²⁴⁷ ou, le cas échéant, les circonstances de la prise d'une photo³²⁴⁸, qui n'ont rien à voir avec l'alerte. On pourra à la place se tourner vers les arrêts traitant plus

³²⁴³ *Id.*, 457.

³²⁴⁴ *Infra*, n°1010 et suiv.

³²⁴⁵ *Von Hannover c. Allemagne (n°2)*, préc., note 1261.

³²⁴⁶ *Von Hannover c. Allemagne (n°2)*, préc., note 1261, par. 110.

³²⁴⁷ *Id.*, par. 111.

³²⁴⁸ *Id.*, par. 113 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953, par. 93 (résumé des 5 critères applicables dans le cadre de ce test de proportionnalité).

spécifiquement de cette dernière, même s'ils ne sont pas explicitement présentés comme participant à une évaluation de la proportionnalité.

903. Travail de mise en balance par la proportionnalité : méthode canadienne et européenne. Au Canada, la Cour suprême a développé, dans les arrêts *Dagenais*³²⁴⁹, *Mentuck*³²⁵⁰ et *N. S.*³²⁵¹, un test qui permet justement de concilier, d'optimiser deux droits impliqués dans une même situation juridique, pour définir un équilibre entre eux. Ces trois affaires impliquaient toute une décision qui, qu'elle soit prise dans un sens ou dans l'autre, provoquait inéluctablement une atteinte à un droit fondamental. Certes, les droits évoqués n'étaient pas exactement les mêmes que dans le cadre du conflit entourant l'information économique, mais les principes développés dans ces décisions sont tout à fait transposables à cette hypothèse.

La Cour européenne a également établi une certaine méthode pour résoudre un conflit entre deux droits fondamentaux³²⁵². La comparaison de ces deux méthodes, qui ne sont pas si éloignées d'ailleurs, permettra de dégager le cadre commun nécessaire l'évaluation du comportement du lanceur d'alerte.

904. Première étape : recherche d'un accommodement. Que ce soit dans la jurisprudence de la Cour suprême ou celle de la CEDH, la première étape de l'optimisation consiste à vérifier qu'il existe bien deux droits fondamentaux en concurrence³²⁵³, qui sont tous deux atteints par la mesure prise³²⁵⁴. Dans le cas de l'alerte, on a déjà établi que c'est bien le cas : le droit et la confidentialité et la liberté d'expression sont en jeu. Nous pourrions directement passer à la deuxième étape du test, à savoir la tentative de conciliation des deux droits par des mesures permettant de les accommoder plutôt que d'y porter atteinte (1.1).

³²⁴⁹ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904. Une fiction était sur le point d'être diffusée à la télévision, ayant pour thème des abus commis sur des enfants au sein d'une institution catholique. Au même moment, allaient commencer les procès de quatre anciens membres d'un ordre religieux, renvoyés devant la justice pour des faits de même nature. Ces derniers ont demandé l'interdiction de diffusion de la fiction, au nom du respect de leur droit à un procès équitable

³²⁵⁰ *R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442. Un procès pour meurtre avait été réouvert après l'obtention de nouvelles preuves contre l'accusé, ces dernières ayant été obtenues grâce à un stratagème policier. Dans le cadre de la couverture du nouveau procès, un journal avait reçu une interdiction de publier les informations relatives aux circonstances dans lesquelles ce nouveau procès avait été rendu possible, afin de protéger les méthodes d'enquête.

³²⁵¹ *R. c. N. S.*, préc., note 2996.

³²⁵² *Von Hannover c. Allemagne (n°2)*, préc., note 1621 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953.

³²⁵³ *Von Hannover c. Allemagne (n°2)*, *id.*, par. 95 à 102 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, *id.*, par. 83 à 89.

³²⁵⁴ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 880 ; *R. c. N. S.*, préc., note 2996, par. 8.

905. Seconde étape : analyse de la proportionnalité à proprement parler. Toutefois, cet effort de conciliation ne peut pas toujours être maintenu. Il arrive que la décision de parler du lanceur d'alerte soit pleinement justifiée, engendrant automatiquement une concession à la confidentialité de l'information économique. À l'inverse, on peut envisager que le lanceur d'alerte s'exprime sur des sujets qui ne méritent peut-être pas d'être débattus sur la place publique, si cela se fait au prix de la confidentialité. Dans ce cas, le choix de parler n'apparaîtra pas justifié. Que ce soit l'une ou l'autre des solutions, cette rupture de l'équilibre entre expression et confidentialité doit être soumise à une analyse juridique. C'est là que la question de la proportionnalité se révèle cruciale et offre son plein potentiel de résolution des conflits. Plusieurs éléments contribuent à l'évaluation de cette dernière. Les répertorier permet, par la même occasion, de résumer les éléments essentiels de l'alerte précédemment évoqués, telle que l'importance des objectifs sous-jacents à la prise de parole, le comportement du lanceur d'alerte lui-même, la bonne foi de sa démarche, ou encore la sévérité des sanctions qu'il encourt. À travers ces critères, on pourra alors systématiser l'alerte et le processus de résolution du conflit, en tenant compte, quel que soit le contexte, de critères stables et constants, garants d'une certaine prévisibilité et égalité entre les lanceurs d'alerte (1.2).

1.1 La recherche d'accommodements entre les deux droits

906. Recherche d'un juste équilibre par d'autres solutions. Une fois que les intérêts en jeu ont été correctement identifiés et que l'on s'est assuré que la mesure, l'acte litigieux conduit fatalement à devoir atteindre l'un ou l'autre des droits, les juges canadiens préconisent de rechercher s'il existe une solution de compromis, qui permettrait de concilier lesdits droits plutôt que d'en sacrifier un au profit de l'autre³²⁵⁵. Pour les juges, « la solution consiste à trouver un juste équilibre proportionnel entre [les deux droits], eu égard à l'affaire particulière »³²⁵⁶ à l'origine de la question. Le but est donc de maintenir le plus possible l'exercice des deux droits³²⁵⁷. Pour cela, la Cour suprême invite à rechercher d'autres « mesures raisonnables »³²⁵⁸, d'autres « accommodements »³²⁵⁹, permettant de respecter chacun des droits, tout en écartant le conflit. Ce sont des solutions concrètes qui permettraient de n'en sacrifier aucun au profit de l'autre.

³²⁵⁵ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 880 ; *R. c. Mentuck*, préc., note 3252, par. 32 ; *R. c. N. S.*, préc., note 2996, par. 30.

³²⁵⁶ *R. c. N. S.*, préc., note 2996, par. 31.

³²⁵⁷ *Id.*, par. 32.

³²⁵⁸ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 880 ; *R. c. Mentuck*, préc., note 3252, par. 32.

³²⁵⁹ *R. c. N. S.*, préc., note 2996, par. 32.

907. Recherche d’alternatives dans la jurisprudence européenne. Cette recherche n’est pas totalement étrangère, ni à une évaluation en termes de nécessité³²⁶⁰ ni à la démarche proposée par la CEDH. En effet, quand la Cour a établi sa feuille de route pour l’évaluation de l’action d’un lanceur d’alerte, l’un des points qu’elle a étudiés est celui de savoir si ce dernier « disposait ou non d’autres moyens pour procéder à la divulgation »³²⁶¹. En d’autres termes, les juges cherchent à savoir si le lanceur d’alerte avait d’autres moyens pour être entendu que de s’exprimer publiquement (par exemple dans le cadre de son emploi). Ceci peut renvoyer justement à la procédure d’alerte française imposant de s’adresser en premier lieu au supérieur hiérarchique. C’est à ce type de procédure que la CEDH fait effectivement référence. Quand elle évalue s’il existait d’autres moyens que de procéder à l’alerte publique, elle recherche à chaque fois si la législation interne des États disposait des mesures concernant « la divulgation par des salariés d’irrégularités commises sur leur lieu de travail »³²⁶². Ainsi, selon la Cour, l’absence d’autres solutions reviendrait à rechercher s’il existait d’autres voies pour faire part de ses inquiétudes, sans attenter à la confidentialité de l’information. Cela semble effectivement être une solution moins radicale que de tout exposer sur la place publique.

908. Application au cadre de l’alerte à travers la procédure graduée. En d’autres termes, dans le cadre qui nous occupe, cette étape signifierait qu’il faudrait trouver des solutions qui permettraient de garantir à la fois la confidentialité de l’information économique, tout en permettant une certaine prise de parole du lanceur d’alerte. Dans cette perspective, la procédure de gradation de l’alerte mise en place en France semble tout à fait adaptée à la recherche d’un tel compromis. Lorsque l’alerte est lancée seulement en interne, elle permet de maintenir la confidentialité tout en accordant une certaine place à l’expression de l’employé. Cela lui permet de mettre quand même ses actions en conformité avec ses convictions. Il revient ensuite à l’employeur de prendre les mesures nécessaires pour agir en relation avec la difficulté qui lui a été soumise, si celle-ci est avérée.

D’une certaine manière, le sort de la confidentialité repose à ce stade entre les mains de l’employeur. Sachant que le lanceur d’alerte a la possibilité légale de partager ses doutes à l’extérieur de l’entreprise en cas d’inaction de l’employeur, il appartient à ce dernier de maintenir le statu quo établi, en prenant les mesures utiles pour établir les faits et éventuellement mettre

³²⁶⁰ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 880 ; *R. c. Mentuck*, préc., note 3252, par. 36.

³²⁶¹ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 80 et suiv. ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 72 ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154 ; par. 95 et suiv.

³²⁶² *Guja c. Moldavie*, *id.*, par. 81 ; *Heinisch c. Allemagne*, *id.*, par. 75 et 76 ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, *id.*, par. 96 à 100.

fin au problème. Cela suppose également de ne pas considérer automatiquement la démarche de son salarié comme une violation de son devoir de loyauté, au risque de transformer la situation préoccupante en situation litigieuse, dans laquelle le secret ne pourrait plus être garanti. À ce stade, il n'est en tout cas pas question de renoncer totalement ni à la confidentialité ni à la possibilité pour le salarié de faire part de ses préoccupations.

Même lorsque le lanceur d'alerte fait part de ses doutes auprès des autorités judiciaires, cette initiative ne signifie pas pour autant que la confidentialité est sacrifiée. Ces autorités restent soumises au secret de l'enquête, qui devrait permettre d'éviter toute fuite indésirée de l'information économique. Le lanceur d'alerte a eu quant à lui la possibilité de partager ses inquiétudes. L'équilibre de l'antagonisme est encore une fois respecté et permet de réaliser les deux droits à la fois.

Cette procédure graduée est donc la manifestation concrète qu'il est possible d'accommoder le droit à la confidentialité et la liberté d'expression. On peut envisager de conserver le *statu quo* permettant la réalisation des deux droits à la fois, du moins tant que l'alerte reste cantonnée à une diffusion restreinte. Cette dernière peut d'ailleurs être suffisante pour mettre fin au danger encouru. Après tout, si l'alerte est lancée, c'est bien avec l'objectif de sauvegarder une valeur supérieure³²⁶³. L'intervention de l'employeur ou des autorités judiciaires peut dans certains cas suffire à remplir un tel objectif. Et ce, au prix d'une limitation relative de la liberté d'expression et d'un assouplissement du devoir de loyauté, autorisant un droit à la critique au mieux, une divulgation aux autorités judiciaires au pire. Dans tous les cas, les deux droits peuvent s'accomplir, même si ce n'est pas dans leur plein potentiel.

909. Manifestation de l'équilibre dans l'action du lanceur d'alerte. Cet équilibre sera rompu si finalement la situation n'est pas correctement prise en charge par l'employeur et/ou les autorités judiciaires, ou si le lanceur d'alerte considère que les faits sont suffisamment graves pour motiver une alerte directement au public. Le maintien d'un équilibre ne dépend donc pas entièrement du lanceur d'alerte, mais aussi des autres acteurs qui peuvent participer à la résolution de la difficulté dénoncée. Simplement, il n'appartiendra qu'au lanceur d'alerte de décider s'il porte son alerte plus loin, en dehors du cercle restreint de la personne morale et des autorités garantissant la confidentialité à travers leurs obligations au secret professionnel. Il pourrait tout à fait en rester là et maintenir le compromis. C'est donc avant tout sa décision de parler qui déterminera si la résolution du conflit répond à une certaine proportionnalité.

³²⁶³ *Supra*, n°542 à 549.

910. Rupture de l'équilibre. Si le lanceur d'alerte décide de porter son alerte en public, la conciliation trouvée entre confidentialité et liberté d'expression ne tiendra plus. Cela ne signifie pas que la décision de s'exprimer publiquement n'est pas justifiée. Elle peut l'être si les circonstances ont changé et que le maintien de la confidentialité ne se justifie plus. Dans ce cas, il sera nécessaire de passer à l'étape suivante de l'analyse, à savoir si une telle décision était proportionnelle au regard du contexte et des intérêts en jeu.

1.2 La mise en balance des intérêts concurrents à travers la proportionnalité

911. Comparaison des effets bénéfiques et des restrictions. Quand l'équilibre entre la confidentialité de l'information et la liberté d'expression ne peut plus être maintenu, encore faut-il s'assurer que le choix du lanceur d'alerte de divulguer l'information se justifie et est proportionnel par rapport aux intérêts en jeu. Comme le prévoit le test de la Cour suprême, « en l'absence d'autre solution raisonnable permettant d'éviter le risque sérieux pour [les deux droits en conflit], on passe à l'étape suivante de l'analyse. »³²⁶⁴ Il faut alors vérifier que les effets bénéfiques de la prise de parole du lanceur d'alerte, tant pour la liberté d'expression que pour la protection de ses enjeux sous-jacents, l'emportent sur ses effets préjudiciables pour la personne morale³²⁶⁵. Pour y parvenir, la Cour suprême préconise une analyse de proportionnalité³²⁶⁶ qui, selon elle, s'apparente à la dernière étape du test de *Oakes*³²⁶⁷, c'est-à-dire en comparant les effets de chacune des restrictions. La principale différence entre les deux arrêts tient au fait que les considérations relatives à la légitimité de l'atteinte, c'est-à-dire à l'analyse de nécessité, ont disparu, confirmant que l'on se trouve davantage dans le cadre d'une optimisation des droits en concurrence³²⁶⁸.

912. Critères d'analyse de la proportionnalité. Il n'est pas possible de prédire ce qu'il ressortira de l'application de ce test, notamment à des situations qui n'y ont pas encore été soumises. Il semble inévitable de devoir soumettre la question de l'alerte à cette mise en balance, à cette optimisation des droits en concurrence. La question qui reste en suspens est plutôt celle de savoir sur quelle base cette mise en balance sera effectuée.

³²⁶⁴ R. c. N. S., préc., note 2996, par. 34.

³²⁶⁵ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 878 ; R. c. *Mentuck*, préc., note 3252, par. 32 ; R. c. N. S., préc., note 2996, par. 34.

³²⁶⁶ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 878 ; R. c. *Mentuck*, préc., note 3252, par. 32 ; R. c. N. S., préc., note 2996, par. 35.

³²⁶⁷ R. c. *Oakes*, préc., note 10. En ce sens, *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 878 ; R. c. *Mentuck*, préc., note 3252, par. 27 ; R. c. N. S., préc., note 2996, par. 35.

³²⁶⁸ L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 448.

Les arrêts canadiens n'apportent pas davantage de détails sur la façon d'apprécier ces effets bénéfiques ou délétères, si ce n'est en tenant compte des effets concrets d'une mesure limitative d'un droit. Ainsi, si la méthode d'analyse elle-même est inspirée de la démarche mise en place au Canada, il semble en revanche que c'est vers la CEDH qu'il faille désormais se tourner pour trouver d'autres éléments précisant l'analyse de la proportionnalité de l'alerte. La CEDH considère que le souci d'équilibrage est inhérent à l'analyse de la Convention européenne³²⁶⁹, ce qui se traduit d'ailleurs bien dans la rédaction de ces articles³²⁷⁰ et en fait le cadre idéal d'analyse d'un conflit comme celui impliquant l'alerte et l'information économique.

Certes, la CEDH n'a pas aussi clairement conçu sa démarche de résolution des conflits que le fait la Cour suprême, notamment par l'explicitation du raisonnement propre à l'analyse de proportionnalité et ses étapes³²⁷¹. En revanche, les juges européens ont explicité les critères d'analyse propre à la proportionnalité. Par exemple, ils ont défini une liste de critères précis permettant d'évaluer la proportionnalité d'une atteinte à la vie privée des célébrités³²⁷². Ils ont fait de même avec l'alerte. Sa jurisprudence est les « faisceaux de critères »³²⁷³ qu'elle dégage sont donc une source d'inspiration pour décrire la résolution du conflit qui nous occupe.

913. Exclusion du critère des mesures alternatives. La jurisprudence de la CEDH relative à l'alerte fournit plusieurs critères qui permettent d'affiner la recherche d'un équilibre proportionnel entre le droit d'alerte et l'intérêt au maintien de la confidentialité. On pourra établir si les effets bénéfiques de la prise de parole l'emportent sur ceux du maintien de la confidentialité. Ces critères sont au nombre de six. Nous avons déjà étudié l'un d'entre eux, à savoir la recherche d'alternatives à la publication des informations économiques³²⁷⁴. En effet, la Cour européenne le traite comme un critère d'évaluation de la proportionnalité, et non comme un accommodement évitant le conflit. Or, comme on l'a vu, une procédure d'alerte purement interne ne compromet pas nécessairement ni la confidentialité de l'information, ni ne remet en cause la loyauté de l'employé. Par ailleurs, elle autorise tout de même une discussion à propos d'une préoccupation chère au salarié, ce qui garantit en partie sa libre conscience et autorise

³²⁶⁹ *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, n°7151/75 et 7152/75, série A n°52, par. 69 : La Cour européenne parle de « rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ».

³²⁷⁰ C. GAUTHIER, S. PLATON et D. SZYMCAK, préc., note 1527, n°209, p. 105.

³²⁷¹ *Id.*, n°201, p. 106.

³²⁷² *Von Hannover c. Allemagne (n°2)*, préc., note 154 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953.

³²⁷³ Jean-Christophe SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, « Droit pénal spécial », *R.P.D.P.* 2008.1.111, 119.

³²⁷⁴ *Supra*, n°908

une certaine d'expression. Il s'agirait de proportionnalité si un véritable exercice de comparaison³²⁷⁵ était mis en place relativement aux interférences réellement subies par chacun des deux droits en conflit. Aussi, la place d'un tel critère, en tant qu'élément d'analyse de la proportionnalité ou en tant que mesure d'évitement du conflit dépendra surtout de la présence ou non d'une analyse comparative au sein même de la procédure graduée d'alerte, ce qui ne semble pas être le cas. En effet, dans la procédure française, le passage de la dénonciation interne à la dénonciation judiciaire ne dépend pas de la gravité relative des faits. Elle suit son cours dans cette direction, si l'employeur reste inactif à la première étape. Le passage de l'un à l'autre ne dépend pas de la nature ou à la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression ou à la confidentialité.

En revanche, lorsque les faits sont suffisamment graves et urgents, on peut passer outre la procédure graduée pour s'adresser directement au public. Dans ce cas, il y a bien un renoncement à la confidentialité, qui doit être conditionné par les faits dénoncés et la nécessité de les exprimer. On pressent bien ici qu'il existe un tel exercice de comparaison inhérent à l'analyse de proportionnalité : l'appréciation de la gravité des faits dénoncés permettra de décider si elle justifiait de pouvoir renoncer à la confidentialité. On passe donc à une analyse concrète des faits.

Par conséquent, ce n'est que dans l'hypothèse dans laquelle le lanceur d'alerte ressent le besoin de s'exprimer publiquement que le conflit de droit prend toute son envergure. Le fait, pour la CEDH, de tenir compte de la présence d'une alternative n'a alors que peu d'intérêt pour évaluer la proportionnalité de la prise de parole du lanceur d'alerte, dans la mesure où la légitimité de cette dernière ne dépend plus du fait qu'il ait suivi la procédure, mais de facteurs qui sont inhérents à son action. Soit, il a respecté toutes les étapes, au point de pouvoir adresser publiquement ses préoccupations, sans que cela puisse lui être reproché, puisque la loi elle-même l'autorise. Soit, il a passé outre la procédure pour s'adresser directement au public, parce que les circonstances le justifiaient. Dans ce cas, l'existence ou non de cette procédure n'a plus aucune incidence sur l'évaluation de la prise de parole. Aussi, on semble devoir s'en tenir à l'analyse canadienne, laissant la question de l'existence d'accommodements en dehors des questions de proportionnalité.

914. Identification et classement des critères utiles. Une fois que nous avons écarté ce critère, il en reste cinq : l'intérêt du public à connaître des informations divulguées,

³²⁷⁵ L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 447.

l'authenticité des informations divulguées, le préjudice causé à l'employeur – ou plus généralement au gardien de l'information économique divulguée –, la bonne foi du lanceur d'alerte et la sévérité des sanctions encourues. On regroupera ces éléments en trois catégories de critères, qui permettront répondre à la question de savoir si la prise de parole du lanceur d'alerte était effectivement justifiée par rapport à l'atteinte causée à la confidentialité.

Le premier axe tient à l'expression elle-même. Analysée de façon objective, c'est à ce stade que l'analyse concrète du contenu exprimé par le lanceur d'alerte tient toute son importance. On y intègre l'analyse de la base factuelle et l'authenticité des informations divulguées. Mais on peut aussi y inclure l'évaluation du préjudice subi par le détenteur de l'information économique. En effet, c'est avant tout par la comparaison des avantages et des inconvénients de la prise de parole que l'on évalue si elle était légitime au regard des intérêts en jeu (1.2.1). Le deuxième axe concerne le comportement du lanceur d'alerte. Il s'agit là d'un critère plus subjectif, dans lequel la bonne foi occupe une place importante (1.2.2). Enfin, le dernier axe qui retient l'attention des juges européens et canadiens concerne la sévérité des sanctions. On ne l'a évoqué qu'indirectement, mais les sanctions peuvent avoir un effet fortement dissuasif. La proportionnalité de ces dernières importe, même si l'on peut remettre en question la place qui leur est faite dans le cadre de la résolution du conflit (1.2.3).

1.2.1 La proportionnalité de l'intervention du lanceur d'alerte : l'analyse objective de la situation conflictuelle

915. Principe de l'analyse comparative. Tout exercice de proportionnalité suppose la comparaison qui permettra aux juges de répondre à la question suivante : est-ce que les effets bénéfiques du comportement étudié sont plus importants que ses effets néfastes ?³²⁷⁶ C'est la dernière étape permettant ultimement de conclure sur la légitimité ou non dudit comportement. Pour y parvenir, cela suppose avant tout d'établir « le poids respectif des valeurs concurrentes dans une affaire donnée »³²⁷⁷, c'est-à-dire d'identifier concrètement la valeur respective accordée à chacun des droits en conflit. Corrélativement, on pourra établir l'intensité des atteintes qu'ils peuvent respectivement tolérer ³²⁷⁸ : « plus l'intensité de l'interférence est élevée, plus l'interférence est sérieuse et plus la valeur affectée [devrait avoir de] poids »³²⁷⁹. Dans le cadre de l'alerte, cela signifie que plus les faits dénoncés sont graves et s'inscrivent au cœur des valeurs de la liberté d'expression, plus il faudrait que la confidentialité des

³²⁷⁶ R. c. N. S., préc., note 2996, par. 34 ; L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 447.

³²⁷⁷ L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 447.

³²⁷⁸ *Id.*

³²⁷⁹ *Id.*

informations économiques soit importante pour la personne morale pour justifier de la maintenir.

916. Identification des sujets susceptibles d’alerte : contextualisation. Cet exercice de comparaison suppose en tout cas de revenir sur une question qui, finalement, a traversé l’ensemble de cette deuxième partie et qui reste encore un peu nébuleuse, celle de savoir quels sont les intérêts, les sujets évoqués par le lanceur d’alerte et qui peuvent justifier d’intensifier la protection de sa parole, au point de lever la confidentialité attachée à l’information économique. C’est un élément central de l’évaluation de la proportionnalité : plus le sujet est important, urgent et concerne le bien commun, plus il sera susceptible de justifier une remise en cause de la confidentialité des informations économiques, pour qu’elles fassent l’objet d’alerte. Aussi, l’identification de ces sujets n’a pas seulement pour vertu d’établir la nécessité de l’intervention du lanceur d’alerte où elle joue un rôle fondamental dans la contextualisation de la résolution du conflit³²⁸⁰. Dans la méthode d’optimisation des droits, cette question devient un enjeu de la proportionnalité et cette dernière tient compte de l’adéquation des mesures prises par rapport à l’importance des intérêts défendus. En outre, ces sujets sont porteurs de valeurs démocratiques, susceptibles de les insérer plus moins étroitement au cœur des fondements mêmes de la liberté d’expression. C’est aussi un enjeu important pour établir la possibilité de déroger plus ou moins fortement à celle-ci et donc de trouver des moyens de la concilier avec les besoins de confidentialités (1.2.1.1).

Une fois les intérêts à la prise de parole identifiés, reste à savoir quels sont les torts qui pourraient ressortir pour la personne morale de la divulgation de l’information économique. Cette étape ira plus vite, dans la mesure où ces derniers ont déjà été assez bien identifiés (1.2.1.2). De même, la question de l’authenticité des informations divulguées a déjà été traitée dans le cadre de la diffamation. Nous reviendrons dessus, simplement pour confirmer l’intérêt relatif d’un tel critère dans le cadre de l’alerte (1.2.1.3).

1.2.1.1 La mesure concrète du poids de l’expression

917. Récurrence du critère de l’intérêt à la publication. La Cour européenne attache une grande importance à l’évaluation de l’intérêt public à la diffusion de l’information révélée, lorsqu’elle est interrogée sur la pertinence de l’alerte³²⁸¹. Son appréciation ne tient pas

³²⁸⁰ *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)* [1995] 3 R.C.S. 199, par. 72 ; *Groia c. Barreau du Haut-Canada* [2018] 1 R.C.S. 772, par. 118 ; *Strom c. Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, préc., note 3235, par. 155 ; J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 119.

³²⁸¹ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 85 et suiv. ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 71 ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 101 à 104.

nécessairement au sujet abordé lui-même. Ce dernier a finalement peu d'importance et ne participe pas à la légitimation de l'expression³²⁸². En revanche, son sens, son importance et sa gravité sont centraux³²⁸³, ce qui confirme bien que dans le cadre de l'alerte, il est insuffisant de s'en tenir à dire qu'il s'agit d'une activité expressive. L'importance de cette dernière dépend des intérêts réellement défendus à travers elle et de l'intensité des liens qu'ils entretiennent avec les fondements de cette liberté fondamentale.

918. Enjeux de proportionnalité. De fait, il est certain que tous les sujets abordés ne se valent pas et ne justifieront pas tous de neutraliser la confidentialité de l'information économique. S'ils permettent de découvrir la nécessité de l'intervention du lanceur d'alerte, ces sujets participent aussi à l'évaluation de la proportionnalité : plus un sujet concerne un public large, plus il est grave et important, plus il sera justifié d'en parler, quitte pour cela à porter atteinte au secret de l'information économique. Plus le curseur se déplace dans un sens favorable à la communication de l'information, plus il apparaîtra légitime de porter atteinte à la confidentialité. Corrélativement, plus les informations que l'on souhaite divulguer sont sensibles, plus il sera nécessaire qu'elles concernent des enjeux primordiaux. *Grant*³²⁸⁴ : « tous les sujets d'intérêt public ne sont pas d'importance égale. Les communications sur les questions les plus graves (...) suscitent des préoccupations différentes de celles soulevées par des questions prosaïques qui constituent le quotidien de la vie politique. »³²⁸⁵

919. Détermination des sujets porteurs de valeurs préoccupantes. Pour déterminer les sujets de nature à justifier de limiter la protection de l'information économique, on peut s'inspirer de la rédaction de l'art. 8 § 2 Conv. EDH. En effet, ce paragraphe prévoit les conditions dans lesquelles il est possible de porter atteinte au droit à la vie privée, et par ricochet, au droit à la confidentialité des personnes morales. Notamment, il décrit les enjeux susceptibles

³²⁸² Ce qui est dans la plus pure tradition de la conception de la liberté d'expression : *supra*, n°519 et 533.

³²⁸³ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154., par. 88 : « des questions telles que la séparation des pouvoirs, l'abus de fonctions de la part de personnalités politiques de haut rang et l'attitude du gouvernement à l'égard des brutalités policières (...). Il ne fait aucun doute qu'il s'agit là de questions très importantes, relevant du débat politique dans une société démocratique » ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154., par. 71 : « les informations divulguées en l'espèce (...) présentaient indéniablement un intérêt public » (à propos de la prise en charge de personnes âgées par des institutions spécialisées, notamment publiques) ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154., par. 101 : « les informations divulguées par le requérant présentaient indéniablement un intérêt public. L'interception des communications téléphoniques revêtait une importance particulière dans une société qui avait connu pendant le régime communiste une politique d'étroite surveillance par les services secrets. (...) De plus, la société civile était directement touchée par les informations divulguées, toute personne pouvant voir intercepter ses communications téléphoniques »

³²⁸⁴ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

³²⁸⁵ *Id.*, par. 112.

de justifier de renoncer à la garantie de la vie privée. C'est donc une bonne source d'inspiration des enjeux traités par le lanceur d'alerte et susceptibles de la légitimer.

Deux grandes catégories de critères se dessinent de la lecture de l'art. 8 § 2 Conv. EDH : les droits d'autrui (1.2.1.1.1) et les intérêts étatiques (1.2.1.1.2). Nous y ajouterons également les intérêts économiques, mentionnés dans l'article, mais dont la nature particulière mérite un développement à part entière (1.2.1.1.3).

1.2.1.1.1 Défense de la personne humaine

920. Dédoulement de la question de la protection des personnes. La défense des droits ressort clairement de l'art. 8 § 2 Conv. EDH, lorsqu'il mentionne « la protection de la santé et de la morale » ou encore « la protection des droits et libertés d'autrui ». C'est aussi un enjeu qui a souvent fait l'objet d'alerte, sans que l'on en conteste la légitimité d'une telle intervention. Cela concerne bien évidemment les questions relatives à la vie, la santé et la sécurité des personnes (1.2.1.1.1.1). Mais à cela s'ajoute une question annexe, mais centrale, en lien avec ces derniers enjeux : ceux relatifs à la protection de l'environnement. Il n'est plus nécessaire de démontrer que ces questions ont un lien étroit avec la possibilité de vivre en bonne santé et selon un mode de vie désiré, même si cela ouvre parallèlement la question de savoir si les questions environnementales ne devraient pas devenir un sujet à part entière, détaché de son anthropomorphisme (1.2.1.1.1.2).

1.2.1.1.1.1 Vie, santé, sécurité

921. Exemples de cas en lien avec la mise en danger de la santé humaine. Les questions touchant à la santé des individus auront probablement un impact très important dans la population. Si un lanceur révèle une information économique de nature à remettre en question l'innocuité d'un produit pour la santé humaine, il est probable que celle-ci suscite un vif intérêt pour le public. C'est régulièrement le cas s'agissant des médicaments ou de certains essais cliniques, qui peuvent faire l'objet d'alerte. Le cas du Médiateur en est un parfait exemple : les risques pour la santé humaine induits par la prise régulière de ce médicament ont défrayé la chronique et provoqué la controverse³²⁸⁶, puis une réaction étatique³²⁸⁷, dans la plus pure

³²⁸⁶ Voir *supra*, à propos de la description sociologique du processus d'alerte : n°23.

³²⁸⁷ A la suite du rapport ayant conclu à la carence des contrôles exercé sur le Médiateur et dans la surveillance du médicament en général (Anne-Carole BENSADON, Etienne MARIE et Aquilino MORELLE, « Enquête sur le MEDIATOR », Rapport définitif commandé par l'Inspection générale des affaires sociales, janvier 2011, en ligne : < <https://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/RM2011-001P.pdf> > (consulté le 16 août 2021)), une loi est intervenue pour renforcer la sécurité du médicament : *Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé*, préc., note 1754. *Supra*, n°497.

tradition de l'alerte³²⁸⁸. Il est certain qu'un sujet ayant de telles répercussions représente un intérêt particulièrement élevé pour le public, d'autant plus lorsqu'il conduit à une refonte du système de contrôle des produits de santé. Avant même l'affaire du Médiateur, celle du sang contaminé au VIH avait aussi entraîné des répercussions importantes dans l'opinion publique, tant en France qu'au Canada. Elle a provoqué d'importantes modifications de l'état du droit français³²⁸⁹. Au Canada, une médecin avait alerté le public, après que l'entreprise pharmacologique Apotex qui finançait en partie l'essai clinique qu'elle menait l'a menacé de la poursuivre si elle publiait ses résultats, pointant l'existence de conséquences néfastes pour la santé humaine³²⁹⁰. Au Canada encore, les publicités mensongères créées par l'industrie du tabac continuent de susciter l'intérêt, car elles sont toujours l'objet d'une action de groupe ayant pour l'heure conduit à l'engagement de la responsabilité civile des grands groupes du secteur³²⁹¹.

Les questions relatives à la santé peuvent aussi concerner les soins médicaux prodigués aux personnes. Plusieurs cas d'alerte ont concerné la manifestation de préoccupations quant aux conditions d'accueil des personnes âgées dans des établissements spécialisés. Dans l'arrêt *Strom*³²⁹², la requérante avait posté sur les réseaux sociaux des propos mettant en doute la qualité des soins de fin de vie reçus à l'un des membres de sa famille. Même si les juges ne qualifient pas les faits d'alerte, la situation de la plaignante y ressemblait fortement. Le fait qu'elle soit elle-même infirmière lui confère une expertise sur le sujet³²⁹³, elle ne souhaitait pas nuire à l'établissement dénoncé, mais faire part de ses préoccupations³²⁹⁴, sans fausseté et sans exagération.³²⁹⁵ Autant d'éléments rapprochant sensiblement sa situation de celle d'une alerte valable. Plus nettement encore, la CEDH a eu à traiter explicitement d'une alerte lancée par une infirmière travaillant dans un centre gériatrique à Berlin³²⁹⁶. La Cour y a indéniablement vu un sujet d'intérêt public³²⁹⁷.

On pourrait penser encore aux questions soulevées par tout ce qui concerne l'alimentation. La vache folle, la consommation excessive de sel, de sucre, le recours aux

³²⁸⁸ F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNÉ, préc., note 6, p. 81. *Supra*, n°23.

³²⁸⁹ En provoquant la création du premier organe public de contrôle des produits de santé : *Loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament*, préc., note 1753, art. 1^{er}.

³²⁹⁰ Bulletin de l'ACPPU, « Un rapport défend la Dr Olivieri », novembre 2001, en ligne : < <https://bulletin-archives.caut.ca/fr/bulletin/articles/2001/11/un-rapport-d%C3%A9fend-la-dre-olivieri> > (consulté le 16 août 2021).

³²⁹¹ *Imperial Tobacco Canada Ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé*, préc., note 42.

³²⁹² *Strom v. Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, préc., note 3235.

³²⁹³ *Id.*, par. 163.

³²⁹⁴ *Id.*

³²⁹⁵ *Id.*, par. 167.

³²⁹⁶ *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154.

³²⁹⁷ *Id.*, par. 71.

nanoparticules dans l'alimentation industrielle... Autant de sujets de préoccupation, à l'heure où les questions de diététiques et de santé sont de plus en plus prégnantes dans la majorité des pays industrialisés. Le domaine de l'alerte est ici potentiellement infini.

922. Lien avec la liberté d'expression. En outre, le fait que la vérité ne soit pas un critère efficient de l'identification ou de la pertinence de l'alerte ne sera pas un obstacle à sa validité. Ainsi, même si ces différentes préoccupations peuvent être contestées d'un point de vue purement scientifique, elles n'auront pas besoin d'être définitivement établies dans tous leurs aspects pour mériter d'être considérées comme des alertes valables³²⁹⁸. En revanche, ces sujets sont très certainement de nature à contribuer aux aspects les plus fondamentaux de la liberté d'expression. Ces signalements impliquant directement la santé des personnes sont effectivement de nature à faire naître un questionnement, alimenté par l'absence de certitude scientifique à leur égard. Un tel débat semble parfaitement s'inscrire dans la description faite de la recherche de la vérité³²⁹⁹, car ce n'est pas tant la recherche de celle-ci qui compte que la confrontation des points de vue qui permet de s'en rapprocher.

Les questions portées par ce type d'alerte ont également une grande valeur dans l'installation d'un débat démocratique. Les juges canadiens ne disent pas autre chose lorsqu'ils précisent que les questions de santé publique sont des sujets fréquemment abordés dans un débat public, qui peuvent justifier le recours à une critique plus appuyée³³⁰⁰. La nécessité de laisser libre cours à l'expression se justifie d'autant plus que la confrontation du nouveau point de vue représenté par l'alerte permettra de faire émerger des interrogations qui n'auraient autrement peut-être pas vu le jour, ou du moins ultérieurement. La possibilité pour chacun d'être correctement informé sur les effets d'un produit, sur sa dangerosité, contribue à la transparence du débat, ce qui semble remplir une autre des grandes aspirations de la démocratie. L'alerte en matière de santé est de nature à alimenter un débat de ce calibre qui, comme on l'a vu, peut aboutir à de notables transformations juridiques³³⁰¹. L'importance de ces sujets les rend probablement plus sensibles et nécessite d'autant plus une réponse étatique. La vigueur avec laquelle les autorités publiques réagissent à l'égard d'une controverse peut donc être un indice intéressant de l'importance et de l'urgence du sujet traité.

³²⁹⁸ *Supra*, n°533 et 670. F. CHATEAURAYNAUD et D. TORNAY, préc., note 6, p. 28.

³²⁹⁹ *Supra*, n°498 et suiv.

³³⁰⁰ *Strom c Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, préc., note 3235, par. 160.

³³⁰¹ *Id.*

Cette évidente participation à la recherche de la vérité et à la construction d'un débat d'intérêt général inscrit l'alerte en matière de santé au cœur des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Pour la Cour suprême, il s'agit là d'un argument important pour justifier de préserver ce genre d'activité expressive : « Plus des propos s'éloignent des valeurs qui se trouvent au cœur de l'al. 2b), moins grande est la protection offerte à la liberté d'expression »³³⁰² et plus il est facile de justifier des atteintes celle-ci. À l'inverse, si des propos se trouvent au cœur des valeurs défendues par la liberté d'expression, il faudra faire valoir des intérêts d'autant plus pressants pour justifier de les censurer.

923. Accomplissement d'autres impératifs. Au-delà, il semble que l'importance du sujet ne se joue pas uniquement du point de vue de la liberté d'expression. L'accès aux informations confidentielles permis par l'alerte contribue aussi d'une certaine manière à favoriser l'autonomie personnelle : le fait d'avoir une meilleure connaissance de la dangerosité de certains produits autorise chacun à décider de ne plus le consommer ou au contraire, de continuer à s'exposer aux risques qui y sont liés. C'est donc aussi une manière de permettre à chacun d'opérer des choix en conscience, selon ses aspirations personnelles.

Enfin, l'alerte en matière de santé peut, dans certains cas, permettre de stopper nettement le risque encouru. C'est ce qu'a permis l'alerte dans le cas du Mediator, puisqu'elle a rapidement provoqué le retrait du médicament du marché français et donc potentiellement de prévenir l'aggravation de l'état de santé de certains patients, ou la création de nouveaux risques. Dans l'arrêt *Heinisch*, la CEDH soulève aussi la question des effets potentiels de l'alerte, pour stopper certains abus réalisés dans les centres de santé accueillant des personnes âgées :

« Dans des sociétés où une part toujours plus importante de la population âgée fait l'objet d'une prise en charge institutionnelle, la divulgation d'informations sur la qualité et les insuffisances de cette prise en charge revêt une importance capitale pour la prévention des abus en raison de la vulnérabilité particulière des patients concernés, qui ne sont pas toujours en mesure de signaler eux-mêmes les dysfonctionnements pouvant affecter les soins qui leur sont prodigués. »³³⁰³

Dans cette perspective, l'alerte peut avoir un réel effet, pas seulement du strict point de vue de la liberté d'expression, mais plus largement pour la protection de la santé. Certains y voient même l'opportunité de renforcer la confiance dans le système de santé et de contrôle. L'ouverture d'un débat enclenché par une alerte renforce non seulement la transparence, mais

³³⁰² *Groia c. Barreau du Haut-Canada*, préc., note 3282, par. 117 ; *Strom v. Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, préc., note 3235, par. 137. *Mutatis Mutandis* : *R. c. Keegstra*, préc., note 1790, 762 ; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 3282, par. 72 et 73.

³³⁰³ *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 71.

démontre aussi, si elle est entendue, une capacité de changement³³⁰⁴, en lien avec les critiques formulées. Et cela est valable tout autant dans le domaine public que privé. L'alerte remplit en tout cas d'autres objectifs, certes un peu plus lointains, mais tout aussi importants, que simplement garantir l'épanouissement d'une libre expression.

924. Balance en faveur de l'alerte. Si l'on tient compte de tout ce que permet de réaliser l'alerte ici, les intérêts paraissent si urgents, qu'il pourra sembler difficile de contrecarrer le cours de son expression au nom de la protection de la confidentialité de l'information. Le rééquilibrage nécessiterait des impératifs économiques suffisamment urgents qu'il faudrait renoncer à la santé du plus grand nombre. Il est peu probable que cela arrive et que les juges trouvent l'alerte mal fondée dans ces circonstances, pour peu que les inquiétudes soient avérées. Corrélativement, les magistrats seront probablement moins exigeants relativement à la forme prise par l'alerte, quand le sujet abordé est particulièrement grave et urgent. Cela pourrait aussi constituer l'une des hypothèses où le lanceur d'alerte pourrait se passer des deux premières étapes de la procédure de signalement mise en place en France. On trouve en tout cas tous les indices indiquant que la confidentialité pèsera bien peu face à l'importance, la gravité et peut-être même l'urgence de l'alerte en matière de santé.

925. Hiérarchisation implicite des valeurs. Cette première approche de la proportionnalité semble aussi implicitement confirmer l'idée selon laquelle les intérêts des personnes morales auront beaucoup plus de mal à l'emporter sur les intérêts des personnes physiques³³⁰⁵. Le maintien de la confidentialité devrait ici se faire au nom d'impératifs aussi urgents que ceux relatifs à la protection de la santé, ce qui paraît difficile à envisager. Dans cette perspective, l'analyse contextuelle de l'alerte permettra d'en conclure assez systématiquement que les thématiques de la santé sont plus impératives que la conservation de la confidentialité, lorsqu'ils sont passés au crible de l'analyse judiciaire. Cela ne dispense pas pour autant de rechercher un équilibre entre les deux, pour ne pas anéantir totalement l'un à la faveur de l'autre.

926. Complémentarité de la protection de l'environnement. Sujet éminemment sociétal, les atteintes à la santé ne sont pas toujours directement dues à des produits auxquels les personnes sont directement exposées. La dégradation de la santé humaine peut également

³³⁰⁴ *Strom v. Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, préc., note 3235, par. 160.

³³⁰⁵ P. DUCOULOMBIER, préc., note 2806 à la page 347.

être due à des atteintes causées à l'environnement dans lequel elles évoluent et qui ne manquent pas de faire l'objet d'alertes.

1.2.1.1.1.2 Défense de l'environnement

927. Alertes en matière environnementale favorable au débat démocratique. Les questions environnementales sont régulièrement le sujet de débats publics houleux et parfois d'alertes. Des décisions récentes ont permis de démontrer l'importance prise par ces considérations, alors qu'elles ont justifié le décrochage du portrait du Président de la République dans plusieurs mairies par la liberté d'expression³³⁰⁶, leurs auteurs échappant à toute condamnation pénale.

Là encore, les débats autour de la protection de l'environnement s'inscrivent particulièrement dans les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, tout en dépassant le simple cadre d'analyse de celle-ci. D'une part, les questions environnementales sont sorties du seul contexte scientifique et ont largement pris un tour politique au 21^{ème} siècle, en devenant l'enjeu de politiques publiques. Elles ont un lien fort avec la question de la recherche de la vérité, puisque la possibilité d'organiser un débat sur le sujet contribue à la possibilité de faire émerger des consensus scientifiques, même en l'absence de certitudes en ce domaine. Mais là encore, la recherche de la vérité est une aspiration et non une fin en soi, ce qui signifie que l'absence de certitudes absolues ne diminue en rien l'importance ou la qualité du débat soulevé par ces enjeux. Pour parvenir à de tels consensus, la parole doit en tout cas être libre.

D'autre part, les questions environnement sont devenues de véritables sujets de société et un enjeu majeur des politiques publiques, dont le succès ou l'échec peut avoir des retentissements importants sur le regard porté sur l'action étatique. La multiplication des engagements contraignants et des condamnations de l'État français en raison de son inaction en faveur de la réduction de la pollution,³³⁰⁷ ou en raison de son omission de se conformer auxdits engagements, démontrent que la question a pris des dimensions multiples, politiques, sociologiques, juridiques. Ces questions se trouvent bien au cœur des valeurs défendues par la liberté d'expression, justifiant d'y adosser une protection assez forte.

³³⁰⁶ Trib. corr. Lyon, 16 septembre 2019, préc., note 2522 ; Bordeaux, 16 septembre 2020, préc., note 2522 ; Trib. judiciaire d'Auch, 27 octobre 2020, préc., note 2522 ; Trib. judiciaire de Strasbourg, 3 décembre 2020, préc., note 2522 ; Crim. 22 septembre 2021, préc., note 2523.

³³⁰⁷ Cons. d'Etat., 12 juillet 2017, n°384254, *Les Amis de la Terre France*, Recueil Lebon n°4, RTD Eur. 2018.392, note Bouveresse ; Cons. d'Et. 10 juillet 2020, n°428409, *Les Amis de la Terre France*, Recueil Lebon n°4, RTD Eur. 2021. 481, note Ritleng ; Cons. d'Et. 4 août 2021, n°428409, en ligne : < <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/pollution-de-l-air-le-conseil-d-etat-condamne-l-etat-a-payer-10-millions-d-euros> > (consulté le 17 août 2021).

928. Défenses d'autres enjeux relatifs à la santé humaine. Envisagés de cette façon, les enjeux environnementaux sont une valeur autonome, qui mérite en elle-même d'être défendue. Il peut également s'agir d'une valeur entrant dans les choix de conscience du lanceur d'alerte et méritant à ce titre également une certaine protection. La conviction selon laquelle il est essentiel de préserver la planète et sa biodiversité peut effectivement faire partie des valeurs atteignant le degré nécessaire pour faire l'objet d'une protection par la liberté de conscience. Cependant, les questions environnementales préoccupent l'opinion publique souvent parce qu'elles entraîneront des conséquences sur la santé humaine. C'est le cas des pollutions de l'air, des sols ou des eaux qui entreront ensuite en contact avec des personnes. L'exposition à ce type de pollution est la source de différentes maladies, des cancers, malformations... Dans cette configuration, les questions environnementales sont indissociables de celles relatives à la santé humaine. Les mêmes conclusions devraient en être tirées, relativement à l'importance, la gravité et l'urgence du sujet, au regard du contexte dans lequel l'alerte a lieu.

929. Influence sur l'évaluation de la proportionnalité. En revanche, le résultat de l'analyse de la proportionnalité pourrait être potentiellement différent, si l'on adoptait une approche moins anthropocentrique de la question environnementale. La considérer de manière autonome, comme une valeur en soi peut être l'objet de discussion, surtout au regard de sa mise en perspective avec la confidentialité de l'information économique. Si la révélation de celle-ci peut effectivement se justifier, en raison de sa légitime participation à un débat public et à la matérialisation du fonctionnement démocratique, il n'est pas certain qu'un tel sujet révèle la même urgence que des atteintes imminentes à la santé humaine ou la possibilité d'éviter l'amplification d'un dommage corporel. Le principe même de l'alerte n'est pas remis en question, mais celle-ci sera légitime à des conditions potentiellement différentes que lorsque l'on dénonce des risques pour la santé. Le comportement du lanceur d'alerte sera peut-être scruté de façon plus minutieuse que lorsque l'urgence du sujet entretient des liens étroits avec des risques plus immédiats pour la santé. La contextualisation de l'alerte prend donc une importance primordiale dans l'évaluation de sa légitimité, dont dépendra aussi l'évaluation des autres critères de la proportionnalité.

Les enjeux environnementaux posent des questions de gouvernance et de responsabilité étatique, mais parfois c'est l'État lui-même qui doit s'assurer que les règles juridiques sont bien appliquées, pour ne pas entraver ses missions. Dans ce cas, ce n'est plus son action qui est l'objet de l'alerte, mais celle d'autres acteurs, qui ont failli à l'obligation de respecter les règles édictées légalement. C'est un autre enjeu majeur qui peut être soulevé par une alerte.

1.2.1.1.2 Défense de l'ordre public et l'intérêt général à travers l'État

930. Alertes sur des faits illégaux ou illicites. Un des autres grands domaines pris en considération à l'art. 8 § 2 Conv. EDH. pour justifier une ingérence au sein de la vie privée concerne, ce que l'on peut appeler la protection de l'intérêt général au sens large. Cela se traduit dans le texte par différentes considérations : la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales ou encore le bien-être économique du pays. Ces thèmes sont souvent évoqués au cours d'une alerte, ce qui revient à tenir compte des intérêts de l'État lui-même et à travers, ceux relatifs à la protection de l'intérêt général. C'est particulièrement le cas des alertes qui dénoncent des actes illégaux commis dans un contexte privé. Pensons par exemple à l'arrêt *Merk*, étudié précédemment, dans lequel la comptable d'un syndicat avait dénoncé ses supérieurs qui se rendaient coupables de fraudes en réclamant en doubles des notes de frais³³⁰⁸. En France, le directeur administratif et financier d'une association avait dénoncé le président de celle-ci pour des faits susceptibles de constituer une escroquerie et le détournement de fonds publics³³⁰⁹. Dans une autre affaire, le surveillant d'internat d'une école privée avait dénoncé un autre encadrant en affirmant que ce dernier s'était rendu coupable de viol³³¹⁰. Il pourrait en être de même si un employé dénonçait des faits de harcèlement commis dans le contexte du travail et auxquels l'employeur n'apporte aucune réponse, des détournements de fonds, la participation à des fraudes ou trafics en tout genre.

Mais la dénonciation de faits illégaux n'est pas la seule manifestation de la prise en compte des intérêts étatiques à travers l'alerte. Des faits simplement illicites peuvent aussi solliciter l'intérêt du public et légitimer de l'alerter. Les exemples d'alertes en ce domaine ne manquent pas : les affaires d'évasion fiscale telles *SwissLeaks*, *LuxLeaks*, les *Panama papers* et plus récemment encore les *Pandora papers*, ont permis de faire connaître la systématisation de pratiques d'évitement de l'impôt. Il n'était pas forcément question de fraude fiscale, mais les faits étaient suffisamment graves pour priver les États concernés d'une partie de leurs revenus.

931. Lien avec les fondements de la liberté d'expression. Que ce soit en dénonçant des actes illégaux *stricto sensu*, ou des actes simplement illicites, il y a peu de doutes que cette catégorie de sujets est susceptible d'avoir un lien très étroit avec la liberté d'expression. Non pas seulement parce qu'ils ont une signification compréhensible, mais aussi parce que les

³³⁰⁸ *Merk c. T.P.F.S.O., section locale 771*, préc., note 1694.

³³⁰⁹ Soc. 30 juin 2016, préc., note 2747.

³³¹⁰ Soc. 10 février 2021, préc., note 2747.

thèmes abordés peuvent avoir un lien important avec un débat démocratique et des questions publiques, qui dépassent souvent le seul contexte de l'entreprise dans laquelle les faits ont eu lieu. Ce n'est pas parce que les faits dénoncés se sont déroulés dans un contexte purement privé qu'ils ne sont pas susceptibles d'intéresser la société dans son ensemble. Cela est particulièrement évident s'agissant de l'évitement de l'impôt puisque le déficit d'argent public engendré est susceptible de se répercuter sur les différentes actions de l'État, et *in fine*, l'ensemble de ceux qui en bénéficient. Pareillement, une alerte relative à des actes de harcèlement ou à des sévices sexuels pratiqués sur des enfants n'est pas simplement susceptible de dénoncer les faits, mais aussi de solliciter un débat sociétal plus général relatif à la tolérance ou non à ses actes.

932. Dépassement des questions relatives à la liberté d'expression. De façon générale, l'alerte présente un intérêt même dans un cadre purement privé. Pour les juges, en réalité elle « conserve un caractère public, puisqu'il s'agit de prévenir les actes répréhensibles (...) susceptibles de constituer une infraction à une loi »³³¹¹. L'objectif avoué des dispositions protectrices de l'alerte, telles celles prévenant les mesures de représailles, est « d'associer les employés à la lutte de l'État contre les conduites illicites »³³¹². On semble renouer ici avec la tradition ancestrale de la dénonciation en tant que modalité d'introduction de l'instance³³¹³, révélant une fois de plus que les enjeux de l'alerte sont bien plus complexes que simplement permettre l'épanouissement de la parole.

On pourrait même dire que les frontières entre alerte et simples actes d'information de la justice deviennent poreuses. L'alerte ne permet pas seulement l'épanouissement de la parole ici. Elle contribue à mettre fin à des activités illégales ou illicites. Là encore, les enjeux dépassent largement la seule question de l'expression en débordant sur la protection de l'ordre public. C'est une solution pragmatique, dans la mesure où permettre l'alerte dans ces circonstances facilite d'autant plus la poursuite et la répression de faits prohibés.

933. Évaluation de la gravité : intérêt limité de la qualification pénale des faits. Pour autant, il n'est pas certain là non plus que les juges considèrent les questions relatives à la commission d'infractions ou de faits illicites aient toutes le même degré de gravité ou d'urgence. Les juges pourraient s'aider en tenant compte du caractère illégal ou simplement illicite des faits pour déterminer leur importance et ainsi évaluer la pertinence de les rendre

³³¹¹ *Merk c. T.P.F.S.O., section locale 771*, préc., note 1694, par. 14.

³³¹² *Id.*

³³¹³ M. FERRET-LESNE, préc., note 73 à la page 12. *Supra*, n°21.

publics. De même, la gravité de l'infraction dénoncée au regard de sa classification pénale en France ou bien des peines encourues pourrait aussi aider les juges à établir la proportionnalité de la révélation réalisée. Toutefois, ces critères ne sauraient être suffisants. La gravité ne dépend pas uniquement de la qualification juridique qui en est faite. Si l'on tenait compte uniquement de ce paramètre, les questions relatives à la santé décrite précédemment atteindraient rarement le seuil de gravité susceptible de justifier une alerte directement au public. Ce genre d'hypothèses est généralement qualifié d'infractions non intentionnelles ou par des infractions relatives à la protection des consommateurs³³¹⁴, dont les peines sont généralement moins élevées que lorsque l'on parle de fraude fiscale ou de viol. Il n'est pas seulement question de la gravité objective des faits. Le nombre de personnes touchées par les conséquences de la dissimulation de l'information a aussi son importance dans l'évaluation de l'urgence et de la gravité des faits et donc de la légitimité de les divulguer. La possibilité de mettre un terme au danger encouru peut également être un critère central : si les faits sont toujours en cours de réalisation, une intervention plus rapide du lanceur d'alerte sera concevable, justifiant de s'adresser urgemment aux autorités judiciaires. L'évaluation des faits est donc un processus complexe, qui dépend de plusieurs critères différents. L'avantage d'une analyse contextuelle réalisée par les juges tient à ce que ces derniers ne sont pas nécessairement obligés de tenir compte de l'échelle des valeurs prédéterminée législativement pour évaluer la proportionnalité entre la légitimité de la prise de parole et l'ampleur de l'atteinte à la confidentialité concédée.

934. Distinction intérêt général et intérêts privés. Que l'on soit dans le cadre de la défense de la santé humaine, de l'environnement ou de l'ordre public par la dénonciation de faits illégaux, ce type de faits ont pour point commun de concerner un grand nombre de personnes vivant sur un territoire donné, voire la société en général. Ils sont la marque du désintéressement du lanceur d'alerte, démontrant que ce dernier ne décide pas de prendre la parole simplement pour le service de ces intérêts personnels. En revanche, ce désintéressement peut apparaître moins évident, lorsque les informations révélées ont un lien plus lointain avec l'intérêt général. La question peut alors se poser de savoir ce qu'il peut advenir dans le cas où le lanceur d'alerte fait part de préoccupations d'ordre purement économique, ne mettant pas en jeu la liberté, la santé ou la sécurité des personnes ni ne fragilisant les intérêts étatiques et la protection de l'ordre public.

³³¹⁴ Ce sont les qualifications qui ont été retenues à l'encontre du laboratoire Servier dans le cadre du procès en première instance relatif au Médiateur : P. DUFOURQ, préc., note 45.

1.2.1.1.3 Défense des intérêts économiques

935. Légitimités des intérêts économiques. Il peut arriver que certaines informations économiques soient révélées, sans qu'elles mettent en cause directement les intérêts précédemment étudiés. Cela peut être le cas lorsque sont dévoilés une stratégie commerciale, un projet de restructuration, la recherche de nouveaux débouchés, le recours à des licenciements, des mutations ou baisses de personnel pour augmenter la rentabilité d'un site, l'utilisation de certains produits ne représentant aucun danger pour la santé humaine... Ces hypothèses sont plus rarement l'objet d'alertes, à croire que ces sujets n'intéresseraient pas suffisamment le public pour justifier de les aborder en dehors du seul cercle des personnes en ayant légitimement connaissance.

Dans le cadre européen, les enjeux économiques purement privés ne sont pas expressément mentionnés parmi les causes justifiant une restriction du droit à la vie privée dans le contexte de l'art. 8 § 2 Conv. EDH. On peut faire le lien avec la protection des droits et libertés d'autrui. Mais cette expression renvoie plus probablement aux droits tels qu'ils sont définis dans la Convention elle-même, ce qui rendrait plus hasardeuse la justification d'une restriction de la confidentialité de l'information économique au nom de la défense d'intérêts purement économiques et individuels.

Si l'on s'en remettait uniquement aux choix législatifs, il est clair qu'en France, ces questions-là ne suffiraient pas à actionner le cadre réglementé de l'alerte. Comme on l'a vu³³¹⁵, l'alerte n'a été reconnue en France que lorsqu'est révélée la violation d'une norme réglementaire, législative ou internationale, ou encore une menace grave pour l'intérêt général³³¹⁶. L'ampleur du phénomène dénoncé compte plutôt davantage que sa gravité objective pour définir ce qui vaut la peine d'être révélé. À l'inverse, les questions économiques limitées au sort d'une personne morale ou du rapport entre un particulier et une entreprise privée ne recouvrent pas cette dimension généralisée que l'on attache à l'alerte.

Cependant, ce n'est là encore probablement pas les sujets eux-mêmes qui posent un problème, au regard de l'intérêt que le public pourrait avoir pour eux. L'affaire des lasagnes à la viande de cheval en France (qui n'a pas fait l'objet d'une alerte par ailleurs) ne représentait aucun danger pour la santé humaine. Pour autant, l'affaire avait bien soulevé l'attention du public, en remettant en cause les méthodes de l'industrie agroalimentaire. On est face à une

³³¹⁵ *Supra*, n°754.

³³¹⁶ Art. 6 de la Loi Sapin 2.

information qui peut soulever l'intérêt général, mais sans créer directement de menace. L'analyse des thèmes traités n'est pas nécessairement suffisante à elle seule pour juger de leur pertinence. En revanche, le poids relatif du sujet exercera une influence sur la mise en balance des intérêts et pour évaluer la pertinence d'une révélation et de son ampleur.

936. Distinctions des intérêts économiques. On peut alors diviser la question des intérêts économiques en deux hypothèses, dont l'ampleur pourra influencer l'analyse de la proportionnalité, au regard des autres critères influençant la mise en balance des intérêts contradictoires : d'un côté, il s'agit des intérêts que l'on qualifiera de "microéconomiques", parce qu'ils intéressent ceux d'une personne morale et les rapports qu'elle entretient avec ses salariés (1.2.1.1.3.1) ; d'un autre côté, on s'interrogera sur les rapports "macroéconomiques", impliquant un nombre limité de personnes entretenant une relation contractuelle avec la personne morale dont les informations sont divulguées, tout en lui étant extérieures (1.2.1.1.3.2).

1.2.1.1.3.1 Défense des intérêts microéconomiques : transparence de la vie intérieure des personnes morales ?

937. Questionnements. Est-il possible de dénoncer une délocalisation ? Une restructuration qui fera perdre des emplois ? Une technique commerciale qui, sans être illicite, pose des questions sur les méthodes peu scrupuleuses employées à des fins de profits ? Un contrôle particulier des salariés ? Ces questions ne manquent pas de légitimité du strict point de vue de la liberté d'expression. Mais sont-elles suffisantes pour faire peser la balance du côté de leur communication, au détriment du maintien du secret ?

938. Exemple. À ce sujet, un arrêt peut permettre de comprendre un peu mieux le traitement judiciaire qu'il peut être fait de ce genre de considération. Dans un arrêt du 16 janvier 2019, la Cour d'appel de Paris³³¹⁷ avait à statuer sur le bien-fondé du licenciement d'un employé. Ce dernier avait soulevé des doutes quant à la légalité d'une opération de transfert d'une partie de l'activité de courtage de sa banque à une filiale étrangère. Il estimait que ce montage revenait à un transfert de clientèle et de fonds de commerce nécessitant une déclaration fiscale. Les autres personnes impliquées dans le transfert et ses supérieurs hiérarchiques estimaient au contraire qu'il ne s'agissait que d'un simple transfert administratif, ne nécessitant aucune déclaration particulière. À la suite de ce désaccord, le requérant a été licencié, en faisant valoir l'insuffisance de ses compétences et sa difficulté à accepter la contradiction et à « prendre

³³¹⁷ Paris, 16 janvier 2019, n°17/05927, Juris-Data n°2019-003644.

en compte tout avis divergent du sien ». Pour la Cour d'appel, si le salarié ne pouvait effectivement prétendre au statut de lanceur d'alerte, son licenciement n'était pas pour autant motivé. Outre le fait qu'elle n'estime pas sérieuses les allégations relatives à l'insuffisance de ses qualités professionnelles, elle a jugé que le désaccord exprimé était « manifestement au cœur des reproches faits à » l'ex-employé.

D'abord, la Cour d'appel ne lui a pas reconnu le statut de lanceur d'alerte, car il faisait en réalité partie de ses fonctions de vérifier « la conformité au plan fiscal des transactions effectuées par la société dont il était le salarié ». Une telle conclusion semble aller au-delà de ce que la loi exige, dans la mesure où l'art. L1132-3-3 C. trav.³³¹⁸ n'impose, comme condition d'ouverture de la protection accordée au lanceur d'alerte, que celle d'avoir relaté des faits dont il a connaissance « dans l'exercice de ses fonctions ». Si les fonctions consistent à s'assurer de la conformité des opérations juridiques à la loi, alors c'est bien dans l'exercice de ces dernières que le salarié aura connaissance des méconduites commises au sein de la personne morale qui l'emploie. Il semble que la Cour d'appel ajoute une condition surabondante au texte, en exigeant que cette connaissance des faits ne relève pas de fonctions même du salarié, là où la loi ne distingue pas les circonstances dans lesquelles ce dernier y a eu accès.

L'impossibilité d'accéder au statut de lanceur d'alerte tient en réalité plutôt dans un autre élément remarqué par la Cour d'appel. Cet élément n'a pas d'incidence sur la solution, mais permet de mieux fonder le refus de reconnaître l'existence d'une alerte. La stratégie dénoncée par le salarié licencié n'était que l'une de celle envisagée pour transférer l'activité à l'étranger. Cela signifie que les actes potentiellement illégaux n'ont pas été effectivement réalisés. Si l'art. L1132-3-3 C. trav. ne précise pas de quelle façon le salarié doit avoir eu accès à l'information, il semble à tout le moins exiger que les faits aient effectivement eu lieu. Une telle interprétation d'ailleurs semble conforme à la définition générale donnée de l'alerte dans le cadre de la Loi Sapin 2³³¹⁹, dont la formulation tend à indiquer que la violation de la norme soit effectivement réalisée. Si ce n'est pas le cas, alors il est plus difficile de prétendre vouloir lancer l'alerte sur des actes qui sont encore potentiels, comme cela était le cas dans l'arrêt étudié. Les faits dénoncés ne portaient finalement pas sur leur caractère illégal ou non, mais bien sur la stratégie développée par la société et qui était l'objet de la critique, stratégie qui peut tout à fait être une information économique.

³³¹⁸ Art. L1132-1 C. trav. au moment des faits.

³³¹⁹ Art. 6 de la Loi Sapin 2.

Outre cette petite erreur d'interprétation, la Cour d'appel livre ensuite des enseignements importants relativement au traitement réservé aux salariés exprimant son désaccord. Elle précise qu'« un salarié ne peut être licencié parce que, exerçant ses fonctions, il exprime son désaccord avec la direction, dès lors qu'il le fait dans des termes acceptables et n'abuse pas de sa liberté d'expression. » On peut tirer plusieurs conclusions de cette affirmation. D'une part, le salarié a effectivement un espace d'expression et de critique même au sein de son entreprise, qui lui permet de faire part de ses inquiétudes et désaccords face aux stratégies choisies par la personne morale qui l'emploie, sans pour autant encourir un licenciement ou toute autre forme de sanction. Il existe bien par principe un espace d'expression, même si ce dernier reste cantonné aux limites, virtuelles et physiques, de la personne morale.

On peut en déduire de cette annulation du licenciement que le salarié n'a pas commis de faute en exprimant ses doutes et divergences d'opinion. Par extension, cela signifie qu'il n'a pas failli à son devoir de loyauté. Implicitement, c'est ce que lui reprochait son employeur. En annulant la sanction du licenciement, la Cour d'appel semble aussi indirectement préciser les limites du devoir de loyauté face à la possibilité des salariés de s'exprimer. Elle participe indirectement à la définition d'un équilibre entre ce devoir de loyauté et la possibilité de s'exprimer dans son emploi, liberté qui n'est pas totalement anéantie par l'existence d'un tel devoir.

D'autre part, la reconnaissance d'une parole possible signifie *a contrario* qu'il peut exister des cas où le salarié abuse de cette liberté. Il doit donc exister des critères pour faire le départ entre une expression qui reste à l'intérieur, ou qui en dépasse les limites acceptables. À ce sujet, la Cour d'appel livre un indice important pour l'évaluation de la proportionnalité : elle tient compte des termes employés. Cela signifie donc que si le salarié avait utilisé un ton ou des propos plus virulents, il n'est pas certain que les juges auraient considéré qu'il était encore dans les limites acceptables d'une expression au sein de l'entreprise : « aucun des éléments versés aux débats ne démontre qu'au cours de la période ayant précédé son licenciement il se soit exprimé sur ce désaccord dans des termes outranciers ou injurieux et ait ainsi abusé de sa liberté d'expression. » La Cour d'appel en conclut que le licenciement n'était pas justifié dans ces circonstances.

939. Recours à la proportionnalité. La proportionnalité est apparente à l'égard du ton employé, mais aussi implicitement au regard du sujet traité. Les juges ne sont pas explicites sur la question, mais on peut se demander si elle n'aurait pas fait preuve d'un peu plus de souplesse si les faits avaient été plus graves, ou étaient avérés, en autorisant par exemple à contacter les

autorités judiciaires. La nature même des propos semble avoir son rôle à jouer dans l'évaluation de ce qu'il est possible de dire ou de faire pour le salarié. Leur moindre importance n'aurait probablement pas permis de s'en ouvrir aux autorités judiciaires, faute d'actes potentiellement infractionnels effectivement constatés, et peut-être encore moins au public de manière générale. S'agissant d'une affaire essentiellement interne à l'entreprise et qui constitue un cas d'espèce isolé, il n'est pas certain qu'un large public ait véritablement trouvé intérêt à la connaissance de faits, dont l'importance ou la gravité n'était pas de nature à soulever les foules. Il est donc probable que, même soumis à l'analyse de la proportionnalité d'un point de vue strictement judiciaire, les informations économiques relatives à la stratégie de la personne morale ne soient pas matériellement l'objet d'alerte. Le raisonnement est évidemment transposable à d'autres informations, qui ont besoin par ailleurs de rester secrètes pour garantir la prospérité de la personne morale. L'information du public semble ici peser moins lourd que cet impératif. Il est alors probable que les juges n'auraient pas fait preuve de la même mansuétude si le salarié avait partagé ses doutes sur un forum plus public, acte qui aurait paru disproportionné au regard de l'ampleur, de l'importance et de la gravité du sujet dénoncé. Le devoir de loyauté en aurait davantage souffert, d'une manière qui n'aurait pas été compatible avec la nécessité de garantir la confidentialité des certaines informations stratégiques. On peut donc considérer que la nature purement économique du sujet impose une certaine retenue, pour qu'elle ne soit pas partagée au-delà de ce qui semble raisonnable au regard des circonstances.

940. Logique d'optimisation des droits. En conséquence, les juges laissent un champ de liberté à l'expression du désaccord, mais ce dernier est resté cantonné à la stricte sphère privée de l'entreprise. Cette solution apparaît bien calibrée à la nature des faits critiqués.

Pour autant, il faut se garder d'en conclure que ces thèmes sont exclus du domaine de l'alerte. Est maintenu un espace de communication, même si ce dernier reste strictement limité à la sphère interne de l'entreprise. Les propos en jeu ici entrent certainement dans le domaine de la liberté d'expression. La possibilité de les exprimer est simplement réduite, afin de tenir compte des intérêts de la personne morale. Cette situation paraît plutôt confirmer la recherche d'un équilibre entre ces antagonismes, qui relèvent plutôt de l'optimisation de droits que d'une domination intégrale de l'un sur l'autre.

941. Problèmes liés à la vie privée du dirigeant d'entreprise. Une autre difficulté qu'il serait possible de rencontrer et qui affecte les intérêts de l'entreprise concernerait le cas où le dirigeant de celle-ci a des problèmes de santé, susceptibles d'affecter sa capacité à mener à bien ses missions. Est-ce que les intérêts de l'entreprise et des salariés, notamment à la

pérennité de leur emploi, sont susceptibles de justifier une atteinte à la vie privée du chef d'entreprise ?

Il ne fait pas de doute que les questions liées à l'emploi et au maintien de l'activité économique sont des sujets d'intérêt général. Mais l'analyse est encore insuffisante si l'on se réfère à ce seul critère. Dans ce cas, on pourrait systématiquement justifier de porter atteinte à la vie privée des personnes, si cela permet de nourrir un débat d'intérêt général sur l'état de l'emploi et de l'économie d'un pays. L'analyse doit être complétée du point de vue de la proportionnalité, pour s'assurer que le caractère raisonnable de la divulgation de tels éléments de la vie privée, dans la mesure où ces derniers peuvent entraîner des répercussions plus globales sur la santé économique de la personne morale qu'il dirige.

942. Cas de la déclaration fiscale du dirigeant d'un grand groupe industriel. Deux exemples peuvent permettre d'éclairer la difficulté et montrer que, sous certaines conditions, on peut justifier d'entamer la protection de la vie privée. Le premier³³²⁰ concernait la publication de la déclaration fiscale du dirigeant d'un grand groupe automobile français, par voie de presse. Cette publication intervenait dans le cadre d'un conflit social au sein du groupe, les employés réclamant des hausses de salaire, revendication refusée par la direction. L'article, quant à lui, révélait que le dirigeant de la société avait dans le même temps augmenté son salaire peu auparavant, une copie de son avis d'imposition en faisant l'illustration. La Cour de cassation a confirmé la décision de condamnation des journalistes prononcée en appel³³²¹. Ayant saisi la CEDH d'une violation de l'art. 10 Conv. EDH, les journalistes ont obtenu la condamnation de la France pour la violation de leur liberté d'expression³³²². Selon la Cour, la publication contribuait au débat entourant le conflit social au sein de l'un des plus grandes entreprises françaises, question d'actualité intéressant le public³³²³. S'agissant de la proportionnalité, la Cour reconnaît que le choix de publier la déclaration fiscale originale³³²⁴ permettait d'asseoir la véracité des propos, participait de la preuve du sérieux de l'enquête menée et était parfaitement en lien avec le sujet traité³³²⁵. Les journalistes étant par ailleurs de

³³²⁰ Crim. 3 avril 1995, préc., note 991. *Supra*, n°288.

³³²¹ Crim. 3 avril 1995, *id.*

³³²² *Fressoz et Roire c. France*, 21 janvier 1999, n°29183/95, CEDH 199-I.

³³²³ *Id.*, par. 50.

³³²⁴ En réalité, la CEDH relève que les informations relatives aux revenus des contribuables étaient déjà en partie disponibles et particulièrement ceux des grands chefs d'entreprise, dont les salaires peuvent faire l'objet de publication dans des revues spécialisées (*id.*, par. 53). Ainsi, le contenu même des informations révélées dans l'article litigieux n'était en lui-même qu'un secret de polichinelle. Le problème tenait donc essentiellement à la publication du document original, couvert par le secret fiscal.

³³²⁵ *Fressoz et Roire c. France*, préc., note 3322, par. 55.

bonne foi³³²⁶. La Cour conclut que la condamnation française avait engendré une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et à la liberté de la presse.

943. Importance de la contextualisation. Cette décision permet donc de concevoir qu'il est possible, dans certaines circonstances de justifier de publier des informations privées relatives à un dirigeant d'une compagnie, si cela est susceptible de servir un débat d'intérêt général, comme celui concernant l'emploi et le taux de rémunération des salariés. Toutefois, il est probable que l'intérêt suscité par ce genre de faits se comprenne, dans la mesure où il s'agissait d'un groupe industriel ayant un rayonnement international, dont la pérennité et l'importance l'inscrivent dans l'histoire nationale. Le sort des employés intéresse, tant par le prestige de leur employeur que par leur nombre. Si de tels faits s'étaient déroulés au sein d'une petite entreprise inconnue du grand public, une telle atteinte à la vie privée aurait été davantage susceptible de ne pas être justifiée dans ce contexte. Ce n'est pas tant que les questions de l'emploi ne sont plus susceptibles de soulever un débat dans ce contexte, mais les répercussions y sont moins importantes et l'intérêt du public plus limité. Il sera d'autant plus difficile de justifier une telle publication dans ce contexte, là où les enjeux en termes d'information sont moins importants. Il n'est pas certain dans ce cas que l'atteinte causée à la vie privée du chef d'entreprise et les répercussions que cela peut avoir sur la réputation et le dynamisme économique de l'entreprise puisse être justifiée par les nécessités de l'information.

944. État de santé d'un dirigeant de personne morale. Le second exemple concerne le décès du dirigeant de l'entreprise³³²⁷. Les questions relatives à son aptitude à mener à bien ses missions sont susceptibles de constituer un sujet d'intérêt pour le public. Néanmoins, il est peut-être moins évident ici que l'intérêt de la diffusion d'une telle information l'emporte sur la protection des informations confidentielles. En effet, le poids accordé à la confidentialité ne s'évalue pas ici en prenant en considération les seules informations relatives à la personne morale. La vie privée d'une personne physique est également en jeu. Il faudrait à nouveau ici que l'intérêt à la divulgation soit suffisant urgent pour justifier de renoncer à la fois au droit à la confidentialité de la personne morale et au droit à la vie privée de la personne physique,

³³²⁶ *Id.*

³³²⁷ La question s'est posée en France dans un autre contexte, celui de l'état de santé du Chef de l'État. Lmédecin d'un ancien président de la République français relatait la maladie de ce dernier, caché au grand public pendant toute la durée de ses deux mandats, alors même qu'il avait pris l'engagement d'être transparent sur son état de santé : Civ. 1^{er}, 14 décembre 1999, n°97-15.756, *Bull. civ. I*, n°345 ; *Editions Plon c. France*, préc., note 2638, par. 41.

même si ce dernier n'est plus apte à assurer ses fonctions. Cela est d'autant plus flagrant s'agissant d'une petite entreprise, dans laquelle peu de personnes sont affectées par la question.

Il est donc peu probable que cette question justifie une révélation publique de ce genre d'information, qui continue d'intéresser en premier l'organisation interne de la compagnie. Tout au plus, pourrait-on envisager une divulgation purement interne, permettant d'informer les salariés. Cela peut d'autant plus se justifier si la pérennité de l'entreprise – et donc de leur emploi – est menacée par cette défaillance physique ou mentale. Mais il est plus douteux que l'on puisse étendre la diffusion de l'information au-delà des limites de la personne morale. Dans ce cas, la confidentialité devrait plutôt primer et l'obligation de loyauté des salariés devrait leur imposer de maintenir une certaine discrétion à ce sujet.

945. Conclusion : intérêt limité des questions relatives à la vie de l'entreprise. En fin de compte, l'ensemble de ces exemples tendent tous vers la même conclusion : tout ce qui touche à la vie interne de la personne morale qui n'a pas forcément de caractère illégal et n'entraîne pas de conséquence notable pour le public entrera difficilement dans le champ des informations susceptibles de divulgation. Les questions d'emploi pourraient, dans certains cas, justifier une information plus étendue, mais cela dépendra entièrement des circonstances, notamment de l'importance de l'entreprise et du nombre de personnes concernées. Autant dire que la plupart des cas ne permettront pas de justifier une telle divulgation, au détriment du secret légitime des informations économiques. Même si de telles informations peuvent avoir un intérêt d'un point de vue microéconomiques, donc pour tous ceux qui travaillent au sein de la structure concernée, cela ne devrait pas suffire à justifier une divulgation publique, parce que les difficultés présentées restent essentiellement internes à la personne morale.

En revanche, les enjeux sont différents lorsque les pratiques de la personne morale débordent sa simple sphère de confidentialité pour toucher le public. Plus exactement, qu'en est-il des cas où les pratiques internes de l'entreprise sont susceptibles d'atteindre le public dans ses seuls intérêts économiques ?

1.2.1.1.3.2 Défense des intérêts macroéconomiques : dénonciation au nom du respect des engagements contractuels individuels ?

946. Cas d'école. Bien qu'il s'agisse plutôt d'un cas d'école, on peut se demander si, en l'absence de toute atteinte à la santé, à la sécurité des individus ou à l'État, il est possible de justifier une alerte révélant des informations économiques. Dans cette hypothèse, une personne, tels un client ou un consommateur, ne subit pas d'atteinte personnelle à son intégrité physique

ou psychologique. Le préjudice est plutôt de nature purement économique, parce que les pratiques de l'entreprise conduisent à une violation de l'accord qu'elle a contracté avec son client. Plusieurs hypothèses se détachent, qui incluant certains paramètres déjà dégagés.

947. Fraude à grande échelle. Premièrement, si la personne morale commet à cette occasion un acte illégal à une grande échelle, telles une fraude, une escroquerie ou une tromperie, touchant un nombre important de consommateurs ou clients, alors il s'agit d'un cas classique d'atteinte à l'ordre public, qui peut tout à fait faire l'objet d'une alerte. Un exemple permet de montrer que la question peut intéresser le public, même si aucune préoccupation de santé publique n'est en jeu : un groupe industriel spécialisé dans les plats préparés en avait produit certains contenant de la viande de cheval, au lieu du bœuf indiqué sur l'étiquetage. La fraude s'organisait avec l'aide d'un courtier en viande, les différents acteurs ayant procédé à des ré-étiquetages des lots de viande de cheval pour la faire passer pour du bœuf et réaliser des gains notables. Ces faits n'ont pas fait l'objet d'une alerte à proprement parler. Ils ont été découverts grâce à des analyses des autorités sanitaires irlandaises dans un premier temps, puis en France par des tests réalisés directement par le groupe industriel commercialisant les plats litigieux. Toutefois, on aurait pu tout à fait imaginer qu'ils auraient pu être l'objet d'une alerte, de la part d'un salarié au courant de la fraude ou des résultats des tests réalisés.

Bien que les lots de produits aient été rappelés, la consommation de viande de cheval ne représente en soi aucun danger pour la santé humaine. Le seul préjudice subi par les consommateurs est d'avoir été trompé, ce qui constitue préjudice purement économique. Au pire, cela a pu causer un préjudice à la liberté de conscience des consommateurs farouchement opposés à la consommation humaine de la viande de cheval. Dans tous les cas, le préjudice reste relatif. Pour autant, il n'existe aucun doute que cette affaire a causé une vive émotion dans plusieurs pays européens. L'affaire soulève des questions relatives à la transparence des circuits d'approvisionnement intra-européen, à la qualité des contrôles effectués par les autorités sanitaires notamment, et plus largement à l'innocuité des produits vendus par l'industrie agroalimentaire. Il ne s'agissait certes que de viande de cheval, mais on aurait pu imaginer qu'il aurait pu s'agir de produits moins bénins pour la santé humaine. Quoi qu'il en soit, les questions posées par ce genre de cas, même s'ils ne constituent pas des menaces graves pour la santé et l'intégrité physique, sont tout à fait susceptibles d'entrer dans le cadre d'une alerte relative à un sujet d'intérêt général. Il resterait à évaluer la proportionnalité pour estimer si un tel sujet est suffisamment grave pour justifier une alerte tout à fait publique.

948. Fraude en tant qu'acte isolé. Deuxièmement, on est toujours dans le cas où l'entité incorporée se rendrait coupable de fraudes ou de tromperies, tout en n'engageant en rien des conséquences plus graves pour les personnes. Mais dans ce cas, il ne s'agit que d'un incident isolé, à l'égard d'un seul client. Une telle hypothèse suffirait-elle à déclencher une alerte ? On se situe alors dans le cadre d'un conflit purement privé, qui n'apparaît pas de nature à produire des effets d'une ampleur telle qu'il puisse être justifié pour un employé de s'épancher hors de l'entreprise. Tout au plus, un tel événement pourrait justifier qu'un employé fasse part de ses préoccupations auprès de son supérieur, comme cela était le cas dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris étudié précédemment, ou qu'il s'en ouvre aux autorités judiciaires. Mais il n'est pas certain qu'un tel événement revête en lui-même l'importance nécessaire pour justifier une alerte publique. De même, on peut prédire que le sujet n'est pas spécialement susceptible de rencontrer un intérêt plus vif dans la société, tant il peut paraître anecdotique. Non pas qu'il faille minimiser la gravité des faits, mais l'alerte a vocation à mettre sur la place publique des faits susceptibles de concerner l'ensemble de la population. Il est peu probable qu'une fraude isolée concernant une seule victime atteigne le seuil de gravité nécessaire pour justifier une alerte. Dans ce cas, le maintien de la confidentialité des informations devrait l'emporter, même si cela n'interdit pas une communication interne à la personne morale sur la question.

Troisièmement, les faits commis peuvent ne pas représenter un acte illégal, simplement une violation des conditions contractuelles ou encore des conditions de réalisation annexes au contrat. Dans ce cas, que ces violations soient relatives à un nombre important de personnes ou à une seule, la réponse semble être la même : il ne s'agira probablement pas d'une hypothèse suscitant l'alerte. La Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur un cas de ce genre³³²⁸, à propos d'un salarié qui avait dénoncé son ancien employeur, une entreprise de transport, en lui reprochant de pas garantir suffisamment la sécurité des marchandises qui lui était confiée, notamment contre les risques de vol. Les faits ne sont pas particulièrement graves, dans la mesure où il n'y a là aucun risque d'atteinte à la sécurité des personnes, seulement de leurs biens. Mais il n'est pas certain que ce type de pratiques soit davantage susceptible d'émouvoir le public. Il pourrait s'agir du transport de marchandise professionnelle, ce qui est encore moins susceptible de mobiliser l'opinion publique. Il n'est pas certain dans ce cas que les faits revêtent le degré d'importance, de gravité et peut-être encore moins d'urgence susceptibles de justifier une alerte. Bien sûr, on peut toujours envisager que le salarié émette ses doutes en interne, sans que cela remette en doute sa loyauté. Mais il semblerait peu utile de

³³²⁸ Crim. 9 juin 2009, préc., note 896.

porter ce problème au-delà de la sphère purement interne de la personne morale. Si les faits ne sont pas illégaux, il n'y a pas lieu de saisir les autorités judiciaires et comme on l'a dit, il n'est pas certain que le public y trouve son intérêt. C'est encore plus flagrant lorsque le problème ne concerne qu'un cas isolé, comme un retard de livraison, une défaillance technique malheureuse du produit, une mauvaise compréhension d'un politique de service...bref, cela semble bien anecdotique, par rapport à ce qui constitue classiquement une alerte.

949. Conclusion : place centrale de l'identification des intérêts en jeu. Il ressort de l'ensemble de ces différents cas que l'identification de l'ensemble des intérêts en jeu, particulièrement ceux sous-jacents à l'alerte, soit une étape cruciale pour saisir toute l'ampleur de cette expression et ainsi, évaluer correctement sa mise en balance avec la confidentialité. Le contenu de l'expression elle-même a donc toute sa place dans l'analyse, non pas pour porter un jugement de valeur sur sa pertinence, mais pour évaluer le poids respectif des intérêts en présence³³²⁹. Il sera ensuite vérifié si l'atteinte à un droit est bien légitime au regard de ce que l'on cherche à défendre. Le nœud du problème se situe bien au stade de la proportionnalité et à ce titre, l'intérêt du contenu de l'expression est déjà un indice indiquant la plus ou moins grande importance, urgence, ou gravité des faits dénoncés. Si la confidentialité ne revêt pas le même degré d'importance, on pourra y renoncer et trancher le conflit en faveur de l'expression.

950. Conclusion : émergence d'un critère de généralité du problème soulevé. Il ressort également de cette étude par intérêt que l'alerte se conçoit mieux, si ce n'est systématiquement, lorsque les faits dénoncés concernent au moins une partie significative de du public. Cet aspect était plutôt implicite, en France comme au Canada. On conçoit mal une alerte qui n'affecterait qu'une ou deux personnes. Il reste néanmoins difficile d'établir un chiffre à partir duquel le nombre d'individus affecté est suffisamment significatif pour justifier une alerte. Encore une fois, la réponse dépendra quasiment exclusivement du contexte dans lequel se produit l'alerte.

Bien que l'analyse au regard des seuls intérêts en jeu donne déjà de précieuses indications pour faire peser la balance du côté de la liberté d'expression ou de celui de la confidentialité, ce n'est qu'une présentation partielle de la résolution du conflit. Il reste

³³²⁹ Jean-Christophe SAINT-PAU, « La liberté d'expression et de communication relatives aux crimes internationaux : l'exemple français de la contestation de crimes contre l'humanité », dans *Espaces du service public : mélanges en l'honneur de Jean Du Bois de Gaudusson*, Pessac, Presse Universitaire de Bordeaux, 2013, p. 1341 à la page 1347.

également à évaluer toute l'ampleur qu'une révélation publique de l'information économique aura sur les intérêts de la personne morale qui en a la garde.

1.2.1.2 Le poids du préjudice subi par le dépositaire de l'information économique

951. Établissement des effets néfastes de la divulgation. Le second critère objectif pris très logiquement en compte par la CEDH concerne l'ampleur du tort causé à la personne morale en cas de divulgation de l'information économique³³³⁰. Bien sûr, il y a effectivement une atteinte au droit à la confidentialité de la personne morale et à sa réputation, mais ces dommages comportent une pluralité de préjudices, qu'il convient d'identifier.

952. Conséquences directes liées à la perte de confidentialité. À ce titre, la jurisprudence de la Cour européenne est très utile, dans la mesure où elle a déjà eu l'occasion de se prononcer sur les préjudices éventuellement subis par une personne morale à cause d'une alerte³³³¹. L'arrêt *Heinsich*³³³² a précisé qu'il existait « un intérêt à protéger le succès commercial et la viabilité, pour les bénéfices des actionnaires et des employés, mais aussi pour le bien économique au sens large »³³³³. Cela rejoint les intérêts de la confidentialité déjà évoqués : elle stimule l'innovation technique et technologique³³³⁴ et garantit la prospérité de la personne morale³³³⁵, tout en laissant une longueur d'avance sur la concurrence. La révélation de l'information économique est donc susceptible d'engendrer d'importantes pertes. L'importance de ce préjudice sera très variable d'un cas à l'autre, selon la taille, l'importance ou le poids économique de la personne morale concernée.

Le poids des effets néfastes de la divulgation n'est pas calculé seulement par rapport aux intérêts de la personne morale. Selon la CEDH, il serait également nécessaire de tenir compte des répercussions sur l'emploi et les salariés. De tels critères n'ont d'importance que suivant le contexte : si deux ou trois emplois sont menacés par la révélation de l'information économique, le poids relatif de la confidentialité ne sera pas le même que s'il en s'agit de 50. On ne peut faire autrement que d'évaluer ce préjudice au regard des faits.

953. Conséquences indirectes liées à la réputation. Ensuite, l'arrêt *Halet* précise les préjudices associés à l'atteinte à la réputation de la personne morale causée par la révélation de

³³³⁰ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 90 et 81 ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 88 à 90 ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 114 et 115.

³³³¹ Par exemple, la CEDH a déjà rendu des décisions impliquant des intérêts purement étatiques, où les enjeux sont un peu différents : *Guja c. Moldavie*, *id.* ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, *id.*

³³³² *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154.

³³³³ *Id.* par. 89. Voir également *Halet c. Luxembourg*, préc., note 154, par. 97.

³³³⁴ *Supra*, n°7.

³³³⁵ *Supra*, n°8.

l'information économique³³³⁶. Selon la Cour, le préjudice découle de « l'atteinte à sa réputation et la perte de confiance de ses clients »³³³⁷. Toutefois, elle reconnaît dans le même temps la relativité du poids de l'atteinte à la réputation ici. Reprenant un autre arrêt de sa main³³³⁸, elle établit une différence entre l'atteinte morale à la réputation et l'atteinte économique à la réputation³³³⁹. Tandis que la première peut engendrer des atteintes à la « dignité »³³⁴⁰, ce n'est pas le cas de la seconde, selon les juges européens : « la réputation commerciale d'une société (...) n'a pas de dimension morale »³³⁴¹. Il ressort potentiellement de cette distinction une différence au regard de l'intensité de l'atteinte concédée à la personne morale, et donc au regard du poids relatif à attribuer à ce volet du conflit. Il est probable que les juges considéreront comme moins importante une atteinte morale à la réputation qu'une atteinte commerciale, même si la différence entre les deux et les conséquences qui en sont tirées ne sont vraiment clairement établies.

En outre, la CEDH exige que les préjudices identifiés soient effectifs³³⁴². Dans l'arrêt *Halet*, les juges avaient bien noté qu'il y avait bien eu des pertes financières liées à la révélation de l'affaire Luxleaks³³⁴³. Mais, ce préjudice n'avait été que temporaire, le niveau d'activité de la compagnie ayant par la suite augmenté³³⁴⁴. Le préjudice économique subi était très relatif, du fait de son caractère passager³³⁴⁵. Cela ne fait que relativiser son importance et par conséquent le poids relatif de l'atteinte causée à la personne morale. La relativité de l'atteinte rendra d'autant moins important le poids de la confidentialité que les effets néfastes de sa violation ne s'inscrivent pas sur le long terme.

954. Conclusion : importance de la contextualisation. Comparés à la liberté d'expression, les intérêts à la confidentialité sont quantitativement moins nombreux et potentiellement moins urgents que ceux défendus par l'alerte. Même si le modèle de l'optimisation des droits ne pose *a priori* aucun jugement de valeur quant à la plus ou moins grande nécessité de protéger tel ou tel impératif³³⁴⁶, les vestiges du modèle de la priorité des

³³³⁶ *Halet c. Luxembourg*, préc., note 154, par. 97.

³³³⁷ *Id.*, par. 98.

³³³⁸ *Uj v. Hungary*, 19 juillet 2011, n°23954/10, par. 22.

³³³⁹ *Halet c. Luxembourg*, préc., note 86, par. 97.

³³⁴⁰ *Id.* Nous n'adhérons néanmoins pas à un tel vocabulaire et à l'idée de pouvoir reconnaître une forme de dignité aux personnes morales, s'agissant d'une prérogative liée à l'appartenance au genre humain : *supra*, n°583.

³³⁴¹ *Id.*

³³⁴² J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 119.

³³⁴³ *Id.*, par. 100.

³³⁴⁴ *Id.*, par. 101.

³³⁴⁵ *Id.*, par. 102.

³³⁴⁶ L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 457.

droits et des hiérarchisations réalisées sur le plan constitutionnel³³⁴⁷ continuent d'influencer la façon de contempler le présent conflit. Par exemple, il est probable qu'une alerte dénonçant un danger pour la vie ait comparativement plus de poids que la protection de considérations purement économiques, comme la rémunération des actionnaires. Bien sûr, la comparaison ne permettra pas systématiquement de régler aussi clairement le conflit. Cela rend d'autant plus légitime la résolution du conflit par l'identification précise de l'ensemble des intérêts en jeu.

Il apparaît en tous cas impossible de se passer de toute démarche de contextualisation précise de l'alerte, tant pour évaluer les bénéfices qu'elle crée que les effets néfastes qu'elle produit. C'est à cette condition que l'acte du lanceur d'alerte sera correctement soupesé. Une telle démarche ne peut être prédéterminée à l'avance et la complexité de l'analyse démontre à quel point il est impossible d'en faire le tour par une simple régulation légale. Le législateur ne pourra jamais être aussi exhaustif et envisager l'ensemble des configurations conduisant à l'équilibre de l'alerte. Le recours à une évaluation judiciaire est incontournable.

Dans son évaluation justement, la CEDH tient compte d'un dernier critère : l'authenticité des informations divulguées, ce qui n'est pas sans rappeler la question de la place de la vérité dans l'alerte. Au regard de ce qu'on en a déjà dit, on ne peut que regretter que les juges européens en aient tenu compte.

1.2.1.3 La prise en compte contestable de l'authenticité de l'information divulguée

955. Indifférence généralisée à la vérité du propos. Pour la CEDH, « une personne qui 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. »³³⁴⁸ Autrement dit, on en revient à la question de la véracité de l'alerte.

Ce critère pose difficulté à plusieurs égards. D'abord, il entre en contradiction avec les conclusions tirées précédemment relativement à la diffamation. On l'a vu, celle-ci attache plus d'importance aux intentions, bonne ou mauvaise, de l'auteur des propos, qu'à la véracité de ce qui est dit³³⁴⁹. Le lanceur d'alerte doit avoir le droit à l'erreur, car la pertinence de sa prise de parole tient en sa capacité à créer une conscience et un débat³³⁵⁰, plutôt qu'à établir des vérités gravées dans le marbre. Même dans le cadre du fondement de la liberté d'expression, on a vu que la recherche de la vérité passait avant tout par la possibilité de confronter les idées bien

³³⁴⁷ *Id.*, 451.

³³⁴⁸ *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 77.

³³⁴⁹ *Supra*, n°663 à 669.

³³⁵⁰ *Supra*, n°497.

établies à la contradiction, ce qui signifie que les mensonges et les contre-vérités ont aussi leur importance dans la liberté d'expression et cette quête de vérité³³⁵¹. De même, les justifications légales liées à l'alerte ne tiennent pas davantage compte du degré de vérité des faits énoncés³³⁵². Il serait bien étrange alors que le juge doive, lui, en tenir compte, alors qu'il n'a d'influence dans aucune autre circonstance. La CEDH semble elle-même y accorder peu d'importance³³⁵³.

956. Confusion avec le rôle du journaliste. Ensuite, exiger du lanceur d'alerte que ses propos soient vrais, à tout le moins authentiques, peut créer une confusion avec le rôle des journalistes. Les deux statuts sont différents, bien sûr parce que le lanceur d'alerte n'est pas un professionnel de l'information. Cela signifie aussi que le lanceur d'alerte n'a pas toujours l'expertise ou les mêmes compétences pour partir en quête d'informations fiables. Exiger de lui qu'il délivre des informations véridiques risque de faire peser sur lui des obligations de vérifications ou de recoupement qu'il n'est pas toujours en capacité de faire, par manque de sources ou de savoir-faire. Pour rester désintéressée, l'alerte doit garder son caractère non professionnel, ce qui suppose de faire preuve d'indulgence face aux erreurs qui pourraient être commises dans l'interprétation des données révélées. C'est pourquoi exiger, comme le fait la CEDH, de vérifier l'exactitude et la crédibilité des informations divulguées pourrait au contraire être un facteur rendant impossible la légitimation de l'alerte³³⁵⁴. Heureusement, la Cour ne va pas jusque-là, puisqu'elle ne déduit pas de l'absence de poursuites pénales engagées sur la base de l'alerte le manque d'authenticité des informations divulguées à cette occasion³³⁵⁵.

957. Confusion avec le critère de la bonne foi. Enfin, exiger l'authenticité des informations divulguées par le lanceur d'alerte est souvent l'occasion de confondre la question de la vérité avec celle de la bonne foi. La CEDH ne manque pourtant pas de le faire. Par exemple, dans l'arrêt *Bucur*, elle conclut que les requérants « avaient des motifs raisonnables de penser que les informations divulguées étaient vraies »³³⁵⁶. Cela semble plutôt indiquer qu'elle analyse l'appréciation que le lanceur d'alerte a fait des informations dévoilées, mais n'invite pas nécessairement à s'interroger sur leur caractère véridique. À l'inverse, dans l'arrêt *Heinsich*, la Cour européenne considère que « l'inexactitude des allégations figurant dans une

³³⁵¹ *Supra*, n°498 et 499.

³³⁵² *Supra*, n°499.

³³⁵³ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 89.

³³⁵⁴ Ce serait particulièrement le cas si le juge utilisait le même standard d'appréciation de l'authenticité des éléments de preuve rapportés que celui pesant sur les autorités judiciaires : *Heinsich c. Allemagne*, préc., note 154, par. 78.

³³⁵⁵ *Id.*, par. 81 ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 113.

³³⁵⁶ *Bucur et Toma c. Roumanie*, *id.*

plainte pénale ou l'impossibilité d'en démontrer la véracité (...) ne peuvent nuire à l'employé ayant exercé de bonne foi le droit constitutionnellement protégé de porter plainte. »³³⁵⁷ Autrement dit, on ne déduit rien du caractère vrai ou faux des faits rapportés. Ce critère semble en réalité n'avoir qu'une faible influence sur l'analyse de la légitimité de la prise de parole. D'ailleurs, les juges canadiens ne semblent pas s'y attarder non plus outre mesure³³⁵⁸.

La Cour suprême semble mieux faire la distinction entre l'exigence de vérité et la bonne foi. Elle considère qu'on peut tout à fait être face à une personne parfaitement honnête, mais qui n'a pas les moyens de démontrer pleinement et avec un degré de certitude suffisant l'authenticité de ce qu'il raconte. « Exiger que la couverture des questions d'intérêt public atteigne à une certitude judiciaire peut aboutir à empêcher la communication de faits qu'une personne raisonnable tiendrait pour fiables et qui sont pertinents et importants pour le débat public. »³³⁵⁹ L'ampleur de ce qui peut être exigé en termes de défense contre une plainte, ici en diffamation, a aussi son importance pour garantir l'équilibre entre protection de la réputation et de la liberté d'expression. Exiger la preuve de la vérité serait, semble-t-il, disproportionné et ne permettrait pas de garantir effectivement une expression libre. On trouve un critère d'équilibrage des plateaux de la balance, ce qui revient bien à proportionner les atteintes à chacun des deux droits, de sorte que l'un n'efface pas totalement l'autre.

958. Confirmation de la priorité du critère de bonne foi. Bien sûr, il ne s'agit pas d'interdire toute prise en compte de la véracité des propos pour analyser l'alerte. Mais son absence ne devrait certainement pas être une condition rédhibitoire, sans que l'on puisse expliquer par d'autres éléments le rejet de l'alerte. Tout au plus, l'authenticité de l'information ne devrait être qu'une valeur ajoutée, une circonstance supplémentaire venant alourdir le poids relatif de la prise de parole, tout comme c'est le cas en matière de diffamation³³⁶⁰. Ainsi, cela confirme que l'état d'esprit subjectif du lanceur d'alerte demeure un critère central de l'appréciation de son propos, bien plus en tout cas que la question de sa vérité.

1.2.2 La proportionnalité au regard de la bonne foi du lanceur d'alerte : confusion avec le critère du désintéressement

959. Principe du recours à la bonne foi. L'avant-dernier critère étudié par la jurisprudence européenne relativement à l'évaluation de la proportionnalité renvoie à la bonne

³³⁵⁷ *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par.80.

³³⁵⁸ *Strom v. Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, préc., note 3235, par. 155.

³³⁵⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 53.

³³⁶⁰ *Supra*, n°663 et suiv.

foi du lanceur d'alerte. Selon la CEDH, il s'agit de vérifier qu'au moment de la publication, l'agent était véritablement motivé par le souci de prévenir d'un danger, de dénoncer des faits illégaux ou illicites³³⁶¹ dans l'intérêt du plus grand nombre³³⁶², bref de mettre sa démarche au service de l'intérêt général. Il ne doit pas entrevoir la possibilité de tirer un avantage personnel de la situation³³⁶³. Par exemple, le fait pour un fonctionnaire de dénoncer des faits plusieurs années après leur supposée réalisation, alors qu'il semble animé par un ressentiment envers son supérieur ne constitue pas une alerte valable³³⁶⁴.

Étant donné la difficulté de savoir si l'agent est de bonne foi, puisque son état d'esprit est par principe inaccessible, la CEDH se base essentiellement sur son comportement pour attester de ce critère. Elle considère ainsi que le fait de dénoncer les faits aux autorités judiciaires ou aux instances administratives³³⁶⁵ avant de les présenter publiquement, ou le fait de se faire assister d'un avocat dans sa démarche³³⁶⁶ constituent des indices attestant de la bonne foi, même si leur absence ne permet pas de parvenir à la conclusion inverse³³⁶⁷. Bref, la Cour se saisit de tout indice matériel, démarche somme toute classique s'agissant de la rechercher d'un élément intellectuel.

960. Confusion avec le nécessaire désintéressement du lanceur d'alerte. Toutefois, une telle formulation dénote une confusion avec le critère de désintéressement, explicitement reconnu en droit français³³⁶⁸. Les deux aspects ne doivent pas être assimilés. Cette confusion laisse en suspens la question de savoir si la CEDH impose véritablement la bonne foi ou si, au contraire, elle entendait faire référence au désintéressement du lanceur d'alerte. Dans la première hypothèse, alors la proportionnalité serait évaluée au regard de la croyance sincère du lanceur d'alerte en les faits qu'il dénonce ce qui, soit dit en passant, devrait logiquement conduire à conclure que l'authenticité de l'information divulguée n'a que peu d'importance. Dans la seconde hypothèse, le désintéressement donnerait un supplément d'âme à l'alerte.

Du fait de la confusion créée par la Cour et comme elle en fait un critère d'appréciation de la proportionnalité, il est aussi possible de penser que l'analyse faite des motivations nuancera le jugement final porté sur la qualité de l'alerte. En d'autres termes, plus les motifs

³³⁶¹ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 92. ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 117.

³³⁶² *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 83.

³³⁶³ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 93 ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 117.

³³⁶⁴ *Langner v. Germany*, préc., note 154, par. 47.

³³⁶⁵ *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 117.

³³⁶⁶ *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 86.

³³⁶⁷ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 93.

³³⁶⁸ *Supra*, n°734.

sont altruistes et désintéressés, plus il y a de chance de donner du crédit à la prise de parole. Cela signifie à l'inverse que l'alerte motivé par des motifs moins nobles n'est pas nécessairement disqualifiée, mais simplement qu'elle sera plus difficilement susceptible de rivaliser avec les intérêts à garantir la confidentialité de l'information divulguée.

961. Incertitudes sur le degré de désintéressement requis. Pris dans le contexte de la proportionnalité, l'analyse de ce désintéressement paraît moins tranchée qu'elle ne l'est dans le dispositif français relatif à l'alerte³³⁶⁹. Des motifs moins nobles n'auront pas forcément pour effet d'anéantir toute espoir de valider la divulgation de l'information économique. Cela repose la question qui n'a toujours pas été réglée : jusqu'à quel point peut-on exiger que les intentions du lanceur d'alerte soient désintéressées ? On l'a dit³³⁷⁰, se plonger dans l'analyse de l'altruisme du lanceur d'alerte est un puits sans fond, dans la mesure où il est très difficile de savoir quel degré d'altruisme on est en droit d'exiger des personnes. Doit-on exiger de ne s'attendre à aucune forme de contrepartie, pas même une reconnaissance morale pour son action ? Ou bien exclut-on de ce modèle seulement les personnes espérant une contrepartie matérielle ou morale, tels une récompense, une médaille, un titre, une augmentation, un passage dans les médias, un moment de gloire fugace ? La question est hautement philosophique et revient finalement à devoir résoudre, en amont, la question de savoir en quoi consiste l'altruisme du lanceur d'alerte. Ni la Cour européenne ni les législations française et canadienne avant elle ne tranchent la question. On ne peut donc pas savoir à partir de quel moment on considère le lanceur d'alerte comme ayant atteint le degré suffisant de désintéressement pour lui conférer la protection associée à son statut, ni même si une alerte motivée par des considérations personnelles anéantirait toute possibilité de la valider. Après tout, rien ne laisse présupposer que les motivations personnelles à parler diminue la pertinence de ce qui est dénoncé. La qualité des informations n'a pas de rapport avec celles des intentions. Des informations, mêmes en partie erronées, liées à un véritable désintéressement, ne constituent pas forcément une expression plus utile socialement que des révélations fiables et importantes, mais délivrées avec une arrière-pensée.

962. Condition universelle de l'alerte. Il semble que, quelle que soit la façon dont on aborde la question, le désintéressement est un élément déterminant de l'alerte, même si les cours ne semblent pas s'accorder sur poids qu'il doit jouer dans la validité de l'alerte. S'il est certain que sa présence rendra la valeur de l'expression plus grande, il demeure difficile au contraire

³³⁶⁹ *Supra*, n°734.

³³⁷⁰ *Supra*, n°479.

de savoir quelle sera l'influence de motivations moins nobles. La proportionnalité voudrait qu'elles ne compromettent pas tout à fait les chances de reconnaître l'alerte, sans pour autant que cela représente un blanc-seing pour celui qui agit pour sa seule satisfaction personnelle. Il est probable qu'une fois de plus, tout dépende des circonstances de chaque espèce.

Finalement, la Cour européenne ne propose pas une lecture originale de ce critère de bonne foi, outre qu'elle le confonde parfois avec la question du désintéressement. C'est plus généralement une recherche des intentions du lanceur d'alerte, celles-ci devant démontrer qu'il se met au service du public et non de ses propres intérêts. Cela confirme bien la place prédominante de cette question dans l'analyse de l'alerte. Cette condition témoigne en tout cas du caractère éthique et altruiste de la démarche, qui s'inscrit dans une action guidée par la défense de principes et valeurs authentiques.

963. Approche contextuelle de la bonne foi. Finalement, on en revient à jouer avec deux curseurs fondamentaux, l'un objectif lié à l'information délivrée, l'autre subjectif lié à l'état d'esprit du lanceur d'alerte. Contrairement à ce que peut laisser apparaître l'approche française³³⁷¹, le désintéressement n'est pas plus susceptible d'une approche binaire, selon sa présence ou non, que l'évaluation de l'information elle-même. Il pourrait faire l'objet l'approche graduée adaptée à la proportionnalité : selon où le lanceur d'alerte se situe sur le spectre du désintéressement, les sanctions qui lui seront associées pourront varier, son absence totale étant incompatible avec le statut de lanceur d'alerte, sa présence réelle devant réduire au maximum tout risque de sanction. L'utilisation de cette méthode permet aussi de ne pas avoir une approche trop manichéenne des intentions du lanceur d'alerte, tant celles-ci peuvent être multiples. Il peut avoir la volonté sincère de prévenir le public d'un danger, mais aussi espérer obtenir une gratification en retour, ou en profiter par la même occasion pour régler ses comptes avec son employeur. Le fait par exemple que le lanceur d'alerte veuille nuire à la société qui l'a employé ne justifie pas automatiquement que ce qu'il dit n'est pas pertinent pour l'intérêt général. Les circonstances de fait pourront aider les juges à établir la matérialité des intentions du lanceur d'alerte, par exemple en étudiant les informations qui ont été dévoilées et leur pertinence. Si elles sont toutes strictement en lien avec le phénomène dénoncé, alors on peut en déduire raisonnablement une démarche à tout le moins tournée vers la protection de l'intérêt général. Au contraire, si parmi les informations divulguées, certaines ne servent pas cette cause,

³³⁷¹ *Supra*, n°734.

on peut se demander si elles n'ont pas fuité pour des raisons autres que simplement alerter le public. Chacun est alors libre d'imaginer quelles pourraient les raisons de prendre la parole.

964. Contournement de la question de la définition de la bonne foi. Cette approche contextuelle a tout de même l'avantage de ne pas essentialiser le critère du désintéressement. On évince le débat consistant à savoir de quoi il en retourne exactement et la démarche périlleuse de fixer les contours de ce qu'est exactement une alerte éthique. Ce que l'on considérera comme tel est susceptible de varier d'une personne à l'autre, d'une tradition juridique à l'autre. Il n'est pas certain que les juristes canadiens verraient la même difficulté à attribuer une récompense pécuniaire à celui qui lance l'alerte, alors que le désintéressement est une condition explicite du statut en France. Au lieu de tenter de trancher le débat, faire de cette question un aspect de l'évaluation de la proportionnalité, et notamment de la présence d'autres indices plus ou moins probants de l'alerte, garantit au juge la marge de manœuvre utile à une évaluation la plus juste possible des faits, tout en respectant des traditions juridiques distinctes.

Bien sûr, cela est possible uniquement dans le cadre d'une analyse judiciaire de l'alerte, au moment de la résolution du conflit. Le législateur français a retenu une solution plus stricte, qui ne s'encombre pas de telles nuances. Cela ne résout pas vraiment le problème de savoir si un système de récompense pourrait être mis en place au Canada si l'on en venait à créer un statut légal unique pour le lanceur d'alerte. La décision en revient au seul législateur. Il n'existe en tout cas pas de raisons, d'un point de vue théorique, qui l'empêcheraient.

De cette Une analyse plus nuancée de la bonne foi que celle se résumant à sa présence ou son absence semble devoir l'emporter. Il devrait pouvoir en découler, comme on l'a vu, la possibilité de calibrer les éventuelles sanctions du lanceur d'alerte en conséquence.

1.2.3 La proportionnalité les sanctions encourues par le lanceur d'alerte

965. Appréciation de la proportionnalité des sanctions. Le dernier critère de proportionnalité retenu par la CEDH concerne les sanctions encourues ou subies par le lanceur d'alerte à la suite de sa prise de parole. La Cour semble assez sensible à ce critère, dans la mesure où la crainte des représailles, qu'elles soient d'ordre pénal, disciplinaire ou civil, pourrait dissuader la prise de parole³³⁷². Non seulement la perspective de ces sanctions pourrait dissuader la communication du lanceur d'alerte lui-même, mais aussi à l'avenir, celle de ses futurs pairs. La mise en balance supposerait donc ici de prendre en compte les conséquences à

³³⁷² *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 95 ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 91 ; *Bucur et Toma c. Roumanie*, préc., note 154, par. 119.

plus long terme des sanctions infligées à ces derniers pour correctement soupeser et maintenir l'équilibre des intérêts en jeu. À ce sujet, la CEDH a déjà pu juger qu'une peine de prison³³⁷³, une révocation ou un licenciement³³⁷⁴ sont des mesures disproportionnées au regard des circonstances d'une espèce donnée. En revanche, une condamnation à une faible amende n'a pas été jugée disproportionnée par rapport à l'atteinte portée à la réputation de la personne morale causée par les révélations³³⁷⁵.

966. Pertinence du critère. Aussi instinctif qu'il puisse paraître de s'en soucier, le recours à un tel paramètre peut étonner. En effet, la manifestation d'une sanction du lanceur d'alerte intervient une fois que l'on a justement décidé que son action n'était pas calibrée pour répondre aux exigences de la situation concrète. Autrement dit, on peut sanctionner le lanceur d'alerte si sa démarche ne répond pas parfaitement au comportement que l'on pouvait attendre de ce dernier dans les circonstances. Par exemple, le salarié qui fait part à la presse de dissensions internes entre les dirigeants de son entreprise peut causer un préjudice important à cette dernière, sans pour autant que le public trouve un intérêt à ce genre de révélation. Dans ce cas, on peut comprendre que des mesures de sanctions soient prises, disciplinaires et peut-être pénales, puisque l'on a établi au préalable qu'il s'est un peu trop librement ouvert de ce genre de difficultés, là où ses obligations ne lui permettait pas nécessairement de le faire. L'évaluation des sanctions ne se justifie donc pas dans les cas où l'on décide que la prise de parole est légitime et mérite d'être protégée. Au contraire, c'est quand on considère que les raisons approuvant le maintien de la confidentialité l'emportent que l'on peut s'ouvrir à des formes de sanctions. Il faut donc bien commencer par conclure sur le conflit lui-même.

Cela n'enlève rien à la pertinence de ce critère. D'abord, parce que si un cas d'alerte se présente à un juge, c'est *a priori* parce qu'une décision a été prise et ne satisfait pas au moins un des deux protagonistes, ou bien parce que la personne morale suscite la sanction du lanceur d'alerte. Dans l'un ou l'autre de ces cas, il sera utile au juge de se souvenir de cette nécessité de la proportionnalité des sanctions, tant par leur nature que leur quantum, pour décider si le prononcé d'une forme de sanction est pertinent et dans quelle mesure. Cela dit, les juges français et canadiens n'ont pas attendu 2008 et la CEDH pour considérer que les sanctions doivent être proportionnelles, ce qui relativise la nouveauté d'un tel critère.

³³⁷³ *Bucur et Toma c. Roumanie*, *id.*

³³⁷⁴ *Guja c. Moldavie*, préc., note 154, par. 95 ; *Heinisch c. Allemagne*, préc., note 154, par. 92.

³³⁷⁵ *Halet c. Luxembourg*, préc., note 154, par. 111.

Ensuite, la question des sanctions garde d'autant plus sa pertinence que la Cour suprême semble y être particulièrement sensible. Celle-ci considère dans l'arrêt *Grant* que « la crainte des poursuites en diffamation peut empêcher la diffusion d'information concernant des questions d'intérêt public. »³³⁷⁶ On insiste bien sur les effets que peut avoir une poursuite en diffamation, démontrant qu'ils sont tout aussi importants que les objectifs abstraits de défense de la liberté d'expression. Il ne s'agit donc pas seulement de considérer les conséquences des sanctions à court terme, sur la seule personne du lanceur d'alerte. Plus généralement, elles peuvent jouer sur l'effectivité même de liberté d'expression en raison de l'aspect terriblement dissuasif que peut comporter une condamnation pénale, disciplinaire ou même civile, au versement de dommages-intérêts. Simplement, une telle analyse a peut-être moins sa place au stade de l'évaluation de la proportionnalité qu'en tant que conséquence de celle-ci. Les peines et leur importance devraient plutôt être le reflet de ce travail d'appréciation préalable, plutôt qu'une condition de ce dernier.

967. Conclusion quant au travail de mise en balance judiciaire. À l'issue de cette comparaison des analyses produite en jurisprudence pour résoudre le conflit opposant la liberté d'expression et le droit à la confidentialité, on constate que tout l'enjeu est de maintenir un équilibre proportionnel entre ces derniers. La première étape devrait conduire à éviter de devoir trancher le conflit, en observant si des mesures alternatives à la divulgation ou à la censure de la parole sont disponibles. Si tel est le cas, alors la décision litigieuse devrait être déclarée disproportionnée, dans la mesure où il était possible de minorer les effets produits sur le droit atteint. En revanche, dans le cas où un tel accommodement n'est pas envisageable, alors on passe à la deuxième étape consistant à évaluer cette fois-ci la proportionnalité effective de la mesure. Un jeu de comparaison et de vases communicants s'active, dans lequel il est nécessaire de définir l'ampleur de l'atteinte causée à l'un des pôles du conflit pour pouvoir estimer si elle est en relation avec les effets bénéfiques liés à la défense de l'autre. Par exemple, si un lanceur d'alerte avertit de l'imminence d'une catastrophe nucléaire, ou de l'imminence de la rupture d'un barrage hydroélectrique liée à un défaut d'entretien des installations, les intérêts à laisser libre cours à l'expression sont tellement intenses et les effets bénéfiques de la prévention de telles calamités sont tellement grands, qu'il faudrait envisager que les secrets soient de la plus haute importance pour justifier de les maintenir dans la confidentialité. Il faudrait pouvoir dire que les répercussions relativement à la réputation et à la prospérité économique sont plus dommageables que de protéger tous les autres intérêts en jeu. On peut bien entendu penser que

³³⁷⁶ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 54.

cela est improbable dans un cas aussi extrême. Cependant, cela ne dispense pas de s'assurer de la proportionnalité de l'alerte. Théoriquement, il faudrait également vérifier l'éthique et la légitimité de la démarche. Même quand la balance penche clairement d'un côté, cela ne signifie pas que l'on se passe totalement d'une recherche de proportionnalité.

Ainsi, même au stade de cette seconde étape, établir la proportionnalité des actes entrepris ne se fait pas de n'importe quelle façon. Il ressort de l'étude de la jurisprudence, canadienne et surtout européenne, que les trois catégories de critères dégagées doivent être évaluées cumulativement. Il y a en réalité une forte interaction entre eux, dont le tableau global constituera la proportionnalité. Un sujet particulièrement important et urgent pour l'intérêt général place déjà tellement haut la nécessité de l'expression, qu'il est probable que l'on sera moins regardant sur les motivations du lanceur d'alerte, même si ce dernier a exagéré la gravité des faits. Au contraire, un sujet plus secondaire d'intérêt légitime exigera plus de rigueur de la part du lanceur d'alerte. L'action du lanceur d'alerte pourra être évaluée selon une échelle qui se rapproche sensiblement de celle établie dans le cadre de la diffamation³³⁷⁷.

De cette recherche de proportionnalité, on pourra légitimer ou non le recours à une forme de sanction du lanceur d'alerte. Il s'agit là peut-être plutôt d'un critère mixte, dans la mesure où il ne participe pas directement à la définition de la légitimité de l'alerte elle-même. Pour autant, on ne peut nier qu'il exercera une certaine influence sur la mise en balance des deux droits en présence, parce que les mesures prises à l'encontre du lanceur d'alerte pourraient affecter à plus long terme sa libre expression et celle de ses potentiels homologues.

968. Manifestation du modèle d'optimisation des droits. Si les règles générales que nous venons de résumer clarifient le cadre général à la résolution du conflit existant entre la confidentialité de l'information économique et sa divulgation par le biais d'une alerte, il faut admettre que l'évaluation de la proportionnalité n'est pas une science exacte. Il demeure une certaine marge d'incertitude que la pratique devrait permettre de réduire un peu. Néanmoins, à présent, ce modèle de résolution du conflit naissant de l'alerte devrait être applicable dans la plupart des litiges concernés. On pourrait imaginer qu'il inspire le juge au moment d'appliquer le fait justificatif d'alerte, ou d'autoriser la levée du secret professionnel.

Grâce à cette étude, le modèle de l'optimisation des droits n'apparaît pas seulement théorique, il a une réelle manifestation dans le cadre de l'alerte. La question préalable consistant à rechercher à un accommodement entre les deux droits démontre bien qu'il n'est plus question

³³⁷⁷ *Supra*, n°665 et suiv.

de partir d'un choix préétabli, dont il convient d'apprécier la pertinence. La Cour suprême elle-même a pu reconnaître que le modèle traditionnel de priorité des droits était dépassé³³⁷⁸. Au regard de l'évolution de l'interprétation de la Charte canadienne et des valeurs qu'elle proclame, il ne se justifie plus. Même au Canada, il a été jugé plus opportun de pondérer les droits en conflit, plutôt que de consacrer l'un au détriment de l'autre³³⁷⁹.

969. Manifestations du changement de cadre d'analyse. Il est probable que les juges français succombent également à une telle modification de l'analyse des conflits, sous l'influence de la jurisprudence de la CEDH. À dire vrai, on en ressent d'ores et déjà les effets, à travers plusieurs illustrations, montrant que l'utilisation du modèle de l'optimisation des droits n'est, là aussi pas seulement théorique. On pense plus précisément à la défense de bonne foi dans le cadre de la diffamation. Par sa comparaison avec la défense de communication responsable canadienne, on verra à quel point cette justification a changé, au point que l'on peut se demander s'il en s'agit toujours d'une. De même, le recours de plus en plus systématique à la liberté d'expression pour contextualiser l'application de certaines infractions permet, là encore, de montrer un attachement de plus en plus prégnant au modèle de l'optimisation, sans tenir compte de la nécessité de maintenir une cohérence des principes du droit pénal. Ces deux cas sont des illustrations de l'abandon progressif du modèle de la priorité des droits au profit de celui de l'optimisation.

2 Illustrations de l'optimisation des intérêts relatifs à l'alerte : mutations de la méthode de résolution des conflits impliquant la liberté d'expression

970. Illustration de l'optimisation. Si les arrêts *Dagenais*³³⁸⁰, *Mentuck*³³⁸¹ et *N. S.*³³⁸² proposent un cadre général de résolution par une optimisation des droits en conflit, certaines circonstances peuvent justifier d'en préciser les principes. C'est le cas, lorsque la divulgation litigieuse implique une atteinte à la réputation de la personne morale. Cette circonstance ne remet pas en cause ce que nous venons de décrire, mais nécessite d'en préciser les modalités. De la même manière qu'une atteinte à la réputation ne constitue pas un fondement distinct de l'atteinte à la confidentialité, mais plutôt d'une conséquence en découlant par ricochet, la prise

³³⁷⁸ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904, 875, 877, 882 à 884 ; *R. c. Mentuck*, préc., note 3250, par. 23.

³³⁷⁹ *R. c. Mentuck*, préc., note 3250, par. 23.

³³⁸⁰ *Dagenais c. Société Radio Canada*, préc., note 2904.

³³⁸¹ *R. c. Mentuck*, préc., note 3250.

³³⁸² *R. c. N. S.*, préc., note 2996.

en compte de cette considération dans la mise en balance ne remet pas en cause le cadre général décrit, mais nécessite de le préciser.

À ce titre, l'arrêt *Grant*³³⁸³ qui a formalisé la défense de communication responsable en matière de diffamation, constitue une illustration concrète de ce travail d'optimisation des droits en conflit. Intervenu après l'arrêt *Mentuck*³³⁸⁴, il en reprend les principes, tout en les adaptant au contexte particulier de la diffamation, au regard des enjeux. En outre, cet arrêt est particulièrement intéressant, dans la mesure où l'on peut le rapprocher de la défense de bonne foi applicable dans le cadre de la diffamation française. Or, la comparaison de ces deux défenses contre la diffamation, civile dans un cas, pénale dans l'autre, permet de constater que la bonne foi a subi de profondes mutations. Bien sûr, il ne s'agit pas de dire que le droit canadien exerce une influence directe sur la construction jurisprudentielle française. L'influence est ici plutôt européenne. Néanmoins, on pourra constater un rapprochement indéniable entre le raisonnement mené par la Cour suprême et les dernières évolutions de la bonne foi en France, démontrant par la même occasion que ce fait justificatif est véritablement affecté par la modification des modalités de traitement des conflits de droits. Si certains ont plaidé pour dire que la bonne foi intégrait un nouveau fait justificatif plus général de débat d'intérêt général, la comparaison avec le droit canadien permet de nuancer cette affirmation. Il s'agirait moins d'un nouveau fait justificatif relatif à la liberté d'expression, que d'une mutation de son interprétation. À tel point que l'on peut se demander s'il en s'agit toujours d'un (2.1).

971. Rôle pénal de la liberté d'expression. Les mutations de l'interprétation des droits fondamentaux dans le cadre de la résolution d'un conflit de droits sont encore plus flagrantes s'agissant en France de l'utilisation faite de la liberté d'expression dans le contexte pénal, hors du cas des infractions de presse. D'abord, ce n'est plus le législateur qui est à l'origine d'une résolution implicite du conflit, mais le juge³³⁸⁵, ce qui peut être une première explication de l'effacement du modèle principe-exception. Ensuite, il semble ressortir des arrêts rendus en la matière que, derrière le développement de ces faits justificatifs, le juge procède à un véritable contrôle de conformité des textes, à la lumière de cette liberté fondamentale. Cette créativité démontre la plasticité des critères de contrôle effectué : il n'est plus question de l'utiliser pour invalider, mais au contraire pour valider une norme, à la condition que telle ou telle défense soit

³³⁸³ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

³³⁸⁴ *R. c. Mentuck*, préc., note 3250.

³³⁸⁵ J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 120 et 121.

disponible. Ainsi, ce nouveau modèle justificatif devient de plus en plus une condition de validité des infractions auxquels ils sont affectés, au lieu d'en être l'exception.

972. Mutation de la justification à la validation. Cette volonté de garantir de façon effective les droits fondamentaux – et plus spécifiquement pour ce qui nous intéresse la liberté d'expression – traduit avant tout un changement d'approche des rapports entre ce dernier les textes internes, particulièrement pénaux. Cette logique, à laquelle on est peu habituée en France, et qui s'impose sous l'influence de la jurisprudence européenne, risque de remettre en cause beaucoup d'infractions, puisqu'elles semblent désormais soumises à la possibilité d'un contrôle quasi systématique de leur conformité aux textes européens. D'une certaine manière, le développement de ces faits justificatifs joue un rôle nouveau de validation des infractions au regard des nouvelles situations dans lesquelles elles sont sollicitées. C'est donc la créativité des juges qui permet de maintenir la conformité de ces infractions aux normes constitutionnelles et internationales, au prix peut-être de la cohérence du droit pénal interne (2.2)

2.1 Les transformations du rôle de la bonne foi dans la justification de la diffamation

973. Présentation générale. Contrairement aux droits de la défense, l'utilisation de la liberté d'expression comme justification n'est pas nouvelle. On en trouve des traces plus anciennes en France, dans le contexte de l'infraction de diffamation. En effet, un fait justificatif parallèle à l'*exceptio veritatis* a été rapidement adossé à cette infraction, fondé sur des critères beaucoup moins stricts. Il vise à rétablir la possibilité de s'exprimer en neutralisant le caractère abusif de l'expression diffamatoire. La bonne foi a donc à la fois un caractère exonératoire³³⁸⁶ de l'infraction de diffamation et constitue en soi une norme de conformité de la celle-ci à la liberté d'expression. Au Canada, la jurisprudence a plusieurs fois proposé des modulations des poursuites diffamation, qu'elle soit civile ou pénale. Nous proposons de retenir la dernière-née : la défense de communication responsable³³⁸⁷. Non seulement c'est la défense qui apparaît la plus adaptée à la situation du lanceur d'alerte, mais encore c'est celle qui s'approche le plus de la défense de bonne foi française, se prêtant alors davantage à la comparaison.

974. Exclusions, conditions, réévaluation. Il peut paraître bien étrange de se tourner tout de suite vers les faits justificatifs prétoriens applicables à la diffamation, alors même qu'il en existe d'autres établis légalement dans les deux pays à l'étude. Or, ces deniers ne sont en

³³⁸⁶ Valérie MALABAT et Jean-Christophe SAINT-PAU, « Droit pénal spécial », *R.P.D.P.* 2006.143, 146.

³³⁸⁷ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

réalité pas applicables au cas du lanceur d'alerte (2.1.1). Il restera donc à étudier les conditions propres aux défenses de bonne foi et de communication responsable, indices importants pour comprendre de quelle façon peuvent se concilier droit à la confidentialité et droit à la liberté d'expression (2.1.2).

Les modifications de l'analyse portée par les juridictions françaises depuis les années 2008-2009 démontrent à ce propos que la bonne foi a changé de nature, pour se rapprocher davantage d'une analyse telle celle menée au Canada dans le cadre de la défense de communication responsable. La comparaison de ces deux faits justificatifs est donc particulièrement intéressante, dans la mesure où elle permet de faire apparaître les différences d'analyse de raisonnement, particulièrement dans la façon d'évaluer la proportionnalité. Elle donne un nouvel éclairage à la question qui anime la doctrine, s'agissant de savoir si la liberté d'expression est devenue un fait justificatif indépendant de la diffamation. La comparaison permet surtout de révéler la mutation de la logique française d'un raisonnement justificatif vers un travail d'optimisation, qui permet de se demander si la bonne foi peut encore être traitée comme un fait justificatif (2.1.3).

2.1.1 Exclusion de certaines justifications en matière de diffamation.

975. Importance de la justification en matière de diffamation. Remarquons d'abord que la présente étude des faits justificatifs est complémentaire à celle réalisée précédemment sur le fondement de la loi : des faits justificatifs sont susceptibles d'excuser tant les actes de collecte de l'information économique dans l'intérêt général³³⁸⁸, que ceux relatifs à la divulgation elle-même³³⁸⁹. Au stade de la diffamation, ce sont les conséquences de la divulgation du lanceur d'alerte qui sont réprimées³³⁹⁰. Nous avons également vu précédemment que la diffamation et le libelle diffamatoire étaient des infractions particulièrement adaptées pour pénaliser la prise de parole du lanceur d'alerte et dissuader en conséquence les tentatives de lever le voile du secret sur certaines informations. Les retentissements d'un procès peuvent être particulièrement néfastes pour le lanceur d'alerte, même lorsqu'il est seulement de nature purement civile. Il lui est néanmoins possible de se sortir de ce mauvais pas, grâce à différents faits justificatifs spécifiquement dédiés et qui garantiront, à la toute fin de la chaîne de l'alerte,

³³⁸⁸ Que ce soit par les droits de la défense (*supra*, n°678 et suiv.) que les faits justificatifs généraux (*supra*, n°695 et suiv.)

³³⁸⁹ Grâce au fait justificatif d'alerte : *supra*, n°729 et suiv.

³³⁹⁰ *Supra*, n°587, 589 et 593 et suiv.

d'apporter le dernier rempart utile aux poursuites. Cela signifie aussi que la confrontation entre confidentialité et liberté d'expression se prolonge à tous les stades de l'alerte.

Plusieurs causes de justifications sont intéressantes ici, émanant du législateur ou du juge. Étonnamment, même en France, où le juge n'a pas traditionnellement le même rôle qu'en *common law* et ne s'autorise en général pas un pouvoir de création normative, ce dernier a fait preuve d'une audace salubre en matière de diffamation, en développant le fait justificatif de la bonne foi³³⁹¹. Ces justifications sont particulièrement bienvenues dans une matière aussi sensible que la diffamation. Comme elle fait entrer en jeu la question de la liberté d'expression, elle témoigne de la sensibilisation des juges à la question de la recherche d'un équilibre entre celle-ci et la protection de la réputation. La justification de la diffamation dans des circonstances précises permet justement un tel rééquilibrage³³⁹², particulièrement dans les cas où l'expression litigieuse présente un intérêt pour le public.

976. Exclusions des immunités. S'inscrivant dans le contexte de droit privé, hors du secteur touchant les institutions publiques, il n'est pas question ici de considérer les exceptions à la diffamation constituées par les immunités, politiques notamment³³⁹³ ni de moduler la possibilité d'expression par rapport à un devoir de réserve, qui incombe aux seuls fonctionnaires.

977. Exclusions des défenses de vérité. De même, il ne paraît pas pertinent de s'attarder sur la justification française spécifiquement édictée par le législateur en matière de diffamation constituée par l'*exceptio veritatis*, ni sur la défense canadienne équivalente visant à faire valoir la vérité des faits énoncés³³⁹⁴. Certes, elles apparaîtraient comme particulièrement adaptées au cas du lanceur d'alerte, dans la mesure où celui-ci peut chercher à s'exonérer de sa responsabilité pénale en faisant valoir que ce qu'il dit est vrai. Or, comme nous l'avons souligné, le cœur de l'alerte ne se situe pas nécessairement dans la vérité du propos, mais plutôt dans le fait qu'il a été tenu de bonne foi³³⁹⁵. On semble devoir tenir compte du fait que le lanceur d'alerte puisse s'être trompé en énonçant les faits, ce qui le conduirait à proférer un mensonge, sans pour autant que cela remette en question son honnêteté, sa volonté de mettre sa prise de parole au service l'intérêt général. Dans ce cas, le caractère vrai ou faux n'a pas d'importance

³³⁹¹ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°59.

³³⁹² *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR*, préc., note 198, par. 19.

³³⁹³ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°230 et suiv., p. 118 et suiv. ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°59 ; *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 49 ; *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 30.

³³⁹⁴ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 32.

³³⁹⁵ *Supra*, n°663 et suiv. et 736 et suiv.

et n'exonérera pas le lanceur d'alerte de sa responsabilité pénale. C'est d'ailleurs ce que semble considérer aussi la Cour suprême lorsqu'elle énonce elle aussi que la preuve de la vérité est difficile à faire³³⁹⁶. En effet, elle énonce que, même si la personne procède aux vérifications les plus rigoureuses et peut ainsi se convaincre de la vérité de ce qu'elle énonce, cela peut être difficile de faire la preuve absolue de cette vérité, surtout quelque temps plus tard, au moment où le procès en diffamation s'ouvre. Ainsi, « l'absence d'adéquation entre la vérification responsable et la capacité de prouver la vérité en cours beaucoup plus tard fait en sorte que, d'un point de vue pratique, la défense de justification s'avère souvent très peu utile »³³⁹⁷. Le standard de la recherche de la vérité ne semble donc pas être celui le plus adéquat, car il ne reflète pas au mieux l'état d'esprit du lanceur d'alerte.

De façon plus pragmatique ensuite, en France l'art. 35 de la Loi sur la liberté de la presse dispose des circonstances dans lesquelles il est totalement exclu de pouvoir invoquer l'exception de vérité³³⁹⁸. Parmi celles-ci figurent les propos qui concernent la vie privée d'une personne³³⁹⁹. Une telle exclusion serait motivée par le fait que la véracité du propos ne permet pas pour autant de justifier la divulgation de faits qui avaient vocation à rester secrets, privant la personne de la possibilité de contrôler les informations qui la concernent. C'est aussi une question d'épanouissement personnel³⁴⁰⁰. L'argument viserait donc à éviter de satisfaire la curiosité publique, sous couvert de rapporter la vérité. Cela concernera les personnes morales, dont les activités sont abritées sous le couvert du droit à la confidentialité. Une interprétation large de l'art. 35 de la Loi sur la liberté de la presse³⁴⁰¹ autorisera une telle inclusion, dans le même esprit que le texte réprimant la diffamation le permet³⁴⁰². Ainsi, en plaçant l'information économique sous le couvert d'un droit à la confidentialité adaptée aux personnes morales, dérivée du droit au respect de la vie privée, sa révélation constituera une diffamation – si la divulgation entraîne cette conséquence – et la défense de vérité ne sera, par la même occasion,

³³⁹⁶ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 33.

³³⁹⁷ *Id.*

³³⁹⁸ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°792, p. 485 ; B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°325, p. 187.

³³⁹⁹ Art. 35 a) de la Loi sur la liberté de la presse :

« La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf :

a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ».

³⁴⁰⁰ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°71.

³⁴⁰¹ *Id.*, n°72.

³⁴⁰² D'ailleurs, bien qu'il s'agisse d'un arrêt ancien, la jurisprudence a déjà pu reconnaître que des difficultés financières rencontrées par un commerçant relèvent de sa vie privée et ne permettent pas de les révéler sur le fondement de l'*exceptio veritatis* : Crim. 10 juin 1959, JCP G 1960, II, 11441.

plus disponible. Sans compter que les multiples conditions d'exercice de l'exception de vérité amenuisent ses chances de prospérer et d'exonérer effectivement le lanceur d'alerte³⁴⁰³.

978. Exclusions canadiennes. En ce qui concerne le seul Canada ensuite, on trouve également dans le *Code criminel* la possibilité de plaider des moyens de défense spécifiques, dont l'un intéresse le libelle diffamatoire. L'art. 607(2) C. crim. dispose qu'« un prévenu qui est accusé de libelle diffamatoire peut présenter des moyens de défense conformes aux articles 611 et 612. » Si l'on se reporte à ces deux derniers articles, on apprend qu'il est possible pour la personne accusée d'avoir publié un libelle de se défendre en faisant valoir qu'en réalité ce qu'il a publié est vrai et d'intérêt public dans les circonstances³⁴⁰⁴. On peut donc imaginer que cette défense soit invoquée lorsque la personne est accusée d'avoir commis l'un ou l'autre des libelles prévus aux art. 300 et 301 C. crim. Cependant, on peut douter de la réelle effectivité d'une telle défense.

D'abord, s'agissant de l'art. 300 C. crim., on a vu précédemment, que le texte exigeait la connaissance du caractère faux du libelle³⁴⁰⁵. Il semble alors difficile de concevoir que dans un même procès, la poursuite prouve la connaissance de la fausseté du propos alors que l'accusé parvient à démontrer la vérité de ce qu'il a publié. Soit les propos sont vrais, soit ils ne le sont pas. Aussi, si l'on comprend que l'accusé ait l'opportunité de se défendre en contredisant les preuves de la poursuite, il s'agit moins d'une justification que d'une défense plus classique, visant à contester l'existence même d'un élément constitutif de l'infraction.

Ensuite, s'agissant de l'art. 301 C. crim., l'art. 611(1) C. crim. permet plus facilement de se concevoir comme une justification, car la question de la vérité ou de la fausseté ne fait pas partie de ses éléments constitutifs. L'introduire au cœur du débat relatif à cette infraction a donc plus ici l'effet d'une justification : l'infraction peut être constituée, mais la vérité du propos et son caractère d'intérêt général pourraient permettre d'échapper à une condamnation. Toutefois, on a vu que l'art. 301 C. crim. était très probablement inconstitutionnel³⁴⁰⁶. Cela voudrait dire que l'art. 611(1) C. crim. est plus ou moins neutralisé. Il ne peut en tout cas pas exister en tant que fait justificatif. Tout au plus peut-il permettre une discussion sur la *mens rea*

³⁴⁰³ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°325, p. 187 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°59. Sans compter que la défense exige une preuve absolue et incontestable de la vérité, ce qui semble le plus souvent inaccessible, tant le concept de vérité est relatif (*supra*, n°533), et les expressions mêlées d'opinions et de faits (*Id.*, n°325, p. 187).

³⁴⁰⁴ Art. 611(1) C. crim.

³⁴⁰⁵ *Supra*, n°635.

³⁴⁰⁶ *Supra*, n°642 et suiv.

de l'art. 300 C. crim., mais a-t-on vraiment besoin d'un tel article pour que l'accusé puisse contester les preuves présentées par l'accusation ?

Il aurait pu également être étudié la défense de commentaire loyal, développé en matière de *common law* privée³⁴⁰⁷. Elle revient à « démontrer que les propos en litige ont été prononcés dans l'intérêt public, de bonne foi et sans malveillance »³⁴⁰⁸. Or, on ne peut pas dire que cela soit très compatible avec le libelle diffamatoire exprimé en sachant qu'il est faux³⁴⁰⁹. Dans ce cas, il est difficile de prétendre que l'on s'est exprimé sans malveillance, comme l'exige la défense de commentaire loyal. Les juges ont déjà déclaré que cette défense « se rapporte uniquement aux commentaires ou opinions émis sur des faits dont la vérité est établie »³⁴¹⁰. Ainsi, il y a là aussi une incompatibilité fondamentale entre cette dernière et le libelle de l'art. 300 C. crim., l'un exigeant la démonstration que les propos sont véridiques³⁴¹¹, l'autre pas. Il ne s'agit pas d'une justification à proprement parler, mais d'une défense plus classique, qui suppose de discuter la présence ou non de la *mens rea* dans le cadre d'un débat judiciaire. Quant à l'art. 301 C. crim., il souffre lui aussi d'un manque de légitimité en raison des questionnements soulevés relativement à sa constitutionnalité.

Ajoutons en outre qu'après plusieurs années d'utilisation de cette défense dans le cadre de la diffamation civile québécoise³⁴¹², la Cour suprême est revenue sur la compatibilité d'une telle défense avec le droit civil d'inspiration française. Elle a considéré que :

« La méthode d'analyse juridique qu'exige le recours à la défense de commentaire loyal et honnête est incompatible avec l'économie du droit de la responsabilité civile délictuelle. Son importation en droit civil est non seulement injustifiée, mais aussi inutile. Les règles du régime de la responsabilité civile prévoient en effet que le défendeur peut faire valoir toutes les circonstances qui tendent à nier l'existence d'une faute. Dans la mesure où les critères de la défense de commentaire loyal et honnête sont autant de circonstances à prendre en considération dans l'appréciation de l'existence d'une faute, ils font déjà partie intégrante du droit civil québécois. Il est donc inutile d'appliquer de façon mécanique les critères de la défense de commentaire loyal et honnête. Au risque de le répéter, le régime de responsabilité civile est un régime souple qui fait dépendre l'existence d'une faute de l'examen de toutes les circonstances. »³⁴¹³

³⁴⁰⁷ *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 63.

³⁴⁰⁸ *Id.*

³⁴⁰⁹ Art. 300 C. crim.

³⁴¹⁰ *McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311, 321.

³⁴¹¹ *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 63.

³⁴¹² *Steenhaut c. Vigneault*, [1986] R.R.A. 548 (C.A.) ; *Paquet c. Rousseau*, [1996] R.R.A. 1156 (C.S.) ; *Hervieux-Payette c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, [1998] R.R.A. 221 (C.S.) ; *Drouin c. La Presse Ltée*, [1999] R.R.A. 714 (C.S.) ; *Dhawan c. Kenniff*, [2001] R.R.A. 53, par. 45 et suiv. (C.A.Q.).

³⁴¹³ *Prud'homme c. Prud'homme*, préc., note 1988, par. 63.

Ainsi, tout comme la discussion sur la vérité ou la fausseté du propos est directement intégrée à l'analyse du crime de libelle délibérément faux, les juges de la Cour suprême ont considéré qu'un débat autour de la bonne ou mauvaise foi et de l'utilité du commentaire réalisé revenait à discuter l'existence de la faute civile. On ne peut pas à proprement parler de justification dans ces circonstances. La défense de commentaire loyal ne trouvera pas à s'appliquer dans le contexte québécois³⁴¹⁴.

979. Concentration sur la bonne foi et la défense de communication responsable.

Le pragmatisme invite alors à se tourner vers la défense de bonne foi développée en jurisprudence, en réaction aux difficultés rencontrées avec l'*exceptio veritatis*³⁴¹⁵. En droit canadien, nous reviendrons sur la défense de communication responsable concernant des questions d'intérêt public.

2.1.2 Les conditions convergentes de la bonne foi et la défense de communication responsable

980. Lien entre faits justificatifs et conflits de droits. D'abord, ces deux justifications sont le fruit du travail jurisprudentiel. En France, la défense de bonne foi s'est probablement développée au même moment que le texte relatif à la diffamation est entré en vigueur³⁴¹⁶, ce qui montre d'ailleurs à quel point l'*exceptio veritatis* était, dès le départ, inadaptée au contexte de la diffamation et à ses enjeux en termes de liberté d'expression. Il a pu y avoir une certaine discussion pour savoir si invoquer la bonne foi revenait à neutraliser l'élément moral de la diffamation, entendant alors l'expression comme l'opposé de la mauvaise foi présumée au moment de l'étude des éléments constitutifs³⁴¹⁷, ou bien s'il s'agissait d'une défense à part entière. La doctrine s'est rangée derrière le professeur Conte pour faire de la bonne foi un fait justificatif autonome³⁴¹⁸. Cela signifie que ce dernier n'intervient pas pour neutraliser l'élément matériel ou moral de l'infraction³⁴¹⁹. On ne remet pas en cause le fait que le prévenu savait que ses propos portaient atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime, mais on prétend ici

³⁴¹⁴ Marie Annik GREGOIRE, préc., note 1368, n°6.

³⁴¹⁵ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°326, p. 187.

³⁴¹⁶ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1718, p. 982. Dans le même sens : Bertrand DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », *Légipresse* 2015.323.17, 18.

³⁴¹⁷ *Supra*, n°638.

³⁴¹⁸ Philippe CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », dans *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 49 à la page 56 et suiv. ; B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°792, p. 485 et 486 ; B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°327, p. 189 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°119 ; A. LEPAGE, « Diffamation - Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », préc., note 2306 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1718, p. 982.

³⁴¹⁹ P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », préc., note 3418 à la page 57.

que cette atteinte est réalisée pour des raisons légitimes³⁴²⁰. Ce fait justificatif n'a donc pas de rapport avec la véracité ou la fausseté du propos, mais tient plutôt à la prise en compte du comportement du diffamateur, qui a par ailleurs agi avec diligence et dans la défense d'intérêts qui le dépassent. Un tel fait justificatif semble confirmer ce que nous avons déjà pu constater à la seule étude des infractions de diffamation³⁴²¹ : l'attitude du diffamateur (ou lanceur d'alerte ici) a plus d'importance dans l'appréciation de sa liberté d'expression que le fait de savoir si ce qu'il a dit est assurément vrai. En outre, notons qu'en tant que fait justificatif, c'est au défendeur de ramener la preuve de la bonne foi, confirmant ici encore le renversement de la charge de la preuve caractéristique de l'usage de ces défenses³⁴²².

Au contraire, la défense de communication responsable est plutôt jeune en comparaison, puisqu'elle est issue de l'arrêt *Grant c. Torstar Corp.*³⁴²³, rendu par la Cour suprême en 2009. Ce dernier est particulièrement intéressant et pas seulement parce qu'il développe une justification autonome à la diffamation. Elle comporte une introduction générale, chose peu fréquente dans les décisions rendues par cette juridiction. Cette dernière souligne justement toute la difficulté de devoir « établir un juste équilibre entre ces deux valeurs »³⁴²⁴. C'est dire l'importance prise par les questions de conciliation des droits en conflit. La création de la défense de communication responsable répond à cette recherche d'un équilibre, confirmant ainsi le rôle central joué par les faits justificatifs dans la résolution des conflits de valeurs et dans l'évaluation de la légitimité d'une restriction apportée à l'un ou l'autre des droits en conflit. D'où la pertinence d'en faire la lecture à la lumière des conditions du test de *Oakes*³⁴²⁵ modulées par le contexte de l'optimisation des droits en conflit.

981. Présentation de la décision *Grant c. Torstar*³⁴²⁶. Les faits ayant mené à la reconnaissance de ce fait justificatif étaient les suivants : un magnat du bois était propriétaire d'une parcelle immobilière située au bord d'un lac, sur laquelle il avait aménagé un golf privé. Il souhaitait étendre la superficie de celui-ci, mais pour y parvenir, il devait acquérir des terres publiques limitrophes, ce qui impliquait au préalable qu'il recueille l'aval du gouvernement

³⁴²⁰ *Id.* à la page 59.

³⁴²¹ *Supra*, n°663 et suiv.

³⁴²² P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », préc., note 3418 à la page 58 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°421, p. 317 ; B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 18. Voir également Crim. 3 juillet 1996, n°94-83.195, *Bull. crim.*, n°283 ; Crim. 28 février 2012, *Bull. crim.*, n°55.

³⁴²³ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

³⁴²⁴ *Id.*, par. 3.

³⁴²⁵ *R. c. Oakes*, préc., note 1965.

³⁴²⁶ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

provincial. Cependant, les autres propriétaires autour du lac s'opposaient au projet d'extension du golf, craignant une détérioration de l'environnement et de leur qualité de vie. Il est apparu que le futur acheteur avait des liens très étroits avec le Premier ministre de la province en exercice au moment des faits. Craignant que le processus décisionnel ne soit biaisé et que le Premier ministre ne contourne les règles publiques pour favoriser un ami, les habitants ont partagé leurs préoccupations auprès d'un journaliste venu enquêter sur cette affaire locale. Son intérêt avait particulièrement été éveillé, car, quelque temps plus tôt, il avait traité une affaire tout à fait similaire, ce qui pouvait indiquer l'existence de pratiques illicites récurrentes au sein du gouvernement provincial.

982. Pertinence de l'arrêt. La publication de l'article de presse relatant ces faits a provoqué le dépôt d'une plainte pour diffamation contre le journal ayant publié l'article litigieux. Le défendeur a fait valoir que l'état de la *common law* relativement au libelle diffamatoire « [restreignait] indûment la liberté d'expression »³⁴²⁷. En somme, l'équilibre entre liberté d'expression et protection de la réputation n'était pas atteint. La situation pouvait être rectifiée par la création d'un nouveau moyen de défense : celui de communication responsable³⁴²⁸. La Cour suprême a repris cette interrogation à son compte, à savoir « l'opportunité de renforcer la protection accordée aux énoncés de faits diffusés dans l'intérêt public »³⁴²⁹. Cette formulation est particulièrement importante pour le problème qui nous occupe. D'une part, la question est formulée de façon suffisamment large pour inclure la démarche du lanceur d'alerte, puisqu'on y parle de « faits » et non pas seulement de publications³⁴³⁰, et parce que ces derniers doivent être rapportés avec un objectif plus précis, qui est de servir l'intérêt public³⁴³¹. C'est exactement le même raisonnement que nous avons observé à propos du lanceur d'alerte : sa démarche est justement motivée par la défense d'un intérêt public, du moins d'un intérêt qui dépasse largement les siens uniquement. L'esprit de cette défense paraît donc particulièrement adapté à la situation du lanceur d'alerte.

983. Extension possible au lanceur d'alerte. D'ailleurs, les juges de la Cour suprême ont admis que les journalistes n'étaient plus les seuls propagateurs de l'information, particulièrement depuis le développement des réseaux sociaux³⁴³². Aussi, il n'existe aucune

³⁴²⁷ *Id.*, par. 6.

³⁴²⁸ *Id.*

³⁴²⁹ *Id.*, par. 26.

³⁴³⁰ Ce qui aurait potentiellement restreint l'applicabilité de cette défense aux écrits, comme c'est le cas pour l'infraction de libelle diffamatoire : *supra*, n°613.

³⁴³¹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 61.

³⁴³² *Id.*, par. 95.

raison de ne pas exiger le même degré de rigueur quant à l'information de la part de tous ceux qui participent à sa diffusion³⁴³³. De la même manière, la défense de bonne foi en France n'est pas réservée aux journalistes. La Cour européenne a précisé qu'il n'existait pas de raison de procéder à une distinction quant à la protection accordée aux expressions, selon que leur auteur est journaliste ou non³⁴³⁴.

984. Distinction avec le modèle de la priorité de droits. D'autre part, la formule de la Cour suprême parle de « renforcer » la protection reconnue aux faits d'intérêt public, donc à la liberté d'expression. Il ne s'agit pas au contraire d'asseoir davantage la réputation. Cela semble confirmer l'idée qu'il ne s'établit plus de priorité entre protection de la réputation et liberté d'expression. Par la multiplication des exceptions à l'application de la diffamation, on voit que la logique qui plaçait la levée de sa protection dans le domaine de l'exception s'efface de plus en plus, au profit de ce qui semble être un rééquilibrage de la protection des intérêts en jeu. La décision *Grant*, ne fait qu'envisager une autre hypothèse dans laquelle la réputation doit céder face à la nécessité d'informer le public.

En outre, si cette question peut démontrer une certaine approche du conflit en jeu, elle ne préjuge en rien de la façon dont il va se résoudre. Cela ne signifie pas nécessairement que la réputation ou la confidentialité sont plus urgentes à garantir que la liberté d'expression, ou que l'on accorde généralement plus de crédit aux revendications en ce sens. En réalité, les critères de conciliation de ces deux valeurs feront pencher tantôt en faveur des unes, tantôt en faveur de l'autre, démontrant que l'appréhension du conflit ne se fait pas forcément toujours en considérant les effets de la liberté d'expression sur la réputation, mais ceux de la protection de la réputation sur la liberté d'expression.

Il semble en tout cas formellement admis dans cette décision que la situation prévalant préalablement à la reconnaissance du fait justificatif était déséquilibrée³⁴³⁵. D'où l'importation³⁴³⁶ d'un nouveau fait justificatif favorable à l'ouverture d'un débat constructif sur un sujet d'intérêt général intéressant le public, à travers la défense de communication responsable³⁴³⁷. La reconnaissance d'une telle justification tranche donc bien le conflit en faveur de la liberté d'expression, tout comme la défense de bonne foi en France rétablit la

³⁴³³ *Id.*, 95 : la défense peut être « [invoquée] par quiconque diffuse du matériel d'intérêt public, quel que soit le média », citant *Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL*, [2006] UKHL 44, par. 54.

³⁴³⁴ *Riolo c. Italie*, 17 juillet 2008, n°42211/07, par. 63.

³⁴³⁵ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 65.

³⁴³⁶ La Cour suprême s'est inspirée des décisions rendues dans d'autres pays de *common law* pour développer sa défense de communication responsable : *Id.*, par. 66 et 68 et suiv.

³⁴³⁷ *Id.*, par. 86 et 97.

légitimité de la prise de parole, au détriment de la protection de la réputation. Reste donc à comparer les conditions établies dans chacun des pays pour ouvrir droit à la défense de communication responsable.

985. Conditions des défenses de bonne foi et communication responsable. Les deux défenses à l'étude ici comportent deux volets : d'abord il est nécessaire de se pencher sur la communication elle-même pour vérifier que son contenu intéresse une question d'intérêt public, ce qui peut se traduire dans la défense de bonne foi par la recherche de la finalité poursuivie par le défendeur au cours de sa publication (2.1.2.1). Ensuite, l'auteur de la communication litigieuse devra démontrer que sa communication répondait à un certain nombre de critères permettant d'en déduire qu'il a agi avec prudence et diligence (2.1.2.2). Cette division n'est pas sans rappeler la façon dont fonctionnent les autres faits justificatifs étudiés précédemment sur le fondement de la loi : la nécessité et la proportionnalité³⁴³⁸.

2.1.2.1 La recherche de l'intérêt légitime de l'expression litigieuse

986. Identification de l'intérêt légitime. La première étape de la justification consiste à vérifier que l'expression en cause sert l'intérêt public³⁴³⁹. On peut faire le lien ici avec le premier critère d'appréciation de la proportionnalité, consistant à mesurer concrètement la valeur de l'expression³⁴⁴⁰ : on part à la recherche d'« un intérêt légitimement poursuivi par la prise de parole, ou d'un énoncé d'intérêt public »³⁴⁴¹, ce qui suppose de sonder le contenu de l'expression³⁴⁴². Les expressions susceptibles de satisfaire ce premier critère sont très diverses et il n'est ni possible ni pertinent d'en déterminer une liste à l'avance³⁴⁴³. Il est certain cependant que « l'intérêt public n'est pas synonyme d'intérêt du public »³⁴⁴⁴. En France comme au Canada, on semble s'entendre pour considérer qu'un intérêt légitime à l'expression diffamatoire n'en est pas un le seul but est de satisfaire la curiosité du public³⁴⁴⁵. La possibilité de justifier certaines expressions par l'information du public ne signifie pas pour autant que l'on puisse légitimer des atteintes pures et simples à la vie privée³⁴⁴⁶. De même, à l'opposé, l'intérêt public

³⁴³⁸ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 18 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1719, p. 982.

³⁴³⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 99. Dans le même sens : B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°794, p. 487 ; F. ROUSSEAU, *id.*, n°1719, p. 983.

³⁴⁴⁰ *Supra*, n°919 et suiv.

³⁴⁴¹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 100.

³⁴⁴² J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 119.

³⁴⁴³ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 103 ; B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 21.

³⁴⁴⁴ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 102.

³⁴⁴⁵ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°123 ; *Id.*, par. 105.

³⁴⁴⁶ *Id.*, par. 102.

ne signifie pas que les propos abordent des sujets susceptibles de concerner l'ensemble des personnes y ayant accès³⁴⁴⁷. Il suffit qu'une partie de la population puisse être intéressée par les faits rapportés pour qu'il puisse remplir cette première exigence³⁴⁴⁸. Par exemple, un conseiller municipal se rend coupable d'une diffamation justifiée sur le fondement de la bonne foi, alors que ses propos ne mettaient en cause que les actions du maire de commune³⁴⁴⁹, ce qui n'intéressait pas forcément toute personne résidant en France. L'intérêt était bien public – même politique et démocratique – pour les habitants locaux, sans pour autant que cela ne fasse obstacle à l'invocation de la défense de bonne foi.

Les sujets dont l'importance est reconnue seront très logiquement les mêmes que ceux précédemment dégagés : la santé, la protection de l'environnement, la défense des intérêts de l'Etat et même certains enjeux économiques. Grâce à la jurisprudence rendue plus spécifiquement en matière de diffamation, on peut encore affiner les thèmes pouvant neutraliser l'infraction de diffamation. Les questions politiques³⁴⁵⁰ y ont certainement une place de prédilection. Rien ne semble davantage de nature à intéresser le public que la vie politique et les débats sociétaux, dans la mesure où ils sont de nature à les toucher personnellement dans leur existence et dans leur vie dans la cité. Par exemple, la Cour européenne a validé, dans un arrêt récent rendu à propos de l'affaire LuxLeaks³⁴⁵¹, qu'un débat public relatif à la justice fiscale et aux pratiques de certaines sociétés mises en place pour éviter l'impôt est légitime et d'intérêt public³⁴⁵². Il l'est d'autant plus que dans ce cas, il a enclenché par la suite une vague de mesures au niveau européen, visant à renforcer la lutte contre l'évasion fiscale³⁴⁵³. D'ailleurs, les questions de vie publique et de démocratie étant directement en lien avec l'un des fondements de la liberté d'expression³⁴⁵⁴, il sera difficile de renier la légitimité de propos s'y

³⁴⁴⁷ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 21.

³⁴⁴⁸ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 102 ; B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 18.

³⁴⁴⁹ Crim. 19 janvier 2010, n°09-84.408, *Bull. crim.*, n°12. Voir également Crim. 20 octobre 2015, n°14-82.587, *Bull. crim.*, n°364. À propos d'un article imputant des pratiques douteuses quant à l'attribution de certains emplois dans une commune, la Cour de cassation admet que les propos en cause « concernaient un sujet d'intérêt général relatif à la gestion des emplois municipaux et aux conditions de la promotion accordée par un maire à l'un de ses proches parents au sein du personnel municipal ».

³⁴⁵⁰ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 106.

³⁴⁵¹ *Halet c. Luxembourg*, préc., note 154.

³⁴⁵² *Id.*, par. 21 et 92. Voir déjà à ce sujet : Civ. 1^e, 3 février 2011, n°09-10.301, *Bull. civ. I*, n°21 : les juges ont admis qu'un reportage relatif à l'affaire Clearstream « avait poursuivi un but légitime en recherchant si la société Clearstream banking, chambre de compensation internationale, offrait les garanties de transparence nécessaires et ne favorisait pas des transferts financiers frauduleux ou des opérations de blanchiment ».

³⁴⁵³ *Id.*, par. 21.

³⁴⁵⁴ *Supra*, n°495 et suiv.

rapportant³⁴⁵⁵. On peut étendre cette importance au débat judiciaire³⁴⁵⁶. La Cour de cassation³⁴⁵⁷ comme la Cour européenne³⁴⁵⁸ ont reconnu à ce thème une importance légitime, comme étant susceptible de contribuer à un débat d'intérêt général. Les liens entre le fonctionnement de la justice et le fonctionnement démocratique des institutions étant étroits, les informations reliées à ces enjeux auront sans doute la même importance que des débats de nature purement politique.

Mais la politique et la justice ne sont certainement pas les deux seuls sujets susceptibles de recevoir ce label de légitimité susceptible de qualifier l'expression diffamatoire de nécessaire dans l'intérêt du public³⁴⁵⁹. Des sujets artistiques et littéraires³⁴⁶⁰, scientifiques, historiques³⁴⁶¹ ou sportifs peuvent avoir toute leur importance pour le public. « Le public a véritablement intérêt à être au courant d'un grand éventail de sujets concernant tout autant la science et les arts que l'environnement, la religion et la moralité. »³⁴⁶² La pandémie de Covid-19 en donne un exemple flagrant : les questions et les débats scientifiques ont acquis une importance considérable pour le public, d'autant plus qu'un certain nombre de libertés dépendent des avancés scientifiques réalisés et de la possibilité d'organiser un débat démocratique, comme c'est le cas à propos de l'obligation vaccinale. Dans un registre moins dramatique, il peut aussi relever de l'intérêt du public que d'ouvrir la discussion à propos du recours au dopage dans le sport professionnel, à propos de la pertinence de republier de *Mein Kampf*, à propos du caractère choquant de certaines œuvres, ou encore à propos de la réévaluation de certaines certitudes historiques au regard des nouvelles découvertes réalisées.

³⁴⁵⁵ *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, [GC] 22 octobre 2007, n°21279/02 et 36448/02, CEDH 2007-IV, par. 46 ; *Axel Springer AG c. Allemagne*, préc., note 1991, par. 90 ; *Bédar c. Suisse*, préc., note 1991, n°49.

³⁴⁵⁶ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°794, p. 488.

³⁴⁵⁷ Crim. 17 novembre 2015, n°14-81.410, *Bull. crim.*, n°533 : il est admissible pour un ancien juge d'instruction « d'évoquer le déroulement d'une importante affaire (...) à titre de contribution au sujet d'intérêt général que constitue l'histoire [d'un] groupe terroriste » et il était « légitime, pour le journaliste qui avait recueilli ses propos et pour son éditeur, de les diffuser auprès du public ».

³⁴⁵⁸ *White v. Sweden*, 19 septembre 2006, n°42435/02, par. 29 (la Cour reconnaît l'intérêt public des Suédois à connaître les circonstances du meurtre d'un de leur Premier ministre et l'état des investigations en cours) ; *Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique*, préc., note 1991, par. 72 et 76 (à propos de l'affaire « Dutroux ») ; *Dupuis et autres c. France*, 7 juin 2007, n°1914/02, CEDH 2007-VII, par. 41 ; *Roland Dumas c. France*, 15 juillet 2010, n°34875/07, par. 43 ; *Bédar c. Suisse*, préc., note 1991, par. 49 : « un niveau élevé de protection de la liberté d'expression (...), sera normalement accordé lorsque les propos tenus relèvent d'un sujet d'intérêt général, ce qui est le cas, notamment, pour des propos relatifs au fonctionnement du pouvoir judiciaire. »

³⁴⁵⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 106.

³⁴⁶⁰ *Id.*, par. 105 ; Christophe BIGOT, « Conditions de la bonne foi de l'humoriste poursuivi pour diffamation », (1994) II D. 195, 196 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°421, p. 317.

³⁴⁶¹ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°792, p. 486 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°421, p. 317 ; B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°340, p. 195 ; B. DE LAMY, « Le "débat sur un sujet d'intérêt général" comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 21.

³⁴⁶² *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 106.

987. Détermination d'une notion d'intérêt légitime ou public. Bref, la gamme des sujets susceptibles d'entrer dans le cadre de la légitimité ouvrant droit à la défense de bonne foi ou de communication responsable, est tout à fait large et difficile à circonscrire précisément³⁴⁶³, ce qui s'intègre parfaitement avec la définition même de la liberté d'expression³⁴⁶⁴. La Cour suprême s'inspire d'ailleurs des décisions précédentes rendues à propos de la défense de commentaire loyal³⁴⁶⁵, dans la mesure où elle n'a pas encore de précédent s'agissant de celle de communication responsable. Les principes en étant tout de même proches, elle se prête à un raisonnement par analogie, lui permettant d'en déduire que l'intérêt public à la communication porte que des « sujets qui peuvent légitimement intéresser ou préoccuper les gens »³⁴⁶⁶. À propos de la notion européenne de débat d'intérêt général, qui joue le même rôle que celle d'intérêt public³⁴⁶⁷, la Cour de cassation l'a définie comme toutes « 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 »³⁴⁶⁸. L'utilisation de l'adverbe « notamment » démontre bien que les sujets évoqués peuvent être bien plus divers que ceux présentés dans cette définition, et la référence à un légitime intérêt indique aussi que des sujets trop futiles ne seront pas susceptibles de justifier l'atteinte à la réputation³⁴⁶⁹. Dès lors qu'un sujet est susceptible d'éveiller l'attention à propos de questions qui touchent un sujet de société, en dehors de la simple satisfaction d'une curiosité malvenue, alors on peut raisonnablement en déduire qu'il s'agit d'un intérêt légitime susceptible de justifier une parole par ailleurs diffamatoire³⁴⁷⁰.

988. Appréciation du caractère légitime de l'expression. La détermination de ce qui constitue une question d'intérêt public n'est donc pas une question figée et prédéterminée de façon abstraite. C'est une question qu'il convient d'apprécier au cas par cas³⁴⁷¹. Comme le

³⁴⁶³ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 18.

³⁴⁶⁴ *Supra*, n°519.

³⁴⁶⁵ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 104.

³⁴⁶⁶ *Id.*

³⁴⁶⁷ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°397, p. 151.

³⁴⁶⁸ Civ. 1^{er}, 1^{er} mars 2017, n°15-22.946, RTD Civ. 2017. 352, note Hauser ; Comm. Com. électr. 2017. comm. 64, note Lepage.

³⁴⁶⁹ L'arrêt ouvre toutefois la possibilité à une légitimation des publications « mixtes » (Jean HAUSER, « La protection de la vie privée et les nécessités de l'information, RTD Civ. 2017. 352. 353), c'est-à-dire incluant des éléments relatifs à la vie privée et utiles à un débat plus général de société. Dans le même sens, Civ. 1^{er}, 9 avril 2015, n°14-14.146 ; Comm. Com. électr. 2015. comm. 60, note Lepage ; Agathe LEPAGE, « Motivation par référence à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », Comm. com. électr. 2017. comm. 64.

³⁴⁷⁰ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 105.

³⁴⁷¹ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 19 ; J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 121.

précise la Cour suprême, pour pouvoir établir que l'expression remplit cette première condition de légitimité, il est nécessaire d'évaluer « la substance de la communication elle-même, et non les « circonstances » dans lesquelles elle s'inscrit »³⁴⁷². De même, la première chambre civile de la Cour de cassation, reprenant le raisonnement de la Cour européenne, estime qu'« il faut apprécier la totalité de la publication et rechercher si celle-ci, prise dans son ensemble et au regard du contexte dans lequel elle s'inscrit, se rapporte à une question d'intérêt général »³⁴⁷³. Il sera donc nécessaire de se pencher sur l'expression et son contexte pour vérifier cette condition, mais sans que l'on puisse véritablement déterminer à l'avance si telle ou telle communication la remplit. L'analyse est bien entendu contextuelle³⁴⁷⁴, et très certainement objective³⁴⁷⁵. Il n'est pas question ici de tenir compte de ce que le diffamateur tient comme étant d'intérêt pour le public. On peut alors supposer que l'appréciation du caractère public de l'intérêt porté et donc de sa légitimité s'apprécie selon ce qu'une personne raisonnable considérerait comme un sujet d'intérêt général, dans le contexte dans lequel les propos ont été publiés. Cela confirme une fois de plus toute l'importance du sujet traité pour résoudre le conflit opposant le lanceur d'alerte à son employeur.

La Cour suprême précise seulement qu'il est nécessaire de correctement circonstancier les faits, afin de définir au mieux le sujet et sa légitimité. En dépend aussi la possibilité d'invoquer ce fait justificatif : si l'on définit de façon trop étroite le sujet, il ne sera pas possible de le qualifier d'intérêt public et la défense ne sera pas applicable³⁴⁷⁶. Aussi, l'évaluation selon le caractère raisonnable semble être une position intermédiaire permettant de ne pas définir de façon trop étroite ou trop large le sujet d'intérêt public, au risque de faciliter, ou au contraire d'entraver excessivement le recours à ce fait justificatif³⁴⁷⁷. L'équilibre entre les deux termes du conflit pourrait être rompu.

Dans la jurisprudence française, la détermination de la légitimité de l'intérêt poursuivi n'est en tout cas pas le point principal sur lequel achoppe généralement l'analyse. En dehors des hypothèses où les propos ne révèlent que des aspects très privés de la vie des personnes visées par les propos, la Cour de cassation ne semble pas avoir spécifiquement de difficulté à

³⁴⁷² *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 100.

³⁴⁷³ Civ. 1^{er}, 1^{er} mars 2017, préc., note 3468.

³⁴⁷⁴ *Id.*, par. 100 et 101 ; *Axel Springer AG c. Allemagne*, préc., note 1991, par. 90 ; T. corr. Paris, 9 janvier 1992, D. 1994. Somm. 195, note Bigot ; Crim. 13 décembre 2016, n°16-80.812 ; B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 19.

³⁴⁷⁵ P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », préc., note 3418 à la page 59.

³⁴⁷⁶ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 107.

³⁴⁷⁷ *Id.*

se convaincre de l'intérêt qui peut être porté aux propos énoncés. Cette étape ressemble davantage à une formalité qu'à un obstacle à la caractérisation de ce fait justificatif³⁴⁷⁸. Il en va autrement s'agissant de la seconde étape de l'analyse de cette défense, à savoir la mesure de l'expression. La multiplication des critères, dans les défenses française et canadienne, est de nature à laisser penser que l'essentiel de l'analyse se concentrera sur l'étude de la proportionnalité.

2.1.2.2 Les critères d'identification d'une expression diligente, répondant à une atteinte proportionnée à la réputation

989. Établissement implicite de la proportionnalité. Une fois que l'on a pu identifier l'intérêt légitime à la prise de parole, encore faut-il vérifier que la communication a été réalisée de façon responsable³⁴⁷⁹, en sorte que l'atteinte à la réputation due à l'absence de poursuite de la diffamation paraisse justifier. Cette seconde étape est identifiée comme telle dans l'arrêt *Grant*³⁴⁸⁰, signe de la dualité du raisonnement suivi : après avoir vérifié que la communication était nécessaire, car d'intérêt public, il s'agit de s'assurer qu'elle répond à un certain nombre de facteurs attestant du fait qu'elle a été faite de façon raisonnable³⁴⁸¹. Ces facteurs permettront de confirmer qu'il existe bien une forme de proportionnalité entre l'importance du sujet abordé, donc la liberté d'expression, et l'atteinte à la réputation concédée.

Une telle distinction entre nécessité et proportionnalité n'existe pas aussi nettement en France. Lorsqu'ils énoncent les critères permettant de bénéficier de la bonne foi, les juges ne les organisent pas nécessairement de façon à faire apparaître une telle dichotomie dans les deux étapes du raisonnement menant à équilibrer le rapport entre liberté d'expression et réputation³⁴⁸². Toutefois, la doctrine a distingué l'évaluation du caractère légitime du but poursuivi dans l'expression des autres critères établis en jurisprudence, permettant ainsi de distinguer l'analyse de la nécessité et celle de la proportionnalité³⁴⁸³, dans deux points successifs. Surtout, un arrêt récent de la Cour de cassation procède à une distinction plus formelle des critères de la bonne foi justificative. On peut y voir l'influence de l'analyse fondée

³⁴⁷⁸ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 18.

³⁴⁷⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 110.

³⁴⁸⁰ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

³⁴⁸¹ *Id.*, par. 110.

³⁴⁸² T. corr. Paris, 9 janvier 1992, préc., note 3474 ; TGI Paris, 3 mars 1994, D. 1995. Somm. 272, note Bigot ; Paris, 30 septembre 1998, Dr. pen. 1999. 23, obs. Véron ; Civ. 2^e, 14 mars 2002, n°99-19.239, *Bull. civ.* II, n°41 ; Civ. 2^e, 27 mars 2003, n°00-20.461, *Bull. civ.* II, n°84 ; Civ. 2^e, 8 avril 2004, n°01-17.188 et 01-16.881, *Bull. civ.* II, n°185 ; Civ. 1^e, 17 mars 2011, n°10-11.784, *Bull. civ.* I, n°58.

³⁴⁸³ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 18 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1719, p. 983.

sur la Convention européenne, dont l'art. 10 était d'ailleurs cité au visa. En effet, si les juges récapitulent d'abord les critères de la bonne foi, ils expliquent la méthode selon laquelle il faut les analyser pour parvenir à une décision en la matière :

« En matière de diffamation, lorsque l'auteur des propos soutient qu'il était de bonne foi, il appartient aux juges (...) de rechercher d'abord, en application de ce même texte, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, si lesdits propos s'inscrivent dans un débat d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante, afin, s'ils constatent que ces deux conditions sont réunies, d'apprécier moins strictement ces quatre critères, notamment s'agissant de l'absence d'animosité personnelle et de la prudence dans l'expression. » (nos soulignements)³⁴⁸⁴

Cet extrait permet de montrer comment la Cour de cassation articule les critères de la bonne foi, selon une méthode qui rappelle celle suivie par la Cour suprême dans *Grant*³⁴⁸⁵, et qui dénote une décomposition du raisonnement entre nécessité et proportionnalité. En effet, la plus haute juridiction française semble laisser entendre qu'elle considère, à la façon de la Cour européenne, qu'il est nécessaire dans un premier temps d'identifier l'intérêt légitime, pour ensuite vérifier la proportionnalité de l'atteinte à la réputation par rapport à la forme prise par l'expression.

990. Réorganisation des critères d'évaluation de la proportionnalité. À ce stade, les deux faits justificatifs que sont la bonne foi et la communication responsable n'évaluent pas tout à fait de la même façon la proportionnalité. Les critères pris en compte varient légèrement, même si l'on peut établir certains liens entre eux. La différence principale tient au fait que les critères français sont au nombre de quatre (dont la légitimité du but poursuivi par la communication, établissant la nécessité) et sont finis, tandis que la Cour suprême a délibérément choisi de définir une liste non exhaustive³⁴⁸⁶. Les juges expliquent que c'est en fin de compte la meilleure façon d'évaluer au mieux les faits, puisque les critères n'auront pas forcément le même poids ou la même pertinence selon les circonstances. Et ceci est valable, quel que soit le critère considéré³⁴⁸⁷. La Cour met en place un système d'appréciation très souple, qui permet de moduler la prise en compte des critères qu'elle établit formellement, ainsi que la possibilité d'en prendre d'autres en considérations. Mais même parmi ceux qu'elle prend en exemple, on peut en réalité dégager deux grandes orientations permettant de définir si l'expression constitue une atteinte proportionnée et donc justifiée à la réputation d'autrui : une évaluation de la proportionnalité par rapport au sujet lui-même (2.1.2.2.1) et une évaluation par

³⁴⁸⁴ Crim. 21 avril 2020, n°19-81.172.

³⁴⁸⁵ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 98.

³⁴⁸⁶ *Id.*, par. 122.

³⁴⁸⁷ *Id.*, par. 123.

rapport au comportement de l'auteur des propos (2.1.2.2.2). Un dernier critère pose un peu plus de difficulté, quant à savoir s'il s'agit d'un critère à part entière participant à l'établissement de la proportionnalité ou de l'analyse d'un élément autre, plutôt lié pour certains à l'absence de faute antérieure³⁴⁸⁸ (2.1.2.2.3)

2.1.2.2.1 Première catégorie de critères : évaluation objective des faits dénoncés

991. Gravité, importance, urgence de la communication. Dans l'arrêt *Grant*³⁴⁸⁹, les premiers critères sélectionnés pour établir si la communication est bien responsable relèvent davantage d'une approche stricte de la proportionnalité : les juges retiennent la gravité de l'allégation³⁴⁹⁰, l'importance de la question pour le public³⁴⁹¹ et l'urgence de la question³⁴⁹² comme évaluation du caractère responsable de la communication. Ces critères reviennent à faire une pesée, au sens le plus littéral, des intérêts en opposition. On peut d'ailleurs y voir une illustration du premier critère d'évaluation de la proportionnalité dégagé plus haut³⁴⁹³, dans la mesure où ils participent de l'évaluation objective du conflit de droits.

Le premier critère est décrit ouvertement comme relevant de la proportionnalité, dans la mesure où « le tort susceptible d'être causé à la dignité et à la réputation du demandeur augmente en fonction de la gravité de l'affront diffamatoire »³⁴⁹⁴. De façon très simple, les juges considèrent que plus ce que l'on impute à la victime est un fait grave, plus il sera diffamatoire. Cela paraît d'ailleurs assez logique : l'atteinte à la réputation n'est pas la même lorsqu'on accuse une personne d'avoir blessé, harcelé, agressé sexuellement un tiers, que de ne pas payer ses amendes de stationnement. Pour une entreprise, il est plus grave de dire d'elle qu'elle finance le terrorisme pour pouvoir poursuivre ses activités, plutôt que de prétendre qu'elle ne paie pas toutes les heures supplémentaires dues à ses employés. L'intérêt du public pour chacun de ses informations n'est pas le même et il est probable qu'une atteinte plus grave causée à la réputation ne puisse se justifier qu'à l'égard d'un intérêt public plus important.

Mais peut-on dire qu'il s'agit pour autant d'un critère de proportionnalité à part entière ? En effet, l'identification au stade précédent du sujet d'intérêt public semble déjà contenir implicitement une telle analyse préalable de proportionnalité. D'une part, il est inévitable que l'imputation de faits particulièrement graves à une personne porte mécaniquement davantage

³⁴⁸⁸ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1719, p. 983.

³⁴⁸⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

³⁴⁹⁰ *Id.*, par. 111.

³⁴⁹¹ *Id.*, par. 112.

³⁴⁹² *Id.*, par. 113.

³⁴⁹³ *Supra*, n°917

³⁴⁹⁴ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 111.

atteinte à la réputation. Par nature, des faits graves éveillent davantage l'attention du public. Exiger en outre de considérer la gravité ne serait que redondant.

D'autre part, c'est bien au moment où l'on définit le sujet exprimé et que l'on évalue son intérêt pour le public que l'on peut attester de sa gravité. Les deux paraissent intimement liés : un sujet d'une plus grande gravité sera davantage susceptible d'être d'intérêt pour le public et donc renforce l'importance de la liberté d'expression par rapport à la réputation. Ainsi, l'établissement de la gravité des faits dénoncés participe plutôt de la considération du poids abstrait qui doit être attribué à la liberté d'expression et à la protection de la réputation.

Néanmoins, la démarche proposée par la Cour suprême est différente : c'est la contemplation de l'importance du sujet qui détermine la valeur de l'expression, celle-ci étant alors comparée à la nécessité de protéger la réputation³⁴⁹⁵. Plus le sujet est d'intérêt ou plus il se situera au cœur de la liberté d'expression, plus il sera important de la garantir. La protection de la réputation ne peut faire le poids face à cela. L'analyse est donc comparative, concrète et non plus strictement abstraite des intérêts en jeu³⁴⁹⁶.

992. Le caractère redondant du critère de l'importance de la question. Si l'on peut concevoir l'intérêt du critère de gravité, dans la mesure où il impose une analyse de la proportionnalité au sens strict, presque mathématique, on a plus de mal à circonscrire l'intérêt du deuxième critère établi par la Cour suprême. Lorsqu'elle exige que le juge évaluant les faits tienne compte de l'importance de la question pour le public, cela semble redondant avec l'étape précédente consistant en son identification. La Cour reconnaît d'ailleurs que la démarche peut avoir un caractère répétitif³⁴⁹⁷. Mais elle précise tout de même que différents sujets, même s'ils sont tous légitimes, ne mobiliseront pas tous le public de la même façon³⁴⁹⁸. Il en ressort surtout que l'importance du sujet n'imposera pas le même degré de diligence de la part de ceux qui le rapportent³⁴⁹⁹. Ce critère paraît davantage influencer les autres catégories de critères d'évaluation de la proportionnalité, plutôt que le rapport avec la réputation.

993. Le critère temporel secondaire de l'urgence de la publication. La question de l'urgence de la question traitée n'apporterait pas plus d'éléments supplémentaires pour analyser la proportionnalité. De l'aveu même de la Cour suprême, cet élément est très lié à la question

³⁴⁹⁵ J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 120.

³⁴⁹⁶ *Id.*; L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 440.

³⁴⁹⁷ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 112.

³⁴⁹⁸ *Id.*

³⁴⁹⁹ *Id.*

de l'importance³⁵⁰⁰, dans la mesure où cette dernière pourra justifier de ne pas faire trop tarder la publication de l'information. À ce titre, on ne doit pas l'entendre avec la même sévérité que dans le contexte de l'état de nécessité ou de la légitime défense³⁵⁰¹. C'est avant tout un facteur temporel : « il s'agit de décider si la nécessité d'informer le public commandait que le défendeur procède à la communication au moment où il l'a fait. »³⁵⁰² (nos soulignements). Ainsi, plus la nouvelle semble grave et importante, plus il paraîtra justifier de procéder à la publication sans attendre, quitte à ne pas procéder à toutes les vérifications nécessaires, même si bien sûr, cela ne doit pas être une excuse pour procéder à des diffusions irraisonnées de propos diffamatoires³⁵⁰³. Dans ce cas, il y aurait une atteinte injustifiée à la réputation. Les circonstances joueront un rôle important pour déterminer si cette condition est remplie.

994. Analyse implicite de la proportionnalité stricte en France. Les conditions énumérées par les juges canadiens ne sont pas présentes dans la défense de bonne foi française. Il n'y est pas question de valider la bonne foi d'après une analyse stricte de la proportionnalité, ce qui rend l'exigence moins explicite qu'au Canada. Pour autant, on ne peut pas forcément en conclure que les juges ne tiennent pas compte de la gravité, de l'importance ou de l'urgence de la communication. L'analyse est plutôt portée au stade de l'identification de l'intérêt du sujet traité. D'ailleurs, on parle en France de la légitimité du sujet, de l'objectif visé. Ce terme peut permettre d'englober les questions de gravité, d'importance et d'urgence, qui sont de toutes proches, au point de pouvoir les confondre. L'analyse extrêmement contextuelle des propos et du sujet induit déjà une approche de proportionnalité³⁵⁰⁴. En outre, il a déjà été signalé que la très grande légitimité du sujet rendra moins prégnantes les autres exigences³⁵⁰⁵, de la même manière que la Cour suprême avait expliqué que l'urgence pouvait amoindrir l'exigence de vérification de l'information. Il semble que l'analyse d'une proportionnalité stricte ne se détache pas de façon autonome, mais soit incorporée à l'identification de la légitimité du but poursuivi³⁵⁰⁶. Cela n'est pas d'ailleurs pas forcément étonnant, dans la mesure où la distinction entre nécessité et proportionnalité au sein des critères de la bonne foi est issue d'un travail

³⁵⁰⁰ *Id.*

³⁵⁰¹ *Supra*, n°717 à 719.

³⁵⁰² *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 113.

³⁵⁰³ *Id.*

³⁵⁰⁴ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°331, p. 191 ; B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 18.

³⁵⁰⁵ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°794, p. 487 ; B. DE LAMY, *id.*, 18.

³⁵⁰⁶ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°330, p. 190. « Des propos diffamatoires (...) ne peuvent échapper à la condamnation que lorsque celui qui les a tenus ou écrits était guidé par un objectif d'une importance supérieure ; dont la satisfaction prend le pas sur le respect de l'honneur. Ou de la considération d'autrui. »

doctrinal, et non pas d'un constat réalisé par les juges. L'identification d'une telle comparaison entre les intérêts en présence indique en tout cas que la bonne foi et la défense de communication responsable sont conçues sur les bases d'une véritable justification³⁵⁰⁷.

2.1.2.2.2 Deuxième catégorie de critères : comportement du défendeur

995. Absence d'animosité personnelle. En revanche, que ce soit en France, comme au Canada, le comportement du défendeur dans sa prise de parole est un éventail de critères présent et bien identifié par les juges. Ces critères tiennent essentiellement à la façon dont le défendeur a exprimé les propos diffamatoires, à « l'acte de publication »³⁵⁰⁸. En France, les juges doivent vérifier d'une part l'absence d'animosité personnelle et d'autre part, la prudence dans l'expression. Le premier consiste à vérifier que l'auteur des propos ou du texte n'a pas recours à l'exagération, à l'outrance, à des attaques personnelles³⁵⁰⁹. Bien sûr, cela ne consiste pas à dire que l'auteur n'a pas voulu diffamer, puisque cela reviendrait à nier l'élément moral de l'infraction de diffamation. Il n'en est pas question s'agissant ici d'un fait justificatif. L'absence d'animosité personnelle consiste plutôt à vérifier que l'auteur a gardé une certaine objectivité dans son expression³⁵¹⁰. Selon la Cour de cassation, « les expressions malveillantes proférées pour caractériser les imputations diffamatoires sont exclusives de la bonne foi »³⁵¹¹. Les propos doivent démontrer un manque d'objectivité : « le droit de libre critique cesse devant les attaques personnelles ; dès lors qu'ils ont caractérisé l'absence d'objectivité dont l'écrit incriminé était entaché, c'est à bon droit que les juges ont refusé au prévenu le bénéfice de la bonne foi »³⁵¹². Ainsi, celui qui s'exprime doit à tout le moins « être intellectuellement honnête : les sentiments qu'il éprouve ne doivent altérer ni la pureté de ses intentions ni la sincérité de sa démarche »³⁵¹³. Cela n'est pas sans rappeler la condition de désintéressement apparaissant dans le statut de l'alerte³⁵¹⁴.

996. Prudence dans l'expression. Ensuite, s'agissant de la prudence dans l'expression, elle renvoie plutôt à l'identification d'une modération des propos : « l'absence de précaution dans les termes employés et de prudence dans la présentation des faits ne permettait pas de

³⁵⁰⁷ *Id.*, n°330, p. 191.

³⁵⁰⁸ J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 119.

³⁵⁰⁹ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°795, p. 488.

³⁵¹⁰ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°329, p. 190 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°122.

³⁵¹¹ Crim. 14 avril 1992, n°87-80.411, *Bull. crim.*, n°162. De même, une juridiction du fond a considéré qu'un débat animé sur un sujet de société ne pouvait justifier des attaques personnelles, d'autant plus qu'elles n'apportent rien à la qualité du débat : TGI Paris, 3 mars 1994, préc., note 3482, D. 1995. Somm. 272, note Bigot.

³⁵¹² Crim. 13 février 1993, n°87-90.446, *Bull. crim.*, 75.

³⁵¹³ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°329, p. 190.

³⁵¹⁴ *Supra*, n°734 et suiv. et 937.

retenir la bonne foi »³⁵¹⁵. C'est peut-être ici que se situe le siège de la proportionnalité dans la défense française³⁵¹⁶. En effet, il semble ressortir de ce critère que les propos choisis doivent soigneusement retranscrire la connaissance que l'auteur a du sujet traité, même s'il ignore qu'elle est inexacte. On n'exige évidemment pas que les propos soient vrais, sinon on retomberait dans la défense d'*exceptio veritatis*, mais l'auteur se doit de retranscrire les faits tels qu'il les connaît, sans participer à la dissémination de rumeurs infondées. L'objectivité tient ici aussi une place importante, mais elle ne se conçoit pas de la même façon que dans le critère précédent. Elle ne tient pas à l'absence d'exagération, mais plutôt au fait que le choix des mots doit refléter au mieux la gravité, l'importance du sujet³⁵¹⁷ et la connaissance honnête que l'on en a. Ainsi, dans le cadre d'une diffamation publique proférée à l'égard d'un magistrat, contestant le choix de ce dernier de procéder à une expertise balistique, les juges ont reconnu la légitimité d'informer sur ce genre de méthode, mais « le but ainsi poursuivi (...) ne dispense pas le journaliste des devoirs de prudence, de circonspection, d'objectivité et de sincérité dans l'expression de la pensée »³⁵¹⁸.

Ce critère renvoie donc à une exigence d'honnêteté dans les propos, qui ne doivent pas être dévoyés pour créer la polémique ou servir un argumentaire biaisé. De même, la Cour de cassation a déjà pu considérer que des propos étaient mesurés, au regard des documents qui avaient été réunis par l'enquête journalistique³⁵¹⁹. En revanche, une avocate qui affirme de façon péremptoire qu'une personne a commis une infraction sans pouvoir en produire le caractère sérieux ne peut bénéficier de la bonne foi, n'ayant pas fait preuve de prudence dans l'expression³⁵²⁰.

997. Comportement de l'auteur : siège de la proportionnalité en France. En conséquence, il ressort de ce critère que l'auteur des propos doit les calibrer, de sorte à faire

³⁵¹⁵ Civ. 2^e, 3 juillet 2003, n°00-15.468, *Bull. civ.* II, n°228.

³⁵¹⁶ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°124 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1719, p. 983.

³⁵¹⁷ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, *id.*

³⁵¹⁸ Crim. 6 juillet 1993, n°91-83.246, *Bull. crim.*, n°242.

³⁵¹⁹ Civ. 1^e, 3 février 2011, préc., note 3452, A. LEPAGE, « Diffamation - Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », préc., note 2306.

³⁵²⁰ Crim. 11 septembre 2007, n°06-86.556. Voir également, une avocate qui, en cours d'audience, compare l'administration publique policière aux « méthodes employées par la Gestapo ou la Milice du régime de Vichy (...) s'est exprimée délibérément "de façon partielle et vindicative" sans la moindre prudence ou modération » : Crim. 3 décembre 2002, n°01-85-466, *Bull. crim.*, n°217 ; le fait de ne rapporter qu'une partie des faits, en omettant par exemple de signaler que l'implication d'une personne dans une infraction a été écartée, ne caractérise pas la prudence dans l'expression reflétant la bonne foi de l'auteur des propos litigieux : Crim. 14 mars 2017, n°16-80.209, *Juris-Data* n°2017-004506. A l'inverse, l'auteur des propos bénéficie de la bonne foi quand il précise que « toute responsabilité de [la victime de la diffamation] avait été judiciairement écartée » : Civ. 1^e, 4 novembre 2011, n°10-19.381.

ressortir l'importance du sujet et la connaissance honnête qu'il en a. Plus le sujet est grave et susceptible d'intéresser le public, plus il est possible d'employer un ton abrupt, provocant ou de hausser la force des comparaisons employées. L'appréciation faite précédemment par les juges canadiens à propos de proportionnalité pure semble en France se tenir davantage dans les propos de l'auteur. Ce sont ces derniers qui sont le siège de l'évaluation, dans la mesure où l'expression doit en réalité refléter le degré d'importance, de certitude, ou encore d'urgence du sujet traité.

La large prise en compte du comportement de l'auteur dans le dispositif français ne revient certainement pas à dire qu'il ne doit s'exprimer que lorsqu'il est certain de détenir l'entière et objective vérité des faits qu'il rapporte, ce qui reviendrait à confondre l'*exceptio veritatis* et la défense de bonne foi³⁵²¹. Cela signifie simplement qu'il doit rapporter ce qu'il connaît des faits, en ne surinterprétant pas certains éléments, en ne les déformant pas pour faire valoir son point de vue, ou en ne procédant pas à des généralisations hâtives³⁵²². Il se peut que la vérité soit finalement autre, cela n'a pas d'importance. La question de la bonne foi implique seulement que l'auteur a vérifié ses dires, démontrant ainsi sa sincérité³⁵²³ et une démarche tendant à l'objectivité. Il en ressort que, bien plus que les faits ou la légitimité de l'intérêt public, c'est bien le comportement de l'auteur qui est déterminant, dans la mesure où ce dernier doit refléter l'urgence, la gravité du sujet et doit permettre d'en conclure que la démarche est honnête, conformément à la bonne foi qu'exige ce fait justificatif.

998. Difficile prise en compte du comportement de l'auteur au Canada. Se dessine ici une différence certaine avec la décision canadienne ayant fondé la défense de communication responsable. L'arrêt *Grant c. Torstar*³⁵²⁴ ne fait pas véritablement une place à l'appréciation de la teneur ou de la qualité de l'article. Au mieux, peut-on faire le lien avec le critère évaluant la nécessité de l'inclusion du propos diffamatoire³⁵²⁵ : « l'opinion d'un communicateur sur la nécessité d'inclure un énoncé particulier peut entrer en ligne de compte pour établir si ce dernier a agi de façon responsable »³⁵²⁶. D'une certaine façon, la teneur des propos et les choix opérés pour s'exprimer peuvent être utiles dans l'appréciation de la proportionnalité. Mais ce critère aura peu de poids. Comme le reconnaissent les juges, il est

³⁵²¹ A. LEPAGE, « Diffamation - Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », préc., note 2306.

³⁵²² E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°124 ; Crim. 3 juillet 1996, préc., note 3422.

³⁵²³ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, id.

³⁵²⁴ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

³⁵²⁵ Id., par. 118.

³⁵²⁶ Id.

nécessaire de prendre garde à ne pas juger les choix éditoriaux opérés, auxquels « il convient d'accorder une grande portée »³⁵²⁷. Contrairement à la Cour de cassation, la plus haute juridiction canadienne refuse de se lancer dans une analyse plus approfondie des choix opérés par le défendeur dans son expression. D'ailleurs, la cour canadienne a même précisé qu'il était inutile d'évaluer la malveillance qui pourrait éventuellement ressortir des propos³⁵²⁸. Le critère d'absence d'animosité personnelle n'a pas d'équivalence dans la défense de communication responsable, laissant entrevoir que les deux faits justificatifs n'ont pas le même mode d'appréciation de la proportionnalité. La bonne foi apparaît essentiellement basée sur l'appréciation du défendeur l'invoquant, tandis que la Cour suprême semble nettement laisser une place prépondérante à l'appréciation de l'intérêt du public à l'information.

999. Approches subjective et objective de la proportionnalité. Cette comparaison permet de tirer plusieurs conclusions. D'une part, il apparaît évident que les critères adoptés pour mener une analyse de proportionnalité sont similaires, qu'ils concernent la diffamation ou le lanceur d'alerte directement. La bonne foi justificative et la défense de commentaires responsable sont bien des illustrations de ce travail d'optimisation des droits.

D'autre part, on constate une différence notable dans l'appréciation de la proportionnalité entre ce qu'a établi la Cour suprême au Canada et les éléments de référence français : la première semble s'attacher assez fortement à l'intérêt public du sujet, son importance ou son urgence justifiant de pouvoir relâcher la pression exercée sur la façon dont s'exprime le propos, tandis qu'en France, la proportionnalité paraît plutôt se situer entre la légitimité du but poursuivi et la teneur du propos. On a l'impression que l'approche de la proportionnalité est décalée, laissant plus ou moins de côté la question d'une comparaison par rapport à l'atteinte à la réputation, surtout si l'on compare avec l'importance que la décision *Grant c. Torstar*³⁵²⁹ accorde à l'analyse de l'intérêt du sujet.

En réalité, il n'en est rien : la proportionnalité se fait bien dans les deux cas au regard de l'atteinte à la réputation. Simplement dans un cas, il semble que l'intérêt du sujet tient une place plus importante que dans l'autre. En France, on peut conclure que plus le sujet est important et légitime pour le public, plus le propos est potentiellement outrageant, plus il est susceptible de porter atteinte à la réputation. Ainsi, dans un cas, c'est davantage le sujet en lui-même qui compte pour déterminer la proportionnalité ; dans l'autre, la teneur du propos doit

³⁵²⁷ *Id.*

³⁵²⁸ *Id.*, par. 124.

³⁵²⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

refléter l'importance du sujet et alors porter la juste atteinte à la réputation qui peut se tolérer dans les circonstances. En conséquence, bien plus qu'une différence entre les deux termes antagonistes de la mise en balance, c'est l'appréciation de la proportionnalité qui diffère.

En faisant si fortement référence au comportement de l'auteur en France, la doctrine en conclut que le fait justificatif de la bonne foi fait l'objet d'une appréciation subjective³⁵³⁰, plus précisément, sa proportionnalité est subjectivée par la prise en comportement de l'auteur des propos. À l'inverse, la Cour suprême s'efforce de garder une approche objective, qui ne dépend pas de la façon dont s'est exprimée l'auteur, mais avant tout de la pertinence du sujet abordé³⁵³¹. Sans dire que cette dernière ne teintera jamais son appréciation d'une certaine subjectivité, puisqu'elle envisage elle-même cette possibilité³⁵³², il semble difficile de prédire qu'elle inversera complètement le poids respectif qu'elle accord à l'un ou l'autre de ces éléments.

Ainsi, on remarque une différence notable dans la façon d'évaluer la proportionnalité, entre la défense française de bonne foi et celle canadienne de communication responsable, deux justifications qui relèvent pourtant de la même idée : permettre une prise de parole, peu importe qu'elle soit vraie ou fausse, pourvu qu'elle soit réalisée de façon honnête. Le critère principal permettant d'établir si l'expression était proportionnée par rapport à l'atteinte causée à la réputation dépendra dans un cas de l'intensité de l'intérêt public à connaître les faits rapportés, dans l'autre de la qualité avec laquelle l'auteur s'est exprimé. D'une certaine manière, l'approche française fait davantage de place à la recherche d'une atteinte la moindre possible à la réputation, à la façon dont les juges canadiens recherchent en général l'atteinte minimale dans l'appréciation de la proportionnalité³⁵³³.

Reste un dernier élément d'appréciation qui réconcilie les deux faits justificatifs et qui tient à peu près la même place en matière de bonne foi et de communication responsable : la qualité de l'enquête menée avant publication³⁵³⁴.

³⁵³⁰ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 19; A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°402, p. 154 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°125 ; A. LEPAGE, « Diffamation - Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », préc., note 2306. ; Agathe LEPAGE, « Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet », Comm. Com. électr. 2011. comm.79.

³⁵³¹ Dans le même sens ; A. LEPAGE, « Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet », *id.*

³⁵³² *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 124.

³⁵³³ *R. c. Oakes*, préc., note 1965, 139; *Strom v. Saskatchewan Registered Nurses Assn.*, préc., note 3235, part. 147.

³⁵³⁴ Un autre critère est évoqué par la Cour suprême, mais il concerne le cas particulier de la « relation de propos » *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 52, par. 119), c'est-à-dire le cas l'auteur des faits propos litigieux se contente de répéter un propos diffamatoire tenu par autrui. La nature très particulière du contexte dans lequel ce critère

2.1.2.2.3 Troisième catégorie de critère : qualité de l'enquête préalable

1000. Description du critère. Que ce soit en France ou au Canada, les juges exigent que l'auteur des propos ait procédé à une enquête sérieuse avant de s'exprimer pour pouvoir se défendre d'une accusation de diffamation. Dans le premier pays, ce critère impose pour l'auteur de la publication de vérifier les informations ont été transmises³⁵³⁵, « sans les transformer ou les dénaturer »³⁵³⁶ pour en garantir la fiabilité³⁵³⁷. Cela semble exiger des sources suffisamment vérifiables³⁵³⁸ et que la base factuelle soit suffisante³⁵³⁹. L'enquête doit être réalisée au préalable³⁵⁴⁰ et doit donc se baser sur des informations récoltées avant publication : « la bonne foi du prévenu ne peut être déduite de faits postérieurs à la diffusion des propos litigieux »³⁵⁴¹.

Au Canada, la Cour suprême a pris en considération une donnée analogue à la fiabilité de l'enquête en France, mais en détaillant un peu plus les critères y afférant : pour que la communication soit responsable, il est possible de prendre en compte la nature et la fiabilité des sources d'une part, la version de la personne diffamée d'autre part. Le premier critère se rapproche sensiblement de l'enquête sérieuse française. La Cour suprême semble donc exiger que l'enquête soit suffisamment sérieuse et approfondie pour soutenir les allégations diffamatoires³⁵⁴², si l'on veut pouvoir bénéficier d'une qualification de communication responsable. Pas plus qu'en France, il n'est question de limiter la nature ou la quantité des sources qui peuvent être utilisées pour ramener la preuve que l'enquête a été faite sérieusement. Il semble seulement qu'il faille s'appuyer sur des documents apparaissant à tout le moins fiables et de nature à en déduire que la publication n'a pas été précipitée ou mal documentée.

Le second critère énoncé permet de préciser l'auteur doit avoir offert à la victime de la publication litigieuse la possibilité de répondre et d'apporter une autre version des faits³⁵⁴³. Les juges y voient un facteur accroissant la qualité de la publication en la rapprochant de l'exactitude, parce que cela fournira éventuellement des renseignements supplémentaires, ou

s'inscrit le rend peu significatif et de peu d'influence dans l'évaluation de la proportionnalité, et plus globalement de l'opportunité de retenir la justification de communication responsable.

³⁵³⁵ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°798, p. 490 ; E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°126.

³⁵³⁶ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°329, p. 190.

³⁵³⁷ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°126.

³⁵³⁸ *Id.*, par. 128. Crim. 3 mars 2015, n°13-88.230.

³⁵³⁹ Crim. 7 mai 2018, n°17-82.663, *Juris-Data* n°2018-007564 ; Crim. 7 mai 2018, n°17-82.751 ; Crim. 8 août 2018, n°17-82.893 ; Crim. 8 janvier 2019, n°18-81.286 ; Crim. 1^{er} décembre 2020, n°19-87.379, par. 10.

³⁵⁴⁰ *Id.*, n°798, p. 490 ; Civ. 2^e, 8 avril 2004, préc., note 144

³⁵⁴¹ Crim. 6 mai 2008, n°07-82.251, *Bull. crim.*, n°103 ; Crim. 8 septembre 2015, n°14-81.681, *Bull. crim.*, n°152 ; Crim. 3 novembre 2020, n°19-84.700, par. 20.

³⁵⁴² *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 114.

³⁵⁴³ *Id.*, par. 116.

un éclairage différent des faits³⁵⁴⁴. Il semble surtout que ce critère conforte la bonne foi de l'auteur de la publication. C'est d'ailleurs un élément qui est à l'occasion pris en compte par la Cour de cassation également, pour dénier le bénéfice de la bonne foi à celui qui ne sollicite pas la version du diffamé³⁵⁴⁵. C'est un indice du sérieux de l'enquête³⁵⁴⁶, et par extension démontre une certaine prudence dans l'expression³⁵⁴⁷, ce qui ne peut que renforcer le constat d'une conduite responsable, orientée vers l'information, tout à fait dans l'esprit de ce fait justificatif. Bien sûr, encore faut-il que la version du diffamé ait une véritable pertinence³⁵⁴⁸.

1001. Place de l'enquête sérieuse dans la justification. La question de l'enquête sérieuse ne tient *a priori* pas forcément la même place en France et au Canada, dans les deux faits justificatifs à l'étude. Dans ce dernier pays, les juges placent tous les critères évoqués au même niveau, même s'il ne sera pas fait appel à tous, selon les circonstances. Il semble en tout cas exister un véritable travail d'ajustement de la proportionnalité de la publication, dont la légitimité dépendra de l'ensemble de ces critères, y compris le sérieux de l'enquête réalisée préalablement à la publication. De fait, plus les recherches ayant abouti à la publication sont approfondies et fiables, plus il y aura de chance d'augmenter sa légitimité. Ce travail d'exactitude, s'il n'aboutit pas forcément à la recherche de la vérité, tend vers celle-ci. Il est probable qu'il se rapproche des fondements au cœur de la liberté d'expression, particulièrement la démocratie et la recherche de la vérité justement. Comme une force d'attraction, la défense de communication responsable est attirée vers le noyau de cette liberté fondamentale, ce qui rendra d'autant plus facile de justifier une atteinte à la réputation face à une expression qui revêt tous les aspects d'une très grande légitimité. En cela, la fiabilité des sources et plus généralement de l'enquête menée avant publication est un critère tout aussi important dans l'évaluation de la proportionnalité.

En France, un auteur fait le lien entre ce critère et la nécessité de démontrer l'absence de faute antérieure pour pouvoir en bénéficier³⁵⁴⁹, comme c'est le cas pour d'autres faits justificatifs, tel l'état de nécessité : l'auteur qui se met en situation de devoir recourir à une infraction ne peut invoquer un fait justificatif pour se dédouaner. Il ne faudrait peut-être pas pour autant réduire ce critère à cela. Il devrait intégrer l'analyse de la proportionnalité à part entière. Tout comme au Canada, il a son importance dans l'évaluation de la légitimité de

³⁵⁴⁴ *Id.*

³⁵⁴⁵ Crim. 14 novembre 2006, n°06-81.326.

³⁵⁴⁶ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion en droit pénal*, préc., note 1552, n°332, p. 192.

³⁵⁴⁷ E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°124.

³⁵⁴⁸ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 117.

³⁵⁴⁹ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1719, p. 983.

l'expression, qui en ressort alourdie dans les plateaux de la balance. Il sera alors d'autant plus difficile de justifier une limitation de la liberté d'expression au nom de la protection de la réputation qu'il y a eu un effort de vérification et d'exactitude, des démarches qui devraient être valorisées dans le cadre de la liberté d'expression. En outre, la qualité de l'enquête peut être un critère essentiel dans l'évaluation de la mesure du propos : plus les recherches ont permis de démontrer la réalité des faits, plus il sera permis d'utiliser un vocabulaire affirmatif, potentiellement plus attentatoire à la réputation. La valeur de l'enquête préalable est donc un facteur à part entière dans l'évaluation de la proportionnalité.

1002. Relativité de l'importance du critère. Cette exigence se comprend très bien dans la mesure où celui qui s'exprime est un professionnel de l'information. La vérification de ce qu'il s'apprête à publier relève davantage de ses obligations déontologiques³⁵⁵⁰ que d'un devoir universel. Il est probable que les juges ne feront pas forcément preuve de la même sévérité³⁵⁵¹ à l'égard d'un journaliste que d'un homme politique³⁵⁵² ou d'un lanceur d'alerte, qui n'est pas un professionnel de l'information. Pour ce dernier, cela peut sembler même logique, dans la mesure où, bien que témoin de première main des faits qu'il dénonce, il n'a pas toujours les preuves permettant de soutenir ce qu'il a constaté. D'autant plus, que comme on l'a vu, le fait de se procurer de telles preuves peut l'exposer à des poursuites pénales ou criminelles pour vol, violation du secret professionnel et à des sanctions disciplinaires dans le cadre de son emploi. Il semble bien paradoxal d'accorder d'une part une légitimité accrue à l'expression du lanceur d'alerte, dans la mesure où elle a une qualité informative, mais de ne pas lui permettre de rapporter la preuve de ce qu'il prétend, au risque de se déjuger et de perdre le bénéfice de la protection d'un fait justificatif. Cette situation schizophrénique doit être résolue, soit en renonçant complètement à accorder une importance au critère de l'enquête sérieuse dans l'évaluation de la proportionnalité, soit en lui permettant de récolter les preuves dont il a besoin sans courir le risque d'une condamnation pénale ou des sanctions civiles et disciplinaires, soit en jouant sur ces deux éléments à la fois. Le développement du fait justificatif des droits de la défense porte déjà les signes précurseurs du changement, en autorisant certainement mais exceptionnellement, le vol de document pour s'en constituer une preuve. L'assouplissement de

³⁵⁵⁰ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°798, p. 490.

³⁵⁵¹ Crim. 11 juin 2013, n°12-83.487, *Bull. crim.*, n°136 ; Crim. 12 avril 2016, n°14-87.606 (la cour d'appel a bien caractérisé l'existence d'un débat d'intérêt général et a « relevé que l'auteur des propos, lequel au demeurant n'est pas un professionnel de l'information, disposait d'une base factuelle suffisante ») ; B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 22.E. DREYER, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, préc., note 2066, n°127.

³⁵⁵² Crim. 28 juin 2017, n°16-82.163, 16-80.064 et 16-80.066, *Juris-Data* n°2017-012779.

la condition du sérieux de l'enquête dans le cadre de la bonne foi serait un signe favorable, conduisant inéluctablement à réévaluer la place de la liberté d'expression face à la protection de la confidentialité et de la réputation. La situation spécifique du lanceur d'alerte oblige dans tous les cas à une réévaluation des règles de droit en vigueur jusqu'à présent, à l'aune de la place potentiellement grandissante de son intervention dans le débat public.

1003. Conclusion : confirmation de l'indifférence de la vérité au profit de la bonne foi. En conséquence, on remarque que les deux justifications que sont la bonne foi et la défense de communication responsable repose sur une approche identique, celle de permettre à certains propos de circuler librement, dans la mesure où ils présentent un intérêt pour le public et contribuent à un débat sociétal, sans pour autant qu'ils ne soient dépendant de la vérité ou fausseté du contenu exprimé. La configuration proposée ici semble confirmer encore une fois que cette dernière question n'est pas celle déterminante de la liberté d'expression³⁵⁵³, particulièrement dans le cadre de l'alerte. L'intention de nuire, la malveillance du lanceur d'alerte se confirme comme étant centrale pour valider l'expression litigieuse, et par voie de conséquence en faire une alerte valable. Ainsi, même si les propos exprimés ne reflètent pas une exacte vérité, ils peuvent être protégés sous le couvert de la liberté d'expression, dans la mesure où ils visent à favoriser le débat démocratique, participent à la recherche de la vérité au sens dans lequel l'entendait Mill³⁵⁵⁴ et à condition de ne pas être instrumentalisés pour servir des intérêts personnels.

1004. Conclusion : similitude du principe, différenciation du régime. Ensuite, l'étude comparative de la bonne foi et la défense de communication responsable a permis certes de confirmer l'approche identique de la justification en faveur des propos encourageant le débat public, mais a aussi mis en évidence d'importantes divergences dans l'analyse de l'équilibre qui se joue avec la protection de la réputation. Dans un cas, le comportement de l'auteur des propos est au cœur de l'analyse de la proportionnalité (bonne foi), dans l'autre, l'équilibrage se joue au stade de l'identification du sujet et de son importance dans le débat public (communication responsable). Deux façons de procéder à la proportionnalité, mais qui pourraient tendre à se rapprocher. L'influence pesante de la Cour européenne en matière de liberté d'expression a incité certains auteurs à y voir le développement d'un nouveau fait justificatif autonome de la bonne foi, issue de la transposition de la jurisprudence européenne. À la suite de la comparaison réalisée entre les deux défenses que nous venons d'étudier, nous

³⁵⁵³ *Supra*, n°671.

³⁵⁵⁴ *Supra*, n°498 et 499.

serons davantage de l'avis que la bonne foi a subi, sous l'influence européenne, un glissement vers une conception s'approchant plus de celle de la Cour suprême, plutôt que du développement d'un fait justificatif à part entière. Ce glissement a tendance à montrer l'abandon progressif de la Cour de cassation du modèle de la priorité des droits, en faveur d'une plus grande optimisation du conflit.

2.1.3 Le réajustement de la bonne foi à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

1005. Évolution de la bonne foi. Par son ancienneté, le dispositif justificatif décrit précédemment semble bien rodé en France. Toutefois, il n'a pas échappé au contrôle de la Cour européenne, qui n'a pas la même façon d'analyser le rapport existant entre protection de la réputation et liberté d'expression. Elle ne connaît pas nécessairement de conceptualisation des faits justificatifs et ce n'est pas de cette façon qu'elle analyse de la bonne foi, mais plutôt en termes de rapport de conformité (2.1.3.1). Or, il en ressort une importante modification de l'interprétation de la bonne foi justificative, dont l'analyse de la proportionnalité s'en trouve incontestablement modifiée. Cette mutation tend à s'interroger, non pas pour savoir s'il existerait un nouveau fait justificatif lié à la bonne foi, mais plutôt si les juges raisonnent toujours sur une base justificative (2.1.3.2).

2.1.3.1 L'appréhension de la bonne foi par la Cour européenne des droits de l'Homme

1006. Le regard de la Cour européenne : opposition des approches. Lorsque la justification de la bonne foi a été passée au crible du raisonnement européen, le résultat a été quasiment invariablement le même : les juges européens concluent à une violation de l'art. 10 la Convention européenne³⁵⁵⁵. Cette sorte d'incompréhension entre le droit national français et la vision que la CEDH tient principalement à la place primordiale que celle-ci accorde à la liberté d'expression. Le raisonnement est toujours le même. La Cour européenne commence par rappeler l'importance de la liberté d'expression dans une société démocratique³⁵⁵⁶, particulièrement s'agissant de la presse au regard de son rôle essentiel dans l'information du

³⁵⁵⁵ *Fressoz et Roire c. France*, préc., note 3322, par. 56 ; *Editions Plon c. France*, préc., note 2638, par. 55 ; *Mamère c. France*, 7 novembre 2006, n°12697/03, CEDH 2006-XII, par. 30 ; *Dupuis et autres c. France*, préc., note 3458, par. 49.

³⁵⁵⁶ *Fressoz et Roire c. France*, *id.*, par. 45 ; *Editions Plon c. France*, *id.*, par. 42 ; *Mamère c. France*, *id.*, par. 19 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., note 3455, par. 45 ; *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 101 ; *Dupuis et autres c. France*, *id.*, par. 33 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953, par. 88 ; *Bédât c. Suisse*, préc., note 1991, par. 48.

public³⁵⁵⁷. Elle en déduit alors qu'elle peut exercer un large pouvoir de contrôle de la conformité des décisions rendues en droit interne par rapport à l'art. 10 de la Convention européenne³⁵⁵⁸, particulièrement lorsqu'elles conduisent à restreindre la portée de cette liberté. De telles restrictions sont effectivement permises par l'art. 10 § 2. Toutefois, l'importance déclarée de la liberté d'expression et le pouvoir de contrôle qu'elle s'est elle-même attribuée a conduit la CEDH à en conclure que ces restrictions « appellent (...) une interprétation étroite »³⁵⁵⁹. Ainsi, toute restriction à la liberté d'expression « doit se trouver établi[e] de manière convaincante »³⁵⁶⁰. Il en résulte que la Cour européenne prend le problème posé par le rapport entre protection de la réputation et liberté d'expression d'une façon tout à fait différente à la situation établie de longue date en droit français. Ce dernier fait de la protection de la réputation un principe par l'effet de l'incrimination de la diffamation, dont la justification par la bonne foi constitue l'exception : le droit à la réputation est le principe et la liberté d'expression y afférant l'exception³⁵⁶¹. À l'inverse, en réduisant drastiquement la marge d'appréciation des États pour concevoir des atteintes à la liberté d'expression, la Cour européenne fait de celle-ci le principe, et la protection de la réputation à son détriment l'exception³⁵⁶². Il n'est pas étonnant que, confrontée au dispositif français relatif à la diffamation, la CEDH exprime sa perplexité, ce qui lui a valu de remarquer, à l'occasion, que « les motifs retenus par le juge interne pour conclure à l'absence de bonne foi mettent en exergue une particulière raideur dans la lecture des propos du requérant, qui se concilie mal avec le droit au respect de la liberté d'expression. »³⁵⁶³ Il n'est alors pas étonnant que la Cour européenne ait régulièrement condamné la France pour violation de l'art. 10 de la Convention.

1007. Critère de la CEDH : le débat d'intérêt général. Après avoir constaté une telle différence dans les deux approches du rapport entre liberté d'expression et atteinte à la

³⁵⁵⁷ *Fressoz et Roire c. France*, id., par. 51 ; *Editions Plon c. France*, id., par. 43 ; *Stoll c. Suisse*, id., par. 102 ; *Dupuis et autres c. France*, id., par. 41 et 42 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, id., par. 89 ; *Bédât c. Suisse*, id., par. 50 et 51.

³⁵⁵⁸ *Fressoz et Roire c. France*, id., par. 45 ; *Editions Plon c. France*, id., par. 42 ; *Mamère c. France*, préc., note 3555, par. 19 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., note 3455., par. 45 ; *Stoll c. Suisse*, id., par. 128 ; *Dupuis et autres c. France*, préc., note., par. 2458 et 37.

³⁵⁵⁹ *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953, par. 88. Déjà dans le même sens : *Editions Plon c. France*, id., par. 42 ; *Mamère c. France*, id., par. 20 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, id., par. 48 ; *Stoll c. Suisse*, id., par. 105 et 106 ; *Hachette Filipacchi associés (« Ici Paris ») c. France*, préc., note 2953, par. 40 ; *Bédât c. Suisse*, préc., note 1991, par. 49.

³⁵⁶⁰ *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, id.

³⁵⁶¹ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°421, p. 317.

³⁵⁶² *Id.*, n°416, p. 307 et n°421, p. 317.

³⁵⁶³ *Mamère c. France*, préc., note 3555, par. 26. *Mutatis Mutandis* : *Roland Dumas c. France*, préc., note 3458, par. 50 : « la Cour estime que le rejet par la cour d'appel du bénéfice de la bonne foi au requérant (...) constitue une approche trop formaliste » de cette justification.

réputation, il n'est pas non plus étonnant que la Cour européenne ne procède pas à la même analyse de la résolution d'un tel conflit. Pour elle, il est certes possible de limiter la liberté d'expression au nom de la défense d'intérêts contradictoires, conformément à ce que prévoit l'art. 10 § 2 Conv. EDH, dans lequel est expressément mentionnée la protection de la réputation d'autrui. Il ne fait pas de doute qu'un tel objectif, servi pour une incrimination comme la diffamation, constitue un objectif nécessaire³⁵⁶⁴, susceptible de justifier une restriction de la liberté d'expression. De même, la protection d'informations confidentielles d'État³⁵⁶⁵, du droit à la vie privée³⁵⁶⁶, du secret fiscal³⁵⁶⁷, du secret médical et des ayants droit³⁵⁶⁸, la présomption d'innocence³⁵⁶⁹... sont autant d'intérêts qui peuvent légitimement justifier de limiter la liberté d'expression. Mais la protection de tels intérêts doit être mesurée à la lumière du débat d'intérêt général suscité par la publication les atteignant³⁵⁷⁰. La plus ou moins grande importance du débat suscité par le sujet traité permettra de légitimer ou non l'atteinte à la liberté d'expression par rapport à l'intérêt identifié :

« D'une manière générale, la « nécessité » d'une quelconque restriction à l'exercice de la liberté d'expression doit se trouver établie de manière convaincante. Certes, il revient en premier lieu aux autorités nationales d'évaluer s'il existe un « besoin social impérieux » susceptible de justifier cette restriction (...). Lorsqu'il y va de la presse (...), le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté de la presse. De même, il convient d'accorder un grand poids à cet intérêt lorsqu'il s'agit de déterminer, comme l'exige le paragraphe 2 de l'article 10, si la restriction était proportionnée au but légitime poursuivi. »³⁵⁷¹

Lorsque le sujet d'un article concerne les activités secrètes de l'État, les enjeux démocratiques sont si importants, que la Cour élève son niveau d'exigence quant au caractère impérieux du but poursuivi pour justifier de limiter l'expression : « 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

³⁵⁶⁴ *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., note 3455., par. 50 ; *Mamère c. France*, préc., note 3555, par. 18.

³⁵⁶⁵ *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 108 et suiv.

³⁵⁶⁶ *Hachette Filipacchi associés (« Ici Paris ») c. France*, préc., note 2953, par. 38 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953, par. 89 ; ; *Bédât c. Suisse*, préc., note 1991, par. 72.

³⁵⁶⁷ *Fressoz et Roire c. France*, préc., note 3322., par. 53.

³⁵⁶⁸ *Editions Plon c. France*, préc., note 2638, par. 47.

³⁵⁶⁹ *Dupuis et autres c. France*, préc., note 3458, par. 32.

³⁵⁷⁰ *Fressoz et Roire c. France*, préc., note 3322., par. 50 ; *Editions Plon c. France*, préc., note 2638, par. 44 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., note 3455., par. 48 ; *Mamère c. France*, préc., note 3555, par. 20 ; *Dupuis et autres c. France*, préc., note 3458, par. 39 ; *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 118 ; ; *Bédât c. Suisse*, préc., note 191, par. 62 et 63.

³⁵⁷¹ *Dupuis et autres c. France*, préc., note 3458, par. 36.

démocratique ou judiciaire. »³⁵⁷² On peut encore citer l'arrêt *Mamère*³⁵⁷³, dans lequel la Cour européenne a reconnu que le sujet traité (la façon dont les autorités françaises avaient géré l'accident de Tchernobyl) justifiait « un niveau élevé de protection du droit à la liberté d'expression »³⁵⁷⁴, parce qu'il touchait à la fois à des questions environnementales, de santé humaine et de politique publique³⁵⁷⁵. Du fait de la très haute importance des intérêts portés par cette expression, la Cour en déduit que l'État dispose d'une marge d'appréciation très restreinte pour limiter ce genre de discours. Il sera donc d'autant plus difficile d'admettre que la liberté d'expression doit céder face à la protection de la réputation³⁵⁷⁶. À l'inverse, la garantie d'une expression libre pourrait « céder devant les exigences de l'article 8 lorsque l'information en cause est de nature privée et intime et qu'il n'y a pas d'intérêt public à sa diffusion »³⁵⁷⁷.

1008. Caractère secondaire du comportement de l'auteur. En revanche, les questions liées à l'appréciation de la teneur du propos ou la façon dont est traité le débat d'intérêt général semblent avoir une place secondaire dans l'évaluation faite de la proportionnalité entre l'expression libre et l'atteinte à la réputation qu'elle cause. Là où en France on semblait accorder une importance certaine au comportement de l'auteur, à travers l'animosité personnelle et la prudence dans l'expression, la Cour européenne considère que si la presse « ne doit pas franchir certaines limites (...), il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et des idées sur toutes les questions d'intérêt général »³⁵⁷⁸. La formulation semble bien indiquer que les juges sont conscients que certaines formulations sont plus attentatoires à la réputation que d'autres. Pour autant, la priorité semble quand même donnée à la communication des préoccupations d'intérêt général. Il s'organise une forme de hiérarchie à l'intérieur des critères d'évaluation eux-mêmes, dont l'agencement se rapproche ici davantage de celle observée dans l'arrêt *Grant* de la Cour suprême³⁵⁷⁹. D'ailleurs, la Cour européenne conclut en affirmant que « la liberté journalistique comprend aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire même de

³⁵⁷² *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 110.

³⁵⁷³ *Mamère c. France*, préc., note 3555.

³⁵⁷⁴ *Id.*, par. 20.

³⁵⁷⁵ *Id.*

³⁵⁷⁶ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°416, p. 309.

³⁵⁷⁷ *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953, par. 89.

³⁵⁷⁸ *Fressoz et Roire c. France*, préc., note 3322, par. 44 ; *Editions Plon c. France*, préc., note 2638, par. 43 ; *Dupuis et autres c. France*, préc., note 3458, par. 34 ; *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953, par. 88 ; *Bédaric c. Suisse*, préc., note 1991, par. 50.

³⁵⁷⁹ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

provocation»³⁵⁸⁰, dans une approche bien différente de celle de la Cour de cassation relativement à la prudence dans l'expression.

En conséquence, le premier critère d'ajustement de la proportionnalité est ici l'existence d'un débat d'intérêt général, dont l'importance rendra d'autant plus difficile de justifier une atteinte à l'art. 10 Conv. EDH. Bien sûr, les juges européens peuvent prendre en compte d'autres critères pour mesurer la proportionnalité selon les circonstances³⁵⁸¹, mais il reste le critère qui apparaît de la façon la plus récurrente et la plus prégnante. L'approche est donc différente de celle retenue en France et semble davantage se rapprocher de la conception de la proportionnalité proposée par la Cour suprême dans l'arrêt *Grant*³⁵⁸², où le sujet, son importance et son urgence jouent également un caractère déterminant. La jurisprudence de cette cour est davantage imprégnée des syllogismes issus de la *common law* que de ceux des traditions de droits écrits.

1009. Transposition du raisonnement européen en droit interne. Il se trouve que la Cour de cassation a commencé, dans les années 2008-2010, à reprendre à son compte le raisonnement de la Cour européenne, jusqu'à y faire explicitement référence³⁵⁸³. Cette mutation a été amorcée par deux indices notables. D'une part, l'apparition au visa des arrêts de la référence à l'art. 10 Conv. EDH³⁵⁸⁴ inscrit définitivement la défense de bonne foi dans le spectre de la liberté d'expression, fournissant une assise textuelle à une justification qui en était dépourvue. Plus qu'une adjonction ou une substitution de fondement³⁵⁸⁵, c'est une explication.

³⁵⁸⁰ *Fressoz et Roire c. France*, préc., note 3322, par. 44 ; *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 148.

³⁵⁸¹ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°416, p. 308. Par exemple le fait que l'information ait été préalablement en partie connue du public (*Fressoz et Roire c. France*, *id.*, 210, par. 53), la durée de la mesure restreignant l'interdiction de publication (*Editions Plon c. France*, préc., note 2638., par. 47), le degré de réalité que l'auteur a voulu donner à son propos (*Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, préc., note 3455, par. 52 à 55), le fait que la victime soit une personnalité politique (*Dupuis et autres c. France*, préc., note 3458, par. 40), la qualité ou la teneur intrinsèque de l'article (*Stoll c. Suisse*, préc., note 211, par. 145 et suiv. ; *Bédar c. Suisse*, préc., note 1991, par. 58 à 60), ou encore l'ampleur des sanctions prononcées à l'égard d'un journaliste (P. CONTE, *id.*, n°416, p. 308 ; *Stoll c. Suisse*, *id.* par. 153 et suiv. ; *Bédar c. Suisse*, préc., note 1991, par. 79 ; Crim. 8 janvier 2019, n°17-85.110).

³⁵⁸² *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958.

³⁵⁸³ Civ. 1^{er}, 1^{er} mars 2017, préc., note 3468.

³⁵⁸⁴ Crim. 11 mars 2008, n°06-84.712, *Bull. crim.*, 59. ; Crim. 12 mai 2009, n°08-85.732, *Bull. crim.*, n°88 ; Civ. 1^{er}, 3 février 2011, préc. note 3452 ; Crim. 29 mars 2011, n°10-85.887, *Bull. crim.*, n°61, Comm. Com. électr. 2011. comm. 79, note Lepage ; Crim. 27 avril 2011, n°10-83.771, *Bull. crim.* n°77, Comm. com. électr. 2011 comm. 79, note Lepage ; Crim. 22 novembre 2011, n°10-86.291 ; Crim. 10 septembre 2013, n°12-81.990, *Bull. crim.*, n°176 ; Crim. 8 avril 2014, n°12-88.095, *Bull. crim.*, n°103 ; Crim. 6 mai 2014, n°12-87.789, *Bull. crim.*, n°121 ; Crim. 9 décembre 2014, n°13-84.869 ; Crim. 1^{er} décembre 2015, n°13-80.108 ; Crim. 1^{er} mars 2016, 14-87.524 ; Crim. 10 avril 2018, n°17-81.347 ; Crim. 15 octobre 2019, n°18-83.255 ; Crim. 7 janvier 2020, n°18-85.159 et 19-80.374 ; Crim. 21 avril 2020, préc., note 3484, par. 14 ; Crim. 13 octobre 2020, n°19-85.527 ; Crim. 1^{er} décembre 2020, préc., note. 3539, par. 12.

³⁵⁸⁵ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°550, p. 213.

D'autre part, la reprise de l'expression « débat » ou « sujet d'intérêt général »³⁵⁸⁶, signalant une référence directe à la jurisprudence strasbourgeoise. La Cour de cassation pousse même le mimétisme jusqu'à reprendre le raisonnement typiquement européen : après avoir proclamé l'article de la Convention européenne, elle énonce que « la liberté d'expression ne peut être soumise à des ingérences que dans le cas où celles-ci constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 du premier de ces textes »³⁵⁸⁷ (art. 10 Conv. EDH). La formulation est aujourd'hui devenue des plus classiques dans les arrêts de la chambre criminelle. La jurisprudence a donc pris un tour plus libéral, les condamnations remarquant le plus souvent que l'expression soumise à analyse « ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁵⁸⁸ pour justifier de faire primer ce droit fondamental, ce qui a fait grimper le nombre de décisions de cassation³⁵⁸⁹ d'arrêts qui n'analysaient pas le rapport entre diffamation et bonne foi selon cette nouvelle adoption de la jurisprudence européenne.

Cette nouvelle approche n'est pas sans poser question. Pour certains, elle est la source d'une nouvelle justification. Toutefois, on peut exprimer de doutes à l'égard d'une telle conclusion. On pourrait à la place dire que la bonne foi s'est transformée, au point que l'on peut s'interroger sur le fait de savoir si elle constitue toujours un fait justificatif à proprement parler.

2.1.3.2 La mutation de la bonne foi vers une optimisation des valeurs

1010. Émergence doctrinale d'un nouveau fait justificatif. Ce tournant de l'analyse de la diffamation et de ses limitations a conduit certains auteurs à conclure que la Cour de

³⁵⁸⁶ Crim. 11 mars 2008, préc., note 3584 ; Crim. 12 mai 2009, préc. note 3584. ; Crim. 19 janvier 2010, préc., note 3448 ; Civ. 1^e, 3 février 2011, préc., note 3452 ; Crim. 29 mars 2011, préc., note 3584 ; Crim. 27 avril 2011, préc., note 3584 ; Crim. 22 novembre 2011, préc., note 3584 ; Crim. 10 septembre 2013, préc., note 3584 ; Crim. 8 avril 2014, préc., note 3584 ; Crim. 6 mai 2014, préc., note 3584 ; Crim. 1^{er} décembre 2015, préc., note 3584 ; Crim. 1^{er} mars 2016, préc., note 3584 ; Crim. 10 avril 2018, préc., note 3584 ; Crim. 7 mai 2018, n°17-82.411 ; Crim. 15 octobre 2019, préc., note 3584 ; Crim. 7 janvier 2020, préc., note 3584 ; Crim. 21 avril 2020, préc., note 3484, par. 16 ; Crim. 13 octobre 2020, préc., note 3584, par. 14 ; Crim. 1^{er} décembre 2020, préc., note 3539, par. 15. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°416, p.310 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1722, p. 985.

³⁵⁸⁷ Crim. 12 mai 2009, *id.* ; Crim. 29 mars 2011, *id.* ; Crim. 27 avril 2011, *id.* ; Crim. 22 novembre 2011, *id.* ; Crim. 10 septembre 2013, *id.* ; Crim. 8 avril 2014, *id.* ; Crim. 6 mai 2014, *id.* ; Crim. 9 décembre 2014, préc., note 3584 ; Crim. 1^{er} décembre 2015, *id.* ; Crim. 1^{er} mars 2016, *id.* ; Crim. 10 avril 2018, *id.* ; Crim. 15 octobre 2019, *id.* ; Crim. 7 janvier 2020, *id.* ; Crim. 21 avril 2020, *id.*, par. 15 ; Crim. 13 octobre 2020, *id.*, par. 6 ; Crim. 1^{er} décembre 2020, *id.*, par. 13.

³⁵⁸⁸ Crim. 11 mars 2008, préc., note 3584. ; Crim. 12 mai 2009, *id.* ; Crim. 23 novembre 2010, n°09-87.527 ; Crim. 29 mars 2011, *id.* ; Crim. 27 avril 2011, *id.* ; Crim. 22 novembre 2011, *id.* ; Crim. 10 septembre 2013, *id.* ; Crim. 8 avril 2014, *id.* ; Crim. 6 mai 2014, *id.* ; Crim. 9 décembre 2014, *id.* ; Crim. 1^{er} décembre 2015, *id.* ; Crim. 1^{er} mars 2016, *id.* ; Crim. 27 février 2018, n°17-81.057 ; Crim. 10 avril 2018, *id.* ; Crim. 7 mai 2018, préc., note 3586 ; Crim. 7 janvier 2020, *id.* ; Crim. 1^{er} décembre 2020, *id.*, par. 17.

³⁵⁸⁹ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°416, p. 310.

cassation avait développé un nouveau fait justificatif prétorien inédit³⁵⁹⁰. La diffamation serait limitée au nom du débat d'intérêt général provoqué par l'expression litigieuse.

Cette déduction d'y voir un fait justificatif autonome est motivée par plusieurs arguments. D'abord, l'existence d'un fait justificatif autonome serait étayée par les visas auxquels la Cour de cassation recourt dans ces arrêts ayant immédiatement suivi la transposition du raisonnement européen : elle se passe d'une référence à la Loi du 29 juillet 1881, socle traditionnel dans lequel s'ancre la bonne foi justificative, pour ne plus mentionner que l'art. 10 Conv. EDH³⁵⁹¹. Certains en ont conclu que ce dernier pouvait suffire à justifier la neutralisation de l'infraction de diffamation, en conformité avec l'effet admis d'un fait justificatif.

Ensuite, l'art. 10 Conv. EDH et le débat d'intérêt général seraient appliqués à des infractions autres que la diffamation³⁵⁹². Cela a été le cas à l'égard de l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence³⁵⁹³, du délit d'injure publique³⁵⁹⁴ ou encore de l'infraction d'apologie de crime ou de délit³⁵⁹⁵. Dans un arrêt, la Cour de cassation a effectivement eu recours à cette disposition pour considérer que des propos portant sur la situation de la communauté rom étaient un sujet d'intérêt général et « ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression »³⁵⁹⁶. L'infraction n'était donc pas constituée. Ces différentes applications auraient un effet de déspecialisation du recours au débat d'intérêt général³⁵⁹⁷, confirmant en cela l'existence d'un fait justificatif autonome.

Enfin, certains ont fait valoir que la différence de raisonnement que nous avons observé s'agissant de la bonne foi et le débat d'intérêt général ne relèvent pas de la même logique. Nous avons observé qu'il existait de grandes similitudes entre le raisonnement tenu par la Cour suprême s'agissant de la défense de communication responsable et le traitement réservé au débat d'intérêt général dans la cadre de la jurisprudence européenne. En effet, les deux adoptent une approche objective de la proportionnalité, qui est évaluée prioritairement au regard de l'importance du sujet abordé et non pas du comportement de l'auteur des propos. C'est donc la

³⁵⁹⁰ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°799, p. 491 ; B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416 ; A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°403, p. 154 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1722, p. 985.

³⁵⁹¹ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°405, p. 155.

³⁵⁹² *Id.*, n°410 à 412, p. 158 et 159 ; F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1722, p. 985.

³⁵⁹³ Crim. 7 juin 2017, n°16-80.322.

³⁵⁹⁴ Crim. 10 mai 2017, n°16-81.555.

³⁵⁹⁵ Crim. 17 mars 2015, n°1387-358.

³⁵⁹⁶ Crim. 7 juin 2011, n°10-85.179, Comm. Com. électr. 2011. comm. 79, note Lepage.

³⁵⁹⁷ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°410, p. 158.

même distance qui existe entre la bonne foi et le débat d'intérêt général que celle existant avec la défense canadienne. Cette différence du raisonnement a permis d'en déduire qu'il existait deux faits justificatifs différents³⁵⁹⁸.

1011. Remise en cause d'une évolution vers un nouveau fait justificatif. Toutefois, les dernières évolutions jurisprudentielles en droit interne laissent plutôt penser que la bonne foi a subi un réajustement, une mutation³⁵⁹⁹, pour la faire davantage correspondre aux solutions plus libérales rendues par la Cour européenne. Plus encore, la convergence constatée entre la méthode de résolution canadienne et celle européenne montre plutôt qu'en adoptant cette dernière, la Cour de cassation n'a pas développé un nouveau fait justificatif, mais au contraire, par le biais indirect de l'influence supranationale, recalibré la défense de bonne foi. En effet, les critères d'analyse traditionnels de la bonne foi n'ont pas changé, c'est simplement le poids respectif des critères d'analyse de la proportionnalité qui s'est inversé.

1012. Maintien des critères classiques de la bonne foi. D'abord, les critères classiques de la bonne foi sont toujours autant sollicités par la Cour de cassation³⁶⁰⁰. La question de l'intérêt légitime à la communication et de l'existence d'un débat d'intérêt général semble effectivement relever du même critère³⁶⁰¹, pour lequel on remarque finalement peu de changement dans l'analyse³⁶⁰². Dans ses décisions les plus récentes, la Cour de cassation mentionne toujours l'animosité ou l'attaque personnelle³⁶⁰³ et la prudence dans l'expression³⁶⁰⁴ comme étant des critères d'appréciation de la bonne foi : « la circonstance qu'un article de presse traite d'un sujet d'intérêt général concernant une personnalité politique ne le dispense pas (...) de faire preuve de prudence et de mesure dans l'expression »³⁶⁰⁵. D'ailleurs, il est aussi

³⁵⁹⁸ A. LEPAGE, « Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet », préc., note 3530.

³⁵⁹⁹ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1722, p. 986.

³⁶⁰⁰ Crim. 7 janvier 2020, préc., note 3584 (n°18-85.159) ; Crim. 21 avril 2020, préc., note 3484, par. 16 ; A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°407, p. 156 et 157.

³⁶⁰¹ F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », préc., note 1974, n°1722, p. 985.

³⁶⁰² Si ce n'est l'introduction des questions purement privées dans le cadre des thèmes justificatifs, à condition qu'ils soient en lien avec un sujet sociétal ou politique. *Supra*, note 136.

³⁶⁰³ Crim. 26 mai 2010, n°09-87.631 ; Crim. 19 juin 2012, n°11-84.235, *Bull. crim.*, n°253 ; Crim. 15 mars 2016, n°14-84.703 ; Crim. 12 décembre 2017, n°16-86.294 ; Crim. 30 octobre 2018, n°17-87.210 ; Crim. 21 avril 2020, préc., note 3484, par. 19 et 24 ; Crim. 13 octobre 2020, préc., note 3584, par. 13 ; Crim. 1^{er} décembre 2020, n°19-82.066, par. 10.

³⁶⁰⁴ Crim. 28 mai 2013, n°12-83.225 (faute de base factuelle suffisante, l'imputation constituait « attaque outrancière excédant les limites de la liberté d'expression ») ; Crim. 17 novembre 2015, préc., note 3457 (à propos d'un livre retraçant l'histoire d'un groupe terroriste, sujet sans conteste d'intérêt général, mais « les prévenus ne pouvaient, sans manquer à leur devoir de prudence et de mesure dans l'expression, passer sous silence la décision, définitive, d'acquiescement par la cour d'assises, dont avait bénéficié la partie civile, nommément désignée dans l'ouvrage, et mise en cause directement dans la perpétration des crimes évoqués ») ; Crim. 1^{er} décembre 2020, préc., note 3539, par. 16 et 20 ; Crim. 1^{er} décembre 2020, *id.*, par. 10.

³⁶⁰⁵ Crim. 8 janvier 2019, n°17-83.470.

arrivé à la Cour européenne de s'en servir comme critère d'appréciation de la proportionnalité entre la liberté d'expression et l'intérêt légitime la limitant. Par exemple, elle a pu juger, à propos d'un article révélant des informations confidentielles obtenues de façon plus ou moins légale, que même s'il « n'appartient pas à la Cour (...) de se substituer à la presse pour dire quelle technique de compte rendu les journalistes doivent adopter »³⁶⁰⁶, elle peut néanmoins exercer un certain contrôle dans la mesure où les journalistes ont aussi des responsabilités déontologiques. Ainsi, le fait que la présentation d'un document soit tronquée³⁶⁰⁷, que les termes choisis soient davantage de nature à lancer une rumeur plutôt qu'à présenter les faits de façon nuancée³⁶⁰⁸, le caractère sensationnaliste des titres choisis³⁶⁰⁹ ou encore l'imprécision des propos³⁶¹⁰ sont autant d'éléments qui permettent d'évaluer l'ampleur de l'atteinte à la réputation causée par un article de presse³⁶¹¹.

Quant à la fiabilité de l'enquête, la Cour de cassation y fait régulièrement référence, démontrant que ce critère n'est absolument pas devenu anecdotique³⁶¹². Là encore, il s'agit d'un certain mimétisme des décisions européennes, dans la mesure où ces dernières exigent désormais quasiment systématiquement des journalistes qu'ils « agissent de bonne foi sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises », dans le respect de la déontologie journalistique. »³⁶¹³ Sur ce point, la conception de la bonne foi semble proche de ce qui peut se décider en France, ce qui va à l'encontre de l'idée qu'il existerait un nouveau fait justificatif.

1013. Retour à la comparaison. Ce qui est tout à fait différent en revanche, c'est le rapport entre ces différents éléments. Nous avons constaté précédemment que les défenses de communication responsable et de bonne foi se distinguaient essentiellement du fait que chacune

³⁶⁰⁶ *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 146.

³⁶⁰⁷ *Id.*

³⁶⁰⁸ *Id.*, par. 148.

³⁶⁰⁹ *Id.*, par. 149.

³⁶¹⁰ *Id.*, par. 150.

³⁶¹¹ Pour une autre appréciation de la teneur d'un article de presse : *Bédât c. Suisse*, préc., note 1991, par. 59 et 60.

³⁶¹² Crim. 13 mars 2012, n°11-85.580 : à propos d'un livre impliquant nommément la victime dans le génocide rwandais, la cour d'appel n'a pas suffisamment motivée sa décision en ne recherchant pas si l'expression « même si elle concernait un sujet d'intérêt général, reposait sur une base factuelle suffisante ». Dans le même sens : Crim. 14 janvier 2014, n°12-86.620 ; Crim. 20 octobre 2015, préc., note 3449 ; Crim. 1^{er} mars 2016, préc., note 3584 ; Crim. 14 mars 2017, n°16-80.353 ; Crim. 8 janvier 2019, préc., note 3605 ; Crim. 15 octobre 2019, préc., note 3584. Pour des décisions de confirmation de cours d'appel qui rejette la défense de bonne foi faute de base factuelle suffisante : Crim. 11 mars 2014, n°13-80.440 ; Crim. 15 mars 2016, préc., note 3603 ; Crim. 11 juillet 2017, n°16-84.671 ; Crim. 12 décembre 2017, préc., note 3603 ; Crim. 7 mai 2018, préc., note 3586.

Pour des décisions qui reconnaissent la suffisance de la base factuelle : Crim. 6 mai 2014, préc., note 3584 ; Crim. 3 novembre 2015, n°14-83.420 ; Crim. 1^{er} décembre 2020, préc., note 3539, par. 15 et 19.

³⁶¹³ *Fressoz et Roire c. France*, préc., note 3322, par. 54 ; *Stoll c. Suisse*, préc., note 2949, par. 103 ; *Bédât c. Suisse*, préc., note 1991, par. 58.

n'accordait pas la même importance à chacune des catégories de critères intervenant dans l'appréciation de la proportionnalité. Il semblait y avoir une hiérarchisation interne à chaque évaluation de la proportionnalité. Par la modification adoptée par la Cour de cassation, il apparaît que sa jurisprudence se rapproche aujourd'hui davantage de la façon dont s'évalue au Canada la proportionnalité relativement à la liberté d'expression, mettant en avant l'importance prise par l'identification d'un débat d'intérêt général, au détriment des autres critères de la bonne foi, sans pour autant que ces derniers soient totalement écartés. Dans un arrêt de 2020, celle-ci fait la jonction entre ses solutions classiques et la nouvelle approche de la bonne issue de la jurisprudence de la Cour européenne³⁶¹⁴, en décidant que :

« Attendu que la liberté d'expression ne peut être soumise à des ingérences que dans les cas où elles constituent des mesures nécessaires au regard du paragraphe 2 du premier de ces textes ; qu'en matière de diffamation, lorsque l'auteur des propos soutient qu'il était de bonne foi, il appartient aux juges, qui examinent à cette fin si celui-ci s'exprimait dans un but légitime, était dénué d'animosité personnelle, s'est appuyé sur une enquête sérieuse et a conservé prudence et mesure dans l'expression, d'apprécier ces critères d'autant moins strictement qu'ils constatent, en application de ce même texte, tel qu'interprété par la Cour européenne, que les propos s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général et reposaient sur une base factuelle suffisante. »³⁶¹⁵ (nos soulignements)

Il ressort de ce passage que plus les propos relèvent d'un débat d'intérêt général, plus la protection de la liberté d'expression est légitime, moins il sera nécessaire de s'assurer que les propos restent modérés. Un peu à la façon de vases communicants, la plus ou moins grande importance du débat suscité par les propos diffamatoires facilitera proportionnellement la justification de l'atteinte à la réputation. Cette dépendance des critères entre eux est également claire, lorsque la Cour de cassation considère que des juges d'appel ne pouvaient écarter le bénéfice de la bonne foi « en qualifiant ses propos d'attaques personnelles dénuées de prudence, sans examiner si ceux-ci reposaient sur une base factuelle suffisante »³⁶¹⁶. Ce n'est donc plus le comportement de l'auteur des propos qui jouent le rôle essentiel dans l'appréciation de la proportionnalité dans le contexte de la bonne foi, mais bien la légitimité de l'intérêt soulevé. Par cet attendu, la Cour de cassation a rejoint la conception canadienne de l'appréciation de la légitimité des propos, et se soumet désormais au même type d'analyse de la proportionnalité. Les autres critères sont devenus plus accessoires, à l'exception notable de la fiabilité de

³⁶¹⁴ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°421, p. 317.

³⁶¹⁵ Crim. 7 janvier 2020, préc., note 3584 (1^{er} espèce).

³⁶¹⁶ Crim. 21 avril 2020, préc., note 3484, par. 23. *Mutatis mutandis*, Crim. 1^{er} décembre 2020, préc., note 3603, par. 11.

l'enquête préalable. Ce dernier faisait aussi l'objet d'une place à part dans l'arrêt *Grant*³⁶¹⁷, sans pour autant se révéler aussi capital que l'importance de l'intérêt public.

1014. Conséquences sur la justification de bonne foi et la place de la liberté d'expression. À la lumière de la comparaison de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation avec ce qui a été élaboré au Canada, il apparaît finalement que, bien plus qu'un nouveau fait justificatif, la haute juridiction française a réorienté son analyse de la proportionnalité dans le contexte de la bonne foi³⁶¹⁸. L'importance prise par la question du débat d'intérêt public la rend plus objective, la rapprochant des conceptions de *common law*, dont la Cour européenne semble définitivement empreinte. Bien sûr, une telle mutation se fait au détriment des autres critères classiques de la bonne foi³⁶¹⁹. Ces approches très différentes poussent inexorablement le dispositif français vers une logique qui lui était inconnue et qui bouscule l'idée que l'on se fait traditionnellement de la prévisibilité de la loi pénale et de la sécurité juridique³⁶²⁰, en installant une casuistique³⁶²¹ à laquelle on était peu habituée dans un tel contexte.

1015. Adoption d'une logique d'optimisation des droits. Certains auteurs y voient l'adoption par la Cour de cassation de la méthode européenne de la mise en balance des intérêts³⁶²², qui tend à « se substituer à la logique justificative fondée sur le binôme principe-exception »³⁶²³. On peut prêter foi à une telle affirmation, dans la mesure où la liberté d'expression semble être ici sortie de sa position justificative, pour devenir quasiment une norme de contrôle de conformité. L'effet ultime de cette mutation de l'appréciation de bonne foi engendre une augmentation des cas où celle-ci se trouve acceptée, faisant ainsi davantage primer la liberté d'expression sur la protection de la réputation, dans la mesure où la résolution du conflit entre ces deux droits se résume quasiment à la question de savoir si l'expression litigieuse porte sur un débat d'intérêt général. Quand on repense à la facilité avec laquelle la Cour de cassation avait tendance à considérer un sujet comme relevant de l'intérêt public, on peut être amené à se demander si la diffamation a encore vocation à s'appliquer, en dehors de la presse à scandale, sans lien aucun avec un sujet sociétal ou politique.

³⁶¹⁷ *Grant c. Torstar Corp.*, préc., note 1958, par. 114 à 117. *Supra*, n°998.

³⁶¹⁸ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 21.

³⁶¹⁹ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (dir.), préc., note 1932, n°799, p. 491.

³⁶²⁰ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, préc., note 1164, n°416, p. 308.

³⁶²¹ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951, n°407, p. 157.

³⁶²² *Id.*, n°409, p. 157.

³⁶²³ *Id.*, n°407, p. 157.

1016. Inversement du rôle de la bonne foi par rapport à l'infraction de diffamation.

C'est d'ailleurs peut-être là le principal problème posé par l'adoption de la jurisprudence européenne dans le cadre de la bonne foi : la CEDH ne se prononce pas sur les questions relatives à la justification des infractions, elle ne se préoccupe que de vérifier la conformité des lois ou actes gouvernementaux aux droits déclarés dans la Convention européenne. Les condamnations successives de la France ont poussé les juges à adopter le modèle rhétorique européen, alors que ce dernier ne répond pas à une logique justificative. C'est ce qui a pu pousser les auteurs à y voir un nouveau fait justificatif, alors que la liberté d'expression est davantage en train de devenir une norme de contrôle de conformité des lois internes, à travers la technique de mise en balance des intérêts.

1017. Généralisation du recours à la liberté d'expression. En conséquence, si l'on ne partage pas nécessairement le point de vue selon lequel il existerait un nouveau fait justificatif relatif au débat d'intérêt général dans le cadre de la diffamation, mais plutôt une réorientation de la bonne foi vers une application plus objective promouvant la mise en balance des intérêts, il est en revanche indéniable que la liberté d'expression a acquis une autonomie en tant que norme de contrôle interne. La différence tient au fait que pour ces autres infractions, le lien avec cette liberté fondamentale n'est pas aussi explicite et évident. Là où la Loi du 29 juillet 1881 et par extension la bonne foi sont des manifestations de la régulation de cette libre expression, des infractions comme le vol, l'escroquerie ou l'espionnage audiovisuel ne démontre pas *a priori* aucun lien explicite avec cette dernière. L'association est inédite. Aussi, on pourrait davantage concevoir qu'elle constitue une justification, si elle a le pouvoir de neutraliser l'application de ces infractions. Toutefois là encore, le développement de la liberté d'expression dans le contexte pénal ne semble pas s'apparenter à un modèle justificatif. Les dernières évolutions de la jurisprudence en la matière semblent au contraire confirmer qu'elle ressemble de plus en plus à une norme de contrôle, à la recherche d'une optimisation des droits, plutôt qu'à demeurer un cas exceptionnel de levée de la répression pénale.

2.2 L'optimisation des infractions à la liberté d'expression

1018. Distinction d'un fait justificatif autonome. En plus d'être l'arrière-plan des justifications intervenant dans le contexte de la diffamation, la liberté d'expression a connu une mutation particulière en France, en devenant un fait justificatif autonome. Mais le développement d'un tel fondement fut assez confus au départ, la jurisprudence n'ayant pas immédiatement eu recours à cette technique (2.2.1). Désormais, la liberté d'expression est largement employée dans le contexte pénal. Mais les conditions exactes de son application n'en

font pas nécessairement un véritable fait justificatif. Les formulations jurisprudentielles choisies la rapprochent davantage d'un contrôle de conformité, à la façon dont procèdent les juridictions canadiennes. Si le principe même du recours à la liberté d'expression pour évaluer la compatibilité de certaines infractions est une bonne nouvelle pour le lanceur d'alerte, puisqu'elle peut lui permettre d'échapper au cas par cas à certaines infractions par leur neutralisation, la structure du droit pénal français s'en trouve quelque peu affaiblie (2.2.2).

2.2.1 L'ascension de la liberté d'expression dans le contexte pénal

1019. Émergence. La liberté d'expression ne s'est pas tout de suite imposée comme un cadre interprétatif évident, dans le contexte pénal général, hors de tout lien avec les infractions de presse (2.2.1.1). Au fur et à mesure des décisions, se sont dessinés plus précisément les contours de la liberté d'expression dans le contexte pénal, au point d'acquérir un domaine d'application généralisé, contribuant aussi à l'idée qu'il s'agirait d'un véritable fait justificatif (2.2.1.2).

2.2.1.1 Premiers pas vers un fait justificatif

1020. Débuts laborieux. Les premières décisions rendues sur la question de l'implication de la liberté d'expression dans un processus de qualification et constitution d'une infraction ne traitent pas vraiment celle-ci comme un fait justificatif, mais plutôt comme le fondement d'un contrôle de conventionnalité basé sur l'article 10 Conv. EDH³⁶²⁴. À ce propos, la Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de dire que les reportages journalistiques, dont les sujets relevaient d'un débat d'intérêt général, ne permettaient pas de justifier le recours à des techniques clandestines d'enregistrement de sons ou d'images, constitutifs de l'infraction d'espionnage audiovisuel³⁶²⁵.

1021. Amorce. Au contraire, la Cour d'appel de Paris a semblé ouvrir la porte à la possibilité d'utiliser la liberté d'expression comme justification à certaines atteintes à la vie privée. Dans une affaire politique demeurée célèbre, il s'agissait là encore d'espionnage clandestin de conversations, cette fois-ci au plus haut niveau de l'État, conversations qui avaient été retranscrites et publiées par un organe de presse. Concernant cette publication, la juridiction d'appel, statuant en référé, a précisé que certes, il pouvait y avoir un intérêt pour le public à

³⁶²⁴ Christophe BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2020, par. 441.111.

³⁶²⁵ Art. 226-1 C. pen. ; TGI Paris, 17^e ch. corr., 26 novembre 2013, n°09281062001, *Légipresse*, n°312, janvier 2014, p.16 (enregistrements réalisés au sein d'un quartier d'une prison, à l'insu des détenus), TGI Paris, 17^e ch., 13 mars 2009, *Id.* (enregistrement réalisé dans un service des urgences et montrant l'image de patients).

connaître certaines des coulisses du pouvoir et des modalités de la prise de décision dans le cabinet présidentiel. Toutefois,

« Les autres éléments du dialogue (...) transcrits dans *Le Canard enchaîné* montrent certes aux lecteurs que la médisance est la chose du monde la mieux partagée en présence d'un interlocuteur considéré, ici à tort, comme digne de confiance, sans que cela apporte la moindre contribution à un débat d'intérêt général, contrairement à certains autres passages de l'enregistrement repris dans le même article (...) qui auraient suffi à convaincre les lecteurs de la fiabilité des informations du *Canard enchaîné* quant à l'existence d'enregistrements clandestins (...), sans que l'hebdomadaire ait besoin d'y ajouter les répliques cinglantes (...) qui ne renseignaient que de manière fort marginale sur les affaires de l'État. »³⁶²⁶

La Cour d'appel conclut que les publications portent atteinte à la vie privée des personnes concernées, intérêt dont la protection « l'emporte dans sa mise en balance avec le droit à la liberté d'information dont bénéficient ces organes de presse en application de l'article 10 de la [Conv. EDH] »³⁶²⁷. Cette position a été réitérée dans la même affaire trois ans plus tard. La Cour d'appel de Paris, statuant cette fois-ci au fond, a considéré à nouveau que

« le recours à ces procédés [de captation] constitue un trouble manifestement illicite que ne saurait justifier la liberté de la presse ou sa contribution alléguée un débat d'intérêt général ; qu'en l'espèce, le procédé illégal et pénalement répréhensible de l'enregistrement clandestin, tel qu'il a été effectué, sans discernement de la nature des propos tenus, pendant des heures, dans un lieu privé, exclut que la publicité des propos ainsi obtenus, en toute connaissance de cause, puisse être légitimée par l'intérêt général. »³⁶²⁸

L'amorce d'une inflexion de cette position s'est dessinée devant la Cour d'appel de Bordeaux. Dans une autre affaire d'écoutes clandestines, celle-ci semble avoir au contraire admis que le droit à l'information pouvait justifier la publication d'extraits desdites écoutes³⁶²⁹. Les faits concernaient des enregistrements audios réalisés par le maître d'hôtel de l'héritière d'une célèbre marque de cosmétiques et produits de beauté, ce dernier étant inquiet de l'influence que certaines personnes avaient sur cette dame âgée et à la santé mentale déclinante. Ayant eu vent de l'affaire, plusieurs journalistes ont pu mettre la main sur ces enregistrements et ont publié plusieurs articles, avec retranscription des conversations captées, afin de servir de preuve à l'appui de leur propos. En effet, une partie des enregistrements avaient des ramifications politiques qui dépassaient les seuls enjeux de l'intimité de la vie privée de la victime. Bien que le fait de publier de tels extraits de conversations prononcées à titre privé puisse indéniablement constituer l'infraction de l'article 226-2 C. pen., prohibant l'utilisation

³⁶²⁶ Paris, pôle 1, ch. 2, 3 juillet 2014, n°14/05704, Juris-Data n°2014-020285.

³⁶²⁷ *Id.*

³⁶²⁸ Paris, pôle 2, ch. 7, 28 juin 2017, n°16/06394, Juris-Data n°2017-013439.

³⁶²⁹ Bordeaux, 6° ch. corr., 21 septembre 2017, préc., note 2441 ; C. BIGOT, préc., note 3624, n°441.112.

et la mise à disposition du public d'un document obtenu à l'aide d'un espionnage audiovisuel, les journalistes ont invoqué le principe de la liberté d'expression pour contrer une condamnation sur ce fondement.

La Cour d'appel a considéré cette question de la liberté d'expression, non pas pour en faire un fait justificatif, mais pour considérer la présence ou non de l'élément moral de l'infraction³⁶³⁰. Pourtant, les juges avaient expressément envisagé cette possibilité avant de la balayer³⁶³¹. On regrettera cette erreur de fondement. Le fait de considérer que les journalistes ont publié les propos au nom de l'exercice de leur liberté d'expression, parce que les enregistrements clandestins nourrissaient un débat d'intérêt général réfère une fois de plus aux motivations des journalistes. Celles-ci ne signifient pas pour autant qu'ils n'avaient pas conscience que les enregistrements sur lesquels ils ont mis la main relevaient effectivement de la vie privée. Au contraire, en dépit de cette connaissance, ils ont tout de même choisi de livrer une partie de leur contenu. Il semble tout au contraire que l'élément moral de l'infraction est parfaitement présent. En revanche, les motivations pour lesquels ils ont choisi malgré tout de révéler les informations intimes dépassent la seule question de la protection de la vie privée. On ne se situe donc pas dans le cadre d'une remise en cause de l'élément moral, mais au stade de la justification de l'infraction. Sans paraître en prendre conscience, les juges bordelais ont en réalité procédé à une avancée considérable dans la reconnaissance d'un fait justificatif basé sur la liberté d'expression.

Les questions de confrontation entre droit pénal et liberté d'expression ont finalement atteint la Cour de cassation, mais cette fois-ci pas seulement sur le fondement d'atteintes à la vie privée. Dans une décision du 30 mars 2016³⁶³², un journaliste s'était infiltré dans les milieux traditionalistes catholiques français afin d'y réaliser un reportage. Pour y parvenir, il avait tu sa véritable qualité professionnelle et avait eu recours à des caméras et micros cachés, pour réaliser des enregistrements clandestins. À la suite de la diffusion du fruit de son infiltration, plusieurs personnes ont déposé plainte et une instruction a été ouverte, des chefs d'atteinte à la vie privée (espionnage audiovisuel)³⁶³³, utilisation des données obtenue grâce à cette première infraction³⁶³⁴, montage portant atteinte à l'image de la personne³⁶³⁵ et escroquerie³⁶³⁶. Le juge

³⁶³⁰ *Id.*, p. 33.

³⁶³¹ *Id.*

³⁶³² Crim. 30 mars 2016, *Bull. crim.*, n°112, *Légipresse* n°339, juin 2016, p. 351, comm. Beaussonie.

³⁶³³ Art. 226-1 C. pen.

³⁶³⁴ Art. 226-2 C. pen.

³⁶³⁵ Art. 226-8 C. pen.

³⁶³⁶ Art. 313-1 C. pen.

d'instruction a rendu un non-lieu contre les deux dernières infractions, à propos desquelles les parties civiles ont interjeté appel. La Cour d'appel de Paris et à sa suite la Cour de cassation, ont confirmé le non-lieu s'agissant de l'infraction de montage portant atteinte à l'image de la personne. Quant à l'infraction d'escroquerie, elle ne serait pas non plus constituée, faute de pouvoir qualifier un comportement véritablement trompeur et déterminant de la remise des informations³⁶³⁷. Ainsi, ce n'est certes pas sur le fondement de la liberté d'expression que la pratique journalistique de l'infiltration est validée d'un point de vue pénal, mais on voit déjà l'amorce, ici encore, d'une certaine tolérance à des actes qui seraient considérés comme trompeurs et/ou attentatoires à la vie privée. Le statut de journaliste et le fait que le reportage ait une vocation informative, voire de contribution à un débat d'intérêt général, ont sûrement eu un caractère déterminant dans la validation de cette pratique.

1022. En chemin vers un fait justificatif indépendant ? En même temps que l'éventualité de faire de la liberté d'expression un motif de limitation de la portée des infractions d'atteinte à la vie privée, on voit aussi que le traitement de cette question évolue sensiblement dans la jurisprudence. Basé d'abord sur une forme de contrôle de conformité de certains textes pénaux protégeant la vie privée à l'article 10 Conv. EDH, un certain glissement s'observe, allant vers autre chose qu'un simple contrôle normatif. Cela serait d'ailleurs parfaitement compréhensible : si l'on souhaite vérifier la conventionnalité d'un texte, c'est pour en déterminer la compatibilité avec une norme supérieure, dans l'optique soit de l'écarter de la résolution du litige³⁶³⁸, soit de l'abroger³⁶³⁹. Or, un fait justificatif ne remet pas nécessairement en cause la validité d'un texte pénal. Il vise à ménager la prise en compte d'autres intérêts que ceux protégés par l'infraction et d'apporter les nuances nécessaires à la prise en compte de situations spécifiques. C'est justement et précisément la résolution d'un conflit entre deux intérêts qui s'opposent. Aussi, les juges français ne pouvaient pas se contenter d'aborder la question de la contradiction potentielle entre certains textes pénaux et la liberté d'expression sous la forme d'un simple contrôle de conventionnalité, puisqu'il ne s'agit pas de remettre l'incrimination en cause en tant que telle.

Introduire la question de la compatibilité entre liberté d'expression et infractions de droit commun par l'étude de leurs éléments constitutifs, et en dehors du giron naturel des infractions de presse ne paraît pas plus heureux. Au regard de l'élément moral, l'auteur peut tout à fait

³⁶³⁷ Guillaume BEAUSSONIE, « Dissimulation sans manipulation ni tromperie : à propos de la caméra cachée des « Infiltrés » », *Légipresse* 2016.339.351, 354.

³⁶³⁸ P. DEUMIER, préc., note 2801, n°329, p. 298.

³⁶³⁹ *Id.*, n°310, p. 280.

réunir dans son esprit l'intention requise pour commettre une infraction, en ayant parfaitement conscience des conséquences de ces actions, et agir dans l'esprit d'exercer sa liberté d'expression. Les deux ne sont pas incompatibles. L'infraction peut avoir été commise, avec tous ses éléments bien présents, et pourtant l'avoir été avec des motivations bien particulières³⁶⁴⁰, telles que dénoncer des pratiques, faire passer un message, mettre au jour des comportements répréhensibles³⁶⁴¹. Dans ce cas, il faudra vérifier la légitimité du recours à un acte illégal non violent en tant que vecteur d'une expression. Cela a bien été admis pour les droits de la défense, pourquoi devrait-on raisonner autrement quant à la liberté d'expression ?

1022. Aboutissement jurisprudentiel. Une avancée considérable a été faite dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2016, en faveur de la reconnaissance de la liberté d'expression en tant que fait justificatif autonome. Il s'agissait là encore d'une infiltration d'un journaliste, cette fois-ci au sein du parti Front national. La journaliste avait utilisé un faux nom et une fausse qualité, le tout abondé par un faux profil sur les réseaux sociaux. Cette couverture lui a permis d'obtenir la confiance de certains membres et ainsi de nourrir l'écriture d'un livre retraçant son itinéraire au sein du parti politique. Ce dernier a porté plainte avec constitution de partie civile pour escroquerie contre la journaliste, notamment car il estimait que c'est grâce à sa fausse qualité que celle-ci avait pu mettre la main sur certains documents internes. Le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu, confirmé en appel par la chambre de l'instruction.

La question de la réalisation de l'infraction d'escroquerie est alors portée devant la Cour de cassation. Cette dernière, sans pour autant donner raison aux demandeurs au pourvoi, ne confirme pas tout à fait la décision d'appel. Les juges du Quai de l'Horloge se permettent même de faire une utile rectification quant à la façon d'articuler infraction et liberté d'expression :

« Si c'est à tort que la chambre de l'instruction retient que l'élément moral de l'escroquerie s'apprécie au regard du but poursuivi par l'auteur présumé des faits, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès (*sic*) lors qu'il se déduit de ses énonciations que les agissements dénoncés se sont inscrits dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement d'un mouvement politique, de sorte que, eu égard au rôle des journalistes dans une société démocratique et compte tenu de la nature des agissements en cause, leur incrimination constituerait, en l'espèce, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression. »³⁶⁴²

³⁶⁴⁰ *Supra*, n°542 et suiv.

³⁶⁴¹ Dans la même idée, à propos de la bonne foi en matière de diffamation : P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », préc., note 3418 à la page 52.

³⁶⁴² Crim. 26 octobre 2016, *Bull. crim.*, n°278 ; *Juris-Data* n°2016-022303 ; Dr. pen. janv. 2017. 2. 25, note Conte.

L'assimilation entre les motivations du mis en cause et élément moral de l'infraction est définitivement écartée ici. La liberté d'expression est bien remise à sa juste place, non plus comme motivation pouvant moduler la caractérisation de l'élément moral – ce qui serait véritablement contraire au principe d'indifférence des mobiles – mais en dehors de la constitution même de l'infraction visée³⁶⁴³. Elle n'affecte donc pas directement la consommation de l'infraction, d'escroquerie ici, mais plutôt l'opportunité de condamner des comportements, véritablement à la façon d'une justification. D'ailleurs, et c'est là la seconde partie du raisonnement de la Cour de cassation, c'est bien parce que le stratagème employé a permis de nourrir un débat d'intérêt général que l'infraction peut être neutralisée.

À la suite de cette décision, qui se révèle comme une véritable amorce ayant permis de faire évoluer le rôle de la liberté d'expression, d'autres infractions se sont vues affectées par la prise en compte grandissante de ce droit fondamental. L'extension du domaine d'application de ce dernier en droit pénal constitue d'ailleurs un des arguments appuyant l'idée qu'il s'agirait d'un fait justificatif.

2.2.1.2 Le domaine d'applicabilité de la justification par la liberté d'expression

1023. Domaine matériel de la justification. La solution rendue par la Cour de cassation en 2016 et qui ressemble à l'aboutissement de la reconnaissance d'un fait justificatif n'est pas sans poser quelques questions. D'abord, celle de son domaine matériel reste en suspens. En effet, cette solution et celle du 30 mars qui la précède, laissent entendre que la liberté d'expression peut servir de fait justificatif pour l'infraction d'escroquerie, notamment quand cette infraction est commise par des journalistes infiltrés³⁶⁴⁴. Mais au-delà, qu'en est-il d'autres infractions ? On ne peut s'empêcher de se tourner naturellement vers les infractions protégeant la vie privée. Bien que la liberté d'expression n'ait jamais été aussi explicitement envisagée comme une justification de celles-ci, on a relevé tout de même quelques indices jurisprudentiels laissant entendre que ce droit fondamental pourrait jouer un rôle de pondération dans ces circonstances également. Cela paraîtrait d'autant plus logique que le conflit droit à la vie privée et liberté d'expression est l'un des plus classiques que le droit nous ait permis de connaître. Il semblerait alors naturel pour des journalistes de trahir la vie privée d'une personne, par exemple en commettant un espionnage audiovisuel, si les propos ou les images recueillis permettent de nourrir un débat d'intérêt général justifiant la préservation de la liberté d'expression.

³⁶⁴³ Henri LECLERC, « Le débat d'intérêt général, une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale », *Légipresse* 2017.346.92, 95.

³⁶⁴⁴ Même si finalement, la Cour de cassation n'a jamais expressément validé une telle qualification pour ces faits.

Alors, la liberté d'expression, fait justificatif issu de l'autorisation de la loi générale ou spéciale ? Il n'est pas possible de définir une liste « officielle » d'infractions pour lesquelles la liberté d'expression jouerait le rôle de justification neutralisant de l'élément légal de l'infraction. C'est bien naturel, puisque le développement de cette autorisation de la loi est à mettre au compte de la jurisprudence et non pas d'un législateur qui aurait fixé à l'avance les limites de son domaine. Pour ce que l'on en connaît à l'heure actuelle, il semble que son applicabilité demeure limitée, aux infractions contre la vie privée et à l'escroquerie.

1024. Extension aux infractions contre les biens. Toutefois, plusieurs arguments permettent de penser qu'il ne faudrait pas s'en contenter. D'une part, si la liberté d'expression permet de justifier une infraction de ruse comme l'escroquerie, qui est traditionnellement associée à la duplicité de son auteur et à laquelle on trouve rarement des excuses, pourquoi n'en serait-il pas de même pour des atteintes plus frustes, plus simples et moins graves à la propriété ? On peut penser au vol³⁶⁴⁵, dépourvue de la surnoiserie de l'escroquerie. On a déjà vu que cette infraction pouvait être légitimée par les droits de la défense³⁶⁴⁶. De même pourrait-on envisager qu'il est nécessaire pour un lanceur d'alerte de commettre un vol pour les nécessités de son expression. Si cela est déjà admis pour un acte plus grave comme l'escroquerie, la proportionnalité devrait pouvoir autoriser une atteinte moins grave à la propriété, face à une liberté ayant elle, toujours la même portée.

D'autre part, n'est-ce déjà pas implicitement le cas lorsque les juges autorisent un vol pour obtenir les documents nécessaires à sa défense ? N'y a-t-il pas, au bout du raisonnement, derrière cette défense, l'opportunité d'exprimer un point de vue objet de critique, ce qui n'est qu'une forme d'expression parmi d'autres ? Bien sûr, il n'est pas question d'assimiler liberté d'expression et droits de la défense. Mais si l'on admet que la justification du vol de documents nécessaires à sa défense est possible, particulièrement dans un procès en diffamation, c'est que ce vol offre la possibilité d'échapper à une condamnation pour une infraction limitant en principe la liberté d'expression. Le fait justificatif neutralise le caractère frauduleux de l'appropriation. La différence ici serait de ne plus passer par le détour des droits de la défense pour justifier le vol. Ces derniers sont fort pratiques, particulièrement pour le lanceur d'alerte, lorsqu'on est au stade de défendre son expression litigieuse en justice, donc à un moment où il est déjà l'objet de représailles pour son élan de transparence. La liberté d'expression proposerait une approche plus proactive, légitimant d'emblée la prise de parole et les moyens employés

³⁶⁴⁵ P. CONTE, note sous arrêt, Crim. 26 février 2020, préc., Dr. pen. 2020. 4. Comm. 69. *Supra*, n°259 et suiv.

³⁶⁴⁶ *Supra*, n°681.

pour y parvenir, sans attendre les foudres des représailles pour s'interroger sur ces derniers. Une justification par l'expression serait donc d'une grande utilité pour le lanceur d'alerte, pour autant que l'infraction qu'il commet, comme le vol ou l'escroquerie, constitue un moyen nécessaire pour soutenir une intervention publique s'inscrivant dans un débat d'intérêt général.

1025. Décrochages présidentiels. Le pas de la justification du vol par la liberté d'expression a été franchi par les juridictions du fond dans les affaires relatives au décrochage du portrait du Président de la République³⁶⁴⁷, confirmant que les deux sont compatibles. Poursuivies pour vol, ces personnes ont avancé leur droit à la liberté d'expression pour justifier leur geste, ce qui semble avoir convaincu les juridictions de première instance³⁶⁴⁸.

En appel, les juges ont rejeté le raisonnement faisant de la liberté d'expression une forme de justification du vol³⁶⁴⁹. Considérant que l'argument des prévenus s'apparentait à remettre en question l'élément intentionnel de l'infraction, cela revenait alors à tenir compte des mobiles expliquant les circonstances de la commission des vols. La Cour d'appel rappelle bien, à juste titre, que les mobiles sont bien indifférents dans la constitution d'une infraction, mais ce faisant, elle ne fait pas de la liberté d'expression un fait justificatif à proprement parler. Quand elle aborde la question en revanche, elle rejette purement et simplement l'idée d'en faire une justification pénale : « la liberté d'expression, garantie par notre droit positif, ne peut être invoquée en l'espèce, car elle ne peut jamais justifier la commission d'un délit pénal. »³⁶⁵⁰

Toutefois, ce raisonnement n'a pas tenu en cassation. Sur un pourvoi formé par les décrocheurs, la Cour de cassation a tout simplement rendu la solution exactement inverse³⁶⁵¹. Rappelant sa jurisprudence antérieure³⁶⁵², elle affirme sans ambages que : « l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut, dans certaines circonstances, constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause »³⁶⁵³. Cette clarification ne permet plus le doute :

³⁶⁴⁷ *Supra*, n°719

³⁶⁴⁸ Trib. judiciaire d'Auch, 27 octobre 2020, Emmanuel DREYER, « Décrochage d'un portrait présidentiel : vol ou expression d'une opinion ? », *Légipresse* 2020.388.680. ; Trib. corr. Lyon, 16 septembre 2019, préc., note 2522 ; Trib. judiciaire de Strasbourg, 3 décembre 2020, préc., note 2522.

³⁶⁴⁹ Bordeaux, 16 septembre 2020, préc., note 2522.

³⁶⁵⁰ *Id.*, p. 17

³⁶⁵¹ Crim. 22 septembre 2021, préc., note 2523.

³⁶⁵² Crim. 26 octobre 2016, préc., note 3642 et Crim., 26 février 2020, n°19-81.827, *Bull. crim.*, n°35, Philippe CONTE, « Exhibition sexuelle - acte incriminé ; liberté d'expression », note sous arrêt Crim. 26 février 2020, Dr. pen. 4.2021, comm. 69 ; Agathe LEPAGE, « Quand le délit d'exhibition sexuelle croise de nouveau la liberté d'expression », *Comm. com. électr.* 2020. comm. 34 ; Jean-Christophe SAINT-PAU, « La liberté de protestation politique par l'exhibition des seins d'une Femen », *JCP G* 2020.23.699.

³⁶⁵³ Crim. 22 septembre 2021, préc., note 2523, par. 14.

la Cour de cassation considère la liberté d'expression comme une forme de modulation de l'application des infractions pénales dans un contexte donné.

1026. Extension à d'autres infractions. Plusieurs autres applications de ce principe basé entérinent l'impression qu'il a vocation à s'appliquer de façon générale, dans un domaine non limité d'infractions. C'est ainsi que la liberté d'expression a fait obstacle à une qualification de tapages injurieux³⁶⁵⁴, harcèlement moral³⁶⁵⁵, l'exhibition sexuelle³⁶⁵⁶, ou bien sur l'injure³⁶⁵⁷, à laquelle on pourrait ajouter sans difficulté les destructions, dégradations et détérioration³⁶⁵⁸, y compris par tags et graffitis³⁶⁵⁹. La jurisprudence semble accepter que la liberté d'expression puisse intervenir dans une très grande variété d'infractions, permettant d'y voir un fait justificatif en voie de généralisation³⁶⁶⁰.

Le cas de l'exhibition sexuelle³⁶⁶¹ est particulièrement significatif de cette extension de l'analyse des infractions à la lumière de la liberté d'expression. Plusieurs affaires sont allées devant la Cour de cassation concernant des Femen, qui avait exposé nue leur poitrine afin de faire passer des messages politiques, tels que la critique du Président russe ou la position de l'Église catholique à l'égard de l'avortement. Après s'être premièrement opposée à ce que la liberté d'expression puisse servir à justifier une telle exhibition sexuelle, alors même que le pourvoi l'interrogeait explicitement à ce sujet³⁶⁶², la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence un an plus tard³⁶⁶³. Ce changement de position n'est pas passé inaperçu et montre l'influence grandissante de la liberté d'expression dans le champ pénal.

1027. Place en tant que fait justificatif ? L'avènement de cette nouvelle justification et la généralité avec laquelle elle est appliquée ne sont pas sans faire naître certaines craintes d'un délitement de l'effectivité du droit pénal. On peut avoir la sensation d'une matière qui se morcelle en laissant une place toujours plus grande aux motivations des individus pour échapper au couperet de la loi pénale, contribuant ainsi à une application variable, voire peut-être aléatoire de celle-ci, au détriment de sa prévisibilité. Mais si l'on inscrit la liberté d'expression

³⁶⁵⁴ Crim. 3 novembre 2020, n°19-87.418.

³⁶⁵⁵ Crim. 13 octobre 2020, n°19-85.632.

³⁶⁵⁶ Crim. 26 février 2020, préc., note 3652, JCP G. 2020.2053, note Saint-Pau.

³⁶⁵⁷ Crim. 7 janvier 2020, n°19-80.374.

³⁶⁵⁸ Art. 322-1 al. 1 C. pen.

³⁶⁵⁹ Art. 322-1 al. 2 C. pen. En ce sens, P. CONTE, note sous arrêt, Crim. 26 février 2020, préc., note 3645, à la page 27.

³⁶⁶⁰ A. DEJEAN DE LA BATIE, préc., note 1951. Contra : J.-C. SAINT-PAU, « La liberté de protestation politique par l'exhibition des seins d'une Femen », préc., note 3652, 1056.

³⁶⁶¹ Art. 222-32 C. pen.

³⁶⁶² Crim. 9 janvier 2019, *Bull. crim.*, n°6.

³⁶⁶³ Crim. 26 février 2020, préc., note 3652.

dans le cadre d'une justification, on devrait logiquement en appliquer les principes. Tout comme en matière des droits de la défense³⁶⁶⁴, la recevabilité de ce fait justificatif devrait être soumise à des conditions restrictives de nécessité et de proportionnalité³⁶⁶⁵. Ici encore, il faudra que les juges s'assurent que la commission de l'infraction était nécessaire pour permettre l'expression et que l'atteinte portée à la valeur sacrifiée paraît proportionnée par rapport à l'intérêt sauvegardé. L'analyse stricte de ces conditions devrait permettre de maintenir la justification par la liberté d'expression dans des limites raisonnables³⁶⁶⁶ et de s'en remettre aux juges pour qu'ils en fassent une analyse pondérée par les données contextuelles, comme cela est déjà le cas pour bien d'autres faits justificatifs, tels la légitime défense³⁶⁶⁷ ou l'état de nécessité³⁶⁶⁸, sans que personne n'y trouve à redire. Gardée sous le contrôle de ces conditions, la liberté d'expression a toute sa place en tant que fait justificatif issu de l'autorisation de la loi, à côté des autres justifications édictées par le Code pénal.

Néanmoins, force est de constater que la Cour de cassation ne semble pas décidée à s'inscrire dans une telle démarche de rigueur. Depuis plusieurs années déjà, au fil des arrêts rendus et des proclamations, elle n'a pas pour autant fixé très clairement les limites de l'applicabilité de la liberté d'expression, de sorte à en faire un véritable fait justificatif. Au contraire, les formulations employées et le positionnement choisi par la Cour semblent plutôt indiquer, qu'au lieu d'adopter un régime de justification, elle n'ait en réalité adopté le modèle de l'optimisation des droits.

2.2.2 Le régime de la liberté d'expression : optimisation des droits en conflit plutôt que réelle justification

1028. Interprétation. Le critère de la participation de l'expression à un débat d'intérêt général est bien l'indice d'une mise en balance d'intérêts concurrents. Il est souvent employé par la Cour européenne des droits de l'homme, comme nous avons pu le constater. La Cour de cassation se prête elle aussi à une pesée des intérêts divergents, à savoir ici la liberté d'expression et la nécessité de protéger contre des comportements de « mystification »³⁶⁶⁹ attentatoire à la propriété d'autrui³⁶⁷⁰, la nécessité de protéger le public d'actes indécents³⁶⁷¹,

³⁶⁶⁴ *Supra*, n°652 ; P. CONTE, note sous arrêt, Crim. 26 février 2020, préc., note 3645, à la page 26.

³⁶⁶⁵ Crim. 26 octobre 2016, préc., note 3642 ; Trib. judiciaire d'Auch, préc., note 2522 ; *supra*, n°657.

³⁶⁶⁶ E. DREYER, « Décrochage d'un portrait présidentiel : vol ou expression d'opinion ? », préc., note 3648, 684.

³⁶⁶⁷ R. MERLE et A. VITU, préc., note 1886, n°461, p. 583.

³⁶⁶⁸ *Id.*, n°470, p. 593.

³⁶⁶⁹ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, préc., note 1944, n°669, p. 385.

³⁶⁷⁰ Crim. 22 septembre 2021, préc., note 2523.

³⁶⁷¹ Crim. 26 février 2020, préc., note 3652

éventuellement de protéger les intérêts fondamentaux de la Nation³⁶⁷². Elle tient compte des agissements reprochés au prévenu, de l'intérêt du sujet à travers sa participation à un débat d'intérêt général, ainsi que de la profession ou de l'appartenance à un mouvement politique des mis en cause³⁶⁷³. Cela traduit cette volonté de pondération, de contextualisation du conflit de valeurs, inspirée de la jurisprudence de la CEDH³⁶⁷⁴. On y voit une démarche de recherche de la proportionnalité de l'atteinte portée³⁶⁷⁵, ce qui laisse entendre que la Cour a pu implicitement considérer que le recours à ce genre de pratiques pouvait s'avérer nécessaire. Il n'y a pas de doute, cette démarche traduit une véritable résolution d'un conflit de droits.

Toutefois, il ne ressort pas explicitement du raisonnement mené que la Cour de cassation opère ici comme elle le ferait avec un fait justificatif. Le raisonnement semble plus lâche, l'appréciation des critères moins strictes, de sorte qu'il demeure incertain de savoir si le raisonnement se rattache à une analyse de justification ou de pondération des intérêts, symptomatique d'une optimisation des droits en conflit.

1029. Nécessité et proportionnalité : en manque de précision sur l'évaluation de ces deux critères. En effet, dans les espèces présentées précédemment, la Cour de cassation s'est prononcée sur le principe même d'une justification par la liberté d'expression, mais sans entrer dans l'analyse factuelle de la résolution. Elle se contente soit d'entériner le raisonnement des juges du fond³⁶⁷⁶, soit de leur intimer d'étudier un argument comme la liberté d'expression³⁶⁷⁷. Cela ne signifie pas pour autant que le recours à cette liberté était nécessairement justifié dans chaque cas. On a une pensée particulière pour le cas des Femmes : dans l'affaire ayant admis le principe de la liberté d'expression comme défense à l'exhibition sexuelle³⁶⁷⁸, la prévenue avait dénudé sa poitrine et dégradé une statue de cire du Musée Grévin représentant Vladimir Poutine, afin de dénoncer la politique de ce dernier. Au regard des conditions propres aux faits justificatifs, on peut se demander si c'est là véritablement le raisonnement suivi. On pense particulièrement à la nécessité, qui doit en principe placer l'agent dans une situation telle que sa marge d'action diminue, lui imposant que sa réponse soit en mesure de conjurer l'atteinte redoutée³⁶⁷⁹. Dans les cas impliquant la liberté d'expression, on pourrait s'interroger

³⁶⁷² Crim. 15 juin 2021, préc., note 2383.

³⁶⁷³ Crim. 26 octobre 2016, préc., note 3642

³⁶⁷⁴ P. CONTE, note sous arrêt, Crim. 26 février 2020, préc., note 3645, à la page 26 ; H. LECLERC, préc., note 3643, 95.

³⁶⁷⁵ H. LECLERC, *Id.*

³⁶⁷⁶ Crim. 26 octobre 2016, préc., note 3642 ; Crim. 26 février 2020, préc., note 3652.

³⁶⁷⁷ Crim. 22 septembre 2021, préc., note 2523.

³⁶⁷⁸ Crim. 26 février 2020, préc., note 3652.

³⁶⁷⁹ *Supra*, n°71.

relativement à l'adéquation entre le recours à la nudité et la dénonciation de la politique d'un État étranger. Si l'expression de telles idées peut sembler nécessaire et le sujet d'un débat sociétal en soi, le moyen choisi par les militants soulève quelques questionnements quant à sa nécessité et sa proportionnalité. N'y avait-il pas d'autres moyens, moins outrageants, pour transmettre le message ? La question aurait pu se prolonger, concernant la dégradation de la statue, relevant de la qualification pénale de dégradation d'un bien appartenant à autrui³⁶⁸⁰. Mais détruire un bien est-il le moyen le plus adéquat pour dénoncer une politique étrangère ? L'absence de renvoi aux juridictions du fond laissera l'observateur sur sa faim quant à la possibilité concrète, dans ce cas d'espèce, de justifier l'exhibition sexuelle ou la destruction de biens au nom d'une expression libre.

De même, dans les décisions récentes relatives au décrochage des portraits, les juges de tous les degrés ne semblent pas faire preuve d'une grande sévérité quant à l'évaluation de la proportionnalité des moyens employés. Si le contexte factuel³⁶⁸¹ peut peut-être rendre la dénonciation de l'urgence climatique nécessaire, la proportionnalité entre l'expression choisie et la valeur sacrifiée aurait sûrement mérité quelques discussions supplémentaires. Les juges ont bien effectué un travail de recherche de proportionnalité, quoique maladroit³⁶⁸² et pas totalement convaincant. Notamment, l'objectif le plus élémentaire du droit pénal n'a pas été discuté par les juges, à savoir le trouble à l'ordre public causé par l'infraction. On pourrait ici aussi légitimement se poser la question de l'adéquation entre le mode d'expression choisi et la valeur que l'on cherche à défendre.

1030. Analyse de la nécessité et proportionnalité inspirée des autres justifications.

On pourrait retrouver une forme de recherche de la nécessité de l'intervention en reprenant les critères utilisés pour décider de la nécessité en matière de bonne foi, c'est-à-dire en évaluant la pertinence du propos à travers sa contribution à un débat d'intérêt général. Dans ce cas, le fait que le lanceur d'alerte commette une infraction pour faire part d'un sujet qui concernerait la société, d'un point de vue sanitaire, politique, environnemental ou autre, pourrait suffire à qualifier la nécessité de son intervention. Ce critère de nécessité ne serait pas forcément difficile à remplir, dans la mesure où, dans la tradition française relative à la bonne foi, quasiment tous les sujets peuvent relever de la nécessité de les aborder publiquement, même ceux relatifs à la

³⁶⁸⁰ Art. 322-1 C. pen. La Cour de cassation ne s'est pas prononcée sur un moyen mal fondé

³⁶⁸¹ Les décrochages de portrait du Président avaient lieu à l'approche d'un sommet international visant à discuter du changement climatique justement : E. DREYER, « Décrochage d'un portrait présidentiel : vol ou expression d'opinion ? », préc., note 3648, 685.

³⁶⁸² *Id.*, 684.

vie privée³⁶⁸³, pourvu qu'ils soient en lien avec un sujet susceptible de solliciter un débat d'intérêt général³⁶⁸⁴. En ce sens, la Cour de cassation a parfaitement transposé la jurisprudence européenne³⁶⁸⁵.

1031. Évaluation par l'intérêt du sujet. S'agissant ensuite de la proportionnalité, on pourrait aussi s'inspirer en partie des décisions rendues en matière de bonne foi, selon la méthode actuellement employée par la Cour de cassation basée sur une analyse objective d'inspiration européenne. Il semble possible d'évaluer la proportionnalité entre la valeur protégée par l'infraction et la liberté d'expression, encore une fois au regard du sujet abordé, c'est-à-dire finalement au regard de la finalité effectivement poursuivie par la prise de parole. Il est définitivement impossible de se passer de cette approche, que l'on retrouve à chaque fois qu'il est question de révéler des informations couvertes par le secret dans la cadre d'une alerte. De même, l'importance, la gravité et l'urgence du sujet abordé par l'alerte devront probablement constituer des bases importantes dans l'évaluation de la proportionnalité, tout comme cela semble être désormais le cas à propos de la bonne foi et comme cela ressort du fait justificatif d'alerte³⁶⁸⁶. À la lumière de ce critère, on pourrait se livrer à une petite expérience, consistant à l'appliquer aux cas évoqués où la liberté d'expression a fait œuvre de fait justificatif. Si l'on considère les arrêts rendus en matière d'escroquerie³⁶⁸⁷ de décrochage du portrait présidentiel³⁶⁸⁸ ou des Femen³⁶⁸⁹, les sujets abordés concernaient pour l'un un parti politique majeur en France, dans l'autre les actions de l'État relativement à la lutte contre le réchauffement climatique, dans le dernier un sujet sociétal qui ne cesse de mobiliser l'opinion publique. Il s'agit à n'en pas douter de sujets relevant d'une grande importance. Toutefois, les questions relatives à un parti politique ne seraient pas caractérisées par la même urgence que celles en lien avec le changement climatique. Il pourrait en être différemment en revanche si l'expression relative au premier sujet s'insérait au cours d'une campagne électorale : dans ce

³⁶⁸³ Civ. 1^{er}, 11 mars 2020, préc., note 2966, par. 6.

³⁶⁸⁴ Civ. 1^{er}, 11 mars 2020, n°19-13.716, préc., note par. 2966 : « la vie amoureuse et sentimentale d'une personne présente, en principe, un caractère strictement privé et, s'il existe un droit du public à être informé, droit qui est essentiel dans une société démocratique et peut même, dans des circonstances particulières, porter sur des aspects de la vie privée de personnes publiques, des publications ayant pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain lectorat sur les détails de la vie privée d'une personne ne sauraient, quelle que soit la notoriété de cette personne, passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société ». (nos soulignements)

³⁶⁸⁵ Par ex. : *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, préc., note 2953, par. 98 à 100.

³⁶⁸⁶ *Supra*, n°765 et 772.

³⁶⁸⁷ Crim. 26 octobre 2016, préc., note 3642.

³⁶⁸⁸ Trib. corr. Lyon, 16 septembre 2019, préc., note 2522 ; Bordeaux, 16 septembre 2020, préc., note 2522 ; Trib. judiciaire d'Auch, 27 octobre 2020, préc., note 2522 ; Trib. judiciaire de Strasbourg, 3 décembre 2020, préc., note 2522 ; Crim. 22 septembre 2021, préc., note 2523.

³⁶⁸⁹ Crim. 9 janvier 2019, préc., note 3662, Crim. 26 février 2020, préc., note 3652.

cas, l'urgence à révéler des informations qui pourraient permettre de porter un nouvel éclairage sur un parti en campagne pourrait s'avérer plus grande. Le sujet de l'avortement n'est pas nouveau et est diffus dans la société depuis plusieurs décennies, mais il pourrait en être autrement, si par exemple se préparait une loi relative à son extension ou à la restriction de ses conditions d'exercice. Encore une fois, le contexte revêt une importance considérable.

1032. Inversement de la logique justificative. En revanche, si l'on prend le second arrêt rendu en faveur d'une Femen³⁶⁹⁰, celle-ci affirmait s'exprimer afin de dénoncer la politique menée par un État étranger. Bien sûr, il ne s'agit aucunement de dire que cela ne relève pas d'un débat d'intérêt général. On peut en effet concevoir qu'une partie non négligeable de la population soit encline à vouloir accéder à des informations y afférant. Pour autant, est-ce que le sujet est suffisamment important pour pouvoir justifier de sacrifier la décence publique et la protection des biens d'autrui ? Il semble ici plus difficile d'affirmer que, dans le cadre de la société française, les questions relatives à la politique russe aient un degré d'importance, de gravité ou d'urgence justifiant de renoncer à l'application de certaines infractions. Cela voudrait dire qu'il n'existerait effectivement pas de réelle proportionnalité entre l'objectif poursuivi et le mode d'expression choisie. Ce n'est pourtant pas la solution retenue par la Cour de cassation :

« Il résulte des énonciations des juges du fond que le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression. »³⁶⁹¹

Certes, on peut expliquer la solution par le fait que le pourvoi ne portait que sur l'infraction d'exhibition sexuelle, ce qui signifie que seule la valeur de la décence publique protégée par cette infraction était en jeu face à la liberté d'expression. Il semble qu'en mettant ces deux impératifs en balance, la Cour de cassation ait considéré que les questions abordées par la Femen avaient plus d'importance que celles relatives à la protection de la décence et de la pudeur. Dans tous les cas, cela confirme la place cruciale occupée par la nature du sujet, son importance et son urgence.

Mais la formulation employée par la Cour de cassation dénote autre chose : elle précise que c'est l'incrimination qui constituerait une ingérence excessive dans la liberté d'expression. Ce n'est donc pas la liberté d'expression qui est contemplée au regard de la nécessité de défendre les valeurs exprimées par la loi pénale, mais ces dernières qui sont évaluées à l'aune

³⁶⁹⁰ Crim. 26 février 2020, préc., note 3652.

³⁶⁹¹ *Id.*, par. 15.

de la liberté d'expression. On se pose la question de savoir si l'infraction d'exhibition sexuelle impose une ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression, ce qui ne revient plus à aborder le problème par le prisme des faits justificatifs, à savoir s'il est opportun dans ce contexte de punir pénalement les faits. Par cette inversion du raisonnement, une telle approche constitue une marginalisation de la répression au nom de la liberté d'expression, ce qui signifie que tout un pan du domaine de cette infraction d'exhibition sexuelle est plus ou moins neutralisée d'un point de vue pénal.

On aurait pu attribuer une telle formulation à une forme de maladresse rédactionnelle ou bien au contexte propre au dossier étudié et qui, par principe, ne ressort pas explicitement de la décision finale. Mais la Cour de cassation a réitéré ce raisonnement dans un arrêt de 2021, en précisant que les juges du fond doivent rechercher « si l'incrimination pénale des comportements poursuivis ne constituait pas, en l'espèce, une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression des prévenus »³⁶⁹². La formulation n'a donc rien d'accidentel. Elle s'éloigne bien d'une logique justificative pour se rapprocher d'une mise en balance correspondant davantage à un contrôle conformité, dans lequel elle ne part plus du principe que l'incrimination pénale se justifie en toute circonstance. La liberté d'expression bouleverse sensiblement l'ordonnancement pénal, démontrant par la même occasion que certaines valeurs autrefois âprement défendues sont aujourd'hui quelque peu dépassées, comme c'est le cas ici de la décence publique dans le cadre de l'exhibition sexuelle.

1033. Autre critère d'évaluation : comportement de l'auteur. Dans un second temps, le comportement du lanceur d'alerte pourrait aussi servir de critères d'évaluation, mais avec une importance moindre que celle accordée au sujet abordé. Son attitude est évoquée dans la défense d'alerte³⁶⁹³, dans l'évaluation de la diffamation et de ses justifications française et canadienne³⁶⁹⁴. Le fait que la même liberté fondamentale intervienne dans le contexte unique qu'est l'alerte rend d'autant plus souhaitable de ne pas trop faire varier les critères d'analyse et leur place respective, au risque de créer des inégalités difficilement justifiables. On encourait le risque de justifier l'alerte dans un cas et non dans l'autre, selon les critères retenus par les juges, et non selon le contexte dans lequel l'alerte a été lancée.

Ainsi, la légitimité de l'expression devrait aussi être nuancée par les motivations ayant poussé à la prise de parole. Un plus grand désintéressement devrait permettre de considérer

³⁶⁹² Crim. 22 septembre 2021, préc., note 2523.

³⁶⁹³ *Supra*, n°741 à 745.

³⁶⁹⁴ *Supra*, n°995 et suiv.

avec un plus grand sérieux l'alerte, que si celui qui la lance agit pour régler ses comptes, ou pour servir ses propres intérêts. De même, un effort mené pour vérifier les sources et la fiabilité de l'information donnera plus de crédit à la prise de parole, que si le lanceur d'alerte se précipitait pour divulguer. Le lanceur d'alerte n'étant pas un professionnel de l'information, il semblerait toutefois déraisonnable de faire peser sur ce dernier les mêmes exigences éthiques qu'à un journaliste. Par ailleurs, il n'est pas certain que le critère de la prudence dans l'expression soit réellement applicable ici. Si l'on prend le cas des Femen dénudant leur poitrine ou des décrocheurs des portraits présidentiels, il semble même que la question de la prudence dans la forme de l'expression soit même totalement passée sous silence. En matière d'opinion, la prudence n'ait plus lieu d'être. Ces critères n'éclairent donc pas l'évaluation faite de la liberté d'expression dans ces contextes, renforçant l'idée de la spécificité de la justification par la bonne foi. On peut y voir une forme d'autonomisation des critères pertinents dans le cadre de la liberté d'expression, permettant de ne pas en faire qu'une forme bonne foi étendue à toutes les infractions. La liberté d'expression comme justification se généralise, que ce soit dans un contexte général ou dans celui plus spécifique de l'alerte et n'a plus forcément de rapport avec l'énonciation de faits potentiellement attentatoire à la réputation d'autrui. Les enjeux dépassent cette seule question. La distinction entre faits et opinions s'estompe³⁶⁹⁵, de même que celle entre protection de la réputation et des autres enjeux. C'est ce qui peut expliquer aussi pourquoi les critères si spécifiques liés à la bonne foi et qui demeurent malgré les évolutions de son analyse ne sont pas forcément adaptés au contexte plus global dans lequel s'inscrit ici la liberté d'expression.

1034. Sévérité de l'évaluation. L'utilisation de la liberté d'expression en tant que norme de contrôle de conformité des textes pénaux est susceptible de créer bien des incertitudes. Bien que l'on puisse se réjouir pour le lanceur d'alerte qu'elle ait maintenant intégré la matière pénale pour apporter un degré de nuance supplémentaire à l'application des textes pénaux, il reste que l'on ne sait pas si les juges vont éviter tout débordement vers une casuistique exacerbée. Avec la logique actuellement employée par la Cour de cassation, il existe effectivement un risque de voir dériver l'application du droit pénal vers une instrumentalisation de ce dernier, au nom des préférences de chacun quant au mode d'expression qui lui semble le plus spectaculaire, le plus choquant, le plus évocateur, sans pour autant que cela soit le plus respectueux des intérêts en jeu. Comme le souligne un auteur, on peut y voir ici un risque de

³⁶⁹⁵ B. DE LAMY, « Le “débat sur un sujet d'intérêt général” comme justification des infractions de presse », préc., note 3416, 22.

glissement de justifications vers des intérêts particuliers, là où elles ont pourtant plutôt vocation à servir la société dans son ensemble³⁶⁹⁶.

1035. Conclusion. L'avancée en faveur de la prise en compte de la liberté d'expression demeure considérable, particulièrement pour les lanceurs d'alerte. L'émergence d'un tel raisonnement est de nature à leur accorder une plus grande latitude pour exprimer leurs craintes, tout en leur permettant repousser les assauts du droit pénal pour tous les actes aboutissant à l'alerte. L'admission d'une telle justification permet aussi de jeter un regard neuf sur certaines affaires plus anciennes, qui n'avaient pas été étudiées sous l'angle de la liberté d'expression en tant que justification, ni même envisager de considérer les objecteurs de conscience comme des lanceurs d'alerte. Par exemple, est-ce que les fauchages de champs d'OGM auraient pu être justifiés en tant que forme d'expression d'une opposition à ce type de cultures ?³⁶⁹⁷ Est-ce que les opérations de démontage sans violence d'une franchise américaine pour dénoncer la dégradation de l'alimentation et l'absence de réactions des instances européennes³⁶⁹⁸ auraient pu entrer dans une catégorie d'expression susceptible de neutraliser la qualification pénale applicable à ces faits ? Une telle justification ne paraissait pas possible, ni même envisageable, 20 ans plus tôt. Peut-être est-ce le tort d'avoir raison trop tôt... La question n'est aujourd'hui pas si différente s'agissant des militants antispécistes qui procèdent à la dégradation de boucheries pour faire valoir leurs idées en défaveur de la consommation de viande³⁶⁹⁹. Seront-ils eux aussi susceptibles d'avancer leur droit à la liberté d'expression pour justifier leur acte ? Et surtout, le recours à cette forme d'action trouvera-t-il sa place à travers le filtre des critères de la justification basée sur cette liberté fondamentale ?

Ce raisonnement basé sur la résolution d'un conflit entre infraction et liberté d'expression a fait des émules, puisque dans le Luxembourg voisin de la France, et dont le système juridique est si proche, la Cour d'appel du duché a elle aussi clairement reconnu le caractère primordial de la liberté d'expression. Plus encore,

« Cette liberté essentielle (...) ne saurait être mise en échec par les règles nationales internes. Ainsi, dans le cadre d'un débat sur une question d'intérêt général portant sur l'évitement fiscal, la défiscalisation et l'évasion fiscale, la liberté d'expression du

³⁶⁹⁶ E. DREYER, « Décrochage d'un portrait présidentiel : vol ou expression d'opinion ? », préc., note 3648, 686.

³⁶⁹⁷ Crim. 7 février 2007, préc., note 2380 ; Crim. 3 mai 2011, n°10-81.529, Juris-Data n°2011-007727, R.P.D.P. 2011. 693, note Lepage ; Crim. 25 mai 2016, préc., note 2380.

³⁶⁹⁸ Gilbert LAVAL, « Le briseur de McDo reste au frais. Les juges décideront jeudi du sort du syndicaliste José Bové », *Libération*, 1^{er} septembre 1999, p. 19.

³⁶⁹⁹ Laurence GIRARD, « Les éleveurs se mobilisent contre l'offensive végane », *Le Monde.fr*, 3 octobre 2017 : < https://www.lemonde.fr/economie/article/2017/10/03/les-eleveurs-se-mobilisent-contre-l-offensive-vegane_5195389_3234.html>.

lanceur d'alerte peut, le cas échéant et sous certaines conditions, prévaloir et être invoquée comme fait justifiant la violation de la loi nationale. »³⁷⁰⁰

Même s'il peut sembler qu'il existe encore un certain chemin à parcourir, particulièrement pour correctement circonscrire les limites de cette nouvelle forme de justification, les juges français ont fait preuve d'une rare ingéniosité en se saisissant des textes supranationaux pour en faire des causes de justification d'infractions, à la façon de juges de *common law*. En revanche, ce qui est une démarche courante chez ces cousins éloignés ne l'est certainement pas dans un pays de droit écrit comme la France, ce qui la rend d'autant plus remarquable. Il y a un rapprochement notable dans les raisonnements entrepris, dans deux traditions juridiques pourtant si différentes. Il semble que les juges français cèdent eux aussi à un certain pragmatisme, ce qui se fait au détriment des grands principes de la matière pénale, avec le risque de faire basculer celle-ci dans une casuistique sans fin.

1036. Conclusion de chapitre : convergence des méthodes judiciaires vers l'optimisation des droits. À l'issue de l'analyse comparative des méthodes judiciaires pour résoudre les conflits de droits et plus particulièrement celui opposant droit à la confidentialité et droit à la liberté d'expression, il apparaît que la question de la légitimité des intérêts en jeu a presque disparu. Là où elle avait une place relativement importante, en termes de nécessité, dans le cadre des défenses légalement établies, particulièrement en matière pénale, la question n'a plus lieu d'être quand la résolution est fondée directement sur l'identification d'un conflit de droits fondamentaux. Les juges proposent des méthodes de résolution du conflit dénotant un changement de méthodologie considérable, dans la mesure où il n'est plus question de déterminer une priorité, par la plus ou moins grande légitimité des intérêts défendus, avant de procéder à une mise en balance de proportionnalité. Au contraire, les intérêts en conflit se valent et il n'est plus question d'en sacrifier l'un au profit de l'autre. C'est une bonne chose pour le lanceur d'alerte, dans la mesure où, cela pourrait être l'opportunité de valoriser son action, au même titre que la confidentialité de l'information économique l'est. Ce changement de perspective pourrait être l'occasion de le débarrasser de son image négative, pour lui donner une légitimité plus encline à refléter l'utilité sociale de son action.

Les juges internes semblent aussi sensibles à ce changement d'analyse, ce qui se ressent particulièrement à travers certaines justifications précises. L'étude des transformations de la justification par la bonne foi à la lumière de la défense de communication responsable, ainsi que la généralisation de la liberté d'expression comme justification apparente est

³⁷⁰⁰ Cour d'appel du Luxembourg, 5^e chambre, 15 mai 2018, préc., note 187.

particulièrement révélatrice de ce changement de méthode analytique entrepris en France par la jurisprudence.

Conclusion du Titre 2

1037. Influence anglo-saxonne. De plus en plus, l'influence de la Cour européenne et du modèle anglo-saxon de résolution des conflits se fait sentir. D'une part, parce que l'analyse d'un conflit de droits ne peut se passer d'une analyse en termes de droits fondamentaux. Cela impose de revenir vers les grandes chartes et conventions déclaratives, afin de vérifier leur applicabilité. En effet, ce n'est pas parce que l'on souhaite inscrire le conflit dans cette perspective que les conventions et leurs principes résolutoires seront effectivement d'une quelconque utilité. A cette occasion, nous avons pu vérifier qu'il n'existait effectivement aucune hiérarchie entre le droit à la confidentialité et la liberté d'expression, pas plus au niveau législatif que supra législatif. Cette première conclusion a permis de confirmer la pertinence de compléter l'analyse du conflit autour de l'alerte par les solutions proposées par la Cour européenne et la Cour suprême, en se référant directement à un conflit de droits fondamentaux.

D'autre part, l'analyse du raisonnement des juges a permis de mettre en lumière l'importance de plus en plus prégnante prise par le modèle de l'optimisation des droits. Cette irruption dans le droit français interroge, surtout dans la mesure où elle remet fortement en question l'uniformité des infractions pénales et des principes propres à la matière. Il est évident que ce nouveau mode de résolution est favorable au lanceur d'alerte, dans la mesure où la totalité des infractions dont il peut se rendre coupable dans le processus l'amenant jusqu'à la divulgation publique de l'information économique sera potentiellement abritée sous le couvert de la liberté d'expression. C'est bien là d'ailleurs le but recherché. On comprend ainsi l'importance de la place acquise par la liberté d'expression, à condition de bien vouloir tenir compte des finalités recherchées par l'alerte. D'une certaine manière, « l'examen du caractère responsable de la conduite du diffuseur est « un prix acceptable à payer en retour d'une discussion libre et ouverte »³⁷⁰¹. Néanmoins, il reste à savoir quel est ce prix, notamment relativement à la cohérence du droit pénal français³⁷⁰².

³⁷⁰¹ *Cusson c. Quan*, 2007 ONCA 771, par. 142.

³⁷⁰² J.-C. SAINT-PAU, Note sous arrêt *Dupuis c. France*, préc., note 3273, 121.

Conclusion de la Partie 2

1038. Nécessité d'une résolution. Le conflit opposant droit à la confidentialité des personnes morales et droit à l'expression de ses convictions pour le lanceur d'alerte ne peut rester irrésolu. Le droit propose diverses solutions, qui révèlent un certain esprit de compromis. Le conflit peut parfois tourner en faveur de la confidentialité, parfois au profit de la liberté de parole, mais la situation ne peut rester en l'état.

Deux modèles de résolution différents se dégagent de cette étude. Dans le premier, le conflit peut être résolu de façon abstraite, en ayant recours à des conditions précisées à l'avance. Lorsque le conflit est ainsi régulé par le législateur, les principes fondamentaux lui imposent de faire preuve d'une certaine précision, ce qui circonscrit nécessairement son domaine d'intervention. On ne peut pas envisager, dans ces circonstances, qu'un texte puisse résoudre l'ensemble des situations d'alerte. Il ne disposerait pas de la prévisibilité et de la précision nécessaire et dont auraient pourtant bien besoin les lanceurs d'alerte. Cette méthode de résolution est nécessairement segmentaire, d'autant plus que la très grande variété des hypothèses d'alerte rend difficilement concevable de mettre en place un seul et unique texte, satisfaisant pour chacune d'entre elles. D'un autre côté, ces résolutions prédéterminées et abstraites conduiront nécessairement à un résultat sacrifiant systématiquement une valeur au profit de l'autre. On ne cherche pas ici de solution intermédiaire.

La seconde méthode de résolution des conflits ne prédit pas à l'avance comment elle tranchera. Se basant essentiellement sur l'office des juges, il n'est plus question de prévisibilité. L'absence de prévisibilité est encore alourdie par l'impossibilité de hiérarchiser entre eux les droits en jeu dans le présent conflit. Les caractéristiques principales de cette méthode sont qu'elle est concrète, très ancrée dans la réalité, et qu'elle ne part pas du principe que le sacrifice de l'un des deux droits en conflit est inéluctable. Si elle peut manquer de prévisibilité, mais elle ne permet d'écarter aucun litige, ni aucun droit. On s'attache davantage à les ménager.

1039. Incertitudes. Il n'est pas question de prétendre que l'une des deux méthodes est meilleure que l'autre. Chacun à ses vertus et ses défauts et de incertitudes demeurent encore quant à la confrontation de la liberté d'expression à l'interdit pénal. Néanmoins la comparaison a permis de montrer que le modèle traditionnel plaçant l'un des deux droits dans le domaine de l'exception s'efface peu à peu. L'influence CEDH et de la *common law* est sensible ici. Cette introduction dans le modèle français n'est pas sans soulever quelques questionnements relatifs à la viabilité de tels changements et particulièrement sur une matière comme le droit pénal.

Conclusion générale

1040. Ambivalence de l'information économique. L'information économique, entendue dans son sens le plus large, englobe possiblement un grand nombre de notions préexistantes en droit. Que ce soit la propriété industrielle, les savoir-faire, ou encore les notions nouvelles au Canada et en France de secrets industriel et commercial, l'ensemble participe à la description d'éléments qui sont au cœur du paradoxe que nous avons identifié d'emblée : ces notions sont à la fois essentielles à l'épanouissement des personnes morales et nécessaires à l'information du public. Pour les premières, cet épanouissement n'est pas seulement basement pécuniaire, bien que cela soit incontestablement un aspect crucial, il s'entend aussi du point de vue du potentiel innovant et du développement de nouvelles technologies. Cela est un enrichissement pour l'entreprise qui exploite ces informations économiques et, à terme, pour l'ensemble des consommateurs également. Pour le second, l'accès à l'information économique peut s'avérer capital, afin de connaître exactement ce à quoi chacun est exposé, pour se protéger d'éventuels dangers ou des dérives commerciales du secteur privé. C'est un enjeu là encore démocratique, celui de permettre à chacun de former ses propres choix en conscience, sur la base d'une information transparente et s'approchant le plus possible d'une certaine vérité.

1041. Dualité des critères d'identification. Cette présentation, que l'on défende le point de vue de la réservation ou au contraire de la libre circulation des informations économiques, est basée sur une conception unique de cette notion. Ces dernières reposent sur deux qualités fondamentales, que toutes les catégories juridiques d'information ont en commun : elles ont une valeur identifiable objectivement et elles sont secrètes. C'est bien pour ces deux qualités qu'elles sont autant convoitées. Leur valeur est source de richesse et de prospérité pour la personne morale qui les détient, ce qui ne peut être atteint que par le secret. *A contrario*, le secret est combattu par les défenseurs de la transparence parce que ce dernier est le meilleur moyen de garantir la valeur et l'enrichissement, parfois au détriment d'autrui. Le secret brise une certaine forme d'égalité, dans l'accès à l'information à tout le moins. Cette double qualité, de valeur et de secret, permet de créer une catégorie juridique *sui generis* d'information économique, dans laquelle on peut inclure des données qui ne reçoivent actuellement pas nécessairement une protection juridique spécifique, mais aussi de permettre d'assurer une reconnaissance à de futurs éléments, qui bénéficieront aussi de la protection garantie à celle-ci.

1042. Dualité de fondements de la protection. Résumer l'information économique à ces deux caractéristiques les plus essentielles se traduit aussi juridiquement, car cela permet d'identifier les deux fondements juridiques participant à sa protection. La valeur est plutôt défendue à travers la notion de propriété, tandis que le secret est associé à la vie privée. L'un et l'autre de ces droits reçoivent une protection d'ordre constitutionnel et international, de sorte que sur le plan purement formel, il est impossible de décider lequel serait le plus à même de garantir la protection de l'information économique. En revanche, si l'on entre dans le détail de l'objet de chacun des deux droits, on s'aperçoit que la vie privée et ce qui s'y apparente sont plus adaptés à la protection de l'information économique en tant que telle. La notion de bien est certes un intérêt, mais on ne peut en revendiquer la valeur qu'à la condition de pouvoir le réserver exclusivement. Or, s'agissant de l'information, cette réservation n'est possible que par l'intermédiaire d'autres outils juridiques, par exemple par la maîtrise de son support ou celle de sa diffusion. Dans le premier cas, la réservation de l'information économique n'est qu'indirecte. Dans le second, elle est directe grâce à la maîtrise de cette diffusion. Cette technique permet davantage de garantir le secret et par ricochet, déterminera la valeur de l'information économique. On trouvera tout de même d'utiles outils, pénaux et civils, dans la propriété, participant à sa protection et invocable par ceux qui souhaitent en conserver les bénéfices.

Quant au secret, la malléabilité de la notion de vie privée a permis d'en développer une forme adaptée aux personnes morales, qui ne peut être tout à fait la même que celle des personnes physiques. C'est pourquoi il a été fait le choix de la décrire sous la forme d'un droit à la confidentialité, afin de démontrer que le secret que peut revendiquer une entité incorporée ne sera jamais tout à fait le même que celui des êtres de chair et de sang. Là encore, avec la protection de l'information économique dans une forme de confidentialité protégée au plus haut niveau vient la possibilité de lui faire bénéficier de tous les mécanismes pénaux et civils liés à la protection de ce droit : par les secrets d'ordre professionnel, par le devoir de loyauté, par les mécanismes civils de protection du secret commercial en France et du secret industriel au Canada... Bref là non plus, les techniques de protection ne manquent pas.

On ne prétend pas que cette dualité de fondement impose de choisir entre les deux et d'appuyer fermement et définitivement le recours de l'un, au détriment de l'autre. Simplement, il semble que la protection de la propriété de l'information économique ne peut pas se concevoir sans aucune confidentialité, ce qui fait d'elle le fondement le plus essentiel des deux. La propriété est imparfaite et les instruments théoriques la garantissant ne sont pas nécessairement adaptés à la nature immatérielle de l'information.

1043. Complémentarité des fondements. Quoi qu'il en soit, le fait que la protection de l'information économique passe par deux fondements différents offre en réalité un double rempart très efficace : contre tous les actes préalables et nécessaires à la divulgation de l'information, et contre les actes de divulgation eux-mêmes. Ainsi, la protection de l'information passe essentiellement par la prohibition de tout acte tendant à permettre la fuite de l'information contre de la volonté et le consentement de la personne morale qui en est la gardienne. Le recours à la propriété permet d'englober tous les actes préliminaires à la révélation elle-même, par la copie, la reproduction ou toute autre manipulation, particulièrement du support de l'information. Quant à la confidentialité, elle permet de prohiber la divulgation elle-même, mais aussi toutes ses conséquences, particulièrement relatives à l'atteinte à la réputation de la personne morale directement en lien avec l'information révélée. Ainsi, même si conceptuellement, le droit à la confidentialité des personnes morales est le fondement qui explique le mieux la réservation de l'information économique, le droit à la propriété offre un complément tout à fait pertinent. La combinaison permet alors de garantir la protection de l'information durant tout le processus aboutissant à la communication de renseignements sensibles.

1044. Fondements de la divulgation. À l'opposé, lorsque le lanceur d'alerte souhaite au contraire lever le secret entourant l'information économique, c'est au nom des libertés de l'esprit qu'il peut le faire. D'abord, la liberté de conscience n'est pas véritablement une prérogative positive, dans la mesure où son exercice se confondra le plus souvent avec d'autres droits fondamentaux, comme la liberté d'expression ou le droit à la vie privée, dans son volet épanouissement personnel. Mais de manière négative, cette liberté permet à celui qui la revendique de mettre son comportement en adéquation avec ses convictions profondes, de ne pas se voir imposer de se conformer à une obligation qui le choque ou le répugne dans son corps de valeurs existentielles le plus essentiel. Cette possibilité pourrait lui permettre, par exemple, d'éviter de devenir complice d'actes illégaux, à la demande de son employeur, au prétexte de l'obligation de loyauté due à ce dernier, de refuser de laisser cours à des pratiques discriminatoires ou hostiles dans le milieu professionnel, à des actes de cruauté envers les animaux, à des pratiques polluantes... Ainsi, cette liberté de conscience pourrait permettre de neutraliser le devoir de loyauté et l'obligation de discrétion qu'elle implique, si elles s'avèrent incompatibles avec la possibilité de mettre sa vie professionnelle en conformité avec ses valeurs. C'est d'ailleurs ce qui confère sa dimension éthique à l'alerte.

S'il est possible de neutraliser ainsi le devoir de loyauté, un des obstacles majeurs à la prise de parole a cédé. Ce qui nous amène alors à la seconde liberté de l'esprit fondant la diffusion de l'information économique : la liberté d'expression. Droit fondamental aux racines profondément ancrées dans la forme démocratique de la vie sociale, elle est aussi un facteur d'épanouissement personnel et d'émergence de la vérité. L'ensemble de ces fondements sont essentiels pour comprendre le phénomène de l'alerte, à la croisée entre la quête personnelle et le service d'un bien commun supérieur. L'information économique devient information dévolue à l'expression à partir du moment où le lanceur d'alerte, qui y a accès de façon privilégiée, décide de rompre le secret l'entourant. La notion de secret est donc là aussi fondamentale, car sans elle, l'alerte ne se justifie plus vraiment.

1045. Droit moyen et droits fins. Pourtant, la liberté d'expression du lanceur d'alerte est insuffisante pour comprendre toute l'ampleur du choix qu'il a fait. S'agissant d'un conflit de droits, d'un antagonisme entre deux enjeux contradictoires qu'il convient de trancher, cela doit l'être sur la base d'une vue complète des enjeux des révélations litigieuses. Ainsi convient-il d'adjoindre à la liberté d'expression les motivations du lanceur d'alerte, car elles donneront toute la dimension, toute l'importance de la prise de parole. L'alerte ne se comprend que parce que celui qui la lance entend atteindre un autre objectif, plus lointain et pourtant plus pressant, que celui simplement de s'exprimer. En ce sens, la liberté d'expression n'est qu'un vecteur, un droit moyen, au service d'une finalité. C'est ce qui fait toute la singularité de la prise de parole du lanceur d'alerte et qui ne permet pas de l'assimiler, ni à un journaliste ni à un collaborateur, volontaire ou non, de la justice.

1046. Résolution du conflit : vision double du rapport d'équilibre. Une fois que les termes du conflit s'organisant autour du sort de l'information économique ont été établis, il reste à savoir comment résoudre un tel conflit. La réponse à cette question conditionnera en général le sort du lanceur d'alerte, afin de savoir si son expression s'imposait ou si au contraire, la nature des faits révélés ne justifiait pas de renoncer à la protection de la confidentialité. Pour y parvenir, deux voies sont empruntées, chacune se révélant recourir à deux points d'équilibre différents entre les deux parties du conflit.

1047. La résolution offerte par le législateur. D'une part, le législateur a le loisir de procéder lui-même directement à la résolution de ce conflit. Il le fait déjà en incriminant les actes préalables et contemporains à l'alerte, auxquels il convient d'ajouter les infractions limitant la liberté d'expression au nom de la protection de la réputation. En effet, ce droit fondamental s'exerce librement, à l'exception des restrictions qui y sont limitativement

apportées. Il n'est donc en principe pas nécessaire de protéger une telle liberté et les droits canadiens et français ne s'y tentent pas. Au contraire, le législateur a plutôt tendance à circonscrire ses limites, dont les atteintes à la réputation font partie. Dans le cas de l'information économique, elles sont rendues possibles par la divulgation de celle-ci et donc par la violation du droit à la confidentialité dont bénéficient les personnes morales. La diffamation est un moyen efficace de dissuader de révéler, au regard des sanctions de nature pénale qui y sont associées. Ainsi, quand il s'agit de protéger l'information économique les législateurs opèrent par voie d'incrimination au pénal, par la voie de la responsabilité civile ou contractuelle au civil.

1048. Point d'équilibre en faveur de la confidentialité. À l'inverse, lorsque le conflit est tranché en faveur de la liberté d'expression, le législateur canadien a tendance à recourir à des moyens de défense tant au civil qu'au pénal. Son homologue français utilise quant à lui essentiellement la technique des faits justificatifs en matière pénale et la voie d'exception en matière civile. Même si les possibilités sont relativement nombreuses de lever la protection de l'information économique, on remarque que rares sont les cas dans lesquels les législateurs érigent directement l'alerte en valeur qu'il est bon de défendre, au point d'en faire le fondement d'un interdit pénal visant la censure de sa parole. C'est bien le cas du crime canadien prohibant les mesures de représailles³⁷⁰³, mais ce dernier reste certainement une exception. Or, les hypothèses dans lesquelles on peut justifier l'alerte restent dans le domaine de l'exception. Les conditions posées pour obtenir une légitimation de celle-ci restent assez strictes et nécessairement plus difficiles à remplir. Même quand le législateur français a édicté un fait justificatif d'alerte, il l'a fait dans des conditions sévères, qui reflètent plutôt une certaine défiance à l'égard de ce phénomène.

Cette attitude du législateur, qui autorise avec parcimonie l'alerte est peut-être révélatrice d'un *a priori* encore défavorable à l'encontre de ce phénomène. Le choix de maintenir celle-ci dans le domaine de l'exception, par le recours à des faits justificatifs et à des défenses plutôt qu'à une protection positive tend à laisser penser que le législateur accorde implicitement une priorité à la confidentialité. C'est comme si le plateau, de ce côté-ci de la balance était naturellement plus lourd. On l'a dit, cela peut se comprendre d'un point de vue pragmatique, dans la mesure où une confidentialité perdue ne peut se retrouver. Dans cette mesure, mieux vaut s'assurer de garantir le principe de la confidentialité et de ne permettre que par exception à y déroger.

³⁷⁰³ Art. 425.1 C. crim. *Supra*, n°772.

Mais ce choix peut aussi être associé au modèle de la priorité des droits, tel que décrit par le professeur Tremblay³⁷⁰⁴. Dans celui-ci, il existerait une priorité donnée aux droits garantis, sur d'autres valeurs, en raison de la « force spéciale »³⁷⁰⁵ qui lui est reconnue juridiquement, par exemple en l'adossant à la Constitution. Ce statut n'empêche pas d'y apporter des dérogations, mais en invoquant des intérêts, des valeurs, des droits au moins aussi importants : « un gouvernement ne pourrait pas légitimement limiter ou outrepasser un droit garanti si l'objectif visé était de promouvoir des intérêts sociaux relativement moins importants ou urgents »³⁷⁰⁶. Cette position suppose alors de procéder à une forme de hiérarchisation, de priorisation des intérêts, pour définir ceux qui peuvent atteindre le degré d'intérêt suffisant pour justifier de renoncer, en partie et dans un cadre donné, à la protection d'un droit fondamental.

« Le modèle de la priorité des droits présuppose nécessairement l'existence d'un ordre normatif substantiel établissant dans l'abstrait les droits qui, en principe, ont priorité sur les valeurs et les intérêts concurrents, ainsi que les valeurs et les intérêts concurrents qui, en principe, peuvent légitimement justifier des restrictions à ces mêmes droits. »³⁷⁰⁷

Le recours aux différents moyens de défense et aux justifications répond à un tel modèle de la priorité des droits : les valeurs défendues légalement et particulièrement par le biais du droit pénal sont considérées comme les plus dignes de respect. Il faudra alors que celui qui souhaite se justifier démontre que ce qu'il défend à titre individuel a autant de poids que la valeur générale choisie par le législateur. Dans le cadre de l'alerte, il s'agit de se demander si le discours du lanceur d'alerte et la valeur qu'il entend défendre par sa dénonciation peuvent être considérés comme suffisamment importants pour permettre de faire céder la priorité qui semble implicitement acquise à la confidentialité.

1049. Priorisation défavorable à l'alerte. Ce modèle implique nécessairement un jugement de valeur à propos de ce qu'il est bon ou non de défendre et nous avons pu constater que l'alerte est rarement, si ce n'est jamais, une valeur qu'il estime digne d'un tel traitement. Au contraire, nous avons vu que la technique pénale est majoritairement utilisée à la faveur d'infractions entretenant la confidentialité, révélant par la même occasion le regard que le législateur porte sur l'alerte et la dénonciation de manière plus générale. C'est celui d'une certaine méfiance et l'on ne peut pas dire que les maigres tentatives menées pour donner un peu plus d'espace à cette nouvelle sorte de prise de parole soient réellement satisfaisantes. Ce n'est pas tant que la liberté d'expression est objectivement moins importante que la confidentialité,

³⁷⁰⁴ L. B. TREMBLAY, préc., note 1950, 434 et suiv.

³⁷⁰⁵ *Id.*, 434.

³⁷⁰⁶ *Id.*, 435.

³⁷⁰⁷ *Id.*

puisque de toute évidence, ces deux droits ont la même force normative. C'est plutôt que le législateur a tendance, face au conflit les opposant dans le contexte d'une alerte économique à privilégier la seconde au détriment de la première, instaurant de fait une priorité implicite.

1050. La résolution offerte par le juge. À l'opposé, les juges proposent une approche tout à fait différente de la façon dont peut se résoudre le même problème de conflits de droits. Contrairement au législateur, les juges n'ont pas le pouvoir politique ni la légitimité démocratique pour se prêter à un jeu de choix et de priorité des valeurs à sauvegarder. Les juges sont poussés par un autre impératif non moins important : apporter une solution aux problèmes juridiques qui lui sont soumis. Il ne leur appartient pas de choisir entre les intérêts antagonistes, à la manière du législateur, mais de trouver la solution la plus juste au conflit qui leur est soumis.

Cette absence de choix préalable en faveur de l'une ou de l'autre des valeurs en conflit est confirmée par le fait qu'il n'existe pas de possibilité d'établir une hiérarchie formelle et acceptée entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la confidentialité. Il n'existe pas de base juridique sur laquelle les juges pourraient justifier de privilégier l'un ou l'autre des droits. Aussi, il paraît d'autant plus logique que, confrontés au problème de l'alerte, ces derniers se livrent à une optimisation des droits : « toutes les valeurs constitutionnelles concurrentes ont le même statut dans l'ordre constitutionnel (...). Il n'y a aucun ordre de priorité, lexical ou autre, entre elles. En principe, toutes les valeurs constitutionnelles ont le même poids. »³⁷⁰⁸ Cette absence d'attribution de toute force normative particulière aux droits fait en sorte qu'il faille alors les optimiser, ce qui paraît d'autant plus essentiel concernant le présent conflit que l'on n'est pas parvenu à hiérarchiser la confidentialité par rapport à la liberté d'expression et inversement. L'optimisation impliquera de trouver le moyen de les réaliser toutes deux le plus possible, en tenant compte du « contexte factuel et juridique qui a fait naître le conflit »³⁷⁰⁹. Il n'apparaît alors plus nécessaire de s'interroger sur la nécessité de porter atteinte ou non à l'un ou l'autre des droits, dans la mesure où le caractère fondamental du droit en jeu justifie à lui seul l'impératif de conciliation.

1051. Critères essentiels à la résolution judiciaire du conflit. Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que, lorsqu'il s'agit de concilier la liberté d'expression avec un impératif contradictoire imposant une certaine discrétion, deux éléments s'avèrent particulièrement essentiels à l'analyse. Premièrement, la nature des faits révélés a une importance capitale pour

³⁷⁰⁸ *Id.*, 442.

³⁷⁰⁹ *Id.*

apprécier l'importance de les dénoncer, par rapport à l'intérêt de maintenir la confidentialité. Cela confirme que le conflit n'interroge pas seulement la liberté d'expression, mais aussi l'objectif plus lointain recherché par le lanceur d'alerte, révélé dans les propos tenus. Deuxièmement, l'attitude du lanceur d'alerte a son importance, et particulièrement sa bonne foi. L'analyse de la jurisprudence, particulièrement celle relative aux défenses applicables en matière de diffamation, révèle qu'il est prioritaire de savoir si le lanceur d'alerte a avant tout cherché à informer le public et non pas à nuire, plutôt que de vérifier la vérité de ce qu'il dit.

1052. Critères universels de l'alerte. Il est toutefois assez remarquable que ces deux éléments se retrouvent en réalité, chaque fois que l'on cherche à résoudre le conflit impliquant le lanceur d'alerte. Pour les infractions de diffamation, l'analyse objective des propos a son importance et correspond à l'élément matériel, à l'*actus reus* de l'infraction ; pour les justifications de nécessité, de légitime défense, les droits de la défense, ou l'alerte elle-même, l'objectif défendu par la prise de parole a chaque fois une importance capitale pour pouvoir les admettre. Mais l'unicité de l'analyse est encore plus flagrante s'agissant de la bonne foi. L'analyse des diffamations a montré que l'élément moral ou *mens rea* des infractions françaises et canadiennes ont un fort lien avec la connaissance du caractère faux des propos, ce qui veut dire à l'inverse que son ignorance permet d'échapper à la répression. C'est surtout le fait que le droit français présume cette connaissance qui pose ici difficulté.

Quant aux faits justificatifs légalement établis, ils ont également un aspect intellectuel. Le fait justificatif d'alerte exige explicitement la bonne foi, ce qui correspond déjà aux conditions dans lesquelles les juges permettaient la levée de l'obligation de loyauté d'un point de vue civil. Les faits justificatifs de nécessité et de légitime défense accordent une certaine importance aux motivations de l'auteur, dans la mesure où celles-ci doivent effectivement tendre à conserver la valeur énoncée comme celle que l'on cherche à conserver.

1053. Priorité de la bonne foi par rapport à la vérité. Il existe donc une convergence générale des critères permettant de résoudre le conflit entre liberté d'expression et confidentialité dans le contexte d'une alerte. La bonne foi y tient une place primordiale, ou du moins devrait systématiquement en tenir une. Ce n'est pas tant la vérité du propos qui importe. D'ailleurs, on a pu voir qu'il s'agissait d'une notion assez impalpable et très relative. Exiger alors la vérité des propos paraîtrait quelque peu irréaliste. À l'inverse, la bonne foi permet de s'assurer que l'alerte est véritablement éthique, qu'elle est mise au service de l'intérêt public, ce qui n'implique pas nécessairement qu'elle soit vraie. En outre, ce ne sont pas seulement les propos vrais (si du moins on arrive à démontrer infailliblement qu'ils le sont) qui

contribuent à un débat de qualité. La recherche de la vérité, fondement important de la liberté d'expression, passe aussi par la possibilité de confronter les points de vue contradictoires, dont pourra émerger une certaine vérité, partagée par un nombre important de personnes. Enfin, le critère de la bonne foi ouvre la voie à la possibilité pour le lanceur d'alerte de se tromper et de tout de même bénéficier de la protection liée à ce statut.

1054. Perspective jurisprudentielle sur l'alerte. Par comparaison, le regard que les juges portent sur l'alerte apparaît plus généreux, plus protecteur que ce qu'offrent les législateurs. Contempler le statut législatif depuis les avancées jurisprudentielles réalisées dans ce domaine révèle d'autant plus le chemin qu'il reste à parcourir pour parvenir à une situation plus équilibrée, laissant autant la place à la liberté d'expression et d'information qu'à la confidentialité nécessaire à une certaine prospérité économique. La question de la bonne foi est certainement celle sur laquelle le législateur français devrait intervenir en priorité, afin de mieux en tenir compte. Cela impliquerait de revoir la rédaction de l'infraction de diffamation pour y introduire clairement la connaissance de la fausseté du propos, tout comme dans l'infraction canadienne de libelle diffamatoire délibérément faux³⁷¹⁰. Cela ne modifierait pas la structure de l'infraction elle-même, mais opérerait seulement un renversement de la charge de la preuve vers l'autorité de poursuite. Il s'agirait déjà là d'un premier pas très intéressant en faveur de l'alerte.

1055. Justification de l'alerte : proposition d'amélioration. Cet infléchissement est aussi perceptible à travers la sévérité avec laquelle les outils législatifs permettant de trancher le conflit en faveur de la liberté d'expression – et donc de l'alerte – établissent les critères de leur recevabilité. La multitude de conditions adossée à la justification d'alerte française est particulièrement symptomatique ici. Même si l'on peut se féliciter de l'existence d'un tel fait justificatif, sa structure trahit les obstacles qui demeurent sur le chemin de la reconnaissance légitime de l'alerte auprès du législateur.

Le lanceur d'alerte pourrait être mieux protégé en redessinant les contours du fait justificatif établi en France, et éventuellement en en introduisant un au Canada. Il semble relativement urgent de revoir le domaine de la justification française qui, comme nous l'avons vu, est trop étroite, plus susceptible de créer un risque que de l'éteindre. Plusieurs pistes d'amélioration sont alors envisageables, qui constitueront autant de réflexion à disposition du juge canadien si, d'aventure, il envisageait de créer une justification par l'alerte :

³⁷¹⁰ Art. 300 C. crim.

- On pourrait envisager, comme c'est le cas du texte actuellement débattu devant l'Assemblée nationale en France³⁷¹¹, de permettre aux personnes morales de se constituer en tant que lanceur d'alerte. Il serait alors plus difficile d'exercer des représailles individuelles susceptibles de dissuader la dénonciation de faits inquiétants ;

- Une réflexion devrait être menée pour décider de la pertinence d'instaurer ou non un mécanisme de récompense du lanceur d'alerte. Si cette option reste tout à fait écartée en France pour le moment, les conséquences potentiellement dramatiques d'une alerte et des représailles qui s'ensuivent, peuvent justifier d'envisager un mécanisme de compensation spécifique, qui ne s'apparente pas à un simple dédommagement ;

- En ce qui concerne le domaine du fait justificatif, il apparaît primordial de ne pas en limiter les effets à la seule divulgation de secrets légalement protégés. L'alerte étant un processus plutôt qu'une action isolée, son effectivité suppose de ne pas s'intéresser seulement à l'acte immédiat de divulgation. Tout ce qui, en amont, l'a rendu possible, doit être intégré au cadre de l'alerte. Ainsi, la justification devrait être étendue à toutes les infractions, ce qui serait plus en adéquation avec le fonctionnement de l'alerte et conforme à la place qu'elle occupe au sein du Code pénal en France ;

- Il semble nécessaire de supprimer les secrets exclus de ceux qui ne pourront jamais faire l'objet d'une alerte. Les professionnels soumis à de tels secrets ont déjà la possibilité de les lever dans certaines circonstances. Il n'y a pas de raison de leur faire moins confiance dans le cadre d'une alerte ;

- En raison de la redondance, on pourrait supprimer soit la liste des faits susceptibles de faire l'objet d'une alerte, soit supprimer la mention du caractère nécessaire de l'intervention du lanceur d'alerte, les deux revenant à la même analyse ;

- Pour parfaire la prise en compte de la bonne foi, il serait souhaitable de décorrélérer le respect strict de la procédure graduée mise en place légalement et l'éligibilité au fait justificatif. La procédure paraît tout à fait pertinente, mais il paraît excessif d'en faire dépendre la protection accordée par ce statut. Le non-respect de la procédure doit être évalué à l'aune des faits dénoncés, afin de vérifier s'il n'existait pas une raison valable à passer outre l'interpellation de l'employeur ou des pouvoirs publics. Cela ne peut se décider sans une analyse au fond ;

³⁷¹¹ Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, préc., note 2577.

- Dans la procédure graduée, la période autorisant le lanceur d'alerte à passer outre l'avis de son employeur pour s'adresser aux autorités est flou. C'est un facteur d'insécurité et incite assez peu à prendre des initiatives (mais peut-être est-ce là le but inavoué...). Ici, il serait peut-être souhaitable d'instaurer une durée, pour ne pas mettre à la charge du lanceur d'alerte d'évaluer le délai raisonnable requis. L'employeur aurait alors 3 mois pour répondre au lanceur d'alerte, que l'on peut envisager de proroger jusqu'à 6 mois. On reporte un peu de la charge de la responsabilité de l'échec de l'alerte sur les épaules de l'employeur. Si le dommage n'est pas limité ou évité alors qu'il aurait pu l'être, ce ne sera pas uniquement du fait de l'alerte. Faire peser la charge du temps sur l'employeur est une façon de l'impliquer, de créer une collaboration inédite avec le lanceur d'alerte. En effet, s'il veut impérativement éviter que le signalement ne s'ébruite en dehors de l'enceinte de la personne morale, l'employeur a tout intérêt à rendre des comptes à son salarié des investigations qu'il aura réalisées ou des mesures qu'il aura entreprises. D'une manière ou d'une autre, employeur et employé ont tout intérêt à collaborer, davantage qu'à s'isoler.

- Enfin, pour redonner un peu de vigueur au dispositif canadien relatif à l'interdiction des représailles dans l'emploi, on pourrait envisager de transposer dans ce pays le renversement du fardeau de preuve établi en France.

Si le droit canadien envisageait de mettre en place une forme de justification criminelle analogue, les critiques évoquées pourraient être d'une grande utilité pour s'assurer de créer un dispositif de meilleure facture. On recommanderait au législateur de reprendre l'idée d'une procédure graduée, d'autant plus qu'elle existe déjà dans certains dispositifs spécifiques à certaines matières. Il ne nous apparaît pas pertinent, en revanche, d'ajouter d'autres textes au dispositif légal français déjà en vigueur. Il semble qu'une réécriture de certains textes pourraient être suffisante pour ajuster le curseur, de sorte que la liberté d'expression du lanceur d'alerte a tout autant sa place que l'information économique. De nouvelles dispositions ne viendraient que s'empiler aux autres et d'exceptions en exceptions, rendrait le tout peu lisible et indigeste.

1056. Divergence du regard porté sur l'alerte. De manière plus générale, on peut regretter que les législateurs français et canadien n'intègrent pas une plus grande transparence autour de l'alerte, non seulement dans le traitement immédiat qui en est fait que relativement aux suites qui en sont données. Globalement, l'état de ces législations démontre que cette source de droit n'apparaît pas très favorable au phénomène de l'alerte. La façon dont sont conçus les textes relatifs à ce phénomène dénote davantage une certaine méfiance à l'égard de ce type d'initiative, ce qui se confirme dans la multitude de verrous qui ont été posés pour restreindre

les circonstances dans lesquelles on pourrait valablement en lancer une. C'est comme si, dans l'esprit du législateur, l'alerte était en réalité toujours associée au phénomène de délation, qui ne se rapporte certes pas aux heures les plus glorieuses de l'histoire contemporaine.

1057. Retour à une hiérarchie propre à l'alerte ? À l'inverse, les juges ne démontrent pas d'*a priori* défavorable à l'égard de l'alerte. Ils l'ont parfaitement intégrée comme étant une manifestation de la liberté d'expression. Il apparaît plutôt que le conflit entre la vie privée, ses avatars et cette dernière connaît un second souffle. Ce conflit classique n'a plus seulement vocation à encadrer les rapports entre la célébrité et l'information du public. Ce nouveau contexte, outre le fait qu'un certain nombre de décisions se prononcent favorablement à l'alerte au regard des intérêts en jeu, peut inciter à penser qu'il y aurait un certain infléchissement vers un retour à une parole plus libre. Il a d'ailleurs été défendu l'idée qu'il pourrait exister des hiérarchies ponctuelles, liées à un contexte donné et à des critères précis³⁷¹². Au regard du poids abstrait attribué à chacun des droits en présence³⁷¹³, des personnes impliquées (une personne physique contre une personne morale)³⁷¹⁴, le fait que l'expression du lanceur d'alerte se trouve tout à fait au cœur des fondements de la liberté d'expression, alors que la confidentialité des personnes morales n'est qu'un dérivé de la vie privée³⁷¹⁵ ou encore le fait que l'action du lanceur d'alerte ne mette pas en jeu seulement ses intérêts personnels,³⁷¹⁶ ce sont autant d'éléments qui auraient tendance à pencher en faveur de l'existence d'une hiérarchie entre la confidentialité et la liberté d'expression à la faveur de cette dernière. Cette hiérarchie serait contextuelle et circonscrite au phénomène de l'alerte, mais effective. Une telle conclusion nous paraît toutefois encore un peu hâtive, dans la mesure où la jurisprudence européenne continue à l'occasion de trancher le conflit en faveur de la confidentialité³⁷¹⁷, même dans des cas où le sujet soulève manifestement de forts intérêts publics³⁷¹⁸. Même dans le contexte précis de l'alerte, on ne peut pas définitivement distinguer une hiérarchie entre ces deux droits, qui reviendrait à résoudre systématiquement le conflit à la faveur de l'un ou l'autre des droits. L'instabilité des solutions

³⁷¹² Peggy DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, coll. Publications de l'Institut international des droits de l'homme, n°13, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 346.

³⁷¹³ Sur l'importance du poids abstrait des droits en conflits : *Id.*, p. 345.

³⁷¹⁴ *Id.*, p. 347.

³⁷¹⁵ *Id.*, p. 348.

³⁷¹⁶ *Id.*

³⁷¹⁷ *Langner v. Germany*, préc., note 154 ; *Soares v. Portugal*, préc., note 154 ; *Halet c. Luxembourg*, préc., note 154.

³⁷¹⁸ *Halet c. Luxembourg*, *id.* Ici, la Cour européenne s'est contentée de faire un simple contrôle des motivations des cours luxembourgeoises, pour en déduire que ces dernières avaient procédé à une application correcte des critères de l'alerte, développés dans *Guja*. Au regard des intérêts en jeu, de l'émotion et de l'intérêt public soulevé par l'affaire des Luxleaks, il semble que tous les ingrédients de l'alerte et du triomphe de la liberté d'expression étaient réunis. Ce n'est pourtant pas en ce sens que le vent a tourné.

laisse plutôt entendre que les juges préfèrent se laisser une certaine marge de manœuvre pour juger au cas par cas, sans tenir compte d'une hiérarchie, même implicite. Ainsi ces droits demeurent encore et toujours en tension.

1058. Lien entre le traitement de l'alerte et les attentes sociales. Ces différentes approches de l'alerte et du sort qui lui est réservé révèlent une divergence quant à la façon de l'appréhender juridiquement. Tandis que les législateurs semblent en avoir une idée assez sclérosée, en continuant d'associer la dénonciation à un phénomène de trahison, les juges semblent avoir opéré leur transition vers une idée plus positive de l'alerte et de l'éthique qu'elle porte. La vieille dichotomie entre l'image du sycophante et celle du parrésias³⁷¹⁹, défenseur de la vérité et du bien commun a encore de beaux jours devant elle. Mais si le point de vue législatif se maintient dans une vision négative de l'alerte en continuant de l'associer à une forme de délation, il existe un risque de créer un écart avec la façon dont les sociétés occidentales évoluent, notamment dans leur rapport à l'alerte et à la vigilance. À l'inverse, il semble que les juges aient mieux saisi cette évolution, ce qui se retranscrit dans les décisions rendues récemment en lien avec l'alerte.

1059. L'alerte, une nouvelle forme de contestation parmi d'autres. Cette sorte de sclérose dans laquelle les législateurs semblent s'enfermer a aussi tendance à les éloigner des aspirations sociales qui sont en train de se développer dans les sociétés occidentales. En effet, la matière économique n'est pas la seule à être traversée par des phénomènes d'alerte et d'appel à la vigilance. Le mouvement MeeToo, le phénomène des colleuses en France, dénonçant les féminicides, ou encore les Femen sont d'autres formes d'alertes, s'épanouissant dans le domaine des rapports interindividuels. Ces nouvelles formes d'expressions entretiennent toutes des rapports ambigus à l'interdit et la frontière du droit pénal est souvent franchie. Les actions de coups d'éclat sont également monnaie courante dans le domaine environnemental : les décrochages du portrait du Président de la République en France, les fauchages de champs d'OGM, mais aussi les occupations de terrain afin de s'opposer à la construction de nouvelles infrastructures, tels des aéroports, ou pour manifester une opposition à une politique publique... On pourrait aussi penser aux actions menées traditionnellement par le groupe Greenpeace, qui a pris l'habitude de recourir à ces méthodes spectaculaires pour faire passer son message écologique, quitte pour cela à verser dans l'illégalité³⁷²⁰. Il semble que tous les secteurs de la

³⁷¹⁹ A. BAVITOT, préc., note 89, 29.

³⁷²⁰ Comme ce fut le cas lorsque certains activistes ont réussi à s'introduire dans l'enceinte d'une centrale nucléaire, site pourtant soumis à une interdiction absolue d'y entrer sans autorisation : Crim. 15 juin 2021, préc., note 2383.

vie publique soient touchés par ces nouvelles formes d'expression, manifestant une certaine forme de mécontentement face à l'inertie des politiques publiques. Il y a peu de doute sur le fait que ces nouvelles manifestations d'opinions ont pu se développer grâce aux réseaux sociaux. Sans ces derniers, un tel virage vers de nouvelles formes de contestations n'aurait sûrement pas été possible. Ces expressions s'inscrivent en tout cas parfaitement dans l'essence même de la liberté d'expression, dans la mesure où elles contribuent aux pluralismes des idées, à l'épanouissement individuel, à la possibilité de rechercher collectivement une certaine forme de vérité sur l'état du monde et les actions à entreprendre pour l'améliorer. Ces manifestations d'opinion sont le reflet du fonctionnement démocratique d'une société.

1060. Manifestations de nouvelles aspirations. L'alerte n'est donc qu'une manifestation parmi d'autres de ces nouvelles formes de contestations. On peut y voir le signe du regain des aspirations à la transparence, à l'éthique et à l'intégrité. Les nouvelles générations, peut-être à cause d'une certaine impatience face au constat de l'inertie ou de l'impuissance des autorités publiques, semblent vouloir prendre les choses en main, quitte pour cela à verser dans l'illégalité. Cette volonté de changer la méthode d'expression bouscule d'une certaine manière l'ordre établi. On peut y voir la manifestation d'une certaine opposition à l'ordre établi et à la verticalité des rapports avec les personnes, qui n'est pas sans rappeler d'autres formes d'opposition non violentes qui ont pu se manifester dans le passé. Le fait que les juges fassent droit à ces nouvelles formes d'expression en passant outre leur aspect controversé en est une démonstration flagrante. C'est une forme de légitimation de l'alerte et plus largement de ces nouvelles formes d'actions qui marquent le pas avec ce qui pouvait être auparavant considéré comme acceptable. C'est aussi une manifestation flagrante du pluralisme juridique, qui contraint finalement à recourir à cette optimisation des droits plutôt qu'à appliquer de façon uniforme le droit à tous.

Ces modifications sociales assez radicales des sociétés et des valeurs qui les traversent pourraient par exemple sérieusement conduire à reconsidérer la place de l'obligation de loyauté dans l'emploi. Si l'on voit se développer un droit à la liberté de conscience, permettant à chacun de s'opposer à toute action qui interférerait avec des convictions personnelles et corrélativement la possibilité d'en faire part publiquement, il va sans dire que l'on fait bien peu de cas du lien de subordination unissant l'employé et l'employeur. « Le mécanisme du lancement d'alerte introduit une logique d'insubordination au sein d'une potentielle relation hiérarchique. »³⁷²¹ On

³⁷²¹ M.-C. SORDINO, « Alerte en droit pénal », préc., note 109 à la page 32.

peut se demander s'il y a encore beaucoup de sens à s'accrocher à une telle exigence, à l'heure de la libéralisation de la parole, au nom de la défense d'intérêts supérieurs.

1061. Revers de la médaille. Cependant, l'alerte peut aussi être révélatrice d'autres phénomènes un peu plus inquiétants. D'abord, il y a une forme d'individualisme dans le choix du recours à l'alerte. On l'a vu, l'alerte peut aussi incarner le caractère individualiste de la liberté d'expression, par sa contribution à un épanouissement non plus collectif, mais plus personnel. C'est le choix de faire entendre sa parole, quelles qu'en soient les conséquences, quitte à agir de façon contraire à la loi, et d'entendre obtenir une protection de droit malgré tout. Les bienfaits psychologiques revendiqués de la prise de parole pourraient avoir tendance à l'emporter sur le bien commun et la cohésion sociale, au regard de l'antagonisme créé. L'alerte est aussi une manifestation d'une société qui se conçoit de plus en plus comme un rapport de force entre des intérêts contradictoires, des visions divergentes du monde. On peut y voir le développement d'un droit, certes pas à l'impunité, mais à ne pas être importuné dans ses opinions. D'une certaine façon, l'expression des idées doit demeurer possible, quitte pour cela à évincer la protection des droits d'autrui.

1062. Fragilisation de l'universalité de la règle de droit. Ensuite, cette impunité, réclamée pour tous ceux qui dénoncent, peut inquiéter, dans la mesure où elle s'apparente à une forme de repli idéologique. La multiplication des accommodements favorables à l'alerte interroge la pérennité du caractère universel de la règle de droit³⁷²². Théoriquement, celle-ci doit s'appliquer à tous, sans exception et sans privilège. C'est une garantie contre l'arbitraire et en faveur de l'égalité. Mais si l'on permet de plus en plus de créer des exceptions, une sorte de droit à la carte, qu'en est-il de l'avenir de la cohésion sociale ? L'universalité de la règle de droit dans une société donnée et un facteur cimentant les citoyens en les soumettant tous aux mêmes exigences. C'est particulièrement vrai de la loi pénale et c'est aussi celle qui est directement en jeu dans le cadre de l'alerte. Ainsi, si la règle de droit cesse d'être universelle pour s'appliquer au cas par cas, selon les aspirations de chacun, à quoi vont se rattacher les individus pour faire société ? Cette systématisation des rapports conflictuels va-t-elle permettre de perpétuer le concept d'Etat-Nation ? On rejoint ici les interrogations soulevées par la professeure Sordino qui avait déjà évoqué cette difficulté posée par la généralisation de l'alerte :

« L'idéal consistant dans l'action de dire toute la vérité est fort louable. Cependant, cette recherche absolutiste confine à un risque de déstabilisation du régime politique dans laquelle elle prend place. Car les bases de la démocratie peuvent en être fragilisées (...) »

³⁷²² M.-C. SORDINO, « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », préc., note 61, n°21.

Si la recherche de la vérité doit constituer une vertu à laquelle il faut tendre, encore convient-il de ne pas entraîner la désorganisation et, par voie de conséquence, la mort du groupe social concerné. »³⁷²³

1063. Rapport du lanceur d'alerte avec la justice. Un autre sujet d'inquiétude concerne les rapports que l'alerte entretient avec la justice. Le contraste peut apparaître saisissant entre la lenteur du processus judiciaire, qui peut parfois laisser les justiciables insatisfaits et l'instantanéité avec laquelle une alerte – ou toute autre forme de dénonciation – peut se propager dans le public, notamment grâce aux réseaux sociaux. Cette rapidité peut faire néanmoins courir le risque de recourir à une forme de justice populaire expéditive, qui n'a cure de tous les fondements du processus judiciaire. Si elle est effectivement lente, c'est que la justice protège l'équité, le droit de se défendre, le droit au silence et la présomption d'innocence... Autant de valeurs qui n'ont plus cours dans le monde virtuel. On peut s'interroger sur la pérennité de celles-ci, dans la perspective où l'on n'attend plus au rythme de la justice pour rendre les jugements de la société.

1064. L'alerte, symptôme des défaillances des États ? Il n'est pourtant pas question d'accabler l'alerte comme la source unique des potentiels déraillements de la démocratie. Ce serait porter une charge injustifiée à l'égard d'un phénomène qui présente des avantages incontestables. L'alerte n'est qu'une manifestation parmi beaucoup d'autres de changements sociétaux profonds. En revanche, elle pourrait être la conséquence d'un autre problème qui se pose aujourd'hui aux sociétés occidentales, celle de leur capacité à assumer le niveau de protection que semblent aujourd'hui exiger ceux qui les composent. En effet, si l'alerte a pu se développer, c'est peut-être parce aussi dû en partie à un vide qui s'est créé, laissé par l'État régulateur ou du moins ressenti comme tel. On l'a vu, l'alerte intervient pour prévenir des dangers, des détournements de pouvoirs et des abus que l'État est en principe chargé de combattre. C'est lui qui devrait s'atteler à la lutte contre l'évasion fiscale, assurer la régulation du secteur privé pour prévenir les catastrophes sanitaires, favoriser l'égalité entre les citoyens et protéger ces derniers contre les menaces, quelle que soit la forme qu'elles prennent. Or, certains peuvent avoir le sentiment que la puissance publique n'est pas forcément toujours au rendez-vous. Un rapport du Sénat français a déjà pu pointer les carences des mécanismes d'évaluation des risques sanitaires en France³⁷²⁴ en matière de pollution atmosphérique. On a également vu que certaines carences de la pharmacovigilance ont rendu possibles certains

³⁷²³ M.-C. SORDINO, *id.*, à la page 32.

³⁷²⁴ *Risques chimiques au quotidien : éthers de glycol et polluants de l'air intérieur. Quelle expertise pour notre santé ? Compte rendu des auditions de M. André Cicolella*, Rapport d'office parlementaire du Sénat, 11 octobre 2006, en ligne : < <https://www.senat.fr/rap/r07-176-2/r07-176-257.html> > (consulté le 24 octobre 2021).

grands scandales sanitaires, ayant à chaque fois conduit à une refonte du système considéré défaillant³⁷²⁵. Dans son manifeste publié dans le *Süddeutsche Zeitung* en 2016, le lanceur d'alerte qui a fait fuiter les documents de Mossack Fonseca ayant conduit au scandale des Panama Papers, dont l'identité demeure encore à ce jour inconnue, souligne également ce point. Selon lui, les États occidentaux ont leur part de responsabilité dans l'échec de la lutte contre toutes les formes d'abus, facilités par l'argent et le pouvoir. Une véritable lutte contre toute forme d'évitement passerait avant tout par une reprise en main de l'État³⁷²⁶.

Dans certains cas donc, l'État pourrait être accusé de délaisser à l'occasion les secteurs de la vigilance, laissant la voie libre aux scandales et à la corruption, dans une mesure que, paradoxalement, la liberté d'expression et d'information a rendue d'autant moins tolérable. L'accès à la connaissance et a aussi permis cette prise de conscience, qui rend de moins en moins compréhensible pour le public que l'État n'entreprenne pas les actions nécessaires à sa protection, ou du moins aussi vite ou aussi visiblement que ce qui est attendu. Ce n'est pas que l'État fait délibérément le choix de s'en remettre aux citoyens pour assurer le rôle de contrôle qu'il assure en principe. Il se peut aussi qu'il n'en est tout simplement pas les moyens de réguler. Mais l'inertie apparente des États peut expliquer comment d'autres personnes peuvent ressentir le besoin de prendre le relais. D'une certaine manière, les citoyens intervenant individuellement ne font là que suppléer l'État dans une tâche qu'il devrait normalement assurer. C'est aussi peut-être pour cela que l'on peut d'autant moins tolérer le regard méfiant que les autorités publiques jettent sur les lanceurs d'alerte. Ils peuvent donner l'impression de renvoyer à la faillite des États eux-mêmes, en tout cas une forme d'impuissance.

1065. Répercussions sur le statut de lanceur d'alerte. Face à ces constats, que faire ? Tant qu'il n'aura pas été décidé de réintroduire un peu plus de régulation, tant que l'État n'aura pas décidé de reprendre son rôle protecteur, il semble que l'on aura besoin des lanceurs d'alerte. Dans cette perspective, ce dernier n'a pas d'autre choix que de leur accorder un statut protecteur. Une amélioration du statut juridique paraît essentielle, laquelle devrait mettre l'accent sur la bonne foi plutôt que de se lancer dans une analyse complexe de la vérité ou de la fausseté éventuelle de ce qui est dénoncé. Faute de meilleure solution, il faut envisager l'alerte, comme le maintien d'un niveau de vigilance nécessaire à la prévention de nouvelles catastrophes ou de nouveaux scandales. On ne semble actuellement pas en mesure de s'en passer.

³⁷²⁵ *Supra*, n°534.

³⁷²⁶ « John's Doe Manifesto », *Süddeutsche Zeitung*, 6 mai 2016, version anglaise en ligne : < <https://panamapapers.sueddeutsche.de/articles/572c897a5632a39742ed34ef/> > (consulté le 19 septembre 2021).

1066. Évolution des mentalités. Pour autant, il ne semble pas forcément nécessaire de passer systématiquement par l'édiction de nouveau texte pour atteindre cet objectif protecteur. Une amélioration selon les modalités recommandées serait déjà une étape importante vers un rééquilibrage plus représentatif de l'utilité sociale actuelle de l'alerte. Mais il semble surtout qu'il faille que les mentalités évoluent autour de ce phénomène pour permettre de mieux l'accepter³⁷²⁷. Le changement de vocabulaire signalé en introduction en est déjà une amorce³⁷²⁸. Une meilleure acceptation de l'alerte faciliterait la protection de ceux qui les lancent et par ricochet de tous les citoyens. Par la même occasion, cette prise de conscience faciliterait l'acceptabilité des textes les encadrant. Mais d'un point de vue strictement législatif, il semble difficile d'envisager de prendre des lois nouvelles en France, sans qu'elles fassent double emploi avec ce qui existe déjà. Au Canada, une clarification de l'alerte serait utile, par l'adoption d'un statut unique, comprenant le secteur public et le secteur privé, dans lesquels les enjeux ne diffèrent pas tant que cela en réalité³⁷²⁹. Il est donc surtout question de faire accepter par l'État les évolutions qui traversent la société et dont le lanceur d'alerte en est l'un des exemples.

Cette évolution des mentalités et la prise de conscience de l'utilité de l'alerte sont d'autant plus évidentes qu'à l'heure actuelle, elle est une véritable assistante de la justice et de la défense des intérêts de l'État. Plus qu'une opposition, le lanceur d'alerte pourrait acquérir un véritable rôle complémentaire à celui de l'État. Nombre de poursuites et de condamnations, particulièrement pénales, n'auraient certainement pas pu avoir lieu dans l'intervention d'un signalement

1067. Avenir de l'alerte. Au-delà, on peut s'interroger sur l'avenir réservé au lanceur d'alerte. La notion a-t-elle vocation à devenir un statut pérenne ? Si l'on peut comprendre qu'il est incontournable de légiférer sur l'alerte, au regard de son rôle dans la prévention ou de la prise de conscience des risques, on peut se demander si elle a véritablement vocation à s'inscrire dans le temps. En effet, si on l'envisage comme une intervention compensant celle défailante des États, une reprise en main de ce rôle par ces derniers devrait peu à peu conduire à faire disparaître la nécessité de l'alerte. Mais, cela suppose une forme d'omnipotence des États, en mesure de voir et de contrôler tout, ce qui ne paraît pas très réaliste. Il semble que, même dans la perspective où les États se réapproprieraient leur rôle de protection et de contrôle, l'action du

³⁷²⁷ A. BAVITOT, préc., note 89, par. 14.

³⁷²⁸ *Supra*, n°16.

³⁷²⁹ À l'exception des secrets de la Nation et des secrets d'État. Ici les enjeux paraissent bien trop vertigineux pour que l'on ose se positionner sur la question.

lanceur d'alerte ne perde pas sa pertinence. Il resterait, comme il le fut il y a longtemps, un assistant essentiel du rouage judiciaire, en permettant de mettre en mouvement l'action publique. Dans tous les cas, il semble difficile de revenir en arrière, à un temps où l'alerte ne jouait pas un tel rôle. Il apparaît alors d'autant plus incontournable de devoir offrir un statut de qualité aux lanceurs d'alerte, pour leur assurer une protection équilibrée, permettant de faire efficacement le tri entre ce qui relève de l'éthique et ce qui relève d'un complexe d'héroïsme malvenu. Une régulation intelligente et raisonnable serait aussi un moyen de permettre d'éviter que le « monstre » n'échappe à son propre créateur : on pourrait favoriser la prise de parole interne aux entreprises et devant la justice, sans y adosser systématiquement une certaine suspicion. De cette façon, on pourrait limiter au strict nécessaire les hypothèses d'alerte publique, en évitant ainsi tous les problèmes qu'elle peut poser. La régulation est dans tous les cas un pari gagnant, qui nécessite d'en accepter le principe.

1068. État des lieux final. Finalement, d'un point de vue juridique, le plus dur est fait pour reconnaître les lanceurs d'alerte, grâce en particulier au travail proactif des juges. Il reste au législateur à en donner acte. Pour ce qui concerne le phénomène de l'alerte lui-même, il reste surtout à en évaluer les conséquences sociales plus globales, maintenant que l'on a un peu plus de recul sur ce dernier. On l'a vu, l'alerte a ses vertus, mais aussi ses déviances³⁷³⁰. Une étude des coûts et des avantages sociaux de l'alerte pourrait permettre d'en parfaire l'étude et de guider davantage le législateur pour effectivement choisir un équilibre à trouver entre celle-ci et les impératifs de la confidentialité. On pourrait répondre à la question de savoir ce que coûte l'alerte à la société.

Nous laisserons à d'autres le soin de répondre à ces questions, qui dépassent largement les compétences de l'auteur de ces lignes. Comme le disait Georges Braque, « le bonheur en art ne consiste pas à étendre ses limites, mais à mieux les connaître ».

³⁷³⁰ S. SCHEHR, préc., note 77.

Bibliographie

I. Table de législation

A. Législation Canadienne

1. Au federal

Charte Canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 [annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, c. 11 (R.-U.)].

Charte canadienne du droit des victimes, L.C. 2015, c. 13.

Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c.L-2.

Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, c. 44 (également dans L.R.C. 1985, App. III).

Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. 1999, c.33

Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation, L.C. 2010, c. 21.

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44.

Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., c.3 (R.-U.).

Loi constitutionnelle de 1982, annexe B du *Canada Act* 1982, 1982, c. 11 (R.-U.).

Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve), L.C. 2004, c. 3.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, c. A-1.

Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation, L.R.C. 1985, c. C-38.

Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. 1985, c. P-21

Loi sur la protection de l'information, L.R.C 1985, c. O-5.

Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, c. C-42.

Loi sur les brevets, L.R.C. 1985, c. P-4.

Loi sur les conflits d'intérêt, L.C. 2006, c.9.

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. 1985, c. T-13.

Loi de mise en œuvre de l'Accord Canada – Etats-Unis – Mexique, L.C. 2020, c. 1.

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents et d'autres lois et apportant des modifications corrélatives à certaines lois, L.C. 2019, c. 25.

2. Province du Québec

Acte concernant le Code civil du Bas Canada, S.P.C. 1865, c. 41.

Chartes des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code de déontologie des avocats, RLRQ, c. B-1, r. 3.

Code de déontologie des notaires, RLRQ, c. N-3, r. 2.

Code de procédure pénale, RLRQ, c. C-25.1.

Code des professions, RLRQ, c. C-26.

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, RLRQ, c. C-1.1.

Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics, RLRQ, c. D-11.1.

Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels, RLRQ, c. A-2.

Loi sur l'assurance maladie, RLRQ, c. A-29.

Loi sur l'assurance médicaments, RLRQ, c. A-29.01.

Loi sur l'encadrement du secteur financier, RLRQ, c. E-6.1.

Loi sur la fonction publique, RLRQ, c. F-3.1.1.

Loi sur la presse, RLRQ, c. P-19.

Loi sur la protection de consommateurs, R.L.R.Q., c. P-40.1.

Loi sur la publicité légale des entreprises, RLRQ, c. P-44.1.

Loi sur la qualité de l'environnement, RLRQ, c. Q-2.

Loi sur le barreau, RLRQ, c. B-1, art. 131.

Loi sur les normes du travail, RLRQ, c. N-1.1.

Loi sur les valeurs mobilières, RLRQ, c. V-1.1.

3. Autres provinces

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, c. H-19.

The Labour Standards Act, R.S.S., c. L-1.

B. Législation française

1. Normes infralégislatives

Arrêté du 12 janvier 1973 sur l'enrichissement du vocabulaire pétrolier, J.O. 18 janvier 1973, p.741.

Arrêté du 22 décembre 1981 sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique, J.O. 17 janvier 1982, p 624.

Arrêté du 3 octobre 1984 sur l'enrichissement du vocabulaire des télécommunications, J.O. 10 novembre 1984, p. 10262.

Arrêté du 22 mai 2018 portant approbation du règlement national et du règlement intercourts du Conseil supérieur du notariat, J.O. 25 mai 2018, texte n°14.

Décision du 12 juillet 2007 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée), J.O. 11 août 2007, p. 13503, art. 2.1. Version consolidée au 13 juin 2020, en ligne : <https://www.cnb.avocat.fr/sites/default/files/rin_2019-09-12_consolide_0.pdf> .

Décret 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, J.O. 16 juillet 2005, p. 11688.

Décret n°2005-1412 du 16 novembre 2005 portant approbation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes, J.O. 17 novembre 2005, p. 17925.

Décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil et des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations d'Etat, J.O. 20 avril 2017, texte n°10.

Règlement intérieur national du Conseil supérieur du notariat, art. 3.4, en ligne : <<https://www.notaires.fr/fr/profession-notaire/linstitution/r%C3%A8glement-national-du-notariat>>.

2. Normes législatives

Loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, Recueil Duvergier, p. 553

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, J.O. 30 juillet 1881, p. 4201.

Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, J.O. 2 juillet 1901, p. 4025.

Loi du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, J.O. 30 novembre 1966, p 10451.

Loi n°68-1 du 2 janvier 1968 tendant à valoriser l'activité inventive et à modifier le régime des brevets d'invention, J.O. 3 janvier 1968, p. 13.

Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, J.O. 27 juillet 1968, p. 7267.

Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, J.O. 19 juillet 1970, p. 6751.

Loi n°80-1042 du 23 décembre 1980 portant réforme de la procédure pénale relative à la prescription et au jury d'assises, J.O. 24 décembre 1980, p. 3029.

Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, J.O. 30 juillet 1982, p. 2.

Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, J.O. 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

Loi n°92-685 du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénale relatives à la répression des crimes et délits contre les biens, J.O. 23 juillet 1992, p. 9887.

Loi n°93-5 du 4 janvier 1993 relative à la sécurité en matière de transfusion sanguine et de médicament, J.O. 4 janvier 1993, p. 237.

Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non-intentionnels, J.O. 11 juillet 2000, texte n°7.

Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption (1), J.O. 14 novembre 2007, texte n°1.

Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources journalistiques, J.O. 5 janvier 2010, texte n°1.

Loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, J.O. 30 décembre 2011, n°0302.

Loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, J.O. 17 avril 2013, texte n°1.

Loi 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, J.O. 18 mai 2013, p. 8253.

Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, J.O. 12 octobre 2013, texte n°2.

Loi n°2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, J.O. 14 novembre 2014, p. 19162.

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. 10 décembre 2016, texte n°2.

Loi 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, J.O. 28 janvier 2017, texte n°1.

Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, J.O. 31 juillet 2018, texte n°1.

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O. n°0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

Ordonnance 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, J.O. 13 mars 2007, texte n°5.

C. Législation internationale

1. Etats-Unis

Civil actions for false claims, 31 U.S.C., §3730 (d)(1)-(2).

Civil action to protect against retaliation in fraud cases, 18 U.S.C., § 1514A.

Civil Service Reform Act, October 13, 1978, Pub. L. 95-454, 92 Stat. 111.

Corporate Fraud Accountability Act, July 30, 2002, Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745.

False Claim Act, 31 U.S.C. §§ 3729-3733.

Securities whistleblower incentives and protection, 15 U.S.C., § 78u-6.

Whistleblowing Protection Act, 5 U.S.C. 2302(b)(8)-(9).

2. Royaume-Uni

Public interest disclosure Act, 1998, c.23.

D. Textes supra-nationaux

1. Accords internationaux

Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994.

Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. 217 A (III), Doc. Off. A.G., 5^e sess., suppl. n°13, p. 17, Doc. N.U. A/810 (1948).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, Rés. 2200 A (XXI), Doc. Off. 21^e sess., séance. plen. n°1496, p. 55, 16 décembre 1966.

2. Droit européen

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.O.C.E. 18 décembre 2000, C 364/1.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, S.T.E. n°5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).

Convention sur la délivrance des brevets européens, Munich, 5 octobre 1973, en ligne : <<https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/f/index.html>>.

Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, novembre 2017, en ligne : <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/f/g_vii_4.htm>.

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 divulguées (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, J.O.U.E. 15 juin 2016, p. L157, par. 4.

Directive (UE) 2019/1937 du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, J.O.U.E. 26 novembre 2019, p. L305/17.

Règlement CEE n°4087/88 de la Commission du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, J.O.C.E. 28 décembre 1988, n° L359/46.

Règlement CE n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité et des catégories d'accords de transfert de technologie, J.O.U.E. 27 avril 2004, n° L123/11.

Règlement UE n°330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, J.O.U.E. 23 avril 2010, n° L102/1.

Règlement UE n°316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, J.O.U.E. 28 mars 2014, n° L93/17.

II. Jurisprudence

A. Jurisprudence Canadienne

1. Fédérale

a) Cour fédérale et Cour d'appel fédérale

Anderson c. IMTT-Québec Inc., [2013] A.C.F. no. 346.

Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd., [2002] 1 C.F. 49 (C.A.F.).

Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy, (1986) 64 N.R. 287 (C.A.F.).

Cat Productions Ltd. c. Macedo, [1985] 1 C.F. 269.

Forrest v. Canada (Solicitor General), [1998] A.C.F. No.1483.

Hinzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2007] 1 R.C.F. 561 (C.F.).

Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd., 2007 F.C.A. 217.

Lebedev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 728.

Maurice c. Canada (Procureur général), [2002] A.C.F. n°72.

Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 Ltée, [1999] D.C.D.P. No. 3 (Trib. can.).

PricewaterhouseCoopers c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien), 2001 CFPI 1040.

Shane v. Canada, [1998] A.C.F. No. 1671.

Smith, Kline & French v. Attorney General of Canada, [1986] 1 C.F. 274 (FC).

Smith, Kline & French Laboratories v. Canada (Attorney General), [1987] 2 F.C. 359 (FCA).

Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État), [1994] A.C.F. n°589.

b) Cour suprême

Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc., [2008] 3 R.C.S. 265.

Aubry c. Editions Vice-Versa, [1998] 1 R.C.S. 591.

Augustus c. Gosset, [1996] 3 R.C.S. 268.

B. (R.) c. Children's aid society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315.

Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng, [1989] 2 R.C.S. 429.

Banque nationale c. Soucisse et autres [1981] 2 R.C.S. 339.

Beaver v. The Queen, [1957] R.C.S. 531.

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc., [1996] 2 R.C.S. 345.

Botiuk c. Toronto Free Press Publications Ltd., [1995] 3 R.C.S. 3.

Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR, [2011] 1 R.C.S. 214.

Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée, [1999] 1 R.C.S. 142.

Cameron c. Canadian Factors Corp. Ltd., [1971] R.C.S. 148.

Can. Aero c. O'Malley, [1974] R.C.S. 592.

Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec, [2016] 1 R.C.S. 336.

- Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, [2007] 2 R.C.S. 610.
- Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331.
- Centrale des syndicats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, [2018] 1 R.C.S. 522.
- Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791.
- Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350.
- Ciment du Saint-Laurent Inc. c. Barrette*, [2008] 3 R.C.S. 392.
- Cinar Corporation c. Robinson*, [2013] 3 R.C.S. 1168.
- Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.
- Dagenais c. Société Radio Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835.
- de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64.
- Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395.
- Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881.
- Ecole secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 613.
- Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.
- Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624.
- Etats-Unis c. Burns*, [2011] 1 R.C.S. 283.
- Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.
- Fraser c. C.R.T.F.P.*, [1985] 2 R.C.S. 455.
- Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353.
- Gendron c. Gaudreault*, [1978] 1 R.C.S. 810.
- Gilles E. Neron Communication Marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2004] 3 R.C.S. 95.
- Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.
- Grant c. Torstar Corp.*, [2009] 3 R.C.S. 640.
- Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie-Britannique*, [2009] 2 R.C.S. 295.
- Groia c. Barreau du Haut-Canada*, [2018] 1 R.C.S. 772.
- Hill c. Eglise de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

- Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.
- Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.
- Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 209.
- Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.
- Law Society of British Columbia c. Trinity Western University*, [2018] 2 R.C.S. 293.
- Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821.
- Little Sisters Books and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120.
- MacDonald et al. c. Vapor Canada Ltd*, [1977] 2 R.C.S. 134.
- McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.
- McLoughlin c. Kutasy*, [1979] 2 R.C.S. 311.
- Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)*, [2012] 1 R.C.S. 23.
- Merk c. T.P.F.S.O., section locale 771*, [2005] 3 R.C.S. 425.
- Montreal Tramways Co. v. Girard*, [1920] 61 R.C.S. 12.
- Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256.
- P.G. (Québec) c. Quebec Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.
- Perka c. la Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.
- Pétrolière Impériale c. Jacques*, [2014] 3 R.C.S. 287.
- Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623.
- Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 2 R.C.S. 663.
- Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789.
- Québec (Procureur général) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32.
- Québec (Procureure générale) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, [2018] 1 R.C.S. 464.
- R. c. A.D.H.*, [2013] 2 R.C.S. 269.
- R. c. Beatty*, [2008] 1 R.C.S. 49, 69.
- R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833.
- R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

- R. c. Bouchard-Lebrun*, [2011] 3 R.C.S. 575.
- R. c. Buhay*, [2003] 1 R.C.S. 631.
- R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843.
- R. c. Daley*, [2007] 3 R.C.S. 523.
- R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417.
- R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.
- R. v. Finnegan*, [1992] A.J. No. 1208.
- R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263.
- R. c. Hewson*, [1979] 2 R.C.S. 82.
- R. c. Hundal*, [1993] 1 R.C.S. 867, 873.
- R. c. Jarvis*, [2019] 1 R.C.S. 488.
- R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.
- R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.
- R. c. Khawaja*, [2012] 3 R.C.S. 555.
- R. c. Lavallée*, [1990] 1 R.C.S. 852.
- R. c. Latimer*, [2001] 1 R.C.S. 3.
- R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439.
- R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633.
- R. c. Malmo Levine ; R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571.
- R. c. Marakah*, [2017] 2 R.C.S. 608.
- R. c. Média Vice Canada Inc.*, [2018] 3 R.C.S. 374.
- R. c. Mentuck*, [2001] 3 R.C.S. 442.
- R. c. Milne*, [1992] 1 R.C.S. 697, 704.
- R. c. McClure*, [2001] 1 R.C.S. 445.
- R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30.
- R. c. N. S.*, [2012] 3 R.C.S. 726.
- R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.
- R. c. Roy*, [2012] 2 R.C.S. 60, 76.
- R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254.
- R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299.
- R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45.
- R. c. Société Telus Communications*, [2013] 2 R.C.S. 3.
- R. c. Stewart*, [1988] 1 R.C.S. 963.
- R. c. Tatton*, [2015] 2 R.C.S. 574.
- R. c. Terrence*, [1983] 1 R.C.S. 357.
- R. c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5.
- R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.
- R. c. Wong*, [1990] 3 R.C.S. 36.
- R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.
- RBC Dominion Valeurs mobilières Inc. c. Merrill Lynch Canada Inc.*, [2008] 3 RCS 79 (CSC).
- Reilly c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 396.
- RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.
- Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486.
- S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.
- S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156.
- Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.
- Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.
- Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421.
- Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1991] 3 R.C.S. 459.
- Société Radio Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480.
- Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.
- Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission pour les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425.

Tremblay c. Daigle, [1989] 2 R.C.S. 530.

Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.

2. Province du Québec

Anglo Pacific Group PLC c. Ernst & Young inc., 2013 QCCA 1323.

Ayotte v. Chiaramonte, [2019] QCCS 851.

Bloc québécois c. Sourour, 2009 QCCA 942.

Bonneville c. Brasseurs du Nord Inc., [2000] R.R.A. 144.

Brunet c. Shiettekatte, [1969] C.S. 193.

Cazzetta c. R., [2003] J.Q. n°43 (C.A.).

Cohen c. Queenswear International Ltd., [1989] R.R.A. 570.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Caumartin, 2007 QCTDP 22.

Comptables professionnels agréés (Ordre des) c. Bégin, 2021 QCCDCPA 1.

Cuerrier c. R., 2017 QCCA 499.

Danone Aliments Delisle ltée et Association des employés d'Aliments Delisle ltée, [2001] n°AZ-01141084 (T.A.).

Deschamps v. Automobiles Renault Canada Ltée, [1972] Q.J. No. 9 (C.S.).

Dhawan c. Kenniff, [2001] R.R.A. 53 (C.A.Q.).

Drouin c. La Presse Ltée, [1999] R.R.A. 714 (C.S.).

Fondation Le Corbusier c. Société en commandite Manoir Le Corbusier Phase I, [1991] R.J.Q. 2864.

Gaudreau c. 9090-2438 Québec inc., 2007 QCCA 1254.

Genex Communications inc. c. Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo, 2009 QCCA 2201.

Hervieux-Payette c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal, [1998] R.R.A. 221 (C.S.).

Imperial Tobacco Canada ltée c. Conseil québécois sur le tabac et la santé, 2019 QCCA 358.

Investissements Historia Inc. c. Gervais Harding et associés design Inc., 2006 QCCA 560.

Jeanty c. Labrecque, [1978] C.S. 463 *Lange Co. c. Platt*, [1973] J.Q. n°22.

Jetté-Corbeil c. Oratoire Eglise baptiste française, J.E. 2000-1534.

Laoun c. Malo, [2003] R.J.Q. 381.

Larente c. 9140-9599 Québec inc., 2011 QCCS 3430.

Leblanc c. Turpin, [2001] R.R.A. 831 (C.S.).

Leclair c. Houle, [1995] J.Q. n°3355.

Lemay c. Québec (Procureur général), 2016 QCCS 203.

LSJPA – 1811, 2018 QCCA 597.

Martel c. Gauthier, [1980] C.P. 231 (C.P.).

Mirarchi c. Lussier, 2007 QCCA 284.

Montour ltée v. Jolicoeur, [1988] R.J.Q. 1323 (C.A.Q.).

Montréal (Ville de) et Fraternité des policières et policiers de Montréal inc., [2006] n° AZ-50377310, par. 32 (T.A.).

Normandeau c. R., [1976] C.A. 519.

Paquet c. Rousseau, [1996] R.R.A. 1156 (C.S.).

Pilon c. St-Pierre, [199] R.J.Q. 1825.

Positron Inc. c. Desroches, [1988] R.J.Q. 1636 (C.S.).

Poulin c. Collège des médecins du Québec, [2011] J.Q., no 1664 (C.S.).

Prévost c. Fabrique de la paroisse de l'Ange-Gardien, J.E. 87-657.

Produits et excursions de pêche Bruno Morency inc. c. Côté, [2018] QCCQ 10700.

Protection de la jeunesse – 273, [1987] R.J.Q. 1923.

Proulx c. R., 2016 QCCA 1425.

Québec (ville de) c. Blackburn, 2012 QCCM 226.

R. c. Bond, [2003] J.Q. no 9230 (C.M.).

R. c. Desroches, (1992) 51 C.A.Q. 118.

R. c. Desrosiers, 2017 QCCQ 6487.

R. c. Fournier, [1978] J.Q. n°250 (C.A.).

R. c. Friolet, [2006] J.Q. No. 5161.

R. c. Gauthier, [2002] J.Q. n°2733 (C.A.).

R. c. Julien, 2016 QCCQ 11977.

R. c. Lamontagne, [1999] J.Q. n°5416 (C.A.).

R. c. Lapointe, [1976] C.S.P. 1006.

R. c. Martino, [2007] J.Q. n°2974.

R. c. Quickfall, [1993] R.J.Q. 468 (C.A.).

R. c. Vachon, [2002] J.Q. n°5053 (C.A.).

R. c. Yelle, [1986] J.Q. No 1025 (C.A.).

Régie intermunicipale de l'est de Portneuf c. Tremblay, [1982] R.P. 321.

Rochon c. R., 2011 QCCA 2012.

Sergerie c. Centre de jeunesse du Saguenay Lac St-Jean, [2004] n°AZ- 0401905 (C.A.).

Société Pole-Lite ltée c. Cormier, [1989] R.J.Q. 1584.

Société Radio-Canada c. Gilles E. Néron Communication Marketing inc., [2002] R.J.Q. 2639 (C.A.).

Société Radio-Canada c. Radio Sept-Iles inc., [1994] R.J.Q 1811 (C.A.).

Srivastava c. Hindu Mission of Canada (Québec) Inc., [2001] R.J.Q. 1111.

St-Romuald (Ville de) et syndicat des pompiers du Québec, section locale St-Romuald, [1996] n°AZ-96142033 (T.A.).

Steenhaut c. Vigneault, [1986] R.R.A. 548 (C.A.).

Syndicat des travailleuses et travailleurs de l'hôpital Charles-LeMoyne (CSN) et Hôpital Charles-LeMoyne, [2010] n°AZ-50649023 (T.A.).

Syndicat des professionnelles du Centre jeunesse de Québec (CSN) c. Desnoyers, 2005 QCCA 110.

T. c. B., [1958] C.S. 587.

The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.).

Théberge c. Lévesque, 2007 QCCA 898.

Thibault c. Corporation professionnelle des médecins du Québec, [1992] R.J.Q. 2029.

Tri-tex Co. inc. v. Ghaly, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.).

Valiquette c. Valiquette, [2003] J.Q. n°9010 (C.S.).

Villa d'Argenteuil 1996 inc. et Union des employées et employés de service, section locale 800, [2002] n°AZ-02141123 (T.A.).

West Island Teachers' Association c. Nantel, [1988] R.J.Q. 1569 (C.A.Q.).

3. Autres provinces

Color Your World Corp. v. Canadian Broadcasting Corp., [1998] O.J. No. 510.

Cusson c. Quan, [2007] ONCA 771.

Ferrel v. Ontario (Attorney General), [1998] O.J. No. 5074.

Flora v. Ontario (Health Insurance Plan, General Manager), [2008] ONCA 538.

Imperial Sheet Metal Ltd. et autres c. Landry et Gray Metal Products Inc., 2007 NBCA 51.

Li v. British Columbia, 2021 BCCA 256.

Mounted Police Assn. of Ontario v. Canada (Attorney General), [2009] O.R. No. 1352.

Murphy Oil Co. v. Predator Corp., 2006 A.B.Q.B. 680.

R. v. Appleby, [1990] O.J. No. 1329.

R. v. Bangle, [1944] O.J. n°284 (C.A.O.).

R. v. Benson, [2009] O.J. No. 239, par. 13 à 19 (Ont. S.C.J.).

R. v. Billing, [2019] B.C.J. No 1214.

R. v. Byrne, [1968] B.C.J. No. 106.

R. v. Colvin and Gladue, [1942] B.C.J. n°26 (B.C. C.A.).

R. v. Davy, [2000] O.J. n°3519.

R. v. Dooley, [2009] O.J. n°5483, par. 118 et 119

R. v. Finck [2008] N.S.J. No. 170.

R. v. Flowers, [2006] N.B.J. No. 402.

R. v. Friesen, 2002 SKCA 32.

R. v. Ghany, [2006] O.J. No. 2972.

R. v. Gill, [1996] O.J. No. 1299.

R. c. Harris, [1990] A. N.-B. no 341.

- R. c. Hayes*, 2002 NBCA 80.
- R. v. Hess*, [1948] B.C.J. n°65 (B.C. C.A.).
- R. v. Hothi and al.*, [1985] M.J. No. 318 (Q.B.).
- R. v. Laurencelle*, 1999 BCCA 511.
- R. v. Lucas*, [1995] S.J. No. 62.
- R. v. Maddeaux*, [1997] O.J. n°1184.
- R. v. Maurer*, 2014 SKPC 118.
- R. c. Mohamad*, [2018] O.J. No 6302.
- R. c. Nwanebu*, [2014] BCCCA 387.
- R. v. Offley*, 1986 ABCA 110.
- R. v. Portillo*, [2003] O.J. n°3030.
- R. v. Prior*, [2008] NLTD 80 (SC).
- R. v. Saunders*, 2014 ONSC 4670.
- R. v. Scallen*, [1974] B.C.J. No. 855 (B.C.C.A.).
- R. c. Shonaman*, [1992] A.N.-B. no 361.
- R. v. Simmermon*, 1996 ABCA 33.
- R. v. Stevens*, [1995] M.J. No. 87.
- R. v. York*, [2005] B.C.J. n°250.
- R. v. Young*, 2008 BCCA 393.
- R.I. Crain Limited v. Ashton and Ashton Press Manufacturing Company Limited*, [1949] O.R. 62 (C.A.).
- Re Blainey and Ontario Hockey Association et al.*, [1986] O.J. No. 236.
- Re Gauntlet Energy Corporation (companies' creditors arrangement act)*, 2003 ABQB 718.
- Re Information Retailers Association of Metropolitan Toronto Inc. and Municipality of Metropolitan Toronto*, (1985) 52 O.R. (2d) 449.
- Regina v. Smtih*, (1992) 77 C.C.C. (3d) 182, 184.
- Regina v. Stewart*, (1982) 38 O.R. (2d) 84 (ON H.C.J.).
- Regina v. Stewart*, (1983) 42 O.R. (2d) 225 (ON C.A.).

Ridgewood Resources Ltd. v. Henuset, [1982] 18 Alta. L.R. (2d) 68.

Rogers v. Faught, [2002] O.J. No. 1451.

Strom v. Saskatchewan Registered Nurses Assn., [2020] SKCA 112.

Tanudjaja v. Canada (Attorney General), 32013 ONSC 5410.

United Food and Commercial Workers, Local 401 v. Alberta (Information and privacy Commissioner), 2011 ABQB 415.

B. Jurisprudence française

1. Conseil constitutionnel

Cons. Const., 16 juillet 1971, n°71-44, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association*, Rec. Cons. const., p. 29.

Cons. Const., 27 décembre 1973, n°73-51, *Loi de finances pour 1974*, Rec. Cons. const., p. 25.

Cons. const. 15 janvier 1975, n°75-54, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, Rec. Cons. const., p. 19.

Cons. const. 23 novembre 1977, n°77-87, *Loi complémentaire à la loi n°59-1557 du 31 décembre 1959 modifiée par la loi n°71-400 du 1^{er} juin 1971 et relative à la liberté d'enseignement*, Rec. Cons. const., p. 42.

Cons. Const., 16 janvier 1981, n°81-132, *Loi de nationalisation*, Rec. Cons. const., p. 18.

Cons. const. 27 juillet 1982, n°82-141, *Loi sur la communication audiovisuelle*, Rec. Cons. const., p. 48.

Cons. Const. 29 décembre 1983, n°83-164, *Loi de finances pour 1984*, Rec. Cons. const., p. 67.

Cons. const. 11 octobre 1984, n°84-181, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. Cons. const., p. 78.

Cons. const. 11 octobre 1984, n°84-141, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, Rec. Cons. const., p. 78.

Cons. const. 18 septembre 1986, n°86-217, *Loi relative à la liberté de communication*, Rec. Cons. const., p. 141.

Cons. Const. 18 janvier 1995, n°94-352, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, Rec. Cons. const., p. 170.

Cons. Const., 29 juillet 1998, n°98-403, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, Rec. Cons. const., p. 276.

Cons. Const. 23 juillet 1999, n°99-416, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. Cons. const., p. 100.

Cons. Const. 9 novembre 1999, n°99-419, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, Rec. Cons. const., p. 116.

Cons. const. 27 juin 2001, n°2001-446, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*, Rec. Cons. const., p. 74.

Cons. Const. 29 juillet 2004, n°2004-499, *Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, Rec. Cons. const., p. 126.

Cons. Const. 3 mars 2007, n°2007-553, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, Rec. Cons. const., p. 93.

Cons. Const. 10 juin 2009, n°2009-580, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Rec. Cons. const., p. 107.

Cons. Const. 16 septembre 2010, n°2010-25 QPC, *M. Jean-Victor C.*, Rec. Cons. const., p. 220.

Cons. const. 20 mai 2011, n°2011-131 QPC, *Madame Térésa C. et autre*, Rec. Cons. const., p. 244.

Cons. Const. 22 mars 2012, n°2012-652, *Loi relative à la protection de l'identité*, Rec. Cons. const., p. 158.

Cons. Const. 16 mai 2012, n°2012-248 QPC, *M. Mathieu E. [Accès aux origines personnelles]*, Rec. Cons. const., p. 270.

Cons. Const. 9 octobre 2013, n°2013-675, *Loi organique relative à la transparence de la vie publique*, Rec. Cons. const., p. 956.

Cons. const. 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres*, Rec. Cons. const., p. 1002.

Cons. Const. 23 juillet 2015, n°2015-713, *Loi relative au renseignement*, J.O.R.F. 26 juillet 2015, p. 12751, texte n°4.

Cons. Const. 10 novembre 2016, n°2016-738, *Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias*, J.O. 15 novembre 2016, texte n° 2.

Cons. const. 8 décembre 2016, n°2016-741, *Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, J.O. 10 décembre 2016, texte n°4.

Cons. const. 4 mai 2018, n°2018-704 QPC, *M. Franck B. et autre*, J.O. 30 mai 2018, texte n°108.

Cons. Const. 12 juin 2018, n°2018-765, *Loi relative à la protection des données personnelles*, J.O. 21 juin 2018, texte n° 2.

Cons. const. 26 juillet 2018, n°2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*, J.O. 31 juillet 2018, texte n°64.

2. Jurisdictions de fond

Trib. civ. Lyon, 15 décembre 1896, 1^{re} ch., DP 1897, jurispr. p. 174.

Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1899, S. 1899. 2.

Trib. corr. Bar-le-Duc, 12 février 1936, Gaz Pal 1936. 1. 847.

T. corr. Colmar, 27 avril 1956, JCP G 1957, II, 10041, 1^{re} esp., note Aussel.

T. pol. Valence, 1^{er} mai 1960, S. 1960. 270, note Hugueney.

T. pol. Lyon, 20 novembre 1984, JCP G 1986 . II. 20684, obs. Bouzat.

T. corr. Agen, 22 mai 1985, R.S.C. 1986, 87, obs. Vitu.

TGI Paris, 27 févr. 1991, JCP 1992.II.21809, obs. Le Tourneau.

T. corr. Paris, 9 janvier 1992, D. 1994. Somm. 195, note Bigot.

TGI Paris, 3 mars 1994, D. 1995. Somm. 272, note Bigot.

TGI Paris, 3^{ème} ch. 11 mars 1998, P.I.B.D. 1998. III. 398.

T. corr. Paris, 2 novembre 2000, D. 2000, IR. p. 286.

TGI Paris, 17^o ch., 13 mars 2009, *Légipresse*, n°312, janvier 2014, p.16.

TGI Paris, 17^o ch. corr., 26 novembre 2013, n°09281062001, *Légipresse*, n°312, janvier 2014, p.16.

Trib. corr. Lyon, 16 septembre 2019, D. 2019.1973, note Roets.

Trib. judiciaire d'Auch, *Légipresse* 2020.680, comm. Dreyer.

Trib. judiciaire de Strasbourg, 3 décembre 2020, Juris-Data n°2020-021219.

Douai, 26 octobre 1951.

Paris, 16 février 1966, D. 1966. 618.

Douai, 16 mars 1967, D. 1967.637, note Plaisant.

Paris, 23 mars 1982, D. 1983. IR.53.

Paris, 16 juin 1987, D. 1987. IR. 197.

Paris, 21 mars 1988, JurisData n°1988-021125.

Paris, 5 mai 1988, Ann. propr. ind. 1988. 281.

Paris, 18 mai 1988, JurisData n°1988-025000, Gaz. Pal. 20-21 janv. 1989.49, note Domingo ; D. 1990. 35, note Drouot.

Paris, 30 mai 1988, D. 1989 Somm. 130.

Nancy, 7 novembre 1991, Ann. propr. ind. 1992. 40.

Nancy, 14 février 1995, JurisData n°1995-040471.

Paris, 30 mars 1995, D. 1995. IR. 140, RTD Civ. 1995. 599, note Hauser.

Paris, 7 février 1997, JurisData n°1997-020906.

Caen, 17 décembre 1997, Dr. pén. 1998, Comm. 82.

Paris, 4 mars 1998, JurisData n°1998-022462

Paris, 30 septembre 1998, Dr. pen. 1999. 23, obs. Véron.

Paris, 11 juin 1999, JurisData n°1999-024232.

Aix-en-Provence, 10 mai 2001, JurisData 2001-159448, D. 2002. Somm. 2299, note Lepage.

Paris, 7 novembre 2001, D. 2002. Somm. 2372.

Paris, 17 octobre 2007, P.I.B.D. 2007. III. 720.

Paris, 22 février 2008, P.I.B.D. 2008. III. 244 ; Propr. intell. 2008. n°29. 470, obs. Galloux.

Paris, 2 février 2011, Propr. industr. 2011, étude 14, obs. Schaffner, Georges et Rétoré.

Colmar, 14 mai 2014, n°14/00373.

Colmar, 18 juin 2014.

Paris, pôle 1, ch. 2, 3 juillet 2014, n°14/05704, Juris-Data n°2014-020285.

Paris, pôle 2, ch. 7, 28 juin 2017, n°16/06394, Juris-Data n°2017-013439.

Bordeaux, 6° ch. corr., 21 septembre 2017, n°16/00204.

Paris, 16 janvier 2019, n°17/05927, Juris-Data n°2019-003644.

Bordeaux, 16 septembre 2020, Juris-Data n°2020-015485.

3. Cour de cassation

Crim. 18 novembre 1837, *Beaudet*, S. 1838. 1. 366.

Crim. 15 décembre 1885, DP 1886. 1. 347.

Crim. 7 juillet 1916, S. 1916, I. p. 176.

Crim. 30 décembre 1931, Gaz. Pal 1932.1.333.

Crim. 17 juillet 1936, DH 1936. 494.

Crim. 10 juillet 1937, *Bull. crim.*, n°147.

Crim. 12 avril 1938, *Bull. crim.* n°122.

Soc. 3 juillet 1953, *Bull. civ.* IV, n°536.

Crim. 21 décembre 1954, *Bull. crim.*, n°423.

Crim. 11 octobre 1956.

Crim. 6 novembre 1956.

Crim. 24 janvier 1957, *Bull. crim.* n°86 ; D. 1957. 298.

Crim. 4 décembre 1957, *Bull. crim.* n°806.

Cass. crim. 25 juin 1958, D. 1958. 693, note MRMP.

Crim. 10 avril 1959, *Bull. crim.*, n°209.

Crim. 10 juin 1959, JCP G 1960, II, 11441.

Crim. 27 décembre 1961, *Bull. crim.*, n°563.

Crim. 26 février 1963, *Bull. crim.* n°92.

Crim. 11 février 1964, *Bull. crim.*, n°46.

Crim. 21 avril 1964, *Bull. crim.*, n°120.

Com. 12 décembre 1964, Ann. propr. ind. 1964. 112.

Crim. 22 mars 1966, *Bull. crim.*, n°109.

Com. 13 juillet 1966, *Soc. Bottonificio Fossanese c. Soc. Almes*, Bull. civ. n°358, JPC 1967. II. 1531, note Durand.

Crim. 29 juin 1967, *Bull. crim.*, n°199.

Crim. 20 décembre 1967, Bull. crim., n°338.

Crim. 14 octobre 1969, *Bull. crim.*, n°248.

Crim. 9 juillet 1970, *Bull. crim.*, n°236.

Crim. 22 juin 1972, Bull. crim., n°220.

Crim. 12 juillet 1972, Bull. crim., n°242.

Crim. 20 juin 1973, Bull. crim. n°289.

Crim. 9 mai 1974, *Bull. crim.*, n°170.

- Crim. 7 novembre 1974, *Bull. crim.*, n°323, D. 1974, somm.144.
- Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *Bull. ch. mixte*, n°4.
- Crim. 2 juillet 1975, *Bull. crim.*, n°174.
- Civ. 2^{ème}, 14 novembre 1975, *Bull. civ. II*, n°294.
- Crim. 12 octobre 1976, *Bull. crim.* n°287.
- Crim. 4 janvier 1977, *Bull. crim.* n° 6.
- Crim. 30 novembre 1977, *Bull. crim.*, n°381.
- Crim. 8 janvier 1979, *Logabax*, *Bull. crim.*, n°13.
- Com. 6 mars 1979, *Bull. civ. IV*, n°88 (pourvoi n°77-13.334).
- Crim. 13 octobre 1982, *Bull. crim.* n°218.
- Crim. 15 mars 1983, *Bull. crim.*, n°82.
- Civ. 1^{re}, 16 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n°268.
- Com. 12 mars 1985, *Bordas*, *Bull. civ. IV*, n°95.
- Civ. 1^{ère}, 16 juillet 1985, *Bull. civ. I*, n°224.
- Crim. 19 novembre 1985, *Bull. crim.* n°364.
- Crim. 28 janvier 1986, *Bull. crim.*, n°36.
- Crim. 29 avril 1986, *Herbreteau*, *Bull. crim.*, n°148.
- Crim. 13 octobre 1986, *Gaz. Pal.* 1987. 1. Somm 103.
- Crim. 16 décembre 1986, *Bull. crim.*, n°374.
- Crim. 27 janvier 1987, *Bull. crim.* n°42, D. 1988.156, note Carreau.
- Crim. 7 novembre 1988, n°87-91.321.
- Civ. 1^{er}, 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n°160.
- Crim. 20 décembre 1988, *Bull. crim.* n°440, D. 1990. Somm. 361, note Roujou de Boubée.
- Crim. 12 janvier 1989, *Bourquin*, *Bull. crim.*, n°14.
- Crim. 1^{er} mars 1989, *Antoniolli*, *Bull. crim.*, n°100.
- Crim. 29 mai 1989, *Bull. crim.*, n°218.
- Crim. 3 juillet 1989, n°88-80.948.

- Crim. 7 novembre 1989, *Bull. crim.*, n°403.
- Civ. 1^{er}, 7 février 1990, *Bull. civ. I*, n°38.
- Civ. 1^{ère}, 25 avril 1990, *Bull. civ. I*, n°88.
- Crim. 24 octobre 1990, *Bull. crim.*, n°355.
- Crim. 12 décembre 1990, *Bull. crim.*, n°430.
- Crim. 3 mars 1992, pourvoi n°90-82.964, D. 1994. Somm. 157, obs. Roujou de Boubée.
- Crim. 14 avril 1992, n°87-80.411, *Bull. crim.*, n°162.
- Ass. plén. 11 décembre 1992, *Bull. A.P.*, n°13 (deux arrêts).
- Crim. 13 février 1993, n°87-90.446, *Bull. crim.*, 75.
- Civ. 2^e, 5 mai 1993, *Bull. civ. II*, n°167.
- Com. 15 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 241.
- Crim. 6 juillet 1993, n°91-83.246, *Bull. crim.*, n°242.
- Crim. 5 octobre 1993, *Bull. crim.*, n°276.
- Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1993, *Bull. civ. I*, n°293.
- Crim. 23 novembre 1993, n°92-85.772.
- Com. 13 décembre 1993, P.I.B.D. 1995. III. 141.
- Crim. 19 janvier 1994, pourvoi n°93-80.633, R.S.C., 1994.767, obs. Ottenhof.
- Crim. 7 février 1994, Dr. pén. 1994, 129.
- Civ. 2^e, 22 juin 1994, *Bull. civ. II*, n°165.
- Com. 15 novembre 1994, P.I.B.D. 1995. III. 51.
- Com. 13 décembre 1994, P.I.B.D. 1995. III. 141, Ann. propr. ind. 1996.8.
- Crim. 3 avril 1995, *Fressoz*, n°93-81.569, *Bull. crim.*, n°142.
- Crim. 16 mai 1995, *Bull. crim.*, n°175.
- Crim. 23 mai 1995, n°94-81.141, *Bull. crim.* n°193.
- Com. 13 juin 1995, P.I.B.D. 1995. III.391.
- Com. 17 octobre 1995, *Bull. civ. IV*, n°232, P.I.B.D. 1996.III.34.
- Crim. 25 octobre 1995, *Bull. crim.*, n°324.

Crim. 26 octobre 1995, *Bull. crim.*, n°324.

Crim. 26 octobre 1995, *Bull. crim.*, n°328 ; R.S.C., 1996. 645, obs Bouloc.

Civ. 2^e, 18 décembre 1995, *Bull. civ. II*, n°312.

Crim. 21 février 1996, *Bull. crim.*, n°84.

Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n°124.

Crim. 29 avril 1996, *Bull. crim.*, n°174.

Civ. 2^{ème}, 19 juin 1996, *Bull. civ. II*, n°153.

Crim. 3 juillet 1996, n°94-83.195, *Bull. crim.*, n°283.

Soc. 13 novembre 1996, *Bull. civ. V*, n°386.

Crim. 22 janvier 1997, *Bull. crim.* n°31.

Crim. 8 avril 1997, pourvoi n°96-82.351.

Crim. 7 octobre 1997, *Bull. crim.* n°324.

Crim. 8 octobre 1997, pourvoi n°95-83.640.

Soc. 2 décembre 1998, *Bull. civ. V*, n°535.

Crim. 8 décembre 1998, *Bull. crim.*, n°336.

Crim. 16 mars 1999, pourvoi n°97-85.054, J.C.P. G., 1999.II.10166 (2^e espèce), note Bouretz.

Civ. 2^{ème}, 15 avril 1999, *Bull. civ. II*, n°73.

Crim. 30 novembre 1999, *Bull. crim.*, n°282.

Civ. 1^{er}, 14 décembre 1999, n°97-15.756, *Bull. civ. I*, n°345.

Civ. 1^{re}, 25 janvier 2000, *Bull. civ. I*, n° 124.

Ass. plén. 12 juillet 2000, *Bull. A.P.*, n°8.

Civ. 1^{re}, 7 novembre 2000, *Bull. civ. I*, n°283.

Com. 19 décembre 2000, P.I.B.D. 2001. III. 277.

Crim. 19 décembre 2000, n°00-81.680, Dr. pén. mai 2001, comm. 56, p. 14, obs. Véron.

Civ. 2^e, 8 mars 2001, *Bull. civ. II*, n°47.

Civ. 2^e, 29 mars 2001, *Bull. civ. II*, n° 67.

Crim. 24 avril 2001, *Bull. crim.*, n°98.

Crim. 3 mai 200.

Crim. 21 juin 2001, *Bull. crim.*, n°149.

Soc., 2 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n°291.

Civ. 2^e, 29 novembre 2001, *Bull. civ.* II, n°176.

Civ. 2^e, 14 mars 2002, *Bull. civ.* II, n°45.

Civ. 2^e, 14 mars 2002, n°99-19.239, *Bull. civ.* II, n°41.

Crim. 11 juin 2002, *Bull. crim.*, n°132.

Crim. 18 juin 2002, n°01-88.062.

Crim. 3 décembre 2002, n°01-85-466, *Bull. crim.*, n°217.

Civ. 2^e, 23 janvier 2003, *Bull. civ.* II, n°16.

Crim. 11 février 2003, *Bull. crim.*, n°29.

Crim. 18 févr. 2003, *Bull. crim.*, n°41.

Civ. 2^e, 27 mars 2003, n°00-20.461, *Bull. civ.* II, n°84.

Civ 1^{re}, 23 avril 2003, *Bull. civ.* I, n°98, D. 2003. 1539, note Lepage.

Civ. 2^e, 3 juillet 2003, n°00-15.468, *Bull. civ.* II, n°228.

Civ. 1^{er}, 9 juillet 2003, n°00-20.289, *Bull. civ.* I, n°172, *Comm. Com. électr.* 2003. comm. 11, note Lepage.

Civ. 2^e, 9 octobre 2003, *Bull. civ.* II, n°293.

Civ. 2^e, 13 novembre 2003, *Bull. civ.* II, n°334.

Civ. 2^e, 11 décembre 2003, *Bull. civ.* II, n°383.

Civ. 2^e, 5 février 2004, *Bull. civ.* II, n°48.

Crim. 18 février 2004, n° 03-82.951.

Crim. 16 mars 2004, *Bull. crim.*, n°67.

Civ. 2^e, 8 avril 2004, n°01-17.188 et 01-16.881, *Bull. civ.* II, n°185.

Crim. 28 avril 2004, n°03-83.783.

Crim. 5 mai 2004, *Bull. crim.*, n°110, J.C.P. G., 2004. IV. 2334.

Crim. 11 mai 2004, *Bull. crim.*, n°113 et 117, D. 2004. 2326, obs. Kobina Gaba.

Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, *Bull. civ.* II, n°273 ; D. 2004. 2069, note Ravanias.

Soc. 30 juin 2004, *Bull. civ.* V, n°187.

Civ. 1^{re}, 3 novembre 2004, *Bull. civ.* I, n°238.

Crim. 1^{er} juin 2005, n°05-80.351, *Bull. crim.*, n°168, Dr. pen. 2005, n°9, comm. 121, p. 11, note Véron.

Civ. 1^{re}, 27 septembre 2005, *Bull. civ.* I, n°348.

Crim. 25 janvier 2006, pourvoi n°05-84.957.

Crim. 14 février 2006, *Bull. crim.*, n°38., D. 2007. 1184, note Saint-Pau.

Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, *Bull. civ.* I, n°139.

Civ. 1^{re}, 7 février 2006, *Bull. civ.* I, n°59.

Crim. 28 mars 2006, *Bull. crim.*, n°90.

Civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 307.

Crim. 20 juin 2006, pourvoi n°05-86.491.

Crim. 19 septembre 2006, JurisData n°2006-035553.

Crim. 30 octobre 2006, *Bull. crim.* n°261.

Crim. 14 novembre 2006, n°06-81.326.

Crim. 7 février 2007, n°06-80.108, Juris-Data n°2007-037525.

Crim. 24 avril 2007, *Bull. crim.*, n°108.

Crim. 12 juin 2007, *Bull. crim.*, n°157.

Crim. 11 septembre 2007, n°06-86.556.

Soc. 5 décembre 2007, n°06-41.267.

Crim. 4 mars 2008, pourvoi n°07-84.002, R.S.C., 2009, 131, obs. Francillon.

Soc. 5 mars 2008, *Bull. civ.* V, n°55.

Crim. 11 mars 2008, n°06-84.712, *Bull. crim.*, 59.

Soc. 19 mars 2008, n° 06-45.322.

Crim. 27 mars 2008, n°07-83.009.

Crim. 6 mai 2008, n°07-82.251, *Bull. crim.*, n°103.

Crim. 28 octobre 2008, *Bull. crim.*, n°215.

Civ. 1^{re}, 13 novembre 2008, *Bull. civ.* I, n°259.

Civ. 1^{re}, 11 décembre 2008, *Bull. civ. I*, n°282.

Soc. 10 mars 2009, *Bull. civ. V*, n°66.

Crim. 12 mai 2009, n°08-85.732, *Bull. crim.*, n°88.

Crim. 9 juin 2009, *Bull. crim.*, n°118.

Soc. 17 juin 2009, n°07-44.629.

Crim. 24 novembre 2009, *Bull. crim.*, n°193.

Crim. 19 janvier 2010, n°09-84.408, *Bull. crim.*, n°12.

Crim. 16 février 2010, *Bull. crim.* n°25.

Civ. 1^{re}, 6 mai 2010, *Bull. civ. I*, n°103.

Crim. 26 mai 2010, n°09-87.631.

Soc. 16 juin 2010, n°09-40.065.

Soc. 29 septembre 2010, n°09-42.057.

Com. 12 octobre 2010, n°09-70.740.

Crim. 23 novembre 2010, n°09-87.527.

Civ. 1^{re}, 25 novembre 2010, n°10-10.732.

Civ. 1^e, 3 février 2011, n°09-10.301, *Bull. civ. I*, n°21.

Civ. 1^e, 17 mars 2011, n°10-11.784, *Bull. civ. I*, n°58.

Crim. 29 mars 2011, n°10-85.887, *Bull. crim.*, n°61, Comm. Com. électr. 2011. comm. 79, note Lepage.

Crim. 27 avril 2011, n°10-86.233.

Crim. 27 avril 2011, n°10-83.771, *Bull. crim.* n°77, Comm. com. électr. 2011 comm. 79, note Lepage.

Crim. 3 mai 2011, n°10-81.529, *Juris-Data* n°2011-007727, R.P.D.P. 2011. 693, note Lepage.

Soc. 17 mai 2011, n°09-71.881.

Crim. 7 juin 2011, n°10-85.179, Comm. Com. électr. 2011. comm. 79, note Lepage.

Civ. 1^{er}, 6 octobre 2011, *Bull. civ. I*, n°159.

Civ. 1^{re}, 4 novembre 2011, *Bull. civ. I*, n°196.

Civ. 1^e, 4 novembre 2011, n°10-19.381.

- Crim. 8 novembre 2011, pourvoi n°10-82.021.
- Crim., 16 novembre 2011, *Bull. crim.*, n°233.
- Crim. 22 novembre 2011, n°10-86.291.
- Soc. 7 février 2012, *Bull. civ. V*, n°55, JCP S 2012. 1195, note Corrignan-Carsin.
- Crim. 28 février 2012, *Bull. crim.*, n°55.
- Crim. 13 mars 2012, n°11-90.123.
- Crim. 13 mars 2012, n°11-85.580
- Soc. 10 mai 2012, n°11-11.916.
- Crim. 19 juin 2012, n°11-84.235, *Bull. crim.*, n°253.
- Civ. 1^{ère}, 14 novembre 2012, *Bull. civ. I*, n°240.
- Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, *Bull. civ. I*, n°67.
- Crim. 28 mai 2013, n°12-83.225.
- Crim. 11 juin 2013, n°12-83.487, *Bull. crim.*, n°136.
- Crim. 10 septembre 2013, n°12-81.990, *Bull. crim.*, n°176.
- Crim. 10 septembre 2013, *Bull. crim.*, n°177.
- Soc. 14 janvier 2014, n°12-25.658.
- Crim. 14 janvier 2014, n°12-86.620.
- Soc. 22 janvier 2014, n°12-15.430.
- Civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, *Bull. civ. I*, n°34.
- Crim. 11 mars 2014, n°3-80.440.
- Crim. 8 avril 2014, n°12-88.095, *Bull. crim.*, n°103.
- Crim. 6 mai 2014, n°12-87.789, *Bull. crim.*, n°121.
- Civ. 1^{ère}, 2 juillet 2014, *Bull. civ. I*, n°120.
- Civ. 1^{ère}, 10 septembre 2014, *Bull. civ. I*, n°143.
- Civ. 1^{er}, 29 octobre 2014, *Bull. civ. I*, n°179.
- Crim. 9 décembre 2014, n°13-84.869.
- Crim. 6 janvier 2015, *Bull. crim.*, n°10.

Crim. 3 mars 2015, n°13-88.230.

Crim. 17 mars 2015, n°1387-358.

Civ. 1^{er}, 9 avril 2015, n°14-14.146 ; Comm. Com. électr. 2015. comm. 60, note Lepage.

Crim. 5 mai 2015, n°14-83738.

Crim. 20 mai 2015, *Bull. crim.*, n°119, Dr. pen., 2015. n°123, obs. Conte ; Gaz. Pal 2015.168.8, comm. Détraz.

Soc. 10 juin 2015, n°14-13.318.

Crim. 8 juillet 2015, n°15-81.986.

Crim. 8 septembre 2015, n°14-81.681, *Bull. crim.*, n°152.

Civ. 1^{er}, 30 septembre 2015, n°14-16.273, *Bull. civ. I*, n°241.

Crim. 20 octobre 2015, n°14-82.587, *Bull. crim.*, n°364.

Crim. 3 novembre 2015, n°14-83.420.

Crim. 17 novembre 2015, n°14-81.410, *Bull. crim.*, n°533.

Crim. 1^{er} décembre 2015, n°13-80.108.

Crim. 16 décembre 2015, *Bull. crim.*, n°559, *AJ Pénal*, 2016, 144, note Kerloegan et Maisonneuve.

Crim. 12 janvier 2016, n°13-84.339.

Crim. 1^{er} mars 2016, 14-87.524.

Crim. 15 mars 2016, n°14-84.703.

Civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n°15-14.072, *Bull. inf.* n°846, I, n°1060.

Crim. 30 mars 2016, *Bull. crim.*, n°112, *Légipresse* n°339, juin 2016, p. 351, comm. Beaussonie.

Crim. 12 avril 2016, n°14-87.606.

Crim. 25 mai 2016, n°14-86.170, Juris-Data n°2016-009915, R.P.D.P. 2019. 989, note Beziz-Ayache.

Crim. 1^{er} juin 2016, pourvoi n°15-81.187.

Soc. 30 juin 2016, n°15-10-557.

Soc. 28 septembre 2016, n°14-28.298.

Crim. 26 octobre 2016, *Bull. crim.*, n°278 ; Juris-Data n°2016-022303; Dr. pen. janv. 2017. 2. 25, note Conte.

Civ. 3^e, 3 novembre 2016, n°15-17.150, Juris-Data n°2016-022763.

Crim. 13 décembre 2016, n°16-80.812.

Soc. 3 février 2017, n°15-16.340.

Crim. 7 février 2017, n°15-86.970, Juris-Data n°2017-001828.

Civ. 1^{er}, 1^{er} mars 2017, n°15-22.946, RTD Civ. 2017. 352, note Hauser ; Comm. Com. électr. 2017. comm. 64, note Lepage.

Crim. 14 mars 2017, n°16-80.209, Juris-Data n°2017-004506.

Crim. 14 mars 2017, n°16-80.353.

Crim. 10 mai 2017, n°16-81.555.

Crim. 7 juin 2017, n°16-80.322.

Crim. 28 juin 2017, pourvoi n°16-81.113, Dalloz actualité, 13 juillet 2017, obs. Priou-Alibert.

Crim. 28 juin 2017, n°16-82.163, 16-80.064 et 16-80.066, Juris-Data n°2017-012779.

Crim. 11 juillet 2017, n°16-84.671.

Crim. 12 décembre 2017, n°16-86.294.

Crim. 27 février 2018, n°17-81.057.

Soc. 21 mars 2018, n°16-24.350.

Civ. 1^e, 21 mars 2018, n°19-28.741, *Bull. civ. I*, n°56.

Crim. 10 avril 2018, n°17-81.347.

Crim. 7 mai 2018, n°17-82.663, Juris-Data n°2018-007564.

Crim. 7 mai 2018, n°17-82.751.

Crim. 7 mai 2018, n°17-82.411.

Crim. 24 mai 2018, n°17-82.321, Juris-Data n°2018-008640.

Civ. 1^e, 11 juillet 2018, n°17-22.381, *Bull. civ. I*, n°137.

Crim. 8 août 2018, n°17-82.893.

Crim. 30 octobre 2018, n°17-87.210.

Crim. 7 novembre 2018, n°17-82.459.

Crim. 17 octobre 2018, n°17-80.485.

Ch. mixte, 30 novembre 2018, n°17-16.047, Juris-Data n°2018-021551.

Crim. 9 janvier 2019, *Bull. crim.*, n°6.

Crim. 8 janvier 2019, n°18-81.286.

Crim. 8 janvier 2019, n°17-85.110.

Crim. 8 janvier 2019, n°17-83.470.

Soc. 17 avril 2019, n°17-20.892.

Crim. 7 mai 2019, n°19-81627 et n°19-81.629.

Crim. 25 mai 2019, n°18-84.319.

Civ.1^e, 10 octobre 2019, n°18-21.871.

Crim. 15 octobre 2019, n°18-83.255.

Crim., 25 octobre 2019, n°17-86.604, par. 11.

Ass. Plén. 25 octobre 2019, n°17-86.605, *AJ Pénal* 2020.32, note Verly ; Dr. pen. 2019. comm. 202, obs. Conte.

Crim. 7 janvier 2020, n°18-85.159.

Crim. 7 janvier 2020, n°19-80.374.

Crim., 26 février 2020, n°19-81.827, *Bull. crim.*, n°35, JCP G. 2020.2053, note Saint-Pau.

Civ. 1^e, 11 mars 2020, n°19-13.716.

Civ. 1^{er}, 11 mars 2020, n°19-13.716

Crim. 21 avril 2020, n°19-81.172.

Soc. 8 juillet 2020, n°18-13.593.

Crim. 13 octobre 2020, n°19-85.527.

Crim. 13 octobre 2020, n°19-85.632.

Crim. 13 octobre 2020, n°19-87.341.

Crim. 3 novembre 2020, n°19-84.700.

Crim. 3 novembre 2020, n°19-87.418.

Soc. 4 novembre 2020, n°18-15669

Crim. 1^{er} décembre 2020, n°19-87.379.

Crim. 1^{er} décembre 2020, n°19-82.066.

Civ. 1^{er}, 6 janvier 2021, n°19-21.718.

Soc. 10 février 2021, n°19-19.287.

Com. 10 février 2021, n°18-24.302.

Civ. 1^e, 17 février 2021, n°19-24.780, par. 6.

Crim. 14 avril 2021, n°20-80.135.

Cim. 15 juin 2021, n°20-83.749, JCP G 2021.1484. comm. Saint-Pau.

Crim. 22 septembre 2021, n°20-85.434, Dalloz Actualité, 8 octobre 2021, note Recotillet.

Civ. 1^e, 20 octobre 2021, n°20-14.354.

4. Conseil d'Etat

Cons. d'Etat, 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec. Lebon*, p. 190.

Cons. d'Etat 29 janvier 1993, *Epoux Matraire*, n°131708, *Rec. Lebon tables 1993*, p. 572 et 824.

Cons. d'Etat., ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n°136727.

Cons. d'État, 6 janvier 2006, n°260307.

Cons. d'Etat, 10 février 2016, *M. K.*, *Rec. Lebon 2016*, n°1, p. 27.

Cons. d'Etat. réf., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres associations de défense des droits de l'homme – Collectif contre l'islamophobie en France*, *Rec. Lebon* n°390.

Cons. d'Etat, 25 février 2015, *M. Stojanovic*, *Rec. Lebon 2016*, n°1, p. 29

Cons. d'Etat., 12 juillet 2017, n°384254, *Les Amis de la Terre France*, *Recueil Lebon* n°4, *RTD Eur.* 2018.392, note Bouveresse.

Cons. d'Etat. 10 juillet 2020, n°428409, *Les Amis de la Terre France*, *Recueil Lebon* n°4, *RTD Eur.* 2021. 481, note Ritleng.

Cons. d'Etat. 4 août 2021, n°428409, en ligne : < <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/pollution-de-l-air-le-conseil-d-etat-condamne-l-etat-a-payer-10-millions-d-euros>>.

C. Jurisprudence européenne

1. Union européenne

Ch. rec. tech. OEB, 10 juin 2008, en ligne < <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t060479ful.pdf>>.

Hoechst c. Commission, 21 septembre 1989, n°C-46/87 et C-227/88.

Roquette frères SA c. Directeur générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, 22 octobre 2002, n°C-94/00, [2002] Rec. C.E.

2. Cour européenne des droits de l'Homme

A. c. Royaume-Uni, 23 septembre 1998, n°25599/94, CEDH 1998-VI.

A.P., Garçon et Nicot c. France, 6 avril 2017, n°79885/12, 52471/13 et 52596/13, *Recueil des arrêts et décisions 2017*.

Aalmoes and others v. The Netherlands, 25 novembre 2004, n°16269/02.

Abeberry c. France (dec.), 21 septembre 2004, n°58729/00.

Airey c. Irlande, 9 décembre 1979, série A n°32.

Anheuser-Busch Inc. c. Portugal, n°73049/01, 11 janvier 2007, CEDH 2007-I.

Animal Defender International c. Royaume-Uni, 22 avril 2013, [GC], n°48876/08, *Recueil des arrêts et décisions 2013*.

Association for European integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, 28 juin 2007, n°62540/00.

Axel Springer AG c. Allemagne [GC], 7 février 2012, n°39954/08.

B. c. France, 25 mars 1992, n°13343/87, série A n°232-C.

Baka c. Hongrie, [GC], 23 juin 2016, n°20261/12, *Affaires phares 2016*, p. 7.

Bayatyan c. Arménie, 7 juillet 2011, n°23459/03, CEDH 2011-IV.

Bédât c. Suisse [GC], 29 mars 2016, n°56925/08.

Botta c. Italie, 24 février 1998, n°21439/93, CEDH 1998-I.

Brunet-Lecomte et a. c. France, 5 février 2009, n°42117/04.

Buck c. Allemagne, 28 avril 2005, n°41604/98, CEDH 2005-I.

Bucur et Toma c. Roumanie, 8 janvier 2013, n°40238/02.

Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, 25 février 1982, n°7511/76 ; 7743/76, série A n°48.

Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France, 27 juin 2000, n°27417/95, CEDH 2000-VII.

Chappell c. Royaume-Uni, 30 mars 1989, série A 152-A.

Chassagnou et autres c. France, 29 avril 1999, n°25088/94, 28331/95 et 28443/95, CEDH 1999-III.

Chauvy et autres c. France, 29 juin 2004, n°64915/01, CEDH 2004-VI.

Couderc et Hachette Filipacchi associés c. France, 10 novembre 2015, n°40454/07, *Recueil des arrêts et décisions 2015*.

Costello-Roberts c. Royaume-Uni, 25 mars 1993, n°13134/87, série A n°247-C.

Dammann c. Suisse, 25 avril 2006, n°77551/01.

Delfi AS c. Estonie [GC], 16 juin 2015, n°64569/09.

Depalle c. France [GC], n°34044/02, 29 mars 2010, CEDH 2010-III, par. 62.

Dubská et Krejzová c. République Tchèque, [GC], 15 novembre 2016, n°28859/11 et 28473/12, *Recueil des arrêts et décisions 2016*.

Dupuis et autres c. France, 7 juin 2007, n°1914/02, CEDH 2007-VII.

Editions Plon c. France, 18 mai 2004, n°58148/00, CEDH 2004-IV.

Fayed & House of Fraser Holdings plc v. United Kingdom, 15 mai 1992, n°17101/90.

Fressoz et Roire c. France, 21 janvier 1999, n°29183/95, CEDH 199-I.

Fuentes Bobo c. Espagne, 29 février 2000, n°39293/98.

Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas, 23 février 1995, série A n°306-B.

Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996, *Recueil 1996-IV*, par. 41

Goodwin c. Royaume-Uni, 27 mars 1996, n°17488/90, CEDH 1996-II.

Gough c. Royaume-Uni, 28 octobre 2014, n°49327/11.

Gozerlik et autres c. Pologne, 17 février 2004, n°44158/98, *Recueil des arrêts et décisions 2004-I*.

Guillot c. France, 24 octobre 1996, n°15773/89, 15774/89, CEDH 1996-V.

Guja c. Moldavie, 12 février 2008, [GC], n°14277/04, CEDH 2008-II.

Hachette Filipacchi associés (« Ici Paris ») c. France, 23 juillet 2009, n°12268/03.

Halet c. Luxembourg, 11 mai 2021, n°21884/18.

Hamer c. Belgique, n°21861/03, 27 novembre 2007, CEDH 2007-V.

Handyside c. Royaume-Uni, 7 décembre 1976, n°5493/72, série A n°24.

Heinisch c. Allemagne, 21 juillet 2011, n°28274/08, CEDH 2011-V.

Herrmann c. Allemagne, 20 janvier 2011, n°9300/07.

Hertel c. Suisse, 25 août 1998, n°25181/94, CEDH 1998-VI.

Hurbain c. Belgique, 22 juin 2021, n°57292/16.

Iatridis c. Grèce, n° 31107/96, 25 mars 1999, CEDH 1999-II, par. 54.

Ilaşcu et autres c. Moldavie et Russie, 8 juillet 2004, n°48787/99, *Recueil des arrêts et décisions 2004-VII*.

Jakóbski v. Poland, 7 décembre 2010, n°18429/06.

Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, n° 5095/71, 5920/72 et 5926/72, série A n°23.

Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, n° 14307/88, série A, n°260-A.

Langner v. Germany, 17 septembre 2015, n°14464/11.

Leander c. Suède, 26 mars 1987, n°9248/81, série A n°116, p.29.

Leempoel & S.A. ED. Ciné Revue c. Belgique, 9 novembre 2006, n°64772/01.

Leyla Şahin c. Turquie, 10 novembre 2005, n°44774/98, *Recueil des arrêts et décisions 2005-XI*.

Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France, [GC] 22 octobre 2007, n°21279/02 et 36448/02, CEDH 2007-IV.

López-Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, n°16798/90, série A n°303-C.

Liberty et autres c. Royaume-Uni, 1^{er} juillet 2008, n° 58243/00.

Mamatkoulov et Askarov c. Turquie, 4 février 2005 [GC], n° 46827/99 et 46951/99, *Recueil des arrêts et décisions 2005-I*.

Mamère c. France, 7 novembre 2006, n°12697/03, CEDH 2006-XII.

Marchenko v. Ukraine, 19 février 2009, n°4063/04.

Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, 20 novembre 1989, n°10572/83, série A n°165.

Marckx c. Belgique, 13 juin 1979, série A n°31.

Medžlis Islamske Zajednice Brčko et autres c. Bosnie-Herzégovine [GC], 27 juin 2017, n°17224/11.

Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, n°10737/84, série A n°133.

N.D. et N.T. c. Espagne, 13 février 2020, n°8675/15 et 8697/15.

N.N. et T.A. c. Belgique, 13 mai 2008, n°65097/01.

Niemietz c. Allemagne, 16 décembre 1992, série A 251B.

Observer et Guardian c. Royaume-Uni, 26 novembre 1991, n°13585/88, série A n°216.

Odièvre c. France, 13 février 2003, n°42326/98, CEDH 2003-III.

Öneryildiz c. Turquie, n°48939/99, 18 juin 2002.

Öneryildiz c. Turquie [GC], n°48939/99, 30 novembre 2004, CEDH 2004-XII, par. 124.

Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, n°23452/94, CEDH 1998-VIII.

Palomo Sánchez et autres c. Espagne, 12 septembre 2011, n°28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, *Recueil des arrêts et décisions 2011*.

Petri Sallinen and others v. Finland, 27 septembre 2005, n°50881/99.

Petrina c. Roumanie, 14 octobre 2008, n°78060/01.

Pfeifer c. Autriche, 15 novembre 2007, n°12556/03.

Podkolzina c. Lettonie, 9 avril 2002, n°46726/99, CEDH 2002-II.

Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique, 20 novembre 1995, série A n°332.

Pretty c. Royaume-Uni, 29 avril 2002, n°2346/02, CEDH 2002-III.

Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne, n°42527/98, 12 juillet 2001, CEDH 2001-VIII.

Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, 9 décembre 1994, série A 301-B.

Riolo c. Italie, 17 juillet 2008, n°42211/07.

Roland Dumas c. France, 15 juillet 2010, n°34875/07.

Rubio Dosamantes c. Espagne, 21 février 2017, n°20996/10.

S.A.S. c. France, 1^{er} juillet 2014, n°43835/11, CEDH 2014-III.

S. H. et autres c. Autriche [GC], 3 novembre 2011, n°57813/00, CEDH 2011-V.

Sadak et autres c. Turquie, 11 juin 2002, n° 25144/94, 26149/95 à 26154/95, 27100/95 et 27101/95, *Recueil des arrêts et décisions 2002-IV*.

Sağdıç c. Turquie, 9 février 2021, n°9142/16.

Schlumpf c. Suisse, 8 janvier 2009, n°29002/06.

Siliadin c. France, 26 juillet 2005, n°73316/01, *Recueil des arrêts et décisions 2005-VII*.

Smith Kline et French Laboratories c. Pays-Bas, n°12633/87, décision de la Commission du 4 octobre 1990, D.R. 66, p.81.

Soares v. Portugal, 21 juin 2016, n°79972/12.

Société Colas Est et autres c. France, 16 avril 2002, n°37971, CEDH 2002-III.

Soering c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, n°14038/88, série A n°161.

Sosinowska v. Poland, 18 octobre 2011, 10247/09.

Sovtransavto holding c. Ukraine, n°48553/99, 25 juillet 2002, CEDH 2002-VII.

Sporrong et Lönnroth c. Suède, 23 septembre 1982, n°7151/75 et 7152/75, série A n°52.

Steel et Morris c. Royaume-Uni, 15 février 2005, n°68416/01, CEDH 2005-II.

Stoll c. Suisse, [GC] 10 décembre 2007, n°69698/01, CEDH 2007-V, par. 101

Storck c. Allemagne, 16 juin 2005, n°61603/00, *Recueil des arrêts et décisions 2005-V*.

Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, n°6538/74, série A n°30.

Tre Traktörer Aktiebolag c. Suède, 7 juillet 1989, série A n°159.

Tyrer c. Royaume-Uni, 25 avril 1978, n°5856/72, série A n°26.

Uj v. Hungary, 19 juillet 2011, n°23954/10.

Van Marle et autres c. Pays-Bas, 26 juin 1986, série A n°101.

Vartic c. Romania (no. 2), 17 décembre 2013, n°14150/08.

Versini-Campinchi et Crasnianski c. France, 16 juin 2016, n°49176/11.

Von Hannover c. Allemagne, 24 septembre 2004, n°59320/00, CEDH 2004-IV.

Von Hannover c. Allemagne [GC], 7 février 2012, n°40660/08 et 60641/08, *Recueil des arrêts et décisions*, 2012-1, 351.

White v. Sweden, 19 septembre 2006, n°42435/02.

Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche, 16 octobre 2007, n°74336/01, CEDH 2007-IV.

X. c. Royaume-Uni, n°7992/77, décision de la Commission du 12 juillet 1978, D. et R. 14, p. 236.

X. et Eglise de scientologie c. Suède, n°7805/77, décision de la Commission du 5 mai 1979, D. et R. 16, p. 75.

X. et Y. c. Pays-Bas, 26 mars 1985, n°8978/80, série A n°91.

Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, n°7601/76 et 7806/77, série A n°44.

D. Jurisprudence étrangère

1. Royaume-Uni

Edwards c. Attorney-General for Canada, [1930] A.C. 124.

Entick v. Carrington, (1765) 19 St. Tr. 1029, p. 1066.

Faccenda Chicken Ltd v. Fowler and others, [1985] 1 All E.R. 724 (Eng. Ch. Div.).

Faccenda Chicken Ltd v. Fowler, [1986] 1 All. E.R. 617 (Eng. C.A.).

Herbert Morris Ltd. v. Saxelby, [1916] All E.R. 305 (House of Lords).

Jameel v. Wall Street Journal Europe SPRL, [2006] UKHL 44.

Northern Electric Co. et al. v. Brown's Theatres Limited., 1939 .

Reliable Plastics Ltd. v. Louis Marx & Co. (1958), [1956-1960] Ex. C.R. 257, 29 C.P.R. 113.

Saltman Engineering Co. Ltd v. Campbell Engineering CO. Ltd, [1948] 65 R.P.C. 203 (Eng. C.A.).

Unifloc Reagents, Ltd. v. Newstead Colliery, Ltd., [1943] 60 R.P.C. (10) 165.

2. Etats-Unis

Abrams v. United-States, 250 U.S. 616 (1919).

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).

Dow Chemical Co. v. United States, 476 U.S. 227 (1986).

Marshall v. Barlow's, Inc., 436 U.S. 307 (1978).

New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 717.

See v. Seattle, 387 U.S. 541 (1967).

West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624.

3. Luxembourg

Trib. d'arrondissement de et à Luxembourg, 12^e ch. correctionnelle, 29 juin 2016, en ligne : <https://justice.public.lu/fr/actualites/2016/06/jugement-affaire-luxleaks.html>.

Cour d'appel du Luxembourg, 10^e ch. correctionnelle, 15 mars 2017, en ligne : <https://justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/arret-luxleaks-cour-appel.html>.

Cour d'appel du Luxembourg, 5^e chambre, 15 mai 2018, en ligne : <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/05/arret-luxleaks-deltour.html>.

Cour de cassation du Luxembourg, 3 avril 2014, n°17/2014 pénal.

4. Suisse

Club Méditerranée (Bureau suisse) SA c. Tages-Anzeiger für Stadt und Kanton Zürich AG, 21 mars 1969, ATF 95 II 481.

Metzler c. Philanthropische Gesellschaft Union und Mitbeteiligte, 3 juin 1971, ATF 97 II 97.

5. Australie

The Federal Commissioner of Taxation v. United Aircraft Corp., (1943) 68 C.L.R. 525, 534 (H.C.A.).

III. Doctrine

A. Monographies, manuels et ouvrages collectifs

AGOSTINI, É., *Droit comparé*, coll. Droit fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 1988.

AUBERT, J. L. et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 18^e éd., coll. Sirey Université Droit privé, Paris, Dalloz, 2021.

AZEMA, J. et J.-C. GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 8^e édition, coll. Précis, Paris, Dalloz, 2017.

BAUDOUIN, J.-L., P. DESLAURIERS et B. MOORE, *La responsabilité civile*, 9^e éd., 1. Principes généraux, Montréal, Editions Yvon Blais, 2020.

BEAUDOIN, G. A., C. F. BECKTON et E. MENDES, *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

BARENDT, E., *Freedom of speech*, 2^e éd., New York, Oxford University Press, 2005.

BEIGNIER, B., B. de LAMY et E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, coll. Traités, Paris, Litec, 2009.

BERGER V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 13^e éd., Paris, Sirey, 2014.

BIGOT, C., *Pratique du droit de la presse*, 3e éd., Paris, Dalloz, 2020.

BINCTIN, N., *Droit de la propriété intellectuelle: Droit d'auteur, brevet, droits voisins, marque, dessins et modèles*, 4e édition, coll. Manuel, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2016.

BIOY, X., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 6e éd., Paris-La Défense, LGDJ, 2020.

BOULOC, B., *Droit pénal général*, 27e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2021.

BRUN, H., P. BRUN et F. LAFONTAINE, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 33e éd., coll. Alter ego, Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2014.

BRUN, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 5e éd., Paris, LexisNexis, 2018.

CARBONNIER, J., *Droit civil*, 1, coll. Quadrige manuels, Paris, PUF, 2017.

———, *Droit civil*, 2, coll. Quadrige manuels, PUF, 2017.

CONTE, P., *Droit pénal spécial*, 6e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2019.

COTE-HARPER, G. et A. MANGANAS, *Principes de droit pénal général*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1981.

COTE-HARPER, G., J. TURGEON et P. RAINVILLE, *Traité de droit pénal canadien*, 4e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 1998.

———, *Droit pénal général: cours, thèmes de travaux dirigés*, 4e éd., Paris-La Défense, LGDJ, 2020.

DECIMA, O., S. DETRAZ et É. VERNY, *Droit pénal général: cours, thèmes de travaux dirigés*, 4e éd., Paris-La Défense, LGDJ, 2020.

DELEURY, É. et D. GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2014.

DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, coll. La Librairie du XXe siècle, Paris, Editions du Seuil, 1994.

DESPORTES, F. et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 14. éd., Ouvrage à jour au 1. sept. 2007, coll. Corpus Droit privé, Paris, Economica, 2007.

DESSEMONTET, F., *The legal protection of know-how in the United States of America*, 2nd rev. ed, coll. Comparativa : studies and researches of the Institute of Comparative Law, n°5, Geneva : South Hackensack, N.J, Librairie Droz S.A. ; F.B. Rothman, 1976.

DEUMIER, P., *Introduction générale au droit*, 5e éd., Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2019.

DOCKES, E., G. AUZERO et D. BAUGARD, *Droit du travail*, 33e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2019.

DREYER, E., *Droit pénal général*, 6e éd, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2021.

———., *Droit pénal spécial*, LGDJ-Lextenso, Paris, 2020.

———., *Responsabilités civile et pénale des médias: presse, télévision, internet*, 3. éd, coll. Droit & professionnels Responsabilités et assurances, Paris, LexisNexis, 2012.

DUPLE, N., *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2018.

FAVOREU, L., P. GAÏA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7e édition, coll. Précis, Paris, Dalloz, 2015.

GAGNE, J. et P. RAINVILLE, *Les infractions contre la propriété : le vol, la fraude, et certains crimes connexes*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996.

GARÇON, E., *Code pénal annoté*, 2, Paris, Sirey, 1956.

GAUTHIER, C., S. PLATON et D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'homme*, coll. Sirey Université Droit public, Paris, Dalloz, 2017.

GOUBAU, D. et A.-M. SAVARD, *Le droit des personnes physiques*, 6e éd., Montréal, Editions Yvon Blais, 2019.

GOUBEAUX, G. et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les personnes*, coll. Traité, Paris, L.G.D.J., 1989.

JOBIN, P.-G., *La vente*, 2e éd, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2001.

JUDGE, E. F. et D. J. GERVAIS, *Intellectual property : the law in Canada*, Toronto : Carswell, 2011.

KARIM V., *Les obligations*, 4e éd., vol. 2, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, art. 1612, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/115/1019695974>>.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, coll. Collection Philosophie du droit, n°7, Paris, Dalloz, 1962.

LAITHIER, Y.-M., *Droit comparé*, coll. Cours, Paris, Dalloz, 2009.

LAMONTAGNE, D.-C., *Biens et propriété*, 8e éd., Cowansville, Editions Yvon Blais, 2018.

LARGUIER, J., P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 23e éd., coll. Mémentos, Paris, Dalloz, 2018.

LEGEAIS, R., *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 3e éd., coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2016.

LEPAGE, A., P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 5e édition, coll. Manuel, Paris, LexisNexis, 2018.

LLUELLES, D. et B. MOORE, *Droit des obligations*, Editions Thémis, 2018.

MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2. éd, coll. Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2008.

MALABAT, V., *Droit pénal spécial*, 9e éd., coll. HyperCours, Paris, Dalloz, 2020.

MALAURIE, P. et L. AYNES, *Droit des biens*, 7e éd., coll. Droit civil, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

MARINO, L., *Droit de la propriété intellectuelle*, 1ère édition, coll. Thémis. Droit, Paris, Presses universitaires de France, 2013.

MAYAUD, Y., *Droit pénal général*, 7e édition, coll. Droit Fondamental, Paris, Presses universitaires de France, 2021.

MELIN-SOUCRAMANIEN, F. et P. PACTET, *Droit constitutionnel*, 36e éd., coll. Université, Paris, Sirey, 2018.

MERLE, R. et A. VITU, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, t.1, Paris, Cujas, 1997.

MEMETEAU, G., *Droit des biens*, 2018.

MORANGE, J., *La liberté d'expression*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

NORMAND, S., *Introduction au droit des biens*, 2e éd., coll. Le manuel de l'étudiant, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014.

OLLARD, R. et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, Paris, Bréal, 2015.

PARENT, H., *Traité de droit criminel*, 4e éd., 2, Montréal, Editions Thémis, 2018.

PICHETTE, S., *Le régime canadien de la propriété intellectuelle*, Montréal, Centre d'études en administration internationale, Ecole des Hautes Etudes Commerciales, 1979.

PIN, X., *Droit pénal général*, 12e éd, coll. Cours Dalloz, Paris, Dalloz, 2021.

PRADEL, J., *Droit pénal général*, 20e éd., Paris, Cujas, 2014.

PRADEL, J. et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 7e éd., Paris, Cujas, 2017.

RASSAT, M.-L., *Droit pénal spécial : infractions du code pénal*, 8e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2018.

ROBERT, J. et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 8. éd, coll. Domat droit public, Paris, Montchrestien, 2009.

ROCHFELD, J., *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2013.

SAINT-PAU, J.-C. (DIR.), *Droits de la personnalité*, coll. Traités, Paris, LexisNexis, 2013.

SHARPE, R. J. et K. ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, 6e éd., coll. Essentials of Canadian law, Toronto, ON, Irwin Law, 2017.

SIRINELLI, P., A. LATREILLE, S. DURRANDE et N. MAXIMIN, *Code de la propriété intellectuelle 2018: annoté & commenté*, 18e éd., coll. Codes Dalloz, Paris, Dalloz, 2018.

SUDRE, F., L. MILANO et H. SURREL, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14e éd., coll. Droit fondamental. Classiques, Paris, Puf, 2019.

TERRE, F. et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 12e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2020.

TERRE, F., P. SIMLER et A. WEILL, *Droit civil : les biens*, 10e éd., coll. Précis, Paris, Dalloz, 2018.

TEYSSIE, B., *Droit des personnes*, 19e éd., Paris, LexisNexis, 2017.

VERPEAUX, M., *Droit constitutionnel français*, 2e éd., Paris, PUF, 2015.

VERPEAUX, M., P. DE MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER et A. VIDAL-NAQUET, *Droit constitutionnel: les grandes décisions de la jurisprudence*, 1re éd., coll. Thémis. Droit, Paris, PUF, 2010.

University of Alberta, Institute of Law Research and Reform, *Trade Secrets*, 46, Edmonton, Alberta, 1986.

VIDAL D., *Grands arrêts du droit des affaires*, Paris, Sirey, 1992.

ZENATI-CASTAING, F. et T. REVET, *Les biens*, 3e éd., coll. Collection Droit fondamental Classiques, Paris, Presses Universitaires de France, 2008.

B. Thèses, mémoires et ouvrages de recherche

BEAUSSONIE, G., *La prise en compte de la dématérialisation des biens par le droit pénal: contribution à l'étude de la protection pénale de la propriété*, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 532, Paris, L.G.D.J Lextenso éditions, 2012.

BINCTIN, N., *Le capital intellectuel*, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise, n°75, Paris, Litec, 2007.

BOUCHER, M.-A., *La protection des secrets industriels appartenant à des tiers sous le régime fédéral de la loi sur l'accès à l'information*, Université Laval, 2007.

DE LAMY, B., *La liberté d'opinion et le droit pénal*, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, n°34, Paris, LGDJ, 2000.

DEJEAN DE LA BATIE, A., *Les faits justificatifs spéciaux*, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, Tome 69, Paris, LGDJ, 2020.

FABRE, R., *Le know-kow : sa réservation en droit commun*, Paris, Librairies techniques, 1976.

FOEGLE J.-P., *Les lanceurs d'alerte, étude comparée France – Etats-Unis d'Amérique*, mémoire de Master, Paris, Université Paris X-Nanterre La Défense, (2014) 6 *La Revue des droits de l'homme*, en ligne : <<http://journals.openedition.org/revdh/1009>>.

GASTAUD, J.-P., *Personnalité morale et droit subjectif. Essai sur l'influence du principe de personnalité morale sur la nature et le contenu des droits des membres des groupements personnifiés*, coll. Bibliothèque de droit privé, n°149, Paris, LGDJ, 1977.

GUTMANN, D., *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 327, Paris, L.G.D.J., 2000.

LECUYER, G., *Liberté d'expression et responsabilité: Etude de droit privé*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, volume 56, Paris, Dalloz, 2006.

MARTRON, H., *Les droits de la personnalité des personnes morales de droit privé*, Paris ; Poitiers, L.G.D.J. ; Université de Poitiers, 2011.

OLLARD, R., *La protection pénale du patrimoine*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, v. 98, Paris, Dalloz, 2010.

PARISIEN, S., *Les secrets commerciaux et la Loi sur l'accès à l'information du Québec : le statut des renseignements économiques fournis à l'Administration par le secteur privé en vertu de la Loi québécoise sur l'accès aux documents des organismes publics*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993.

SAINT-PAU, J.-C., *L'anonymat et le droit*, Bordeaux, Université Montesquieu - Bordeaux IV, 1998.

SPIELMANN, D., *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, coll. Droit et justice, n°14, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1995.

STONESTREET, N., *La notion d'infraction pénale*, Bordeaux, Montesquieu - Bordeaux 4, 2009.

ZENATI, F., *Essai sur la nature juridique de la propriété*, Lyon, Université Jean Moulin, 1981.

C. Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

AFROUKH, M. et J.-P. MARGUENAUD, « La dignité reléguée en deuxième division », *D.* 2020.195.

ALT, E., « Lanceurs d'alerte : un droit en tension », *JCP G* 2014.43.doctr. 1092.

BADINTER, R., « Le droit au respect de la vie privée », *JCP G* 1968.I.2136.

BARRIERE, F., « Les lanceurs d'alerte », *Rev. Sociétés* 2017.191.

BAUDOUIN J.-L. et P.-G. JOBIN, « Le code civil français et les codes civils québécois », dans *Le code civil 1804-2004 : le livre du bicentenaire*, Paris, Dalloz ; Litec, 2004, p. 629.

BAVITOT, A., « Lanceur d'alerte : insurgé ou tyran ? », (2019) 6 *Dr. pen.* 29.

BEAUDOIN G.-A., « Commentaires sur la liberté d'expression »,

BEAUSSONIE, G., « La protection pénale de la propriété sur l'information », *Dr. pen.* 2008.étude 19.

- ., « Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal », *R.S.C.* 2010.525.
- ., « La possibilité d'un vol d'informations pourtant libres d'accès ou la renaissance contestable de la soustraction juridique », *D.* 2017.1885.
- ., « Dissimulation sans manipulation ni tromperie : à propos de la caméra cachée des « Infiltrés » », *Légipresse* 2016.339.351.
- BIGOT, C., « Conditions de la bonne foi de l'humoriste poursuivi pour diffamation », (1994) *II D.* 195.
- BENADIBA, A., « La clientèle : cet obscur objet d'appropriation. Regards croisés France/Québec », (2012) 114 *R. du N.* 379.
- BIGOT, C., « Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information », *D.* 1998.235.
- BISCARRAT M., « Le projet de loi « Climat et résilience » solennellement adopté par les députés en première lecture », *JCP A*, n°19-20, 10 mai 2021, act. 303.
- BIZEAU, J.-P., « Pluralisme et démocratie », *R.D.P.* 1993.2.513.
- BONET, G., « Approche et définition du savoir-faire en France et en Europe : règlement communautaire et doctrine », *RIPIA* 1998.335.
- BOURETZ, P., « Préface », dans John Stuart MILL, *De la liberté*, coll. Folio essais, n°142, Paris, Editions Gallimard, 2002.
- BOURGEOIS, M., « La protection juridique de l'information confidentielle économique : étude de droits québécois et français », (1988) 1 *R.I.D.C.* 113.
- BREILLAT, D., « La hiérarchie des droits de l'homme », dans *Mélanges Philippe Ardant. Droit et politique à la croisée des cultures*, Paris, L.G.D.J, 1999, p. 353.
- BRIGANT, J.-M., « La loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *JCP G* 2017.1-2.6.
- BRUNELLE, C. et M. SAMSON, « La liberté d'expression au travail et l'obligation de loyauté du salarié : plaidoyer pour un espace critique accru », (2005) 46-4 *C. de D.* 847.
- BURSSTEIN, S., « Licensing Unpatented Technology », (1988) 43 *Food Drug Cosm. L.J.* 637.
- CANTIN CUMYN M. et M. CUMYN, « La notion de biens », dans *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Etudes portant sur le droit patrimonial*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2006, p. 127.
- CARBONNIER, J., « Le silence et la gloire », *D.* 1951.chr. 28.119.
- CARON, C., « Secret et propriété intellectuelle », *Dr. et patr.* 2002.102.76.
- CASALONGA A., « La protection du secret de fabrique dans le contexte de l'espionnage industriel », dans *Mélanges en l'honneur de Daniel Bastian. Tome 2 : Droit de la propriété industrielle*, Paris, Libraires techniques, 1974, p.199.

CATALA, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *RRJ* 1983.185.

CATALA, P., « Ebauche d'une théorie juridique de l'information », *D.* 1984.97.

CONTE, P., « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », dans *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 49.

———, « Exhibition sexuelle - acte incriminé ; liberté d'expression », note sous arrêt Crim. 26 février 2020, *Dr. pen.* 4.2021, comm. 69.

CONTE, P. et J.-C. SAINT-PAU, « Droit pénal spécial », *R.P.D.P.* 2008.1.111.

CORRIGNAN-CARSIN, D., « Dénonciation de faits de harcèlement moral : limite de la protection », *JCP S* 2012.1195.

CROSS, J. T., « Protecting confidential information under the criminal law of theft and fraud », (1991) 11-2 *Oxford J. Legal Stud.* 264.

DAGOT M., « le nom des personnes morales », *JCP G* 1992. I. 3579.

DARAGON, E., « Etude sur le statut juridique de l'information », *D.* 1998.63.

DAOUD, E. et S. SFOGGIA, « Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi "Sapin II" », *AJ Pénal* 2017.71.

DAVIS, S., « Is there a right to privacy ? », (2009) 90-4 *Pacific Philosophical Quarterly* 450.

DE LAMY, B., « La Constitution et la liberté de la presse », *Nouveaux C.C.C.* 2012.36.19.

———, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », dans *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 275.

———, « Le "débat sur un sujet d'intérêt général" comme justification des infractions de presse », *Légipresse* 2015.323.17.

DEBOISSY, F. et J.-C. SAINT-PAU, « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) », *D.* 2000.267.

DERIEUX, E., « Secret des affaires et liberté de communication », 2018.363.455.

DETRAZ S., R. OLLARD et J.-C. SAINT-PAU, « Contre l'incrimination du vol d'information », dans Valérie MALABAT, Bertrand DE LAMY et Muriel GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, Dalloz, 2009, p. 97.

DEVESA P., « De la nature juridique de la licence de savoir-faire », dans *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Paris, Litec, 1997, 137.

DHENNE, M., « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *D.* 2018.1817.

DIMOCK, R. E. et J. A. MCKINLAY, « Trade Secrets and Industrial property: where does each begin and end ? », dans *Trade Secrets: edited by Roger T. Hughes*, Toronto, Ont., Canada, Law Society of Upper Canada, 1990, p. 95.

DREYER, E., « Consécration - provisoire - du vol de données informatiques », *AJ Pénal* 2015.413.

———., « Droit de la presse », *D.* 2014.508.

———., « Existerait-il une méta-légalité en droit pénal ? », dans *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, Nancy, PUN-Éditions universitaires de Lorraine, 2018, p. 95. ———., « Impunité du lanceur d'alerte et protection des sources de l'information », *R.S.C.* 2019.121.

———., « Décrochage d'un portrait présidentiel : vol ou expression d'une opinion ? », *Légipresse* 2020.388.680.

DUCOULOMBIER, P., « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », dans Laurence POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens: Dixièmes Journées d'Études du Pôle Européen Jean Monnet ; [les 18 et 19 décembre 2009 ; Metz]*, coll. Collection Colloques Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 319.

DUMOULIN, L., « Les droits de la personnalité des personnes morales », *Rev. Sociétés* 2006.1.

FEINSTEIN S., T. DEVINE, K. PENDER, C. ALLEN, R. NAWA, M. SHEPARD, *Are whistleblowing laws working ? A global study of whistleblower protection litigation*, London, International Bar Association, 2021, 10, collaboration du Government Accountability Project et du International Bar Association, en ligne : < <https://whistleblower.org/wp-content/uploads/2021/03/Are-Whistleblowing-laws-working-REPORT.pdf>>.

FERRET-LESNE, M., « Du dénonciateur de l'ancien droit procédral au lanceur d'alerte », dans Marie-Christine SORDINO, *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ?*, Montpellier, Presse de la Faculté de droit et science politique de Montpellier, 2016, p. 7.

FOX, R. G., « Protecting the whistleblower », (1993) 15-2 *A.L.R.* 137.

GALLOUX, J.-C., « Ebauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994.229.

———., « Concours, cumul et coexistence du secret et des droits de propriété intellectuelle », dans *Le droit de la propriété intellectuelle dans un monde globalisé = Intellectual property in a globalized world : Mélanges en l'honneur du Professeur Joanna Schmidt-Szalewski*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 129

———., « Droits sur les créations nouvelles », *RTD Com.* 2014.87.

GAVALDA G., « Le secret des affaires », dans *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, Dalloz, 1964, p 291.

GIBSON, D., « The Charter of rights and the private sector », (1982) 12 *Man. L.J.* 213.

GIDROL-MISTRAL, G., « Les biens immatériels en quête d'identité », (2016) 46-1 *R.D.U.S.* 67.

GUAY F., « La protection des secrets de fabrique et des informations confidentielles », dans S.F.P.B.Q., vol. n°28, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle, colloque tenu à Montréal, le 21 novembre 1991*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1991, p. 113.

GUTMANN, D., « Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens. Les ressources du langage juridique », (1999) 43 *Arch. phil. dr.* 65.

———., « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? », dans *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz/PUF, Paris, 1999, p. 329.

HAGEL, F., « Protection des secrets d'affaires : enjeux et repères », *Cah. dr. entr.* 2012.1.dossier 3.

HAIGH, R. et P. BOWAL, « Whistleblowing and freedom of conscience : towards a new legal analysis », (2012) 35-1 *Dalhousie L. J.* 89.

HAMMOND, G., « Theft of information », (1984) 100-2 *L.Q.Rev.* 252.

HASSLER, T., « Article 1382 du code civil et abus de la liberté d'expression : circulez il n'y a plus rien à voir ! », *D.* 2006.485.

HAUSER J., « La protection de la vie privée et les nécessités de l'information, *RTD Civ.* 2017. 352.

HAUTEREAU-BOUTONNET, M. et J.-C. SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution sur le droit de la responsabilité civile et pénale comparé*, Synthèse du projet GIP, GIP, 2016, en ligne : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/linfluence-du-principe-de-precaution-sur-le-droit-de-la-responsabilite-civile-et-penale-compare/> (consulté le 27 octobre 2021).

HERMITTE, M.-A., « Le lanceur d'alerte, héros des sociétés scientifiques et techniques ? », dans *Héroïsme et droit*, coll. Thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2014, p. 135.

HOUDE, D., « La liberté de la presse en droit anglais, américain et canadien », (1972) 13-2 *C. de D.* 121.

HUET, J., « Le secret commercial et la transparence de l'information », *LPA* 1988.20.9.

———., « Le vol de documents comptables », *D.* 1990.330.

JANUEL P., « Loi Climat : L'Assemblée veut durcir la répression des délits environnementaux », Dalloz actualités 30 mars 2021, en ligne : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/loi-climat-l-assemblee-veut-durcir-repression-des-delits-environnementaux#.YKYM_CPgrIU .

JOURDAIN, P., « L'éviction totale de l'article 1382 en cas d'abus de la liberté d'expression envers les personnes », *RTD Civ.* 2006.126.

———., « Abus de liberté d'expression : la double motivation de la Cour de cassation », *RTD Civ.* 2015.142.

KAYSER, P., « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD Civ.* 1971.445.

KOBINA GABA, H., « Exception au principe des droits de la défense du salarié et nature du litige », *D.* 2010.306.

LAPOUSTERLE, J., « La directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires : apports et perspectives de transposition », *Dalloz IP/IT* 2016.493.

LE GUNHEC, R., « Secret des affaires : drôle d'ambiance », 2019.368.68.

LE MARQUIS DE VAREILLES-SOMMIERES, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD Civ.* 1905.443.

LECLERC O., « Sur la validité des clauses de confidentialité en droit du travail », *Dr. soc.* 2005, p. 173.

LECLERC, H., « Le débat d'intérêt général, une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale », *Légipresse* 2017.346.92.

LECUYER, G., « La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression », *D.* 2006.768.

LEPAGE A., « Les personnes morales susceptibles de subir une atteinte à leur vie privée », *D.* 2002. Somm. 2299.

———., « Diffamation - Précisions sur la bonne foi et l'exception de vérité », *Comm. Com. électr.* 2011.5.comm. 46.

———., « Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet », *Comm. Com. électr.* 2011. comm.79.

———., « Motivation par référence à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », *Comm. com. électr.* 2017. comm. 64.

———., « Quand le délit d'exhibition sexuelle croise de nouveau la liberté d'expresion », *Comm. com. électr.* 2020. comm. 34.

LEROYER, A.-M., « La dignité n'est pas un concept à tout faire », *RTD Civ.* 2020.78.

LINDON, R., « La presse et la vie privée », *JCP G* 1965.I.1887.

LOCHAK, D., « L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance », *AJDA* 2014.2236.

LOISEAU, G., « Typologie des choses hors du commerce », *RTD Civ.* 2000.47.

LUCAS DE LEYSSAC, M.-P., « Une information seule est-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens ? », *D.* 1985.43.

———., « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *R.S.C.* 1990.507.

- MALABAT, V. et J.-C. SAINT-PAU, « Droit pénal spécial », *R.P.D.P.* 2006.143.
- MALABAT, V. et G. AUZERO, « Les lanceurs d'alerte », dans *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2018, p. 673.
- MALAURIE-VIGNAL, M., « La protection des informations privilégiées et du savoir-faire », *D.* 1997.207.
- MALLET-POUJOL, N., « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997.330.
- MATHEY, N., « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD Civ.* 2008.205.
- MATHIEU C., « Lanceurs d'alerte : victimes, héros ou traîtres ? », Bulletin de la section ACAMS Montréal, bull. n°5, juillet 2017, 9.
- MEYER, N. M., « Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde », *AJDA* 2014.2242.
- ., « Faut-il rémunérer ou indemniser les lanceurs d'alerte ? », *Transparency international France*, 2016, en ligne : < https://transparency-france.org/actu/faut-remunerer-indemniser-lanceurs-dalerte/#.YLigsKE6_IU>.
- MIGNOT, M., « La notion de bien : contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », (2006) 4 *RRJ* 1805.
- MOUSSERON, J.-M., « Aspects juridiques du know-how », *Cah. dr. entr.* 1972.1.1.
- ., « Valeurs, biens, droits », dans *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 277.
- MUIR WATT, H., « La fonction subversive du droit comparé », *R.I.D.C.* 2000.3.503.
- NORMAND, S., « Les Nouveaux Biens », (2004) 106 *R. du N.* 177.
- OBERDORFF, H., « Vers un statut européen du lanceur d'alerte ? », dans *Les droits de l'Homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 513.
- PARIZOT, R., « Les renversements de la responsabilité pénale », *R.S.C.* 2017.363.
- PASSA, J., « La propriété de l'information : un malentendu ? », *Dr. et patr.* 2001.64.
- PETIT, F., « Les droits de la personnalité confrontés au particularisme des personnes morales », *D.* 1998.chr. 826.
- PIEDELIEVRE A., « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », dans *Aspects du droit privé en fin du 20^{ème} siècle. Etudes réunies en l'honneur de Michel de Juglart*, Paris, Montchrestien, 1986, p. 55.
- PICHETTE, S., « Contribution à la définition du Know-How », (1975) 78 *R. du N.* 617.
- PIN, X., « Justification, liberté d'expression et protestation politique », *R.S.C.* 2020.909.

PLAISANT, R., « Le droit à la critique », dans *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 275.

POIROT-MAZERES I., « Toute entreprise d'immortalité est contraire à l'ordre public ». Ou comment le juge administratif appréhende... la cryogénisation », *Droit administratif*, juillet 2006, étude 13.

QUEZEL-AMBRUNAZ, C., « L'acception européenne du "bien" en mal de définition », *D.* 2010.2024.

RAINVILLE, P., « Paroles de déraison et paroles de dérision : les excès de langage à l'épreuve du droit criminel canadien », (2015) 49 *RJTUM* 35.

RAYNARD J., « Retour sur le savoir-faire non breveté », dans *Droits de propriété intellectuelle : Liber amicorum Georges Bonet*, Paris, LexisNexis, 2010, p. 447.

RASCHEL, E., « La liberté d'expression ne s'arrête plus là où commence la dignité d'autrui », *Comm. Com. électr.* 2020.2.étude 4.

ROBINSON J. et S. JETTE, « La protection des secrets commerciaux en dehors de la relation employeur-employé », dans S.F.P.B.Q., vol.197, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 2003, p 1.

ROUX, J., « La liberté de conscience emmurée dans le for intérieur », *Constitutions* 2014.196.

SACCO R., « Epilogue », in *L'avenir du droit comparé. Un défi pour les juristes du nouveau millénaire*, Paris, Société de législation comparée, 2000, p. 337.

SAENKO, L., « Vol par téléchargement de données numériques », *D.* 2015.1466.

SAINT-PAU, J.-C., « L'enregistrement clandestin d'une conversation téléphonique amicale relative à l'activité professionnelle », *D.* 2007.1184.

———, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », *Dr. pen.* 2008.9.étude 17, 21.

———, « La liberté d'expression et de communication relatives aux crimes internationaux : l'exemple français de la contestation de crimes contre l'humanité », dans *Espaces du service public : mélanges en l'honneur de Jean Du Bois de Gaudusson*, Pessac, Presse Universitaire de Bordeaux, 2013, p. 1341.

———, « Les infractions de précaution », dans Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Lara KHOURY, Hichem KHOURY et Jean-Christophe SAINT-PAU, *L'influence du principe de précaution en droit de la responsabilité civile et pénale. Regards franco-québécois*, coll. Mission de recherche Droit & Justice, Sherbrooke, Editions Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke, 2015.

———, « Le droit au respect de la vie privée des personnes morales », dans *Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, LexisNexis, 2018, p. 689.

———, « La liberté de protestation politique par l'exhibition des seins d'une Femen », *JCP G* 2020.23.699.

- ., « Le secret médical, « droit propre au patient » », *JCP G* 2021. comm. 151.
- ., « Pénalisation de la protestation écologique », *JCP G* 2021.1484.
- ., « Trouble mental, usage de stupéfiants et irresponsabilité pénale : la raison et l'émotion », *Lexbase Pénal* 2021.38.22.
- SAVATIER, R., « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD Civ.* 1958.331.
- SLAMA, S., « Le lanceur d'alerte, une nouvelle figure du droit public ? », *AJDA* 2014.2229.
- SORDINO, M.-C., « Précisions sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », *Dr. pen.* 2010.4.étude 6, 20.
- ., « Alerte et droit pénal », dans *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ?*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et sciences politiques de Montpellier, 2016, p. 31.
- ., « Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ? », *Rev. Sociétés.* 2017. 198.
- ., « Le lanceur d'alerte : rétroactivité *in mitius* de l'article 122-9 du Code pénal », *AJ Pénal* 2018.574.
- ., « Le contrôle de proportionnalité d'origine légale en droit pénal à la lumière des faits justificatifs », *R.J.A* 2020.24.81.
- SPINOSI, P., « Le secret des affaires et le secret du patrimoine face aux droits et libertés individuels », *Dr. et patr.* 2014.223.26.
- SUDRE, F., « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'Homme », dans *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 381.
- ., « Les “obligations positives” dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *R.T.D.H.* 1995.363.
- TAYLOR, L. et D. PRITCHARD, « The process is the punishment : criminal libel and political speech in Canada », (2018) 23-3 *Comm. L. & Pol'y* 243.
- THOMAS, D., « Préface », dans Marie-Christine SORDINO, *Lanceurs d'alerte : innovation juridique ou symptôme social ?*, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et sciences politiques de Montpellier, 2016, p. 4.
- TOLLEFSON, C., « Corporate constitutional rights and the Supreme court of Canada », (1993) 19 *Queen's L.J.* 309.
- TREMBLAY, L. B., « Le principe de proportionnalité dans une société démocratique égalitaire, pluraliste et multiculturelle », (2012) 57-3 *McGill L.J.* 429.
- VAVER, D., « What is a trade secret? », dans *Trade Secrets: edited by Roger T. Hughes*, Toronto, Ont., Canada, Law Society of Upper Canada, 1990, p. 1.

VINEY, G., « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », dans *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc. Les droits et le droit*, Paris, Dalloz, 2007, p. 1165.

WEINRIB, A. S., « Information and property », (1988) 38-2 *U.T.L.J.* 117.

WILLIAMS, D. J., « If you do not have anything nice to say: Charter issues with the offence of defamatory libel (section 301) », (2020) 43-4 *Man. L.J.* 181.

WORTHING, D. L., « Know-How Misuse: A Potential Weapon for Licensees », (1971) 53 *J. Pat. Off. Soc'y* 177.

ZENATI, F., « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD Civ.* 1993.305.

———, « L'immatériel et les choses », (1999) 43 *Arch. phil. dr.* 79.

D. Encyclopédies et Jurisclasseurs

AMBROISE-CASTEROT C., *Rép. pen.* Dalloz, v° *Consommation*.

AUBREE Y., *Rep. trav.* Dalloz, v° *Contrat de travail : clauses particulières*.

BERNARDINI R., *Rép. pén.* Dalloz, v° *Légitime défense*.

BINCTIN N., *Rép. com.* Dalloz, v° « *Savoir-faire* ».

BIOY X., *Rép. euro.* Dalloz, v° « *Conv. EDH, art. 10 : liberté d'expression et de la presse* ».

Hélène BUSSIERES H., « Exécution du travail avec prudence et diligence, obligation de loyauté et de discrétion en cours et après la fin de l'emploi » dans *JursiClasseur Québec*, coll. « *Droit du travail* », *Rapports individuels et collectifs de travail*, fasc. 20, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} juin 2020 (Lad/QL).

COIQUAUD U., « Conditions d'existence et de formation du contrat » dans *JurisClasseur Québec*, coll. « *Droit du travail* », *Rapport individuels et collectifs du travail*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} mai 2021 (Lad/QL).

DANTI-JUAN M., *Rép. pén.* Dalloz, v° *Etat de nécessité*.

DAURY-FAUVEAU M., *J.-Cl. Pénal Code art. 321-1 à 321-5*, fasc. 10, *Recel. – Conditions préalables du recel*.

DAURY-FAUVEAU M., *J.-Cl. Pénal Code art. 321-1 à 321-5*, fasc. 20, *Recel. – Eléments constitutifs du recel*.

DE JACOBET DE NOMBEL C., *J.-Cl Pénal des affaires*, fasc. 10, *Recel de choses – Constitution du recel de choses*.

DES ROSIERS N., « Liberté d'expression », *JurisClasseur Québec*, coll. « *Droit public* », *Droit constitutionnel*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} août 2021 (Lad/QL).

DÉTRAZ S., *Rép. civ.* Dalloz, v° *Diffamation*.

DOWNARD P. A., « Defamation », dans *Halsbury's Laws of Canada*, 2018, LexisNexis Canada.

DREYER E., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 80, *Presse et communication – Diffamations et injures publiques*, à jour 12 janvier 2021.

DUMONT A. et S. SHAHINIAN, « Brevetabilité et définition de l'invention », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 23, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 20 novembre 2020.

EL AYOUBI H., « Caractère inventif de l'invention », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 25, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} novembre 2013.

GRAVELLE L.-P., « Critère de nouveauté », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} décembre 2020.

GREGOIRE M. A., « Atteinte à la vie privée et à la réputation », dans *JurisClasseur Québec* coll. « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc. 4, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} mai 2018 (Lad/QL).

JEANDIDIER W., *J.-Cl. Pén. Code – art. 311-1 à 311-16*, fasc. 20, *Vol.*

LAFONTAINE F., « Nécessité, contrainte et impossibilité », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 16, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} décembre 2020 (Lad/QL).

LAMPRON L.-P., « Liberté de conscience et de religion », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 6, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 30 août 2020 (Lad/QL).

LAPALME J., « Principes d'utilité et de prédiction valable », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 26, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} novembre 2015.

LEPAGE A., *Rép. civ.* Dalloz, v° *Droits de la personnalité*

LIBCHABER R., *Rép. civ.* Dalloz, v° *Biens*.

LORD F., et P.-E. MOYSE « Principes et justifications de la propriété intellectuelle », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 24 juin 2013.

MAISTRE DU CHAMBON P., *Rép. pén.* Dalloz, v° *Recel*.

MASCALA C., « Faits justificatifs – état de nécessité », *J.-Cl. Pénal Code*, fasc. 20.

———, « Faits justificatifs – légitime défense », *J.-Cl. Pénal Code*, fasc. 20.

MIHMAN A. et M.-P LUCAS DE LEYSSAC, *Rép. pén.* Dalloz, v° *Vol.*

MORIN A., « Charte canadienne : application et structurer d'une cause », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit public », *Droit constitutionnel*, fasc. 5, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 5 février 2020 (Lad/QL).

PERRIER J.-B., « Faits justificatifs – lanceur d'alerte », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-9, fasc. 20.

PY B., *Rep. pen.* Dalloz, v° *Secret professionnel*.

ROBERT M.-P., « Élément mental de l'infraction : mens rea subjective », JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 30 juin 2020 (Lad/QL).

ROY S., « Intoxication », JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 13, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 7 juillet 2020 (Lad/QL).

SANTERRE C., « Légitime défense, obéissance à la loi et correction des enfants », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit pénal », *Droit pénal général*, fasc. 15, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} mars 2021 (Lad/QL).

SCHMIDT-SZALEWSKI J. et J.-M. MOUSSERON, *Rép. com.* Dalloz, v° Brevet d'invention.

SUDRE F., « Convention européenne des droits de l'Homme – caractères généraux », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 6500.

THIBAUDEAU L., L. CHARETTE, J. LACOSTE-JOBIN et M. BEAUCHEMIN, « Champ d'application du droit québécois », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Droit de la consommation et de la concurrence*, fasc. 2, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} janvier 2018 (Lad/QL).

THIBAUDEAU L. et L. CHARETTE, « Champ d'application du droit fédéral », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Droit de la consommation et de la concurrence*, fasc. 3, Montréal, LexisNexis Canada, à jour au 1^{er} janvier 2018 (Lad/QL).

TURGEON J., « Introduction au droit pénal général », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit pénal, *Droit pénal général*, fasc. 1, Montréal, LexisNexis Canada, n°19, à jour au 1^{er} novembre 2020 (Lad/QL).

VIRIOT-BARRIAL D., *Rép. pén.* Dalloz, v° *Destructions-Dégradations-Détériorations*.

WICKER G. et J.-C. PAGNUCCO, *Rép. civ.* Dalloz, v° *Personne morale*.

E. Documents gouvernementaux

1. France

Avis n° 394422 sur la proposition de loi portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicite, Conseil d'Etat, Assemblée générale, séance du 15 mars 2018.

BENSADON A.-C., E. MARIE et A. MORELLE, « Enquête sur le MEDIATOR », Rapport définitif commandé par l'Inspection générale des affaires sociales, janvier 2011, en ligne : < <https://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/RM2011-001P.pdf>>.

Commentaire de la décision, Cons. const. 18 octobre 2013, n° 2013-353 QPC, *M. Franck M. et autres*, Rec. Cons. const., p. 1002, en ligne : < https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2013353qpc/ccc_353qpc.pdf>.

Cons. const. 27 juin 2001, n°2001-446 - Observation du Gouvernement, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception*.

Cons. d'Etat, *Avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique*, 18 juillet 2019, en ligne : < <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/avis-sur-un-projet-de-loi-relatif-a-la-bioethique>>.

CONSEIL D'ETAT, ASSEMBLEE GENERALE PLENIERE, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation française, 2016.

Délibération n°2017-62 du 22 novembre 2017 relative au principe du pluralisme politique dans les services de radio et de télévision, J.O. 30 novembre 2017, texte n°167

DENAJA S., *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et sur la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte*, n°3785 et 3786, 26 mai 2016.

DENAJA S. et F. PILLET, *Rapport fait au nom des Commissions mixtes paritaires chargées de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et de la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, n°4032 et 4033 (Assemblée nationale), n°830 (Sénat), 14 septembre 2016

La liberté de conscience, en ligne : < <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/la-liberte-de-conscience>>.

Loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, projet de loi n°602 (adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 4 mai 2021 après engagement de la procédure accélérée), 15^e législature, session ordinaire 2020-2021, art. 67, en ligne : < https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15t0602_texte-adoptee-seance#>.

PILLET F., *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, de suffrage universel, du règlement et de l'administration générale sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et sur la proposition de loi organique relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte*, n°712, t.1, 22 juin 2016.

Projet de loi n°2187 relatif à la bioéthique, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 24 juillet 2019, 2^{ème} lecture au 27 juillet 2020, XV^{ème} législature.

Proposition de loi n°3985 présentée par M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires, déposée à l'Assemblée nationale le 22 novembre 2011 (13^{ème} législature)

Proposition de loi n°747 relative à la création de la Haute Autorité de l'expertise scientifique et à l'alerte en matière de santé et d'environnement, Sénat, session extraordinaire 2011-2012.

Proposition de loi n°2139 présentée par MM. Bruno Le Roux, Jean-Jacques Urvoas et d'autres, relative à la protection du secret des affaires, déposée à l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014 (14^{ème} législature)

Proposition de loi n°4398 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, enregistrée à l'Assemblée nationale le 21 juillet 2021 (15^e législature).

Risques chimiques au quotidien : éthers de glycol et polluants de l'air intérieur. Quelle expertise pour notre santé ? Compte rendu des auditions de M. André Cicoella, Rapport d'office parlementaire du Sénat, 11 octobre 2006, en ligne : < <https://www.senat.fr/rap/r07-176-2/r07-176-257.html>>.

2. Canada

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA (dir.), *Le libelle diffamatoire*, coll. Document de travail, n°35, Ottawa, Canada, The Commission, 1984.

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, *Pour une nouvelle codification du droit pénal*, Rapport n°31, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1987.

Conférence pour l'Harmonisation des Lois au Canada en 1989 : < <https://www.ulcc-chlc.ca/>>.

DIRECTION DE LA RECHERCHE PARLEMENTAIRE, *Projet de Loi c-46 : Loi modifiant le Code criminel (fraude sur les marchés financiers et obtention d'éléments de preuve)*, LS458-F, Bibliothèque du Parlement, 10 juillet 2003.

QUEBEC (PROVINCE) et MINISTERE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la justice: le Code civil du Québec*, Québec, Publications du Québec, 1993.

PUBLICATIONS DACFO, *Code civil du Québec, commentaires du ministre de la justice et Loi sur l'application de la réforme du Code civil du Québec (extraits)*, Montréal, Publications DACFO, 1993.

3. Etranger

FRASSA C.-A., *Rapport sur la proposition de loi portant sur la 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 contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites*, n°419, déposé au Sénat le 11 avril 2018 (15^{ème} législature).

U.S. Uniform Law Commission, en ligne : <<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Trade%20Secrets%20Act>>.

F. Documents internationaux

COMITE DES MINISTRES, CONSEIL DE L'EUROPE. *Protection des lanceurs d'alerte*, Recommandation CM/Rec(2014)7, 2014.

STEPHENSON, P. et M. LEVI, *La protection des donneurs d'alerte, Rapport sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, 2012.

G. Dictionnaires et ouvrages de référence

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, Quadrige/PUF, 2008.

ASSEMBLEE PLENIERE DU CONSEIL DE L'EUROPE, « Droit au respect de la vie privée », Résolution 1165 (198) adoptée le 26 juin 1998, 24^e séance.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique*, 12^e éd. mise à jour, Paris, PUF, 2018.

DEBARD (DIR.), T. et S. GUINCHARD (DIR.), *Lexique des termes juridiques*, 29^e., Paris, Dalloz, 2021.

GARNER, B. A. et H. C. BLACK (dir.), *Black's law dictionary*, 10th edition, St. Paul, MN, Thomson Reuters, 2014.

REID, H. et S. REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e édition, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015.

IV. Sources non juridiques

A. Ouvrages scientifiques et études universitaires

CANTO-SPERBER, M. et R. OGIEIN, *La philosophie morale*, Paris, Presses universitaires de France, 2017.

CHATEAURAYNAUD, F. et D. TORNAY, *Les sombres précurseurs : une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, 1^e éd., coll. Recherches d'histoire et de sciences sociales, n°87, Paris, Ecole des hautes études en sciences sociales, 1999.

CHAUVEAU, S., *L'affaire du sang contaminé, 1983-2003*, coll. Médecine et sciences humaines, Paris, Belles lettres, 2011.

FOUCAULT, M., F. GROS, F. EWALD et A. FONTANA, *Le gouvernement de soi et des autres*, coll. Hautes études, Paris, Seuil ; Gallimard, 2008.

KUHN, T. S., *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 2016.

MENETON, P. et E. HAYMANN, *Le sel, un tueur caché*, Lausanne; Paris, Favre, 2009.

MILL, J. S., *De la liberté*, coll. Folio essais, n°142, Paris, Editions Gallimard, 2002.

SANDEL, M. J., *What money can't buy: the moral limits of markets*, 1er éd., New York, Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SCHEHR, S., « L'alerte Comme Forme De Déviance: Les Lanceurs D'alerte Entre Dénonciation Et Trahison », (2008) 32-2 *Deviance et Société* 149-162.

B. Articles de presse

« Mediator : l'histoire du combat du Dr. Irène Frachon », *Franceinfo*, 19 septembre 2019, en ligne : < https://www.francetvinfo.fr/sante/affaires/mediator-lhistoire-du-combat-du-dr-irene-frachon_3623615.html>.

ALBERT E., « Brexit : la livre sterling en route vers la parité avec l'euro », *Le Monde*, lundi 28 août 2017, p. 12.

BAYRE G., « L'action Total a résisté à l'annonce de la mort de Margerie », *Le Figaro*, 21 octobre 2014, en ligne : <<http://bourse.lefigaro.fr/indices-actions/actu-conseils/l-action-total-a-resiste-a-l-annonce-de-la-mort-de-margerie-2731087>>.

BENEZIT J., « Accusation de racisme au dépôt du tribunal de Paris », *Le Monde*, 29 juillet 2020, p. 9.

BENKIMOUN P., « Les méfaits du sel caché », *Le Monde*, 16 avril 2008, p. 23.

BEGUIN F., « Comment la France est passée à onze vaccins obligatoires », *Le Monde*, 31 décembre 2017 – 1^{er} janvier 2018, p. 6.

BEZAT J-M., « Quand le pot de terre gagne contre le pot de fer », *Le Monde*, 23 octobre 2020, p. ECO16.

_____, « UBS : « Les deux procès ont mis au jour un système bien rôdé » », *Le Monde.fr*, 23 mars 2021, en ligne : < https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/03/23/ubs-les-deux-proces-ont-mis-au-jour-un-systeme-bien-rode_6074151_3234.html>.

BORREDON L., « Peine symbolique pour Philippe Pichon, « lanceur d'alerte » sur les fichiers de police », *Le Monde*, 24 octobre 2013, p. 10.

BOUTELET C., « Bayer : le rachat de Monsanto vire au cauchemar », *Le Monde*, 30 mars 2019, p. ECO16.

Bulletin de l'ACPPU, « Un rapport défend la Dr Olivieri », novembre 2001, en ligne : < <https://bulletin-archives.caut.ca/fr/bulletin/articles/2001/11/un-rapport-d%C3%A9fend-la-dre-olivieri>>.

CHAMPAGNE S. R., « Louis Robert détaille les « forces obscures » d'un écosystème agricole vicié », *Le Devoir*, 28 avril 2021, en ligne : < <https://www.ledevoir.com/culture/599653/livre-des-forces-obscures-dans-un-ecosysteme-agricole-vicie>>.

COLLECTIF, « Bruxelles ville au secours du « secret des affaires » », *Le Monde*, 8 avril 2015, p. SCQ 5.

COMMISSION EUROPEENNE, « Aides d'État: l'Irlande a accordé pour 13 milliards d'EUR d'avantages fiscaux illégaux à Apple », Communiqué de presse, Bruxelles, 30 août 2016, en ligne : < http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_fr.htm>.

COSNARD D., « LafargeHolcim, numéro un mondial du ciment, va fermer son siège de Paris », *Le Monde*, 25 mai 2018, en ligne : < https://www.lemonde.fr/economie-francaise/article/2018/05/25/lafargeholcim-numero-un-mondial-du-ciment-va-fermer-son-siege-de-paris_5304314_1656968.html>.

DAMGE M. et M. VAUDANO, « Des scandales financiers en cascade », *Le Monde*, 6 avril 2016, p. 7.

DUFOURQ P., « L'affaire Médiateur : retour sur un dossier « hors norme » », *Dalloz Actualités*, 9 avril 2021, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/l-affaire-mediator-retour-sur-un-dossier-hors-norme>>.

FOUQUET C., « Brésil : la bourse salue l'élection de Jair Bolsonaro », *Les Echos*, 2 novembre 2018, en ligne : <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/marches-financiers/0600075515680-bresil-la-bourse-salue-lelection-de-jair-bolsonaro-2218536.php>>.

GERBET T., « Les coulisses du congédiement du lanceur d'alerte Lous Robet révélées », *Radio-Canada*, 7 mai 2019, en ligne : < <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1168168/congediement-louis-robert-lanceur-alerte-mapaq-coulisses-pesticides-cerom>>.

GIRARD L., « Les éleveurs se mobilisent contre l'offensive végane », *Le Monde.fr*, 3 octobre 2017 : < https://www.lemonde.fr/economie/article/2017/10/03/les-eleveurs-se-mobilisent-contre-l-offensive-vegane_5195389_3234.html>.

HORTALA S., « Scandale de la Dépakine : reconnaissance de la défektivité du médicament affaire à suivre, *Dalloz Actualité*, 17 décembre 2019, en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/flash/scandale-de-depakine-reconnaissance-de-defectivite-du-medicament-affaire-suivre>>.

LACOMBE C. et Y. EUDES, « La dernière éclipse de Steve Jobs, incarnation d'Apple », *Le Monde*, vendredi 26 août 2011, p 14.

LAVAL G., « Le briseur de McDo reste au frais. Les juges décideront jeudi du sort du syndicaliste José Bové », *Libération*, 1^{er} septembre 1999, p. 19.

LE MONDE, « Après de nouveaux dérapages, YouTube alourdit les sanctions contre Logan Paul », *Le Monde.fr*, 9 février 2018, en ligne : <https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/02/09/apres-de-nouveaux-derapages-youtube-alourdit-les-sanctions-contre-logan-paul_5254560_4408996.html>.

LESNES C., « Premier procès du glyphosate aux Etats-Unis », *Le Monde*, 25 juin 2018, p. 6.

LORTIE M.-C., « Louis Robert persiste et signe », *La Presse*, 28 avril 2021, en ligne : < <https://www.lapresse.ca/actualites/2021-04-28/louis-robert-persiste-et-signe.php>>.

MICHEL A., « Le trésor de guerre des « Panama Papers » », *Le Monde*, 19 octobre 2019, p. ECO12.

NEWMAN A. A., « The body as billboard: your ad here », *New York Times*, 17 février 2009.

SECKEL H., « Dépakine : Sanofi mis en examen pour homicides involontaires », *Le Monde*, 4 août 2020, p. 10.

SEELow S., « Monsanto, un demi-siècle de scandales sanitaires », *Le Monde.fr*, 7 mars 2012, en ligne : <https://www.lemonde.fr/planete/article/2012/02/16/monsanto-un-demi-siecle-de-scandales-sanitaires_1643081_3244.html>.

TAÏX C., « La Nouvelle-Zélande dote un fleuve d'une personnalité juridique », *Le Monde*, 20 mars 2017, en ligne : <https://www.lemonde.fr/planete/article/2017/03/20/la-nouvelle-zelande-dote-un-fleuve-d-une-personnalite-juridique_5097268_3244.html>.

TONET A., « Gloire et déboires d'un géant de la chimie », *Le Monde*, 22 août 2020, p. 16.

VALO M., « Le dossier noir des boues rouges de Gardanne », *Le Monde*, 23 août 2014, p. 8.

C. Dictionnaires, encyclopédies et œuvres littéraires

Encyclopædia Universalis, en ligne : <<http://www.universalis-edu.com/encyclopedia/>>.

Le Grand Robert de la langue française, en ligne : <<https://gr-bvdep-com.docelec.u-bordeaux.fr/robert.asp>>.

CHATEAURAYNAUD F., « Lanceur d'alerte », in I. CASILLO, avec R. BARBIER, L. BLONDIAUX, F. CHATEAURAYNAUD, J.-M. FOURNIAU, R. LEFEBVRE, C. NEVEU et D. SALLES (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, en ligne : <<http://www.dicopart.fr/fr/dico/lanceur-dalerte>>.

ORWELL G., 1984, coll. Folio, Paris, Editions Gallimard, 2019.

REY-DEBOVE, J., A. REY et P. ROBERT, *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Le Robert, 2016.

ROBERT, P., *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris : Dictionnaires Le Robert., 2001.

ROBERT, P. et A. REY (dir.), *Le Petit Robert des noms propres : alphabétique et analogique ; illustré en couleurs*, Nouv. éd. refondue et augm., Paris, Dictionnaires Le Robert, 1998.

Dictionnaire des synonymes et nuances, Nouvelle éd., coll. Collection les usuels, Paris, Le Robert, 2011.

D. Sites internet, documentaires, podcasts

Département de la Justice américain : <<https://www.justice.gov/civil/false-claims-act>>.

Enigma ou la guerre invisible, Affaires sensibles, Paris, France Inter, 18 janvier 2021.

Office of the Whistleblower Ombuds, *Whistleblowing Protection Act*, en ligne : <
[https://whistleblower.house.gov/sites/whistleblower.house.gov/files/wysiwyg_uploaded/Whis](https://whistleblower.house.gov/sites/whistleblower.house.gov/files/wysiwyg_uploaded/Whistlebl_Protection_Act_Fact_Sheet.pdf)
[Whistlebl_Protection_Act_Fact_Sheet.pdf](https://whistleblower.house.gov/sites/whistleblower.house.gov/files/wysiwyg_uploaded/Whistlebl_Protection_Act_Fact_Sheet.pdf)>.

CUVEILLIER, F. et P. VASSELIN. *La fabrique de l'ignorance*, documentaire, Arte, 2020.

Index alphabétique

Actus reus : 272 ; 274 ; 278 ; 289 ;
296 ; 301 ; 546 ; 611 ; 621 ; 672 ; 1052.

Altruisme : 479 ; 480 ; 961.

Animosité personnelle : 995 ; 998 ; 1008.

Appréciation

- In concreto : 396.
- Objective : 397 ; 630 ; 658 ;
667 ; 714 ; 718.

Appropriabilité : 207 ; 208 ; 209 ; 210 ;
211 ; 212 ; 213 ; 214 ; 217 ; 225 ; 235.

Appropriation : 82 ; 170 ; 185 ; 189 ; 191 ;
192 ; 195 ; 198 ; 202 ; 208 ; 210 ; 212 ;
216.

Atteinte minimale : 644 ; 999

Bien : 190 ; 191.

- Incorporel : 210 ; 211 ; 212 ;
213 ; 229 ; 273.
- Utilité : 194 ; 197 ; 198 ; 207.
- Rareté : 17 ; 18 ; 199 ; 239.

Bonne foi : 19 ; 20 ; 242 ; 429 ; 479 ; 480 ;
494 ; 502 ; 516 ; 639 ; 646 ; 657 ; 666 ;
667 ; 669 ; 670 ; 685 ; 715 ; 734 e suiv. ;
764 ; 778 et suiv. ; 899 ; 914 ; 957 et suiv. ;
970 ; 975 et suiv. ; 1003 et suiv. ; 1053 et
suiv.

Brevet : 86 et suiv. ; 131 ; 132 ; 143 ; 145 ;
160 ; 169 ; 204 ; 218.

- Nouveauté : 90 ; 91 ; 93 ; 94 ;
96 ; 97 ; 110 ; 118 ; 143 ; 160
- Non-évidence : 99 ; 103 ; 105 ;
111
- Utilité : 113 ; 114 ; 116 ; 143 ;
160 ;
- Applicabilité : 113 ; 114 ; 115 ;
117.

Caution de l'Etat : 859 ; 863 ; 879 ; 880.

Causalité : 595 ; 660 ; 661 ; 962 ; 713 ;
888 ;

Charte canadienne : 181 ; 512 ; 576 ; 806 ;
815 ; 817 ; 821 ; 825 ; 827 ; 828 ; 842 ;
843 ; 844 et suiv. ; 851 ; 853 ; 855 ; 857 ;
884.

Charte québécoise : 179 ; 631 ; 454 ; 513 ;
885 et suiv.

Chose : 189 ; 190.

Circonstance aggravante : 543.

Clause dérogatoire : 814 ; 815 ; 816 ; 819 ;
821 ; 822.

Common law : 40 ; 43 ; 326 ; 394 ; 480 ;
490 ; 662 ; 696 ; 802 ; 867 ; 874 ;
899 ; 977.

Communicabilité : 67.

Communication :

- Responsable (défense de) :
970 ; 974 ; 979 ; 985 ; 998
1000 ; 1003 ; 1010.

Confidentialité (droit à) : 313 ; 314 ; 350 ;
418 ; 435 ; 557.

Conflits

- De droits : 36 ; 46 ; 561 ; 563 ;
590 ; 803 ; 1037 ; 1054.
- Purement privés : 859 ; 881 ;
882 ; 948.

Connaissance

- Définition : 57.
- (*Mens rea*) : 635 ; 637 ; 641 ;
646 ; 749.

Contrat de travail : 158 ; 235 ; 428 ; 429 ;
430 ; 431 ;

Contrôle de conformité : 563 ; 677 ; 897 ;
1016 ; 1022 ; 1034.

Correspondance : 56 ; 293 ; 311 ; 331 ; 346 ; 352 ; 375.

Croyance : 446 ; 448 ; 450 ; 474.

Délation : 17 ; 21 ; 31.

Dématérialisation : 183 ; 192 ; 265 ; 268 ; 174 ; 275 ; 281 ; 292.

Dénomination : 322.

Dénonciation : 16 ; 17.

- Calomnieuse : 749.
- Obligation de : 19 ; 746 ; 752.

Désintéressement : 479 ; 639 ; 657 ; 734 et suiv. ; 934 ; 960 et suiv. ; 995 ; 1033.

Destinataire : 45 ; 522 ; 617.

Destruction, dégradation, détérioration 304 ; 305.

Diffamation : 593 ; 594 ; 595 ; 606 ; 609 et suiv. ; 617 ; 625 ; 628 ; 633 ; 647 ; 650 ; 656 ; 659 ; 662 et suiv. ; 683 ; 736 ; 737 ; 740 ; 796 ; 797 ; 976 ; 980.

Dignité : 371 ; 493 ; 582 ; 583 ; 584 ; 587.

Divulgateion : 91 ; 93 ;

Doctrines de l'objet changeant : 883.

Dol spécial : 544 ; 545.

Domicile : 330 ; 332 ; 335 ; 336 ; 337 ; 353 ; 375 ; 387 ; 388.

Données personnelles : 263 ; 379.

Droit

- A l'information : 48 ; 531 ; 532 ; 534 ; 535 ; 540.
- A la confidentialité : 313 ; 418.
- Comparé : 38 ; 39 ; 40 ; 41 ; 42.

Droits

- De la défense : 681 ; 682 ; 683 ; 684 ; 686 ; 687 ; 688 ; 689 ; 757 ; 1024.

- De la personnalité 317 ; 318 ; 319 ; 320 ; 323 ; 324 ; 326 ; 380.

Economie : 71 ; 72 ; 73 ; 76.

Effet

- Horizontal : 858 ; 859 ; 860 ; 864 ; 866 ; 877 ; 878 ; 879 ; 881 ; 882 ; 887 ; 888 ; 895.
- Vertical : 847 ; 848 ; 858 ; 886.

Environnement : 589 ; 706 ; 712 ; 719 ; 926 ; 927 ; 928 ; 929 ; 934.

Epanouissement personnel : 492 ; 493 ; 494 ; 504 ; 530 ; 532 ; 540.

Espionnage : 132 ; 142 ; 238 ; 340 ; 341 ; 342 ; 344 ; 345 ; 412 ; 1020.

Exceptio Veritatis : 666 ; 973 ; 977 ; 979 ; 980 ; 996.

Excuse : 700.

Fardeau de preuve : 638 ; 640 ; 654 ; 675 ; 725 ; 779.

Hierarchies des normes : 353 ; 468 ; 561 ; 810 ; 843 ; 844 ; 845 ; 893.

Honneur : 582 ; 583 ; 586 ; 588 ; 603 ; 628 ; 629 ; 631 ; 636 ; 661.

Idée : 58 ; 446.

Immatériel : 69 ; 191 ; 193 ; 195 ; 202 ; 218 ; 222 ; 227 ; 239 ; 248 ; 262 ; 280 ; 301 ; 453.

Immunité : 976.

Information

- Définition : 53 ; 61 ; 62 ; 64 ; 65 ; 66.
- Economique : 161 ; 169.

- Négative : 165.

Infraction

- De presse : 8 ; 393 ; 602 ; 971.
- D'intention spécifique : 548.
- Informatique : 338 ; 339.

Intention spécifique/générale : 548 ; 549.

Intimité : 311 ; 324 ; 343 ; 344 ; 356 ; 378 ; 379 ; 381 ; 394 ; 426.

Intérêt

- Economique : 6 ; 935 ; 937 et suiv.
- Général : 19 ; 184 ; 474 ; 540 ; 666 ; 737 ; 751 ; 759 ; 787 ; 930 et suiv. ; 1007 et suiv.

Interprétation téléologique : 867.

Investigation : 375 ; 379 ; 551 ; 759 ; 784.

Journaliste : 19 ; 439 ; 550 ; 551 ; 552 ; 733 ; 956 ; 983 ; 1002.

Laïcité : 448 ; 457.

Lanceur d'alerte (définition) : 15 ; 16 ; 18 ; 19 ; 20 ; 31 ; 34.

Légitime défense : 697 et suiv.

Liberté

- De conscience : 442 ; 445 et suiv. ; 462 et suiv. ; 476 et suiv. ; 493 ; 513 ; 520 ; 554 ; 690 et suiv.
- D'expression : 45 ; 486 ; 489 et suiv. ; 506 et suiv. ; 516 et suiv. ; 597 ; 599 et suiv. ; 617 ; 642 ; 644 ; 662 et suiv. ; 669 ; 670 ; 690 ; 740 ; 829 ; 833 ; 836 ; 877 ; 911 ; 922 ; 931 ; 932 ; 971 ; 979 ; 984 ; 1006 ; 1007 ; 1014 ; 1020 et suiv.
- D'opinion : 462 ; 510 ; 528 ; 529 ; 531.
- De pensée : 443 ; 446 ; 512.

- De religion : 443 ; 445 ; 453 ; 454 ; 456 ; 465 ; 467 ; 823.

Lien rationnel : 644.

Loyauté (devoir de) : 429 ; 751 ; 790 ; 883 ; 908 ; 938 ; 1044.

Matière : 619.

Méfait : 301 ; 304 ; 338.

Mens rea : 396 ; 417 ; 546 ; 548 ; 633 ; 635 ; 672 ; 773 ; 978.

Message : 56.

Mobile

- Discriminatoire : 543.
- Element constitutif : 544.
- Jurisprudentiel : 546.
- Subjectif : 543.
- Textuel : 545.

Motivation : 545 ; 547 ; 795 ; 1022.

Nécessité

- Critère de : 643.
- Etat de : 643 ; 700 et suiv.
- Stricte : 686 ; 688.

Norme objective modifiée : 714.

Objection de conscience : 469 ; 470 ; 472 ; 474 ; 478 ; 479 ; 481 ; 484 ; 485.

Obligation positive/négative 867 ; 871 ; 872 ; 876.

Optimisation des droits : 804 ; 899 ; 900 ; 904 ; 912 ; 940 ; 954 ; 968 ; 970 ; 980 ; 1025 ; 1036.

Option de conscience : 471 ; 472 ; 477.

Ordinateurs : 213 ; 283 ; 338.

Patrimonialisation 183 ; 191 ; 244 ; 401.

Personnalité

- Artteinte à : 390 ; 405 ; 651.
- Juridique : 204 ; 317 ; 354.
- Morale : 313 ; 317 ; 323 ; 343 ; 348 ; 356.
- Sociale : 321.

Personne raisonnable : 104 ; 396 ; 397 ; 630 ; 635 ; 658 ; 718 ; 739 ; 765 ; 957 ; 988.

Pluralisme : 445 ; 495 ; 529 ; 1059.

Possession : 229 ; 253 ; 247 ; 277 ; 278 ; 297 ; 298.

Possession de biens criminellement obtenus : 286 ; 296.

Pouvoir de contrôle : 374 ; 400 ; 416 ; 431 ; 1006.

Précaution (principe de) : 692 ; 713 ; 726.

Préjudice : 425 ; 589 ; 595 ; 598 ; 616 ; 621 ; 630 ; 651 ; 653 ; 660.

Présomption : 210 ; 213 ; 601 ; 636 ; 667 ; 736 ; 778.

Principe-exception : 563 ; 675 ; 899 ; 971 ; 1015.

Principe fondamental reconnu par les lois de la République : 456.

Priorité des droits : 961 ; 896 ; 954 ; 968 ; 1048.

Proportionnalité : 644 ; 911 et suiv.

Propriété

- Attributs de la : 232.
- Droit de : 179 ; 180 ; 181.
- Exclusivité : 83 ; 86 ; 152 ; 212 ; 214 ; 225 ; 227 ; 234 ; 238 ; 240 ; 241 ; 279 ; 299 ; 407 ; 410.
- Intellectuelle : 82.

Publication : 609 ; 611 ; 612 ; 613 ; 615.

Qui tam : 480.

Recel : 286.

- Objet : 288.
- Produit : 290.
- Subrogation : 291.
- Acte : 295.
- Profit : 299.

Récompense : 480 ; 734 ; 964.

Représailles : 29 ; 30 ; 482 et suiv.

Reproductibilité : 69 ; 238 ; 278 ; 406.

Réputation : 386 ; 582 et suiv. ; 588 et suiv. 593 et suiv ; 606 et suiv.

Réservation : 10 ; 45 ; 207 ; 227 ; 241 ; 246 ; 308.

Retrait (droit de) : 29 ; 484.

Rétroactivité *in mitius* : 770.

Sanction

- Civile : 743.
- Disciplinaire : 14.
- Pénale : 753.

Savoir : 59.

Secret

- Commercial : 130 ; 738 ; 1042.
- De fabrication : 128 ; 132 ; 748.
- De la vie privée : 374 ; 405.
- Des affaires : 126 ; 150 ; 156 ; 157 ; 159 ; 166 ;
- Industriel : 129 ; 148 ; 159 ; 164.
- Professionnel : 419 ; 420 ; 421 ; 422 ; 423 ; 424.

Signification : 523 ; 524 ; 618 ; 642 ; 931.

Standard juridique : 392 ; 398 ; 395 ; 403.

Subordination : 428 ; 1060.

Transparence : 8 ; 13 ; 409 ; 922 ; 937 et suiv.

Tromperie : 409 ; 480 ; 947 ; 948.

Urgence : 710 ; 711 ; 719 ; 755 ; 780 ; 922 ; 929 ; 949 ; 991 ; 993 ; 994 ; 1008 ; 1032.

- Procédure d' : 767 ; 768.

Valeur : 80 ; 164 ; 165 ; 16 ; 168 ; 169 ; 170 ; 171 ; 172 ; 194 ; 195 ; 196 ; 197 ; 198 ; 202.

- Constitutionnelle : 178 ; 179 ; 359 ; 465 ; 508 ; 512 ; 531 ; 810 ; 849.
- Protégée : 293 ; 380 ; 628 ; 629 ; 1031.
- Quasi constitutionnelle : 179 ; 886.

Vérité : 498 ; 500 ; 501 ; 530 ; 533 ; 625 ; 637 ; 643 ; 648 ; 657 ; 665 et suiv. ; 740 ; 922.

- Défense de : 644 ; 977 ;

Vie privée

- Atteinte : 339 ; 343 ; 344 ; 346 ; 376 ; 379 ; 400 ; 418.
- Personne physique : 354 ; 420.
- Personne morale : 312 ; 326 et suiv. ; 342 ; 348 ; 350 ; 353 ; 354 ; 356 ; 382.

Vol : 259.

- Objet du : 261 ; 265 ; 266 ; 268 ; 271.
- Soustraction : 273.
- Soustraction juridique : 274 ; 276 ; 277 ; 278.
- Détournement : 269 ; 274 ; 277 ; 278 ; 279 ; 283.

Whistleblower : 16.

Table des matières

Liste des principales abréviations	I
Sommaire	VII
Introduction	1
Chapitre préliminaire	47
1 Définition descriptive de l'information économique	51
1.1 Définition de « information »	51
1.1.1 Sens commun	51
1.1.2 Sens juridique	55
1.2 Définition de « économique »	59
2 Définition qualitative de l'information économique	64
2.1 Définition à partir du droit des brevets	65
2.1.1 La nouveauté	68
2.1.2 La non-évidence ou le caractère inventif du brevet	75
2.1.3 L'utilité ou l'application industrielle	83
2.2 Définition complémentaire par le savoir-faire et les secrets	87
2.2.1 Définitions du savoir-faire et des secrets	90
2.2.1.1 La réservation d'informations techniques par le savoir-faire	91
2.2.1.1.1 Les définitions du savoir-faire	91
2.2.1.1.2 Les critères du savoir-faire	97
2.2.1.2 L'encadrement législatif du secret des affaires et du secret industriel	107
2.2.2 Définition juridique de l'information économique	114
Partie 1 Les termes du conflit	121
Chapitre 1 L'exclusion de la propriété comme fondement de la protection de l'information économique	125
1 L'adaptation imparfaite de l'information économique à la notion civile de bien	130
1.1 L'adaptabilité théorique de l'information économique au concept de bien	130
1.1.1 La valeur, essence de la conception des biens	131
1.1.1.1 Caducité de l'assimilation bien et chose	131
1.1.1.2 Le critère de la valeur des biens	134
1.1.2 Le critère de l'appropriabilité des biens	141
1.2 L'imperfection du traitement de l'information économique en tant que bien susceptible d'appropriation	148
1.2.1 Les obstacles techniques à l'appropriation de l'information économique	151
1.2.1.1 L'introuvable exclusivité de l'information économique	151
1.2.1.2 La compatibilité imparfaite avec les autres caractères de la propriété	160
1.2.2 Les conséquences théoriques incertaines de la propriété de l'information	163
2 L'adaptation imparfaite de l'information économique au droit pénal des biens	167
2.1 La protection pénale de la propriété de l'information économique	170
2.1.1 Le vol d'information économique	171

2.1.1.1	L'ambiguïté de l'objet du vol	172
2.1.1.2	L'impossible soustraction de l'information économique	180
2.1.2	Le recel d'information.....	190
2.1.2.1	La diversité des objets du recel.....	191
2.1.2.2	L'impossible application du recel d'information quant à l'acte	197
2.2	La protection pénale directe de la matérialité de l'information économique	203
Chapitre 2 L'émergence d'un droit à la confidentialité comme fondement de la protection de l'information économique.....		209
1	La conception d'un droit à la confidentialité pour les personnes morales	212
1.1	Les fondements théoriques du droit à la vie privée des personnes morales	213
1.2	Les fondements pratiques d'un droit à la vie privée des personnes morales.....	218
1.2.1	Les manifestations jurisprudentielles de la vie privée des personnes morales.....	219
1.2.1.1	La manifestation de la vie privée des personnes morales en droits étrangers	219
1.2.1.2	La manifestation de la vie privée des personnes morales en droit interne ...	222
1.2.1.2.1	Par le droit pénal et le droit criminel.....	222
1.2.1.2.2	Par le droit civil français et québécois	232
1.2.2	La protection fondamentale de la vie privée des personnes morales	237
1.2.2.1	Une liberté prônant l'autonomie personnelle	239
1.2.2.2	Une liberté basée sur un droit de contrôle	249
2	La manifestation de la protection de l'information économique par le droit à la confidentialité des personnes morales.....	256
2.1	L'intégration de l'information économique dans le droit à la confidentialité	257
2.1.1	Définition du droit à la vie privée	257
2.1.1.1	La définition classique insuffisante de la vie privée.....	257
2.1.1.2	La vie privée : un standard juridique	262
2.1.2	L'information économique en tant qu'élément de la vie privée	271
2.2	La protection spécifique de l'information économique contre la divulgation.....	279
2.2.1	La protection de l'information économique par l'obligation au secret.....	280
2.2.1.1	La protection de l'information économique par le secret des affaires et le secret industriel du <i>Code criminel</i>	280
2.2.1.2	La protection de l'information économique par les secrets d'ordre professionnel	284
2.2.2	La protection de l'information économique à travers le devoir de loyauté.....	291
Chapitre 3 Le droit d'accès à l'information confidentielle au nom des libertés de l'esprit du lanceur d'alerte.....		299
1	La protection du lanceur d'alerte au nom de la liberté de conscience	301
1.1	Le développement autonome de la liberté de conscience.....	302
1.1.1	Les conditions favorables à la reconnaissance de la liberté de conscience.....	302
1.1.1.1	Les fondements textuels de la liberté de conscience	303
1.1.1.2	Les fondements jurisprudentiels de la liberté de conscience.....	307
1.1.2	Le contenu de la liberté de conscience	318
1.2	Application de la liberté de conscience aux lanceurs d'alerte	326
2	La protection du lanceur d'alerte au nom de la liberté d'expression	333

2.1	La pertinence du recours à la liberté d'expression	334
2.1.1	Les fondements théoriques de la liberté d'expression	334
2.1.1.1	La recherche de l'épanouissement personnel	336
2.1.1.2	Fonctionnement et renforcement de la démocratie.....	338
2.1.1.3	Recherche de la vérité.....	341
2.1.1.4	Suspicion à l'égard du Gouvernement.....	346
2.1.2	Les fondements juridiques	349
2.2	La spécificité de la liberté d'expression du lanceur d'alerte	355
2.2.1	La notion de liberté de l'expression	356
2.2.1.1	Définition de l'expression protégée.....	357
2.2.1.2	Le domaine de la liberté d'expression	361
2.2.2	La spécificité de la liberté d'expression du lanceur d'alerte	368
2.2.2.1	Les motivations comme éléments d'interprétation de la liberté d'expression du lanceur d'alerte	369
2.2.2.2	Les motivations comme éléments distinguant la liberté d'expression du lanceur d'alerte	380
	Conclusion de la Partie 1.....	387
	Partie 2 La résolution du conflit	389
	Titre 1 La résolution par le choix en faveur d'un seul des intérêts en conflit	393
	Chapitre 1 La manifestation d'une atteinte à la confidentialité : le choix de la défense de la réputation	399
1	La prise en compte des atteintes secondaires à la personnalité.....	401
1.1	La protection possible de la réputation des personnes morales.....	401
1.1.1	Les fondements de la protection de la réputation.....	402
1.1.2	La protection effective de la réputation des personnes morales.....	406
1.2	L'intégration de la réputation comme facteur de limitation de la liberté d'expression 410	
2	La mise en œuvre de la protection de la réputation.....	420
2.1	La protection pénale de la réputation.....	421
2.1.1	L'élément matériel de la diffamation appliqué au lanceur d'alerte.....	422
2.1.1.1	Le comportement répréhensible : la publication de propos nuisibles.....	423
2.1.1.1.1	L'exigence d'une publication.....	423
2.1.1.1.2	La formulation de l'expression diffamatoire	429
2.1.1.2	Le résultat préjudiciable : une expression attentatoire à l'honneur ou la réputation.....	434
2.1.2	L'élément moral de la diffamation : la nécessaire intention du lanceur d'alerte de porter atteinte à la réputation.....	438
2.1.2.1	Consensus sur le volet intentionnel de la diffamation : l'intention de porter atteinte à la réputation de l'art. 300 C. crim.	439
2.1.2.2	Controverse sur l'élément intentionnel de la diffamation : l'inconstitutionnalité de l'article 301 C. crim.	444
2.2	La protection civile de la réputation	452
2.2.1	La nécessité d'identifier un préjudice constitutif d'une atteinte à la réputation 453	

2.2.2	La faute civile de diffamation : un propos déconsidérant autrui.....	456
Chapitre 2 La justification de la levée de la confidentialité		467
1	La possibilité de lever la confidentialité à travers les faits justificatifs généraux	470
1.1	Les autorisations légales favorables à l'alerte	471
1.1.1	L'extension de l'autorisation de la loi au droit fondamental de la défense.....	471
1.1.2	Extension de la justification à la liberté de conscience ?	480
1.2	L'applicabilité restreinte de l'état de nécessité et de la légitime défense à l'alerte.	486
1.2.1	Les circonstances de l'alerte propices à une analyse justificative.....	489
1.2.1.1	L'adéquation partielle de la menace à l'alerte	490
1.2.1.2	La principale difficulté liée à l'imminence requise du danger	496
1.2.2	L'applicabilité limitée de la nécessité et de la légitime défense au regard du caractère impérieux de l'intervention.....	504
1.2.3	La proportionnalité révélatrice de l'importance des finalités de l'alerte.....	509
2	La possibilité de lever la confidentialité à travers les justifications spécifiques à l'alerte	515
2.1	La protection spéciale des lanceurs d'alerte	516
2.1.1	Les conditions d'ouverture du fait justificatif d'alerte	517
2.1.1.1	La condition préalable : précisions quant à la qualité de lanceur d'alerte....	517
2.1.1.1.1	La nature de la personne apte à lancer une alerte	518
2.1.1.1.2	La consécration d'une approche éthique de l'alerte à travers son désintéressement.....	522
2.1.1.1.3	La validation logique de la nécessaire bonne foi du lanceur d'alerte	525
2.1.1.2	Les conditions propres à la justification du lanceur d'alerte	529
2.1.1.2.1	Le domaine d'application restreint de la justification à certaines atteintes au secret	529
2.1.1.2.2	L'opportunité d'une évaluation de l'alerte par sa nécessité et sa proportionnalité	537
2.1.1.2.3	La nécessité de se conformer à la procédure de signalement	542
2.1.2	La protection contre les représailles dans l'emploi	549
2.1.2.1	Les conditions d'ouvertures de la protection contre les représailles dans l'emploi	550
2.1.2.2	La divergence des conséquences tirées de l'interdiction des mesures de représailles.....	553
2.2	Les défenses applicables à la divulgation civile d'informations économiques	557
2.2.1	Les conditions d'exonération de responsabilité civile pour révélation d'un secret	557
2.2.2	Incertitudes quant à l'interprétation des textes autorisant la levée de la confidentialité.....	562
Conclusion du titre 1		569
Titre 2 La résolution par la conciliation des intérêts en conflit		573
Chapitre 1 Les conditions préalables à l'optimisation judiciaire des intérêts.....		579
1	La neutralisation de la hiérarchie des normes	580
1.1	La possibilité théorique d'une hiérarchisation des droits fondamentaux	582

1.1.1	Les critères formels de la hiérarchisation.....	583
1.1.1.1	La clause dérogatoire extrinsèque	584
1.1.1.2	La clause limitative intrinsèque	589
1.1.2	L'inexistence d'une hiérarchie au sein de la Charte canadienne.....	593
1.2	L'inefficacité d'une hiérarchisation européenne	595
1.2.1	Les infructueuses propositions doctrinales de hiérarchisation	596
1.2.2	Le rejet institutionnel d'une hiérarchisation.....	600
2	Applicabilité des Chartes et conventions à l'alerte privée	604
2.1	Exclusion des conflits purement privés au Canada	605
2.1.1	Convergence vers la reconnaissance d'un effet vertical	605
2.1.2	Divergence quant à l'admission de l'effet horizontal des Charte et Convention 611	
2.1.2.1	Le débat sur l'application de la Charte aux conflits purement privés	611
2.1.2.2	Le choix explicite de l'effet horizontal de la Convention européenne.....	620
2.2	Les palliatifs à l'inapplicabilité des textes fondamentaux	623
2.2.1	Le recours aux obligations positives	624
1.1.1.1	Le principe des obligations positives.....	624
1.1.1.2	L'irrecevabilité de la théorie des obligations positives dans l'interprétation de la Charte canadienne	630
2.2.2	Le contournement par l'applicabilité d'un texte de loi à un conflit privé.....	640
2.2.3	Le secours de la Charte québécoise.....	646
2.2.3.1	La disparition de la question de l'effet horizontal de la Charte québécoise .	647
2.2.3.2	Maintien de la pertinence des analyses menées sur le fondement de la Charte canadienne.....	649
Chapitre 2 La généralisation de l'optimisation comme méthode de résolution des conflits .		653
1	L'optimisation des intérêts relatifs à l'alerte	656
1.1	La recherche d'accommodements entre les deux droits	659
1.2	La mise en balance des intérêts concurrents à travers la proportionnalité	662
1.2.1	La proportionnalité de l'intervention du lanceur d'alerte : l'analyse objective de la situation conflictuelle	665
1.2.1.1	La mesure concrète du poids de l'expression	666
1.2.1.1.1	Défense de la personne humaine.....	668
1.2.1.1.1.1	Vie, santé, sécurité.....	668
1.2.1.1.1.2	Défense de l'environnement.....	673
1.2.1.1.2	Défense de l'ordre public et l'intérêt général à travers l'État.....	675
1.2.1.1.3	Défense des intérêts économiques	678
1.2.1.1.3.1	Défense des intérêts microéconomiques : transparence de la vie intérieure des personnes morales ?.....	679
1.2.1.1.3.2	Défense des intérêts macroéconomiques : dénonciation au nom du respect des engagements contractuels individuels ?	685
1.2.1.2	Le poids du préjudice subi par le dépositaire de l'information économique	689
1.2.1.3	La prise en compte contestable de l'authenticité de l'information divulguée 691	

1.2.2	La proportionnalité au regard de la bonne foi du lanceur d'alerte : confusion avec le critère du désintéressement.....	693
1.2.3	La proportionnalité les sanctions encourues par le lanceur d'alerte	697
2	Illustrations de l'optimisation des intérêts relatifs à l'alerte : mutations de la méthode de résolution des conflits impliquant la liberté d'expression.....	701
2.1	Les transformations du rôle de la bonne foi dans la justification de la diffamation	703
2.1.1	Exclusion de certaines justifications en matière de diffamation.	704
2.1.2	Les conditions convergentes de la bonne foi et la défense de communication responsable.....	709
2.1.2.1	La recherche de l'intérêt légitime de l'expression litigieuse	713
2.1.2.2	Les critères d'identification d'une expression diligente, répondant à une atteinte proportionnée à la réputation.....	718
2.1.2.2.1	Première catégorie de critères : évaluation objective des faits dénoncés	720
2.1.2.2.2	Deuxième catégorie de critères : comportement du défendeur.....	723
2.1.2.2.3	Troisième catégorie de critère : qualité de l'enquête préalable	728
2.1.3	Le réajustement de la bonne foi à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.....	732
2.1.3.1	L'appréhension de la bonne foi par la Cour européenne des droits de l'Homme.....	732
2.1.3.2	La mutation de la bonne foi vers une optimisation des valeurs.....	737
2.2	L'optimisation des infractions à la liberté d'expression.....	743
2.2.1	L'ascension de la liberté d'expression dans le contexte pénal.....	744
2.2.1.1	Premiers pas vers un fait justificatif	744
2.2.1.2	Le domaine d'applicabilité de la justification par la liberté d'expression....	749
2.2.2	Le régime de la liberté d'expression : optimisation des droits en conflit plutôt que réelle justification.....	753
	Conclusion du Titre 2.....	763
	Conclusion de la Partie 2.....	764
	Conclusion générale	765
	Bibliographie	785
	Index alphabétique	847
	Table des matières	852

La protection de l'information économique en droit franco-canadien. Droit à la confidentialité et droit d'accès à l'information pour le public : le cas des lanceurs d'alerte

L'information économique représente tout élément de connaissance secret et ayant une valeur marchande. Ces dernières années ont été marquées par une inflation de la régulation juridique favorable à la protection de ces informations, et ceci tant en France, en Europe qu'au Canada, afin de garantir la prospérité, l'innovation et la compétitivité économique des acteurs privés. À ce titre, il existe certainement une forme de droit à la confidentialité pour les entités préservant le secret de ces informations. Parallèlement, le nombre de scandales et de révélations d'activités illicites remet en cause l'absolutisme de ce secret. Un mouvement de fond en faveur d'une plus grande transparence semble s'installer. Dans ce contexte, la protection de l'information économique ne s'organise-t-elle pas au détriment d'autres intérêts sociaux, en particulier, la santé, la sécurité du public ? Il peut au contraire sembler nécessaire, dans certaines circonstances, d'accéder à l'information économique pour protéger ces valeurs tout aussi fondamentales en société.

Les lanceurs d'alerte occupent une place prééminente dans le débat existant entre la protection du secret des informations économiques et le besoin d'accéder à ces informations. En faisant usage de leur liberté de conscience et d'expression, ils rendent disponible l'information économique. Ce sont eux qui font le lien entre les deux notions, lorsqu'ils décident de révéler une information économique secrète, dans le but d'alerter le public d'un danger ou d'une situation préoccupante. Le lanceur d'alerte se retrouve au cœur du débat et des tensions entourant ces deux impératifs contradictoires. Le droit français et le droit canadien proposent déjà quelques solutions pour permettre de résoudre ce conflit. Toutefois, elles n'apparaissent pas suffisantes. On s'attachera à vérifier si un équilibre peut être trouvé entre les besoins de protection des intérêts des entreprises détentrices des informations économiques, et la protection des intérêts du public, et quelles répercussions cet équilibre peut avoir sur le statut juridique des lanceurs d'alerte.

Mots clés : Bien, brevet, Charte canadienne, confidentialité, conflits de droits, common law, Convention européenne, devoir de loyauté, diffamation, droits de la personnalité, faits justificatifs, hiérarchie des normes, information économique, lanceurs d'alerte, liberté de conscience, liberté d'expression, optimisations des droits, priorité des droits, propriété, secrets, vérité, vie privée.

Protection of confidential information, in comparative law France – Canada. Right to confidentiality, right to inform the public and the whistleblowers' status

Economic information is any piece of knowledge that is secret and has market value. These last years have been marked by an inflation of the legal regulation favorable to the protection of this information, and this as much in France, in Europe as in Canada, in order to guarantee private actors' prosperity, innovation and economic competitiveness. As such, there is certainly some form of right to confidentiality for entities keeping this information secret. At the same time, the number of scandals and revelations of illicit activities calls into question the absolutism of this secrecy. A fundamental movement in favor of greater transparency seems to be taking hold. In this context, is the protection of economic information organized to the detriment of other social interests, in particular health and safety of the public? On the contrary, it may seem necessary, in certain circumstances, to access economic information to protect these equally fundamental values in society.

Whistleblowers occupy a prominent place in this debate between protection of the secrecy of economic information and the need to access this information. Through their freedom of conscience and expression, they make economic information available. They are the ones who make the connection between the two concepts, when they decide to reveal secret economic information, to alert the public to a danger or a worrying situation. Whistleblowers find themselves at the heart of the debate and the tensions surrounding these two contradictory imperatives. French law and Canadian law already offer some solutions to resolve this conflict. However, those solutions do not appear to be sufficient. We will endeavor to verify whether a balance can be found between the needs to protect the interests of companies holding economic information, and the protection of public interests, and what impact this balance may have on whistleblowers' legal status.

Keywords : asset, Canadian Charter, Charter of Quebec, confidentiality, common law, conflict of rights, European Convention, defamation, duty of loyalty, economic information, freedom of conscience, freedom of expression, hierarchy of norms, justifications, optimization of rights, patent, privacy, property, rights priority, rights relating the personality, secrecy, truth, whistleblowers.