

Lanceurs d’alerte ou délinquants ? Approche judiciaire du whistleblowing, le cas de l’affaire LuxLeaks

Oussama Ouriemmi¹

ISG Paris, Paris, France

Wafa Ben Khaled

University of Birmingham, Birmingham, UK

Mahaut Fanchini

IRG, Université Paris-Est Créteil, Créteil, France

Résumé

L’objectif de cet article est d’étudier le rôle du juge et ses effets dans le processus de représailles engagé par l’organisation contre le lanceur d’alerte. Plus précisément, nous interrogeons les logiques normatives mises à l’œuvre par le juge pour valider ou invalider ce processus. Dans cette optique, nous recoupons et analysons des données principalement judiciaires de l’affaire LuxLeaks (2010-2018). Nos résultats permettent d’abord d’établir une relation entre, d’une part, le pouvoir interprétatif du juge et son

¹ Auteur de correspondance : Oussama Ouriemmi, Email : oussama.ouriemmi@isg.fr

profil et, d'autre part, les postures que le juge peut avoir à l'issue du processus de représailles vis-à-vis des lanceurs d'alerte, à savoir acteur de représailles ou acteur de protection. Ensuite, nos résultats expliquent la dynamique normative qui investit le processus de représailles judiciaires. Ils font apparaître que le juge met en question des normes juridiques existantes, précise et opérationnalise d'autres et produit de nouvelles normes régulant ainsi le comportement éthique dans les organisations.

Mots-clés

Alerte éthique, Lanceur d'alerte, Représailles, Judiciarisation, Normes

Citation :

M@n@gement 2021: **24**(4): 1–17 - <http://dx.doi.org/10.37725/mgmt.v24.5449>.

INTRODUCTION

L'alerte éthique profite à la société et aux organisations (Miceli et al., 2008), notamment en matière de lutte contre la fraude et la corruption (Carr & Lewis, 2010). Cependant, les organisations instiguent des représailles contre les lanceurs d'alerte (Alford, 2002 ; Kenny et al., 2019). Les représailles se définissent comme l'ensemble des « actions indésirables à l'encontre d'un lanceur d'alerte – en réponse directe à l'alerte – qui a signalé un méfait en interne ou en externe, en dehors de l'organisation » (Rehg et al., 2008, p. 222). La littérature sur l'alerte éthique aborde les représailles comme un processus interne qui se décide et se déploie au sein même de l'organisation (Bjørkelo, 2013 ; Dworkin, & Baucus, 1998 ; Lee et al., 2004 ; Kenny et al., 2019 ; Mesmer-Magnus & Viswesvaran, 2005 ; Miceli et al., 2009). Hormis quelques exceptions (Charreire Petit & Cusin, 2013 ; Richardson & McGlynn, 2011), les représailles sont étudiées dans le cadre limité des deux parties principales de l'alerte : l'organisation (et ses membres) et l'individu lanceur d'alerte. Pourtant, des parties prenantes externes à l'organisation peuvent se joindre à ce processus dyadique et le transforment ; c'est le cas notamment du juge. Near et Miceli (1995, p. 685) évoquent assez tôt le principe d'une implication des parties extérieures à l'organisation dans les processus d'alerte. Néanmoins, l'étendue de cette implication et ses effets restent à déterminer (Richardson & McGlynn, 2011). Les procès intentés contre les lanceurs d'alerte peuvent être considérés comme des représailles dans le sens de Rehg et al. (2008), que nous qualifions désormais de judiciaires. Celles-ci constituent un processus qui se déclenche par la plainte déposée par l'organisation et s'achève par la décision du juge. Le juge examine le cas à la lumière des normes juridiques disponibles (normes internationales, loi, jurisprudence, règlements). Il livre ensuite sa décision en vue de valider ce processus (sanctions judiciaires :

emprisonnement ou amende par exemple) ou de l'invalider (relaxer les lanceurs d'alerte et ainsi les protéger).

La littérature en sciences de gestion s'est intéressée à l'environnement légal de l'alerte éthique, et plus généralement aux normes externes à l'organisation visant à protéger les lanceurs d'alerte des représailles (Culiberg & Mihelič, 2017). Ces normes sont abordées selon la logique prédictive qui domine la littérature sur l'alerte depuis les années 1980. Ainsi sont étudiés les effets des normes juridiques (loi, jurisprudence) sur la survenance de l'alerte et des représailles (Miceli et al., 1999). Sont également proposées des études critiques et comparatives de divers cadres normatifs en la matière (Vandekerckhove, 2010 ; Vandekerckhove & Lewis, 2012) débouchant parfois sur des propositions à l'attention des managers et des législateurs (Miceli et al., 2009). Néanmoins, les logiques de ces normes, la manière dont elles sont produites ainsi que le rôle des acteurs qui les produisent, notamment en ce qui concerne les normes jurisprudentielles, restent dans l'ombre. Pourtant, elles modifient le statut du lanceur d'alerte et affectent les pratiques de l'alerte et de sa gestion dans les organisations.

Ce travail de recherche interroge le rôle du juge dans le processus de représailles judiciaires engagé par l'organisation contre les lanceurs d'alerte et étudie ses effets. Il vise plus précisément à mettre en avant le processus interprétatif du juge et sa portée normative en tant que processus externe à l'organisation. Pour ce faire, nous mobilisons les travaux en sociologie du droit sur la judiciarisation (Chevallier, 2014 ; Commaille & Dumoulin, 2009 ; Delpeuch et al., 2014 ; Dumoulin & Roussel, 2010). Ces travaux mettent en lumière l'accroissement du pouvoir du juge qui est essentiellement un pouvoir interprétatif. Nous mobilisons ces aspects de la judiciarisation, d'une part, pour mettre en lumière les logiques normatives déployées par le juge dans le processus de représailles entrepris par l'organisation contre les lanceurs d'alerte et, d'autre part, pour souligner son

rôle en tant que régulateur du champ éthique dans les organisations. Sous ce dernier rapport, nous complétons et enrichissons d'autres travaux en sociologie du droit (Edelman, 19990, 1992, 2011) étudiant des processus interprétatifs mis en place en interne, au sein de l'organisation.

L'étude empirique de l'article est construite à partir d'un cas d'alerte emblématique : l'affaire LuxLeaks (2010-2018). Nous recoupons et interprétons des données provenant essentiellement de sa procédure judiciaire (jugements et arrêts). D'autres données sont également mobilisées : des sources judiciaires relatives à d'autres affaires d'alerte éthique européennes ainsi que différents textes législatifs sur la même question.

Premièrement, nos résultats permettent d'établir une relation entre, d'une part, le pouvoir interprétatif du juge et son profil et, d'autre part, les postures que le juge peut avoir à l'issue du processus de représailles vis-à-vis des lanceurs d'alerte, à savoir acteur de représailles ou acteur de protection. Deuxièmement, nos résultats expliquent la dynamique normative qui investit le processus de représailles judiciaires. Ils font apparaître que le juge met en question des normes juridiques existantes, précise et opérationnalise d'autres, et ainsi produit de nouvelles normes régulant les comportements dans les organisations. Nos contributions ont trait à l'aspect externe du processus de représailles. Le sort de ce processus peut être déterminé par des parties prenantes externes à l'organisation, régulièrement ignorées par la littérature. Nous contribuons à mettre en avant le rôle du juge comme une partie externe qui peut affaiblir la capacité de l'organisation à mener à terme certains types de représailles contre les lanceurs d'alerte. L'étude de ce rôle fait ressortir le phénomène de l'alerte (et les représailles qu'elle engage) du cadre organisationnel pour mieux l'inscrire dans son contexte social. Nos contributions ont trait également à l'aspect normatif du processus de représailles. Celui-ci ne se résume pas toujours à un moment répressif. Il peut se révéler comme une occasion

pour alimenter le champ normatif de l'alerte éthique. Le processus interprétatif exercé pour le juge participe ainsi à réguler le champ éthique en général par des normes externes.

LANCEURS D'ALERTE, REPRÉSAILLES ET JUDICIARISATION

Nous présentons ici les principaux travaux qui ont étudié la question des représailles contre les lanceurs d'alerte et les travaux en sociologie du droit qui se sont intéressés à la judiciarisation.

Le lanceur d'alerte et les représailles à son encontre

L'alerte éthique est définie comme « la révélation, par un membre d'une organisation (ancien ou actuel) de pratiques illégales, immorales ou illégitimes dont l'employeur a le contrôle, à une personne ou à un organisme susceptible de remédier à la situation » (Near & Miceli, 1985, p. 4). Bien que considérés comme ayant un impact positif sur la société (Miceli et al., 2008), notamment dans la lutte contre la fraude et la corruption (Carr & Lewis, 2010), les lanceurs d'alerte font l'objet de représailles quasi systématiques de la part des organisations (Alford, 2002 ; Kenny et al., 2019). En pratique, les représailles exercées par l'organisation envers le lanceur d'alerte se présentent sous des formes variées et non exclusives : rétrogradation, dégradation des conditions de travail, menaces, harcèlement, ostracisme, psychiatrisation, licenciement, poursuites judiciaires, etc. (Kenny et al., 2019 ; Parmerlee et al., 1982).

Les premières études sur les représailles - principalement quantitatives - rendent compte de ces formes diverses, mais aussi des prédicteurs des représailles (Near & Miceli, 1986 ; Parmerlee et al., 1982 ; Rehg et al., 2008). Depuis ces études, il est identifié que les alertes par voies externes à l'organisation coûtent à leurs auteurs les représailles les plus sévères (Dworkin & Baucus, 1998 ; Mesmer-Magnus & Viswesvaran, 2005). Concernant les

représailles externes, certains travaux évoquent les poursuites judiciaires et les peines qui peuvent en résulter (Arnold & Ponemon, 1991 ; Liyanarachchi & Newdick, 2008). En effet, lorsque l'alerte dévoile au public des informations confidentielles, des plaintes sont déposées par l'organisation à l'encontre du lanceur d'alerte. Il s'ensuit alors une poursuite judiciaire, souvent longue et coûteuse pour celui-ci et dont l'issue, décidée par le juge, ne lui est pas toujours favorable. L'alerte sort ainsi de la relation bilatérale organisation - lanceur d'alerte et implique des parties externes telles que les médias, l'état, la société civile et comme évoqué le juge (Johnson et al., 2004 ; Near & Miceli, 1995). Ces parties peuvent alors constituer une source de représailles au même titre que l'organisation. Pour autant, les travaux sur les représailles se concentrent essentiellement sur cette relation organisation – lanceur d'alerte (Bjørkelo, 2013 ; Dworkin, & Baucus, 1998 ; Lee et al., 2004 ; Kenny et al., 2019 ; Mesmer-Magnus & Viswesvaran, 2005 ; Miceli et al., 2009) et peu de travaux évoquent les représailles en dehors de ce contexte.

À titre d'exception, Richardson & McGlynn (2011) et Charreire Petit & Cusin (2013) font émerger dans leurs études sur les représailles dans le milieu sportif une partie prenante – les fans – qui « s'invite » dans le processus de représailles contre les lanceurs d'alerte. En s'immisçant dans ce processus, cette partie se range d'entrée de jeu du côté de l'organisation ou du côté du lanceur d'alerte. Il est alors question d'« agent » de représailles ou de réhabilitation selon le positionnement face au lanceur d'alerte. Dans le sillage de ces travaux encore peu nombreux, notre recherche vise à élargir le champ d'analyse des représailles envers les lanceurs d'alerte par l'étude d'une tierce partie fréquente de l'alerte par voie externe : le juge. En particulier, ce travail s'intéresse à la manière dont le juge peut constituer la source d'une forme spécifique de représailles, celles judiciaires. Au-delà des conséquences sur les lanceurs d'alerte, les décisions judiciaires (jurisprudence) ne sont pas sans effets sur les organisations. Les juges y

interprètent la loi, par défaut ambiguë (Edelman, 1990, 1992) notamment en ce qui a trait à l'éthique des affaires (Ben Khaled & Gond, 2020). Ils permettent souvent de spécifier des zones grises quant au comportement organisationnel considéré comme éthique ou non (Crane & Matten, 2010). Ainsi, à travers leurs décisions portant sur une alerte éthique externe, les juges (in)valident indirectement le comportement organisationnel. Ce rôle des juges dans les questions managériales s'inscrit plus globalement dans le phénomène de judiciarisation de la société étudié par la sociologie du droit.

Le mouvement de judiciarisation : De la société à l'organisation

La sociologie du droit s'intéresse à la régulation sociale et plus précisément à la place qu'occupe la norme juridique dans l'ensemble des normes qui régissent les activités sociales (Delpeuch et al., 2014). C'est dans ce registre que s'inscrit le phénomène de la judiciarisation de la société (Chevallier, 2014 ; Commaille & Dumoulin, 2009 ; Delpeuch et al., 2014 ; Dumoulin & Roussel, 2010), considérée ici comme la montée en puissance des juges comme régulateurs, notamment en cas d'absence ou d'ambiguïté de la loi.

Le terme judiciarisation est polysémique et englobe des phénomènes distincts sur le plan social et juridique (Delpeuch et al., 2014). Dans son sens primaire aux États-Unis, *judicialization* désigne l'intervention de la justice suprême (United States Supreme Court) dans les affaires publiques (Hirschl, 2008). Ce sens connaît une extension en Europe pour désigner le même phénomène, mais concernant des juridictions supra-étatiques telles que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Dans la littérature en sociologie du droit, ces acceptions glissent pour s'appliquer également à l'ordre judiciaire interne (Commaille & Dumoulin 2009 ; Delpeuch et al., 2014 ; Dumoulin & Roussel, 2010). Ainsi, judiciarisation s'entend dans le sens de l'accroissement du rôle du juge dans la régulation sociale.

L'activité du législateur est loin de couvrir toutes les préoccupations de la société et notamment ses nouvelles réalités (Lavite, 2016). En outre, la multiplication des règles juridiques de portée générale contribue d'autant plus à faire intervenir le juge que le législateur est confronté à la difficulté d'établir des normes précises applicables à toutes les situations (Bastuck, 2015 ; Chevalier, 2014). Si l'on suit la typologie d'Ost (2004), la figure classique du juge « bouche de la loi », neutre et passivement proche des codes, perd du terrain. Les nouvelles problématiques de la société et leur complexité rendent difficile une posture « jupitérienne » du juge « siffl(ant) les fautes sans se préoccuper, ni de la qualité de la partie ni de son issue victorieuse » (Ost, 2004, pp. 699-700). Née de la mondialisation, de la construction européenne et du culte des droits de l'homme, la figure du « juge-régulateur » gagne en revanche du terrain. Se situant au cœur de différentes sources et logiques de droit (publics/privés, nationaux/internationaux), le juge y « troque le glaive des codes et des politiques publiques pour la balance de la pesée des intérêts ». Sa démarche consiste surtout à « définir la proportion dans laquelle une mesure est nécessaire, pertinente et proportionnée » (Ost, 2004, pp. 699-700). Cette figure du « juge régulateur » s'inscrit dans un contexte marqué par la judiciarisation où le pouvoir interprétatif du juge se trouve par conséquent renforcé (Dournaux, 2013, p. 208).

Le pouvoir interprétatif correspond à la liberté qu'exerce le juge quant à la sélection des normes juridiques (normes internationales, lois, règlements, jurisprudence) à appliquer ainsi qu'à la manière de les interpréter². Dans un contexte marqué par l'ambiguïté ou l'absence de la norme juridique, ce processus interprétatif engagé par le juge est investi de normativité (Canivet, 2009). La normativité, dans le sens de Canguilhem (2013), se définit comme la capacité de mettre en question les normes usuelles à l'occasion de

² « Le pouvoir normatif du juge », *Actualités juridiques* (Cabinet Catala & Associés). <http://www.catala-associes.com/le-pouvoir-normatif-du-juge/>

situations critiques et d'en instituer de nouvelles par la même occasion. En effet, par son pouvoir interprétatif, le juge évalue les normes juridiques existantes pour choisir la norme à appliquer. En outre, il met en œuvre une opérationnalisation de cette norme qui débouche sur une nouvelle plus précise (Canivet, 2009). Les organisations sont concernées par ces normes résultant du processus interprétatif du juge.

Les travaux d'Edelman en sociologie du droit des organisations étudient la manière dont ces dernières appréhendent leur environnement légal. Les organisations n'appliquent pas purement et simplement les règles du droit. Souvent ambiguës, elles nécessitent leur traduction par les *compliance professionals*. Ces derniers interprètent les lois et mettent en place des procédures de mise en conformité avec le droit. Ils sont ainsi considérés comme les responsables d'une « endogénéisation du droit » dans les organisations, ou encore de sa « managérialisation » (Edelman, 1990 ; 1992, 2011). Le travail interprétatif de ce groupe professionnel est si important qu'il influence le pouvoir judiciaire (Edelman, 2011). En cas de conflit judiciaire impliquant l'organisation, les procédures inventées par les *compliance professionals* peuvent être mobilisées par le juge dans sa prise de décision et ainsi légalisées comme normes. À partir du moment où un « modèle de conformité » remporte une adhésion dans un champ organisationnel, les juges ont tendance à l'envisager comme une base justifiable de leur décision (Edelman, 2011, p. 108). Néanmoins, dans leur processus interprétatif, les juges peuvent ne pas se référer aux règles endogénéisées dans les organisations ; ils peuvent imposer à ces dernières des logiques normatives externes. Ils manifestent ainsi un rôle moins passif et plus normatif que celui montré dans les travaux d'Edelman. La judiciarisation en tant qu'accroissement du pouvoir interprétatif du juge rend compte de ce rôle.

Cet article documente un cas d'alerte éthique, plus précisément un processus de représailles judiciaires portant sur une alerte éthique. En tant que processus externe, il

implique l'intervention du juge comme une tierce partie appelée à (in)valider les représailles entreprises par l'organisation contre le lanceur d'alerte. Le juge y exerce un pouvoir interprétatif productif de normes qui régissent le comportement éthique dans les organisations. D'autant plus que le cadre légal concernant l'alerte éthique est encore précoce et balbutiant. En outre, la définition du comportement organisationnel éthique est source de débats et se chevauche avec la loi, elle-même ambiguë (Ben Khaled & Gond, 2020 ; Crane & Matten, 2010 ; Edelman, 1990, 1992), renforçant le besoin d'interprétation de la part des juges. En s'intéressant à la manière dont les juges critiquent, interprètent et produisent des normes à travers leur décision sur un cas d'alerte éthique, l'article vise alors à enrichir et compléter les travaux sur l'endogénéisation du droit dans les organisations (Edelman, 1990, 1992, 2011). En effet, la régulation du comportement éthique dans les organisations ne provient pas du seul processus d'interprétation interne porté dans les organisations par les *compliance professionals*. Ce dernier coexiste avec le processus interprétatif du juge, externe à l'organisation.

MÉTHODOLOGIE

Notre étude est centrée sur le rôle du juge dans le processus de représailles judiciaires. De ce fait, nous nous sommes appuyés sur des données principalement judiciaires. Suivant un design de recherche qualitatif, ces données ont permis de mettre en évidence les pouvoirs interprétatifs exercés par les juges dans l'affaire LuxLeaks et les logiques normatives qu'ils mobilisent pour (in)valider les représailles judiciaires à l'encontre des lanceurs d'alerte.

Le choix du cas LuxLeaks

Le cas judiciaire retenu est l'affaire LuxLeaks (2010-2018). C'est un cas emblématique qui fait partie des dossiers d'alerte les plus médiatisés. C'est aussi un cas spécifique puisqu'il ne s'agit pas uniquement des représailles usuelles de la part des organisations comme l'ostracisme ou le licenciement. En effet, LuxLeaks illustre un exemple de représailles judiciaires, provoquées par les plaintes de PwC contre deux de ses (ex)employés et matérialisées dans une longue procédure judiciaire à leur rencontre. Au sein de cette dernière, il revient aux différents juges de considérer les prévenus comme lanceurs d'alerte, et ainsi les protéger par l'acquittement³, ou de les considérer comme 'délinquants' ayant enfreint la loi, et donc de les sanctionner. Enfin, LuxLeaks est un cas judiciaire à rebondissements et riche d'enseignements. D'une part, l'affaire est constituée par deux cas d'alerte éthique différents (Deltour et Halet). D'autre part, le cas passe par toutes les étapes de la procédure judiciaire : première instance, appel, cassation et enfin appel, totalisant ainsi sept décisions judiciaires. Les juges y réservent un sort différent aux deux prévenus, qui évolue au fur et à mesure des étapes de ce feuilleton judiciaire. Le cas offre ainsi un matériau dense et riche pour l'étude de l'alerte éthique d'un point de vue judiciaire et la mise en avant du rôle des juges dans le processus de représailles envers les lanceurs d'alerte.

Nature et origine des données utilisées

Afin d'analyser au mieux la posture du juge en tant qu'acteur du processus de représailles, notre démarche consiste à exploiter et recouper les sources qui ressortent de la procédure judiciaire de l'affaire LuxLeaks. L'utilisation de ce type de données est peu commune en

³ Contrairement au système français qui réserve ce terme à la cour d'assises, il désigne au Luxembourg la déclaration de non-culpabilité par tout tribunal pénal.
<https://justice.public.lu/fr/support/glossaire/a/acquittement.html>

sciences de gestion et pourtant d'un intérêt manifeste (voir : Gabbioneta et al., 2013 ; Neu et al., 2013 ; Ouriemmi & Gérard, 2017). Résultat de l'enquête judiciaire et des procès, les données judiciaires permettent de repérer et de comprendre les transformations qui s'opèrent dans la problématisation des juges quant à la question de l'alerte éthique.

Pour mettre en avant le contenu et la qualité de la documentation que nous utilisons, nous rappelons le processus de la procédure judiciaire qui la produit. La décision d'un tribunal (jugement) ou d'une cour (arrêt) constitue le 'produit final' de la procédure judiciaire. Dans les pays de tradition civiliste tels que la France et le Luxembourg, la procédure judiciaire compte deux étapes : l'enquête et le procès. Un juge d'instruction, assisté éventuellement de la police, est chargé de l'enquête appelée instruction judiciaire. Celle-ci procède par collecte de renseignements, perquisition, audition des témoins, confrontation des protagonistes, mobilisation d'experts, etc. Les enquêteurs enregistrent, vérifient et recourent les informations qui résultent de ces opérations. Une fois l'instruction terminée, le juge instructeur décide des suites à donner à la procédure : renvoi devant un tribunal ou classement sans suite. En cas de renvoi au tribunal, les magistrats appelés à prononcer une décision judiciaire sur l'affaire entendent les parties du litige. Ils peuvent toujours demander la collecte de nouveaux éléments (témoins, expertises, etc.) et les introduire dans le dossier. Les audiences sont en principe publiques. La décision judiciaire (jugement, arrêt) est prononcée oralement ensuite rédigée. Elle est accessible également au public. La documentation judiciaire, en tant qu'ensemble de données fiables, bien qu'elles méritent toujours un regard critique (Neu et al., 2013), offre un terrain d'analyse riche pour les sciences de gestion. Elle constitue la principale source de notre travail, en ce qu'elle permet d'approcher au plus près la question du rôle du juge dans le processus de représailles.

Collecte et présentation des données du cas

Dans notre collecte de données, le principe de sélection consiste à rassembler la totalité des documents produits par les juges lors des procès (jugements et arrêts) et après les procès (communiqués de presse). En outre, nous nous sommes efforcés de repérer et collecter tous les textes législatifs ou jurisprudentiels utilisés et cités par les juges dans les différents procès LuxLeaks ainsi que ceux utiles pour comprendre leurs différentes logiques normatives. Le Tableau 1 ci-dessous répertorie les données collectées : celles issues de la procédure LuxLeaks, celles provenant d'autres cas et autres documentations. L'instruction et les procès LuxLeaks durent plusieurs années. Il en découle une documentation abondante (Tableau 1) : le jugement du tribunal correctionnel du Luxembourg, le premier arrêt de la cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, les deux arrêts de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg concernant les recours de Deltour et de Halet, le second arrêt de la cour d'appel (nouvellement constituée) ainsi que les différents communiqués de presse produits par les cours (Tableau 1). L'ensemble de cette documentation est accessible en ligne. Nous l'avons téléchargée sur le portail officiel de l'administration judiciaire du Grand-Duché de Luxembourg⁴ (portail non commercial édité par le Parquet général). Cette documentation reconstitue les faits de l'affaire, croise les discours des protagonistes (les deux lanceurs d'alerte, le journaliste qui a relaté leurs informations et la société PwC) et met en avant les différentes logiques qui ont présidé aux décisions judiciaires prononcées. En vue de se prononcer sur le cas LuxLeaks, les juges successifs se réfèrent dans leurs justifications à des textes de jurisprudence (autres cas d'alerte éthique à l'échelle européenne) et à des textes législatifs et administratifs, notamment des directives européennes. L'ensemble de

⁴ <https://justice.public.lu/fr/actualites.html>

ces documents est téléchargé, sur les bases de données HUDOC⁵ et EUR-Lex⁶ (bases de données officielles européennes), consulté et répertorié dans le Tableau 1 ci-dessous.

Tableau 1. Sources des données et utilisation dans l'analyse

	Document	Date	Volume	Contenu utilisé
Procédure judiciaire de LuxLeaks	Jugement du Tribunal correctionnel du Luxembourg	29 juin 2016	55 pages	Faits, statut du lanceur d'alerte au Luxembourg et en Europe, raisonnement des juges en première instance
	Arrêt de la cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg	15 mars 2017	56 pages	Faits, critères de protection du lanceur d'alerte selon la Cour européenne, jurisprudence des lanceurs d'alerte, raisonnement des juges en appel
	Communiqué de presse concernant l'arrêt de la cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg dans l'affaire dite 'LuxLeaks'	15 mars 2017	1 page	Explication de la décision en appel
	Arrêt de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg concernant le pourvoi de M. Halet	11 janvier 2018	8 pages	Statut du lanceur d'alerte, validation du raisonnement en appel par la Cour de cassation
	Arrêt de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg concernant le pourvoi de M. Deltour	11 janvier 2018	12 pages	Statut du lanceur d'alerte, le contre-raisonnement de la Cour de cassation
	Communiqué de presse concernant l'arrêt de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg dans l'affaire 'LuxLeaks'	11 janvier 2018	1 page	Explications supplémentaires de la décision en cassation
	Arrêt de la cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg autrement composée	15 mai 2018	123 pages	Décision judiciaire quant à la soustraction par Deltour des documents de formations internes
Autres documents judiciaires	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Guja	12 février 2008	31 pages	Critères de protection utilisés dans l'affaire du fonctionnaire du parquet général moldave, Guja
	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Heinisch	21 juillet 2011	28 pages	Critères de protection utilisés dans l'affaire de l'infirmière allemande Heinisch
	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Bucur	19 juin 2013	51 pages	Critères de protection utilisés dans l'affaire de l'agent du service du renseignement roumain, Bucur
Autres documents	Loi (luxembourgeoise) du 13 février 2011 renforçant les moyens de lutte contre la corruption	18 février 2011	3 pages	Article I portant modification du Titre VII du Code de travail luxembourgeois – Protection des salariés en matière de lutte contre la corruption, le trafic d'influence et la prise illégale d'intérêts

⁵ <https://hudoc.echr.coe.int/fre>

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Directive 2016/943 de l'UE sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites	8 juin 2016	18 pages	Protection du secret des affaires au sein de l'UE
Directive 2019/1937 de l'UE sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union	23 octobre 2019	40 pages	Mesures visant à protéger les lanceurs d'alerte qui dénoncent des infractions au droit de l'Union (y compris les pratiques légales, mais abusives)

Analyse de données

Les documents judiciaires, jugements et arrêts, sont des textes qui nécessitent une lecture méthodique. Le formalisme qui caractérise ces textes en facilite néanmoins la lecture et ensuite l'analyse. Ainsi, ils respectent souvent la structure qui précise les éléments suivants : la juridiction, les parties, les faits à l'origine du litige, le déroulement de la procédure, les arguments des parties, les motifs de la décision et la décision. Notre travail commence par la lecture de ces documents qui se fait dans le détail, attentivement et à plusieurs reprises. À l'issue de cette lecture, et pour constituer du sens à partir de cet ensemble de données (Tableau 1), nous procédons par une analyse en trois étapes.

Dans la première étape, nous organisons les données en deux catégories. La première concerne les éléments de contexte (les protagonistes du litige, les faits liés à son objet : les agissements des deux lanceurs d'alerte et le déroulement des étapes judiciaires). L'identification et l'analyse des éléments de contexte sont essentielles aux recherches dont l'objet d'étude est un processus. Elles permettent de conceptualiser les phases du processus étudié et de comprendre le résultat de celui-ci (Langley, 1999). La deuxième catégorie concerne les données relatives aux décisions des juges. Cette catégorie de données inclut l'ensemble des éléments relatifs aux prises de décisions judiciaires : les références normatives mobilisées (les textes de lois et de jurisprudence), les logiques interprétatives et les décisions. Cette première étape de notre analyse permet ainsi

d'identifier et de sélectionner les données pertinentes à cette recherche (Miles & Huberman, 1994).

La deuxième étape consiste en une analyse de ces deux catégories de données permettant l'identification des thèmes qui leur sont liés. À titre d'exemple, les thèmes : 'protagonistes du litige', 'agissements des lanceurs d'alerte', 'déroulement de la procédure judiciaire' sont créés ainsi que les thèmes : 'interprétation des lois nationales', 'interprétation de la jurisprudence européenne', 'décisions et justification des décisions'. L'analyse des données d'un processus étant complexe et parfois ambiguë (Langley, 1999), nous n'intégrons pas d'éléments théoriques à ce stade de l'analyse et restons volontairement proche du sens des données empiriques (Van Maanen, 1979) afin de les exploiter dans leur totalité. Ce n'est qu'en troisième étape de l'analyse, que des éléments théoriques de notre littérature sur la judiciarisation nous orientent. Plus précisément, nous utilisons des éléments qui illustrent l'accroissement du pouvoir des juges - en particulier son pouvoir interprétatif – et l'évolution de la figure du juge qui accompagne cet accroissement (d'un « juge-bouche de la loi » à un « juge-régulateur »).

La troisième étape consiste en une analyse axiale permettant de rassembler et de lier l'ensemble des thèmes afin de retracer et comprendre les différentes logiques interprétatives mises en œuvre par les juges (Strauss & Corbin, 1998 ; Charmaz, 2006). Ces logiques émergent de l'agrégation des données qui proviennent des différents thèmes liés aux deux catégories (contexte et décisions). Nous analysons ainsi la lecture que font les juges en première instance des faits de l'affaire à la lumière des lois nationales luxembourgeoises. En outre, nous étudions la décision des juges d'appel de dépasser le cadre légal national et d'engager une interprétation de la jurisprudence européenne. Enfin, nous analysons la nouvelle interprétation de cette même jurisprudence que les juges de cassation engagent et qui débouche sur une requalification des faits de l'affaire. De notre

analyse se dégagent trois logiques interprétatives successives déterminées par des pouvoirs interprétatifs qui vont du plus limité au plus étendu. L'analyse permet également de faire ressortir deux postures particulières du juge comme partie prenante du processus de représailles contre les lanceurs d'alerte : le juge acteur de représailles et le juge acteur de protection.

LE CONTEXTE DU CAS : FAITS ET PROCÈS

Dans cette partie de contextualisation, nous revenons sur deux aspects de l'affaire LuxLeaks : les faits et les étapes de la procédure judiciaire.

Synthèse des faits

L'affaire LuxLeaks trouve ses origines dans les préparatifs de l'émission *Cash Investigation* (France 2) sur la fiscalité internationale le 4 avril 2012. Interviewé par la journaliste Élise Lucet, le responsable du département TAX de la société PwC Luxembourg peine à cacher sa stupéfaction : la journaliste lui présente des documents strictement confidentiels, une demande de rescrit fiscal (*Advance Tax Agreement* ou encore *Tax Ruling*) préparée par PwC pour le compte d'un client et avisée favorablement par les Contributions directes luxembourgeoises. À la diffusion de l'émission, le 11 mai 2012, plusieurs rescrits fiscaux sont montrés, concernant 18 clients de PwC. Ils révèlent des mécanismes de transfert inter-groupe de revenus, débouchant sur un taux d'imposition effectif marginal (de 3 à 5%) par rapport au taux légal (approchant les 29%). Les journalistes évoquent 47 000 pages de documents de même nature, obtenues par une source anonyme.

C'est une enquête interne de PwC qui dévoile l'anonymat de cette source. L'homme identifié s'appelle Antoine Deltour, un ex-auditeur de la firme dont la démission a pris

effet près de deux ans auparavant, le 14 octobre 2010. À la veille de son départ, soit le 13 octobre 2010, ce dernier se procure 538 rescrits fiscaux ainsi que des documents de formations internes. Un rapport d’audit interne de PwC précise lors du procès que Deltour a profité d’une faille [le rapport disait « spécificité »] dans le système informatique qui rendait les rescrits fiscaux accessibles à un grand nombre d’auditeurs, en dépit du fait que ces documents se trouvaient dans un répertoire sécurisé : « Dès que les [rescrits] étaient scannés, ils étaient, vu leur caractère confidentiel, déplacés dans un répertoire spécifique sécurisé. Or, lorsque l’on déplace des documents en faisant un « copier-coller », Windows conserve les droits d’accès provenant du répertoire de départ pour les documents déplacés » (CAL, 2017). PwC dépose une première plainte, le 5 juin 2012.

Les documents ‘fuités’ continuent à être montrés dans les médias notamment dans un nouveau numéro de *Cash Investigation*, le 10 juin 2013. Dans ce numéro, l’émission dévoile des documents fiscaux d’une nouvelle nature : des déclarations fiscales des clients de PwC. La diffusion de l’émission précède la mise en ligne par l’*International Consortium of Investigative Journalists*⁷ d’une quantité importante de documents fiscaux, les 5 et 6 novembre 2014. Ceux-ci correspondent à 554 dossiers, dont les 538 rescrits fiscaux soustraits par Deltour à PwC, mais également 14 déclarations fiscales des clients de cette dernière soustraites après le départ de Deltour. L’affaire LuxLeaks est relancée. Chez PwC, une enquête interne supplémentaire identifie la nouvelle source des fuites : Raphaël Halet, un employé administratif dont les fonctions chez PwC consistent à centraliser, scanner et sauvegarder les déclarations fiscales puis les adresser aux clients pour archivage. L’enquête établit que Halet accède notamment, du fait de ses fonctions, « le 16 novembre 2012 à 12 minutes d’intervalle, aux déclarations/lettres liées à IKEA et à la déclaration TVA annuelle 2010 de ArcelorMittal Long Carbon Europe SA » (TCL,

⁷ <https://www.icij.org/investigations/luxembourg-leaks/explore-documents-luxembourg-leaks-database/>

2016). Le 23 décembre 2014, PwC dépose un complément de plainte et procède, le 29 décembre de la même année, au licenciement de Halet. L'instruction judiciaire permet de relier indirectement ce dernier à Deltour via un journaliste de *Cash Investigation* : Edouard Perrin. Ce dernier est l'homme par qui les informations de Deltour et Halet sont diffusées au public. Néanmoins, si Deltour avait été contacté par Perrin, qui le persuade de publier les rescrits dont il dispose, Halet se met spontanément en relation avec le journaliste et lui propose la divulgation des déclarations fiscales.

Synthèse des procès

Le Tableau 2 ci-dessous résume les étapes de la procédure judiciaire ainsi que les décisions des juges successifs quant aux prévenus, Deltour et Halet.

Tableau 2. Les décisions judiciaires de l'affaire LuxLeaks

Dates	Instances	Décisions	
		Antoine Deltour	Raphaël Halet
25 novembre 2015	Chambre du conseil	Renvoi en correctionnelle	Renvoi en correctionnelle
29 juin 2016	Tribunal correctionnel du Luxembourg (TCL)	Au pénal, retient à sa charge les infractions suivantes : i. Vol domestique ; ii. Accès frauduleux à un système informatique ; iii. Violation du secret professionnel ; iv. Violation du secret des affaires ; v. Blanchiment-détention. Et le condamne à 12 mois de prison avec sursis et à une amende de 1500 euros.	Au pénal, retient à sa charge les infractions suivantes : i. Vol domestique ; ii. Accès frauduleux à un système informatique ; iii. Violation du secret professionnel ; iv. Violation du secret des affaires ; v. Blanchiment-détention. Et le condamne à 9 mois de prison avec sursis et à une amende de 1000 euros.
		Au civil, condamne les deux solidairement à payer à PwC le montant de 1 euro.	

15 mars 2017	Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg (CAL)	Au pénal, ne retient que les infractions de : i. Vol domestique ; ii. Maintien frauduleux dans un système informatique ; iii. Blanchiment-détention. Acquitte Deltour du reste des infractions du fait justificatif du lanceur d'alerte. Ramène la peine prononcée en première instance à 6 mois de prison avec sursis et maintient la peine d'amende de 1500 euros.	Au pénal, ne retient que les infractions de : i. Vol domestique ; ii. Maintien frauduleux dans un système informatique ; iii. Violation du secret professionnel ; iv. Blanchiment-détention. Acquitte Halet de l'infraction qui reste, car « non établie en droit ». Ne maintient que la peine d'amende de 1000 euros.
		Au civil : confirme le jugement en première instance.	
11 janvier 2018	La Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg (CCL)	Casse et annule l'arrêt du 15 mars 2017 et renvoie l'affaire devant la cour d'appel autrement constituée.	Rejette le recours en cassation.
15 mai 2018	Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg (CAL) nouvellement constituée	Au pénal, accorde la « faveur » de la suspension du prononcé de la condamnation. Au civil, confirme la décision en première instance.	-

Constitué à partir de sources judiciaires

Dès la première instance, Deltour et Halet reconnaissent les faits pour lesquels ils sont poursuivis. Néanmoins, ils demandent la protection du fait justificatif du lanceur d'alerte et leur relaxe. Le Tableau 2 ci-dessus met en avant les trois points suivants : en première instance, le tribunal retient Deltour et Halet dans le cadre de cinq infractions et leur refuse le statut de lanceur d'alerte et la protection associée. En appel, la cour réserve un sort différent aux deux prévenus. Deltour est reconnu coupable de trois infractions, mais qualifié de lanceur d'alerte et à ce titre, dédouané des deux autres infractions. Quant à Halet, il ne profite pas de cette protection partielle. Il est reconnu coupable de quatre infractions (une étant neutralisée en appel). En cassation enfin, le recours de Halet est refusé par la Cour ; la décision en appel est validée à son égard. Quant à Deltour, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel. Considéré définitivement par cette

dernière comme lanceur d'alerte à protéger, il est rejugé par une nouvelle cour d'appel pour le seul fait d'avoir soustrait et détenu des documents de formations professionnelles de PwC. Le 18 mai 2018, il est reconnu coupable pour ces faits, mais aucune peine n'est retenue à son égard (à part le paiement d'un euro symbolique).

POUVOIR INTERPRÉTATIF DU JUGE ET NORMATIVITÉ DANS LE PROCESSUS DE REPRÉSAILLES JUDICIAIRES CONTRE LES LANCEURS D'ALERTE

Les trois temps du procès LuxLeaks nous permettent d'explicitier les logiques normatives qui ont présidé aux décisions des juges. Nous y relevons le degré du pouvoir interprétatif adopté à chaque fois par le juge, le profil de celui-ci ainsi que sa posture vis-à-vis du lanceur d'alerte, à savoir acteur de représailles ou acteur de protection. Au travers de ses éléments, nous mettons en exergue la normativité qui investit le processus de représailles judiciaires comme un processus externe à l'organisation.

Un pouvoir interprétatif limité en première instance : Le juge « bouche de la loi »

En première instance, au tribunal correctionnel, le débat entre le Procureur d'État, la partie civile (PwC) et la défense de Deltour et de Halet s'engage rapidement dans la direction suivante : faut-il reconnaître les prévenus comme des lanceurs d'alerte et, dans l'affirmative, cette reconnaissance entraînerait-elle des conséquences juridiques, à savoir leur relaxe (TCL, 2016) ? « Pour couper court à toute discussion superflue », affirme le jugement, le tribunal retient comme « acquis » le fait que Deltour et Halet « sont à considérer comme des lanceurs d'alerte ». À cet égard, l'argument des juges est à souligner :

« On ne peut pas sérieusement, en 2016 – après l'éclatement du scandale LuxLeaks et ses conséquences mondiales, admettre le contraire. Il est encore incontestable que les divulgations de Deltour et également celles de Halet relèvent aujourd'hui de l'intérêt général ayant eu comme conséquence une plus grande transparence et équité fiscale » (TCL, 2016).

Néanmoins, cette reconnaissance n'a aucun fondement juridique aux yeux des juges. Ces derniers s'appliquent tout de suite à démontrer que les deux lanceurs d'alerte ne peuvent bénéficier d'aucune protection pénale qui permettrait leur relaxe. Selon les juges de première instance, il n'existe aucune protection en droit luxembourgeois du lanceur d'alerte. Le seul cas est prévu par le Code du travail, introduit par la loi du 13 février 2011, renforçant la « protection des salariés en matière de lutte contre la corruption, le trafic d'influence et la prise illégale d'intérêts »⁸. Dans la loi luxembourgeoise, il existe aussi « l'obligation générale de dénonciation dans la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme » (TCL, 2016). Force est de constater que ces dispositions ne correspondent pas aux faits de l'affaire LuxLeaks. En outre, affirment les juges, il n'existe aucune protection à l'échelle européenne concernant les lanceurs d'alerte. Ils vont jusqu'à souligner qu'au contraire, la nouvelle proposition de directive sur le secret d'affaires adoptée par le Parlement européen (UE, 2016) entend renforcer la protection du secret des affaires (TCL, 2016). Enfin, les juges ne partagent pas l'analyse de la défense sur le fait que les prévenus peuvent profiter de la protection pénale du fait de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (désormais la Convention) (Encadré 1).

⁸ <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-2011-32-fr-pdf.pdf>

Encadré 1. Article 10 de la Convention

1. 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 frontière [...] 2. 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 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.

Source : TCL (2016)

L'article 10 de la Convention (Encadré 1) donne à toute personne le droit de « communiquer des informations ou des idées » en toute liberté. Néanmoins, il précise en même temps que l'exercice de cette liberté peut être soumis à des « restrictions ou sanctions, prévues par la loi ». En fait, l'article établit un équilibre entre le droit individuel à la liberté d'expression et les droits collectifs (de l'État, des organisations, etc.) à se protéger (Lewis, 2011). L'appréciation de cet équilibre par le tribunal correctionnel se fait au détriment des deux prévenus, Deltour et Halet. En effet, les juges affirment que l'article 10 de la Convention ne permet qu'un droit d'expression réduit comme par exemple critiquer les pratiques de l'employeur sans risque de licenciement (TCL, 2016). Ainsi, la décision des juges en première instance retient contre les lanceurs d'alerte les cinq infractions relevant du Code pénal pour lesquelles ils sont poursuivis (Tableau 2). Deltour et Halet sont reconnus comme délinquants, dont les agissements méritent répression pénale.

Ces éléments empiriques montrent que l'alerte éthique se judiciaire par l'intervention du juge. En effet, le juge investit un nouveau champ, où il est appelé à trancher un nouveau dilemme de la société sur lequel les normes juridiques sont particulièrement ambiguës : c'est un des deux sens de la judiciarisation relevés dans les travaux en sociologie du droit. Néanmoins, cette phase du procès, ne peut pas encore illustrer pleinement le phénomène de la judiciarisation puisqu'il est difficile de parler à ici d'un pouvoir interprétatif accru du juge. En effet, le pouvoir interprétatif des juges en première instance est faible par la

manière dont il interprète la norme juridique, mais aussi par le choix de celle-ci. Les juges ne montrent aucune attitude critique envers les normes juridiques nationales luxembourgeoises et l'appliquent strictement, prouvant une grande proximité avec la lettre du texte. La loi luxembourgeoise est ainsi privilégiée à toute autre norme extranationale telle que la Convention dont les juges adoptent une lecture étroite et sans risque de son article 10. Ce pouvoir interprétatif très limité caractérise une figure du juge historiquement en déclin, le juge « bouche de la loi », « arbitre » et passivement proche des codes (Ost, 2004). Cette passivité n'est pas sans conséquence sur les lanceurs d'alerte puisqu'elle valide le processus de représailles judiciaires enclenché par l'organisation contre les lanceurs d'alerte. Par sa décision, le juge se constitue, en plus de l'organisation à l'origine de la plainte, comme un acteur de représailles.

Un pouvoir interprétatif étendu dès l'appel : Le juge-régulateur

Le cap européen de la cour d'appel

Au moment de l'appel, les juges engagent un nouveau cap dans l'affaire LuxLeaks : la protection des prévenus en tant que lanceurs d'alerte. Ce cap va à l'encontre du sens du procès voulu à l'origine par la partie plaignante (PwC) désirant réprimer légalement les lanceurs d'alerte. En l'absence d'un texte juridique luxembourgeois protégeant les lanceurs d'alerte, les juges en appel décident, contrairement à ceux en première instance, d'avoir recours à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) interprétant l'article 10 de la Convention (Encadré 1). La CEDH ne définit pas le lanceur d'alerte à protéger. Néanmoins, ses arrêts (Tableau 1) font ressortir un cadre général de protection reconstitué par la cour d'appel. Selon cette dernière, la CEDH vise à protéger :

« La personne, qui, en s'adressant à des autorités ou aux médias, signale, révèle ou dénonce des faits non apparents ou dissimulés, qui, d'intérêt général, dépassent

le cas échéant sa sphère professionnelle et qui sont contraires au droit, à l'éthique ou à l'intérêt public » (CAL, 2017).

Les juges de la cour d'appel se différencient ainsi de ceux de la première instance en considérant que les faits dénoncés par le lanceur d'alerte peuvent porter sur des faits légaux, mais non éthiques ou contraires à l'intérêt général. Par ailleurs, ils soulignent que la jurisprudence de la CEDH conditionne la protection du lanceur d'alerte au respect de six critères (CAL, 2017). Ainsi, l'information publiée doit présenter un réel intérêt public (1), être authentique (exacte et digne de crédit) (2) et n'être envisagée qu'en dernier ressort en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement (3). En outre, l'intérêt du public d'obtenir cette information doit peser plus fort que le dommage que la divulgation a causé à l'employeur (4). Enfin, le lanceur d'alerte doit avoir agi de bonne foi avec la conviction que l'information était authentique (5) et être exposé à une sanction vérifiable (6). Dès lors que ces critères sont réunis, le lanceur d'alerte, qu'il soit fonctionnaire, salarié privé ou mandataire, est susceptible de protection, même s'il ne publie pas lui-même l'information qu'il dénonce, le tout à la condition qu'il révèle des faits qui ne soient pas notoires (CAL, 2017). Suivons l'analyse des juges de la cour d'appel (Tableau 3) qui procèdent par vérification de ces critères quant aux cas Deltour et Halet.

Tableau 3. Le lanceur d'alerte à protéger selon les six critères de la jurisprudence européenne

Critère	Justification de la cour d'appel	Décision
---------	----------------------------------	----------

	Deltour	Halet	Deltour	Halet
(1) L'intérêt réel pour le public de l'information	« [Les révélations ont] permis en Europe et au Luxembourg, le débat public sur l'imposition des sociétés multinationales, sur la transparence fiscale, la pratique des rescrits fiscaux et sur la justice fiscale en général. [Elles] ont été, et sont encore, au cœur de l'actualité européenne et la Commission européenne a fait de la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale une priorité absolue. »		Rempli	
(2) L'authenticité de l'information	« L'exactitude et l'authenticité des documents divulgués ne sauraient être remises en cause. »		Rempli	
(3) L'impossibilité d'agir autrement	« L'information du public par un média était la seule alternative réaliste pour lancer l'alerte. L'information des pouvoirs publics était exclue ; les pratiques [de PwC en matière d'ATA] n'étant pas considérées comme illégales. Pour la même raison, la procédure [d'alerte éthique] interne de PwC, appelée « Complain Allegation Procedure », ne saurait être appliquée. »		Rempli	
(4) La mise en balance des intérêts (privé/public)	« Le fait de divulguer des ATA couverts par le secret d'affaires et le secret professionnel, cause à PwC, notamment un préjudice résultant de l'atteinte à sa réputation et par la perte de confiance de ses clients quant au dispositif de sécurité au sein de cette entreprise. L'intérêt général pour ces informations est toutefois indéniable et considérable et prévaut largement sur tout dommage qu'ont pu subir PwC et ses clients. »	« En raison de la faible pertinence des documents divulgués [des déclarations fiscales], le prévenu cause un préjudice à son employeur, supérieur à l'intérêt général. Les déclarations fiscales sont révélées à un moment où le débat public sur les ATA avait été lancé et sans contribution au débat d'intérêt général sur l'évasion fiscale. »	Rempli	Non rempli
(5) La bonne foi	« Il n'est pas établi que le prévenu ait poursuivi le but de procéder à la publication des documents déjà en date du 13 octobre 2010, lorsqu'il se maintenait frauduleusement dans le système de traitement automatisé de données de son employeur et copiait les ATA. L'article 10 de la Convention ne saurait s'appliquer que si les faits ont été commis en vue d'un lancement d'alerte, avec la motivation de procéder à l'exercice de sa liberté d'expression et d'alerter le public. Le prévenu n'était pas de bonne foi, le 13 octobre 2010. »	« Le prévenu a agi de bonne foi. Celle-ci est déjà démontrée par l'instruction dans les écrits de ce dernier au journaliste avant son maintien frauduleux dans le système de son employeur. [Avant même ce fait, il avait déjà l'intention de publier les documents.] »	Non rempli	Rempli
(6) L'exposition au risque de sanction	Des sanctions sévères (pénales notamment) sont encourues par les prévenus.		Rempli	

Constitué à partir de CAL (2017)

Aux yeux de la cour d'appel du Luxembourg, aucun des deux prévenus ne réunit la totalité des six critères, déduits de la jurisprudence de la CEDH (Tableau 3). Sous ce rapport, les critères (4) et (5) méritent une attention particulière. Ainsi, contrairement à Deltour, Halet ne satisfait pas au critère (4) de la mise en balance des intérêts (privé/public). « La faible valeur des documents en soi et leur divulgation à un moment où la question avait déjà été amplement illustrée », après les révélations de Deltour, font pencher la balance des intérêts en défaveur de l'intérêt public à l'information (CAL, 2017). Halet ne peut donc profiter de la cause de justification du lanceur d'alerte. Quant au critère (5) de la « bonne foi », la cour d'appel affirme que, certes, les deux prévenus ont agi par « pur motif », sans animosité à l'encontre de PwC et sans vouloir tirer un intérêt pécuniaire de leur divulgation. Néanmoins, seul Halet peut être considéré de « bonne foi ». Les juges en appel arguent que ce dernier, au moment de soustraire les documents à PwC, avait pour plan de les divulguer au public par l'intermédiaire du journaliste Perrin. Ce n'est pas le cas de Deltour, qui, selon ses propres affirmations, ne planifiait pas encore la divulgation des documents au moment de leur soustraction (CAL, 2017). Deltour ne peut pas bénéficier de la cause de justification du lanceur d'alerte, car il ne l'était pas lorsqu'il copie les documents, le 13 octobre 2010, affirme la cour d'appel.

Le recours à la jurisprudence de la CEDH au niveau de l'appel est une illustration du phénomène de judiciarisation en tant qu'accroissement du pouvoir des juges. Par la référence à la jurisprudence européenne, les juges de l'appel illustrent d'abord un aspect primaire de la judiciarisation : l'intervention des juridictions d'ordre suprême dans les juridictions de l'ordre interne (Commaille & Dumoulin 2009 ; Delpeuch, 2014 ; Dumoulin & Roussel, 2010). En quête d'un cadre légal qui fait défaut à l'échelle nationale luxembourgeoise concernant l'alerte éthique, les juges usent d'un cadre normatif adopté par la juridiction supra-étatique qu'est la CEDH et consacrent ainsi son influence. Les

normes nationales luxembourgeoises, notamment les lois sur le secret des affaires et le secret professionnel, sont mises à l'épreuve des cas Deltour et Halet par les juges d'appel. En les dépassant vers d'autres normes juridiques de surcroît jurisprudentielles, les juges les mettent en question et révèlent leurs lacunes (précisément la non-prise en compte des lanceurs d'alerte). Ce choix normatif et cette mise en question illustrent l'étendue du pouvoir interprétatif des juges de la cour d'appel. Étendu, ce pouvoir interprétatif caractérise la nouvelle figure du juge « régulateur » : mobilisant différentes sources de droit (ici jurisprudence européenne) où il troque les codes du droit national luxembourgeois pour la balance de la pesée des intérêts des parties (Ost, 2004).

La latitude interprétative des juges d'appel débouche quand même sur la sanction des deux lanceurs d'alerte (Tableau 2). Ainsi, lors de ce deuxième temps judiciaire, le juge considère à son tour les deux lanceurs d'alerte comme délinquants, dont les agissements méritent répression pénale. Il continue à endosser le rôle d'acteur de représailles. Toutefois, il faudrait nuancer cette posture répressive du juge. En effet, la nouvelle référence à la jurisprudence de la CEDH a permis de diminuer les charges retenues contre les deux intéressés (3/5 pour Deltour et 4/5 pour Halet) et par conséquent d'adoucir les peines ; la peine d'emprisonnement pour Halet se trouve même supprimée (Tableau 2).

Le mot final de la Cassation : « ne pas vider le statut de lanceur d'alerte de sa substance » Lors du troisième temps judiciaire de l'affaire LuxLeaks, la Cassation marque un changement dans la posture des juges, fondée sur une nouvelle interprétation de la jurisprudence de la CEDH. Concernant le cas Halet, les juges de cassation confirment que :

« La faible pertinence des documents cause un préjudice à l'employeur, supérieur à l'intérêt général, par leur divulgation ; cette divulgation ne fournit aucune

information cardinale, jusqu'alors inconnue, pouvant relancer ou nourrir le débat sur l'évasion fiscale ». (CCL, 2018)

Le recours en cassation de Halet est ainsi rejeté ; son sort décidé en appel est maintenu. Il ne constitue pas un lanceur d'alerte à protéger aux yeux de la justice luxembourgeoise. En rejetant le recours de Halet, les juges de cassation valident définitivement les représailles engagées par l'organisation contre ce dernier. Leur position est néanmoins différente concernant le cas Deltour. En effet, les juges de cassation acceptent le recours de ce dernier ; ils relèvent un point de contradiction dans l'arrêt en appel du 15 mars 2017. D'un côté, les juges d'appel retiennent que la remise par Deltour des documents au journaliste remplit les six critères de la jurisprudence de l'article 10 de la Convention (Tableau 3). À cet égard, les juges d'appel considèrent Deltour comme lanceur d'alerte à protéger et, par conséquent, l'acquittent des infractions liées à la violation du secret professionnel et du secret des affaires. D'un autre côté, les juges d'appel excluent du champ d'application du statut du lanceur d'alerte reconnu à Deltour l'appropriation des documents, au seul motif qu'au moment d'entrer en possession de ces documents, Deltour n'avait pas encore l'intention de lancer l'alerte (CCL, 2018). Or, selon les juges de cassation, « la reconnaissance du statut de lanceur d'alerte doit s'appliquer en principe à toutes les infractions du chef desquelles une personne, se prévalant de l'exercice de son droit garanti par l'article 10 de la Convention, est poursuivie », au risque de « vider la protection devant résulter du statut de lanceur d'alerte de sa substance ». Ainsi, les juges d'appel, « en refusant le caractère général [...] à la cause de justification tirée du statut du lanceur d'alerte » violent (par fausse application) l'article 10 de la Convention (CCL, 2018). Autrement dit, les juges de cassation estiment qu'il n'est pas possible d'être un lanceur d'alerte partiel : on est lanceur d'alerte ou on ne l'est pas. C'est à ce stade que le pouvoir d'interprétation des juges atteint son paroxysme dans l'affaire LuxLeaks.

Sur le fondement de cette justification, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel. L'affaire est renvoyée devant la cour d'appel du Luxembourg « autrement composée ». Un communiqué de la Cour de cassation précise que « ni le statut de lanceur d'alerte accordé à Deltour, ni son appropriation des documents concernant les rescrits fiscaux ne seront remis en question » (CCL, 2018). Deltour est définitivement considéré comme un lanceur d'alerte protégé. Toutefois, ce dernier doit être jugé quant au seul fait de soustraire à PwC des documents ayant trait à des formations professionnelles dont il ne divulgue pas le contenu. Dans l'ultime décision de la nouvelle cour d'appel, celle-ci considère que, par le seul effet de l'arrêt de la Cour de cassation, Deltour est à acquitter automatiquement de toutes les préventions liées aux rescrits fiscaux (CAL, 2018).

Les juges de cassation mettent en question la lecture stricte et limitée de la jurisprudence européenne adoptée en appel quant à la question de la bonne foi du lanceur d'alerte. Ils montrent ainsi un pouvoir interprétatif encore plus étendu que celui des juges en appel ayant engagé le recours à la jurisprudence européenne. Il convient de souligner ici l'aspect inédit de l'emploi d'un tel pouvoir interprétatif par des juges nationaux en matière d'alerte éthique en Europe. En effet, selon l'avocat de Deltour, William Bourdon : c'est la « première fois qu'une juridiction suprême d'un pays européen [la Cour de cassation au Luxembourg] consacre la jurisprudence de la CEDH en faveur des lanceurs d'alerte »⁹. Cette consécration passe par la rectification en cassation de l'interprétation faite par les juges d'appel des normes jurisprudentielles de la CEDH. Le processus de représailles judiciaires déclenché par la plainte de l'organisation contre son ex-employé est dès lors définitivement invalidé et le juge endosse ainsi le rôle d'acteur de protection. En renforçant son pouvoir interprétatif, et au-delà de statuer sur un conflit opposant une

⁹ « On en parle à Luxembourg : Une décision de justice renforce la protection des lanceurs d'alerte », *Les Échos*, 11 janvier 2018.

entreprise à son (ex)salarié, le juge apparaît dans l'affaire LuxLeaks comme un acteur du débat public sensible aux préoccupations de la société (Dournaux, 2013 ; Ouriemmi & Gérard, 2017). Malgré le vide juridique au Luxembourg sur l'alerte éthique (absence de loi protégeant le lanceur d'alerte, mais présence de lois l'incriminant) ne portant pas sur des faits illégaux, le juge reconnaît l'importance de protéger le lanceur d'alerte.

Tableau 4. Pouvoir interprétatif, profil et posture du juge

Juges	Pouvoir interprétatif		Profil	Posture vis-à-vis de	
	Choix normatif	Interprétation des normes		Deltour	Halet
1 ^{ère} instance	Normes juridiques luxembourgeoises : lois sur le secret professionnel et le secret des affaires	Proximité avec le texte et application stricte des lois usuelles au Luxembourg sur le secret professionnel et le secret des affaires ; Lecture étroite et sans risque qui exclut toute application de l'article 10 de la Convention	Juge « bouche de la loi »	Acteur de représailles	Acteur de représailles
	Faible				
Appel	Jurisprudence de la CEDH interprétant les dispositions de l'article 10 de la Convention	Mise à l'épreuve des lois usuelles par l'application des critères de la CEDH et interprétations particulières de deux de ces critères : - Le critère 4 : l'intérêt pour le public d'avoir connaissance des informations divulguées par le lanceur d'alerte doit dépasser le dommage causé à son employeur - Critère 5 : l'article 10 de la Convention ne saurait s'appliquer que si les faits ont été commis en vue d'un lancement d'alerte, avec la motivation de procéder à l'exercice de sa liberté d'expression et d'alerter le public	Juge régulateur	Acteur de représailles	Acteur de représailles
	Étendu				
Cassation	Jurisprudence de la CEDH interprétant les dispositions de l'article 10 de la Convention	Réinterprétation du critère 5 de la CEDH : - La bonne foi du lanceur d'alerte ne peut être reconnue en ce qui a trait à la communication au public des informations sans qu'elle ne le soit pour la soustraction des documents à l'employeur			Acteur de protection
	Étendu				

Le processus de représailles judiciaires se déploie à l'extérieur de l'organisation et implique d'autres parties que cette dernière (ou ses membres) et le lanceur d'alerte. Le

juge représente la figure principale de ces parties impliquées. Notre analyse des données judiciaires permet d'établir une relation entre le pouvoir interprétatif du juge et son profil, d'une part, et les postures que le juge peut avoir à l'issue du processus de représailles vis-à-vis des lanceurs d'alerte, d'autre part (Tableau 4). Ce processus permet de révéler le juge en tant qu'acteur de représailles ou acteur de protection. Les éléments synthétisés dans le Tableau 4 ci-dessus permettent d'explicitier une dynamique normative dans le travail du juge. Les juges de l'affaire LuxLeaks révèlent les limites du cadre juridique luxembourgeois (lois sur le secret des affaires et le secret professionnel) qui ne prennent pas en compte les cas d'alerte éthique et qui, à leurs yeux, ne peuvent s'appliquer à l'affaire. Par le recours à la jurisprudence européenne, en plus de mettre en question le cadre juridique national, les juges consacrent les arrêts de la CEDH comme la norme de référence en la matière. En outre, ils en livrent une interprétation précise à la lumière des faits de l'affaire LuxLeaks. Ainsi, de ce recours et de cette interprétation résultent de nouvelles normes juridiques plus précises qui permettent de distinguer le lanceur d'alerte à protéger (Tableau 4).

Le juge et la régulation de l'éthique dans les organisations

Du processus de représailles judiciaires étudié ressort une dynamique normative dans l'exercice du pouvoir interprétatif du juge. Cette dynamique correspond à ce que Canguilhem (2013) désigne par normativité : la capacité de mettre en question les normes usuelles à l'occasion de situations critiques et l'institution par là même de nouvelles normes. En effet, par son choix normatif, le juge met en question des normes existantes à l'épreuve des faits du conflit traité, d'une part. Il opérationnalise et précise d'autres normes, produisant de fait de nouvelles normes en matière d'alerte éthique, d'autre part.

Elles feront à leur tour jurisprudence ; c'est-à-dire, elles seront appliquées ultérieurement dans des cas similaires.

Cette normativité montrée par le juge lors de son (in)validation du processus de représailles contre le lanceur d'alerte affecte en particulier le statut de ce dernier. Le recours à la jurisprudence de la CEDH et l'interprétation qu'en fournissent les juges, notamment des six critères, permettent de définir empiriquement le lanceur d'alerte à protéger (Tableau 3). Cette définition est intéressante dans la mesure où elle diffère des définitions du lanceur d'alerte utilisées dans la littérature en sciences de gestion (p. ex. celle de Near & Miceli, 1985) ou adoptées par les législateurs (p. ex. la définition du lanceur d'alerte admise par la loi Sapin 2 en France¹⁰). La normativité relevée dans le processus de représailles judiciaires influe également sur l'organisation, ses pratiques et son management. Déboutée par la décision du juge quant à la répression du lanceur d'alerte pour fait de divulgation d'informations, l'organisation se trouve ainsi implicitement désavouée. Plus précisément, ce sont les pratiques organisationnelles divulguées par le lanceur d'alerte qui sont mises en question par la décision de protéger ce dernier. C'est ainsi que les juges d'appel dans l'affaire LuxLeaks estiment que les pratiques fiscales de PwC relèvent bien « de[s] distorsions de concurrence nées entre entreprises transnationales bénéficiant des *Advance Tax Agreements* et petites entreprises nationales qui n'en bénéficient pas » (CAL, 2017). En outre, l'issue du processus de représailles judiciaires explicite à la lumière du cas LuxLeaks un autre aspect normatif ayant trait à l'organisation et son management : elle détermine le périmètre du droit en matière de poursuite des lanceurs d'alerte pour fait de divulgation d'information. Le cas LuxLeaks apporte un éclairage pratique sur les conditions à vérifier par le management de l'organisation avant toute action judiciaire contre les lanceurs d'alerte. Le management

¹⁰ https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000033558528

qui ne prendrait pas en compte les critères judiciaires permettant de reconnaître le lanceur d'alerte pourrait subir les revers d'une action en justice contre les (ex)employés de son organisation.

En définitive, la protection du lanceur d'alerte dans l'affaire LuxLeaks a des conséquences normatives, et ce dans deux sens. D'une part, les membres d'une organisation, anciens ou actuels, peuvent divulguer des informations sur des pratiques organisationnelles (même légales). Ils ne seront pas sanctionnés légalement s'ils valident un certain nombre de critères. D'autre part, au regard de ces mêmes critères, les organisations, quand bien même dans leur droit d'un point de vue légal, ne pourront pas obtenir la sanction de leurs membres, anciens ou nouveaux, quand ceux-ci divulguent des informations les concernant.

La dynamique normative instaurée dans le processus de représailles judiciaires, par la définition du lanceur d'alerte et par la précision des critères qui permettent de le reconnaître, constitue alors un moment de régulation du champ de l'éthique dans les organisations. Ce champ peut contenir une certaine ambiguïté (Ben Khaled & Gond, 2020), d'autant plus qu'il n'est pas totalement couvert par la loi dans plusieurs pays. Le comportement éthique ne correspond pas toujours au comportement légal (Crane & Matten, 2010). Dans ce cas de figure, le procès impliquant l'organisation et ses membres constitue un moment où s'éclaircit cette zone grise entre la légalité et l'éthique dans les organisations. Au-delà du cas précis de l'alerte éthique et au-delà de la judiciarisation - mobilisée dans cet article comme un marqueur pour mettre en avant le pouvoir interprétatif du juge - le juge se révèle un acteur de régulation important du champ éthique dans les organisations. Son pouvoir interprétatif s'exerce indépendamment de l'organisation et donne lieu à des normes qui s'appliquent de façon externe à celle-ci.

DISCUSSION

Dans cet article, nous avons étudié un type particulier de représailles en rapport avec l'alerte éthique. Nous avons mis en lumière le rôle du juge dans le processus de représailles judiciaires enclenché par l'organisation contre les lanceurs d'alerte et les logiques normatives qu'il mobilise, sur la base d'une analyse de données (principalement judiciaires) de l'affaire LuxLeaks (2010-2018). Dans ce qui suit, nous discutons de nos résultats portant sur l'aspect extérieur et sur la normativité du processus de représailles judiciaires. Nous expliquons comment ils contribuent à la fois à la littérature relative aux représailles en matière d'alerte éthique et à la littérature en sociologie du droit sur le comportement éthique dans les organisations.

Du processus de représailles judiciaires comme un processus externe

Les études en sciences de gestion sur les représailles contre les lanceurs d'alerte consacrent l'idée que ces dernières sont principalement le fait de l'organisation et de ses membres (Bjørkelo, 2013 ; Dworkin, & Baucus, 1998 ; Lee et al., 2004 ; Kenny et al., 2019 ; Mesmer-Magnus & Viswesvaran, 2005 ; Miceli et al., 2009). Ainsi, la littérature s'est limitée à étudier le processus de représailles dans le périmètre restreint et interne de l'organisation, ignorant constamment le rôle potentiel des parties prenantes non organisationnelles (Richardson & McGlynn, 2011). Notre travail explicite l'aspect externe de ce processus, en étudiant le rôle du juge comme une partie prenante extérieure à l'organisation, ayant la charge d' (in)valider les représailles judiciaires enclenchées contre le lanceur d'alerte.

L'article permet d'élargir l'horizon d'étude de l'alerte éthique au-delà de l'organisation. Par la même occasion, il contribue à mieux l'inscrire dans le champ social où elle évolue. L'ordre judiciaire fait partie de ce champ social et sa figure principale – le juge – participe à une forme (judiciaire) de représailles laissée dans l'ombre par la littérature dès les

premières études sur les formes de représailles (Parmelee et al., 1982). Dans cette perspective, notre travail transforme l'alerte éthique - plus précisément les représailles qu'elle occasionne - d'une relation dyadique en une relation triadique impliquant, outre le lanceur d'alerte et l'organisation, le juge. Il fait ainsi écho aux travaux de Richardson & McGlynn (2011) et Charreire Petit & Cusin (2013) sur le rôle des fans dans les représailles contre les lanceurs d'alerte du milieu sportif. Ces derniers se distinguent comme une partie prenante dépendante des parties principales de l'alerte, émotionnellement impliquée dans le processus de représailles et disposant d'entrée de jeu d'une position. Au vu de cette dépendance et de ce type d'implication, ils forment, selon les termes de Richardson et McGlynn (2011) et Charreire Petit et Cusin (2013), des « agents » de représailles.

Notre travail met en avant un rôle différent du juge dans le processus de représailles et s'efforce de déterminer son étendue. Les contours de ce rôle sont déterminés à la lumière des travaux en sociologie du droit sur un phénomène externe à l'organisation, la judiciarisation ou encore l'accroissement du pouvoir du juge dans la société, celui-là étant essentiellement un pouvoir interprétatif. La judiciarisation permet de mettre en avant que le rôle du juge dépend de l'exercice de son pouvoir interprétatif. Dans un contexte légal marqué par l'absence de normes juridiques sur l'alerte éthique, le juge peut manifester un pouvoir interprétatif faible et réprimer judiciairement le lanceur d'alerte ou montrer un pouvoir interprétatif étendu et protéger ce dernier de toute répression légale. Le juge apparaît ainsi comme une tierce partie de l'alerte, indépendante de ses protagonistes, mais en même temps sensible aux préoccupations de la société, particulièrement aux nouvelles problématiques non encore couvertes par la loi. C'est dans ce sens qu'il est considéré dans notre travail comme un acteur du processus de représailles contre les lanceurs

d'alerte et non seulement un « agent » dans celui-ci (Charreire Petit & Cusin, 2013; Richardson & McGlynn, 2011).

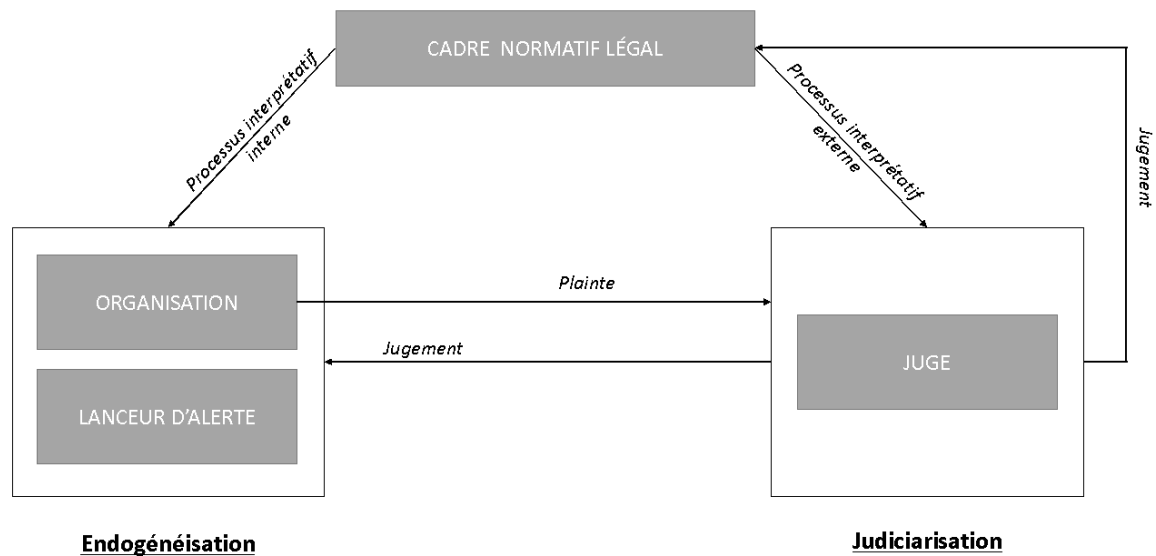
En déterminant l'étendue du pouvoir du juge, et en précisant les contours de son rôle, nous contribuons à une meilleure compréhension du processus de représailles au travers de ses intervenants, plus précisément leur type d'intervention. L'intérêt de l'analyse du rôle du juge est que son intervention met en question le sens linéaire du processus de représailles décrit dans la littérature. La position du juge comme partie qui décide d'invalider les représailles, non seulement transforme le processus d'une relation dyadique à une relation triadique, mais peut inverser le sens du processus ou, du moins, retourner indirectement la charge contre l'organisation, dans le cas de la protection du lanceur d'alerte. Par cette position, différente de celle étudiée par Richardson et McGlynn (2011) et Charreire Petit et Cusin (2013) dans les cas des parties prenantes extérieures dépendantes de l'organisation ou émotionnellement impliquées, le rôle du juge offre une nouvelle dimension dans l'étude du processus de représailles. Par ailleurs, en soulignant la nature triadique du processus de représailles judiciaires, nos résultats font écho aux travaux de Contu (2014) sur la multiplicité des relations dans lesquelles le lanceur d'alerte se trouve imbriqué, contrairement à l'idée dominante dans la littérature qui décrit souvent le lanceur d'alerte comme une personne seule et isolée en face de l'organisation. Le juge fait partie de ce tissu relationnel de l'alerte et des représailles qu'elle peut engager. Il a la particularité, dans certains cas, de pouvoir affaiblir la capacité de l'organisation à réaliser des représailles contre le lanceur d'alerte.

Du processus de représailles judiciaires comme un processus normatif

Les travaux d'Edelman (1990, 1992, 2011) montrent que les organisations (par des *compliance professionals*) mettent en place un processus interne qui interprète, traduit et

reformule dans le langage managérial les normes juridiques. Cet effort d'endogénéisation du droit dans les organisations, ou encore de sa managérialisation, est producteur de nouvelles normes qui régulent en interne le comportement éthique (Edelman, 1990, 1992, 2011). Les résultats de notre travail permettent de mettre en lumière un autre type de processus interprétatif, externe à l'organisation. Nous montrons que, devant l'ambiguïté ou l'absence de textes juridiques, le juge exerce un pouvoir interprétatif important, qui concerne le choix de la norme et la manière de l'appliquer. Dans son effort interprétatif, le juge opérationnalise, précise les normes existantes et produit de fait de nouvelles normes juridiques.

Ce processus interprétatif externe du juge a des effets normatifs directs et indirects sur l'organisation et sur le comportement éthique en son sein. D'abord, par sa décision le juge apporte une solution juridique au conflit impliquant l'organisation (Figure 1). Dans le cas de l'alerte éthique, cette décision valide le processus de représailles judiciaires lancé par l'organisation et par conséquent réprime le comportement du lanceur d'alerte, ou invalide ce même processus, protège le lanceur d'alerte et implicitement désavoue les pratiques de l'organisation objet de l'alerte.

Figure 1. La régulation de l'éthique des affaires

Ensuite, par sa décision le juge alimente le cadre normatif régissant les organisations. Dans le cas précis de l'alerte éthique, il apporte des précisions et des modifications au statut du lanceur d'alerte. Il adopte par sa décision une définition empirique de ce dernier et des critères qui permettent de le distinguer. Les décisions judiciaires font office de normes jurisprudentielles qui peuvent être appliquées pour résoudre des conflits similaires. D'une façon circulaire, les organisations auront à interpréter ces nouvelles normes juridiques externes à travers les processus de conformité mis en place en interne et soulignés par Edelman (1990, 1992, 2011). Sous ce rapport, le processus interprétatif du juge, dont la judiciarisation rend compte, agit en complémentarité avec le processus interprétatif interne désigné par Edelman comme l'endogénéisation du droit et permet même de l'alimenter (Figure 1). Nous pouvons dire ainsi que le comportement éthique au sein de l'organisation est régulé en interne par un processus interprétatif maîtrisé par les *compliance professionals* mais aussi par un processus interprétatif externe exercé par le juge. Les deux processus, bien qu'ils naissent de deux phénomènes distincts :

l'endogénéisation (ou encore la managérialisation) du droit et la judiciarisation ont la même origine à savoir l'ambiguïté et l'absence des normes juridiques. Ces deux processus ont aussi le même effet : l'éclaircissement des zones grises entre l'éthique et la légalité, et ainsi la régulation du comportement dans les organisations.

Les résultats de notre article correspondent à un cadre normatif particulier en Europe, au moment de l'affaire LuxLeaks. Ce cadre est marqué, d'un côté, par une législation lacunaire, voire absente, sur la protection des lanceurs d'alerte, au niveau des pays comme à l'échelle de l'Union ; de l'autre côté, par la présence d'une jurisprudence européenne (arrêts de la CEDH) en faveur des lanceurs d'alerte de plus en plus enracinée. Sous l'impulsion de l'affaire LuxLeaks, des législations (au niveau des pays et à l'échelle européenne) ont vu le jour pour mieux protéger les lanceurs d'alerte. Ainsi, en France par exemple, la loi dite Sapin 2 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique est votée le 9 décembre 2016¹¹. Elle instaure une procédure d'alerte éthique dans les organisations et crée un statut légal protégeant le lanceur d'alerte. Plus récemment, autre effet de l'affaire LuxLeaks, l'Union européenne a adopté, en décembre 2019, une directive sur « la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union » (UE, 2019). Les États membres ont jusqu'en 2021 pour transposer la directive dans leurs propres lois nationales. Nos résultats conservent-ils leur sens dans ce nouvel état normatif post-LuxLeaks de l'alerte éthique ? Autrement dit, le juge aurait-il toujours un rôle dans le processus de l'alerte éthique et conserverait-il un pouvoir interprétatif important ?

Les premiers éléments de réponse peuvent provenir de la sociologie du droit. Le caractère général de la loi (ne couvrant pas tous les cas d'espèce) et ambiguë réserve au juge un pouvoir interprétatif important lors de son application (Chevalier, 2014 ; Edelman, 1990,

¹¹ https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000033558528

1992, 2011). À titre d'exemple, bien qu'influencées par l'affaire LuxLeaks et par son traitement par les juges au Luxembourg, les dispositions de la loi Sapin 2 n'auraient pas protégé Deltour et Halet. En effet, le texte de la loi française se montre assez rigide quant aux canaux de l'alerte ; celle-ci doit être lancée en premier lieu en interne. Quant à la nouvelle directive européenne, et d'un point de vue du champ d'application, son texte couvre bien les cas d'espèce Deltour et Halet. Néanmoins, cette directive ne protégerait pas par la lettre de son texte d'autres lanceurs d'alerte. Contrairement à la loi française dont le champ d'application est large, « l'intérêt général », la directive européenne ne s'appliquera qu'aux alertes dénonçant des « infractions au droit de l'Union ». Plus généralement, et au-delà du cas de l'alerte éthique, le juge aura toujours un rôle important à jouer même en présence d'un cadre législatif régissant les organisations. Le cadre législatif, comme l'affirment Cailleba et Charreire Petit (2018), n'est pas toujours en mesure de traduire toutes les problématiques morales rencontrées dans les organisations. Les travaux de recherche en sciences de gestion devraient donner plus d'attention au juge comme partie prenante potentielle de l'organisation, notamment dans une période où l'on assiste en France à la prolifération des appels à légiférer le champ de l'entreprise. L'intégration récemment de sa raison d'être sociale dans le Code civil (loi Pacte)¹², soutenue par des chercheurs en sciences de gestion (Segrestin & Levillain, 2018), est un des résultats de ces appels. Paradoxalement, l'augmentation du nombre de dispositions législatives d'ordre général ne fait qu'augmenter l'intervention du juge et son pouvoir interprétatif, endossant à cet égard un rôle de précision et d'opérationnalisation du droit. Par son choix de focalisation sur le rôle du juge comme tierce partie du processus de représailles judiciaires entrepris par l'organisation contre le lanceur d'alerte, cet article

¹²<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038496102&categorieLien=id#JORFARTI000038496206>

présente une limite principale. Il laisse sciemment dans l'ombre les différentes dimensions de représailles non judiciaires qui peuvent intervenir avant, pendant ou après la validation ou l'invalidation du processus de représailles judiciaires par le juge. Ainsi, pour reprendre l'affaire LuxLeaks, Halet, le second protagoniste de l'affaire, est licencié, intimidé, contraint au silence par PwC jusqu'à son procès. Il serait intéressant dans d'autres travaux d'étudier les représailles judiciaires visant le lanceur d'alerte dans le processus global de représailles mis en œuvre par l'organisation.

Enfin, des recherches futures peuvent être engagées pour étudier d'autres aspects : les effets judiciaires des procès de lanceurs d'alerte. Au-delà des effets sur les lanceurs d'alerte (réprimés ou protégés) et sur le champ jurisprudentiel (alimenté ou réinventé), il conviendrait d'élargir l'étude des effets de ces procès au cadre législatif (la directive européenne adoptée le 16 avril 2019 sur la protection des lanceurs d'alerte après l'affaire LuxLeaks est la preuve de cette dynamique), mais également aux pratiques organisationnelles et plus largement à la perception des lanceurs d'alerte dans la société.

CONCLUSION

L'objectif de cet article est d'étudier le rôle du juge et ses effets dans le processus de représailles engagé par l'organisation contre le lanceur d'alerte. Nous y interrogeons les logiques normatives mises à l'œuvre par le juge pour valider ou invalider ce processus. Dans cette optique, nous avons recoupé et analysé des données principalement judiciaires de l'affaire LuxLeaks (2010-2018). L'analyse du travail du juge, dans un contexte européen marqué par un cadre législatif en défaveur des lanceurs d'alerte, montre deux principaux résultats. Premièrement, deux postures du juge vis-à-vis du lanceur d'alerte se distinguent : le juge comme acteur de représailles et le juge comme acteur de protection. Ces postures correspondent à deux profils différents du juge à savoir : le « juge bouche

de la loi » et le « juge régulateur » et dépendent du pouvoir interprétatif qu'il engage dans la procédure, concernant le choix de la norme et la manière de l'appliquer. Le processus de représailles judiciaires est alors un processus externe et indépendant de celle-là même qui l'a engagée, l'organisation. Deuxièmement, le processus de représailles judiciaires est investi par une dynamique normative. Le juge met en question des normes juridiques existantes, précise et opérationnalise d'autres, et ainsi produit de nouvelles normes régulant l'alerte éthique dans les organisations. Le processus de représailles ne se résume pas toujours à un moment répressif ; il peut se révéler comme une occasion pour revoir le champ normatif de l'alerte éthique : il y est défini qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte et y est précisé quels sont les critères techniques qui permettent de le distinguer.

RÉFÉRENCES

- Alford, C. (2002). *Whistleblowers: Broken lives and organizational power*. Cornell University.
- Arnold, D & Ponemon, L. (1991). Internal auditors' perceptions of whistleblowing and the influence of moral reasoning: An experiment. *Auditing: A Journal of Practice and Theory*, 10(2), 1–15. doi: [10822/848968](https://doi.org/10.1082/848968)
- Bastuck, N. (2015). Une petite plage de publicité. In H. Bouthinon-Dumas, V. De Beaufort, F. Jenny & A. Masson (Eds.), *Communication juridique et judiciaire* (pp. 215–225). Larcier.
- Ben Khaled, W. & Gond, J. P. (2020). How do external regulations shape the design of ethical tools in organisations? An open polity and sociology of compliance perspective. *Human Relations*, 73(5), 653–681. doi: [10.1177/0018726719828437](https://doi.org/10.1177/0018726719828437)
- Bjørkelo, B. (2013). Workplace bullying after whistleblowing: Future research and implications. *Journal of Managerial Psychology*, 28, 306–323. doi: [10.1108/02683941311321178](https://doi.org/10.1108/02683941311321178)
- Cailleba, P. & Charreire Petit, S. (2018). The whistleblowing as the personification of a moral and managerial paradox. *M@n@gement*, 21(1), 675–690. doi: [10.3917/mana.211.0675](https://doi.org/10.3917/mana.211.0675)
- CAL. (2017a). Judgment of the Court of Appeal of the Grand Duchy of Luxembourg, March 15. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/arret-luxleaks-cour-appel.html>
- CAL. (2017b). Press release concerning the judgment of the Court of Appeal of the Grand Duchy of Luxembourg in the so-called 'LuxLeaks' case, March 15. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/communiqué-de-presse-arret-cour-d-appel-luxleaks.html>
- CAL. (2018). Judgment of the newly constituted Court of Appeal of the Grand Duchy of Luxembourg, May 15. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/05/arret-luxleaks-deltour.html>
- Canguilhem, G. (2013). *Le normal et le pathologique*. Presses Universitaires de France.
- Canivet, G. (2009). Le juge et la force normative. In C. Thibierge (Ed.), *La force normative: Naissance d'un concept* (pp. 23–27). Bruyant.
- Carr, I. & Lewis, D. (2010). Combating corruption through employment law and whistleblower protection. *Industrial Law Journal*, 39(1), 52–81. doi: [10.1093/indlaw/dwp027](https://doi.org/10.1093/indlaw/dwp027)
- CCL. (2018a). Judgment of the Court of Cassation of the Grand Duchy of Luxembourg concerning the appeal of Mr. Halet, January 11. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-n-3911-cassation-halet.html>
- CCL. (2018b). Judgment of the Court of Cassation of the Grand Duchy of Luxembourg concerning the appeal of Mr. Deltour, January 11. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-3912-cassation--deltour.html>
- CCL. (2018c). Press release concerning the judgment of the Court of Cassation of the Grand Duchy of Luxembourg in the 'LuxLeaks' case, January 11. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/cassation-luxleaks.html>
- Charmaz, K. (2006). *Constructing grounded theory: A practical guide through qualitative analysis*. Sage.
- Charreire Petit, S. & Cusin, J. (2013). Whistleblowing and resilience: Analysis of an individual trajectory. *M@n@gement*, 16(2), 141–173. doi: [10.3917/mana.162.0142](https://doi.org/10.3917/mana.162.0142)
- Chevallier, J. (2014). *L'État post-moderne*. Droit et société.

- Commaille, J. & Dumoulin, L. (2009). Heurs et malheurs de la légalité dans les sociétés contemporaines. Une sociologie politique de la 'judiciarisation'. *L'Année Sociologique*, 59, 63–107. doi: [10.3917/anso.091.0063](https://doi.org/10.3917/anso.091.0063)
- Contu, A. (2014). Rationality and relationality in the process of whistleblowing: Recasting whistleblowing through readings of Antigone. *Journal of Management Inquiry*, 23(4), 393–406. doi: [10.1177/1056492613517512](https://doi.org/10.1177/1056492613517512)
- Crane, A. & Matten, D. (2010). *Business ethics: Managing corporate citizenship and sustainability in the age of globalisation*. Oxford University Press.
- Culiberg, B. & Mihelič, K. K. (2017). The evolution of whistleblowing studies: A critical review and research agenda. *Journal of Business Ethics*, 146(4), 787–803. doi: [10.1007/s10551-016-3237-0](https://doi.org/10.1007/s10551-016-3237-0)
- Delpuech, T., Dumoulin, L. & Galember, C. (2014). *Sociologie du droit et de la justice*. Armand Colin.
- Dournaux, F. (2013). La densification normative, processus d'évolution du droit. In C. Thibierge (Ed.), *La densification normative. Découverte d'un processus* (pp. 187–210). Mare et Martin.
- Dumoulin, L. & Roussel, V. (2010). La judiciarisation de l'action publique. In O. Borraz, V. Guiraudon (Eds.), *Politiques publiques 2* (pp. 243–263). Presses de Sciences Po.
- Dworkin, T. M. & Baucus, M. S. (1998). Internal vs. external whistleblowers: A comparison of whistleblowing processes. *Journal of Business Ethics*, 17(12), 1281–1298. doi: [10.1023/A:1005916210589](https://doi.org/10.1023/A:1005916210589)
- Edelman, L. B. (1990). Legal environments and organizational governance: The expansion of due process in the American workplace. *American Journal of Sociology*, 95(6), 1401–1440. doi: [10.1086/229459](https://doi.org/10.1086/229459)
- Edelman, L. B. (1992). Legal ambiguity and symbolic structures: Organizational mediation of civil rights law. *American Journal of Sociology*, 97(6), 1531–1576. doi: [10.1086/229939](https://doi.org/10.1086/229939)
- Edelman, L. B. (2011). L'endogénéité du droit. In C. Bessy, T. Delpuech & J. Péliasse (Eds.), *Droit et régulations des activités économiques: Perspectives sociologiques et institutionnalistes* (pp. 85–109). L.G.D.J.
- Gabbioneta, C., Greenwood, R., Mazzola, P. & Minoja, M. (2013). The influence of the institutional context on corporate illegality. *Accounting, Organizations and Society*, 38(6/7), 484–504. doi: [10.1016/j.aos.2012.09.002](https://doi.org/10.1016/j.aos.2012.09.002)
- Hirschl, R. (2008). The judicialization of politics. In K. E. Whittington, D. Kelemen & G. Caldeira (Eds.), *The Oxford handbook of law and politics* (pp. 119–141). Oxford University Press.
- Johnson, C. E. et al. (2004). Blowing the whistle on Fen-Phen. *Journal of Business Communication*, 41, 350–369. doi: [10.1177/0021943604265608](https://doi.org/10.1177/0021943604265608)
- Kenny, K., Fotaki, M. & Sriver, S. (2019). Mental health as a weapon: Whistleblower retaliation and normative violence. *Journal of Business Ethics*, 160(3), 801–815. doi: [10.1007/s10551-018-3868-4](https://doi.org/10.1007/s10551-018-3868-4)
- Langley, A. (1999). Strategies for theorizing from process data. *Academy of Management Review*, 24(4), 691–710. doi: [10.5465/amr.1999.2553248](https://doi.org/10.5465/amr.1999.2553248)
- Lavite, C. (2016). L'approche socio-légale de la protection des lanceurs d'alerte: Pistes de réflexion pour un enrichissement sociologique de l'analyse juridique. *La Revue des droits de l'homme*.
- Lee, J., Heilmann, S. G. & Near, J. P. (2004). Blowing the whistle on sexual harassment: Test of a model of predictors and outcomes. *Human Relations*, 57, 297–322. doi: [10.1177/0018726704043273](https://doi.org/10.1177/0018726704043273)

- Lewis, D. (2011). Whistleblowing in a changing legal climate: Is it time to revisit our approach to trust and loyalty at the workplace? *Business Ethics*, 20(1), 71–87. doi: [10.1111/j.1467-8608.2010.01609.x](https://doi.org/10.1111/j.1467-8608.2010.01609.x)
- Liyanarachchi, G. & Newdick, C. (2009). The impact of moral reasoning and retaliation on whistleblowing: New Zealand evidence. *Journal of Business Ethics*, 89(1), 37–57. doi: [10.1007/s10551-008-9983-x](https://doi.org/10.1007/s10551-008-9983-x)
- Mesmer-Magnus, J. R. & Viswesvaran, C. (2005). Whistleblowing in organizations: An examination of correlates of whistleblowing intentions, actions, and retaliation. *Journal of Business Ethics*, 62(3), 277–297. doi: [10.1007/s10551-005-0849-1](https://doi.org/10.1007/s10551-005-0849-1)
- Miceli, M. P., Near, J. P. & Dworkin, T. M. (2008). *Whistle-blowing in organizations*. Routledge.
- Miceli, M. P., Near, J. P. & Dworkin, T. M. (2009). A word to the wise: How managers and policy-makers can encourage employees to report wrongdoing. *Journal of Business Ethics*, 86(3), 379–396. doi: [10.1007/s10551-008-9853-6](https://doi.org/10.1007/s10551-008-9853-6)
- Miceli, M. P., Rehg, M., Near, J. P. & Ryan, K. C. (1999). Can laws protect whistleblowers? Results of a naturally occurring field experiment. *Work And Occupations*, 26(1), 129–151. doi: [10.1177/0730888499026001007](https://doi.org/10.1177/0730888499026001007)
- Miles, M. B. & Huberman, A. M. (1994). *Qualitative data analysis: An expanded sourcebook*. Sage.
- Near, J. P. & Miceli, M. P. (1985). Organizational dissidence: The case of whistleblowing. *Journal of Business Ethics*, 4(1), 1–16. doi: [10.1007/BF00382668](https://doi.org/10.1007/BF00382668)
- Near, J. P. & Miceli, M. P. (1986). Retaliation against whistleblowers: Predictors and effects. *Journal of Applied Psychology*, 71(1), 137–145. doi: [10.1037/0021-9010.71.1.137](https://doi.org/10.1037/0021-9010.71.1.137)
- Near, J. P. & Miceli, M. P. (1995). Effective-whistleblowing. *Academy of Management Review*, 20(3), 679–708. doi: [10.5465/amr.1995.9508080334](https://doi.org/10.5465/amr.1995.9508080334)
- Neu, D., Everett, J. Rahaman, A. S. & Martinez, D. (2013). Accounting and networks of corruption. *Accounting, Organizations and Society*, 38, 505–524. doi: [10.1016/j.aos.2012.01.003](https://doi.org/10.1016/j.aos.2012.01.003)
- Ost, F. (2004). Jupiter, Hercule, Hermès. In L. Cadet (Ed.), *Dictionnaire de la justice* (pp. 698–701). Presses Universitaires de France.
- Ouriemmi, O. & Gérard, B. (2017). La responsabilisation de la Société Générale: Normes juridiques et management dans le volet civil du procès Kerviel. *Revue Française de Gestion*, 269, 65–81. doi: [10.3166/rfg.2017.00201](https://doi.org/10.3166/rfg.2017.00201)
- Parmerlee, M. A., Near, J. P. & Jensen, T. C. (1982). Correlates of whistleblowers' perceptions of organizational retaliation. *Administrative Science Quarterly*, 27(1), 17–34. doi: [10.2307/2392544](https://doi.org/10.2307/2392544)
- Rehg, M. T., Miceli, M. P., Near, J. P. & Van Scotter, J. R. (2008). Antecedents and outcomes of retaliation against whistleblowers: Gender differences and power relationships. *Organization Science*, 19(2), 221–240. doi: [10.1287/orsc.1070.0310](https://doi.org/10.1287/orsc.1070.0310)
- Richardson, B. K. & McGlynn, J. (2011). Rabid fans, death threats, and dysfunctional stakeholders: The influence of organizational and industry contexts on whistleblowing cases. *Management Communication Quarterly*, 25(1), 121–150. doi: [10.1177/0893318910380344](https://doi.org/10.1177/0893318910380344)
- Segrestin, B. & Levillain, K. (2018). *La mission de l'entreprise responsable. Principes et normes de gestion*. Presses des Mines.
- Strauss, A. & Corbin, J. (1998). *Basics of qualitative research techniques*. Sage.
- TCL. (2016). Judgment of the Correctional Tribunal of Luxembourg, June 29. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2016/06/jugement-affaire-luxleaks.html>

- UE. (2016). Directive 2016/943 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, June 8. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=FR>
- UE. (2019). Directive 2019/1937 on the protection of persons who report breaches of Union law, October 23. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=FR>
- Vandekerckhove, W. (2010). European whistleblowing policies: Tiers or tears? In D. Lewis (Ed.), *A global approach to public interest disclosure: What can we learn from existing whistleblowing legislation and research?* (pp. 15–35). Edward Elgar.
- Vandekerckhove, W. & Lewis, D. (2012). The content of whistleblowing procedures: A critical review of recent official guidelines. *Journal of Business Ethics*, 108(2), 253–264. doi: [10.1007/s10551-011-1089-1](https://doi.org/10.1007/s10551-011-1089-1)
- Van Maanen, J. (1979). The fact of fiction in organizational ethnography. *Administrative Science Quarterly*, 24(4), 539–550. doi: [10.2307/2392360](https://doi.org/10.2307/2392360)

ANNEXE. Sources judiciaires et autres sources

CAL (2017). Arrêt de la cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, 15 mars. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/arret-luxleaks-cour-appel.html>

CAL (2017). Communiqué de presse concernant l'arrêt de la cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg dans l'affaire dite « LuxLeaks », 15 mars. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2017/03/communiquede-presse-arret-cour-d-appel-luxleaks.html>

CAL (2018). Arrêt de la cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg autrement composée, 15 mai. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/05/arret-luxleaks-deltour.html>

CCL (2018). Arrêt de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg concernant le pourvoi de M. Raphaël Halet, 11 janvier. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-n-3911-cassation-halet.html>

CCL (2018). Arrêt de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg concernant le pourvoi de M. Antoine Deltour, 11 janvier. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/arret-3912-cassation--deltour.html>

CCL (2018). Communiqué de presse concernant l'arrêt de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg dans l'affaire « LuxLeaks », 11 janvier. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2018/01/cassation-luxleaks.html>

TCL (2016). Jugement du Tribunal correctionnel du Luxembourg, 29 juin. <https://justice.public.lu/fr/actualites/2016/06/jugement-affaire-luxleaks.html>

UE (2016). Directive 216/943 du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 8 juin. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0943&from=FR>

UE (2019). Directive 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1937&from=FR>