



**AVIS DE M. DESPORTES,
PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL**

Arrêt n° 47 du 13 janvier 2026 (F-B) – Chambre criminelle

Pourvoi n° 24-86.344

**Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 18
septembre 2024**

M. [T] [R]

C/

M. [M] [O]

INFORMATION relative à l'avis de l'avocat général

Dans les pourvois et requêtes dont est saisie la Cour de cassation, l'avocat général rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun. Il éclaire la Cour sur la portée de la décision à intervenir.

1.- Des relations conflictuelles, qui ont donné lieu à des plaintes croisées, se sont établies entre MM. [T] [R] et [M] [O] alors qu'ils étaient associés au sein de la société [3] France ayant pour objet la fabrication de produits cosmétiques.

C'est dans ce contexte conflictuel lié à de profondes divergences dans la gestion de la société, que, le 20 décembre 2019, soit quelques mois après que M. [O] eut cessé toute collaboration avec son associé, M. [R] a publié, sur une page de son compte personnel ouvert sur le réseau LinkedIn, un article intitulé *“Ma décennie à transformer [2], découverte de la fraude, faire face aux représailles et à la fin : l'espoir”* imputant à M. [O] plusieurs agissements illicites.

A la suite de la publication de cet article, M. [O] a porté plainte avec constitution de partie civile contre M. [R] du chef de diffamation publique envers un particulier sur le fondement des articles 32, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

Le tribunal correctionnel a retenu la culpabilité de M. [R] et l'a condamné à 10 000 euros d'amende. Il a par ailleurs prononcé sur les intérêts civils.

Sur l'appel de M. [R], l'appel incident du ministère public et l'appel de M. [O] limité aux dispositions civiles, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, par arrêt du 28 juin 2022, a confirmé le jugement sur la culpabilité et sur la peine, après avoir écarté l'exception de bonne foi. Elle a infirmé partiellement la décision sur les intérêts civils.

M. [R] a formé un pourvoi en cassation.

Par arrêt du 5 septembre 2023 (n° 22-84.763, P.), la chambre criminelle a cassé l'arrêt attaqué après avoir relevé que la cour d'appel avait insuffisamment motivé le rejet de l'exception de bonne foi au regard des exigences de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

Statuant sur renvoi après cassation, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, par arrêt du 18 septembre 2024, a confirmé le jugement du tribunal correctionnel en toutes ses dispositions, pénales et civiles. Avant de statuer sur l'exception de bonne foi, elle a écarté le fait justificatif de lanceur d'alerte, fondé sur l'article 122-9 du code pénal, dont le prévenu demandait le bénéfice. Ce fait justificatif n'avait pas été expressément invoqué par lui devant la cour d'appel initialement saisie, de sorte que, dans votre arrêt de cassation du 5 septembre 2023, vous aviez déclaré non admis le moyen pris de la violation de l'article précité.

M. [R] s'est à nouveau pourvu proposant un moyen de cassation en dix branches. En ses troisième et dixième branches, le moyen est dirigé contre les motifs par lesquels la cour d'appel a écarté l'exception de bonne foi. En ses huit autres branches, il est dirigé contre les motifs par lesquels elle a écarté le fait justificatif tiré de ce qu'il aurait agi comme lanceur d'alerte.

2.- Avant d'examiner la critique articulée par le moyen, il importe de se poser la question de savoir si, dans une poursuite pour diffamation, le prévenu peut, comme en l'espèce, invoquer non seulement l'excuse de bonne foi propre à ce délit mais également le fait justificatif prévu à l'article 122-9 du code pénal, tiré de ce qu'il aurait agi en qualité de lanceur d'alerte. Plusieurs considérations, tenant à la fois à la lettre du texte, la volonté du législateur, et la nature de ces deux causes d'exclusion de la responsabilité pénale, font douter de la possibilité d'un tel cumul.

2.1.- Le fait justificatif tiré de la qualité de lanceur d'alerte a été introduit à l'article 122-9 du code pénal par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite Sapin 2¹. Il est l'un des éléments de la protection des lanceurs d'alerte organisée aux articles 6 et suivants de cette loi. Les dispositions correspondantes ont été modifiées par la loi n° 2022-401 du 21 mars 2022² qui a, notamment, transposé la directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019³. Dans la mesure où, élargissant le champ du fait justificatif, elles présentent un caractère plus doux, ces modifications ont vocation à s'appliquer aux infractions commises avant leur entrée en vigueur conformément au principe énoncé à l'article 112-1, alinéa 3, du code pénal⁴.

2.1.1.- Le lanceur d'alerte est défini au paragraphe I de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 comme *“une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement”*. Il est précisé au même article que, dans le cas où les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles du lanceur d'alerte, celui-ci *“doit en avoir eu personnellement connaissance”*.

Aux termes des deux premiers alinéas de l'article 122-9 du code pénal dans leur rédaction issue de la loi précitée du 21 mars 2022 :

¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

² Loi n° 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte

³ Directive (UE) 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union

⁴ Crim. 17 oct. 2018, n° 17-80.485, pour l'application rétroactive de l'article 122-9 dans sa rédaction issue de la loi du 9 décembre 2016

“N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des conditions de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

“N'est pas non plus pénalement responsable le lanceur d'alerte qui soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue dans les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article”.

Les conditions de signalement dont le respect détermine la mise en oeuvre du fait justificatif prévu à l'article 122-9 sont définies aux articles 7-1 et 8 de la loi du 9 décembre 2016 modifiée. Ces dispositions sont inspirées par l'idée que la diffusion publique des informations litigieuses ne peut être justifiée que si aucun autre moyen d'alerte efficace ne s'offrait à son auteur. On s'en tiendra à une présentation sommaire du dispositif législatif, en trois points.

- D'abord, les lanceurs d'alerte ayant obtenu, dans le cadre de leur activité professionnelle, des informations sur des faits entrant dans le champ de l'article 6 bénéficient des protections prévues par la loi s'ils font un “signalement interne” - i.e au sein de l'entité affectée par ces faits - selon les modalités précisées à l'article 8, I.

- Ensuite, “tout lanceur d'alerte” peut adresser un signalement externe à un certain nombre d'autorités énumérées par la loi - dont le Défenseur des droits et l'autorité judiciaire - qu'il ait ou non procédé préalablement à un signalement interne.

- Enfin, en cas de divulgation publique, la protection de la loi n'est accordée au lanceur d'alerte que dans l'un des trois cas suivants : s'il a effectué préalablement et en vain un signalement externe, lorsqu'il convient de prévenir un “danger grave et imminent” ou encore lorsque la saisine d'une autorité dans le cadre d'un signalement externe ferait courir à l'auteur un risque de représailles ou ne permettrait pas de remédier efficacement aux dysfonctionnements en cause.

2.1.2.- De la combinaison de cet ensemble de textes, il résulte que le fait justificatif prévu à l'article 122-9 du code pénal ne peut être invoqué que si les conditions suivantes sont réunies :

- l'intéressé doit avoir la qualité de lanceur d'alerte et donc avoir divulgué “*sans contrepartie financière directe et de bonne foi*” des informations de la nature de celles énumérées à l'article 6, § I précité de la loi du 9 décembre 2016 ;
- il doit avoir respecté les conditions de signalement prévus aux articles 7 et 8 de ladite loi ;
- la divulgation doit être “*nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause*” ainsi que cela est précisé par ailleurs à l'article 122-9 du code pénal.

2.2.- Cependant, il n'apparaît pas que cet article soit applicable lorsque, comme en l'espèce, les poursuites sont engagées pour diffamation.

2.2.1.- En effet, selon les termes de l'article 122-9, le fait justificatif qu'il institue n'a pas pour objet de justifier n'importe quelle infraction commise par le lanceur d'alerte à l'occasion de la divulgation dont il est l'auteur. La justification ne s'applique qu'en tant que l'intéressé porte *"atteinte à un secret protégé par la loi"* ou, selon le deuxième alinéa, ajouté par la loi du 21 mars 2022, *"soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite"*. Il n'apparaît donc pas que l'article précité puisse être invoqué lorsque le lanceur d'alerte est mis en cause pour d'autres infractions alors même qu'elles seraient étroitement liées à la divulgation, telles que l'injure, la dénonciation calomnieuse ou encore, comme en l'espèce, la diffamation.

Cette lecture de l'article 122-9 est confortée par celle des dispositions du paragraphe II de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 qui excluent l'application du *"régime de l'alerte"* lorsque *"la révélation ou la divulgation est interdite par les dispositions relatives au secret de la défense nationale, au secret médical, au secret des délibérations judiciaires, au secret de l'enquête ou de l'instruction judiciaires ou au secret professionnel de l'avocat"*. En creux, l'exclusion met en évidence que la protection des lanceurs d'alerte a essentiellement pour objet de permettre, dans l'intérêt général, la révélation de faits normalement protégés par des règles de confidentialité.

2.2.2.- Cette interprétation du texte est conforme à l'intention du législateur telle qu'elle résulte des travaux parlementaires ayant précédé la loi du 9 décembre 2016. Issues d'un amendement du rapporteur de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, les dispositions de l'article 122-9 avaient clairement pour objet, selon les termes du rapport, d'assurer *"l'articulation entre l'alerte éthique et les secrets (notamment professionnels) pénalement protégés"* en exonérant, sous certaines conditions, les lanceurs d'alertes ayant porté atteinte à l'un de ces secrets⁵. Le rapport de la commission des lois du Sénat est également sans équivoque⁶. Les travaux parlementaires relatifs à la loi du 21 mars 2022⁷ sont dans le même sens. Au demeurant, comme on l'a vu, les modifications apportées par cette loi mettent en évidence le caractère spécial du fait justificatif prévu à l'article 122-9 puisque le législateur a jugé nécessaire de compléter la liste des agissements susceptibles de justification en y ajoutant la soustraction, le détournement et le recel de manière à couvrir les infractions pouvant découler de l'utilisation des documents contenant les informations couvertes par un secret.

⁵ Rapp. n° 3785 et 3786, enregistré le 26 mai 2016, S. Denaja, CL AN, not. p. 97

⁶ Rapp. n° 712, enregistré le 22 juin 2016, Fr. Pillet, CL Sénat, not. p. 47, 50, 51

⁷ Rapp. n°4663 et 4664, 10 nov. 2021, S. Wasserman, CL AN, p. 22, 47 ; Rapp. n° 299, 15 déc. 2021, C. Di Folco, CL Sénat, not. p. 55, 56

On relèvera en outre qu'au cours des débats parlementaires ayant précédé la loi du 21 mars 2022, il avait été proposé d'introduire dans la loi du 9 décembre 2016 des dispositions réprimant des peines prévues à l'article 226-10 du code pénal "*le fait d'adresser de mauvaise foi un signalement*" à l'une des autorités énumérées à l'article 8, II de ladite loi. Selon l'exposé des motifs de l'amendement, il s'agissait de transposer l'article 23 de la directive du 23 octobre 2019 imposant que soient prévues "*des sanctions effectives, proportionnées et dissuasives applicables aux auteurs de signalement lorsqu'il est établi qu'ils ont sciemment signalé ou divulgué publiquement de fausses informations*". Le Gouvernement a déposé un amendement de suppression en faisant valoir que les faits visés étaient déjà réprimés sous les qualifications de dénonciation calomnieuse et de diffamation. Il n'a pas été suivi par le Sénat mais les dispositions, introduites par amendement, ont été en définitive supprimées par la commission mixte paritaire⁸. Il apparaît ainsi que la possibilité d'engager contre le lanceur d'alerte des poursuites du chef de diffamation a été regardée comme un moyen de sanctionner les alertes abusives. Dans ces conditions, il paraît incohérent de retenir dans le même temps que les dispositions de l'article 122-9 du code pénal auraient pour objet d'exonérer les lanceurs d'alerte de toute responsabilité pénale du chef de diffamation.

2.2.3.- On conclura cette analyse en constatant que la lecture proposée de l'article 122-9 est celle de la quasi-totalité de la doctrine⁹. Certes, comme le relèvent certains auteurs, qui suggèrent d'étendre le champ du fait justificatif à la diffamation et à la dénonciation calomnieuse, "*les faits justificatifs ne sont pas soumis à l'interprétation stricte et peuvent être étendus in favorem*"¹⁰. Il paraît cependant difficile d'aller à l'encontre de dispositions dont le sens ne prête guère à interprétation.

2.2.4.- En définitive, l'article 122-9 apparaît comme une modalité de mise en oeuvre, circonscrite à quelques infractions, du principe général posé par votre chambre selon lequel "*l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut, dans certaines circonstances, constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause*"¹¹. Dès lors, c'est à tort que la cour d'appel a cru devoir

⁸ Amendement n° Com-35 du rapporteur de la CL Sénat du 13 décembre 2021, introduisant un article 9-1 dans la loi du 9 décembre 2016, adopté lors de la séance du 20 janvier 2022 contre l'avis du Gouvernement avant la suppression des dispositions correspondantes en CMP.

⁹ v. not. : Chr. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, 321.356 et 442.52 ; J.-M. Brigant, *Lanceurs d'alerte*, JCL pénal des affaires, § 10 ; A. Dejean de la Bâtie, *Lanceurs d'alerte*, JCL communication, Fasc. 18-50, § 73 ; E. Raschel, *Diffamation - Justification*, JCL Communication, Fasc. 116, § 8 ; R. Parizot, *Les renversements de la responsabilité pénale*, RSC 2017, p. 363 ; C. Ghica-Lemarchand, *Le risque de responsabilité pénale des lanceurs d'alerte*, RDSS 2024 p.400 ; D. Roets, *Article 10 - Droit à la liberté d'expression - L'affinement de la protection (justification) conventionnelle accordée aux lanceurs d'alerte confrontés au « risque pénal »*, RSC 2023 p.632

¹⁰ A. Cerf-Hollender, *Rép. Droit du travail - Droit pénal du travail*, n° 276

¹¹ v. not. : Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83.774, P. ; Crim., 26 févr. 2020, n° 19-81.827, P. ; Crim., 22 sept. 2021, n° 20-85.434, P.

examiner si le délit de diffamation pouvait être justifié en application de l'article 122-9 du code pénal. Elle aurait dû écarter le moyen de défense tiré de cet article comme étant fondé sur un texte inapplicable.

2.3.- Pour autant, il paraît difficile de tenir pour indifférente la circonstance que les propos diffamatoires sont imputés à une personne qui s'est expressément prévalu de la qualité de lanceur d'alerte. Si cette qualité ne peut être invoquée sur le fondement de l'article 122-9 du code pénal, elle peut l'être sur celui de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (CESDH).

2.3.1.- Dans son arrêt de Grande Chambre *Guja c. Moldova* du 12 février 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a élaboré une grille de contrôle permettant de déterminer si et dans quelle mesure l'auteur d'une divulgation portant sur des informations confidentielles obtenues sur son lieu de travail pouvait invoquer la protection de l'article 10 de la Convention¹². Par la suite, par son arrêt, également rendu en Grande Chambre, *Halet c. Luxembourg*, du 14 février 2023, elle a, pour reprendre ses termes mêmes, confirmé et consolidé les principes se dégageant de sa jurisprudence en matière de protection des lanceurs d'alerte "*en en affinant les critères de mise en oeuvre, à la lumière du contexte européen et international*"¹³.

Pour l'essentiel, l'existence d'un contrôle spécifique est justifiée par la nécessité de protéger une personne qui, pour divulguer une information dans l'intérêt général, doit s'affranchir du "*devoir de loyauté, de réserve et de discrétion inhérent au lien de subordination*" à l'égard de son employeur, public ou privé. Ainsi, le plus souvent, la qualité de lanceur d'alerte est invoquée devant la Cour européenne pour contester la sanction motivée par la violation d'un tel devoir, qu'il s'agisse d'un licenciement ou une révocation¹⁴ ou, plus rarement, d'une sanction pénale pour atteinte à un secret protégé par la loi¹⁵.

Toutefois, la Cour européenne admet que la qualité de lanceur d'alerte puisse être également invoquée pour contester une condamnation, civile ou pénale, prononcée du chef de diffamation. Certes, en arrière-plan, demeure l'exigence que, pour tenir les propos qualifiés de diffamatoires, leur auteur a dû s'affranchir d'un devoir de confidentialité lié à sa situation professionnelle. La Cour européenne a jugé à plusieurs reprises qu'en l'absence d'une telle circonstance, l'intéressé, poursuivi

¹²CEDH GC, 12 févr. 2008, *Guja c. Moldova*, req. n° 14277/04

¹³CEDH GC, 14 févr. 2023, *Halet c. Luxembourg*, n° 218884/18, § 120

¹⁴ par ex. : CEDH *Guda* préc. ; CEDH 26 févr. 2009, *Kudeshkina c. Russie*, n° 29492/05 ; CEDH, 30 sept. 2010, *Balenovic c. Croatie*, n° 28369/07 ; CEDH, 12 oct. 2010, *Bathellier c. France*, n° 49001/07 ; CEDH, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08 ; CEDH, 17 sept. 2015, *Langner c. Allemagne*, n° 14464/11 ; CEDH, 9 janv. 2018, *Catalan c. Roumanie*, n° 13003/04 ; CEDH, 5 nov. 2019, *Herbai c. Hongrie*, n° 11608/15 ; CEDH, 16 févr. 2021, *Gawlik c. Liechtenstein*, n° 23922/19.

¹⁵ CEDH, 8 janv. 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, n° 40238/02

pour diffamation, ne pouvait se prévaloir de la protection spécifique due aux lanceurs d'alerte¹⁶.

Il reste que la grille d'analyse élaborée par la Cour européenne dans son arrêt *Guja* et affinée dans son arrêt *Halet* doit être mise en oeuvre chaque fois que l'auteur de propos qualifiés de diffamatoires se prévaut de la qualité de lanceur d'alerte, tel l'agent public ou l'employé d'une entreprise dénonçant, dans un but d'intérêt général, des dysfonctionnements découverts par lui dans le cadre de son activité professionnelle¹⁷.

2.3.2.- En cet état, plusieurs voies peuvent être envisagées dans la présente affaire.

Vous pourriez tout d'abord couper court au débat ouvert sur la reconnaissance du statut de lanceur d'alerte et ses conséquences si vous jugez à nouveau que la cour d'appel n'a pas justifié sa décision en tant qu'elle a refusé de reconnaître au prévenu le bénéfice de la bonne foi à la lumière des critères, qu'on pourrait qualifier d'ordinaires, rappelés dans votre précédent arrêt de cassation du 5 septembre 2023. La cassation, qui, le cas échéant, pourrait alors être prononcée de ce chef sans renvoi, rendrait sans objet l'appréciation de la motivation de l'arrêt relative au fait justificatif de lanceur d'alerte.

Si vous ne reteniez pas cette solution, qui ne s'impose pas avec évidence, trois autres voies paraissent pouvoir être envisagées.

- La première consisterait à rejeter le pourvoi après avoir écarté comme non fondé le moyen en tant qu'il critique le rejet de l'excuse de bonne foi et comme inopérant en tant qu'il est pris de la violation de l'article 122-9 du code pénal. Il pourrait en effet être opposé à M. [R] que, pour invoquer utilement la qualité de lanceur d'alerte, il aurait dû se fonder sur l'article 10 de la CESDH. Toutefois, une telle solution heurterait la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Pour celle-ci, dès lors que l'argumentation tirée de ce que la personne mise en cause a agi en cette qualité est dans le débat, il appartient aux juges nationaux d'en apprécier le bien-fondé au regard de l'article 10.

- La deuxième solution consisterait à casser avec renvoi l'arrêt attaqué après avoir relevé que la cour d'appel aurait dû apprécier le bien-fondé de l'argumentation du prévenu au regard, non de l'article 122-9 du code pénal, inapplicable dans des poursuites du chef de diffamation, mais de l'article 10 de la CESDH telle qu'interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts *Guja* et *Halet*.

¹⁶ par ex. : CEDH, 19 janv. 2016, *Aurelian Oprea c. Roumanie*, n° 12138/08 ; CEDH, 27 juin 2017, *Medzlis islamske Zajednice Brcko et a.*, n° 17224, § 79 et 80 ; CEDH, 9 déc. 2021, *Wojczuk c. Pologne*, n° 52969/13, § 83 à 87

¹⁷ par ex. : CEDH, 15 nov. 2012, *Bargao et Domingos Correia c. Portugal*, n° 53579/09 et 53582/09 ; CEDH, 21 juin 2016, *Soares c. Portugal*, n° 79972/12 ; CEDH, 27 août 2024, *Hrachya Harutyunyan c. Arménie*, n° 15028/16

- Enfin, une troisième solution consisterait à considérer que le débat qui s'est ouvert devant la cour d'appel en application de l'article 122-9 du code pénal, vous met en mesure d'apprécier le mérite de la motivation de l'arrêt attaqué au regard de l'article 10 de la CESDH. Selon le cas, vous pourriez alors, soit rejeter le pourvoi après avoir jugé que, bien qu'elle soit fondée à tort sur le premier de ces textes, la solution retenue par la cour d'appel apparaît fondée à la lumière du second, soit casser l'arrêt attaqué, le cas échéant sans renvoi, après avoir jugé qu'en application de l'article 10 CESDH la cour d'appel aurait dû constater une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du lanceur d'alerte.

La proximité entre les grilles de contrôle imposées par les dispositions de l'article 122-9 du code pénal et celles de l'article 10 de la CESDH vous permet de vous engager dans cette troisième voie sans méconnaître le principe du contradictoire. Cela pourrait être l'occasion pour vous de préciser l'articulation, en matière de diffamation, entre l'appréciation de la bonne foi selon les critères ordinaires et les règles, tirées de l'article 10 de la CESDH, assurant la protection particulière des lanceurs d'alerte.

2.4.- Dans cette perspective, il convient de rappeler brièvement la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme organisant cette protection.

2.4.1.- La Cour européenne ne donne aucune définition abstraite du "lanceur d'alerte", contrairement au législateur français et à plusieurs instruments internationaux. Comme on l'a vu (v. § 2.3.1), c'est à la lumière de la grille de contrôle qu'elle a élaborée dans son arrêt *Guja* du 12 février 2008 et perfectionnée dans son arrêt *Halet* du 14 février 2023 qu'elle examine si l'auteur des faits incriminés peut être regardé comme un lanceur d'alerte et si, en tant que tel, il a subi une ingérence excessive dans sa liberté d'expression.

2.4.2.- C'est à la lumière des textes adoptés sous l'égide du Conseil de l'Europe que la Cour de Strasbourg a délimité le champ du régime protecteur de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte : Résolution 1729 (2010) du 29 avril 2010¹⁸ et, surtout, Recommandation CM/Rec (2014) 7 du 30 avril 2014¹⁹. Pour la Cour, ce régime s'applique aux employés du secteur privé ou aux agents publics qui, dans l'intérêt général, révèlent une information dont ils ont eu connaissance dans le cadre de leur exercice professionnel dès lors du moins que cette connaissance, à défaut d'être exclusive, n'était partagée par eux qu'avec un "*petit groupe de personnes*".

¹⁸Résolution 1729 (2010) de l'Assemblée parlementaire du 29 avril 2010 sur la protection des donneurs d'alerte (v. Arrêt *Halet*, § 55)

¹⁹ Recommandation CM/Rec (2014) 7 du comité des ministres du 30 avril 2014 sur la protection des lanceurs d'alerte (v. Arrêt *Halet*, § 57)

Ce sont *“les caractéristiques propres à l’existence d’une relation de travail”* qui justifient, aux yeux des juges européens, la protection spécifique des lanceurs d’alerte. Il s’agit de prendre en compte, d’une part, *“le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion inhérent au lien de subordination (...) ainsi que, le cas échéant, l’obligation de respecter un secret prévu par la loi”* et, d’autre part, *“la position de vulnérabilité notamment économique”* à l’égard de l’employeur, public ou privé, ainsi que *“le risque de subir des représailles”* de la part de celui-ci²⁰.

Toutefois, prenant en compte les termes de l’article 4 de la directive 2019/1937, la Cour européenne a ouvert le champ de la protection due aux lanceurs au-delà du cas où l’auteur de la divulgation serait dans une situation de subordination propre au contrat de travail. Elle a jugé, notamment, conformément au paragraphe 2 de cet article, que la protection devait s’appliquer même lorsque la relation de travail a pris fin²¹. Rappelons que, selon les termes du paragraphe 1^{er} du même article, la protection des lanceurs d’alerte est susceptible de s’appliquer *“aux auteurs de signalement travaillant dans le secteur privé ou public qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel”*, formule large qui inclut, notamment, les travailleurs indépendants et les organes dirigeants.

2.4.3.- Dans ce périmètre, la Cour européenne des droits de l’homme, dans son arrêt *Guja* précité, a dégagé les six critères suivants pour déterminer si un employé ayant divulgué une information recueillie dans le cadre du travail peut bénéficier de la protection due aux lanceurs d’alerte :

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

Cette *“batterie de critères”* a été confirmée par la Cour dans son arrêt *Halet* qui en a précisé le sens et la portée.

2.4.3.1.- S’agissant des moyens utilisés pour procéder à la divulgation, la Cour, selon un schéma proche de celui retenu par le législateur français, juge que *“la voie hiérarchique interne permet en principe de concilier au mieux le devoir de loyauté des employés avec l’intérêt public que présente l’information divulgué”*. Elle admet toutefois que *“certaines circonstances peuvent justifier le recours direct à une voie externe de dénonciation”*, notamment *“lorsque la voie de divulgation interne manque de fiabilité ou d’effectivité”*²².

²⁰ CEDH *Halet* préc., not. § 116 et 119

²¹ CEDH *Hrachya Harutyunyan c. Arménie*, préc., § 44 et 45

²² CEDH *Halet* préc., § 121 à 123

2.4.3.2.- L'authenticité de l'information divulguée est regardée par la Cour comme un *“élément essentiel dans l'appréciation de la nécessité d'une ingérence dans la liberté d'expression d'un lanceur d'alerte”*. Bien entendu, il ne s'agit pas d'exiger de celui-ci *“qu'il établisse au moment de procéder au signalement l'authenticité des informations”*. L'alerte déterminera des investigations qui pourront lever l'incertitude sur ce point. La Cour insiste néanmoins sur la nécessité, pour l'intéressé, *“de vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, [que les informations divulguées] sont exactes et dignes de crédit”* ou encore *“précises et fiables”*. Il importe donc que le lanceur d'alerte se soit *“employé avec diligence”* à effectuer cette vérification. Aussi pour être considéré comme agissant *“de bonne foi”*, le donneur d'alerte doit avoir *“des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie”*. Autrement dit, si l'intéressé n'a pas d'obligation de résultat (établir), la Cour met à sa charge une obligation de moyen (vérifier)²³.

2.4.3.3.- Pour apprécier la bonne foi, au sens étroit qu'elle revêt comme critère autonome, la Cour invite principalement à s'attacher à *“la motivation”* de l'agent en recherchant s'il était animé par *“le désir de tirer un avantage personnel de son acte, notamment un gain pécuniaire”* - circonstance retenue à l'article 6 de la loi de 2016 comme un critère autonome, distinct de la bonne foi - ou encore *“s'il avait un grief personnel à l'égard de son employeur ou s'il était mû par une autre intention cachée”*. Le mode d'expression est également à prendre en compte, en examinant, notamment, si l'intéressé s'est livré à *“des attaques personnelles gratuites”*. Les initiatives prises par lui pour tenter de remédier à la situation au sein de l'entreprise avant de divulguer les informations sensibles sont encore citées par la Cour au nombre des éléments d'appréciation de la bonne foi. Il en est de même de la perception que l'intéressé pouvait avoir de l'authenticité de ces informations.

2.4.3.4.- Quant à l'intérêt public que présente l'information divulguée, la Cour rappelle que *“de manière générale, l'article 10 § 2 de la Convention ne laisse guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression sur les questions d'intérêt général”*. La délimitation des questions relevant de cette catégorie ne présente pas de spécificité. Il convient donc de se référer aux solutions retenues par la Cour lorsqu'elle est appelée à apprécier, en cas de sanction d'une atteinte à la vie privée ou à l'honneur et à la considération, s'il a été porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression²⁴. Dans son arrêt *Halet*, la Cour précise toutefois que *“l'intérêt*

²³ CEDH *Halet*, § 124 à 127

²⁴ La Cour rappelle ainsi que, selon sa jurisprudence *“dans le contexte général des affaires mettant en jeu la liberté d'expression et d'information, revêtent un intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité”*. Elle ajoute que *“Tel est le cas également des questions qui sont susceptibles de susciter une forte controverse, qui portent sur un thème social important, ou qui ont trait à un problème dont le public aurait intérêt à être informé (Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France [GC], no 40454/07, §§ 97-103, CEDH 2015)”* précisant que *“dans certains cas, l'intérêt de l'opinion publique pour certaines informations peut être si grand qu'il peut l'emporter sur une obligation de confidentialité imposée par la loi (Fressoz et Roire c. France [GC], no 29183/95 CEDH 1999-I)”* (CEDH *Halet*, préc., § 32)

*public susceptible de servir de justification à [la] divulgation ne saurait s'apprécier indépendamment du devoir de confidentialité ou du secret qui a été méconnu", de sorte que "l'appréciation de l'intérêt public de la divulgation d'informations protégées par un secret doit nécessairement s'effectuer compte tenu des intérêts que ce dernier vise à protéger". Elle conclut son analyse en posant le principe, déjà énoncé par elle, que "La question de savoir si une divulgation en méconnaissance d'un devoir de confidentialité sert ou non un intérêt public, de telle sorte qu'elle mérite la protection spéciale dont les lanceurs d'alerte peuvent bénéficier au regard de l'article 10 de la Convention, appelle (...) un examen qui s'effectue non de manière abstraite mais en fonction des circonstances de chaque affaire et du contexte dans lequel elle s'inscrit (...)"*²⁵.

2.4.3.5.- Rappelant la solution découlant de sa jurisprudence antérieure, la Cour énonce que *"le préjudice causé à l'employeur constitue l'intérêt qu'il convient de mettre en balance avec l'intérêt public que présente l'information divulguée"*. Elle précise que ce préjudice peut affecter, notamment, des intérêts privés et qu'il peut être *"de nature financier et/ou réputationnel"*. Estimant nécessaire *"d'affiner les termes de l'opération de mise en balance"*, elle a jugé qu'*"au-delà du seul préjudice causé à l'employeur, c'est l'ensemble des effets dommageables que la divulgation litigieuse est susceptible d'entraîner qu'il convient de prendre en compte pour statuer sur le caractère proportionné de l'ingérence dans le droit à la liberté d'expression des lanceurs d'alerte protégés par l'article 10 de la Convention"*. A titre d'exemple, elle relève qu'une même divulgation peut affecter à la fois la protection du droit de propriété, la préservation d'un secret, la confiance des citoyens en l'Etat etc.

2.4.3.6.- Il reste à présenter le critère tiré de la sévérité de la sanction. De manière générale, la sanction - qu'elle soit ou non pénale - ne doit pas avoir un effet dissuasif sur la liberté d'expression. A cet égard, la Cour a rappelé, notamment, que *"dans le contexte particulier du lancement d'alerte (...) l'utilisation de la voie pénale pour sanctionner la divulgation d'informations confidentielles était incompatible avec l'exercice de la liberté d'expression, eu égard aux répercussions sur son auteur - notamment au regard de sa carrière professionnelle - et à l'effet dissuasif vis-à-vis d'autres personnes"*. Elle a toutefois ajouté qu'il convenait *"de garder à l'esprit que dans de nombreux cas, selon le contenu de la divulgation et la nature du devoir de confidentialité ou de secret qu'elle méconnaît, le comportement de la personne qui demande la protection dont peut bénéficier un lanceur d'alerte peut légitimement constituer une infraction pénale"*, précisant que *"ni la lettre de l'article 10 de la Convention ni la jurisprudence de la Cour n'excluent qu'un même acte puisse, le cas échéant, donner lieu à un cumul de sanctions ou engendrer de multiples répercussions, sur le plan professionnel, disciplinaire, civil ou pénal"*. En pareils cas, *"la nature et la lourdeur des peines infligées constituent des éléments à prendre en compte lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité d'une atteinte au droit à la*

²⁵ CEDH, *Halet*, préc., § 131 à 144

liberté d'expression" et *"il en va de même de l'effet cumulé des différentes sanctions"*.²⁶

2.4.4.- Ainsi présentés, ces critères appellent plusieurs observations.

D'abord, on relèvera avec la Cour européenne elle-même qu'il existe une évidente porosité entre plusieurs d'entre eux, appelés à se fondre dans une appréciation globale. Il en est ainsi plus spécialement entre ceux tirés des moyens de divulgation utilisés, de la bonne foi et de l'authenticité des informations.

Ensuite, mis en oeuvre par le juge national, ces critères doivent être intégrés dans ses propres catégories. Telle qu'elle est définie en matière de diffamation, la bonne foi déborde le contenu qui lui est donné dans la grille d'analyse européenne. Elle implique en réalité la mise en balance de l'ensemble des critères constituant celle-ci.

Enfin, certains critères peuvent apparaître moins favorables à la protection de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte que ceux résultant de la loi précitée du 9 décembre 2016. Il en est ainsi de celui tiré du "désir de tirer un avantage personnel de son acte, notamment un gain pécuniaire". Dans sa version initiale, l'article 6 de la loi précitée exigeait que le lanceur d'alerte ait agi de manière "désintéressée". Cette condition est apparue à la fois trop floue et trop exigeante. Désormais, depuis la modification apportée par la loi du 21 mars 2022, il est seulement exigé que l'intéressé ait agi "*sans contrepartie financière directe*". Ce critère devrait être retenu y compris pour l'application de l'article 10 de la CESDH. Il paraît en effet difficilement justifiable que la définition du lanceur d'alerte varie selon le cadre juridique applicable et l'unification doit bien entendu s'opérer dans le sens le plus favorable à la liberté d'expression.

2.5.- La grille de contrôle conçue par la Cour de Strasbourg pour la protection de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte ayant été exposée, il reste à trancher la question de son articulation avec celle ordinairement applicable en matière de diffamation.

2.5.1.- On soulignera d'emblée la grande proximité des critères d'appréciation mis en oeuvre dans les deux grilles.

Comme vous l'avez énoncé dans l'arrêt de cassation rendu dans la présente procédure : *"lorsque l'auteur des propos soutient qu'il était de bonne foi, il appartient au juge de rechercher, en premier lieu, en application de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, si lesdits propos s'inscrivent dans un débat d'intérêt général et reposent sur une base factuelle suffisante, notions qui recouvrent celles de légitimité du but de l'information et d'enquête sérieuse, afin, en second lieu, si ces deux*

²⁶ CEDH, *Halet*, § 149 à 154

conditions sont réunies, d'apprécier moins strictement les critères de l'absence d'animosité personnelle et de la prudence et mesure dans l'expression".

Il y a une correspondance évidente entre le critère tiré de l'intérêt public attaché à la divulgation de l'information litigieuse et celui tiré du rattachement de propos diffamatoires à un débat d'intérêt général. De même, on ne peut manquer d'établir un rapprochement entre la nécessité de vérifier les informations divulguées et l'exigence que les propos diffamatoires reposent sur une base factuelle suffisante. Au demeurant, la notion de base factuelle figure dans plusieurs des arrêts par lesquels la Cour Européenne a été appelée à apprécier l'atteinte à la liberté d'expression de lanceurs d'alerte poursuivis pour diffamation²⁷. Enfin, en tant qu'il suppose d'examiner si la personne prétendant au statut de lanceur d'alerte avait *"un grief personnel à l'égard de son employeur ou s'il était mû par une autre intention cachée"*, le critère tiré de la bonne foi évoque l'exigence d'absence d'animosité personnelle qui constitue, en matière de diffamation, l'un des critères, secondaires, d'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence dans la liberté d'expression.

2.5.2.- En l'état de la proximité des grilles d'analyse, l'on peut s'interroger sur l'intérêt d'appliquer en matière de diffamation celle conçue pour la protection de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte. L'intérêt d'une telle grille se conçoit pour les infractions, telles les atteintes au secret, qui, bien que n'ayant pas par elles-mêmes pour objet de sanctionner les excès de la liberté d'expression, peuvent être mises en oeuvre à cet effet. Il s'agit alors d'examiner si l'incrimination du comportement correspondant ne constitue pas une ingérence disproportionnée dans l'exercice de cette liberté en empruntant largement la grille de contrôle applicable en matière de diffamation.

En revanche, dès lors que la répression de la diffamation suppose nécessairement que soit contrôlée la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression dans le cadre de l'examen de l'excuse de bonne foi, on pourrait être tenté de soutenir qu'en la matière le cadre proposé par la jurisprudence relative aux lanceurs d'alerte pour l'exercice de ce contrôle n'apporte pas de garanties supplémentaires.

Toutefois, une telle analyse n'apparaît pas conforme à la volonté affichée par les juges européens d'assurer une protection renforcée des lanceurs d'alerte, y compris lorsqu'ils sont poursuivis du chef de diffamation. C'est que le délit de diffamation est *"fréquemment mobilisé dans le cadre de procédures-bâillons initiées à la suite d'alertes publiques médiatisées"*²⁸. Il faut donc considérer que la reconnaissance de cette qualité doit conduire à apprécier de manière plus souple certaines conditions de la bonne foi. On songe plus spécialement à l'exigence d'une base factuelle suffisante.

²⁷ CEDH, 15 nov. 2012, *Bargao et Domingos Correia c. Portugal*, préc. § 42 ; CEDH, 21 juin 2016, *Soares c. Portugal*, préc. § 46

²⁸ D. Roets, préc.

2.5.3.- Comme le relèvent plusieurs auteurs²⁹, en matière de diffamation, la circonstance qu'une personne a agi comme lanceur d'alerte doit être prise en compte de manière à ce que l'appréciation de la bonne foi soit portée en conformité avec les exigences de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'interprété par la Cour de Strasbourg. Autrement dit, il ne s'agit pas de créer de manière prétorienne une nouvelle excuse mais, en se plaçant exclusivement dans le cadre de l'excuse de bonne foi, de moduler les critères d'appréciation de celle-ci en fonction des circonstances dans lesquelles les propos litigieux ont été tenus.

Le raisonnement doit donc se dérouler en deux temps, même si, en pratique, ces deux temps sont quelque peu imbriqués.

Il convient d'abord de déterminer si l'on se trouve dans le champ de la protection des lanceurs d'alerte et donc d'apprécier si les conditions spécifiques à la mise en oeuvre de cette protection sont réunies. Il s'agit des conditions tenant au contexte professionnel de la découverte des informations, aux canaux suivis pour leur révélation, à l'intérêt public attaché à cette révélation et à l'absence de contrepartie financière directe.

A l'issue de cette vérification, soit il apparaît que l'on se trouve dans le champ de la protection et la bonne foi doit être appréciée selon les critères dégagés par Cour de Strasbourg dans ses arrêts *Guja* et *Halet*, soit tel n'est pas le cas et la bonne foi doit être appréciée selon les critères appliqués ordinairement en matière de diffamation. Concrètement, l'enjeu réside dans une appréciation plus ou moins stricte de l'exigence d'une vérification sérieuse combinée avec celle de prudence dans l'expression et d'absence d'animosité personnelle.

Si l'on est dans le champ de la mise en oeuvre des critères dégagés par les arrêts *Guja* et *Halet*, il n'y aura en réalité jamais lieu à mettre en oeuvre le critère ordinaire de la bonne foi. Soit il apparaît qu'il a été porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et l'appréciation de la bonne foi selon les critères ordinaires est sans objet. Soit, il résulte au contraire de l'analyse effectuée au regard des règles destinées à assurer la protection des lanceurs d'alerte qu'aucune atteinte disproportionnée n'a été portée à la liberté d'expression et la solution s'impose a fortiori au regard des critères ordinaires. Dans ces cas de figure, il n'y a pas lieu de manier successivement les deux balances. L'arrêt attaqué illustre d'ailleurs parfaitement la redondance de la double réponse.

²⁹ D. Roets, *préc.* ; J.-B. Perrier, JCL pén. article 122-9 du code pénal, faits justificatifs de lanceurs d'alerte, § 47. Si le professeur Perrier relève que *“la diffamation est une infraction particulièrement susceptible d'être neutralisée par le bénéfice du statut de lanceur d'alerte”*, il estime que cette neutralisation ne peut intervenir dans le cadre de l'article 122-9 du code pénal *“dont les termes semblent exclure une application extensive”*.

3.- C'est à la lumière de ces observations qu'il convient d'apprécier la motivation de l'arrêt attaqué.

3.1.- Les propos diffamatoires reprochés à M. [R] sont les suivants :

“J'ai appris que mon partenaire en affaire ([M] [O]) continuait secrètement à vendre ces préparations depuis 2014 et jusqu'à tard en 2019 - contrairement aux déclarations faites aux organismes anti-fraude français et à la décision de la Société de cesser les produits remplis de médicament.

“En 2015, mon associé et sa femme ([J] [A]) m'ont proposé une part dans une nouvelle entreprise de cosmétique dermatologique visant [à] copier les produits de soin de la peau [E] & Moy /M&M (la gamme peut être vue ici skincity ; ces marques sont détenues par le Dr. [N] [E]).

“La femme de mon associé avait été le distributeur exclusif de cette marque de médecin à grand succès pendant les 15 dernières années. J'ai décidé de ne pas prendre part au projet, qui est à mon avis (essentiellement) du vol. La marque copie [1] été lancée sans moi et détourne aujourd'hui avec succès les ventes et les clients des affaires du Dr. [E] et aussi de [2].

“En 2018 et 2019, j'ai découvert des dispositifs médicaux [2] non-conformes (gamme Cosmo Peel & Mela Peel Forte) - produits qui ont été fournis par 2 fournisseurs historiques qui restent gérés de près par mon associé, ainsi que des irrégularités que N. [O] m'a avouées (...)

“Ces problèmes de produits non conformes soulèvent des questions fondamentales sur les risques d'auto-certification des dispositifs médicaux de classe A (...)

“En 2019, avec son laboratoire non certifié nouvellement créé, [3] France a fabriqué des dispositifs médicaux expérimentaux, puis a procédé à des essais cliniques illégaux. Ces pratiques dangereuses doivent être arrêtées immédiatement (j'ai informé les autorités compétentes) (...)

“Une campagne de viles représailles.

“Dans les minutes qui ont suivi notre discussion, ma famille et moi sommes devenus les cibles d'une campagne violente de représailles.

“Mon associé (...) a contacté mon réseau d'associés en déversant des mensonges, et a ensuite pris le contrôle à distance de ma Mercedes 500 GLE de Société et a même accédé illégalement et pris tous les courriels Yahoo, en utilisant son numéro de téléphone privé au lieu du mien.

“De plus, pour m’asphyxier financièrement : il a bloqué le paiement de mon salaire, des avantages sociaux, des primes et des dividendes du directeur général, il a procédé au vol de mon stock d’Equipements Médicaux incriminés de mon entreprise de distribution suisse (en falsifiant des documents envoyés de mon entrepôt suisse), a commencé à contacter et à envoyer directement à mes clients suisses et ensuite en représailles supplémentaires a annulé mon contrat de distribution suisse.

“[M] [O] est actuellement en train d’essayer de copier les préparations des produits [7] (sous licence et fournis à [2] pendant les 6 dernières années) : tous les produits « fabriqués en Suisse » vendus à travers la gamme [2] : Dermalift 5.0, Actif Retinel 0.5 et 1.0, Tri Vita C30 et Regen Ceutic. Ces produits génèrent actuellement plus de 10 millions d’Euros en ventes au détail par an.

“Ma famille et moi avons fait l’objet d’une campagne d’intimidation systématique, de harcèlement et d’asphyxie.

“C’est de l’oppression d’actionnaire classique et plus encore.”

Selon la synthèse qu’en fait la cour d’appel (p. 10/11), les imputations diffamatoires à l’égard de M. [O] résultant de ces propos peuvent être ainsi répertoriées :

- Vente secrète et frauduleuse de préparations “remplies de médicaments” ;
- Création avec sa compagne d’une entreprise de cosmétique dermatologique visant à copier les produits d’une société concurrente, pratiques s’assimilant à des vols ;
- Production de dispositifs médicaux non conformes et entachés d’irrégularités ;
- Création d’un laboratoire non certifié au sein duquel ont été effectués des essais cliniques illégaux et dangereux ;
- Mise en oeuvre d’une campagne de violentes représailles à l’égard de M. [R] et de sa compagne à travers des mensonges, la prise de contrôle à distance de son véhicule, l’accès frauduleux à ses courriels, le blocage de son salaire, le vol de son stock d’équipements médicaux, la falsification de documents, l’annulation de son contrat de distribution ;
- Copie des préparations des produits [7].

3.2.- La cour d’appel s’est attachée à examiner si, comme le soutenait M. [R], celui-ci était demeuré dans les limites de la liberté d’expression accordée aux lanceurs d’alerte.

3.2.1.- Selon ses constats, les circonstances de la divulgation plaçaient celle-ci dans le champ du lancement d’alerte.

S’étant située - à tort - dans le cadre de l’article 122-9 du code pénal, rédigé en termes très généraux, elle n’a pas spécialement examiné la question de savoir s’il était possible de considérer que les informations litigieuses avaient été découvertes par M. [R] dans un contexte professionnel. Vous êtes cependant en mesure de vous assurer, au vu de l’exposé des faits constants figurant dans l’arrêt attaqué que c’est en qualité d’associé de la société [3] que M. [R] a pu accéder à ces informations.

Certes, en l'absence d'indications précises sur ce point, on ne peut affirmer qu'il aurait été lié à la société par un contrat de travail et qu'il se serait ainsi trouvé à son égard dans une situation de subordination³⁰. Mais on a vu que la Cour européenne des droits de l'Homme, prenant en compte les termes de l'article 4 de la directive 2019/1937, a ouvert le champ de la protection due aux lanceurs d'alerte au-delà d'un tel cas de figure. Les associés qui signalent des errements de l'entreprise à laquelle ils appartiennent s'affranchissent du "*devoir de loyauté, de réserve et de discrétion inhérent*" à leur qualité et s'exposent à des représailles³¹. Ce sont ces considérations qui, dans la jurisprudence de la Cour, justifient que soit mise en oeuvre la protection spécifique de la liberté d'expression due aux lanceurs d'alerte³².

Par ailleurs, sans préjuger de l'authenticité des informations divulguées, il ne fait pas de doute que, comme l'a relevé la cour d'appel, "*la production et la commercialisation de produits dermatologiques contenant des substances médicamenteuses non certifiées, issues d'essais cliniques illégaux et de processus d'auto-certification sans autorisation de mise sur le marché constitue*" tout à la fois "*un délit*" et "*une menace pour l'intérêt général*" (arrêt, p. 11 in fine). Il était donc dans l'intérêt général de partager de telles informations "d'intérêt public". La même appréciation peut être portée s'agissant de la dénonciation des représailles dont M. [R] et sa compagne auraient fait l'objet.

S'agissant des canaux suivis pour la divulgation des informations, il n'existe pas davantage de contestation. Après avoir exposé l'argumentation de la partie civile et du prévenu, la cour d'appel admet qu'il était dans l'intérêt général de révéler la production et la commercialisation de produits dermatologiques contenant des médicaments non certifiés, élaborés à l'issue d'essais cliniques illégaux et de processus d'auto certification sans autorisation de mise sur le marché. Elle admet également qu'en raison du danger grave et imminent que font courir de tels manquements, il peut être justifié de les révéler sans attendre l'issue des différentes procédures engagées pour les faire sanctionner, étant précisé que M. [R] ne disposait, en interne, d'aucun moyen de signalement efficace.

Enfin, à aucun moment la cour d'appel ne relève que M. [R] aurait agi moyennant une contrepartie financière directe.

3.2.2.- Pour écarter néanmoins l'argumentation de M. [R] tirée de ce qu'il aurait été porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du lanceur d'alerte, la

³⁰ Il résulte des conclusions de M. [O] telles que citées par l'arrêt attaqué que M. [R] était associé minoritaire à 18% de la société dont il avait été directeur non exécutif et consultant avant de "perdre ces titres" (arrêt, p. 5).

³¹ Selon l'article 4 de la directive, le champ de la protection des lanceurs d'alerte s'étend "*aux auteurs de signalement (...) qui ont obtenu des informations sur des violations dans un contexte professionnel, y compris au moins : (...) c) les actionnaires et les membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance d'une entreprise, y compris les membres non exécutifs (...)*".

³² CEDH, 9 déc. 2021, *Wojczuk c. Pologne*, préc., § 85, 86

cour d'appel retient tout d'abord que ses révélations ont été inspirées non par des considérations d'intérêt général mais par une animosité personnelle s'inscrivant dans un contexte fortement conflictuel trouvant son origine, selon le prévenu lui-même, dans *“différentes mésententes sur la gestion de la société”* et sa traduction dans de nombreux recours contentieux engagés de part et d'autre. Elle souligne en outre que M. [R] ne peut être considéré comme étant désintéressé dès lors que ses propos s'inscrivent dans un contexte de rivalité industrielle et commerciale. Elle relève à cet égard qu'il est dirigeant des sociétés [4] et [7], spécialisées dans le développement, la fabrication et la commercialisation de produits de beauté et de bien-être et qu'il reproche, notamment, à son ancien associé d'avoir contrefait les produits de la société [4]. La cour d'appel ajoute que les modalités de diffusion des propos litigieux révèlent que l'objectif de M. [R] était moins d'alerter les consommateurs que de discréditer son ancien associé et la société [3] dans le milieu économique, le choix ayant été fait par lui de recourir à un réseau social - LinkedIn - ciblant les professionnels et de relayer son message par courriel auprès des partenaires de la société. Elle retient encore que le fait de ne pas avoir attendu l'issue des procédures engagées par lui révèle la volonté de M. [R] d'atteindre M. [O].

Par ailleurs, quant à l'authenticité des informations diffusées, la cour d'appel, rappelle que *“quiconque choisit de divulguer des informations doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'elles sont exactes et dignes de crédit”*. Elle précise que *“le donneur d'alerte doit être présumé de bonne foi sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas”*. On retrouve les formules de la Cour de Strasbourg.

Procédant ensuite à l'examen des éléments susceptibles de fonder les révélations relatives aux graves non-conformités sanitaires de certains produits cosmétiques, la cour d'appel retient en substance qu'ils sont insuffisants. Elle estime que les rapports d'analyse du laboratoire [1] fournis par M. [R] et dont elle expose les conclusions, soit n'établissent pas la non-conformité des produits analysés, soit ne présentent pas de garanties suffisantes d'objectivité et d'impartialité. Elle constate par ailleurs que si, dans sa lettre d'injonction du 17 février 2021, l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM) a mis en évidence des manquements de la société [3] France, ces manquements, qu'elle décrit, de nature informative ou administrative, ne sont *“en aucun cas de la nature et surtout de la gravité de ceux dénoncés”*. Elle relève enfin que le jugement du tribunal correctionnel également produit par le prévenu au soutien de ses propos est relatif à des faits anciens totalement étrangers aux accusations portées par lui.

Examinant enfin les autres imputations diffamatoires contenues dans le message litigieux, la cour d'appel constate qu'aucun élément ne conforte celles relatives à la contrefaçon des produits de la société [7] et des produits du docteur [E]. Elle constate par ailleurs que certains actes présentés comme étant de représailles n'étaient que la conséquence directe de leur désaccord et de la perte de confiance

qui en était résulté, tandis que d'autres, tels que le vol de stock, la falsification de documents ou la prise de contrôle d'un véhicule ne sont étayés par aucun élément.

La cour d'appel conclut de cette analyse en énonçant que *"M. [R] a proféré des accusations graves et préjudiciables sans vérifier préalablement avec sérieux et vigilance, dès lors que les circonstances le permettaient, qu'elles étaient exactes et dignes de crédit"*.

3.2.3.- A la première branche du moyen, le demandeur fait valoir justement que la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire ou mieux s'en expliquer, d'une part, énoncer qu'en raison du danger grave et imminent auquel exposaient les manquements dénoncés, il était justifié qu'il les divulgue sans attendre les suites des plaintes ou signalements qu'il avait adressés aux autorités judiciaire et administrative et, d'autre part, retenir qu'en portant publiquement de graves accusations sans attendre l'issue de ces plaintes et signalements, il avait manifesté sa volonté d'atteindre personnellement M. [O].

Toutefois, la censure n'est pas encourue dès lors qu'abstraction faite de ce motif surabondant, la cour d'appel a exposé les éléments dont il résulte qu'il n'a pas été porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression du lanceur d'alerte protégée par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme interprété à la lumière des arrêts *Guja* et *Halet* de la Cour de Strasbourg de sorte que l'excuse de bonne foi ne pouvait être accueillie.

Il résulte en effet des motifs de l'arrêt attaqué que M. [R], inspiré par une volonté de nuire à M. [O] dans un contexte de rivalité professionnelle, a formulé des imputations diffamatoires d'une particulière gravité, plusieurs des faits imputés étant susceptibles de revêtir une qualification pénale, sans en avoir vérifié la réalité avec le sérieux nécessaire alors qu'elles étaient, selon le cas, soit dépourvues de tout fondement, soit sans commune mesure, par leur nature ou leur gravité, avec la réalité des dysfonctionnements ou anomalies susceptibles d'avoir été constatés.

Le moyen revient, pour l'essentiel, à remettre en cause l'appréciation souverainement portée par la cour d'appel sur la teneur des pièces produites par le prévenu au soutien de ces imputations³³. Il convient en outre de préciser que certaines de ces pièces, telle la lettre d'injonction de l'ANSM du 17 février 2021, sont en réalité postérieures à la date de diffusion des propos diffamatoires et ne sont donc pas de nature à établir le sérieux des vérifications auxquelles M. [R] était tenu de se livrer à cette date³⁴. Par ailleurs, comme cela est relevé en défense, la critique de dénaturation adressée à l'analyse des rapports [1] est en tout état de cause inopérante, la cour ayant retenu que leur objectivité et leur impartialité étaient

³³ Civ. 1^{ère}, 11 mai 2022, n° 21-16.156, P. ; Crim. 9 févr. 2016, n° 14-86.726 ; Crim., 12 mai 2015, pourvoi n° 13-80.272 ; Civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, n° 05-21.344, P. ; Civ. 2^{ème}, 14 mai 2002, n° 99-19.239, P.

³⁴ Crim. 5 sept. 2006, n° 05-86.567 ; Crim. 6 mai 2008, n° 07-82.250, 251, 252, P.

incertaines. On précisera encore que, contrairement à ce qui est soutenu par le demandeur à la huitième branche du moyen, la cour d'appel pouvait parfaitement, sans se contredire, d'une part, retenir que l'objet du message litigieux, qui était de dénoncer des pratiques susceptibles de constituer un danger grave et imminent pour la santé publique, entrait dans le champ du régime protecteur des lanceurs d'alerte et, d'autre part, après analyse des éléments de preuve, constater que les dénonciations ne correspondaient pas à la réalité. De même, contrairement à ce qui est soutenu à la deuxième branche, la cour d'appel pouvait, sans se contredire, constater que les propos avaient fait l'objet d'une diffusion publique tout en soulignant que le média utilisé ciblait les professionnels.

4.- En conséquence, nous concluons au rejet du pourvoi. Certes, c'est à tort que la cour d'appel a fait application de l'article 122-9 du code pénal pour apprécier si le prévenu devait bénéficier de la protection de la liberté d'expression des lanceurs d'alerte alors qu'en matière de diffamation, cette appréciation doit être portée dans le cadre de l'examen de l'excuse de bonne foi à la lumière de l'article 10 de la CESDH tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts *Guja* et *Halet*. Toutefois, vous êtes en mesure de vous assurer que les motifs par lesquels la cour d'appel a refusé au prévenu le bénéfice de cette protection sont conformes aux exigences des stipulations conventionnelles.