Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction

Jean-Philippe Foegle

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2367>

DOI : 10.4000/revdh.2367

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Jean-Philippe Foegle, « Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 06 juillet 2016, consulté le 21 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2367> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2367>

Ce document a été généré automatiquement le 21 décembre 2020.

Tous droits réservés

Lanceur d'alerte ou « leaker » ? Réflexions critiques sur les enjeux d'une distinction

Jean-Philippe Foegle

- 1 « Un secret est un secret, et nous ne pouvons vous dire pourquoi il s'agit d'un secret, ni qui décide qu'il s'agit d'un secret, car il s'agit d'un secret ». La frustration exprimée par le personnage d'Alice de l'inénarrable Lewis Carrol témoigne à merveille du caractère parfois absurde du secret, qui, lorsqu'il revêt une portée absolue, coupe court à toute velléité de débat et conduit à placer hors du champ de la délibération démocratique nombre de faits et comportements dont le public devrait pouvoir prendre connaissance¹. Le « Public » : qualifié tantôt de fantôme², tantôt d'elliptique³, réduit au silence dans un monde où la réalité des choses n'a de cesse de se complexifier et de priver les citoyens de capacités de se saisir efficacement des problèmes qui se posent à lui, c'est pourtant en son nom que les gouvernements commettent les actions les moins recommandables. Et, sans l'action des lanceurs d'alerte, celui-ci n'aurait pu prendre conscience de l'ampleur de la violation des droits de l'homme commise par les agences de sécurité Nord-Américaines, ni encore de l'ampleur de la fraude fiscale à laquelle se livrent nombre d'entreprises multinationales⁴.
- 2 Ainsi et plus que jamais, l'équilibre des pouvoirs en démocratie repose sur la distinction, lumineusement énoncée par Walter Lippman, entre ceux qui savent (les « insiders ») et ceux qui sont privés du pouvoir que confère l'information (les « outsiders »)⁵. Or, le secret gouvernemental, porté à son terme, déséquilibre les relations de pouvoir entre gouvernants et gouvernés rappelle Frank Pasquale, « celui qui est invisible, et qui donc peut voir tout ce que font les autres à leur insu, dispose d'un avantage stratégique énorme »⁶. Avec, pour conséquence, un risque accru d'abus de pouvoirs, la conception rigide et extensive du « secret de la défense nationale » prévalant dans un grand nombre d'ordres juridiques conduisant à rendre malaisée la détection de violations avérées de droits de l'homme⁷. Comme le soulignait Danièle

Lochak il y a près de 25 ans, le secret gouvernemental, lorsqu'il est porté à son terme témoigne de que « la raison d'Etat ne fait jamais bon ménage avec la démocratie »⁸.

- 3 Rien d'étonnant, dès lors, à ce que les controverses relatives à l'étendue à accorder au secret convoquent, dans les débats doctrinaux comme dans les « arènes » judiciaires, une rhétorique faisant appel aux valeurs ultimes⁹, celles conçues par les acteurs juridiques comme fondatrices de l'idéal démocratique. Aux États-Unis, nombre de membres de la doctrine ont souligné que la liberté d'information trouve son fondement dans les idées constitutionnelles les plus essentielles des « founding fathers » qui, comme James Madison, étaient convaincus de l'existence d'un lien intime, organique, entre la transmission d'un flux adéquat d'informations (proper flow of information) au public, et la souveraineté populaire (self-gouvernement)¹⁰. De même, dans sa jurisprudence sur les lanceurs d'alerte, la Cour a en effet rappelé de manière itérative que « [...] dans un système démocratique, les actions ou omissions du gouvernement doivent se trouver placées sous le contrôle attentif non seulement des pouvoirs législatif et judiciaire, mais aussi des médias et de l'opinion publique »¹¹.
- 4 Toutefois, si la menace d'une révélation « freine généralement les atteintes aux droits de l'homme »¹², il ne fait non plus guère de doutes que la transparence portée à ses extrémités porte en elle les germes de l'autoritarisme car, comme le rappelait Guy Carcassonne, celle-ci « confond la fin et les moyens et, dans son absolutisme, se rattache beaucoup plus étroitement au totalitarisme qu'à la démocratie »¹³. Aux États-Unis, où les débats en la matière sont particulièrement parlants, les discours doctrinaux relatifs à l'équilibre entre transparence et secret ne manquent pas de souligner que James Madison lui-même avait insisté sur la nécessité pour un gouvernement de maintenir le secret sur ses activités¹⁴. En résumé s'il ne fait pas de doute que « les démocraties constitutionnelles ne peuvent s'accommoder de vivre avec le secret, mais ne peuvent pas non plus vivre sans » comme l'ont souligné, de belle manière, les professeurs Cole, Fabbrini et Vidaschi¹⁵.
- 5 L'intérêt du lanceur d'alerte pour les politiques publiques tient précisément à ce qu'il permet de corriger les effets les plus néfastes du secret : introduisant en permanence une « logique d'insubordination »¹⁶ au sein des relations de travail, le phénomène questionne en permanence le lien de loyauté unissant l'employé à son organisation. Plus largement, comme le rappelle Robert Vaughn, le lancement d'alerte repose « [...] sur la majorité des principes opérationnels de la désobéissance civile » et a pour fondement « la possibilité de refuser de donner aux institutions gouvernementales et aux bureaucraties privées le consentement [...] qui constitue précisément la source du pouvoir de ces institutions »¹⁷. C'est ainsi le secret et son aménagement qui se trouve au cœur de la notion d'alerte, notion marquée par un conflit de loyauté¹⁸ et se traduisant par une dialectique permanente entre secret et transparence.
- 6 La construction de la figure juridique du « lanceur d'alerte » laisse donc à voir, en arrière-fond, l'existence de débats sur la portée à conférer à la transparence en démocratie, sans pour autant qu'il faille toutefois en conclure que le lancement d'alerte ait pour principale fonction de renforcer la transparence. Certes, dans nombre d'hypothèses, le lancement d'alerte apparaît concomitamment au développement des lois sur la transparence¹⁹, ce qui suggère l'existence d'un lien étroit entre les notions de « gouvernement ouvert » et celle de lancement d'alerte. Toutefois, si le lanceur d'alerte apparaît comme un acteur juridique permettant de favoriser la transparence sur les activités gouvernementales, cette liaison entre lancement d'alerte et transparence se

situé dans le domaine des moyens et non des fins. En effet, la prise de parole du lanceur d'alerte ne tire pas nécessairement sa source dans une volonté de celui-ci de contester le principe du secret en lui-même : lever le secret est avant tout une nécessité pour dénoncer une atteinte à l'intérêt public. Le concept de « whistleblower » n'a jamais été pensé comme un substitut au manque de transparence gouvernementale et le lanceur d'alerte n'est ni un héros, ni un héraut de la transparence démocratique.

- 7 Or, les débats ayant suivi les affaires « Wikileaks » et « Snowden » ont largement occulté cette qualité essentielle du lancement d'alerte, en désignant sous l'appellation de « lanceur d'alerte » des acteurs tels que Wikileaks²⁰ ou même les Anonymous²¹. À cet égard, l'usage stratégique de la notion réalisée ne fait pas que maintenir une incertitude cognitive : il semble contribue également à neutraliser sa portée en voulant lui conférer un champ d'application bien trop vaste, rendant de fait celle-ci peu opérante. Or, aux États-Unis, c'est précisément la possibilité d'identifier de manière claire et précise la notion de lanceur d'alerte qui a permis à celle-ci de s'installer durablement dans le paysage juridique et culturel Nord-Américain. Les sociologues Glazer et Glazer soulignent ainsi dans leur ouvrage « The Whistleblowers : Exposing corruption in government and industry »²² que la médiatisation des « résistants éthiques » des années 1960 a permis de légitimer le rôle des lanceurs d'alerte, en traçant les contours de ce que le politologue Robert Vaughn a nommé le « récit des lanceurs d'alerte »²³, à savoir un ensemble d'« exemples » de personnes persécutées pour avoir voulu le bien public et qui, tout à la fois, ont légitimé le rôle des lanceurs d'alerte et sonnent comme autant d'injonctions aux pouvoirs publics de protéger ceux-ci.
- 8 L'un des éléments fondamentaux de la construction de la notion de « lanceur d'alerte » ou « whistleblower » dans les États dotés d'une législation relative à l'alerte depuis des décennies a trait à la séparation des concepts de « lanceur d'alerte » ou « whistleblower » celui de « leaking », terme que l'on pourrait traduire par « fuitier d'information » et qui s'applique généralement aux lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement et de la défense, tels Bradley Manning et Edward Snowden.
- 9 Le présent article a pour ambition de reprendre la distinction analytique élaborée par la doctrine Nord-Américaine en examinant ses effets juridiques, et de critiquer les insuffisances de celle-ci.
- 10 Dans un premier temps, nous pointerons l'insuffisance de la notion de « leaker » telle qu'elle est entendue par les scientifiques Nord-Américains en démontrant que celle-ci, en se fondant de manière stratégique sur le caractère formellement illégal des alertes, conduit à occulter la diversité des fuites d'information et tend à commettre un contresens en excluant du qualificatif de « lanceur d'alerte » des personnes qui, telles qu'Edward Snowden et Bradley Manning, peuvent sans conteste se prévaloir d'un intérêt public prépondérant lié à la nature de leurs divulgations. (I)
- 11 Il s'agira par la suite, d'élaborer la distinction du « leaker » et du « lanceur d'alerte » sur la base d'un autre fondement, ne tenant pas cette fois-ci au caractère illégal de la divulgation, mais aux fins poursuivies par l'alerte à la motivation du « lanceur d'alerte ». Ceci conduira à distinguer deux types d'acteurs juridiques aux motivations et aux fonctions bien différentes : d'une part, ceux que je qualifierai de professionnels de la transparence et qui font de la transparence une fin et une activité militante ou professionnelle à titre principal. Et, d'autre part, les « lanceurs d'alerte », pour lesquels

la transparence constitue non une fin mais un moyen et dont l'action ne s'inscrit pas stricto sensu contre le principe du secret gouvernemental. (II)

I- L'inopérance du critère de désobéissance aux lois comme fondement de la distinction entre « fuitteur » et « lanceur d'alerte »

- 12 La doctrine majoritaire dans les pays Anglo-Saxons fait de la désobéissance aux lois relatives au secret le critère *sine qua non* de distinction entre « whistleblower » et « leaker ». Le premier, parce qu'il fait usage des moyens légaux mis à sa disposition, mériterait protection ; le second, parce qu'il défie les pouvoirs publics, mériterait au contraire punition (A). Cette vision, implicitement liée au prisme déformant des théories du contrat social²⁴, semblent erronées en ce qu'elles ne se focalisent que sur le lien de loyauté supposé unir le lanceur d'alerte aux pouvoirs publics, et non sur les effets de l'alerte et les fins poursuivies par le « lanceur » d'alerte ». L'étude des fins poursuivies par le lanceur d'alerte et le « leaker » permet, en effet, de souligner la grande diversité de chacun des deux phénomènes, ce qui relativise *ipso facto* la pertinence de la distinction ainsi instituée. (B)

A- Le « fuitteur » : un désobéissant aux lois protectrices du secret d'État.

- 13 Une « fuite » (leaking) en droit américain est conçue comme une divulgation publique illégale d'information confidentielle réalisée hors des voies et procédures prévues à cet effet par un employé gouvernemental qui s'attend, en retour, à bénéficier de l'anonymat²⁵. La plupart des commentateurs soulignent, en outre, que la révélation doit avoir été expressément interdite par la loi, ce qui rapproche le « leaker » (« fuitteur ») d'un désobéissant. Le caractère essentiellement public de la divulgation n'apparaît pas comme un caractère déterminant aux États-Unis, où les lois de protection des lanceurs d'alerte marquent une nette préférence pour l'alerte au public²⁶, en particulier s'agissant des agents publics lanceurs d'alerte : dans une retentissante décision *Garcetti V. Ceballos*²⁷, la Cour Suprême a considéré qu'un agent public devait en toute hypothèse s'exprimer « en tant que citoyen » et non dans le cadre de ses activités professionnelles pour bénéficier des protections du premier amendement ce qui, aux yeux du juge Stevens, crée « une incitation perverse à passer outre les canaux de résolution interne des conflits et à s'exprimer directement en public »²⁸.
- 14 L'anonymat n'apparaît pas non plus comme un critère pertinente de distinction entre « leaker » et « whistleblower », car certaines lois, telle la loi « Sarbanes-Oxley », permettent aux lanceurs d'alerte d'opérer leur divulgation de manière anonyme²⁹. Le critère adopté pour désigner des personnes, tels Snowden ou Manning, de « fuitteurs » plutôt que de « lanceur d'alerte » ne tient donc pas à la motivation de celles-ci, ni à l'intérêt public que présentent les révélations, mais au caractère irrégulier et illégal de ces divulgations. En raison de la possibilité très extensive de classer des informations et de punir leur dissémination dont disposent les pouvoirs publics en Grande-Bretagne et aux États-Unis et de l'absence de protection dont bénéficient les lanceurs d'alerte au sein des agences de renseignement³⁰, la notion de « leaker » concerne, en réalité,

majoritairement les agents des services de renseignement, de la diplomatie et des armées qui révèlent publiquement des faits contraires à l'intérêt général. Plus qu'une réelle distinction conceptuelle, la distinction entre « leaker » et « whistleblower » tend à démontrer que la protection des lanceurs d'alerte dans le domaine de la sécurité et de la défense reste l'« angle mort » de l'encadrement juridique du lancement d'alerte.

- 15 Cette « rupture » nette entre les deux concepts est ainsi entérinée par les lois de protection des lanceurs d'alerte qui excluent explicitement les lanceurs d'alerte : au Royaume-Uni par exemple, la section 43 B) 3) du « Public Interest Disclosure Act » de 1998 interdit le lancement d'alerte - à l'exception des alertes internes aux services - lorsque la divulgation d'une information est punie par la loi³¹, ce qui englobe l'ensemble des très nombreuses informations classifiées sous l'empire de l'« Official Secrets Act » de 1991. De la même manière, aux Etats-Unis, le « Whistleblower Protection Act » de 1989³² lui-même ne prévoit la possibilité de lancer l'alerte sur des faits dangereux, illégaux ou risqués qu'à la condition que de tels signalements « ne soient pas spécifiquement interdits par la loi ou que de telles informations n'aient pas à être maintenues secrètes en raison de l'intervention d'une décision gouvernementale dans l'intérêt de la défense nationale ou de la conduite de affaires étrangères »³³. Dans toutes les hypothèses, ce sont de très larges variétés de divulgations qui sont criminalisées. Ainsi, aux Etats-Unis, « l'Espionage Act »³⁴ criminalise une très large variété d'activités en lien avec la collecte, la possession ou la communication d'informations liées à la « défense nationale » dès lors qu'existent des « craintes fondées que ces informations puissent être utilisées au détriment de l'intérêt national, ou à l'avantage d'une nation étrangère »³⁵. L'« Official Secrets Act » au Royaume-Uni, souvent présenté comme témoignant de la « culture extensive du secret »³⁶ de cet Etat, permet également de sanctionner nombre de comportements qui auraient pu être qualifiés de « lancement d'alerte » au nom de la préservation du secret gouvernemental.
- 16 En comparaison, le « whistleblowing » est généralement défini comme « le fait que des membres d'une organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui relèvent de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut changer la situation »³⁷. Une conception plus restrictive, portée par le juriste Australien Peter Jubb décrit celle-ci- comme l'acte de divulgation et d'accusation à l'égard d'une organisation, réalisé par une personne ayant un accès privilégié à l'information portant sur une illégalité ou une mauvaise action grave, passée ou présente, et nécessitant un acte de déloyauté à l'égard de cette organisation. Cette dénonciation doit être, dans ce cadre, adressée à une entité externe ayant la capacité réelle de mettre fin à cette situation³⁸. Un des éléments commun à ces définitions et qui rapproche le « whistleblower » du « leaker » tient à l'existence d'une divulgation : il faut, bien évidemment, que le lanceur d'alerte révèle une information inédite, à laquelle seule une poignée d'« insiders » avaient eu précédemment accès. Dans toutes ces hypothèses, l'alerte est marquée par une rationalisation de son mode de divulgation, par une économie des moyens utilisés pour mettre fin au fait répréhensible constaté : il s'agit de saisir l'instance la plus à même de remédier au problème soulevé.
- 17 Ainsi, à l'inverse du « leaker », le « whistleblower » ne viserait que de manière ponctuelle à mettre à jour des faits contraires à l'intérêt et au bien-être des sociétés pour sommer les pouvoirs publics d'y mettre fin : le « whistleblowing » s'inscrit donc

dans une temporalité et dans un champ matériel plus court. Ce principe d'économie de la divulgation est particulièrement prégnant au Royaume-Uni, où le « Public Interest Disclosure Act » autorise ainsi la divulgation d'informations en interne auprès de l'employeur (Section 43C), auprès d'une autorité de régulation ou de membres du parlement (Section 43 D) et de la presse en dernier recours (Section 43G), mais le niveau d'exigence pour bénéficier d'une protection va en s'accroissant³⁹. Toujours au Royaume-Uni, le « Committee on Standards of Public Life » a ainsi souligné de manière constante que l'objectif du « Public Interest Disclosure Act » ne consiste qu'à stopper des activités nuisibles à l'intérêt de la société, et non à constituer un substitut au manque de transparence gouvernementale⁴⁰. Aux Etats-Unis, l'économie des lois de protection des whistleblowers apparaît similaire. Le lanceur d'alerte émerge ainsi comme un mécanisme « monitoire » de gestion de la chose publique, visant à encourager de manière ciblée la responsabilisation des titulaires du pouvoir et non à questionner la légitimité du secret gouvernemental.

- 18 Une telle vision du lancement d'alerte se laisse à voir dans le cadre du droit du Conseil de l'Europe. Suivant une jurisprudence bien établie de la Cour, la Recommandation de 2014 du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte préconise que soient mis en place des « voies clairement établies pour le signalement et la révélation d'informations d'intérêt général », à savoir « le signalement interne au sein d'une organisation ou d'une entreprise », le signalement « aux organes réglementaires publics, aux autorités de répression et aux organes de contrôle » et enfin la « révélation publique d'informations »⁴¹. La Recommandation précise que ces trois voies de signalement ont vocation à être hiérarchisées⁴². Cette hiérarchisation positionne, aux yeux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, « la protection des lanceurs d'alerte comme un mécanisme de responsabilité démocratique » car il s'agit, pour des raisons d'efficacité, que « les individus fassent état de préoccupations au sujet d'actes répréhensibles ou de risques de préjudice auprès des personnes les plus proches du problème et de celles les mieux placées pour y remédier », ce qui n'exclut pas, le cas échéant, de « reconnaître et protéger les révélations d'informations à plus grande échelle »⁴³.

B- La désobéissance aux lois : un critère de distinction dépassé

- 19 En retenant le caractère délictuel de l'action du « futeur » comme principal critère de distinction entre « leaker » et « whistleblower », la doctrine anglophone réduit le « lanceur d'alerte » ou « whistleblower » à un « dénonciateur institutionnel » ou un « dénonciateur légal » qui, parce qu'il fait usage des voies de droit qui lui ont été ouvertes pour opérer sa divulgation, permet aux pouvoirs publics de concilier l'exigence croissante de transparence avec le maintien du principe du secret gouvernemental. À l'inverse, le « leaking » est assimilé à une pratique de désobéissance qui, parce qu'elle questionne directement la légitimité des gouvernants à maintenir le secret sur certaines de leurs activités, vient tester de manière abrupte les limites des démocraties constitutionnelles. Cette vision, qui correspond à une stratégie de décrédibilisation des allégations des « lanceurs d'alerte » dans le domaine du renseignement⁴⁴, se veut fonder sur une conception particulière de la légitimité démocratique. Si le « leaker » doit être poursuivi et condamné, c'est avant tout, comme l'a souligné d'emblée la « House of Commons » au Royaume-Uni en 2010, parce qu'il « sape la confiance des administrés dans le gouvernement »⁴⁵ et se place ainsi d'emblée

hors champ du contrat social supposé lier de manière tacite les membres de la société⁴⁶. Or, si l'on se place précisément dans ce cadre de pensée axé sur la notion de légitimité démocratique des fuites, cette vision paraît erronée pour deux raisons.

- 20 D'une part, cette vision de la notion de « leaker » tend à ignorer délibérément la grande diversité des fuites gouvernementales, qui ont été classées par le professeur David Pozen en deux types de fuites distinctes⁴⁷ : il s'agit des fuites « générales », d'une part, qui exposent de manière indiscriminée à la vue du public un ensemble de documents, sans souligner quels sont, au sein de ces documents, ceux qui présentent un intérêt public. Cette pratique correspond notamment, par exemple, à l'action de Wikileaks qualifiée par Margaret Kwoka comme opérant des « fuites-déluge » (« deluge leaks ») en raison de l'impact des NTIC qui permet la migration et la reproduction à l'infini des informations divulguées⁴⁸. Il s'agit, d'autre part, des fuites « ciblées », qui ne visent pas à exposer au regard du public l'ensemble de la vie interne des administrations, mais à attirer l'attention sur des faits bien précis, déterminés, de la vie interne de l'administration. Ce type de fuites, comme l'a souligné le professeur Hess⁴⁹, est souvent le fait de hauts fonctionnaires soucieux d'obtenir par le biais de la mobilisation du public les changements d'orientation qu'ils n'ont pu obtenir en interne.
- 21 David Pozen souligne ainsi que ce type de fuites est souvent tacitement autorisé, voire encouragée par l'administration car elle permet, d'une part, d'accélérer des réformes internes nécessaires et, d'autre part, surtout, de contribuer à « maintenir la confiance du public dans les institutions liées au pouvoir exécutif, car les citoyens seront portés à croire que les atteintes graves à l'intérêt public seront en tout état de cause portés à sa connaissance »⁵⁰. S'il y a un intérêt gouvernemental à maintenir le secret sur certaines de ses activités, les gouvernements auraient aussi, à l'inverse, un intérêt à maintenir un espace de visibilité accidentelle sur ses propres activités couvertes par le secret en tolérant tacitement, voire en suscitant les fuites. Il est particulièrement significatif à cet égard que seules douze condamnations sur la base de l'« Espionage Act » aient été prononcées depuis 1917⁵¹, et que l'on ne dispose, au Royaume-Uni, d'aucun exemple de condamnation contemporaine d'un lanceur d'alerte ou journaliste sur le fondement de l'« Official Secrets Act »⁵². La jurisprudence de la Cour Suprême des Etats-Unis laisse ainsi subsister ce que le professeur Bickel appelait une « situation désordonnée »⁵³, à savoir un état du droit dans lequel toute tentative gouvernementale de « censure » d'une publication journalistique révélant des informations classifiées serait grevée d'une « forte présomption d'inconstitutionnalité », mais où le même gouvernement pourrait sans nul doute sanctionner l'agent ayant communiqué à la presse ces mêmes informations.
- 22 Un autre argument fort, plus juridique cette fois-ci, tend à démontrer l'absence de pertinence d'une distinction entre « leaker » et « whistleblower » basée sur la légitimité démocratique de ce type de divulgations. En effet, s'il ne fait pas de doute que les « fuites » d'information gouvernementale brisent bien les liens de loyauté les unissant à leur administration, ce n'est que pour manifester leur loyauté à des principes consacrés par des textes de nature conventionnelle ou constitutionnelle placés au sommet de l'ordre juridique. Cela apparaît particulièrement visible aux Etats-Unis, État dans lequel le « lancement d'alerte » en matière d'information classifiée peut apparaître comme une obligation constitutionnelle dès lors qu'un droit consacré par la Constitution américaine apparaît violé. En effet, comme le souligne M. Kasner, l'article 6 de la Constitution des Etats-Unis⁵⁴, interprété dans son contexte historique, a été

conçu par les Fédéralistes - Alexander Hamilton en tête - comme instituant une « séparation interne des pouvoirs », voire instituant une « obligation de désobéir » au Président des Etats-Unis lorsque celui-ci viole ouvertement la Constitution. Et, si la Cour Suprême n'a jamais conféré à l'article 6 une telle portée, il apparaît clair que l'interprétation doctrinale de cette disposition de la Constitution offre aux « fuites » des ressources argumentatives leur permettant de s'affirmer comme des protecteurs de la source même de la légitimité démocratique dans le système politique Nord-Américain.

- 23 Le droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, lui aussi, tend de manière croissante à battre en brèche cette distinction. Le récent arrêt *Bucur et Toma contre Roumanie*⁵⁵ semble faire peser une forte présomption d'inconventionnalité sur d'éventuelles poursuites pénales engagées contre des agents révélant au public des informations classifiées, dès lors que ces révélations présentent un intérêt public et que le lanceur d'alerte est de bonne foi. En effet, dans l'arrêt précité, la Cour EDH a invalidé la condamnation d'un agent des services secret roumains ayant révélé à l'occasion d'une conférence de presse des informations classifiées démontrant la mise sur écoute de journalistes, de personnalités politiques et d'hommes d'affaire. Dans cette décision, les juges avaient notamment relevé l'intérêt public des révélations, rappelant qu'un « système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale comporte le risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre »⁵⁶. Notons, toutefois, que si la cour a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, la divulgation des faits dénoncés directement à l'opinion publique pouvait se justifier, elle ne l'a fait qu'après avoir conclu sans appel que le requérant ne disposait d'aucun autre moyen efficace pour procéder à la divulgation. Elle a de plus, et c'est un aspect déterminant de l'affaire, relevé la bonne foi du requérant, qui n'a pas été « motivé par le désir de retirer un avantage personnel de son acte, qu'il aurait nourri un grief personnel à l'égard de son employeur ou qu'il aurait été mû par une quelconque autre intention cachée⁵⁷ ». La pratique la plus radicale du « leaking », ne semble protégée par aucun texte international relatif à la liberté d'expression.
- 24 Une telle position est au surplus en cohérence avec un standard international émergent, à savoir les « principes de Tshwane »⁵⁸, rédigés par des acteurs associatifs en vue d'esquisser des pistes de conciliation entre sécurité nationale et accès du public à l'information ont détaillé la manière dont les Etats devraient protéger les lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement. Or, un récent rapport du membre de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Peter Omzigt, s'est prononcé en faveur de la mise en œuvre de ces principes dans les législations des Etats-membres, rappelant que le principe n° 43 des « Principes de Tshwane » exigent « que les agents publics bénéficient d'une exception de « défense de l'intérêt public » » et ce « même lorsqu'ils font l'objet de poursuites pénales ou civiles pour avoir fait des révélations qui n'étaient pas protégées par ces principes », dès lors que l'intérêt général présenté par la divulgation de l'information en question prévaut sur l'intérêt général qu'il y aurait à ne pas la divulguer⁵⁹. Organisée selon un principe de rationalisation de l'alerte commun à de nombreuses législations, cette exception d'intérêt public ne jouerait que de manière exceptionnelle, lorsque les voies d'alertes internes et externes auprès des autorités de régulation n'ont pas abouti. Surtout, le lanceur d'alerte doit avoir eu la conviction que l'étendue de la divulgation ne dépassait pas ce qui était nécessaire pour que celle-ci soit efficace ainsi que la conviction que la divulgation était d'intérêt général. Dans ce cadre, la sensibilité des informations et le préjudice que pourrait

causer leur révélation seraient, souligne Peter Omzigt⁶⁰, pris en compte pour déterminer si l'intérêt général de cette divulgation prévalait sur le risque de préjudice, mais le caractère confidentiel des informations ne saurait interdire d'emblée une divulgation protégée.

- 25 La distinction entre « leaker » et « whistleblower » telle qu'entendue dans le monde anglophone apparaît ainsi peu opérationnelle, car fondée sur une conception délibérément biaisée des théories du contrat social et de la souveraineté. En voulant, à tout prix, fonder la distinction sur le critère de la désobéissance aux lois pour placer certains « lanceurs d'alerte » hors du champ de la légitimité démocratique, la distinction ignore la diversité de la pratique du « leaking ». Certaines « fuites » ne s'inscrivent, en effet, pas contre la légitimité démocratique des titulaires du pouvoir, mais tendent au contraire à conforter celle-ci. Il semble plus pertinent sur le plan dogmatique d'opérer une distinction fondée sur les fins et effets des divulgations, qui me conduira à distinguer les « professionnels de la transparence » des « lanceurs d'alerte » stricto-sensu.

II- De l'intérêt de distinguer « lanceur d'alerte » et « professionnels de la transparence ».

- 26 Il me paraît opportun de distinguer les professionnels de la transparence, pour lesquels le recul de l'opacité gouvernementale constitue une finalité *per se* indépendamment du contenu des divulgations (A), et les « lanceurs d'alerte » *stricto sensu*, qui ne sont amenés à être des acteurs de la transparence que par accident, en raison de l'intervention d'un conflit de loyautés, et pour lesquels la rupture du secret n'est qu'un moyen de mettre en lumière des atteintes à l'intérêt public (B).

A- Les « professionnels de la transparence » : une catégorie heuristique pertinente ?

- 27 Il semble pertinent d'envisager cette catégorie d'acteurs de la transparence en portant une attention particulière à l'éthique professionnelle de ceux-ci. Dans ce cadre, les professionnels de la transparence se distingueraient des « lanceurs d'alerte » en ce que la révélation de secrets constituerait l'objet principal de leur activité, indépendamment de l'intérêt public lié aux informations révélées. Il faut alors distinguer, à mon sens, deux sous-catégories selon une « échelle de la désobéissance » : il y aurait ainsi une catégorie de professionnels de la transparence « soft », qui, protégés par les lois sur la liberté de l'information, trouvent aisément leur place au sein des professionnels de la société de l'information. Il semble possible, dans un second temps, de mettre à jour l'existence d'une catégorie de professionnels de la transparence plus radicale, représentée par Wikileaks -et, d'une certaine manière, par les Anonymous - qui, marquée par une idéologie de la transparence, se confronte de manière plus radicale au secret gouvernemental en visant à mettre à bas celui-ci, purement et simplement. Nous les désignerons comme les acteurs de la transparence hard⁶¹.
- 28 La catégorie des professionnels de la transparence « soft » recouvre, principalement, les catégories de professionnels de l'information dont l'objectif principal est de révéler des informations qui, par nature, devaient être amenées à être passées sous silence,

mais qui bénéficient des lois protectrices garantissant la reconnaissance institutionnelle de leur rôle. Il s'agit principalement de la presse et plus particulièrement des journalistes dits d'« investigation ». Cette catégorie pourrait être qualifiée de « soft » car elle n'érige pas le combat contre le secret gouvernemental au rang d'impératif catégorique : la nécessité de cibler, de choisir les informations divulguées en fonction de l'intérêt que le public peut avoir à recevoir l'information en cause fait partie intégrante de la déontologie de ce type de journalisme⁶². Mais cette catégorie se différencierait également des « lanceurs d'alerte » *stricto sensu* dans la mesure où, d'une part, l'intérêt du public ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt public et, d'autre part, parce que la révélation de secrets constitue pour ces acteurs une fonction professionnelle. Maria Miceli⁶³ et Florence Hartmann⁶⁴ soulignent ainsi, de manière pertinente, que la situation des journalistes est à traiter à part, dans la mesure où le traitement et la découverte de l'information est précisément leur cœur de métier. Un autre trait distinctif tient également à la protection dont bénéficient ceux-ci, et le cas des Etats-Unis est une fois de plus éclairant, car, comme l'a souligné le juge Potter Stewart, les droits institués par le premier amendement l'ont été avant tout au profit de la presse⁶⁵.

- 29 Ainsi, si la Cour Suprême a jugé dans l'affaire *Snepp* qu'un ancien employé de la CIA peut être lié à son engagement de ne « publier aucune information ou aucun document en lien avec la CIA sans accord préalable »⁶⁶ sans que cela ne viole le premier amendement, toute tentative de censurer la divulgation d'informations confidentielles par la presse apparaît d'emblée grevée d'une « présomption lourde d'inconstitutionnalité »⁶⁷. Le standard du « Clear and present danger » fixé par les arrêts *Schenck V. United States*⁶⁸ et *New York Times Co v. United states*⁶⁹, particulièrement protecteur de la presse, impose aux juges d'« examiner si la gravité du « mal » attendu, qui ne peut être improbable, est justifié au regard des atteintes portées à la liberté d'expression »⁷⁰, ce qui réduit radicalement les hypothèses d'interdiction de publication d'informations classifiées.
- 30 La Cour Européenne des Droits de l'Homme tend à adopter une position similaire sous l'angle d'analyse - très différent de celui de la Cour Suprême - de la proportionnalité des atteintes à la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Dans ce contexte, comme le souligne Dirk Voorhof, un journaliste, un fonctionnaire, un militant ou un employé d'une ONG ne devrait pas pouvoir être poursuivi ou sanctionné pour avoir enfreint une obligation de confidentialité ou pour avoir publié des documents obtenus de manière illégale »⁷¹ dès lors qu'il y a un intérêt public prépondérant à ce que ces personnes puissent diffuser des informations et des idées sur des questions d'intérêt public, notamment lorsque les pratiques gouvernementales mises en lumière sont susceptibles d'être illégales ou nuisibles à l'intérêt général. Dans ce cadre, la Cour prendra en compte le poids respectif du dommage que la divulgation litigieuse risquait de causer à l'autorité publique et l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette divulgation⁷² ainsi que l'objet de la divulgation et la nature de l'autorité administrative concernée.
- 31 Une exception la jurisprudence de la Cour Suprême Américaine éclaire néanmoins ce qui peut distinguer les professionnels de la transparence « hard » et « soft ». Il s'agit du standard du « Near Ship Troop exception » qui énonce qu'en temps de guerre « certaines choses qui peuvent être dites en temps de paix sont susceptibles, en temps de guerre, de nuire aux efforts de guerre à un tel point que celles-ci ne peuvent être

acceptées tant que des hommes continueront de se battre »⁷³. Plus précisément, personne ne saurait mettre en doute, aux yeux de la Cour, que le gouvernement puisse prévenir, par exemple, « la publication du nombre de soldats déployés ou de la position exacte des troupes »⁷⁴ ; une telle publication constituerait, sans aucun doute possible, un « danger immédiat ». Or, comme le souligne le professeur Melissa Oppen, « la conclusion de la Cour selon laquelle les documents contenant des précisions sur les opérations militaires s'applique au cas de Wikileaks »⁷⁵. Ainsi, les acteurs de la transparence, tel Wikileaks, qui se fixent comme objectif principal de mettre à bas le secret gouvernemental en publiant *in extenso* des documents secret-défense sans se soucier des éventuelles conséquences dommageables - éthique de la conviction contre éthique de la responsabilité - représenteraient la frange la plus radicale de la catégorie suscitée, qui se heurte frontalement aux intérêts de l'Etat à maintenir le secret. Leur action se rapprocherait alors de la désobéissance civile au sens où l'entend Hannah Arendt - qui par nature opère contre le droit et ne peut faire l'objet d'un encadrement juridique car il s'agit d'une action coordonnée et collective, où le contrevenant viole les lois relatives au secret « [...] non pas parce qu'il la juge en elle-même critiquable, mais pour protester contre l'injustice des décisions des autorités ou de la politique du gouvernement »⁷⁶.

- 32 Dans ce cadre, si un éventuel « droit à la désobéissance » en venait à se concrétiser, cette concrétisation n'interviendrait sans doute pas dans la sphère du droit positif, mais plutôt par une reconnaissance institutionnelle et, surtout, dans le cadre des « usages sociaux » du droit. Sur le plan institutionnel, un premier pas pourrait être franchi en reconnaissant aux désobéissants « la même forme de reconnaissance que celle qui est accordée à de nombreux intérêts particuliers et à les traiter [...] de la même façon que les groupes de pression qui ont le droit d'influencer et d'apporter leur aide [aux pouvoirs publics] en utilisant le poids de leur opinion et le nombre de leurs adhérents »⁷⁷. Reste néanmoins à nuancer cette affirmation : bien que différent des médias traditionnels ainsi que des mouvements de désobéissants civils traditionnels, « Wikileaks » ne mérite sans doute pas moins de bénéficier des protections accordées aux médias traditionnels⁷⁸.

B- Le « Lanceur d'alerte » : un acteur de la transparence par exception et accident.

- 33 A l'inverse, le lanceur d'alerte ne serait pas nécessairement un militant ou un professionnel de la transparence, mais il le deviendrait par exception en raison de l'intervention d'un conflit de loyauté au cours de la poursuite de ses obligations professionnelles. Mettant en scène des loyautés conflictuelles, la loyauté à l'organisation d'une part, et la loyauté à une certaine forme d'éthique de la conviction d'autre part, le lancement d'alerte place nécessairement le lanceur d'alerte face à un dilemme difficilement soluble⁷⁹, qui se résout généralement par la prise de parole, comme le rappelle Frédéric Elliston. Il faut ici, une fois de plus, distinguer, à notre sens, version « soft » et « hard » du lancement d'alerte.
- 34 Dans sa version « soft », qui correspond à l'architecture des lois aux Etats-Unis, au Royaume-Uni mais également en France⁸⁰, le « lanceur d'alerte » est assimilé à un « dénonciateur légal » : celui-ci n'est alors reconnu comme légitime que dès lors qu'il dénonce des faits que les pouvoirs publics entendent réprimer, ou des risques auxquels

ceux-ci souhaitent mettre fin. Son statut est alors très strictement encadré par les pouvoirs publics, et ne bénéficie qu'à des catégories bien définies de citoyens. En quelque sorte, le lanceur d'alerte « soft » constitue un instrument aux mains des pouvoirs publics dans la maîtrise de l'information - qui devient un enjeu de pouvoir⁸¹ - avant d'être un sujet, et participe de la mise en œuvre de l'idéal d'« un espace social soumis au regard, de l'idéal d'une visibilité totale sur les comportements, d'une société transparente à elle-même »⁸² dans lequel l'efficacité de l'exercice du pouvoir est lié à la visibilité des pouvoirs publics sur les comportements privés. En permettant de « privatiser » la vigilance, le lancement d'alerte constituerait un mécanisme visant à assurer la gouvernementalité libérale décrite par Michel Foucault en permettant, par la libération au profit de l'État d'informations utiles à la mise en œuvre des politiques publiques, d'assurer la rationalisation des modes de gouvernement et de contrôler les comportements pour les canaliser et les orienter vers l'intérêt général.

- 35 La version « hard » du lancement d'alerte laisse à voir le lanceur d'alerte s'affirmer comme sujet politique autonome, car celui-ci révèle publiquement, au nom de ce qu'il considère être un intérêt public prépondérant, des faits qui auraient dû être passés sous silence et dont la divulgation est criminalisée. Dans cette hypothèse, le lanceur d'alerte désobéit, certes, aux pouvoirs publics, mais pour mieux se conformer à un intérêt plus large, celui du public tout entier. L'acte de désobéissance est ici envisagé non comme une fin mais comme un moyen de servir cet intérêt, ce qu'exprime parfaitement Edward Snowden lorsqu'il affirme - et nous estimons qu'il est pertinent de citer celui-ci in extenso : « Si j'avais voulu tout balancer sur internet, j'aurais pu le faire, mais j'ai décidé de m'y prendre autrement. J'ai travaillé avec des journaux et leur ai demandé de discuter avec le gouvernement pour veiller à ce qu'un équilibre soit trouvé (entre la sécurité nationale et l'intérêt public)⁸³. Dans ce cadre, Bradley Manning pourrait également être considéré comme un « lanceur d'alerte », car il n'apparaît pas que celui-ci ait souhaité que l'ensemble des documents transmis à Wikileaks soient publiés in extenso.
- 36 Le lanceur d'alerte « hard » se rapprocherait ainsi d'une forme active de « l'objection de conscience », telle qu'entendue par Joseph Raz⁸⁴, à savoir un individu violant une loi, en raison d'une croyance morale qu'il lui est moralement interdit de lui obéir, en raison du caractère injuste de cette même loi. Néanmoins, le « lanceur d'alerte » s'en distinguerait dans la mesure où la finalité de son acte de désobéissance ne viserait pas en premier lieu le caractère injuste de la loi violée, mais une injustice plus large, dépassant le seul champ de la loi à laquelle il refuse d'obéir. Et ce bien que, par ailleurs, les lanceurs d'alerte contestent tous la rigidité des règles relatives au secret gouvernemental ?
- 37 La présente tentative dogmatique de définition du lanceur d'alerte amène l'auteur à deux réflexions distinctes. La première tient au fait que le « lanceur d'alerte » n'est sans doute pas un professionnel de la dénonciation ni un militant né. L'on ne « naît pas lanceur d'alerte », on le devient, par défaut et par exception, parce que la marche de la société dans son ensemble se trouve anormalement perturbée et que l'éthique, la morale ne permettent plus de continuer à faire « comme si de rien n'était ». La seconde tient au fait que l'augmentation exponentielle du nombre de « lanceurs d'alerte » dans le domaine du renseignement n'a pas tant pour fondement l'émergence des nouvelles technologies - qui certes favorisent le lancement d'alerte⁸⁵ - qu'une profonde crise des mécanismes de contrôle démocratique.

- 38 L'Amérique « post 11 septembre 2001 » ressemble ainsi fort à celle des années 1970, où une profonde crise démocratique, marquée par une perte de confiance dans les mécanismes traditionnels de ce que certains auteurs ont nommé la démocratie « Post-Westminster »⁸⁶, favorise l'émergence de personnages comme Daniel Ellsberg ou Edward Snowden. Ceux-ci, hier⁸⁷ comme aujourd'hui, permettent de corriger les abus les plus importants du pouvoir exécutif et de faire évoluer le droit. Or, comme le souligne Rahul Sagar⁸⁸, cet état du droit présente le risque de faire peser sur des personnes privées par définition non élues - les médias et leurs sources « lanceurs d'alerte » - un fardeau trop lourd, celui de pallier aux insuffisances institutionnelles et de trouver le nécessaire équilibre entre sécurité nationale et intérêt général dont parlait Edward Snowden⁸⁹.
- 39 Ni héros, ni délateur, ni figure juridique désincarnée, le lanceur d'alerte ne mérite *in fine* protection que pour sa simple qualité d'être, fait de chair et d'os et, à ce titre, exposé à mille dangers sur le front de la liberté d'expression et des droits de l'Homme.

NOTES

1. V. abondant en ce sens : Conseil de l'Europe, *Résolution 1954(2013) sur la sécurité nationale et l'accès à l'information*, 2 octobre 2013, Strasbourg.
2. Lippman Walter *Le public fantôme*, Demopolis, 2008.
3. Dewey John, *Le public et ses problèmes*. Farrago, 2010.
4. Nous pensons ici, évidemment, à l'affaire des « Panama papers » qui défraie l'actualité.
5. V. Raboy Marc, « Le public fantôme : un acteur équivoque qui hante les débats sur les médias », in Serge Proulx, *Accusé de réception. Le téléspectateur construit par les sciences sociales*, Paris, l'Harmattan, 1998.
6. V. Frank Pasquale, *The Black Box Society : The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Harvard University Press, janvier 2015.
7. Après avoir passé en revue 23 législations d'États-membres du Conseil de l'Europe, le rapport du 25 septembre 2006 portant sur « l'équité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat » souligne que « tous les systèmes législatifs passés en revue sont susceptibles de donner lieu à des abus » en matière de classification des informations. V. Pourgourides Christophe, *Equité des procédures judiciaires dans les affaires d'espionnage ou de divulgation de secrets d'Etat*, CDCJ(2006), Doc. 11031, Septembre 2006, Strasbourg.
8. Lochak Danièle, *Secret, sécurité et liberté*, Publications du Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1988, p. 51-70.
9. Nous faisons ici référence au modèle de sociologie de la critique développé par Luc Boltanski et Laurent Thévenot. V. Boltanski Luc, Thévenot Laurent, *De la justification. Les économies de la grandeur*, 2 octobre 2013.
10. Comme l'a souligné le professeur Alexander Meiklejohn, le premier amendement a d'ailleurs être interprété en ce sens par la Cour Suprême des Etats-Unis. V. Meiklejohn Alexander "The First Amendment is an Absolute", in *Sup. Ct. Rev.*, 1961, p. 245.
11. Cour. EDH, GC, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, req. N° 14277/04 ; Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, Req. n°40238/02.

12. M. Hammarberg souligne, en citant les mémoires d'Andreï Sakharov, que « la menace d'une révélation freine les atteintes aux droits de l'homme. Lorsque les signalements responsables sont protégés par la loi et par des mesures pratiques, on peut s'attendre à ce que les violations des droits de l'homme diminuent ». V. Stephenson Paul, Michael Michael, *La protection des donneurs d'alerte. Rapport d'étude sur la faisabilité d'un instrument juridique sur la protection des employés qui divulguent des informations dans l'intérêt public*, Conseil de l'Europe, CDCJ(2012)9FIN, Strasbourg, décembre 2012, p. 40).
13. V. Carcassonne Guy, « Le trouble de la transparence », in *Pouvoirs* 2/2001, n° 97, p. 17-23.
14. Voir, pour une présentation de ces controverses doctrinales, Kitrosser Heidi, *Reclaiming Accountability: Transparency, Executive Power, and the US Constitution*, University of Chicago Press, 2015, p. 121.
15. Cole David, Fabbrini Federico, Vidaschi Arianna (dir.), *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional law*, Edward Elgar Publishing, 1er janvier 2013.
16. V. Leclerc Olivier, « La protection du salarié lanceur d'alerte », in Emmanuel Dockès (Ed.), *Au coeur des combats juridiques*, LGDJ, 2007.
17. Vaughn Robert, *The Successes and Failures of Whistleblower Laws*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2012 p. 42.
18. V. Uys Tina, « Rational loyalty and whistleblowing The South African context », in *Current Sociology*, 2008, vol. 56, n° 6, p. 904-921.
19. Ackerman, John M., and Irma E. Sandoval-Ballesteros. "The global explosion of freedom of information laws", *Administrative Law Review*, 2006, 85-130.
20. Plenel Edwy, « En défense d'Internet et de WikiLeaks (3) : la révolution numérique », *Mediapart - Les carnets d'Edwy Plenel*, 7 octobre 2011.
21. Coleman Gabriella, *Hacker, Hoaxer, Whistleblower, Spy: The Many Faces of Anonymou*, Verso Books, 2014, 452 pages.
22. Myron Glazer Myron, Glazer Peninga, *The Whistleblowers: Exposing Corruption in Government and Industry*, New York, Basic Books, 1989, p. 24.
23. R. Vaughn, « The successes and failures of whistleblower laws », Edward Elgar, Cheltenham, 2013, p. 293.
24. V. Elliston F.A, « Civil disobedience and whistleblowing: A comparative appraisal of two forms of dissent », in *Journal of Business Ethics*, 1982, vol. 1, no 1, p. 23-28.
25. V. Pozen E F David. , « The Leaky Leviathan: Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information », in *Harv. L. Rev.*, 2013, vol. 127, p. 512.
26. Mendelsohn Jenny, « Calling the Boss or Calling the Press: A Comparison of British and American Responses to Internal and External Whistleblowing », *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 2009, vol. 8, p. 723.
27. *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006). V. sur cet arrêt : Sasser Joan, "Silenced Citizens: The Post-Garcetti Landscape for Public Sector Employees Working in National Security", *U. Rich. L. Rev.*, 2006, vol. 41, p. 759.
28. *Garcetti v. Ceballos*, 547 U.S. 410 (2006) (Opinion dissidente du juge Stevens).
29. La section 301 de cette loi exige en effet des comités d'audit des entreprises cotées que ceux-ci établissent des procédures permettant aux whistleblowers d'exercer leur droit d'alerte de manière anonyme.
30. V. Fischer Louis, « National Security Whistleblowers », *CRS Report for congress*, December 2005.
31. Public Interest Disclosure Act 1998, c.23, §1.
32. Pub.L. 101-12, 103 Stat.16.
33. Pub. L. No. 95-454, 92 Stat. 1111.
34. U.S.C. § 793 (2012).
35. 18 U.S.C. § 793(a).

36. Banisar David, Francesca Fanucci Francesca, « WikiLeaks, Secrecy and Freedom of Information : The Case of the United Kingdom », in Brevini, Hintz, McCurdy (eds), *Beyond WikiLeaks : Implications for the Future of Communications, Journalism and Society*, Pallgrave MacMillan, 2013, p. 180.
37. Near Janet, Miceli Maria, "Effective Whistle-Blowing", in *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 3, juillet 1995, p. 680.
38. Jubb Peter, "Whistleblowing : A restrictive definition and interpretation", *Journal of Business Ethics* 21.1 pp. 77-94.
39. V. Pour une présentation synthétique de ce système : Public Concern at Work, « Providing an alternative to silence : Towards greater support for whistleblowers in the EU- Country report : United Kingdom », November 2013, p. 5.
40. V. Parliament. House of Commons. Public Administration Select Committee, « Leaks and Whistleblowing in Whitehall : Report, Together with Formal Minutes », 2005, p. 91.
41. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte et exposé des motifs*, Strasbourg, 30 avril 2014, p. 7
42. La Recommandation considère, en outre, que « Le fait que le lanceur d'alerte ait révélé des informations au public sans avoir eu recours au système de signalement interne mis en place par l'employeur peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider des voies de recours ou du niveau de protection à accorder au lanceur d'alerte ».
43. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, *Recommandation CM/Rec(2014)7 aux Etats membres sur la protection des lanceurs d'alerte et exposé des motifs*, Strasbourg, 30 avril 2014, p. 7.
44. Pozen David, « The Leaky Leviathan : Why the Government Condemns and Condone Unlawful Disclosures of Information », in *Harv. L. Rev.*, 2013, vol. 127, p. 523.
45. Parliament. House of Commons. Public Administration Select Committee, « Leaks and Whistleblowing in Whitehall : Report, Together with Formal Minutes », 2005, p. 91.
46. V. notamment : Kwoka Margaret, « Leaking and Legitimacy », in *UC Davis Law Review*, *Forthcoming*, 2014, p. 14-49.
47. Id. note 37.
48. Id. note 39.
49. Kasner Alexander, « National Security Leaks and Constitutional Duty », in *Stanford Law Review*, 2015, vol. 67, n°1., p. 255.
50. Id. note 37.
51. Id. note 37.
52. Id. note 31.
53. V. Bickel Alexander « Domesticated civil disobedience : the First Amendment, from Sullivan to the Pentagon Papers », in *The morality of consent*, 1975, p. 55-88. V. également : Gora Joel « The Pentagon Papers Case and the Path Not Taken : a Personal Memoir on the First Amendment and the Separation of Powers », in *Cardozo L. Rev.*, 1997, vol. 19, p. 1311 ; Cary Sims John, « Triangulating the Boundaries of Pentagon Papers » in *Wm. & Mary Bill Rts. J.*, 1993, vol. 2, p. 341 ; Vincent Blasi Vincet, « The checking value in First Amendment theory », in *Law & Social Inquiry*, 1977, vol. 2, no 3, p. 521-649.
54. Qui prévoit que « Les sénateurs et représentants susmentionnés, les membres des diverses législatures des États et tous les fonctionnaires exécutifs et judiciaires, tant des États-Unis que des divers États, seront tenus par serment ou affirmation de défendre la présente Constitution [...] ».
55. Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, Req. n° 40238/02.
56. Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, Req. n° 40238/02. §102
57. Cour EDH, 2e Sect., 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*, Req. n° 40238/02, §117.
58. Il s'agit des « Principes globaux de la sécurité nationale et du droit à l'information », publiés le 12 juin 2013, élaborés par dix-sept ONG et cinq centres universitaires.
59. V. Omzigt Peter, « La protection des donneurs d'alerte », Conseil de l'Europe, CDCJ(2014), AS/Jur (2015) 06, Strasbourg, mars 2015 (provisoire), §34.

60. Idem.
61. Le terme n'a pas été pensé, ici, comme devant revêtir une quelconque connotation déplacée, qui ne pourrait donc relever que d'une fantaisie de la part du lecteur.
62. V. De Burgh Hugo, *Investigative journalism*, Routledge, 2008.
63. V. Hartmann Florence, *Lanceurs d'alerte. Les mauvaises consciences de nos démocraties*, Paris, Don Quichotte, 2014, 234 pp.
64. V. Miceli Maria, Dreyfus Suelette, Near Janet, « Outsider 'whistleblowers' conceptualizing and distinguishing 'bell-ringing' behavior », in A.J. Brown, David Lewis, Richard Moberly (dir), *International Handbook on Whistleblowing Research*, juillet 2014.
65. Potter Stewart, « Or of the Press », *Hastings LJ*, 1974, vol. 26, p. 631.
66. *Snepp v. United States* 444 U.S. 507 (1980)
67. *Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58, 70 (1963)
68. *Schenck V. United States*, 249 U.S. 47,52 (1919)
69. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)
70. *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Dans cette affaire, qui concernait des membres du Parti Communiste Américain, le danger n'était pas « imminent » car la justification apportée par le gouvernement -celui d'un renversement imminent du pouvoir par ces membres du parti communiste- n'était qu'improbable.
71. V. en ce sens, Cour EDH, Gr. Ch., 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire c. France*, Req. N° 29183/95 ; Cour EDH, *Radio Twist c. Slovaquie*, Req. N° 62202/00 ; Cour EDH, 4e Sect., 7 juin 2007 *Dammann c. Suisse* req. N° 1914/02, Cour EDH, 2e Sect., 28 juin 2011, *Pinto Coelho c. Portugal*, Req. n° 28439/08,
72. Cour EDH, 16 décembre 1992, *Hadjianastassiou c. Grèce*, Req. N° 12945/8 ; Cour EDH, Gr.Ch., 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, Req. N° 69698/01, § 130.
73. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).
74. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931).
75. Opper Melissa, « WikiLeaks : Balancing First Amendment Rights with National Security », in *Loy. LA Ent. L. Rev.*, 2010, vol. 31, p. 237.
76. V. Hannah Arendt, *Du mensonge à la violence*, Paris, Presses Pocket, 1991, 265 pp.
77. Idem, p. 102
78. Benkler Yochai, « A Free Irresponsible Press : WikiLeaks and the Battle over the Soul of the Networked Fourth Estate », in *Harv. CR-CLL Rev.* 46, 2011, p. 311.
79. Jensen Jens, « Ethical tension points in whistleblowing. », in *Journal of Business Ethics*, 1987, vol. 6, no 4, p. 321-328.
80. V Foegle Jean-Philippe, « Les lanceurs d'alerte. Etude comparée France-Etats-Unis », in *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, 2014, n° 6.
81. V. Mac Curdy Patrick, « From the Pentagon papers to Cablegate : how the network society has changed leaking », in *Teoksessa Brevini, B., Hintz, A. & McCurdy, P. (toim.)*, 2013, p. 123-145.
82. Laval Christian, « Ce que Foucault a appris de Bentham », *Revue d'études benthamiennes* [En Ligne], 8|2011, 1er Mai 2011.
83. Extrait de l'audition d'Edward Snowden par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. URL : <http://www.coe.int/fr/web/portal/-/edward-snowden-testifies-by-live-video-link-at-pace-hearing-on-mass-surveillance>
84. Joseph Raz, *The Authority of Law : Essays on Law and Morality*, Oxford : Clarendon Press, 1979.
85. Kwoka Margaret « Leaking and Legitimacy », in *UC Davis Law Review, Forthcoming*, 2014, p. 14-49.
86. Keane John « *The life and death of democracy*, Simon and Schuster, 2009.
87. Kitrosser Heidi, « What if Daniel Ellsberg Hadn't Bothered », *Ind. L. Rev.*, 2011, vol. 45, p. 89.
88. Sagar Rahul, *Secrets and leaks : the dilemma of state secrecy*, Princeton University Press, 2013, p. 275.

89. Extrait de l'audition d'Edward Snowden par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. URL : <http://www.coe.int/fr/web/portal/-/edward-snowden-testifies-by-live-video-link-at-pace-hearing-on-mass-surveillance>.

RÉSUMÉS

Souvent décrit comme un acteur essentiel de la transparence démocratique, le « lanceur d'alerte » contribue sans nul doute à l'édification d'une société plus transparente et démocratique. Toutefois l'architecture des lois de protection des lanceurs d'alerte, démontre que le « lanceur d'alerte » n'est pas conçu comme un activiste de la transparence, la divulgation de secrets étant envisagée comme un moyen de lancer l'alerte, et non comme une fin en soi. En témoigne la distinction analytique élaborée par la doctrine Nord-Américaine, entre les concepts de lanceur d'alerte et de « fuitier d'information », distinction que le présent article entend examiner de manière critique.

Often described as a key player of democratic transparency, the “whistleblower” indeed contributes to the making of a more transparent and democratic society. However, the architecture of whistleblower laws tend to show that the disclosure of secrets by whistleblowers has only been conceived as a mean of sounding the alarms on harms to the public good, and not as the main purpose of whistleblower policies. This is exemplified by the distinction between “leaking” and “whistleblowing” which has been drawn by U.S scholars, a distinction that will be critically assessed in this article.

INDEX

Keywords : whistleblower, leaker, transparency, state secrecy, right to information, public interest, civil disobedience, conscientious objection, Wikileaks, investigative journalism

Mots-clés : lanceurs d'alerte, fuitier, transparence, secret d'état, droit à l'information, intérêt public, désobéissance civile, objection de conscience, Wikileaks, journalisme d'investigation

AUTEUR

JEAN-PHILIPPE FOEGLE

Doctorant en droit public, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, CREDOF - CTAD UMR7074