

Les “Paradise Papers” ou les paradoxes d'une transparence ubérisée.

Liberté d'expression (Transparence)

Jean-Philippe Foegle



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3475>

DOI : [10.4000/revdh.3475](https://doi.org/10.4000/revdh.3475)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Jean-Philippe Foegle, « Les “Paradise Papers” ou les paradoxes d'une transparence ubérisée. », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 10 novembre 2017, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3475> ; DOI : [10.4000/revdh.3475](https://doi.org/10.4000/revdh.3475)

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

Les "Paradise Papers" ou les paradoxes d'une transparence ubérisée.

Liberté d'expression (Transparence)

Jean-Philippe Foegle

1 A l'heure où les Paradise Papers
révélés par l'ICIJ jettent à nouveau une lumière crue sur les pratiques d' "optimisation fiscale" des entreprises et individus à très haut revenus, l'impact croissant des plateformes de leak défie une fois de plus nos conceptions de la transparence et de la liberté d'expression. Depuis les premières révélations de Wikileaks en 2010, les affaires de fuite de documents confidentiels n'ont cessé de se multiplier. Luxleaks, Wikileaks, MacronLeaks, Panama Papers : le panthéon des leak s'est tant et si bien empli de qu'une lionne (capitaliste ou bureaucrate) n'y reconnaîtrait pas ses petits (lanceurs d'alerte). Bien que les nouvelles technologies favorisent sans conteste un tel développement des fuites de documents en raison des quantités désormais colossales d'informations qui
2 peuvent être collectées puis divulguées en quelques clics

1 , l'existence et le rythme des fuites dépend essentiellement de raisons de nature socio-politique, et non de facteurs techniques. La multiplicité des motivations déterminants les fuiteurs à faire sortir des documents de l'organisation a en effet généralement trait à l'existence d'équilibres des pouvoirs au sein d'organisations qui sont invisibles aux yeux du commun des mortels. Si la volonté de lancer l'alerte pour faire changer les choses fait partie des motivations de certains leakers, les leaks sont souvent le fait des hauts fonctionnaires ou de cadres de grandes entreprises soucieux de modeler l'opinion publique en leur faveur

2.

Ainsi, dans les contextes nationaux, la rareté relative -statistiquement parlant - des tentatives d'identifier la source d'une fuite, ou de poursuivre des organes de presse publiant des fuites, s'explique principalement par l'existence de conventions politiques implicites

3
3
4. . Parce qu'elle offre au public l'illusion de la transparence à peu de frais, la fuite anonyme est souvent un moyen pour les détenteurs de pouvoir, paradoxalement, de renforcer le secret sur leurs activités

4.
4. Malgré cette ambivalence, la fuite a un avenir brillant devant elle. Dans un contexte où les procédures d'accès à l'information publique et privée sont souvent longues, fastidieuses et jonchées d'exception, la fuite est devenue, bon an mal an, le principal instrument par lequel le public se voit offrir l'accès aux informations qui doivent être portées à sa connaissance.

4
5. Pourtant, à l'instar de la pipe de Magritte, les leaks n'offrent de la transparence qu'une image au demeurant éloignée de la réalité. Comme le souligne avec justesse Mark Fenster

5
5 , notre conception de la transparence repose sur un idéal type d'un contexte de communication impliquant l'existence, tout à la fois, d'un sens déterminé à l'information compilée, stockée puis divulguée (1.), et d'un public prêt à comprendre et saisir le sens des informations portées à son regard (2.). Or, cette conception dominante , "cybernétique" de la transparence, qui suppose une trajectoire linéaire de l'information de l'organisation vers le public, repose sur un schéma erroné. L'information communiquée dans le cadre de la transparence fuitée n'est pas neutre, car ceux qui la divulguent ne se contentent pas de répliquer une information déjà existante et prête à être rendue publique. En opérant des choix sur ce qu'il faut divulguer et sur la manière dont il faut le divulguer, les fuites sont porteuses d'un message qui, en principe, doit être protégé par le droit à la liberté d'expression, lequel implique la protection, tout à la fois, des organes de presse qui divulguent l'information, et du droit du public à recevoir cette même information.

Toutefois, l'idéal-type de la plateforme de fuite représenté par Wikileaks, qui se contente de reproduire in extenso et sans traitement préalable une quantité phénoménale d'informations en raison d'un attachement à l'idéal de transparence radicale, renouvelle ce schéma.

6
7. A l'instar d'Uber, pourrait-on dire, les plateformes de leak bouleversent les mécanismes classiques de régulation de l'information en neutralisant le rôle des intermédiaires traditionnels – presse en tête – que vise à protéger la liberté d'expression traditionnelle. A l'inverse des médias traditionnels, cette transparence 2.0 permet de mettre en relation directe sources d'informations et public via des plateformes de fuite, sans filtrage préalable et sans intermédiaires.

Or si les justifications et modèles traditionnels sur lesquels se fonde la liberté d'expression sont adaptés aux modes traditionnels de fuite d'information par des lanceurs d'alerte (dans des journaux) (1./), il n'en va pas de même pour les plateformes de fuite "à la" wikileaks qui, par leur mode d'action, se placent au-delà des limites traditionnelles de cette liberté (2./), de sorte que leur appliquer des modes traditionnels de régulation conduirait à des risques de censure particulièrement pervers car moins

8

aisés à détecter.

1./Fuite "old school" et justifications de la liberté d'expression

En dépit de de très importantes divergences d'approche, la régulation juridique de la liberté d'expression dans ce qu'il est convenu de nommer – abusivement, certes – les "grandes modèles" de démocratie reposent sur des schémas similaires et des ensembles de justifications communes.

9

En premier lieu, l'existence et la protection de structures (journaux, radios..) essentielles à l'exercice de la liberté d'expression se fonde sur deux idéaux-types : l'idéal-type d'une presse capable d'identifier ce qui relève d'un sujet d'intérêt général d'une part ; l'existence d'un public capable de saisir les enjeux de ce qui lui est présenté d'autre part

10

6

. En second lieu s'agissant de la protection du message divulgué, les justifications de la liberté d'expression fondées sur le droit du public à l'information permettent, dans ce schéma classique, de fixer les limites de l'information communicable au public. Il s'agit classiquement d'exiger que la presse opère une conciliation entre le dommage causé par une divulgation et l'intérêt du public à l'information, ce qui implique de pouvoir d'emblée évaluer avec précision le dommage qui résulterait d'une divulgation.

En droit positif, la Cour Européenne des droits de l'Homme a ainsi accordé une protection extrêmement large aux discours journalistiques

11

7

. Dans ce cadre, si les journalistes peuvent faire appel à une dose d'exagération et de provocation, tout article doit se passer d'insinuations non fondées, éviter les titres trop sensationnels, et présenter les informations de la manière la plus complète possible, en respectant les chronologies

8

. De manière en partie similaire aux Etats-Unis, la protection "absolue" dont bénéficie la presse accorde une très large protection au discours journalistique

9

; mais trouve sa limite dans l'absence de volonté de nuire et dans le standard, du « clear and present danger » énoncé par le Juge Oliver Wendell Holmes dans son opinion sur l'arrêt Schenck V. United States

10

, qui implique que le discours en cause ne doit pas exposer les populations à un danger immédiat.

En somme, la protection très large accordée au discours journalistique était traditionnellement permise par 1) l'existence d'une presse supposée suffisamment responsable pour ne pas dépasser les limites de la liberté d'expression qui lui est accordée

11

et évaluer systématiquement et préalablement à toute publication le dommage qui résulterait d'une divulgation, et ; 2) la possibilité de faire usage de mécanismes de droit pénal et civil pour sanctionner le cas échéant les abus de la liberté d'expression

12.

Dans le cadre des procédures "old school" de divulgation d'information secrète sus-décrites, les justifications traditionnelles de la liberté d'expression pouvaient donc s'accommoder des fuites d'informations. Lorsqu'une information sortait du circuit par le biais d'un courageux lanceur d'alerte comme Daniel Ellsberg, le lanceur d'alerte ou le journaliste cachant ses sources pouvaient, en révélant leurs identités au public, rendre des comptes à celui-ci, faire part de leur motivations et expliquer le message sous-jacent à la révélation

13

13

. Corollaire immédiat de cette conception traditionnelle de la transparence fuitée : celle-ci permettait, par l'existence d'intermédiaires identifiables et jouant le rôle d'intermédiaire, d'identifier les responsables d'un éventuel dommage résultant d'une divulgation et leur faire rendre des comptes le cas échéant.

En résumé, la protection traditionnelle des divulgations ne pouvait fonctionner dans son mode opératoire qu'en raison de l'existence – certes supposée et globalement fictive – d'une presse responsable et capable de choisir avec attention quelles informations divulger, et d'un public capable de se saisir du sens des divulgations. Ainsi ce schéma linéaire de circulation de l'information – d'une presse supposée responsable à un public supposé suffisamment raisonnable pour comprendre l'information – ouvrait la possibilité d'évaluer les conséquences d'une divulgation et, ce faisant, d'opérer conciliation entre l'intérêt du public à l'information et le dommage causé par une divulgation.

14

Or, par leur caractère transnational, mais aussi en ce qu'elles diluent les responsabilités des acteurs et rendent difficile l'évaluation du dommage résultant d'une divulgation, tout en re-configurant la notion d' "intérêt du public à l'information", les plateformes de fuite "à la wikileaks" bousculent radicalement ce schéma.

15

2./Fuite 2.0, liberté d'expression et risque de censure collatérale

En premier lieu, lorsqu'elles sont visibles sur internet, celles-ci peuvent, en raison de la possibilité de répliquer l'information à l'infini sur le web et de favoriser l'interconnexion des données, rendre extrêmement aléatoire l'évaluation du risque d'une divulgation. En effet, lorsqu'une information peut être répliquée à l'infini et de manière décentralisée sur internet, il est extrêmement complexe de prévoir la destinée d'une l'information dans l'espace public d'internet et d'évaluer avec suffisamment de précision le dommage qui résulterait d'une divulgation

16

14

En second lieu, lorsqu'elles se contentent comme Wikileaks de rendre l'information publique in extenso sans fournir d'explication détaillée de chacune des informations, divulguées comme le ferait un journal traditionnel, ces plateformes diluent le message sous-jacent à la liberté d'expression dans une idéologie assez vague de transparence radicale. Or, parce qu'elles sont constituées de blocs cohérents d'informations qui présentent sans commentaire l'activité de personnes au sein d'une ou plusieurs organisations sur plusieurs années, les fuites "à la wikileaks" ne peuvent en elles-mêmes – cad sans l'intervention d'intermédiaires éclairant tel ou tel aspect des fuites ou résumant celles-ci dans leur ensemble – être comprises du public, leur taille étant trop conséquente.

17

18 A cela s'ajoute la fragmentation de l'espace internet qui, parce qu'elle conduit à ce que les internautes aient accès à des informations parfois radicalement différentes en fonction de leur situation géographique ou sociale, mène à une situation dans laquelle différents membres du public pourront avoir accès des informations de nature différentes sur un même leak. Ainsi, l'un des présupposés classiques du droit à la liberté d'expression – l'existence d'un public capable de comprendre de manière univoque le sens de l'information divulguée – perd radicalement de sa pertinence, faute pour une fuite massive de transmettre un message compréhensible de manière suffisamment cohérente par l'ensemble des personnes ayant accès à l'information.

19 Enfin, le travail éditorial n'est pas le même au sein d'une plateforme de leak que dans une rédaction "responsable", car ces plateformes abolissent la distinction source/distributeur

15

en permettant à des sources de publier rapidement et de manière anonyme des informations, sans se voir appliquer les filtres traditionnels. Pour cette raison l'appréciation des intentions – malveillantes ou non – de ceux qui publient l'information, située au coeur de la théorie traditionnelle de la liberté d'expression perd également toute pertinence. En effet, certains fumeurs sont animés par des motivations peu compatibles avec l'idée d'un "journalisme responsable".

Ainsi, faute pour les plateformes de leak de correspondre aux schémas traditionnels sur lesquels se fonde la protection de la liberté d'expression, tenter d'appliquer des solutions traditionnelles à celles-ci conduirait à brider leur apport pourtant réel à l'information du public et à conduire à générer nombre de difficultés, d'effets pervers.

20

21 Le premier effet pervers conduirait à une répression tous azimuts des sources de ces plateformes

¹⁶. Pour reprendre une distinction introduite par Ulrich Beck¹⁷

, nous vivons dans une société du risque où l'information elle-même constitue un risque. Or, comme il est impossible de prévoir et évaluer les effets d'une fuite massive, il est aisé du point de vue des états de faire apparaître les fuites comme des risques dont le public devrait être protégé ; et, faute de pouvoir censurer ces plateformes, la solution la plus "logique" du point de vue des états consisterait à poursuivre plus durement les sources de ces fuites. Une telle issue n'est plus hypothétique : récemment, le

rapport du Law Committee au Royaume-Uni a proposé un renforcement de l'arsenal répressif contre les divulgations d'informations classifiées et rejeté explicitement l'introduction d'une défense d'intérêt général. A l'instar d'Uber et faute de pouvoir (fort heureusement) les censurer, les plateformes de leak conduisent de facto à rejeter la responsabilité d'une fuite sur les sources elles-même, et non sur les infrastructures qui permettent la publication de l'information.

Le second effet pervers a trait au risque de censure privée et de censure collatérale.

22 Censure privée tout d'abord car, comme l'a montré Yochai Benkler

18

, les journalistes sont plus réticents à l'égard des lanceurs d'alerte à l'origine des fuites massives, car, bien souvent, ces fuites sont d'une telle ampleur qu'elles constituent un risque assez clair pour les gouvernants qui, faute de pouvoir prévenir celles-ci, vont chercher à décrédibiliser les lanceurs d'alerte. Dans ce cadre, la presse traditionnelle a souvent été amenée à ne pas publier du tout des informations issues des plateformes de leak, soit par peur des représailles, soit parcequ'elle se considérait en concurrence direct avec Wikileaks.

Censure collatérale ensuite car toute tentative de faire disparaître des informations qu'il n'était pas utile de divulguer conduirait à bloquer l'accès à des informations d'intérêt public prépondérant, ou à rendre peu compréhensibles ces dernières. En effet, les fuites "à la wikileaks" mêlent, pêle-mêle, des informations parfaitement anodines ou révélant des aspects de la vie privée des personnes, et des informations présentant un intérêt pour le public. Or, dans la mesure où la même page d'une fuite peut présenter à la fois des informations d'une grande importance, et des informations dont l'intérêt pour le public est inexistant, faire disparaître la seconde catégorie d'informations du document conduirait à altérer la cohérence de l'ensemble de l'information et à ne plus offrir au public qu'une image tronquée de la réalité que met à jour la fuite

23

19.

Conclusion

24 Les dilemmes sus-énoncés ne sont pas propres aux plateformes de leak. Comme le soulignent fort justement certains auteurs

20

, l'absence de coïncidence entre souveraineté, droit et territoire dans l'espace internet condamne d'avance toute tentative d'appliquer les mécanismes de régulation traditionnels aux réseaux numériques, d'où la nécessité du recours à des moyens différents et moins coercitifs de la part des pouvoirs publics. Il s'agit alors de privilégier l'autorégulation et la co-régulation à la réglementation stricto sensu. Pour reprendre une typologie élaborée par Ludovic Hennebel et Grégory Lewkowicz

21

, le mécanisme de réglementation reste associé à un mode de contrôle étatique dit du « command and control » correspondant à un mode régulation unilatéral et coercitif s'opposant à l'autorégulation qui impliquerait, quant à elle, la conception et l'internalisation multilatérale par des acteurs privés de normes édifiées en commun et qu'ils s'engagent mutuellement à respecter

22

. À l'inverse, la co-régulation apparaîtrait classiquement comme un mode de régulation publique intermédiaire, se situant à mi-chemin entre la réglementation et l'autorégulation : il s'agirait alors d'orienter, canaliser, inciter les comportements en associant les acteurs privés à l'édiction de la norme tout en maintenant les prérogatives de contrôle et de sanction des pouvoirs publics.

25

Néanmoins, au vu du caractère disruptif des plateformes "de type Wikileaks" pour les états et de la criminalisation croissante des lanceurs d'alerte

23

, il paraît peu probable qu'un dialogue constructif puisse s'installer et créer les conditions d'une nouvelle gouvernance de la liberté d'expression, de sorte que tout reste, en la matière, à construire.

NOTES

1. Patrick McCurdy, "From the Pentagon papers to Cablegate: how the network society has changed leaking." *Beyond WikiLeaks*. Palgrave Macmillan UK, 2013. 123-145.
2. V. Stephen Hess, *The Government/press Connection: Press Officers and Their Offices*, Brookings Institution, 1984.
3. David E Pozen "The leaky Leviathan: Why the government condemns and condones unlawful disclosures of information", *Harv. L. Rev.*, 2013, vol. 127, p. 512.
4. Wim Vandekerckhove, « Freedom of expression as the "broken promise" of whistleblower protection », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 23 novembre 2016
5. Mark Fenster, "The opacity of transparency", *Iowa L. Rev.*, 2005, vol. 91, p. 885.
6. Jack M Balkin, "The future of free expression in a digital age" *Pepp. L. Rev.*, 2008, vol. 36, p. 427.
7. V. Dirk Voorhoof, "The right to freedom of expression and information under the European Human Rights system: towards a more transparent democratic society", *EUI Working Paper* (Florence: EUI RSCAS 2014/12) 22 p.. V. également : Wouter Hins, Dirk Voorhoof, « Access to state-held information as a fundamental right under the European Convention on Human Rights », *European Constitutional Law Review*, 2007, vol. 3, no 01, p. 114-126.
8. Cour EDH, Gr. Ch., 10 dec. 2007, *Stoll c. Suisse*, Req. n°69698/01_§148-149
9. *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 91 (1971).
10. *Schenck V. United States*, 249 U.S 47,52 (1919)
11. Michael Schudson, "The ideal of conversation in the study of mass media", *Communication Research*, 1978, vol. 5, no 3, p. 320-329.
12. Jack M Balkin, "Old-school/new-school speech regulation" *Harv. L. Rev.*, 2013, vol. 127, p. 2296.
13. Rahul Sagar, *Secrets and leaks: the dilemma of state secrecy*, Princeton University Press, 2016, p. 153 (Sur les lanceurs d'alerte dans le domaine du renseignement)
14. Mark Fenster, "Disclosure's effects: WikiLeaks and transparency" *owa L. Rev.*, 2011, vol. 97, p. 753.

15. Yochai Benkler "A free irresponsible press: Wikileaks and the battle over the soul of the networked fourth estate" *Harv. CR-CLL Rev.*, 2011, vol. 46, p. 311.
16. Le rapport du Law Committee au Royaume-Uni a proposé un renforcement de l'arsenal répressif contre les divulgations d'informations classifiées et rejeté explicitement l'introduction d'une défense d'intérêt général, estimant que la notion d' « intérêt général » est trop vague et nuirait à l'objectif de garantir la sécurité juridique des personnes.
17. Ulrich Beck, « *Risk society: Towards a new modernity* » Vol. 17. Sage, 1992.
18. Yochai Benkler "A free irresponsible press: Wikileaks and the battle over the soul of the networked fourth estate" *Harv. CR-CLL Rev.*, 2011, vol. 46, p. 311.
19. Il suffit pour se convaincre de cela de prendre pour exemple celui d'un compte-rendu d'une réunion au cours de laquelle des membres d'une organisation s'accorderaient sur une stratégie de fraude fiscale. Un tel document comporterait sans aucun doute des données sensibles telles que des données médicales ("Mr X est absent en raison d'une maladie"), des informations sur la personnalité des participants ("Mme X a des antécédents de rébellion) et des informations qu'il n'est pas utile de connaître ("Je suis allé boire un verre hier soir"). Toutefois, dans une telle hypothèse, puisque l'intérêt du public est de comprendre les processus de décision en matière de fraude fiscale, supprimer ces informations conduirait à offrir une vision incomplète, biaisée ou illisible de la réunion en cause et de la manière dont les décisions ont été prises.
20. Benoît Frydman, Ludovic Hennebel, et Grégory Lewkowicz, « Public strategies for Internet co-regulation in the United States, Europe and China », in *GOVERNANCE, REGULATIONS AND POWERS ON THE INTERNET*, E. Brousseau, M. Marzouki, and C. Meadel, eds., Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
21. La Cour suprême des Etats-Unis a très tôt souligné l'intérêt de ce mécanisme, en présentant l'utilisation des logiciels de filtrage comme une alternative à la réglementation de l'Internet. V. SCOTUS, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997).
22. Les « codes d'éthique » représentent un exemple topique d'autorégulation. V. par exemple, dans un tout autre domaine : Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, Recommandation Rec (2001)10 sur le Code européen d'éthique de la police, 19 septembre 2001.
23. V., Daniel D'Isidoro, «Protecting Whistleblowers and Secrets in the Intelligence Community », *Harvard National Security Journal Online*. Septembre 2014 ; Jesselyn Radack et Kathleen McClellan « The Criminalization of Whistleblowing » *Am. U. Labor & Emp. LF*, 2011, vol. 2, p. 57.

RÉSUMÉS

Les plateformes de fuite anonyme d'informations, dont Wikileaks constitue l'idéal-type, bousculent les modes de régulation traditionnels de la liberté d'expression. A l'instar de plateformes de type Uber, celles-ci permettent de faire fi des intermédiaires traditionnels de la société de l'information et, ce faisant, de supprimer les obstacles à l'entrée dans le "marché" de l'information. Ainsi, en supprimant les filtres qui faisaient autrefois obstacle au "fuitage" de documents confidentiels, ces plateformes constituent un puissant outil de transparence et forment ensemble le principal instrument par lequel le public se voir offrir l'accès aux informations qui doivent être portées à sa connaissance. Toutefois, à l'instar d'Uber, ces plateformes dissolvent également les structures juridiques traditionnelles et font perdre de leur pertinence aux justifications traditionnelles de la liberté d'expression. Fondée sur l'idéal-type d'une presse capable de trier et réguler les flux d'information en évaluant a priori le dommage

d'une divulgation, la liberté d'expression dans ses contours actuels ne peut s'adapter à cette "ubérisation" des divulgations, marquée par une possibilité de mettre sources d'informations et public en contact immédiat via des plateformes de fuite. Or, d'une part, à l'instar d'Uber et faute de pouvoir (fort heureusement) les censurer, les plateformes de leak conduisent de facto à rejeter la responsabilité d'une fuite sur les sources elles-mêmes, et non sur les infrastructures qui permettent la publication de l'information. D'autre part et plus largement toute tentative de leur appliquer des modes de régulation traditionnels de la liberté d'expression conduirait à encourager de nouveaux modes de censure de l'information qui, parce qu'ils sont moins visibles que les modes traditionnels de censure, sont d'autant plus redoutables. La recrudescence du leak doit ainsi conduire à un renouvellement progressif des conceptions "démocratiques" de la transparence.

AUTEUR

JEAN-PHILIPPE FOEGLE

ATER et doctorant en droit public, Université Paris Nanterre