



HAL
open science

”Le droit d’alerter, entre transparence et secret”

Jennifer Marchand

► **To cite this version:**

Jennifer Marchand. ”Le droit d’alerter, entre transparence et secret”. La Revue des droits de l’Homme, 2016, n° 10, 10.4000/revdh.2297 . hal-04435855

HAL Id: hal-04435855

<https://uca.hal.science/hal-04435855>

Submitted on 2 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit de l'alerte, entre transparence et secret

Revue des droits de l'homme - N° 10/2016

par

Jennifer MARCHAND, Maître de Conférences à l'Université d'Auvergne

Centre Michel de l'Hospital EA 4332

Apparu aux États-Unis, le lancement d'alerte y est défini de manière stricte comme « le fait que des membres d'une organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut changer la situation ». Le lanceur d'alerte s'inscrit d'une part dans la tradition démocratique nord-américaine. La figure originelle du *whistleblower* apparaît comme un auxiliaire de l'État dans la lutte contre la fraude et la criminalité financière en contrepartie d'une rémunération. Les États-Unis ont ainsi consacré un statut protecteur des lanceurs d'alerte dès le XIXe siècle par le truchement du « False Claims Act » en 1863. En fonctionnant comme un palliatif à l'impuissance de l'État devant la sophistication croissante des fraudes, ces dispositifs ont permis au gouvernement de recouvrer des sommes très importantes. D'autre part, la figure actuelle du lanceur d'alerte le situe en vigie de la démocratie dans un contexte de crise du régime représentatif et de vigilance accrue des citoyens en matière sanitaire et environnementale.

Bravant leurs obligations de réserve ou le secret (professionnel, des affaires, de la défense nationale), les lanceurs d'alerte interpellent la société, dénoncent ou désobéissent au nom de certaines valeurs ou principes au premier rang desquels se trouvent les libertés fondamentales, l'intérêt général, le principe de précaution. Ils œuvrent pour une gouvernance plus démocratique (*open government*) au sein de laquelle le citoyen ordinaire, et plus globalement la société civile, deviennent parties prenantes. Il existe aujourd'hui un arsenal juridique¹,

¹ La loi n°1598 du 13 novembre 2007 instaure une protection contre toutes représailles pour le salarié du secteur privé qui signale de bonne foi « des faits de corruption » constatés dans l'exercice de ses fonctions. Elle prévoit un renversement de la charge de la preuve ; la loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament prohibe toute discrimination dont pourrait être victime les personnes « relatant ou témoignant de bonne foi à son employeur ou aux autorités judiciaires ou administratives des faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits de santé dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions » ; la loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte reconnaît que « toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement » ; l'article 25 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique introduit un dispositif de protection des lanceurs d'alerte en matière de conflits d'intérêts tandis que l'article 35 de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière prévoit la protection des lanceurs d'alerte témoignant de bonne foi de faits constitutifs d'un crime ou d'un délit dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

fragmenté, qui organise un dispositif de protection des lanceurs d'alerte et *in fine* consacre un « droit de l'alerte ». Or, « c'est par la médiation des normes juridiques que les droits de l'homme acquièrent leur force et leur effectivité² ». A mesure de la lente maturation et reconnaissance textuelle du droit de l'alerte, il s'établit selon Nicole Meyer comme un « droit fondamental, pierre de touche de la citoyenneté ». Dès lors que « s'affirme de plus en plus l'idée selon laquelle un droit n'existe pas s'il n'est pas garanti ou effectif³ », la reconnaissance par le droit positif contribue à l'effectivité d'un droit de l'alerte.

L'alerte interpelle sur la protection de libertés centrales à tout projet démocratique : la liberté d'expression⁴ (article 11 DDHC), le droit public à l'information, le droit de demander des comptes (article 15 DDHC) mais aussi le droit au respect de la vie privée. L'alerte suscite des interrogations aux confins du droit et de la morale⁵ : a-t-on le droit de tout savoir ? Peut-on tout dévoiler en démocratie ? Quant à la dimension idéologique, le lanceur d'alerte tiraillé par des convictions, des obligations contraires (son devoir de réserve et de discrétion et son for intérieur) se place en parrésiasite, figure décrite par Michel Foucault dans son œuvre *Le courage de la vérité*, en acceptant de prendre un certain risque en divulguant la « vérité⁶ ». Pour Foucault, dire vrai traduit une puissance éthique, un certain courage. Le lanceur d'alerte fait montre de qualités éthiques et idéologiques.

Certains droits, notamment la liberté d'expression, s'accompagnent de limitations. Ces limites peuvent être celles de la transparence et du secret, deux notions que les débats entourant les lanceurs d'alertes ont renouvelé. La démocratie s'est largement construite contre le secret des

Les jurisprudences européenne (CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldova* ; CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne* ; CEDH, 8 janvier 2013, *Bucur et Toma c. Roumanie*) et française (TGI de Boulogne-sur-Mer, 12 août 1998, *Société Eurotunnel c. R. Bell et Éditions du Seuil* ; TGI Paris, 13 mars 2009, *Ministère public c. Champremier, Cattan, Meneton*) ont également posé les règles protégeant mais aussi encadrant l'alerte éthique.

À cet arsenal juridique interne, s'ajoutent des recommandations ainsi que des conventions à portée contraignante

² D. LOCHAK, *Les droits de l'homme*, Paris : La découverte, 3ème édition, 2009, p.4

³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », in V. Champeil-Desplats, D. Lochak (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, p. 11-26

⁴ Pour le Conseil constitutionnel, la liberté d'expression est « une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale » (Cons. const. 10 et 11 oct. 1984, no 84-181 DC).

⁵ X. MAGNON, « Morale et politique : quelles places pour le droit ? », in M. VERPEAUX, B. MATHIEU, *Transparence et vie publique*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaire, janvier 2015, p. 15

⁶ M. FOUCAULT, *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres II, Cours au collège de France 1984*, Paris, Gallimard Seuil, 2009, p. 12-14 : pour qu'il y ait parrésia : « [...] il faut que le sujet, en disant cette vérité qu'il marque comme étant son opinion, sa pensée, sa croyance, prenne un certain risque, risque qui concerne la relation même qu'il a avec celui auquel il s'adresse. [...] La parrésia implique une certaine forme de courage, courage dont la forme minimale consiste en ceci que le parrésiasite risque de défaire, de dénouer cette relation à l'autre qui a rendu possible précisément son discours ».

pouvoirs procédant à une assimilation du gouvernement démocratique à l'information complète du citoyen. Initié par les Lumières, un mouvement mené au nom de la transparence a traversé le XIX^e et a contribué à l'émergence de l'État de droit. Plus tard, sous l'effet des nouvelles technologies de l'information et de la communication, cette lame de fond a été amplifiée et l'État de droit renforcé, enrichi. Dans sa recommandation sur la protection des lanceurs d'alerte, le comité des ministres du Conseil de l'Europe, après avoir rappelé que « *la liberté d'expression et le droit de rechercher et de recevoir des informations sont indispensables au fonctionnement d'une véritable démocratie* », estime que les lanceurs d'alerte peuvent « *contribuer à renforcer la transparence et la responsabilité démocratique* ». L'information disponible « partout et tout le temps » nous confère-t-elle néanmoins le droit absolu de tout savoir⁷? « *Une saine transparence ne doit pas avoir pour projet d'anéantir la discrétion, la réserve, la rétention, le secret, mais de se concilier aussi harmonieusement que possible avec eux. [...] Le bienfait de la transparence n'est sensible que dans le contraste qu'elle offre sa permanente confrontation au secret*⁸ ». Les lanceurs d'alerte suscitent de nombreux questionnements et interrogent le statut du secret et de la transparence dans les démocraties. Dans quelles limites le droit d'alerte éthique doit-il s'inscrire afin de ne pas raviver les heures sombres de la délation? Quel est l'équilibre qui doit être atteint afin de concilier l'alerte éthique et le nécessaire respect des secrets protégés par la loi ou l'obligation de discrétion ou de réserve? Cet équilibre apparaît dans la confrontation du droit de l'alerte avec d'une part la transparence (I) et d'autre part le secret (II).

I. TRANSPARENCE ET DROIT DE L'ALERTE

La transparence est un des éléments clé de la démocratie, dès lors qu'elle se rapporte au pouvoir de surveillance des autorités politiques par les citoyens. La transparence est désormais appréhendée comme « *un principe méthodologique directeur de la gouvernance, que celle-ci emprunte un mode unilatéral ou contractuel, qu'elle empreigne l'acte législatif, réglementaire ou juridictionnel, et que l'acte unilatéral ou plurilatéral soit pris par des personnes publiques ou privées*⁹ ». Issu de la crise de confiance politique et économique, le lanceur d'alerte contribue à la reconstruction de la démocratie en restaurant l'éthique publique

⁷ M. FOUCAULT, *La volonté de savoir*, Gallimard, collection « NRF », Paris, 1976

⁸ A. LEPAGE, « Avant-propos », *Le droit de savoir*, Cour de cassation, rapport 2010

⁹ D. CUSTOS (dir.), *La transparence, un principe de gouvernance*, Actes du XII^e Congrès de l'Association internationale de méthodologie Juridique, Bruxelles : Bruylant, 2014, 312 pages.

et l'éthique des affaires. Le droit de l'alerte apparaît comme le substrat de la société de la transparence (A). Symétriquement, la transparence institutionnelle ou procédurale doit favoriser l'exercice du droit de l'alerte (B).

A. Le droit de l'alerte, substrat de la société de la transparence

Le terme transparence apparaît explicitement dans le discours des années 1970, époque où la notion conquiert la sphère administrative¹⁰. Aujourd'hui la transparence est érigée en idéologie dominante depuis la *Glasnost* menée Mikhaïl Gorbatchev en 1985 jusqu'au programme présidentiel de Barack Obama où elle « *est proposée comme l'ultime recours aux dysfonctionnements politiques, sociaux ou démocratiques*¹¹ ». Le dogme de la transparence a fait naître une *exigence* de la société civile à l'égard du secteur public et privé : l'obligation de justifier du caractère raisonnable de leurs actions : *l'accountability*. La société de la transparence a suscité une *vigilance* accrue des citoyens : *l'answerability* ou le droit d'exiger des comptes.

1. Alerte, transparence et accountability

« *La reddition de comptes, la responsabilité et la transparence constituent des dimensions du concept d'accountability, entendu au sens large comme une philosophie du vivre ensemble, un impératif de justification de sa conduite*¹² ».

Dès 1914, pour Hauriou, « *la conscience moderne exige que l'administration agisse au grand jour. On lui a, pendant très longtemps, toléré des décisions secrètes. Maintenant, on veut que toutes ses décisions et toutes ses actions soient publiques et l'on a le sentiment que ce qui n'a pas été fait publiquement n'est pas régulier*¹³ ». Cette attente se réalisera à la faveur des lois dites de transparence dans les années 1970 qui consacrent l'accès aux archives, aux documents administratifs et la motivation des décisions administratives. Placée sous le signe de l'amélioration des rapports entre l'administration et les citoyens, la transparence confère un nouveau fondement démocratique au fonctionnement de l'administration. Elle renforce la confiance des citoyens dans les institutions.

« Ce qui est transparent est présumé légal, ce qui ne l'est pas présumé dissimuler des

¹⁰ Voir notre analyse, J. MARCHAND, « Réflexions sur le principe de transparence », *RDP*, 2014-3, p. 677

¹¹ L. FOUQUETTE-L'ANGLAIS, « De la transparence aux États-Unis. Tyrannie ou vertu : la transparence politique est-elle une garantie d'une meilleure démocratie ? », Fondation Jean- Charles Bonenfant, juin 2010.

¹² B. PRAS, P. ZARLOWSKI, « Obligation de rendre des comptes », *Revue française de gestion* 8/2013 (N° 237), p. 13-32

¹³ Note sous CE 27 mars 1914, *Laroche*, S. 1914.3.97.

inégalités¹⁴ » conformément à la jurisprudence de la CEDH qui estime que « le danger d'arbitraire apparaît avec une netteté singulière là où un pouvoir de l'exécutif s'exerce en secret ». L'exemplarité des élus est la condition première de toute démocratie représentative¹⁵. À cet égard, le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé que la publication des déclarations d'intérêts des élus permet « à chaque citoyen de s'assurer par lui-même de la mise en œuvre des garanties de probité et d'intégrité de ces élus, de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre ceux-ci ¹⁶». Appliquée à la vie politique, la transparence contribue à la prévention de la corruption et des conflits d'intérêts. L'enjeu principal est de ne pas générer une société de la défiance au nom de la restauration de la confiance des citoyens dans la personne des gouvernants¹⁷. La transparence sur la situation des agents publics ne doit pas justifier des atteintes disproportionnées aux droits de l'homme.

Longtemps propre au secteur public, la transparence essaime en droit privé. La transparence est une dynamique qui favorise un nouveau mode de gestion et de direction de l'entreprise. La transparence est alors présentée comme le meilleur moyen d'instaurer une bonne gouvernance mais aussi de promouvoir la responsabilité sociale de l'entreprise et l'éthique des affaires. La transparence apparaît alors comme un « *outil de rédemption contemporain de l'économie de marché*¹⁸ ».

2. *Alerte, transparence et answerability*

La société de la transparence repose sur une vigilance accrue de la société civile. Nous assistons à l'éveil d'un citoyen mature demandant davantage de participation. La concertation avec les citoyens et la participation de ces derniers à la vie de la Cité sont amenées à évoluer. « *L'objectif du mouvement d'open government est de faciliter le jugement de nature sociale et politique que portent les citoyens sur les résultats de l'activité Gouvernementale. Le Gouvernement transparent signifie que désormais, en plus d'avoir accès à l'information, aux documents et aux procédures, les citoyens peuvent participer de façon significative à l'action*

¹⁴ G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001, n° 97, p. 23

¹⁵ J.-L. NADAL, *Renouer avec la confiance publique*, rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, éd. La documentation française, 2015

¹⁶ Décision n° 2013-676 DC du 09 octobre 2013, *Loi relative à la transparence de la vie publique*, cons. n°19

¹⁷ Sur ce point, le Conseil constitutionnel a soustrait du régime de publicité les déclarations d'intérêts « des personnes qui n'exercent pas de fonctions électives ou ministérielles mais des responsabilités de nature administrative ». Il a également censuré, sur le fondement d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée, l'obligation de déclarer les activités professionnelles exercées par les enfants et les parents ou un autre membre de la famille du déclarant.

¹⁸ J.- C. DUHAMEL, « La transparence : outil de conciliation de la finance et du management », *Revue française de gestion*, 2009/8, n° 198-199, p. 59-75

*Gouvernementale*¹⁹ ». Nous assistons à ce que Pierre Rosenvallon définit comme « *la surveillance du pouvoir par la société* », *la transparence du pouvoir* « *est supposée permettre un parfait contrôle*²⁰ ». Cela recouvre la notion d'*answerability*, le droit d'exiger des comptes. La transparence est un moyen de diffuser le pouvoir par la connaissance vers les sphères inférieures par le droit à l'information et l'ouverture qu'elle consacre. C'est alors qu'émerge et peut prospérer le droit de l'alerte qui accompagne l'évolution des rapports de force au sein de l'État, de l'entreprise. Le lanceur d'alerte est le symbole d'une nouvelle catégorie : les parties prenantes qui expriment plus fermement leurs attentes. Il contribue au développement d'une plus grande culture civique²¹ de nature à rééquilibrer les relations entre les citoyens et la sphère publique notamment. Il contribue plus généralement à la moralisation des secteurs public et privé.

B. La transparence, garantie d'un droit de l'alerte

Pour le Conseil de l'Europe, suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, pour que puisse exister effectivement un droit de l'alerte, « *le cadre national devrait favoriser un environnement qui encourage à faire ouvertement tout signalement ou toute révélation d'informations. Nul ne devrait éprouver de crainte de soulever librement des préoccupations d'intérêt général. Des voies clairement établies pour le signalement et la révélation d'informations d'intérêt général devraient être mises en place et le recours à ces voies devrait être facilité par des mesures appropriées*²² ». Les voies de signalement, de manière concentrique, comprennent 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. Le canal qui doit être privilégié est celui d'une alerte endogène et ce n'est que si le lanceur d'alerte ne dispose d'aucun autre moyen efficace pour procéder à la divulgation que l'alerte peut être extériorisée en saisissant l'autorité judiciaire, une autorité administrative et en dernier lieu les médias. Le cœur du dispositif sera la bonne foi du lanceur d'alerte.

¹⁹ A. BOUVIER, « Démocratie délibérative, démocratie débattante, démocratie participative », *Revue européenne des sciences sociales* [en ligne], XLV-136 | 2007

²⁰ P. ROSENVALON, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2006, p. 38. p. 262

²¹ J. CHEVALLIER, « Le droit administratif vu de la science administrative », *AJDA* 2013, p. 401 : « L'administré ne peut plus être traité seulement comme un assujéti, soumis au pouvoir administratif, ou comme un simple usager, bénéficiant des prestations que l'administration lui offre : la relation administrative est censée comporter désormais une dimension proprement civique, allant au-delà de l'imposition de règles ou de la fourniture de prestations »

²² Recommandation CM/Rec (2014)7 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des lanceurs d'alerte

La transparence peut servir la concrétisation du signalement. La reconnaissance d'un droit de l'alerte suppose de publiciser les mécanismes et voies de recours offerts aux lanceurs d'alerte. Or, la difficulté majeure est l'absence de procédures de traitement de l'alerte. Pour Jean-Marc Sauvé, « *alors que les canaux internes de signalement devraient être actionnés les premiers, ils se singularisent par leur absence ou leur manque de structuration et de visibilité. Il apparaît ainsi indispensable de créer, au sein de chaque organisation, une entité, détachée des structures opérationnelles, en charge de traiter les signalements de la manière la plus indépendante et de leur donner des suites rapides et adéquates*²³ ».

La prise en compte de l'alerte professionnelle est révélatrice du rôle que peut jouer l'éthique comme mode de gestion et de gouvernance de l'entreprise. Parmi les figures de déconfinement d'un signal d'alerte, F. Chateauraynaud évoque la communication publique²⁴. La mise en place des DAP entraîne une obligation de réponse de la part de l'entreprise ce qui tend à promouvoir la transparence au cœur même de l'entreprise (en contrebalançant l'obligation de discrétion et la portée des clauses de confidentialité). Initiées par la loi Sarbanes-Oxley de 2002²⁵, les procédures d'alerte professionnelle en France, se sont d'abord heurtées au refus de la CNIL qui craignait qu'elles ne conduisent « à un système organisé de délation professionnelle²⁶ ». Les mécanismes d'alertes, facultatifs et soumis à autorisation de la CNIL ont été d'abord strictement restreints aux « signalements de faits graves de nature comptable ou financière, de lutte contre la corruption ou encore relatifs à des manquements au droit de la concurrence ». Depuis le 24 février 2014, l'AU-004 a été modifiée et désormais y sont inclus les domaines du droit de l'environnement, de la lutte contre les discriminations, de la santé, de l'hygiène et de la sécurité au travail.

Dans une dimension plus générale, suite à l'adoption des lois du 11 octobre 2013 et du 6 décembre 2013, les destinataires des signalements semblent plus ou moins restreints²⁷. Le

²³ J-M. SAUVE, « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures », Colloque organisé par la Fondation Sciences Citoyennes et Transparency International France, Assemblée nationale, Mercredi 4 février 2015

²⁴ F. CHATEAUREYNAUD, D. TORNAY, *Les sombres précurseurs, une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Édition de l'EHESS, Paris, réédition juillet 2013

²⁵ C. DIDIER, « L'alerte professionnelle en France : un outil problématique au cœur de la RSE », 4e colloque du RIODD, 2009

Par son article 301-4, la SOX impose aux entreprises américaines, leurs filiales et toute entreprise cotée à la bourse de New York, la mise en place d'une procédure permettant à tout salarié de signaler tout fait délictueux concernant des malversations comptables. Par son article 806, la SOX prévoit l'interdiction d'exercer des mesures de représailles à l'encontre des salariés qui auraient dénoncé des malversations

²⁶ CNIL, délib. n° 2005-110, 26 mai 2005, relative à une demande d'autorisation de Mac Donald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle

²⁷ Au titre de l'article 11 de la loi du 11 octobre 2013, les destinataires d'un signalement peuvent être l'employeur, le

SCPC et la HATVP peuvent jouer un rôle dans le traitement des signalements mais uniquement dans le cadre de leur champ de compétences respectif à savoir la lutte contre la délinquance financière et la lutte contre les conflits d'intérêts dans la vie politique. Transparency International propose d'instaurer une autorité indépendante chargée de recueillir et traiter l'alerte de tout citoyen, gérer un portail autorisant l'anonymat et développer des actions de formation. Le statut d'AAI serait un gage d'indépendance, d'impartialité, d'extériorité. La transparence est porteuse d'une signification transcendante liée à l'idée de démocratie et d'État de droit. La création d'une AAI spécialement dédiée au traitement des lanceurs d'alerte conférerait une plus grande visibilité²⁸ (*in fine* une plus grande transparence par référence à la signification première de la notion) et une plus grande plénitude à un droit à alerter. Un tel organe contribuerait à aider les lanceurs d'alerte à briser le silence (le secret) lié à la peur de représailles en palliant les insuffisances des canaux internes. Il permettrait d'institutionnaliser la révélation d'informations et de donner une plus grande échelle à l'alerte éthique au nom de principes démocratiques tels que « la transparence, le droit à l'information et la liberté d'expression et des médias²⁹».

II. SECRET ET DROIT DE L'ALERTE

La pratique du secret n'est en rien incompatible avec la démocratie. Il est faux de croire que la démocratie va nécessairement de pair avec la transparence. Comme l'ont démontré Bentham et Orwell, la transparence peut aussi apparaître comme la meilleure alliée des sociétés de contrôle et le pire ennemi de la démocratie. Le secret peut servir la démocratie à la condition de justifier de sa légitimité. Secret et alertes éthiques soulèvent des questions complexes de droits de l'homme, sur l'équilibre entre liberté d'information et le droit des personnes à être informées et le besoin de protéger la sécurité nationale et l'ordre public. Tout comme le secret, le lancement d'alerte se situe au carrefour d'intérêts à la fois individuels et collectifs et suscite de multiples enjeux politiques, juridiques, idéologiques. La place accordée au secret est éminemment contextuelle. L'impératif sécuritaire va tantôt favoriser le secret tantôt l'alerte éthique (A). Ce qui témoigne que le secret n'est pas nécessairement inconciliable avec un

déontologue de l'organisme ou une association de lutte contre la corruption agréée. La loi de lutte contre la grande délinquance financière ne précise pas à quelle autorité doit être transmise une alerte. Il semble que celle-ci puisse cheminer par tous moyens, y compris par le biais de la presse même si le signalement au SCPC semble devoir être privilégié au titre de l'article 36 de la loi du 6 décembre 2013

²⁸ cf. les travaux de Paul Ricoeur qui lie la visibilité à la reconnaissance, Paul Ricoeur, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, Stock, 2004

²⁹ *La protection des lanceurs d'alerte*, Recommandation CM/Rec(2014)7 adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 30 avril 2014

droit de l'homme à alerter. Le secret va pouvoir en outre servir l'alerte éthique et sa protection en interrogeant des notions telles que l'anonymat ou la confidentialité (B).

A. Le secret contre le droit de l'alerte?

Selon le Professeur Otto Pfersmann « *la théorie de l'État démocratique libéral réclame un minimum de secret pour certaines actions pour lesquelles personne ne devrait être contraint de rendre compte et considère la garantie de ces permissions comme un élément constitutif de la liberté des modernes*³⁰ ». La vocation expansionniste de la transparence trouve encore une limite dans le respect des secrets protégés par la loi. L'impératif sécuritaire est symptomatique du traitement qui est réservé au secret et par ricochet à l'alerte éthique. Tantôt, il sera de nature à renforcer le secret au détriment des lanceurs d'alerte tantôt il autorisera à apporter des dérogations au secret (échelle, curseur). On se rend alors compte de la dimension idéologique du secret et de la transparence.

1. Le secret défense, secret absolu inconciliable avec un droit de l'alerte

Selon le Conseil de l'Europe, « *les informations relatives à la sécurité nationale, à la défense, au renseignement, à l'ordre public ou aux relations internationales de l'État peuvent faire l'objet d'un régime particulier ou de règles particulières, prévoyant notamment des droits et obligations modifiés* ». La protection du secret de la défense nationale répond à un intérêt public et constitue une préoccupation commune à toutes les démocraties. Le lanceur d'alerte ne saurait, dès lors, porter atteinte aux secrets protégés par la loi, comme le secret de la défense nationale. L'acception large des "Intérêts fondamentaux de la nation", notion dépassant la seule sûreté de l'État, a permis d'étendre la protection du secret de la défense nationale et par extension les hypothèses d'agissements contraires tombant sous le coup de la loi pénale. C'est pourquoi, « *l'alerte doit en premier lieu emprunter la voie du secret « partagé » avec les membres habilités à en connaître, et non celle désordonnée et porteuse d'incertitudes de la « fuite » d'informations*³¹ ». Les politiques sécuritaires et la lutte contre le terrorisme tendent à renforcer le secret au détriment de la transparence et ses corollaires: la liberté d'expression, le droit d'accès à l'information et les alertes éthiques. Le secret de la défense nationale est certainement le secret le plus absolu, "paradigme des secrets publics"³².

³⁰ O. PFERSMANN, « Norme de secret, normes secrètes et État moderne », *Cités*, 2006/2 n° 26, p. 115-126

³¹ J-M. SAUVE, « Lanceurs d'alerte : la sécurisation des canaux et des procédures », *op. cit.*

³² M. GUILLAUME, « Secret de la défense nationale et État de droit », *Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz 1996, p. 365

Survivance de la raison d'État, le secret défense définit un mode d'intervention du politique qui déroge au droit commun ou positif et « désigne le résidu irréductible de non droit qui accompagne l'art de gouverner lorsque la nécessité l'impose³³ ». En matière de secret-défense, la loi a vocation à encadrer, à limiter voire à condamner le droit à alerter. La divulgation d'informations classifiées par des dépositaires ou non du secret défense est pénalement sanctionnée³⁴ et sera considérée non pas comme une alerte (éthique et donc légitime) mais comme une fuite (illégitime et condamnable).

Le secret d'État relance sur un mode nouveau, lié aux NTIC, la problématique de la crise de la démocratie représentative. Le lanceur d'alerte donne corps au concept d'opinion publique tel qu'il a pu être étudié par Bentham et Habermas. Il concourt à l'accessibilité de l'information afin de permettre un contrôle des gouvernants par les citoyens et de lutter contre les abus d'autorité. La CEDH a rendu certains arrêts qui laissent entrevoir une reconnaissance de la légitimité de l'alerte en matière de défense nationale même si sa jurisprudence est assez fluctuante. Elle a pu relever 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 ». Toutefois, si dans l'arrêt *Bucur contre Roumanie* en application des critères posés par l'arrêt *Guja*, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 par la Roumanie pour avoir sanctionné la divulgation d'informations classées "top secret" par un fonctionnaire du service de renseignement³⁵, c'est uniquement après avoir constaté l'absence de moyen efficace pour divulguer les informations et la bonne foi du requérant. Si cette jurisprudence conforte une meilleure protection des lanceurs d'alertes, « la France (tout comme les États-Unis³⁶) ne reconnaît pas aux personnes astreintes au secret de la défense nationale, le droit de divulguer des informations classifiées dans le but de dénoncer des infractions pénales et ne protège aucunement contre des poursuites disciplinaires et/ou pénales dans une telle hypothèse³⁷».

³³ *La Raison d'État: Machiavel et son héritage européen*, colloque CRPM (Centre de recherches pluridisciplinaires multilingues), Université Paris Ouest Nanterre la Défense, juin 2009

³⁴ Articles 413-9 à 413-12 du code pénal

³⁵ Voir a contrario CEDH, 10 mai 2010, *Pasko c. Russie*

³⁶ Sous la présidence Obama, sept personnes ont été condamnées pour avoir divulgué des informations confidentielles: Edward Snowden en 2013 ; John Kiriakou en 2012 ; Jeffrey Sterling en 2010 ; Bradley Manning en 2010 ; Thomas Drake, 2010 ; Stephen Kim en 2010 ; Shamai Leibowitz en 2009

³⁷ L. PECH, Le secret de la défense nationale, *JurisClasseur*, fascicule 3421

2. Le secret bancaire, secret relatif conciliable avec un droit de l'alerte

L'article 226-13 du Code pénal, auquel l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier renvoie, fait partie de la section IV relative aux « atteintes au secret », du chapitre VI du livre II « Des crimes et délits contre les personnes » du Code pénal sanctionnant les « atteintes à la personnalité ». L'atteinte au secret bancaire est donc une atteinte à un droit au respect de sa vie privée. « Si certains des pans du secret des affaires nécessitent un secret absolu, comme en matière de secret de fabrication, d'autres, qui ne peuvent pas échapper à leur nature éminemment temporelle, ne peuvent se soustraire aux intérêts supérieurs qui s'imposent à eux: la transparence et la sécurité, comme le secret bancaire³⁸ ». Le secret bancaire qui n'est qu'une obligation de confidentialité doit s'incliner face aux droits de l'homme. Le motif le plus important d'atteinte au secret du patrimoine reste l'ordre public et plus particulièrement la recherche des infractions. « La transparence devient ainsi un principe fondamental du droit bancaire. Seul un besoin renforcé de protection de la société peut justifier cette érosion du droit bancaire. Ce besoin se fait sentir dès lors que des soupçons existent sur des activités de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme, ou plus récemment de fraude fiscale ». La loi impose désormais à certaines professions d'adresser des « déclarations de soupçon » à un service spécial au ministère des Finances (TRACFIN) en cas de doute sur l'origine frauduleuse des fonds³⁹. Au niveau de l'Union européenne, en octobre 2014, les ministres des finances ont adopté un accord allant au-delà de la directive Épargne de 2013 et s'inspirant des standards de l'OCDE, en retenant le principe de l'échange automatique d'informations pour tous les revenus financiers : plus-values, gains en capitaux, dividendes, intérêts et revenus immobiliers. Ces pratiques réduisent la portée du secret bancaire.

Ces réformes s'inscrivent à la suite de l'affaire Cahuzac et des scandales Swissleaks, Luxleaks. Elles interrogent à la fois le statut du secret bancaire et du lanceur d'alerte. Les préoccupations sécuritaires et la lutte contre la fraude fiscale expliquent une plus grande adhésion à l'alerte en matière bancaire. La chambre criminelle de la Cour de cassation, a reconnu que les fichiers HSBC, volés par Hervé Falciani, pouvaient constituer des éléments de preuve pour établir l'évasion fiscale⁴⁰. En décembre 2013, le Conseil constitutionnel a validé les articles 37 et 39 de la loi sur la fraude fiscale et la grande délinquance financière. Ils prévoient que, dans le

³⁸ M. RECIO, *Le secret et le droit*, Thèse dactylographiée, Toulouse 1, 2009, p. 332

³⁹ Article L. 561-2 du Code monétaire et financier. Passant ainsi d'une obligation passive, d'abstention de divulgation, le banquier doit assumer une obligation positive de révélation.

⁴⁰ Cass. crim, 27 novembre 2013 a contrario voir l'arrêt de la chambre commerciale

cadre des procédures fiscales et douanières, les documents que l'administration utilise et qui ont été régulièrement portés à sa connaissance ne peuvent être écartés au seul motif de leur origine illicite. Le Conseil constitutionnel reprend ainsi les principes posés par la jurisprudence du Conseil d'État en vertu de laquelle, dès lors que l'administration fiscale a obtenu régulièrement communication de pièces détenues par l'autorité judiciaire, « la circonstance que ces pièces auraient été ultérieurement annulées par le juge pénal n'a pas pour effet de priver l'administration du droit de s'en prévaloir pour établir les impositions ». Toutefois, s'il est possible de noter une plus grande indulgence vis-à-vis des signalements des délits économiques, la Suisse a inculpé M. Falciani pour espionnage économique et violation du secret bancaire et le Luxembourg a inculpé M. Deltour pour violation du secret des affaires, vol, blanchiment et accès frauduleux à un système de traitement automatisé de données. Au regard de l'ampleur des représailles, il est possible d'envisager le secret comme élément de protection des lanceurs d'alerte.

B. Le secret au service du droit de l'alerte

Anonymat et confidentialité ont des racines communes avec le secret. L'anonymat constitue le degré supérieur du secret. "Rempart du secret", l'anonymat confère confiance et protection en soustrayant la personne ou l'information de la portée des tiers. Une question qui se pose est celle de l'anonymat des lanceurs d'alerte. Si la loi Sarbanes-Oxley privilégie l'anonymat pour encourager les alertes, la CNIL et le Conseil de l'Europe préconisent la confidentialité selon laquelle le nom du lanceur d'alerte est connu du destinataire mais n'est pas révélé sauf si l'intéressé y consent ou si la loi l'exige. La CNIL a réitéré la nécessité d'identifier les personnes auteurs d'un signalement en clarifiant la rédaction de l'article 2 de l'AU-004. En effet, *« l'identification de l'émetteur est perçue comme facteur de responsabilisation des utilisateurs du dispositif en ce qu'elle permet d'éviter des dérapages vers la délation et la dénonciation calomnieuse, d'organiser la protection de l'auteur de l'alerte contre d'éventuelles représailles et d'assurer un meilleur traitement de l'alerte en ouvrant la possibilité de demander à son auteur des précisions complémentaires »*. Pour la CNIL, l'émetteur de l'alerte professionnelle doit s'identifier mais son identité doit être traitée de façon confidentielle par l'organisation chargée de la gestion des alertes. Dans la même veine, pour le Conseil de l'Europe l'anonymat soulève quantité de questions. *« Très souvent, les allégations anonymes sont supposées malveillantes, voire moins crédibles, par ceux qui les reçoivent. Dans le cas de révélations anonymes, l'enquête peut aussi être beaucoup plus difficile et il*

peut s'avérer impossible de remédier au problème signalé. Enfin, l'anonymat ne garantit pas que la source d'information ne sera pas dévoilée. Lorsque la personne est identifiée, son acte anonyme peut être interprété comme un signe de mauvaise foi et la placer dans une situation plus délicate encore ». In fine, la confidentialité plus que l'anonymat est la garantie d'un usage responsable et mesuré de l'alerte.

Toutefois, l'anonymat n'est pas exclu de manière absolue notamment en l'absence de déontologie au sein de l'entreprise ou si les garanties apportées au lanceur d'alerte s'avèrent insuffisantes. La CNIL reconnaît que *« par exception, l'alerte d'une personne qui souhaite rester anonyme peut-être traitée sous les conditions suivantes : la gravité des faits mentionnés est établie et les éléments factuels sont suffisamment détaillés ; le traitement de cette alerte doit s'entourer de précautions particulières, telles qu'un examen préalable, par son premier destinataire, de l'opportunité de sa diffusion dans le cadre du dispositif »*. En outre, la protection des sources journalistiques peut offrir quelques pistes de réflexion pour concilier le statut de lanceur d'alerte avec l'anonymat. Il ressort de l'avis rendu sur le projet tendant à renforcer la protection des sources journalistiques que *« les informateurs qui ont des révélations à faire au public ne doivent pas être réduits à choisir entre le silence et un statut précaire de lanceur d'alerte, très exposé aux mouvements de l'opinion et aux déceptions médiatiques, mais entre les statuts judiciaires de témoin protégé, nécessairement exceptionnels, et les garanties qu'apporte la médiation d'un journaliste, renforcées par le secret légal qui protège désormais ses sources »*. Récemment quatre médias francophones ont lancé une plate-forme Sourcesure permettant de déposer de manière anonyme des signalements lesquels par la suite doivent faire l'objet d'investigation par les journalistes.

* *
*

Secret et transparence sont intimement liés à la fondation de l'État de droit et le lanceur d'alerte permet de ré-interroger les ressorts de la démocratie à l'ère du 2.0. En tant que principes miroirs, secret et transparence contribuent à l'expression des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La démocratie a émergé en opposition à l'absolutisme fondé sur le secret et les "arcana imperii". La transparence (en lien avec les notions de publicité et d'opinion publique) est centrale au projet démocratique. La liberté d'expression *« face méconnue de la citoyenneté en*

*démocratie*⁴¹ » est le vecteur d'épanouissement d'un droit de l'homme à alerter. Le lanceur d'alerte est le nouveau représentant de la gouvernance citoyenne qu'engendre la transparence. Il témoigne d'un nouveau mode de relation entre les citoyens et le pouvoir grâce à la libération de la parole. Le lanceur d'alerte contribue selon l'expression de Pierre Rosenvallon à la démocratie d'expression qui correspond à « *la prise de parole de la société, à la formulation de jugement sur les gouvernants et leur action*⁴² ». La transparence contribue à la reconnaissance et l'effectivité d'un droit de l'alerte en évitant que les signalements ne soient étouffés. Cependant, l'assimilation de la transparence à la vérité et à la justice doit être nuancée puisque l'absolutisme de la transparence peut s'avérer tout aussi dangereuse pour nos droits fondamentaux que le secret.

Le secret par définition est un obstacle au contrôle du pouvoir. « La théorie politique sur laquelle s'est construit le droit libéral n'exclut pas qu'il faille mettre un voile sur la loi afin de défendre la liberté⁴³ ». La préservation de certains secrets nécessaires en démocratie constitue une limite au droit de l'homme à alerter. Néanmoins, « les prérogatives de l'État sont désormais mises en question et la spécificité de l'intérêt général que poursuit le secret ne s'impose plus avec la vertu de l'évidence⁴⁴ ». Le secret pour être légitime doit donc être justifié et contrôlé. En outre, il est des hypothèses où le secret fonde la transparence et peut apporter protection au lanceur d'alerte.

« Transparence et secret sont deux notions qui s'articulent, dès que l'on tente d'approcher la question du pouvoir, plus qu'elles ne s'excluent⁴⁵ ». Seule la réalisation d'un équilibre entre les deux permettra que se développe un droit de l'alerte susceptible de répondre à la dialectique pouvoir/savoir, responsabilité/légitimité.

⁴¹ O. BEAUD, « La liberté d'expression, face méconnue de la citoyenneté en démocratie », colloque international, La démocratie: du crépuscule à l'aube ? A la mémoire de Guy Carcassonne, Nanterre, juin 2013

⁴² P. ROSENVALLO, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Seuil, coll. « Les livres du nouveau monde », 2006

⁴³ A. DEWERPE, *Espion. Une anthropologie du secret d'État contemporain*, Paris, Gallimard, 1994

⁴⁴ B. WARUFSEL, « Les secrets protégés par la loi, limite à la transparence », *Revue générale du nucléaire*, 2003, n°1, p. 4

⁴⁵ F. LEMARCHAND, « Vers une dictature de la transparence : secret et démocratie », *Éthique publique* [En ligne], vol. 16, n° 1, 2014