

De quelques réflexions sur la protection de l'auteur de fuites de documents ou dans la terminologie actuelle du « whistleblower » à l'origine de « leaks »

A l'heure où certains médias se font le relais de revendications d'organisations soutenant les lanceurs d'alerte ou « whistleblowers » et où d'autres publient non sans une certaine perversité des soi-disant synthèses sur les révélations résultant de fuites de documents confidentiels, aujourd'hui banalisées sous le terme plus neutre de « leak », il me semble utile et important de renvoyer les personnes intéressées à certains principes élémentaires qui viennent re-cadrer le débat et qui manifestement échappent cruellement à ceux qui veulent s'ériger en justicier du monde en héroïsant des lanceurs d'alerte autoproclamés, même si je dois concéder que l'époque dans laquelle nous vivons préfère les héros, la faculté d'appréhension semblant se limiter de plus en plus à des concepts de « superheroes » pour rester dans l'imagerie anglo-saxonne qui attise du moins le langage des revendications de certaines organisations appelant au soutien sans limites et sans nuances des lanceurs d'alerte.

Qu'il soit précisé pour éviter tous doutes et suspicions infondés que je ne vise aucun cas d'espèce spécifique, mais au contraire l'ensemble des cas récents et moins récents à caractère national et international.

Il ne peut faire aucun doute que des comportements prohibés par la loi pénale, civile ou fiscale (en ce compris les procédés d'évasion ou « d'optimisation » fiscale déséquilibrés) sont répréhensibles et que l'Etat doit se doter des moyens nécessaires en vue d'une répression efficace mais également efficiente de ces comportements.

Notre organisation et ma personne en particulier a toujours demandé une plus grande protection du lanceur d'alerte, reconnaissant d'une part que le concept mérite protection efficace et acceptant d'autre part qu'en vue d'atteindre ce but il est nécessaire et requis de donner une définition large, mais non sans limites, du concept et d'encadrer l'exercice de cette activité de manière à équilibrer le besoin de protection d'une part avec le besoin légitime de protection des personnes objets d'une divulgation d'autre part.

Rappelons que la dénonciation d'une infraction pénale et partant le lancement de l'alerte est un droit et une obligation civique, mais que comme tout droit il n'est pas absolu et se trouve en équilibre avec d'autres droits et obligations.

Il ne faut en effet pas oublier que la dénonciation, le lancement de l'alerte n'étant qu'une version particulière de celle-ci, et la délation sont des concepts voisins, la dernière s'opposant à la première essentiellement par l'intention de son auteur. Or, la délation est à juste titre odieuse et répréhensible, moralement et juridiquement, au plus haut degré. La délation, dans le meilleur des cas sert des intérêts égoïstes de son auteur et dans le pire des cas a coûté d'innombrables vies, dans le passé lointain ainsi que dans le passé plus récent. Des sycophantes de la Grèce antique en passant par le régime de la Terreur pendant la Révolution française jusqu'à notre histoire contemporaine pendant la 2^{ème} Guerre Mondiale et en passant

des exemples innombrables, les délations, trait pernicieux de l'Homme, ont été omniprésentes.

Pendant le régime de la Terreur, la population s'armant de la guillotine du pouvoir souverain et se servant des délations par milliers a profité de l'industrialisation de la peine de mort pour exécuter sur simple suspicion de crimes souvent fictifs des dizaines de milliers de co-citoyens.

Aujourd'hui les « leaks » servent à manipuler des élections présidentielles, d'ailleurs sur allégation que des pouvoirs étrangers aient nourri la plateforme des « leaks », à condamner en bloc des groupes de sportifs, de professionnels ou tout autre groupe de personnes susceptibles de gagner mieux leur vie que la moyenne de la population et ce indépendamment du bien fondé ou non des conclusions reprises par les médias.

Le plus important acquêt de nos civilisations modernes, sur lequel le système démocratique est basé, est ensemble avec et en résultat de l'Etat de droit, la protection de l'individu, qu'il soit une personne physique ou morale, contre l'arbitraire du pouvoir, que ce pouvoir prenne la forme d'un gouvernement avec sa force publique ou celle d'une population tout entière ou d'une majorité de celle-ci. Cette protection contre l'arbitraire couvre non seulement les droits élémentaires, droit à la vie et libertés fondamentales, mais également l'ensemble des droits individuels tel p.ex. le droit à la protection de la vie privée.

Cette protection des droits individuels tellement nécessaire à la démocratie et à une vie paisible en société doit être acquise, avec des tempéraments légalement acceptables, à tout un chacun, qu'il soit une personne physique privée ou publique, une personne morale de droit privé ou publique ou encore un suspect voire un condamné d'une infraction pénale.

Ce n'est pas pour autant que les infractions pénales doivent rester impunies, mais en cas de doute l'Etat de droit et la société doivent pouvoir tolérer de laisser échapper un criminel mais ne peuvent en aucun cas accepter de punir un innocent. Mieux vaut ne pas condamner un coupable que de condamner un non-coupable !

Afin de re-situer dès lors le lancement de l'alerte dans son juste cadre, la protection d'un lanceur d'alerte ne peut être accordée que dans les conditions suivantes :

1. Le lanceur d'alerte doit être mu par la bonne foi et ce tant au moment où il lance l'alerte qu'au moment où il vient en possession des informations/documents objets de l'alerte, étant précisé que dans notre droit la bonne foi se présume. En d'autres termes, le lanceur d'alerte doit avoir été mu tout au long du processus de la seule volonté de lancer l'alerte.
2. Le lancement d'alerte doit être défini dans son objectif. Actuellement chez nous, il ne peut exister que dans le contexte d'infractions pénales, sauf à imaginer certaines hypothèses extraordinaires d'un intérêt public reconnu *a posteriori* par les juridictions compétentes. Une extension générale de l'objectif à l'intérêt public semble illusoire et contre-productive alors qu'il n'existe pas un mais des intérêts publics qui peuvent être largement divergents (les USA définissant p.ex. l'intérêt des révélations de M. Snowden différemment de la majorité des Etats européens ou de la Russie) et qu'il n'appartient pas à l'individu, lanceur d'alerte, de le définir au

passage, au risque de mettre la justice entre les mains de particuliers, nos systèmes démocratiques bénéficiant justement de l'acquis d'une justice étatique indépendante et de l'interdiction de la justice individuelle.

3. Le lancement de l'alerte doit être proportionné au strict nécessaire. Nous venons de voir que le lancement de l'alerte est l'exercice d'un droit qui se trouve être en équilibre avec d'autres droits légitimes en sens contraire, dont le droit à la protection des données individuelles, le secret de fabrication, le secret défense, etc. L'alerte et la fuite de documents ne doivent partant être autorisées que dans la limite du strict nécessaire. Toute divulgation au-delà du strict nécessaire est exécration et est à proscrire.
4. La loi doit définir les canaux de lancement d'alerte, quitte à prévoir une escalade dans le degré de publicité en fonction de l'inaction des acteurs principalement visés à défaut de quoi le seul canal autorisé est celui de l'autorité compétente. Une publication immédiate d'informations par les médias ne sert que les intérêts mercantiles de ces médias en promouvant le populisme et dessert au plus haut degré la Justice et l'administration de celle-ci ainsi que la société, sans même viser les droits et libertés individuels des personnes concernées qui sont souvent condamnées populairement sans avoir la possibilité de se défendre utilement. Nous savons au moins depuis le régime de la Terreur que la tribune populaire doit rester extérieure à l'administration de la Justice.

Le droit luxembourgeois positif, celui qui est applicable actuellement, autorise le lancement de l'alerte sous certaines conditions, même si son auteur peut avoir commis une infraction pénale au départ.

En d'autres termes, ce n'est pas parce que quelqu'un se clame lanceur d'alerte que ses actions méritent protection et la société, c.-à-d. nous tous, doit peser avec beaucoup de circonspection les revendications des soi-disant lanceurs d'alerte et plateformes de fuites. Il y va de la sauvegarde des acquis de nos sociétés modernes, dont des droits et libertés fondamentaux, de la Justice et de son administration indépendante et sans arbitraire, soit de l'Etat de droit. Il est extraordinaire de juxtaposer le soutien populaire, notamment par des ONG, à des lanceurs d'alerte autoproclamés et le mutisme des mêmes par rapport à des législations et des états d'urgence, sans cesse prolongés, restreignant de manière importante les droits et libertés fondamentaux apparemment au seul motif que ces restrictions inacceptables sont le fruit d'une menace terroriste, même avérée.

Nos ancêtres et pères et mères ont dû se battre longuement pour atteindre au sacrifice de leur sang et au fil des siècles des droits et libertés fondamentaux, que nous référons souvent par le terme de droits de l'Homme, sans trop nous intéresser à leurs contenus ni à leurs importance. Il nous appartient en tant qu'héritiers de ces droits de veiller à leurs conservation et concrétisation et nous ne pouvons accepter que ces droits soient sacrifiés à l'autel d'investigations et d'une justice populaire dont l'atout principal est le populisme grandissant.

Je renvoie par ailleurs aux suggestions et revendications de TI Luxembourg en cette matière que vous pourrez retrouver sous [Conférence de presse du 11 mars 2015 – Rapport Speak Up](#).

La présente n'engage que son auteur et non l'organisation dans laquelle il agit par ailleurs.

Fait à Luxembourg, le 16 décembre 2016

Yann Baden