

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DU WHISTLEBLOWER

Cour européenne des droits de l'homme
(Grande Chambre), *Guja c. Moldova*, 12 février 2008 (*)

PAR

Valérie JUNOD (**)

*Professeure associée à la Faculté des H.E.C.
de l'Université de Lausanne*

Résumé

Pour la première fois, le 12 février 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré une forme de protection pour les «whistleblowers». La Cour a ainsi condamné la Moldavie pour atteinte à la liberté d'expression d'un fonctionnaire licencié pour avoir communiqué à la presse un document confidentiel. Ainsi, une dénonciation aux médias peut exceptionnellement intervenir lorsque la dénonciation au supérieur hiérarchique ou à une autorité publique compétente semble impossible ou vouée à l'échec. L'arrêt *Guja c. Moldova* énonce plusieurs critères destinés à encadrer la démarche du whistleblower. Plusieurs questions importantes demeurent cependant ouvertes.

Dans son arrêt du 12 février 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la République de Moldova a porté atteinte à la liberté d'expression de son ressortissant, M. Iacob Guja. Celui-ci dirigeait le service de presse du parquet moldave lorsqu'il a communiqué à un journal local la copie d'une note confidentielle que le vice-président du parlement moldave avait adressée au procureur général. Cette note pouvait être comprise comme une tentative du vice-président d'influencer l'issue d'une procédure ouverte par le parquet à l'encontre de policiers accusés de brutalité. Sur la base de cette note, le journal publia un article dénonçant la corruption et le trafic d'influence en Moldova, mettant ainsi en cause politiciens, procureurs et juges. A la suite à cette publication, M. Guja

(*) Le texte de l'arrêt peut être consulté sur le dossier documentaire afférent au présent article, disponible sur le site de la revue, www.rtdh.eu.

(**) L'auteur remercie Tony REYNARD, Betty et Charles-André JUNOD pour leurs commentaires critiques.

fut licencié pour violation du secret de fonction; ses requêtes judiciaires devant les tribunaux nationaux pour obtenir sa réintégration restèrent vaines.

A l'unanimité, la Grande Chambre de la Cour a considéré que l'employé du parquet (1) méritait protection. Son arrêt est intéressant à plusieurs titres. D'abord, il s'agit du premier arrêt (2) par lequel la Cour déclare que la liberté d'expression protège un *whistleblower* (3) dans son emploi (4). Deuxièmement, la Cour admet que cette protection s'étend au *whistleblowing* fait à l'externe, en l'occurrence par voie de presse (5). Troisièmement, l'arrêt pose une liste de critères déterminant si la liberté d'expression du dénonciateur doit primer sur l'intérêt à la confidentialité de l'employeur. Dans les relations de travail, l'arrêt aura donc une influence certaine sur le droit – souvent lacunaire – et la pratique – souvent incertaine – de nombreux pays (6).

(1) La nature du contrat de travail entre M. Guja et l'Etat moldave n'a pas donné lieu à discussion dans l'arrêt de la Cour. L'arrêt peut donc s'appliquer à tous les employés engagés par l'Etat, quel que soit la nature de leur position juridique (contrat de droit privé ou de droit public, statut de fonctionnaire ou non). Sur la question délicate de savoir si l'arrêt pourrait s'appliquer également aux salariés engagés par un employeur privé, voy. le sous-chapitre II, B.1.

(2) Au paragraphe 72, la Cour relève n'avoir encore jamais eu à connaître d'aucune affaire dans laquelle un fonctionnaire aurait divulgué des informations internes.

(3) Il n'existe pas de définition standard du terme «*whistleblower*» et la Cour n'en propose pas. Le terme peut viser aussi bien des personnes liées par un contrat de travail que celles qui ne le sont pas (par exemple des mandataires, des membres d'une association, des clients); il peut englober des personnes qui dénoncent en interne ou en externe; il peut concerner la dénonciation de faits qui sont contraires au droit, à l'éthique ou à l'intérêt public. Pour les besoins de cet article, le terme *whistleblower* sera pris au sens large pour viser celui qui dénonce, en interne ou en externe, un acte illicite, en violation d'un devoir de confidentialité, de réserve ou de loyauté.

(4) Seule la version anglaise de l'arrêt utilise le terme *whistleblower*/*whistleblowing* et cela à cinq reprises, sans toutefois que l'expression ne figure dans la partie «Appréciation de la Cour». La version française utilise le terme «dénonciation d'une conduite illégale». Même si cette version française n'emploie pas le terme *whistleblower*, on peut considérer que l'expression est entrée dans le langage commun et elle sera utilisée dans le présent article.

(5) On relèvera que les dispositions de droit international que la Cour cite dans sa partie «Droit pertinent» (§§43-47) ne concernent que des *whistleblowers* qui recourent à la voie interne ou judiciaire et qui, néanmoins, subissent des mesures de rétorsion; ces textes ne s'appliquent en revanche pas – ou du moins pas directement – aux *whistleblowers* qui adressent au public leur dénonciation.

(6) Ce n'est que récemment que les pays européens ont commencé à introduire des protections explicites en faveur des *whistleblowers*. Pour des exemples de législations protégeant les *whistleblowers*, se référer au Royaume-Uni au «Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA)» et en France à la loi n° 2007-1958 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption. Plusieurs pays, comme la Suisse, n'y sont pas encore parvenus.

Le présent article a pour objectif de préciser l'étendue de la protection accordée au *whistleblower*. Il commence par présenter les six critères-clés posés par la Cour européenne dans l'arrêt *Guja* (1). La deuxième partie de l'article (II), divisée en trois sous-chapitres, est consacrée à l'analyse critique de cet arrêt. L'articulation des six critères est d'abord évaluée. Sont ensuite examinés deux points importants que la Cour n'aborde pas. Le troisième sous-chapitre met en exergue les autres enseignements issus de la jurisprudence européenne sur des thèmes apparentés. La conclusion suggère quelques pistes pratiques pour respecter cette nouvelle manifestation du droit à la liberté d'expression.

I. – Présentation du raisonnement de la Cour dans l'affaire *Guja*

Le cœur de l'arrêt de la Cour suit le schéma classique, avec un rappel des principes généraux en matière de liberté d'expression, un développement abstrait sur les règles pertinentes et leur mise en application dans le cas concret.

Tout d'abord, la Cour retient – sommairement en deux paragraphes (7) – que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est bel et bien applicable. Même si M. Guja ne s'est exprimé ni par écrit ni par oral, il a communiqué des informations au journaliste, ce qui suffit au regard de cette disposition. Plus sommairement encore, la Cour statue que le licenciement est constitutif d'une ingérence – à savoir, une atteinte au droit à la liberté d'expression protégé par la Convention – d'une autorité publique. Puis, la Cour présuppose que ce licenciement reposait sur une base légale suffisante en droit moldave. Elle se déclare «disposée à admettre» que le Gouvernement poursuivait bel et bien un *but légitime*, à savoir «empêcher la divulgation d'informations confidentielles» (§59).

Comme toujours, la Cour consacre l'essentiel de son analyse à la condition de la «nécessité dans une société démocratique», c'est-à-dire à la proportionnalité de l'ingérence.

La Cour explique devoir peser deux intérêts divergents : d'une part, l'intérêt de l'employeur, en particulier l'employeur étatique,

et, d'autre part, celui du *whistleblower*. S'agissant du premier, elle reconnaît son intérêt à :

- garantir «le devoir de loyauté, de réserve et de discrétion» liant les employés vis-à-vis de leurs employeurs (§70);
- s'assurer que les employés de l'Etat contribuent au bon exercice des fonctions étatiques et n'y font pas obstacle (§71);
- préserver la confiance que l'employeur doit placer en ses employés à qui il confie des renseignements de nature légitimement confidentielle (8).

Sur l'autre plateau de la balance, la Cour fait allusion à plusieurs intérêts, appartenant non pas tant au *whistleblower*, mais à la société dans son ensemble. Ainsi, elle note que les fonctionnaires sont fréquemment parmi les rares personnes ayant accès à des informations secrètes «que les citoyens ont un grand intérêt à voir divulguer ou publier» (9). Elle relève ainsi la difficulté à mettre à jour des affaires de corruption au sein de l'Etat sans l'aide des dénonciations effectuées par des agents gouvernementaux.

Pour trancher entre ces intérêts opposés, la Cour article (§§73-78), puis applique les six critères suivants (§§80-96).

1. Le *whistleblower* doit en principe dénoncer les faits à son supérieur hiérarchique ou à une autorité compétente. Une dénonciation publique n'est possible que si une telle autorité n'existe pas et que la voie hiérarchique n'est pas «effective». S'agissant de cette condition d'ineffectivité, elle est réalisée s'il apparaît que la hiérarchie ne prendra aucune mesure pour corriger la situation dénoncée par le *whistleblower*. La Cour évoque une «impossibilité manifeste» et le recours à la presse comme «action de dernier ressort» (§73). En l'occurrence, le droit moldave ne prévoyait pas d'autorité ou de procédure *spécifique* à disposition du fonctionnaire entendant dénoncer ses soupçons d'actes illicites. Pour ce qui est du supérieur hiérarchique de M. Guja, il n'avait rien entrepris bien qu'il détint la note litigieuse depuis déjà six mois.

Ce premier critère penchait donc en faveur du *whistleblower*.

(8) §71. La Cour parle ici d'une «obligation de discrétion très stricte».

(9) §72. Toutefois, cette circonstance - à savoir, faire partie d'un petit groupe de personnes détenant l'information en cause - n'est pas ensuite érigée en critère déterminant pour apprécier la proportionnalité de l'atteinte.

2. La nature et l'importance de l'intérêt public qu'entend préserver le *whistleblower* par sa divulgation constituent le second facteur. Lorsque l'information concerne l'action, possiblement illicite, du gouvernement, il existe un intérêt public particulièrement important à ce qu'elle soit rendue publique. Conformément à sa jurisprudence fondée sur l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour accorde un poids considérable au «contrôle attentif» du gouvernement par les médias et l'opinion publique (§74).

En l'occurrence, l'existence d'un intérêt public ne faisait aucun doute. Pour la Cour, la note révélée par M. Guja à la presse, malgré sa formulation quelque peu curieuse, devait être interprétée comme une pression du vice-président du parlement sur le parquet afin que ce dernier abandonne les poursuites contre des policiers accusés de violence. Aussi la note soulevait-elle des questions «telles que la séparation des pouvoirs, l'abus de fonctions de la part de personnalités politiques de haut rang et l'attitude du gouvernement à l'égard des brutalités policières», c'est-à-dire des «questions très importantes, relevant du débat politique dans une société démocratique, dont l'opinion publique a un intérêt légitime à être informée» (§88). De plus, les interférences du politique sur la justice moldave étaient notoires; elles étaient critiquées par des organisations non-gouvernementales et même officiellement réproouvées par le président du pays (10).

Ce second facteur a donc aussi pesé en faveur de M. Guja.

3. L'authenticité de l'information ou du document divulgués est le troisième facteur pertinent. La Cour évoque par la même occasion les «devoirs et responsabilités» de celui qui divulgue des informations. Ainsi, le *whistleblower* doit, «dans la mesure où les circonstances le permettent» «vérifier avec soin» que les informations révélées soient «exactes et dignes de crédit» (§75).

En l'espèce, la Cour se borne à prendre acte que nul ne contestait l'authenticité de la note.

4. La Cour considère devoir tenir compte du préjudice que la divulgation cause (ou peut causer) à l'autorité publique. Ce dommage

(10) La Cour relate que le président moldave pays avait lancé publiquement «un appel à la lutte contre la corruption et demand[é] aux agents concernés d'ignorer toute tentative de pression de ce genre» (voy. §11).

est plus ou moins grand en fonction de « l'objet » divulgué et de « la nature de l'autorité » touchée par cette révélation (§76).

En l'espèce, la Cour retient que la divulgation a pu fortement porter atteinte à la confiance que porte le public au parquet et à son indépendance. Cependant, par la pesée comparative des intérêts, elle relativise l'atteinte au vu de l'intérêt général prépondérant à ce que soient révélés des « pressions et [des] agissements illicites au sein du parquet » (§91).

Ce quatrième critère était ainsi en faveur du *whistleblower*.

5. La motivation du *whistleblower* est un cinquième facteur pertinent. Un employé de bonne foi mérite davantage de protection que celui motivé par un « grief ou une animosité personnels », voire un « avantage personnel, notamment un gain pécuniaire » (§77).

En l'espèce, la bonne foi de M. Guja n'était pas sérieusement contestée.

6. Finalement, la Cour prend en considération le type de sanction infligée à l'employé, étant entendu que le licenciement constitue une sanction particulièrement lourde. Elle s'attache aussi aux conséquences qu'a eues la sanction sur l'employé (§78). Elle tient compte également de l'effet potentiellement dissuasif que la sanction peut avoir sur d'autres personnes placées dans des circonstances analogues.

Vu la gravité de la sanction et ses « répercussions très négatives sur la carrière » de M. Guja, ce critère est apprécié en faveur de ce dernier.

En résumé, tous les facteurs décrétés pertinents par la Cour plaident en faveur de M. Guja. La Cour en conclut que l'atteinte portée à la liberté d'expression n'était pas légitime dans une société démocratique. Sur les 15.000 € réclamés, elle a accordé au requérant une indemnité de 10.000 €, pour dommage matériel et moral (11); elle a admis la quasi-totalité du montant des dépens réclamés par ses avocats.

(11) A noter que M. Guja n'a pas été réintégré dans son emploi au parquet.

II. – Analyse critique de l'arrêt *Guja*

A. – *Examen* et critiques des critères posés par la Cour

Les six critères examinés par la Cour sont ici analysés dans l'ordre d'importance qui, selon nous, aurait dû leur être reconnu.

1. *L'authenticité de l'information devrait être le point de départ*

La croyance légitime du *whistleblower* en l'authenticité de l'information devrait être le premier point examiné. Si l'employé sait que l'information est fautive, il n'y a clairement pas lieu d'envisager une quelconque protection, les autres critères étant privés de toute pertinence. Autrement dit, c'est seulement si l'employé peut croire son information ou sa pièce authentique que les autres critères entrent en ligne de compte. S'il s'est trompé de bonne foi, c'est-à-dire après avoir effectué les vérifications raisonnablement à sa disposition, sa protection ne devrait pas être moindre que si le document ou l'information avait été authentique. En effet, rares sont les cas où l'employé a la totale assurance que son information est légitime; or, si la jurisprudence devait exiger d'eux pareille certitude, elle les contraindrait pratiquement au silence. Une telle conséquence ne serait pas dans l'intérêt de la société.

Implicitement, la Cour semble admettre ce raisonnement, puisqu'elle écrit que la personne qui divulgue des informations « doit vérifier avec soin, dans la mesure où les circonstances le permettent, qu'elles sont exactes et dignes de crédit » (§75). On en déduira que des vérifications soigneuses protègent l'employé qui a dénoncé ce qui *a posteriori* n'aurait pas dû l'être.

2. *La question de la voie interne ou publique vient ensuite*

La première règle posée par la Cour est que le *whistleblower* doit, si cela est faisable, ne dénoncer les faits qu'en interne. Dans le cas *Guja*, la Cour juge l'effectivité de la voie interne sur la base de l'absence d'autorité spécifiquement compétente et de l'inaction prolongée du supérieur hiérarchique (12). Ces deux circonstances méritent commentaires.

(12) Une troisième circonstance mentionnée par la Cour est la « personnalité de haut rang » de la personne visée par la dénonciation, ici le vice-président du Parlement (voy. §82).

En premier lieu, il eût été intéressant de savoir quel degré de précision doit revêtir une législation nationale pour ouvrir valablement une procédure de dénonciation auprès d'une « autorité ou instance compétente ». Le cas *Gujja* présentait cette particularité que le *whistleblower* travaillait pour le parquet lui-même, c'est-à-dire l'autorité traditionnellement réciprocaire des plaintes et dénonciations. Parce que l'autorité spécifique et le supérieur hiérarchique ici se confondaient, l'ineffectivité du second emportait celle de l'autorité généralement compétente. En dehors de ce cas particulier, le lecteur se demandera si un Etat est désormais censé introduire dans son droit une voie *séparée* de *whistleblowing* ou si, au contraire, il peut toujours se contenter de la norme classique invitant plaignants et dénonciateurs à s'adresser au parquet. Nos préférences – très subjectives, il est vrai – vont vers la création d'une instance spécifique pour les *whistleblowers* (13). De surcroît, il devrait incomber aux employeurs de renseigner leur personnel, en particulier leurs nouveaux employés, sur les voies internes à leur disposition.

En second lieu, s'agissant de l'ineffectivité de la *voie hiérarchique* – ici déduite de l'inaction pendant six mois du procureur général –, on se demandera si pareille circonstance peut être érigée en règle générale. Autrement dit, un *whistleblower* est-il dispensé de s'adresser à sa hiérarchie si celle-ci connaît les faits litigieux déjà depuis un certain temps et n'a pas réagi ? L'exposé de la Cour sur ce point est trop bref pour répondre à cette question, qui pourtant risque de se poser régulièrement.

La Cour ne dit pas non plus si l'effectivité de la voie hiérarchique doit être appréciée objectivement ou, au contraire, du point de vue de l'employé. A notre avis, la volonté de garantir la liberté d'expression et de défendre l'intérêt public milite en faveur d'une appréciation selon la perspective d'un employé raisonnable placé dans les mêmes circonstances que le *whistleblower*. En effet, l'employé n'a généralement que des moyens limités pour évaluer l'effectivité de la voie hiérarchique (14) ; son éventuelle erreur, lorsqu'elle commise de bonne foi, ne devrait pas se retourner contre lui.

(13) L'avantage d'une voie spécifique résiderait dans les conseils que l'autorité pourrait dispenser aux personnes qui envisagent une dénonciation, alors que le parquet n'est généralement pas outillé pour orienter de potentiels *whistleblowers*. A ce sujet notamment, voy. C. J. CARRANZA & S. MICORRI, « *Whistleblowing*, Problèmes et perspectives », *Pratique Juridique Actuelle (PJA)*, 2007, pp. 981 et s.

(14) Certains *whistleblowers* peuvent disposer d'aptitudes particulières pour juger l'effectivité de la voie interne de dénonciation. Ce serait par exemple le cas de juristes ou d'employés haut placés.

La dernière critique afférente à ce critère interne/externe porte sur son articulation avec les autres critères. Bien que la Cour ne l'ait pas dit, les autres critères, tel l'intérêt public, le préjudice causé, la motivation de l'employé, la sanction infligée, ne devraient trouver application que si l'employé a fait une dénonciation publique. A l'inverse, si l'employé n'a signalé les faits litigieux qu'en interne, on voit mal que la Cour tolère la moindre mesure de rétorsion (15). Reste la situation où l'employé commence par utiliser la voie interne, puis, constatant son inefficacité, s'adresse à l'opinion publique. A notre avis, le tribunal devrait alors faire preuve d'une plus grande mansuétude dans l'appréciation des autres critères.

3. Le critère de l'intérêt public est cardinal

Alors que, pour la Cour, l'intérêt public n'est qu'un deuxième facteur parmi d'autres, il devrait, à notre sens, revêtir un rôle central. Lorsque l'intérêt public est réellement majeur, certains autres critères – en particulier celui de la motivation de l'employé (16) ou du préjudice causé aux personnes dénoncées – perdent leur pertinence. Ainsi, on verrait mal que soit sanctionné un employé qui révèle une menace grave pour la santé publique, quand bien même il était mû par un motif peu honorable, par exemple une animosité vis-à-vis de son employeur.

Qu'en est-il si l'intérêt défendu par le dénonciateur est purement d'ordre *privé* ? On pourrait imaginer une employée qui se plaindrait de harcèlement sexuel sur son lieu de travail et qui rendrait public son grief ; l'affaire ne revêtirait pas forcément un degré de gravité mettant en cause l'intérêt public, par exemple, parce qu'il s'agirait d'un cas tout à fait isolé. Cette employée mériterait-elle protection et, dans l'affirmative, les critères de l'arrêt *Gujja* s'appliqueraient-ils ? Selon nous, la liberté d'expression de l'employée mérite un certain degré de protection, même si elle est la seule victime de l'acte illicite (le harcèlement) qu'elle dénonce. Les critères développés par la Cour pourraient s'appliquer par analogie, quoique de manière plus stricte.

(15) Si, suivant l'injonction de la Cour dans l'arrêt *Gujja*, un fonctionnaire dénonce des faits par la voie interne et est néanmoins licencié, il faudrait alors admettre que sa liberté d'expression est bel et bien en jeu, même si sa dénonciation ne s'est pas adressée au public, mais à son seul supérieur hiérarchique.

(16) On rappellera qu'au minimum le salarié doit être fondé à croire en l'authenticité de l'information.

On mentionnera cependant que la Cour a une conception extensive de l'intérêt public (17). L'intérêt du public pour une information, pour peu que cette curiosité ne soit pas malveillante ou malsaine, suffit à fonder un intérêt public. Par exemple, dans l'arrêt *Fressoz c. Roire* de 1999, la Cour a admis que le journal ayant révélé la déclaration fiscale d'un dirigeant d'un groupe automobile agissait bel et bien dans l'intérêt public, car « la publication incriminée intervenait dans le cadre d'un conflit social, largement évoqué par la presse, au sein d'une des principales firmes automobiles françaises; les salariés revendiquaient des augmentations de salaire que la direction refusait » (§50). Un conflit au sein d'une société privée peut donc revêtir un intérêt public, puisque « les problèmes de l'emploi et de la rémunération suscitent généralement beaucoup d'attention » (§51). Dans l'arrêt *Bergens Tidende c. Norvège* de 2000, la Cour a considéré que les reproches formulés par des patientes contre un chirurgien esthétique relevaient de l'intérêt public, car ils « concernaient un aspect important de la santé humaine et soulevaient en tant que tels des questions graves d'intérêt public » (§51). Dans l'affaire *VgT Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* de 2001, la Cour a retenu qu'une publicité d'un groupe de défense des animaux exhortant le public à ne pas consommer de la viande touchait l'intérêt général (§71). Dans l'arrêt *Verlagsgruppe c. Autriche* de 2006, la Cour a admis l'intérêt public à rendre compte d'une enquête en cours pour évasion fiscale contre un dirigeant d'entreprise privée (18). Dans l'affaire *Dammann c. Suisse* de 2006, c'est « un cambrilage très spectaculaire et fortement médiatisé » qui a été jugé d'intérêt général (§54). Dans l'affaire *Colaco Mestre c. Portugal* de 2007, dans le cadre de propos désobligeants à l'égard d'un « président d'un grand club de football professionnel », la corruption dans le sport a été qualifiée de sujet d'intérêt public.

Il s'ensuit que même des litiges entre personnes privées n'affectant pas le fonctionnement des pouvoirs publics peuvent, selon la Cour, relever de l'intérêt public. Ces arrêts suggèrent qu'un *whistle-blower* qui divulguerait des informations concernant une entreprise ou une personne sans fonction publique devrait aussi pouvoir bénéficier de la jurisprudence *Guja*.

(17) *A contrario* (intérêt public nié) : Cour eur. dr. h., 24 juin 2004, *von Hannover c. Allemagne*; Cour. eur. dr. h., 24 novembre 2005, *Tourancheau et July c. France*.

(18) Pour la Cour, « [a]rticles of this kind are capable of contributing to a public debate on the integrity of business leaders, on illegal business practices and the functioning of the justice system in respect of economic offences » (§37).

On signalera encore que, dans certaines affaires, la Cour ne se borne pas à analyser l'intérêt public du thème abordé, mais examine plus concrètement ce qu'elle apporte à la discussion la divulgation en cause (19). Ainsi, dans l'arrêt *Leempoel c. Belgique* de 2006, la Cour a estimé que si « l'article litigieux se rattachait [bien] à un sujet d'intérêt général qui suscitait de nombreux débats », il n'apportait aucune contribution à ce débat d'intérêt général, écartant par là la protection de l'article 10. De même, dans l'affaire *Stoll c. Suisse* de 2007, la Cour examine si les publications « étaient susceptibles de nourrir le débat public sur le sujet [des fonds en déshérence] », ce qu'elle admet ici « du bout des lèvres » (§§121 et 152). Dans le cas d'un *whistleblower*, ce facteur serait plus délicat à appliquer, car le dénonciateur ne maîtrise pas toujours le contenu de la publication subséquente, en particulier lorsqu'il se borne à transmettre l'information à un journaliste.

4. Le critère de la motivation de l'employé devrait être subsidiaire

À la cinquième étape de son raisonnement, la Cour mélange quelque peu deux aspects : la motivation de l'employé et sa bonne foi. La Cour commence par opposer le motif honorable d'action, qui est la défense de l'intérêt public, au motif nettement moins digne de protection qu'est la défense de ses propres intérêts (20). Mais, à ce stade du cinquième critère, la Cour réintroduit l'exigence de « conviction que l'information était authentique » (§77), pourtant déjà abordée de manière très similaire à propos de son troisième critère. Nous soutenons que la croyance en l'authenticité de l'information est le point essentiel de départ et que les motifs de l'employé doivent être analysés séparément, mais en lien avec l'intérêt public en cause. Comme déjà argumenté, même l'employé mû par un grief personnel doit être admis à dénoncer une atteinte grave, réelle ou imminente, à des intérêts publics particulièrement importants tels la santé publique; à l'inverse, si l'intérêt public en cause est peu important, la pureté des motifs de l'employé peut constituer un élément décisif.

On remarquera que dans l'affaire *Guja*, ce dernier avait reconnu très rapidement et directement auprès de sa hiérarchie — être à l'origine de la « fuite ». Même si l'article du journal n'avait pas révélé

(19) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 21 septembre 2004, *Aberry c. France*.

(20) Comparer avec Cour. eur. dr. h., 13 mai 1992, *Hassidine c. Royaume-Uni*, où la Commission note que « the applicant was motivated by a concern to publicise his professional grievances rather than a desire to express his opinions ».

son identité, M. Guja n'avait pas réellement cherché à préserver son anonymat (21). Au contraire, il était même intervenu pour que des collègues ne soient pas faussement soupçonnés. La Cour européenne ne semble toutefois pas attacher une importance particulière à ce facteur. Aussi, un *whistleblower* devrait-il pouvoir être considéré de bonne foi, respectivement animé de motifs méritoires, même s'il n'a pas avoué d'emblée son action.

5. Le critère du dommage causé devrait être relativisé

Au titre de quatrième critère, la Cour juge le « dommage que la divulgation litigieuse risqu[e] de causer à l'autorité litigieuse » (22), à savoir le « préjudice causé au parquet général », puis en apprécie le poids au vu de « l'intérêt que le public pouvait avoir à obtenir cette appréciation » (§76).

Ainsi formulé, ce critère devrait selon nous être regroupé avec l'analyse de l'intérêt public, la séparation en deux étapes – intérêt public d'une part, préjudice causé d'autre part – étant artificielle (23). Ceci ressort nettement du cas d'espèce, où l'on peine à concevoir que le parquet puisse se plaindre d'une atteinte à la confiance que doit lui manifester le public lorsque les faits dénoncés suggèrent précisément qu'il n'en est pas digne. En d'autres termes, le dommage causé ne devrait pas être un facteur pertinent de l'analyse lorsque ce dommage réside uniquement dans la perte de confiance découlant des agissements illicites dénoncés.

On concèdera toutefois qu'il faille tenir compte d'atteintes que la divulgation cause à des tiers innocents. Ce serait par exemple le cas si l'opprobre public risque de s'étendre à un groupe de personnes majoritairement innocentes. Il en irait de même lorsque l'atteinte ne réside pas seulement en une perte de confiance du public en ses

(21) Fin janvier 2003, le journal publiait son article et, le 14 février 2003, M. Guja reconnaissait, dans une lettre au procureur général, être l'auteur de la fuite (voy. §§17-18).

(22) §76. Pour rappel, ce dommage réside dans les possibles « forts effets négatifs sur la confiance du public dans l'indépendance de cette institution » (§90).

(23) Il est intéressant de comparer les six critères dégagés dans l'arrêt *Guja* avec ceux développés dans Cour. eur. dr. h., 10 décembre 2007, *Stoll c. Suisse*, où un journaliste a été condamné pour avoir publié un rapport confidentiel d'un diplomate. Dans l'arrêt *Stoll*, la Grande chambre met en avant cinq critères : le domaine en jeu, à savoir la diffusion d'informations confidentielles (α), les intérêts en présence (β), le contrôle exercé par les juridictions nationales (γ), le comportement du requérant (δ) ainsi que la proportionnalité de l'amende infligée (ε) (§112). L'analyse des intérêts opposés en présence et leur pesée sont regroupées au point (β) de l'arrêt.

autorités, mais, par exemple, attise la haine ou suscite des représailles violentes (24). On doit aussi tenir compte des risques en matière de sécurité publique que pourrait engendrer des révélations de secrets militaires (par exemple l'emplacement de sites exposés à des attaques terroristes). Toutefois, les dommages que le *whistleblower* ne pouvait pas raisonnablement anticiper ne devraient pas être retenus contre lui.

6. Le critère de la sévérité de la sanction est secondaire

Dans le cas *Guja*, la sanction était le licenciement, mesure jugée des plus rigoureuses. Dans plusieurs affaires, la Cour a en l'occasion de qualifier un licenciement de sanction lourde. C'est particulièrement le cas lorsque l'employé est âgé (25) ou occupe une fonction où les possibilités de reclassement professionnel (26) sont limitées.

Cependant cette sanction n'avait aucun caractère pénal, domaine où la Cour juge fréquemment que même des sanctions légères peuvent être disproportionnées parce qu'elles sont de nature à dissuader les titulaires de la liberté d'expression d'en faire usage (27) ou parce que, lorsque les intérêts de l'Etat sont en jeu, celui-ci doit user avec modération de sa position de puissance.

On signalera encore que la Cour refuse fréquemment, notamment dans des affaires de diffamation, d'exonérer des ingérences au motif que l'amende ou les dommages-intérêts infligés à celui qui a usé de sa liberté d'expression étaient faibles, voire purement symboliques (28). Elle met alors à nouveau en avant le caractère globalement dissuasif de toute sanction ou amende (29).

Dans le domaine de la fonction publique, on peut se demander si des « sanctions » plus légères que le licenciement relèveraient encore de l'ingérence dans la liberté d'expression. Par exemple, est-ce que

(24) Sur les paroles qui incitent à la violence ou fomentent la haine, voy. Cour. eur. dr. h., 31 juillet 2007, *Karatepe c. Turquie*; Cour eur. dr. h., 8 juillet 1999, *Sürük (n° 1) c. Turquie* et Cour eur. dr. h., 4 décembre 2003, *Gündüz c. Turquie*.

(25) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 29 février 2000, *Fuentes Bobo c. Espagne*, §49.

(26) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 2 septembre 1996, *Vogt c. Allemagne*.

(27) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*, §85; 12 juillet 2007, *A/S Drena c. Lettonie* et 26 avril 2007, *Colaço Mestre c. Portugal*, §31.

(28) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*; 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse* et 12 juillet 2007, *A/S Drena c. Lettonie*, §87.

(29) Voy. Cour. eur. dr. h., 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, §57; 7 juin 2007, *Dupuis c. France*, §48 et 26 avril 2007, *Colaço Mestre c. Portugal*, §31.

le refus d'une promotion pourrait constituer une ingérence soumise au contrôle de la Cour? Est-ce qu'un *mobbing* de rétorsion serait qualifié d'ingérence? Ces questions restent sans réponse. A notre connaissance, la Cour n'a jamais eu à trancher, sous l'angle de l'article 10, d'affaires où l'ingérence de l'employeur (public) ne tenait pas en un licenciement ou un refus de nomination.

B. - Les questions non résolues par la Cour

L'arrêt *Guja* ne règle pas plusieurs questions qui, en pratique, pourraient freiner les élan de potentiels *whistleblowers*. Ce chapitre se concentre sur deux points cruciaux : l'application de cette jurisprudence aux personnes qui ne sont pas employées par l'autorité publique et la prise en compte des obligations de confidentialité renforcées par des normes pénales.

1. Les fonctionnaires et les employés du secteur privé

La Cour a admis sans difficultés que le statut de fonctionnaire de M. *Guja* ne l'empêchait pas d'invoquer la liberté d'expression. Implicitement, elle a aussi jugé que le litige ne touchait pas l'accès à la fonction publique (situé hors du champ de la Convention) (30). L'arrêt s'inscrit ainsi dans une succession d'affaires étendant progressivement la sphère de protection des fonctionnaires.

En revanche, la Cour ne précise pas si son schéma d'analyse pourrait s'appliquer également à un employé du secteur privé. Certes, dans sa conclusion, elle se dit « consciente de l'importance du droit à la liberté d'expression sur des questions d'intérêt public [et] du droit des fonctionnaires et des autres salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail » (31). Cependant, si un salarié est licencié par son employeur du secteur privé, peut-il se plaindre d'une ingérence de la part l'Etat, alternativement d'un manquement de ce dernier à ses obligations positives? La réponse pourrait bien être positive.

(30) Pour ce qui concerne l'accès à la fonction publique, voy. Cour. eur. dr. h., 26 mars 1987, *Leander c. Suède*, et 27 juillet 2004, *Sidabras et Džauantas c. Lituanie*, §§46 et 67-70. Voy. aussi Cour. eur. dr. h., 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, pour une définition de la notion de fonctionnaire (en liaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme).

(31) Voy. §97 (nous soulignons). Ce terme plus large de «salarié» a aussi été employé aux §§77 et 95.

Le cas *Fuentes Bobo c. Espagne* de 2000 fournit un premier argument en faveur d'une application de l'arrêt *Guja* aux employés du privé. Dans cette affaire, la Cour a retenu la violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme à la suite du licenciement d'un employé d'une chaîne de télévision, entreprise de droit privé appartenant néanmoins à l'Etat (32). L'Espagne niait l'existence d'une ingérence étatique, mais la Cour a estimé au contraire que « l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public, mais peut également s'appliquer lorsque ces relations relèvent du droit privé [...] En outre dans certains cas, l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées » (33).

Par ailleurs, la Cour a occasionnellement admis une obligation positive à charge des Etats sur le terrain de l'article 10 de la Convention. Dans l'arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* de 1981, « la Cour a affirmé qu'il pouvait naître une obligation positive pour l'Etat d'offrir une protection contre des licenciements motivés par le refus des requérants d'adhérer à certains syndicats. [...] la responsabilité de l'Etat était engagée par l'adoption d'une législation qui rendait licite ce traitement des requérants » (34). Dans l'arrêt *Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* de 2001, la Cour a déclaré que « la responsabilité d'un Etat peut donc être engagée s'il n'a pas respecté son obligation d'édicter une législation interne » (35). Cette loi interne, que la Suisse aurait dû édicter, aurait contraint, au titre de la liberté d'expression, la société privée gérant les annonces publicitaires (sur les chaînes de télévision publi-

(32) Le statut de la télévision concernée, la T.V.E., n'était toutefois pas des plus clairs (comparer les §§37, 41 et 42).

(33) Voy. §38 (nous soulignons).

(34) Passage tiré de la décision de la Commission dans l'affaire Cour. eur. dr. h., 6 septembre 1989, *Rommelfanger c. Allemagne*. L'affaire *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* a été tranchée, le 18 octobre 1982, sous l'angle, non pas de l'article 10, mais bien de l'article 11 de la Convention. Toutefois, les explications de la Cour demeurent pertinentes sous l'angle de l'article 10.

(35) Voy. §45. Auparavant, dans l'affaire *Özgir Gündem c. Turquie*, la Cour avait admis, le 16 mars 2000, qu'un Etat est tenu de prendre des mesures actives pour protéger la liberté d'expression de journalistes turcs qui étaient la cible d'attaques répétées contre leurs vies et leurs biens. Elle a écrit : « l'exercice réel et efficace de cette liberté ne dépend pas simplement du devoir de l'Etat de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives jusque dans les relations des individus entre eux » (voy. §43). A l'inverse, dans l'affaire *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a, le 6 mai 2003, nié que l'Etat soit tenu de contraindre un centre commercial privé à laisser des manifestants distribuer des tracts dans ses locaux.

que) à accepter de diffuser certaines annonces politiques, en l'occurrence une publicité d'une association en faveur de l'alimentation végétarienne. On remarquera cependant que tant dans l'arrêt *Faenites* que dans l'arrêt *VgT*, l'Etat était au moins indirectement concerné, puisqu'il détenait les chaînes de télévision en question.

La protection du *whistleblower* du secteur privé pourrait encore se fonder sur l'article 14 en conjonction avec l'article 10 de la Convention. Dans l'arrêt *Thimmenos c. Grèce* de 2000, la Cour a retenu une violation de la Convention (articles 14 et 9) au motif que la Grèce avait interdit aux personnes condamnées pénalement de devenir expert-comptable dans le privé. Le requérant avait argumenté que, bien qu'il ait subi une condamnation, la loi grecque ne devait pas lui être appliquée, car sa condamnation sanctionnait son refus de servir dans l'armée pour des raisons religieuses. La Cour l'a suivi en jugeant que le droit grec sur l'accès à la profession d'expert-comptable aurait dû faire une distinction selon le motif de la condamnation, et donc admettre une exception lorsque la condamnation ne dénote aucune malhonnêteté. Dans le cas d'un *whistleblower* du secteur privé, le raisonnement pourrait être comparable : l'Etat dont le droit sur le licenciement dans le privé n'opérerait pas une distinction selon les motifs dudit licenciement se rendrait responsable d'une discrimination dans l'exercice de la liberté d'expression de ses citoyens. Formulé différemment, un droit national du travail qui appréhenderait de la même façon l'employé licencié pour un motif tenant à sa faute, ses aptitudes professionnelles ou à la marche de l'entreprise et celui licencié pour avoir utilisé sa liberté d'expression dans l'intérêt public, «emporte[r]ait] directement violation de la Convention» (§48).

D'autres arguments plaident contre une extension de l'arrêt *Gujja* aux salariés du secteur privé. Tout d'abord, les Etats sont généralement réticents à admettre que les droits fondamentaux déploient des effets directement entre personnes privées (l'effet dit horizontal ou *Drittwirkung*) (36). La Cour européenne tend à respecter cette défiance en n'imposant qu'avec retenue aux Etats des obligations positives ; elle leur accorde une marge d'appréciation notable dans ce domaine.

(36) Sur ces notions, voy. généralement D. SPELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Collection Droit et justice, Neumes/Bruyant, 1995.

2. Les obligations renforcées de confidentialité?

Dans l'affaire *Gujja*, le document transmis à la presse n'était pas marqué confidentiel. Certes, sa nature et son contenu suggéraient qu'il ne devait pas être rendu public, mais il ne s'agissait pas d'un document officiellement «classifié». La Cour mentionne d'ailleurs cette circonstance dans son exposé en fait (37). L'appréciation de la Cour aurait-elle été différente si la révélation avait porté sur une information au statut confidentiel renforcé? A notre avis, la classification officielle ne devrait pas jouer de rôle, les cas devant plutôt être jugés en fonction des intérêts publics en jeu.

L'arrêt *Gujja* est également muet sur le poids à accorder aux devoirs qualifiés de confidentialité, notamment ceux du médecin, de l'avocat, voire ceux du militaire, du diplomate ou du banquier (38). Faut-il appliquer des règles plus strictes aux personnes dont le devoir de discrétion est renforcé par des normes nationales de droit pénal?

On relèvera préalablement que la Cour, dans son arrêt *Gujja*, reconnaît déjà ici un devoir de réserve plus élevé des employés de la fonction publique. La Cour n'insiste en revanche pas sur le fait que le *whistleblower* travaillait au service du procureur, donc une branche du pouvoir judiciaire, ni sur le fait que la procédure indirectement concernée par la dénonciation, à savoir celle à l'encontre des policiers, était toujours en cours. Or, bien que la Cour eût pu invoquer ces deux circonstances pour fonder un devoir de réserve encore plus marqué, elle a choisi de ne pas le faire.

Ensuite, un aperçu de la casuistique de la Cour en matière de secret montre que celle-ci n'établit pas de hiérarchie des secrets. Ainsi, dans l'arrêt *Hadjimastassiou c. Grèce* de 1992, la Cour a tranché en faveur de la Grèce en considérant que celle-ci était restée dans le cadre de la marge d'appréciation qui était la sienne en sanctionnant un militaire qui avait révélé des informations couvertes par le secret militaire. Dans l'affaire *Fressoz et Roire* de 1999, la Cour a constaté la violation de l'article 10 par la France, laquelle

(37) La lettre «ne comportait aucune mention de confidentialité» (voy. §10).

(38) Bien entendu, le médecin, l'avocat et le banquier sont tenus à la confidentialité vis-à-vis de leur client, qui n'est pas leur employeur, mais leur mandat selon le contrat de mandat. Aussi, la sanction que pourrait prendre le mandant ne consistera pas tant en la révocation du mandat, mais plutôt en une action civile en dommages-intérêts pour violation du contrat, en une plainte pénale pour infraction aux normes protégeant le secret, voire en une action pour atteinte à la personnalité ou diffamation.

avait condamné pénalement des journalistes pour avoir révélé des informations fiscales de nature confidentielle obtenues d'un tiers qui les avait probablement volées (39). Dans l'affaire *Plon c. France* de 2004, la Cour a fait primer la liberté d'expression et l'intérêt du public à être informé sur des intérêts privés, quand bien même l'information avait été acquise par la violation du secret médical; elle a levé l'interdiction permanente de diffuser le livre qu'avait écrit, après le décès du président Mitterand, son ancien médecin (40). On notera que c'était l'éditeur du livre, et non pas l'auteur lié par le secret médical, qui invoquait une ingérence injustifiée dans l'exercice de sa liberté d'expression (41). De même, dans l'affaire *Radio Twist c. Slovaquie* de 2006, la Cour estime qu'un journaliste ne doit pas être pénalisé simplement pour avoir diffusé une information qu'un tiers a obtenue en violation (probable) du secret des communications (42). Dans l'arrêt *Leempoel c. Belgique* de 2006, la Cour a écarté le reproche de violation de l'article 10 formulé par un journaliste condamné pour avoir publié les notes confidentielles d'une juge ayant témoigné devant une commission parlementaire après l'affaire *Dutroux*. La Cour a estimé que les notes de la juge s'apparentaient aux documents internes que prépare l'avocat pour assurer la défense d'un client dans une procédure. Or « la confidentialité de pareils documents constitue un droit fondamental pour un individu et touche directement les droits de la défense. C'est pourquoi une dérogation à ce principe ne peut être autorisée que dans des cas exceptionnels » (§75). Dans la récente

(39) L'élément qui a fait penché la balance en faveur des requérants était le fait que l'information fiscale révélée aurait également pu être obtenue par des moyens légaux (§§53-54).

(40) La Cour a cependant confirmé la validité de l'injonction temporaire (§§46-48).

(41) La Cour précise d'ailleurs que son opinion ne signifie pas « que les exigences du débat historique peuvent délier un médecin du secret médical, qui, en droit français, est général et absolu, sauf les strictes exceptions fixées par la loi elle-même. Mais, à partir du moment où celui-ci avait été enfreint, ce qui a entraîné pour l'auteur de cette violation des sanctions pénales (et disciplinaires), le passage du temps doit nécessairement être pris en compte pour apprécier la compatibilité avec la liberté d'expression d'une mesure aussi grave que l'interdiction, en l'espèce elle aussi générale et absolue, d'un livre » (voy. §53). La Cour prend également en compte le fait que le livre avait déjà été distribué à 40 000 exemplaires au moment de l'interdiction permanente de diffusion.

(42) « The Court is however not convinced that the mere fact that the recording had been obtained by a third person, contrary to law, can deprive the applicant company of the protection of Article 10 of the Convention » (voy. §62). Voy. aussi le §80, où la Cour se dit surprise de l'absence d'enquêtes à l'encontre des responsables de l'enregistrement téléphonique illégal, compte tenu de la possible implication de l'Etat slovaque.

affaire *Stoll c. Suisse* de 2007, la Grande chambre – divisée par 12 voix contre 5 (43) – a admis la nécessité de condamner pénalement un journaliste pour avoir divulgué un rapport secret d'un ambassadeur suisse aux Etats-Unis. Le rapport portait sur les stratégies que la Suisse pouvait envisager adopter dans l'affaire dite des fonds juifs en déshérence. On soulignera cependant que la Grande Chambre assoit sa conclusion, non pas tant sur la révélation du secret par le journaliste ou la fonction de diplomate de l'auteur du rapport, mais sur le contenu même de l'article du journaliste: c'est par ses commentaires indus, accompagnant les extraits du rapport, que le journaliste est jugé avoir manqué à ses devoirs et responsabilités déontologiques.

C. – Les enseignements tirés de la jurisprudence européenne dans des affaires analogues

Quand bien même la Cour tranchait dans l'affaire *Guja* une situation encore inédite, sa jurisprudence dans des affaires similaires permet de mieux anticiper comment les prochains cas de *whistleblowing* seront appréhendés (44). Un premier sous-chapitre revient sur les affaires de secret et met en évidence les facteurs que la Cour juge pertinents pour déterminer si l'Etat est habilité à sanctionner une violation d'un devoir de confidentialité. Le deuxième sous-chapitre analyse l'abondante jurisprudence en matière de diffamation. Le troisième sous-chapitre évoque la jurisprudence sur la protection des sources.

1. La jurisprudence européenne en matière de secret

Tel que conçu dans l'arrêt *Guja*, le *whistleblowing* implique toujours la violation d'un devoir de confidentialité: le dénonciateur révèle des faits qui étaient censés demeurer secrets. Il est donc intéressant d'étudier les précédents européens, où la liberté d'expression d'individus se heurte à l'intérêt à la confidentialité défendu par l'Etat. Bien que ces affaires se distinguent du cas *Guja* sur divers

(43) Dans leur opinion dissidente, les cinq juges voient dans l'arrêt de la majorité « un tournant dangereux et injustifié » pour la liberté d'expression. Pour un commentaire critique de cet arrêt, voy. M. HOTTELLER, « La liberté de la presse entre confidentialité et provocation: mode d'emploi pour faire chuter une liberté de son piédestal », *Rev. trim. dr. h.*, 75/2008, pp. 801 et s. (ainsi que les références citées en note 3 de cet article).

(44) Depuis l'arrêt *Guja* (février 2008), la Cour n'a décidé aucune autre affaire de *whistleblowing*.

ii) La nécessité du secret

La Cour examine parfois la justification du secret; en d'autres termes, elle vérifie si l'Etat peut se prévaloir d'un motif convaincant pour exiger qu'un certain type d'informations soit gardé secret.

Par exemple, dans l'arrêt *Vereinigung Weekblad Bluf! c. Pays-Bas* de 1995, la Cour émet des doutes sur le « caractère suffisamment délicat » d'un rapport classifié confidentiel et émanant du service de sécurité intérieur, au motif qu'il date déjà de six ans et que son contenu était « de nature assez générale » (§41). Dans l'affaire *Du Roy et Malaurie c. France* de 2000, la Cour n'a vu aucune justification à ce qu'une poursuite sur plainte avec constitution de partie civile doive rester confidentielle alors qu'une poursuite sur réquisition du parquet ou sur plainte simple pouvait être divulguée. Dans l'affaire *Stoll c. Suisse* de 2007, ce sont les juges minoritaires qui insistent sur l'importance de ne protéger la confidentialité d'informations (en l'occurrence éatiques) que lorsque l'Etat est en mesure d'invoquer un réel intérêt public au secret. Ces juges refusent de protéger une notion purement formelle de secret; l'Etat arguant du secret doit pouvoir démontrer que la divulgation a causé un réel préjudice à d'autres intérêts protégés.

rt.dh.eu

iii) Le temps écoulé

Pour la Cour, la confidentialité mérite parfois d'être protégée parce que l'information concerne des faits récents. Cependant, plus le temps passe, moins la protection du secret se justifie (47). Ainsi, dans l'arrêt *Plon c. France* de 2004, la Cour a jugé que l'interdiction de commercialiser un livre portant atteinte à la mémoire du président Mitterrand, aux droits de ses proches et violant le secret médical, se justifiait 10 jours après le décès du président, mais plus 9 mois après (48).

rt.dh.eu

2. La jurisprudence européenne en matière d'atteinte à l'honneur

Le cas *Gaja* tranché par la Cour se posait en des termes simples: le *whistleblower* s'était contenté de transmettre au journal le document confidentiel. Pour licencier son employé, le gouvernement moldave ne lui avait pas reproché d'avoir volé un document, d'avoir violé des normes en matière de sécurité nationale, ni d'avoir diffamé une autorité ou une personne; de surcroît, l'employeur n'avait pas formulé le moindre reproche quant à la qualité de son

(47) Voy. Cour. eur. dr. h., 9 février 1995, *Vereinigung Weekblad Bluf! c. Pays-Bas* et son rapport vieux de six ans au moment de la saisie, voy. §41.

(48) Voy. Cour. eur. dr. h., 14 juin 2007, *Hachette Filipacchi c. France*.

travail (49). D'où la question suivante: la Cour appliquerait-elle ses six critères de la même manière si d'autres reproches venaient se greffer sur l'accusation initiale de violation de la confidentialité?

L'examen de la riche casuistique développée par la Cour en matière d'atteinte à l'honneur est la plus utile. En effet, par définition, quasiment tout acte de *whistleblowing* porte atteinte à la réputation d'une personne, voire d'un groupe de personnes. Lorsque le dénoncé est l'employeur du *whistleblower*, il peut à choix appliquer des sanctions de droit du travail (par exemple le licenciement, la retenue sur salaires) ou recourir aux tribunaux civils (action en dommages-intérêts pour atteinte à la personnalité) ou pénaux (plainte pénale pour diffamation). Lorsque le dénoncé n'est pas l'employeur, il empruntera selon toute vraisemblance la voie de l'action civile ou pénale pour atteinte à la personnalité/diffamation. Les nombreuses affaires par lesquelles la Cour européenne trace les limites admissibles à ces actions sont donc à même d'orienter aussi la démarche de *whistleblowers*.

i) L'exactitude des informations et les vérifications nécessaires

Le schéma d'analyse de la Cour en matière de diffamation s'attache aux « termes utilisés dans les propos (50), [au] contexte dans lequel ceux-ci ont été tenus et [à] l'affaire dans son ensemble, y compris les modalités selon lesquelles les affirmations ont été faites » (51). Au centre de cette analyse, on trouve les « devoirs et responsabilités inhérents à l'exercice de la liberté d'expression ». La phrase rituelle est:

« La garantie que l'article 10 offre aux journalistes en ce qui concerne les comptes-rendus sur des questions d'intérêt général est subordonnée à la condition que les intéressés agissent de bonne foi de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique » (52).

(49) Voy. Cour. eur. dr. h., 2 septembre 1996, *Vogt c. Allemagne*; 28 octobre 1999, *Wille c. Liechtenstein*, et, a contrario, 22 novembre 2001, *Petersen c. Allemagne* et 15 mai 1992, *Hasselbine c. Royaume-Uni*.

(50) La Cour se montre stricte à l'égard de ce qu'elle qualifie d'attaques personnelles gratuites dont le but est d'offenser ou d'humilier. Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 14 décembre 2006, *Shabanov et Tiven c. Russie*, §41. De même, la Cour examine si les propos révèlent une « animosité personnelle » à l'égard de la personne diffamée. Voy. a contrario Cour. eur. dr. h., 28 septembre 2000, *Lopes Gomes Da Silva c. Portugal*, §34; 14 février 2008, *July c. France*, §73, et 18 mars 2008, *Kulis c. Pologne*, §50.

(51) Voy. Cour. eur. dr. h., 15 février 2007, *Boldea c. Roumanie*, §53.

(52) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, §65.

De manière intéressante, la Cour applique ces exigences par analogie aux *non-journalistes* lorsqu'ils informent le public de façon semblable aux journalistes (53). Par exemple, une organisation non-gouvernementale (O.N.G.) qui diffuse des informations doit faire preuve d'une déontologie similaire à celle des journalistes. Dans l'affaire *Vides Aizsardzibas Klubs c. Lettonie* de 2004, la Cour a estimé qu'en « tant qu'[O.N.G.] spécialisée en la matière, la requérante a donc exercé son rôle de chien de garde conféré par la loi sur la protection de l'environnement. Une telle participation d'une association étant essentielle pour une société démocratique, la Cour estime qu'elle est similaire au rôle de la presse » (§42). Dans l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni* de 2005, la Cour écrit que « dans une société démocratique, même des petits groupes militants non officiels, comme London Greenpeace, doivent pouvoir mener leurs activités de manière effective et qu'il existe un net intérêt général à autoriser de tels groupes et les particuliers en dehors du courant dominant à contribuer au débat public par la diffusion d'informations et d'opinions sur des sujets d'intérêt général comme la santé et l'environnement ». Comme corollaire, les devoirs auxquels sont tenus les journalistes « doivent » s'appliquer aux autres personnes qui s'engagent dans le débat public » (§90). On peut aisément arguer qu'un *whistleblower* dénonçant publiquement un état de fait illicite agit de manière similaire à un journaliste et doit donc satisfaire des attentes analogues.

La Cour met l'accent sur la bonne foi de l'auteur et l'accomplissement des vérifications déontologiquement usuelles. Aussi, lorsque la personne s'est consciencieusement efforcée de vérifier son information avant de la diffuser, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme la protégera quand bien même son information est inexacte. Autrement dit, la croyance légitime de l'auteur en la véracité de son information peut suffire. La Cour apprécie la situation en se replaçant à l'époque où l'information a été communiquée (54).

L'étendue de la vérification dépend de la nature des propos portant atteinte aux tiers, de la gravité de cette atteinte et de la fia-

(53) Dans l'arrêt du 25 juin 1992, *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, la Cour avait tenu « compte du rôle éminent de la presse dans un État de droit » du simple fait que l'auteur des propos, un écrivain, les avait fait paraître sous la forme d'une lettre ouverte dans un journal (voy. §63).

(54) Voy. Cour. eur. dr. h., 22 mai 2008, *Althia c. Chypre* (« The latter issue must be determined in light of the situation as it presented itself to the applicants at the material time, rather than with the benefit of hindsight »), §65.

bilité des sources utilisées (55). Ainsi, la personne qui accuse un tiers d'avoir commis une infraction pénale doit procéder à des vérifications plus poussées (voy. *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* (56)). Le *whistleblower* sera souvent dans cette situation, car plus l'intérêt public en jeu est important, plus la conduite dénoncée risque de relever du droit pénal.

Un fait isolé doit vraisemblablement faire l'objet de vérifications accrues (57). Dans l'affaire *Verdens Gang et Mme Aase c. Norvège* de 2001, la journaliste avait critiqué le médecin pour un incident unique rapporté par la patiente concernée; sans vraiment s'y attarder, la Cour a néanmoins relevé ce point. Dans l'affaire *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne* de 1989, une étroite majorité des juges a toléré la condamnation pour concurrence déloyale d'une société qui avait épingle la pratique commerciale peu élégante, mais isolée, d'une entreprise concurrente. La Cour écrit: « un incident isolé peut appeler un examen plus approfondi avant d'être divulgué, sans quoi la mention exacte de pareil incident peut donner la fausse impression qu'il témoigne d'une pratique générale » (§35). Ce reproche peut concerner le *whistleblower* qui divulgue un fait isolé, tout en amenant le public à croire que le problème s'étend bien au-delà de l'incident signalé. Avant d'intervenir publiquement, le dénonciateur pourrait devoir attendre de disposer de suffisamment d'éléments « à charge » (58).

La jurisprudence de la Cour a introduit une *exception* au devoir de vérification pour ce qui est des rapports officiels: ceux-ci sont dignes de foi, même sans vérification complémentaire (59). Cette

(55) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 14 octobre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, §78, et 14 février 2008, *Rumyana Ivanova c. Bulgarie*, §65.

(56) §80. On signalera toutefois qu'accuser quelqu'un d'avoir agi illégalement peut parfois relever du jugement de valeur, par opposition à l'imputation factuelle se prêtant à démonstration » (voy. *Vides c. Lettonie* de 2004). Il en va de même pour l'accusation « menteuse » (voy. Cour. eur. dr. h., 18 mars 2008, *Kutis c. Pologne*, §51).

(57) Dans l'arrêt du 12 avril 2001, *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) c. Suisse*, une majorité de la Cour a déclaré irrecevable la requête de la télévision, estimant au demeurant raisonnable sa condamnation sur la base de la loi sur la concurrence déloyale; la télévision avait ciblé sa critique sur un seul médicament pris comme exemple, sans souligner que toute la classe thérapeutique souffrait des mêmes défauts.

(58) A l'inverse, dans son arrêt du 16 novembre 2004, *Selstö c. Finlande*, la Cour a admis qu'un journaliste puisse fonder sa dénonciation d'un problème de société sur un cas particulier: « It is natural in journalism that an individual case is chosen to illustrate a wider issue » (voy. §52, puis aussi §68). La prudence implique cependant de rendre clair que le cas particulier est justement discuté à titre d'exemple afin d'illustrer un problème plus général; par ailleurs, l'auteur devrait être en mesure d'établir qu'il existe effectivement un problème plus général.

(59) Voy. Cour. eur. dr. h., 20 mai 1999, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, §68.

faculté a été reconnue, y compris lorsque le rapport étatique n'a pas été rendu public (60). Sauf circonstances particulières (61), les *whistleblowers* devraient, eux aussi, pouvoir compter sur l'exactitude d'un document étatique officiel (62) qu'ils divulguent. A l'inverse, les informations obtenues de source anonyme doivent être vérifiées attentivement. Dans l'affaire *Tønberg Blad As et Haukom c. Norvège* de 2007, la Cour a adhéré au raisonnement de la juridiction nationale exigeant du journaliste qu'il effectue une vérification poussée dès lors que son information était de source anonyme.

Les devoirs à charge de l'auteur varient en fonction des termes auxquels il recourt. La Cour tient à distinguer entre déclarations factuelles et jugements de valeur (63), même si elle concède que la frontière est parfois difficile à tracer (64). Celui qui énonce des propos que le public peut raisonnablement comprendre comme relevant du «fait» doit soit pouvoir prouver leur véracité (65), soit expliquer qu'il avait effectué les vérifications préalables nécessaires (66). En revanche, si la Cour qualifie les propos de jugements de valeur, elle impose des devoirs moindres à leur auteur; selon sa jurisprudence constante, de tels jugements de valeur «ne se prêtent] pas à une démonstration de leur exactitude» (67). Cependant, en fonction des termes utilisés, l'auteur peut devoir tout de même prouver qu'il existe – ou, après vérification, qu'il pouvait croire de bonne foi qu'il existait – une «base factuelle suffisante» sous-tendant son jugement de valeur. La

(60) Cour. eur. dr. h., 20 mai 1998, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, §71.

(61) On imagine le cas où le *whistleblower* a accès à des informations supplémentaires lui permettant de mettre en doute la fiabilité d'un rapport officiel.

(62) Naturellement, la qualification de document étatique pourra prêter à discussion, en particulier s'agissant d'un document que l'Etat n'entendait pas rendre public.

(63) Dans son arrêt du 27 novembre 2007, *Temperl Info-Magazin et Anghel c. Moldavie*, la Cour a aussi admis qu'un journaliste puisse faire état de rumeurs.

(64) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 13 novembre 2003, *Scharasch et Neus Verlagsgesellschaft mbH c. Autriche*, §40; 29 mars 2005, *Sokolowski c. Pologne*, §46, et 24 avril 2007, *Lombardo et autres c. Malte*, §§59-60.

(65) La Cour tolère parfois quelques erreurs ou excès lorsque, pris dans leur globalité, les propos n'étaient pas dénués de fondement (par exemple Cour. eur. dr. h., 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c. Belgique*, §§40 et 45).

(66) Dans son arrêt du 7 mai 2002, *McVicar c. Royaume-Uni*, la Cour déplore que le journaliste ne se soit «soucié de vérifier de manière sérieuse la véracité ou la fiabilité des allégations qu'a postérieurement, une fois l'action en diffamation engagée contre lui» voy. §86.

(67) Le simple fait pour un tribunal national d'exiger de l'auteur qu'il prouve l'exactitude d'un jugement de valeur peut porter atteinte au droit garanti par l'article 10 de la Convention. Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 22 octobre 2007, *London c. France*, §55, et 20 novembre 2007, *Flux c. Moldavie*, §29.

jurisprudence européenne sur ce point est assez généreuse, puisque des propos traités de faits par les juridictions nationales sont souvent requalifiés en jugements de valeur par la Cour (68).

Cette distinction jurisprudentielle entre faits et jugements de valeur peut sans doute s'appliquer par analogie au *whistleblower*. Celui qui dénonce une situation directement au public devrait donc réfléchir aux termes qu'il utilise et s'assurer s'il puisse les justifier. En tout état de cause, la prudence lui imposera un ton modéré.

S'agissant du respect de ces devoirs, la Cour admet qu'un Etat impose la charge de la preuve à l'auteur des propos (69). Toutefois, des exceptions sont nécessaires lorsque la preuve stricte de la vérité ferait peser un fardeau excessif sur le requérant. Dans l'affaire *Thorger Thorgerirson c. Islande* de 1992, la Cour a jugé «déraisonnable voire impossible» la preuve mise à charge d'un écrivain qui avait publié dans la presse un article accusant, de manière assez générale, la police islandaise de brutalités. Dans l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni* de 2005, la Cour a estimé que l'apport de la preuve impliquait pour les requérants «un travail immense et complexe» et qu'il devait impérativement en être tenu compte dans la procédure pour assurer l'égalité des armes entre les parties; l'Etat s'est donc vu condamné sur la base de l'article 10 de la Convention pour avoir refusé aux requérants l'assistance judiciaire gratuite. Quant au niveau de preuve à apporter, la Cour se montre flexible et vérifie soigneusement comment, dans son raisonnement, l'instance nationale a tenu compte de la liberté d'expression (70).

ii) La qualité des parties

Dans les affaires de diffamation, la qualité du «diffamateur» et du «diffamé» sont des facteurs pertinents (71).

(68) La Cour reconnaît une marge d'appréciation aux autorités nationales pour décider si un propos relève de la déclaration factuelle ou du jugement de valeur (voy. Cour. eur. dr. h., 22 octobre 2007, *London c. France*, §55), mais finit souvent par remettre en cause l'appréciation nationale. Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 6 décembre 2007, *Katrami c. Grèce* (accuser un juge de «violer son serment» relève «plutôt» du jugement de valeur).

(69) Voy. Cour. eur. dr. h., 12 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, §93; Cour. eur. dr. h., 22 mai 2008, *Alithia c. Chypre*, §§68-70.

(70) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 26 février 2002, *Unabhängige Initiative Informationsveifalt c. Autriche*, §46, et 7 mai 2002, *McVicar c. Royaume-Uni*, §87.

(71) Parmi les autres éléments pris en compte, figurent le sujet des propos et leur qualification par les tribunaux nationaux (voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 24 avril 2007, *Lombardo et autres c. Malte*, §52).

les fonctionnaires (79), certaines associations (80), les personnages dits publics (81) et les magistrats (82) se situent à mi-chemin : ils doivent s'attendre à – et tolérer – une dose de critiques. En revanche, la Cour accorde une protection accrue aux personnes faisant l'objet d'une procédure pénale afin de sauvegarder leur droit à la présomption d'innocence consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (83). Dans le contexte du droit à l'oubli, elle concède une protection plus limitée aux personnes qui ont été condamnées et ont purgé leur peine (84).

Il s'ensuit qu'un *whistleblower* qui critique la conduite d'un politicien bénéficiera d'un traitement plus clément que celui qui s'attaque à un simple particulier. Le cas *Gujra* illustre cette indulgence, la Cour ayant à diverses reprises relevé la « personnalité de haut rang » visée par la dénonciation.

iii) Les modalités de communication

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de diffamation atteste de l'importance accordée aux modalités de diffusion. La Cour tient généralement compte du type de public ayant eu connaissance des propos diffamants, qu'il s'agisse du nombre de personnes mises au courant ou de leur qualité. Elle prend aussi en considération le médium utilisé et l'emplacement au sein de celui-ci (par ex. feuilles volantes, quotidien, magazine spécialisé, roman, poème, radio, télévision, émission à une heure de grande écoute, émission spécialisée). Ces circonstances sont pertinentes pour apprécier l'étendue du devoir de vérification de

(79) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 11 mars 2003, *Lešník c. Slovaquie*, §53; 14 octobre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, §80, et 21 décembre 2004, *Busuoc c. Moldavie*, §§60 et 64.

(80) Voy. Cour. eur. dr. h., 22 décembre 2005, *Paturel c. France*, §46.

(81) Dans son arrêt du 5 juin 2008, *I AVGI Publishing c. Grèce*, la Cour définit le personnage public comme celui « qui, par ses actes ou sa position même entre dans la sphère de l'arène publique » (voy. §28). Dans l'arrêt du 14 décembre 2006, *Verlagsgruppe c. Autriche*, la Cour considère qu'un « *business magnate, who owns and manages one of the country's most prestigious enterprises, is by his very position in society a public figure* » (§36). Dans l'arrêt *Azevedo c. Portugal* de 2008 (voy. §32), la Cour a noté que l'auteur d'un livre scientifique publié n'est pas un simple particulier; aussi s'expose-t-il à un degré de critique plus important.

(82) Voy. Cour. eur. dr. h., 6 décembre 2007, *Katrami c. Grèce*, §37.

(83) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 24 novembre 2005, *Tourancheau et July c. France*; 7 juin 2007, *Dupuis c. France*, et 24 avril 2008, *Campos Dâmaso c. Portugal*.

(84) Voy. Cour. eur. dr. h., 28 août 1992, *Schwaabe c. Autriche*, §32-35, et 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, §68.

S'agissant de l'auteur des propos, le politicien (72) et le journaliste (73) bénéficient d'une marge de manœuvre plus grande que le fonctionnaire ou l'avocat s'exprimant hors procédure (74). Certains individus, auteurs de diffamation, sont jugés avec davantage de mansuétude parce que la Cour considère qu'ils se trouvent dans une situation de faiblesse. Ainsi, dans l'affaire *Kanellopoulou c. Grèce* de 2007, la Cour avait été sensible au fait que la patiente qui se plaignait de son chirurgien ait écopé « en sus [de son expérience chirurgicale douloureuse ayant occasionné des séquelles physiques] d'une peine d'emprisonnement pour avoir proféré sa souffrance sans aucun autre but apparent que d'extérioriser sa détresse » (§39). On peut concevoir qu'un *whistleblower* qui aurait subi au sein de son entreprise des mesures de rétorsion puisse également faire état de circonstances personnelles douloureuses justifiant un traitement clément. La Cour se penche parfois sur le comportement de l'auteur durant son procès : sa collaboration active à l'établissement de la vérité est perçue comme un facteur en sa faveur (75).

S'agissant du tiers lésé, la Cour cautionne un traitement gradué selon le rôle public qu'assume la personne diffamée. Ainsi, un homme politique doit tolérer des atteintes nettement plus lourdes qu'un simple particulier (76). C'est *a fortiori* vrai lorsque la critique s'adresse au gouvernement, qu'il soit national ou local (77). Les grandes entreprises (78),

(72) C'est tout particulièrement le cas lors de campagnes électorales : voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 9 janvier 2007, *Kwiecien c. Pologne*, §48.

(73) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, §51, et 21 décembre 2004, *Busuoc c. Moldavie*, §§64-65.

(74) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 20 mai 1998, *Schöpfer c. Suisse*, §§29 et 33; 21 mars 2002, *Nikula c. Finlande*, et 28 octobre 2003, *Steur c. Pays-Bas*.

(75) Voy. Cour. eur. dr. h., 15 février 2007, *Boldea c. Roumanie*, §59; *a contrario* Cour. eur. dr. h., 14 octobre 2004, *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark*, et 17 décembre 2004, *Cumpăna c. Roumanie*, §104.

(76) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 5 juin 2008, *I AVGI Publishing c. Grèce*, §28. La Cour étiend cette tolérance au-delà de l'activité politique et jusqu'à la sphère privée du politicien lorsqu'il est reproché à celui-ci d'avoir violé la loi. Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 27 novembre 2007, *Timpul Info-Magazin et Anghel c. Moldavie*, §30; 1^{er} mars 2007, *Tønnsberg Blad As et Hæukom c. Norvège*, §88. Un politicien « extravagant » doit tolérer des atteintes plus grandes encore : voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 22 octobre 2007, *Lindon c. France*, §56; aussi Cour. eur. dr. h., 7 décembre 2006, *Österreichischer Rundfunk c. Autriche*, §65.

(77) On vise ici le gouvernement pris dans sa globalité, et pas ses membres individuels. Voy. Cour. eur. dr. h., 24 avril 2007, *Lombardo et autres c. Malte*, §54.

(78) Voy. Cour. eur. dr. h., 12 février 2005, *Steel et Morris c. Royaume-Uni*. Dans son arrêt du 27 novembre 2007, *Timpul Info-Magazin et Anghel c. Moldavie*, la Cour étend sa jurisprudence applicable aux grandes entreprises à celles, plus petites, mais qui contractent avec l'Etat ou usent de fonds publics (§§33-34).

l'auteur, lequel varie selon l'ampleur de la diffamation. Par exemple, la Cour rappelle régulièrement que la personne qui utilise un média à large impact doit être particulièrement vigilante dans l'exécution de ses devoirs et responsabilités.

Dès lors, il est probable que la manière selon laquelle le *whistleblower* communique sa dénonciation jouera un rôle dans l'appréciation du cas par la Cour. Le dénonciateur doit très certainement recourir à des modalités de diffusion qui entretiennent un rapport raisonnable avec la nature et le degré d'intérêt public en cause (85). Il doit choisir un canal de communication proportionné à la gravité des faits qu'il dénonce et à l'intérêt qu'il cherche à sauvegarder. Par exemple, une intervention à la télévision nationale se justifierait lorsque la santé ou la vie de personnes est immédiatement menacée. Inversement, une dénonciation restreinte aux membres d'une organisation serait raisonnable lorsque l'affaire ne touche que cette organisation, sans effet possible sur des tiers.

iv) *L'influence sur le contenu de la publication subséquente*

On doit se demander si la situation du *whistleblower* qui se borne à transmettre un document à un journaliste sera appréciée en fonction du contenu de la publication qu'en tire le journaliste. En effet, le *whistleblower* n'a pas forcément d'influence sur le journaliste. Dans l'affaire *Guja*, l'article du journaliste était modéré et le vice-président du Parlement n'avait pas intenté de poursuite en diffamation. Cependant, on peut aisément imaginer qu'il en aille différemment à l'avenir.

Dans l'affaire *Hertel c. Suisse* de 1998, la Cour avait tenu à distinguer entre l'article, modéré dans le ton, soumis par le chercheur et la publication, plus sensationnaliste, qu'en avait ensuite tirée le journaliste. Implicitement, elle rejette l'argumentation de l'Etat selon laquelle «la responsabilité du requérant trouvait sa source dans le fait qu'en communiquant son rapport au *Journal Franz Weber*, il se serait accommodé d'une exploitation simpliste et outrancière de celui-ci – laquelle aurait été prévisible eu égard au périodique dont il s'agit» (§48). De même, dans l'affaire *Kanellopoulou c. Grèce* de 2007, la Cour avait signalé qu'il convenait de distinguer les propos tenus par la requérante, une patiente qui se plaignait en termes crus et virulents de son chirurgien esthétique et qui avait été condamnée pénalement pour diffamation, de ceux tenus

ensuite par «la presse à sensation qui s'intéressa à cette affaire» (§39). Dans l'affaire *Amihalachovae c. Moldavie* de 2004, la Cour a tenu compte du démenti apporté par le requérant après la reprise de ses déclarations par la presse, estimant que le requérant «ne saurait être tenu pour responsable de tout ce qui figurait dans l'«interview» publiée» (§37).

Il n'en demeure pas moins que le *whistleblower* voulant mettre toutes les chances de son côté ferait bien de s'adresser à un journal réputé pour son sérieux. Si la nature et l'urgence de l'affaire qu'il dénonce le permettent, le *whistleblower* devrait évoquer avec le journaliste ses exigences minimales quant au contenu de la publication.

v) *Le temps écoulé*

Dans les affaires de diffamation, la Cour tient parfois compte du temps écoulé entre le moment où l'auteur a tenu les propos offensants et le moment où le tribunal national exige qu'il en prouve l'exactitude. La Cour considère que plus longue est la période écoulée, plus il devient difficile pour le requérant de prouver ses dires (86). De surcroît, elle estime que le dommage subi par la personne diffamée s'estompe avec le temps, d'où une protection moindre de son honneur face au droit à la liberté d'expression du requérant.

Peut-on appliquer un raisonnement similaire dans le contexte du *whistleblowing*? Dans l'affaire *Guja*, la Cour n'érige pas explicitement en critère déterminant l'aptitude du *whistleblower* à prouver l'exactitude des faits dénoncés. Certes, la question ne se posait pas, car Iakob Guja s'était contenté de transmettre une note dont nul ne contestait l'authenticité. Le paragraphe 75 sur les devoirs de vérification suggère toutefois que, dans le cas d'un *whistleblower* qui exprimerait lui-même sa critique, la Cour appliquerait sa jurisprudence en matière de diffamation. Le temps écoulé pourrait alors être un facteur pertinent.

En toute hypothèse, le temps écoulé demeure un élément pertinent au regard du dommage subi par l'employeur ou le tiers dénoncés. Si ceux-ci tardent à agir (par exemple l'employeur ne résilie le contrat que plusieurs mois après avoir été mis au courant), la Cour pourrait bien en tenir compte en faveur du *whistleblower*.

(85) Voy. par exemple Cour. eur. dr. h., 5 juillet 2007, *Lionaraki c. Grèce*, §41.

(86) Voy. Cour. eur. dr. h., 20 novembre 2007, *Flus c. Moldavie*, §31.

vi) *Le degré d'exagération*

La Cour tolère parfois une dose d'exagération, en particulier lorsque les propos ont été tenus oralement ou en direct à la télévision ou à la radio (arrêts *Fuentes Bobo c. Espagne* de 2000 et *Lacourakis c. Grèce* de 2007). À l'inverse, elle se montre plus sévère à l'égard de cadres de haut niveau dans la fonction publique, s'exprimant de surcroît par écrit; «une plus grande retenue dans les termes utilisés» peut alors être exigée (arrêt *Diego Nafra c. Espagne* de 2002).

La Cour rapproche parfois le degré de virulence des propos de l'indignation ressentie par leur auteur. Par exemple, dans l'arrêt *De Haes et Gijssels c. Belgique* de 1997, la Cour note que les commentaires des journalistes «contenaient certes des critiques très sévères, celles-ci n'en paraissaient pas moins à la mesure de l'émotion et de l'indignation suscitées par les faits allégués dans les articles litigieux [qui concernaient des sévices sexuels subis par des enfants]» (§48).

3. *La jurisprudence européenne sur la protection des sources*

La protection des sources journalistiques a été consacrée, sur la base de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* de 1996. La Cour y a vu «l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse», sans laquelle les sources journalistiques pourraient être dissuadées d'aider la presse à informer le public sur des questions d'intérêt général» (87). Cette jurisprudence a été réaffirmée dans les affaires *Ernst et autres c. Belgique* de 2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg* de 2003 et *Tillack c. Belgique* de 2007. Dans cette dernière, la Cour a d'ailleurs insisté sur le fait que «le droit des journalistes de taire leurs sources ne saurait être considéré comme un simple privilège qui leur serait accordé en fonction de la licéité ou de l'illicéité des sources» (88). Autrement dit, le journaliste peut protéger l'identité de ses informateurs même lorsque ces derniers ont obtenu leur information par la violation d'une norme protégeant un secret. C'est d'ailleurs bien lorsque l'informateur risque des sanctions que la protection de son identité revêt réellement une importance cruciale.

Pour la Cour, la protection des sources sert plusieurs intérêts, mais en premier lieu l'intérêt du public à recevoir des informations. Indirectement, la Cour admet que la source – souvent un *whistle-*

(87) Voy. §39. Plus généralement sur la protection des sources, S. WERLY, *La protection du secret rédactionnel*, Collection genevoise, Schulthess, Genève, 2005.
(88) Voy. §65 (nous soulignons).

blower, même si ce terme n'était pas jusqu'à présent utilisé – contribue au droit à être informé du public. Toutefois, le droit à la protection des sources n'a été reconnu qu'aux journalistes. Le *whistleblower* ne peut pas s'en prévaloir pour protéger sa propre source (à supposer qu'il ne détient pas l'information révélée de première main).

De surcroît, dans plusieurs affaires, la Cour a expressément invité l'Etat à diriger son enquête contre la source de la fuite, plutôt que contre le journaliste (89). Elle rappelle aux Etats que, s'ils ne peuvent guère sanctionner les journalistes, ils peuvent poursuivre les auteurs des fuites. La protection du journaliste est placée clairement au-dessus de celle de la source.

III. – Conclusion

L'affaire *Gujra* a donné à la Cour européenne des droits de l'homme la chance de trancher un cas facile, dès lors que l'intérêt public devrait ici manifestement primer sur l'intérêt purement formel au secret défendu par un gouvernement touché par la corruption. La Cour en a profité pour articuler un schéma d'analyse pratique axé sur six critères.

Certes, au vu de l'infinie variété des affaires aboutissant devant la Cour, ces six critères seront probablement complétés et pondérés par d'autres facteurs. Mais, comme cet article le montre, la prudence de la Cour sur la liberté d'expression est suffisamment riche pour fournir ces autres éléments. Dès lors, malgré les questions qui restent en suspens, l'arrêt *Gujra* mérite un accueil favorable.

Bien sûr, le *whistleblowing* n'est pas sans danger. Beaucoup redoutent une porte ouverte à la délation, aux dénonciations abusives, à une détérioration du climat d'entreprise et à une «judiciarisation» à l'américaine des relations de travail. Si ces risques existent, ils peuvent, selon nous, être minimisés par des mesures appropriées d'organisation. En particulier, les employés doivent savoir à qui ils peuvent adresser leurs griefs. Cela implique que les employeurs instaurent des procédures claires et simples par le biais desquelles ces griefs peuvent être résolus en interne. De telles procédures protègent tant l'employé que l'employeur. En effet, ce dernier se pré-

(89) Voy. Cour. eur. dr. h., 15 juillet 2003, *Ernst et autres c. Belgique*, §102; 25 février 2003, *Roemen et Schmit c. Luxembourg*, §56, et 25 avril 2006, *Dammann c. Suisse*, §55.

munit contre une dénonciation à l'externe en mettant à disposition de l'employé une voie interne effective de résolution des litiges.

En insistant précisément sur l'importante de la divulgation interne et en n'admettant la dénonciation externe qu'en dernier ressort, la Cour maintient un équilibre plutôt propice aux employeurs. Elle donne à ceux-ci l'occasion de réagir à un signal fourni par un collaborateur, et cela avant qu'un scandale ne ternisse leur réputation. Dans un monde où – bon gré mal gré – l'impératif de transparence s'étend, l'arrêt *Gajda* offre aux administrations, voire aux entreprises, une possibilité d'agir en amont, plutôt que de réagir lorsqu'il est trop tard.

rtdh.eu

☆