

Directive Secret des affaires : quand la liberté d'expression devient une exception, ou une vision européenne de la transparence

L'année 2015 aura été une année particulièrement mouvementée pour la liberté d'expression et d'information. Débutant par les attentats qui ont touché la rédaction de Charlie Hebdo et, à travers eux, la liberté d'expression dans son essence, elle se termine par un accord de principe sur un projet de directive européenne très controversé qui instaure un principe de secret des affaires, menaçant ainsi l'accès et la diffusion d'informations. Pourtant, la mobilisation massive et le mouvement de solidarité sans précédent en résultant, ont montré à quel point, chacun d'entre nous, citoyens, sommes attachés à la liberté d'expression, pilier incontestable de nos démocraties. Ironie du sort sans doute, qu'un projet de directive érige, au même moment, au rang de principe, le secret des affaires, faisant de cette liberté fondamentale une simple exception. Autre coïncidence calendaire nous incitant à la plus grande vigilance à l'examen de cette directive, les affaires d'intérêt public révélées par la presse - Luxleaks, HSBC, Monsanto, Gardasil pour ne citer qu'elles - qui trouvent leurs sources dans la divulgation d'informations dont on peut sérieusement penser qu'elles relèveraient du secret d'affaires en application dudit texte. Notons qu'il s'agit d'ailleurs du fondement des poursuites engagées au Luxembourg contre Antoine Deltour, lanceur d'alerte, et Edouard Perrin, journaliste, dans l'affaire Luxleaks. Pourtant, la Commissaire à la Concurrence considère leurs révélations dignes d'être utilisées lors de ses enquêtes, les félicitant pour le travail accompli, et la Commission spéciale Taxe du Parlement européen auditionne le journaliste et rend hommage à son travail. Face à une telle menace pour l'accès des citoyens à une information libre et entière sur des sujets d'intérêt public, favorisant l'omerta à une prétendue volonté européenne de transparence, il nous a semblé urgent, avec le Collectif Informer n'est pas un délit, d'alerter sur de tels risques la rapporteure à l'origine du texte, Constance Le Grip. Lors d'une première rencontre, nous lui avons fait part de nos craintes quant à l'utilisation de son texte par des entreprises pour empêcher la publication d'informations encombrantes. L'effarement put se lire dans ses yeux, cette hypothèse ne lui avait pas traversé l'esprit, nous affirma-t-elle. Ce projet offre pourtant bien aux entreprises l'arsenal judiciaire tant attendu pour faire pression sur les journalistes ou toute personne voulant divulguer des informations d'intérêt public. Il constitue, en réalité, un nouveau moyen de détourner les dispositions protectrices de la loi sur la presse de 1881, permettant d'en contourner les spécificités procédurales. A la lecture de la définition proposée par le projet de directive, tout un ensemble d'informations pourrait désormais être considéré comme secret d'affaires et échapper à la transparence : celles relatives à la santé publique, à la protection de l'environnement, à la santé des consommateurs dans le secteur de l'industrie chimique. Bien entendu, il est essentiel de protéger nos entreprises, personne ne le réfute. Il reste toutefois à démontrer, ce qui, à notre connaissance, n'a jamais été fait par les défenseurs du texte, qu'il met en place un moyen efficace de lutte contre l'espionnage industriel, dont la croissance serait exponentielle, à les entendre. Cela étant, après des mois d'intenses débats et d'âpres négociations sur le sujet, il faut reconnaître que la rédaction

actuelle du texte – certes provisoire, mais fruit d'une négociation si tendue entre le Conseil de l'UE et le Parlement Européen qu'il a de fortes chances d'être voté sans un changement de virgule – présente, désormais, des garde-fous non négligeables pour la liberté d'information, que nous aborderons dans un second temps.

Une menace pour la liberté d'informer Offrir une nouvelle arme judiciaire aux multinationales, qui n'ont cessé de brandir, depuis quelques années, la violation de leurs secrets d'affaires pour tenter d'empêcher la diffusion d'informations dans le cadre d'investigations économiques, constitue, sans nul doute, une menace pour la liberté d'information. Le danger le plus important se situe dans la définition, pour le moins extensive et floue, des informations pouvant relever de ce « secret des affaires », et corrélativement, dans l'absence de circonscription claire de l'objectif du texte. En effet, est laissée à la seule appréciation de l'entreprise, la décision de désigner celles des informations qui, disposant d'une valeur économique, seront ainsi qualifiées. Il a été à plusieurs reprises observé par des commentateurs, qu'il était indispensable, pour protéger la liberté d'expression et d'information, de préciser cette définition pour que ledit secret se limite aux enjeux commerciaux, en punissant l'acteur économique qui, par l'obtention dudit secret, se procure un avantage indu. Avec une définition si large, nous pouvions espérer que l'objet de la directive soit clairement circonscrit. Constance Le Grip n'a cessé de nous assurer que son texte vise à régler des situations entre acteurs économiques concurrents, et qu'il n'est, à ce titre, qu'une reprise des accords ADPIC de 1994. Seulement, nous relevons une différence de taille avec le projet de directive, dont l'application ne se limite pas aux seuls cas de « concurrence déloyale » et d' « usages commerciaux honnêtes ». C'est fort dommage dans la mesure où cela aurait été susceptible d'exclure de facto de son champ d'application les journalistes et les lanceurs d'alerte. Surtout, cela aurait pu permettre d'éviter toute utilisation détournée du texte. Pourquoi ne pas l'avoir précisément encadré ? Une amélioration, insuffisante certes, néanmoins intéressante - restons positifs - a été apportée lors des dernières évolutions. L'objet est désormais défini par la négative, la mise en œuvre des dispositions de la directive ne doit pas affecter la liberté d'expression et la révélation d'informations d'intérêt public. C'est un progrès, bien qu'il serait plus efficace de définir expressément l'objectif du texte, à savoir faire respecter des pratiques commerciales honnêtes. Un dernier élément, du côté obscur de la directive, concerne les sanctions. Qu'est-ce qu'un principe sans sanction nous direz-vous ? Accordons aux rédacteurs du texte d'avoir su être convaincants et même dissuasifs, s'agissant des réparations de la violation du secret d'affaires. Le projet de texte prévoit, en effet, des réparations qui peuvent atteindre des sommes colossales, les dommages-intérêts devant réparer le « préjudice réel ». Est introduite la notion de préjudice commercial, bien éloignée des montants habituellement pratiqués par les tribunaux en matière de presse. La portée de cette disposition qui était, dans la rédaction précédente, une entrave majeure à la liberté d'expression, puisqu'elle aurait imposé le silence à grand nombre de journalistes qui n'auraient pas même osé débiter une enquête face à un tel risque financier - et ce, dès la simple obtention d'informations, avant toute diffusion - s'est trouvée grandement affaiblie par le renforcement de l'exception que nous allons aborder ci-après.

L' « exception de liberté

d'expression» renforcé Il faut le reconnaître, l'équilibre général de ce projet ne nous convient guère pour les raisons sus exposées. Dans une période où la transparence de la vie économique est souvent reconnue comme gage de nos démocraties, établir un principe de secret des affaires peut sembler quelque peu contradictoire. Cela étant, les fluctuations rédactionnelles récentes ont permis d'aboutir à une exception renforcée à ce que l'on peut considérer être à son niveau le plus haut. « Mieux vaut tard que jamais », les dernières évolutions du texte apaisent quelque peu nos inquiétudes quant aux aspects liberticides de cette directive, et montrent que nous avons fini par être, en partie, entendus. Cela nous laisse espérer que les tribunaux - puisqu'il est fort probable qu'il faille en passer par eux - disposant d'outils pour faire triompher la sacro sainte liberté d'information, en fassent bon usage. En effet, la rédaction retenue, à ce stade, prévoit que la directive ne s'applique pas quand un secret d'affaires est utilisé *«pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information tel qu'inscrit dans la Charte des droits fondamentaux, y compris le respect pour la liberté et le pluralisme des médias»*. Nous échapperons donc au test de légitimité d'exercice de la liberté d'expression, qui aurait imposé au journaliste de justifier qu'il agissait bien dans ce cadre et au juge d'apprécier souverainement que tel était le cas ou non. Cela laissait planer un aléa peu opportun s'agissant d'une liberté fondamentale, voire pire, un climat d'autocensure dans les rédactions. Autre amélioration notable, bien qu'encore restrictive, les dispositions de la directive ne s'appliqueraient pas lorsqu'un secret d'affaires a été acquis, utilisé ou divulgué *«pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale»*, et que la personne qui a fait cette révélation *« agissait dans le but de protéger l'intérêt public général»*. L'objectif est de permettre aux lanceurs d'alerte et aux sources, plus généralement, de dénoncer certains agissements dans un but d'intérêt public. On notera brièvement au passage cette formulation quelque peu surprenante d'*«intérêt public général»*. Nous connaissons les principes d'intérêt général et d'intérêt public, voilà une notion nouvelle qui mixe ces deux principes. Qu'ont-ils entendu viser par ce terme, un intérêt supérieur? Quoi qu'il en soit, le reproche qu'il peut être fait à cet alinéa est de ne pas envisager d'autres situations que des lanceurs d'alerte peuvent souvent être amenés à dénoncer, celles d'actes contraires à l'éthique. Lors de leur passage à l'acte - la dénonciation - il est la plupart du temps difficile pour eux de qualifier de faute, et encore moins d'activité illégale, un comportement, sauf à sortir de leur rôle en s'improvisant juge. Il appartiendra aux tribunaux de préciser ce que recouvrent ces trois cas énumérés, et s'il faut en avoir une interprétation exhaustive. En conclusion, nous voyons poindre le reproche de notre éternelle insatisfaction face à des avancées notables du texte, dans une version qui n'est d'ailleurs pas encore définitive. A cet égard, il faudra rester vigilant lors de la transposition dans la loi française. Quoi qu'il en soit, le lecteur comprendra aisément que s'agissant d'une liberté fondamentale, gage de démocratie, l'exigence est de mise. Gardons en tête la précarité financière des protagonistes de l'investigation. Il est plus que temps d'élaborer une loi sur la protection des sources efficace, pour tenter de compenser les effets néfastes de la directive et d'établir un statut protecteur pour les lanceurs d'alerte.

Auteur(s) :

Virginie Marquet - Avocat au Barreau de Paris

Membre du collectif "Informer n'est pas un délit"