

Secret des sources / secret des affaires : les contradictions et les dangers possibles

Arnaud Mercier
Professeur en communication à l'Institut Français de Presse,
université Paris 2 - Assas

Tous les juristes et spécialistes de la criminalité connaissent la lutte ancestrale du glaive et du bouclier, cet effort continu de chaque camp pour améliorer son armement ou son système de défense.

Le cas que nous abordons dans cette première université d'été, est lui aussi une lutte ancestrale, c'est celle de la lumière contre les volets, contre donc les occultants de toute nature.

Le débat a longtemps été centré prioritairement sur les relations entre médias et pouvoir politique, mais il y a d'autres pouvoirs, notamment le pouvoir économique et industriel. Au cœur de ce combat figure la question de la transparence. Transparence souvent posée comme un idéal enviable et/ou atteignable. Ce n'est pourtant pas toujours le cas. L'application d'un principe de transparence et la reconnaissance, parfois, du bien-fondé du secret témoignent que les deux notions sont unies par une relation dialectique complexe. Complexité qui ne peut que se refléter dans le droit, au risque même de générer des contradictions entre les textes ou entre les jurisprudences.

Pour introduire le débat sur les enjeux de ces possibles contradictions entre deux principes ayant leur légitimité, nous aborderons quatre points :

- De quels enjeux l'idéal de transparence est-il porteur ?
- Quelles limites éthiques et pratiques jalonnent l'application de cet idéal ?
- Comment ces contradictions dans nos sociétés débouchent sur des tensions juridiques ?
- Quelles lignes de conduite pour trancher ?

1) De quels enjeux l'idéal de transparence est-il porteur ?

Transparence politique = enjeu démocratique

Elle est constitutive d'un espace public démocratique reposant sur des débats ouverts et raisonnés, car seule une information générale et partagée, est gage d'apparition d'un sentiment de confiance chez les citoyens et exercer leur citoyenneté de façon éclairée. Les journalistes se sont donc emparés depuis longtemps d'une prétention à la publicité, à la mise sous les projecteurs des points que certains voudraient conserver opaques ou secrets. La transparence se veut à double détente : à la fois mise à nu des intentions de tous les décideurs, et un travail d'information reposant sur des principes affichés d'objectivité et de neutralité, le récit journalistique aspirant à mériter le titre enviable de simple reflet de la réalité.

Sous l'Ancien Régime, le secret était de règle dans les affaires publiques. Les rares assemblées politiques siégeaient à huis-clos et leurs procès-verbaux, qui n'étaient pas publiés, comportaient seulement les décisions adoptées, sans les débats qui les avaient précédées. La transparence ne constituait pas un principe de droit, car l'opinion n'étant pas reconnue comme un acteur politique à part entière. La Révolution française marqua à cet égard une rupture : dès l'ouverture des États Généraux, le peuple se porta en foule aux débats, pour savoir ce que leurs représentants faisaient. La reconnaissance du principe de publicité des débats entraîna la naissance du journalisme parlementaire pour assurer la publication de comptes rendus de séance, sur le modèle du *parliamentary reporting*, qui s'était développé au Royaume-Uni dès les années 1750.

Transparence économique = enjeu libéral

Dans le cadre du modèle dit de Concurrence pure et parfaite, parmi les vertus exigées, un marché doit être « transparent » c'est-à-dire que toutes ses caractéristiques sont connues des agents économiques : qualité des produits, quantités offertes et demandées aux différents prix. Cela suppose donc que toutes ces informations soient disponibles, circulent rapidement et sans coût.

Mais la transparence est au sens propre une utopie, un but souvent donné à atteindre mais qui reste inaccessible : tant pour des raisons éthiques que pratiques !

2) Quelles limites éthiques et pratiques jalonnent l'application de cet idéal de transparence ?

Limites éthiques car une société de totale transparence = l'enfer, d'ailleurs la théorie démocratique reconnaît comme un de ses fondements, une séparation entre la sphère privée et la sphère publique. L'exigence de transparence s'applique à la sphère publique, mais on a le droit de protéger son intimité, c'est le fameux secret d'alcôve ou son jardin secret c'est-à-dire le secret le plus légitime, la sphère personnelle que chacun trouve légitime de protéger du regard et même du jugement d'autrui. Le sociologue allemand Georg Simmel au début du XXe siècle a théorisé l'importance du secret dans la préservation du lien social. Le secret a une fonction sociologique essentielle. Le secret que chacun peut préserver sur certaines de ses activités nous permet d'échapper au contrôle des autres. C'est donc un moyen d'extension de la vie personnelle, un élément de l'individualisation de chacun.

Simmel fait ensuite l'hypothèse que s'il existe un "quantum" fixe de secret dans une société, les domaines qui font l'objet d'une préservation légitime du secret évoluent au cours de l'histoire : ce qui était secret peut être vécu comme public, ce qui était public entre dans l'intime et le secret. On le voit bien à travers la manière dont l'Église catholique se sentait légitime à intervenir sur la sexualité de ses ouailles et comment elle a dû peu à peu reculer pour laisser les décisions sur ces questions (natalité, sexualité, contraception, etc.) dans la sphère de l'intime et donc de la conscience personnelle de chacun.

→ Un des enjeux de notre réflexion collective est justement de savoir ce qui est jugé comme un secret admissible éthiquement ou ce qui relève d'une exigence de transparence. L'enjeu n'est donc pas d'essayer de trouver un principe supérieur parmi les deux étudiés, mais plutôt de décider si, politiquement, au sens noble du terme, il y a de bonnes raisons de faire primer l'un sur l'autre.

Limites pratiques, que ce soit en matière d'information ou en matière économique :

Les journalistes ne sont pas les derniers à avoir recourt à des pratiques secrètes, à des dissimulations, y compris pour exercer leur métier et leur missions.

C'est le cas de l'acceptation du *off the record* dans la relation entre journalistes et personnel politique. Les personnalités politiques parlent aux journalistes, disent des choses qu'elles n'assumeraient pas publiquement mais les journalistes n'ont pas le droit d'en faire état et en tout cas pas en citant leur source. Le sujet est débattu, certains journalistes refusent de participer à des interviews en *off*.

Autre cas problématique : l'obtention d'informations en dissimulant son identité, en ayant recours à des caméras cachées, etc.

Le texte originel de 1918 de la Charte déontologique des journalistes du SNJ était extrêmement ferme ! : « il s'interdit d'invoquer un titre ou une qualité imaginaires, d'user de moyens déloyaux pour obtenir une information ou surprendre la bonne foi de quiconque »

Cette Charte révisée en mars 2011 trahit une tension entre ce principe fondateur et les accommodements raisonnables à prévoir pour obtenir des informations :

« Il proscrie tout moyen déloyal et vérial pour obtenir une information. Dans le cas où sa sécurité, celle de ses sources ou la gravité des faits l'obligent à taire sa qualité de journaliste, il prévient sa hiérarchie et en donne dès que possible explication au public »

Mais dès 1918 il y a une revendication ferme qui n'a pas bougé depuis et qui est aussi la reconnaissance que les hérauts de la transparence sont obligés d'admettre que le secret est parfois constitutif du lien social et professionnel : « il garde le secret professionnel », car le secret est jugé un élément fondamental de la relation de confiance entre le professionnel et ceux avec qui il interagit, exactement comme l'avocat avec son client.

→ Le secret des sources peut être un indispensable moyen d'accomplir sa mission de transparence. Il faut occulter pour mieux mettre en lumière !

En matière économique, une importante littérature théorique (et même primée par ledit prix Nobel d'économie) a démontré que l'idéal de transparence connaissait bien des limites.

* Sur les marchés réels, l'information est souvent imparfaite, car il y existe bien des situations d'asymétrie d'information. On peut renvoyer par exemple à l'article célèbre, *The Market for "Lemons"* de l'économiste George Akerlof sur le marché des véhicules d'occasion et la manière dont des propriétaires de véhicules accidentés vendent avec insincérité leurs véhicules présentant des vices cachés.

* La qualité est une information complexe. Et obtenir cette information est un processus qui peut être coûteux (en argent, ou en temps).

* L'information a donc elle-même une valeur et des individus ou des sociétés sont disposés à payer pour l'obtenir. En conséquence des marchés se créent pour la récolter et la redistribuer moyennant finance. Il y a donc inégalité d'accès à l'information

* L'information est imparfaitement distribuée, certains agents étant naturellement, et de manière transitoire, mieux informés que d'autres, ce qui peut occasionner des discordances profitables (débit d'initié).

* « Le paradoxe de la transparence confrontée au droit de la concurrence, c'est qu'elle est à la fois le vice et la vertu », dit Martine Béhar-Touchais¹. « D'un côté, la théorie économique nous enseigne que l'une des conditions d'optimalité des marchés dans un cadre de concurrence parfaite résiderait précisément dans l'information parfaite des agents économiques. La transparence aurait donc une vertu d'efficacité économique.

Mais d'un autre côté, la transparence est un obstacle au bon fonctionnement du marché, quand elle diminue, du point de vue des opérateurs, l'incertitude inhérente au libre jeu de l'offre et de la demande, avec le risque qu'elle incite finalement les opérateurs à coordonner leurs comportements ».

* Enfin, dernière limite pratique constatable, des agents économiques peuvent détourner/pervertir l'information à leur avantage, ce sont tous les processus de désinformation, de manipulation de l'information.

3) Comment ces contradictions dans nos sociétés débouchent sur des tensions juridiques ?

Depuis la première loi de moralisation de la vie politique initiée par Michel Rocard en 1989 pour essayer d'endiguer la lame de fond de défiance à l'encontre des partis politiques et des gouvernants soupçonnés de s'enrichir illégalement, de financer de façon occulte leurs campagnes électorales, etc., le personnel politique français a mis en avant un idéal de régulation juridique par la transparence. Et cet idéal de transparence est apparu de plus en plus comme une réponse à la montée plus générale de la défiance à l'encontre de tous ceux réputés avoir du pouvoir, de la puissance, donc les pouvoirs économiques aussi. Et ce d'autant plus que l'utopie internet a ajouté une couche d'idéalisation de la transparence, de l'accès démocratisé à l'information et que les politiciens vendent aux citoyens l'idéal participatif avec son lot d'informations, d'open data... comme un moyen de répondre à la crise de la démocratie représentative.

Depuis des années on peut donc parler d'une inflation des textes législatifs ou réglementaires où il fait mention de la transparence et de la volonté de lutter contre les secrets².

¹ Martine BÉHAR-TOUCHAIS, professeur à l'Université de Paris V, lors d'un *Cycle de conférences de la Cour de cassation* « Transparence et concurrence », le 29 mars 2007.

² Exemples parmi d'autres : la loi du 23 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques ; la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et

Mais en même temps, des lois sont venues reconnaître officiellement un droit au secret. C'est le cas qui nous intéresse ici avec la reconnaissance du droit au secret des affaires dont la directive européenne de juin 2016 (et sa transposition dans le droit français par la loi votée au printemps 2018) fixe les contours, et le droit au secret des sources (loi du 4 janvier 2010) dont la protection juridique est une vieille revendication des associations de journalistes « le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public ».

Mais en même temps, la possibilité pour les journalistes français d'exercer librement leurs prérogatives est aussi entravée par toute une série de textes édictés depuis 10 ans qui sans être directement centrés sur les journalistes, les touchent indirectement³. Et les récentes convocations devant des enquêteurs de journalistes d'investigation pour les interroger sur leurs enquêtes, et donc faire pression sur eux et leurs rédactions, prouvent que rien n'est si acquis que cela en matière de protection des sources.

Et la contradiction apparaît dans la confrontation même de ces deux reconnaissances du droit au secret. Attendu que les deux principes ont une logique forte, des arguments entendables (protéger une entreprise de l'espionnage économique et lui garantir un succès commercial en protégeant ce qu'elle a su créer) versus permettre aux journalistes d'exercer leur rôle démocratique d'information du public sur des sujets qui peuvent être d'intérêt public, l'arbitrage entre les deux principes est au sens fort du terme un sujet politique, loin d'un pur arbitrage de technique juridique.

C'est ce que la directive européenne et le législateur français admettent eux-mêmes, puisqu'ils ne font pas semblant de ne pas voir les possibles contradictions.

Extrait de la directive :

« A l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue :
« 1° Pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

Exposé de motifs de la loi transposant la directive européenne :

« Elle invite également les États membres à veiller à ce que la mise en place du dispositif de protection du secret des affaires ne modifie pas le cadre juridique permettant de protéger

à la transparence des marchés financiers ; la directive transparence 2004/109/CE, ou encore la transparence des procédures dans les marchés publics (D. n° 93-733, 23 mars 1993), ou encore l'exigence de transparence des rémunérations des dirigeants de sociétés cotées en bourse.

³ Par exemple l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative aux dispositions législatives du Code des relations entre le public et l'administration, suivie de l'ordonnance du 17 mars 2016 sur le même sujet, ou encore la loi 2015-912 de juillet 2015 relative au renseignement, et bien sûr toutes les lois pour lutter contre le terrorisme.

l'exercice du droit à la liberté d'expression et de communication, les droits des salariés à l'information, à la consultation et à la participation, ainsi que les lanceurs d'alertes et plus largement toute personne qui révèle une information visant à la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union Européenne ou le droit national ».

A cet égard, il faut insister sur le fait que si la loi a bien vocation à uniquement protéger les entreprises de pratiques concurrentielles déloyales par l'entremise d'une appropriation induite d'informations stratégiques d'une entreprise (peu importe le moyen), on comprend mal pourquoi les journalistes et les lanceurs d'alerte sont mentionnés dans cette loi, alors qu'il est évident que cela ne les concerne pas dès lors qu'il n'y a aucun rapport entre une acquisition frauduleuse d'informations pour nuire à une entreprise par un de ses concurrents, et une enquête journalistique ou un cri d'alerte par des personnes qui n'ont comme seul objectif que d'œuvrer à l'information du grand public au nom d'un intérêt général bien compris.

4) Alors, quelles lignes de conduite pour trancher entre ces contradictions ?

Quelques principes ou évidences peuvent être listés ici afin de guider la réflexion de chacun sur cette délicate question d'arbitrage entre les deux enjeux.

* Être toujours lucide sur le fait que le principe de transparence n'est pas toujours paré de toutes les vertus et qu'il serait donc un principe supérieur qui surclasse tous les autres, dans une sorte de hiérarchie morale comme on dirait une hiérarchie des normes.

* Même remarque pour le secret. Qui n'est pas forcément condamnable en soi. Dont on peut comprendre la légitimité, pour une entreprise comme pour l'exercice du métier de journaliste.

* Garder toujours à l'esprit que la définition de ce qui est légitime à être secret est historiquement situé et le résultat de rapports de force, (je vais y revenir en conclusion).

* Se souvenir que le Conseil d'État dans son avis du 15 mars 2018 sur la loi sur le secret des affaires pointe et répète que la notion reste floue, ne fait pas l'objet d'une définition claire, (« définition large et insuffisamment précise du secret des affaires ») et surtout qui pose la question de la cohérence avec d'autres notions ou d'autres usages dans d'autres textes législatifs (« Il conviendra en priorité d'harmoniser la définition du secret des affaires et de clarifier son articulation avec des notions voisines, telles que le secret industriel et commercial »). Gare donc aux définitions trop extensives de ce qui fait l'objet d'une protection légitime au nom du secret des affaires.

* Que chaque acteur soit conscient de sa responsabilité car comme toujours en droit, l'existence de principes concurrents, pas forcément conciliables, fait reposer sur les décisions de jurisprudence les arbitrages entre ces principes. Le moment est donc crucial et chaque acteur partie prenante doit être épris d'un grand sens des responsabilités.

Les avis liés au secret des affaires de la CADA : avis 20182177 de décembre 2018, avis 20183478 de mars 2019, avis 20183968 de février 2019, posent, pour certains, de gros

problèmes, et cela a d'ailleurs donné lieu à des recours de la part d'un collectif de rédactions, notamment à cause du refus de donner simplement accès à une liste d'implants médicaux ayant reçu une certification européenne. La décision d'autocensure de la CADA par rapport à ce qui pourrait apparaître éventuellement comme une atteinte au secret des affaires, prouve que les imprécisions de la loi ouvrent la porte à des interprétations restrictives qui entravent la liberté d'informer et d'accéder à des sources d'information auxquelles les journalistes pouvaient avoir accès jusqu'à présent.

→ On voit ici que si la loi protège à priori les journalistes de poursuites pour détenir et révéler des données redevables du secret des affaires, en revanche elle laisse des instances s'en prévaloir pour ne pas donner accès à des informations pourtant d'intérêt général évident.

* Ne pas être dupe du jeu des acteurs qui peuvent invoquer et valoriser un principe de droit au secret comme cache-sexe pour masquer des pratiques et des turpitudes coupables. Le droit au secret des affaires ne peut pas devenir le droit au secret de pratiques inavouables. Réciproquement, l'invocation du secret des sources ne peut pas devenir le moyen commode de s'exonérer de pratiques déontologiques, ce qui a pu hélas arriver lorsque des journalistes ont bidonné des reportages en inventant de fausses sources auteurs de témoignages fantaisistes dont ils ne révélaient pas l'identité, pas même, à leur hiérarchie. Le cas de Claas Relotius, reporter vedette pour *Der Spiegel*. Qui a été licencié en 2018 pour de multiples reportages bidonnés est un cas exemplaire des abus possibles dans ce sens.

Conclusion

Qu'il me soit permis pour terminer, de vous faire part de mon sentiment personnel.

La demande de législation sur le secret des affaires répond à une préoccupation très compréhensible des acteurs économiques qui ont pu constater avoir été indûment pillés de certaines données qui avaient de la valeur et qui étaient mal protégées. Mais, tel un cheval de Troie, par opportunisme, il me semble que des lobbies pro-business peuvent s'associer à la démarche car ils y trouvent un angle d'attaque très astucieux pour se protéger non pas de l'espionnage ou du pillage de données commerciales, mais de la remise en cause de leur réputation par des enquêtes et des révélations spectaculaires. Le secret des affaires tel qu'il est énoncé dans cette directive et dans sa loi de transposition en France, peut être fort mal utilisé. Il peut être invoqué en réponse à une lame de fond qui est celle de la défiance des populations vis-à-vis des grandes entreprises, voire de secteurs entiers d'activité, contre lesquels l'action conjuguée de lanceurs d'alerte et de rédactions ont mis au jour les pratiques douteuses tant sur la manière de faire de l'argent au détriment de l'intérêt général ou des consommateurs, que dans la façon de masquer leurs responsabilités en créant des écrans de fumée, en ayant recours à des « marchands de doute ».

Je ne peux à cet égard que recommander la lecture de deux ouvrages récents sur cette thématique : celui de Stéphane Morel, *Lobbytisme* (La Découverte, 2018), ou celui de Nathaniel Rich, *Perdre la Terre* (Seuil, 2019).

Ouvrages précieux pour comprendre la manière dont des secteurs industriels ou des entreprises ont appris à prendre en charge, avec l'aide indispensable de cabinets spécialisés,

les controverses scientifiques ou les révélations journalistiques sur leurs produits et leurs conséquences néfastes (pour la santé, pour l'environnement, etc.) en produisant de fausses controverses scientifiques, en finançant des contre-enquêtes, des contre-expertises (Cf. les *tobacco papers*, *glyphosate papers*, etc.) , qui n'ont d'autre but que d'essayer de brouiller les perceptions, en noyant d'un écran de fumée et de mensonges les données objectives, tout ça pour paralyser la prise de décision publique et se dédouaner de toute responsabilité. Pour les gens qui savent faire preuve d'un tel cynisme, nul doute que la création d'un secret des affaires opposable en droit peut devenir une ressource de plus dans leur arsenal pour éteindre la vérité, pour mettre sous l'éteignoir les efforts pour éclairer les citoyens sur des turpitudes coupables. Le professionnalisme de ses marchands de doute, l'importance des sommes engagées au profit de cette manufacture du doute, le volume vertigineux de cynisme pour conduire ces opérations d'enfumage (y compris en osant affirmer « vous voyez nous n'avons rien à cacher, la preuve nous finançons des études et les rendons publiques »)... font que la balance penche trop souvent du côté du secret des affairistes contre l'intérêt public.

Attention donc à ce que le secret des affaires ne soit pas l'ultime ruse des marchands de doute !

Attention aussi à ce que les avocats et les magistrats qui, subissant toutes les techniques d'influence possibles, ne penchent trop systématiquement du côté du secret des affaires. Car à chaque fois qu'un pot-aux-roses sera dévoilé, qu'un scandale sanitaire ou autre surviendra (et il y en aura hélas !), si en sus il se dégage l'impression tenace que le scandale a pu être caché grâce à des protections indues liées à l'invocation du secret des affaires, cela alimentera davantage le climat de défiance généralisée qui règne dans une bonne partie de l'opinion. Attention au risque d'ailleurs pour les avocats et les magistrats responsables de cet état de fait, de ne pas devenir, à leur tour, les cibles d'une vindicte systématique et haineuse.

Attention donc au risque du scandale du secret contaminé !

Arnaud Mercier
Université d'été du 6 septembre 2019, à Paris