

# La protection des secrets d'affaires menace-t-elle les lanceurs d'alerte ?

ANTOINE DELTOUR

Les débats autour de la directive européenne protégeant les secrets d'affaires n'ont trouvé une place dans l'espace médiatique français que tardivement. Le public n'a porté une réelle attention au texte que dans les dernières étapes de son adoption, notamment lors du passage du texte en plénière au Parlement européen en avril 2016, soit deux ans et demi après le dépôt de la proposition de directive par la Commission européenne et 6 ans après que le principal groupe de pression à l'œuvre, la *Trade Secrets & Innovation Coalition* (TSIC), ait formulé en toute discrétion ses premières demandes à la Commission européenne. Par un hasard de calendrier, c'est aussi au mois d'avril 2016 que s'est ouvert au Luxembourg le procès des lanceurs d'alertes, Raphaël Halet et moi-même, et du journaliste Édouard Perrin à l'origine du scandale Luxleaks, tous les trois poursuivis pénalement entre autres pour violation de secrets d'affaires. Cette conjonction de deux actualités a alimenté le débat : la directive prévoit-elle des exceptions suffisamment robustes pour les journalistes et les lanceurs d'alerte ? Faut-il mieux protéger les lanceurs d'alerte ? L'exemple des Luxleaks a en tout cas été largement instrumentalisé tant par les opposants que par les partisans de la directive, les uns affirmant que la protection des secrets d'affaires a alimenté les poursuites judiciaires, les autres rétorquant que ces poursuites auraient été impossibles avec les dispositions prévues par la directive. Dans cet article, nous allons développer la perception que peut avoir de ce débat un lanceur d'alerte qui a été directement confronté à la protection accordée aux secrets d'affaires.

## Les secrets d'affaires des Luxleaks

Pour analyser comment les Luxleaks éclairent la controverse sur la protection des secrets d'affaires, un bref retour factuel sur le scandale est nécessaire. Indigné par les pratiques fiscales dont j'ai été témoin en tant qu'auditeur chez PricewaterhouseCoopers (PwC) au Luxembourg, j'ai démissionné et copié des centaines d'accords fiscaux confidentiels en 2010.

Ces décisions fiscales anticipées, négociées par le cabinet d'audit pour le compte de multinationales clientes, étaient approuvées par l'administration fiscale. Simple validation d'une interprétation du droit fiscal, elles peuvent apporter une sécurité juridique au contribuable. Mais au Luxembourg, les rescrits fiscaux étaient accordés presque systématiquement sans moyen de contrôle suffisant et autorisaient des traitements fiscaux extrêmement favorables conduisant à une taxation effective proche de zéro.

J'ai transmis en 2011 ces informations à Édouard Perrin, journaliste pour Cash Investigation. Après un premier reportage en 2012, PwC a porté plainte, puis un autre lanceur d'alerte, Raphaël Halet, a transmis des informations complémentaires. Enfin le Consortium International de Journalisme d'Investigation (ICIJ) a publié une enquête mondiale et mis en ligne tous les documents en 2014.

## **Les poursuites pénales engagées suites au scandale**

Suite à la plainte du cabinet d'audit, j'ai été inculpé en 2014 – tout comme Raphaël Halet et Édouard Perrin dans les mois qui ont suivi – pour vol, violation du secret professionnel, violation de secrets d'affaires, blanchiment et accès frauduleux à un système d'information. Ces cinq délits étaient passibles de 10 ans de prison et de 1,25 millions d'euros d'amende. J'ai été condamné en juin 2016 à un an de prison avec sursis, peine ramenée à 6 mois en appel. La Cour de cassation de Luxembourg a finalement retenu les arguments de ma défense et un dernier procès en appel en 2018 a confirmé l'absence de condamnation pénale. Édouard Perrin avait été acquitté dès la première instance, acquittement confirmé en appel. La peine résiduelle de Raphaël Halet, une amende de 1 000 euros, a été confirmée en cassation mais fait l'objet d'un recours devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

C'est justement la jurisprudence de la CEDH qui m'a valu une issue favorable. Au nom de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui protège la liberté d'expression, la CEDH définit précisément le lanceur d'alerte. En particulier, l'arrêt « Guja » (2008) énonce les critères qui, s'ils sont respectés, empêchent tout État membre du Conseil de l'Europe de condamner un lanceur d'alerte. En l'occurrence, la justice luxembourgeoise a considéré que je remplis chacun de ces critères :

- je suis de bonne foi, c'est-à-dire désintéressé,
- les informations sont authentiques,
- les informations sont d'intérêt public,
- le préjudice causé par la divulgation des informations a été mis en balance et n'est pas disproportionné par rapport à leur intérêt public,
- aucun autre recours qu'une divulgation publique n'aurait été efficace.

En particulier, la justice a assez facilement admis que l'obtention de décisions fiscales anticipées faisaient partie intégrante du modèle d'affaires du cabinet d'audit, ce qui laisse penser qu'une alerte interne n'aurait pas produit d'effets, pas plus qu'une alerte auprès des autorités luxembourgeoise, puisqu'elles étaient également parties prenantes des accords fiscaux contestés.

## **La protection des secrets d'affaires empêche-t-elle les scandales d'émerger ?**

La société civile mobilisée contre la directive a parfois déclaré qu'avec la directive européenne, plusieurs scandales récents n'auraient pas pu voir le jour. En ce qui concerne l'exemple des Luxleaks, c'est faux, puisque l'alerte a été publiée alors même que les secrets d'affaires étaient déjà protégés par l'article 309 du code pénal luxembourgeois. Par contre, lancer une alerte lorsque les secrets d'affaires sont protégés revient à s'exposer à des poursuites, même si l'alerte est fondée. Dans l'exemple des Luxleaks, l'alerte était protégée par la jurisprudence de la CEDH. Et à l'avenir, d'autres alertes seront protégées par l'exception prévue dans la directive. En particulier, son article 5 prévoit que la divulgation de secrets d'affaires est permise « pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale, à condition que le défendeur ait agi dans le but de protéger l'intérêt public général ». Mais cela soulève la question de la charge de la preuve. Un lanceur d'alerte est un simple citoyen, souvent isolé, qui affronte un pouvoir institué ou des intérêts économiques bien plus puissants. À cet égard, de nombreux lanceurs d'alerte revendiquent non seulement de ne pas être condamnés, mais aussi de ne pas être poursuivis, car le processus judiciaire en lui-même est une peine. Même lorsque l'issue est favorable, un combat judiciaire requiert beaucoup de temps, d'énergie, induit une pression sociale, médiatique, psychologique, soumet au regard parfois désapprouvateur de

l'entourage et de l'employeur et requiert évidemment des moyens financiers. Ma défense a coûté plus de 80 000 euros, elle m'aurait été inaccessible sans la solidarité du public. En cela, la protection accordée aux secrets d'affaires est dissuasive lorsqu'elle est mobilisée à l'encontre de lanceurs d'alerte, même lorsqu'ils sont protégés. Il faut en plus souligner que ce n'est pas nécessairement le cas, puisque nombre d'alertes d'un très haut niveau d'intérêt public concernent autre chose que des « fautes, actes répréhensibles ou activités illégales », par exemple des pratiques dont on en a sous-estimé les méfaits, encore tout à fait légales mais qui ne devraient plus l'être.

## **Un équilibre de nature très politique**

Le caractère dissuasif du secret des affaires vis-à-vis de l'alerte découle de l'architecture même de la directive. Elle fait du secret la règle et de sa violation l'exception. Les lanceurs d'alerte doivent donc faire la preuve devant les tribunaux, avec le coût que l'on sait, que leur démarche est justifiée au regard de l'exception prévue par la directive. Ce choix relève d'un arbitrage politique entre transparence et secret, qui est à la croisée des chemins entre les exigences de notre système politique et de notre système économique.

D'une part, la transparence est nécessaire à la démocratie, y compris lorsqu'il s'agit d'activités économiques privées. Dans sa conception même, notre système sociopolitique prévoit que le peuple souverain détient un pouvoir politique qui a notamment pour fonction de fixer et de faire appliquer des règles du jeu économiques. La sphère politique est structurellement un contre-pouvoir à la liberté d'entreprendre. Or ce contre-pouvoir ne peut s'exercer qu'avec un niveau minimum d'information sur les activités économiques, à chacune des trois étapes où il se construit : lorsque les citoyens élisent des représentants, lorsque les élus décident de lois et règlements et lorsque les autorités en contrôlent la bonne application. Aucune de ces fonctions ne peut s'exercer sereinement si une opacité totale règne sur ce qui se passe à l'intérieur des entreprises. Pour revenir à l'exemple des rescrits fiscaux luxembourgeois, l'opinion n'en connaissait pas les dérives, pas plus que la plupart des décideurs politiques. Les autorités régulatrices étaient pour leur part entravées par l'excessive confidentialité entourant ces documents.

D'autre part, les acteurs économiques exigent la protection de leurs informations stratégiques, dans un contexte où la mise en œuvre de la protection de la propriété intellectuelle n'est effectivement pas toujours aisée. Mais même en s'en tenant au plan économique, cela soulève deux objections.

Premièrement, il faut souligner la contradiction de cet objectif, pourtant issu du monde de l'entreprise, avec les théories économiques dominantes. La loi du marché impose elle-même un certain degré de transparence pour lutter contre les asymétries d'information.

Deuxièmement, on peut soupçonner une certaine duplicité de la part des partisans du secret des affaires. Les exemples fournis lors de la rédaction de la directive relèvent tous de l'espionnage industriel. On souhaiterait uniquement empêcher qu'une entreprise ou une puissance étrangère s'approprie le savoir-faire de nos PME. D'ailleurs, soulignons que les groupes d'influence à l'œuvre tout au long du processus d'adoption (TSIC, Business Europe, CEFIC, IFRA...) représentent peu de PME mais plutôt des multinationales dont la puissance financière excède celle de certains États membres. Mais peu importe, l'objectif assumé par les promoteurs du texte est celui d'une concurrence saine au sein de laquelle la propriété intellectuelle est protégée. Il n'y a donc aucune raison apparente pour que la définition de secrets d'affaires soit si large et couvre, sauf exception, tous les usages qu'on peut en faire.

Une autre approche aurait été envisageable. Elle aurait consisté à interdire seulement

l'usage lucratif et concurrentiel de secrets d'affaires. Cela libérerait le journalisme d'investigation, favoriserait l'information des citoyens et la vitalité de la démocratie. Il faut rappeler que des secrets d'affaires peuvent concerner des enjeux de société de la plus haute importance : justice fiscale mais aussi risques industriels, sanitaires, environnementaux... Le seul inconvénient à ce service rendu à l'intérêt général serait que les informations révélées de manière désintéressée puissent être utilisées par des concurrents. On imagine tout à fait que les accords fiscaux luxembourgeois publiés par l'ICIJ aient fait l'objet d'une analyse minutieuse de la part de nombreux fiscalistes. Ce détournement collatéral de secrets d'affaires est, de mon point de vue, le prix à payer pour un système réellement démocratique.

### **Quelle protection accorder aux lanceurs d'alerte ?**

Entre transparence et opacité, la directive protégeant les secrets d'affaires déplace indiscutablement le curseur vers l'opacité, alors même que lanceurs d'alerte et journalistes disposent de moyens souvent dérisoires par rapport aux intérêts économiques qu'ils mettent en lumière. Le compromis politique qui a conduit à l'adoption de cette directive intégrait un engagement informel à restaurer plus tard l'équilibre, avec l'adoption d'une directive protégeant les lanceurs d'alerte. Cet engagement a été tenu et même porté plus haut que ne l'espéraient la plupart des observateurs. Le débat européen a parcouru un long chemin en peu de temps dans la perception qu'on peut avoir des lanceurs d'alerte.

La coalition d'ONG qui avait porté la mobilisation contre la directive protégeant les secrets d'affaires s'est montrée exemplaire et particulièrement efficace pour porter des revendications concrètes. La plupart de ses demandes ont été prises en compte, à tel point que la loi Sapin 2, dont la France se vantait beaucoup, se verra renforcée par la transposition de la directive. Sa principale lacune, l'obligation faite aux lanceurs d'alerte d'en référer d'abord en interne, a été comblée par la directive. En effet, le texte européen met sur un pied d'égalité les deux premiers paliers de l'alerte. Il laisse le choix au lanceur d'alerte de recourir en premier lieu à un canal interne ou de s'adresser directement aux autorités.

Mais la protection accordée aux lanceurs d'alerte, bien que largement renforcée, restera nécessairement incomplète. Par exemple, le champ de la directive est inévitablement limité aux domaines de compétence de l'Union Européenne. Des organisations de la société civile, telles que The Signals Network ou la Maison des Lanceurs d'Alerte, essaient de combler les lacunes du droit en menant des actions de plaidoyer et de soutien concret aux lanceurs d'alerte. Lorsque des outils juridiques tels que la protection des secrets d'affaires entravent l'action des lanceurs d'alerte, la solidarité s'organise autour de ces vigies de la démocratie.