

## SECRET DES SOURCES, SECRET DES AFFAIRES : CONFLIT ? HIERARCHIE ?

VINCENT CHARMOILLAUX

Pas de conflit entre le secret des sources et le secret des affaires, au sens juridique du terme : le secret des affaires sanctionne la divulgation de certaines informations, mais n'impose en aucun cas et d'aucune manière la révélation de la source du média qui a révélé l'information.

Surtout, il existe une hiérarchie très claire entre les deux :

- Secret des affaires : en France, apparition très récente, sur la base d'une directive européenne (16 juin 2015, transposée loi 30 juillet 2018), qui prévoit elle-même de nombreuses limites et dérogations. Ainsi, au terme du texte, le secret des affaires n'a rien d'absolu, et cède devant : la liberté d'expression, la révélation d'une activité illégale (si bonne foi + intérêt général) et la « protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national. »

Sur le plan pénal, on peut toujours imaginer des poursuites sur la base d'infractions classiques (vol, abus de confiance...), mais même là, elles se heurteraient vraisemblablement à un contrôle de proportionnalité entre la gravité de l'infraction et la protection de la liberté de la presse (sur le modèle de ce qui a été fait par Crim, 26/10/16, qui avait considéré qu'une condamnation pour escroquerie du journaliste « infiltré » au sein du Front National occasionnerait une atteinte disproportionnée aux droits protégés par la CEDH)

- A l'inverse, secret des sources bénéficie d'un haut niveau de protection par la CEDH (CEDH, 27/3/1996, « Goodwin c/ Royaume-Uni » dit « l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse »). Sur le plan interne, c'est certes plus imparfait : la loi protège (Art 2 L 1881 : « Il ne peut être porté directement ou indirectement atteinte au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi. Cette atteinte ne peut en aucun cas consister en une obligation pour le journaliste de révéler ses sources. »), mais le CC ne consacre pas expressément le secret des sources et a même censuré (CC, 10/11/2016) une rédaction de l'article 2 de la loi de 1881 qui aurait donné aux journalistes une immunité totale pour la détention d'information couverte par un secret si la révélation de leur contenu répondait à un but légitime.

Par ailleurs, vu du magistrat pénaliste que je suis, la hiérarchie est claire entre les deux secrets : le secret des sources est une limite effective l'action des autorités judiciaires en termes d'investigations et de poursuites. A l'inverse, l'invocation du secret des affaires pour s'opposer à des investigations judiciaires ou contester leur validité n'aura aucun effet.

Ainsi, on a à faire à deux principes qui n'entrent pas directement en contradiction, et dont les niveaux de protection sont très clairement hiérarchisés. Est-ce à dire que cette université d'été, dont le thème articule ces deux notions, n'aurait aucun sens ? Certainement pas. Car les 2 principes sont travaillés par des tensions très similaires, qui vont dans les deux cas dans le sens du risque d'une entrave à la liberté de la presse.

La question n'est pas « pour ou contre le secret des affaires ? ». Le secret des affaires poursuit un intérêt réel, qui est la protection d'un potentiel économique face à des atteintes parfois peu

scrupuleuses, et il n'est pas illégitime en lui-même. Tant qu'il sait rester à sa place : celle prévue par les textes, d'un principe secondaire, qui doit s'incliner devant les libertés et droits fondamentaux.

Officiellement au moins, le secret des affaires est institué pour lutter contre l'espionnage industriel, pas contre la liberté de l'information. Il convient de le rappeler car il y a manifestement une ambiguïté, jusque dans le texte lui-même. En effet, l'espionnage industriel vise en principe à s'approprier frauduleusement une information exclusive pour en tirer un bénéfice économique. Cette logique d'appropriation et d'exclusivité suppose alors que l'« espion » protège lui-même l'information frauduleusement acquise, sauf à ce qu'elle perde toute sa valeur, ce qui exclut par principe toute diffusion large à une public indiscriminé, par exemple dans la presse. Dès lors, il était parfaitement possible d'atteindre l'objectif déclaré du texte en prévoyant une immunité de principe pour la diffusion d'informations par voie de presse. Le fait qu'une telle garantie n'ait pas été prévue montre bien que le risque d'une utilisation du secret des affaires contre le liberté de la presse est, sinon recherché, au moins assumé. De fait, sauf à ce qu'il existe un contentieux caché massif en matière d'espionnage industriel, force est de constater que dans ses prémices, la notion semble être davantage utilisée pour essayer d'imposer le silence des médias sur certaines turpitudes que pour protéger des innovations technologiques et des savoirs-faire contre des concurrents peu scrupuleux.

Certes, on pourra dire que d'un point de vue formel, le régime juridique du secret des affaires et le régime juridique de la protection des sources des journalistes apparaissent équilibrés et présentent toutes les garanties nécessaires pour éviter les abus. C'est assez vrai si on s'en tient à la lettre du texte : l'article 2 de la loi de 1881 pose un principe clair en matière de secret des sources, et l'article L151-8 du code de commerce issu de la loi du 30 juillet 2018 liste de manière assez large (quoique floue) les intérêts légitimes devant lesquels le secret des affaires doit céder. Si bien que je suis raisonnablement convaincu qu'il a peu de chance que la loi sur le secret des affaires donne lieu à condamnation effective de médias ou de lanceurs d'alerte, ou qu'une condamnation effective soit prononcée sur la base d'investigations violant le secret des sources... sous réserve que les personnes concernées supportent la charge de procédures judiciaires longues et très coûteuses et de l'exercice potentiel de voies de recours jusqu'au plus haut niveau.

Et c'est bien à ce niveau que se situe le problème. Pour la liberté d'expression, l'atteinte ne résulte pas tant du résultat final de la procédure, que de la procédure elle-même, et des coûts et entraves qu'elle représente. C'est le principe de la « procédure bâillon », procédure parfois sciemment vouée à l'échec, mais initiée par un acteur qui sait que le temps et/ou l'asymétrie de moyens financiers jouent à son avantage, pour affaiblir l'auteur de la révélation, le contraindre au silence, ou le dissuader (ainsi que les tiers) d'effectuer de futures révélations.

C'est une pratique qui nous désoriente au premier abord. En tant que juristes, nous sommes tentés de raisonner à partir du résultat de la procédure judiciaire pour celui qui s'est effectivement défendu. Une victoire devant la Cour de cassation, voire la CEDH, c'est bien. Mais qui aura vraiment gagné, lorsqu'un média, une ONG ou un lanceur d'alerte devra supporter des années de procédure judiciaire – et les coûts qui vont avec – pour faire reconnaître que l'information révélée sur les turpitudes de telle grande entreprise pouvait légitimement l'être ? Et quid de ceux qui n'auront pas l'énergie ou les moyens pour se défendre efficacement ? Et de ceux qui, vu les risques, renonceront tout simplement à leur enquête ?

Et c'est bien là le problème du régime du secret des affaires et de la protection du secret des sources. D'un point de vue formel, ils garantissent assez raisonnablement que la liberté d'expression et la liberté de la presse triompheront à la fin, pour peu qu'on y mette l'énergie et les moyens nécessaires. Mais par l'insuffisance des garanties offertes, ils ouvrent la porte à des procédures qui, bien que vouées à l'échec sur le fond, constituent des entraves fortes à l'exercice effectif de la liberté

d'expression et de la liberté de la presse.

- La loi sur le secret des affaires prévoit de nombreuses dérogations et protections. Mais rien n'empêche une multinationale d'imposer à une ONG, à un lanceur d'alerte ou à une entreprise de presse une procédure extrêmement longue, coûteuse et dissuasive, même si vouée à l'échec. Avec d'autres organisations, le Syndicat de la magistrature avait proposé lors des débats sur la loi, de prévoir expressément de lourdes sanctions en cas de procédures abusives. C'est en fait le choix inverse qui a été fait, avec un article L152-8 du code de commerce prévoyant une amende civile plafonnée à 60 000 euros, soit un montant absolument dérisoire au regard de ce qu'une grande entreprise serait prête à exposer pour éviter la révélation d'informations nuisibles à son image.

- La loi de 1881 et la jurisprudence de la CEDH protègent le secret des sources et la liberté de la presse, rendant très improbable une condamnation pour recel (de violation d'un secret professionnel, de documents obtenus frauduleusement...) d'un journaliste ayant agi de bonne foi pour révéler au public une information d'intérêt général. Mais rien n'empêche une plainte pour recel, qu'on sait vouée à l'échec, mais qui pourra donner lieu à des investigations pouvant révéler « incidemment » une source avec des conséquences extra-judiciaires pour celle-ci, et/ou avoir un effet dissuasif. Il serait certainement utile de prévoir expressément l'impossibilité de poursuivre un journaliste pour la détention d'informations ou de documents dont la révélation au public répondrait à un impératif d'intérêt public. Une tentative en ce sens avait été faite dans la loi Bloche, mais beaucoup trop générale et absolue et pas très bien rédigée, elle avait été censurée par le Conseil constitutionnel (décision n° 2016-738 DC du 10 novembre 2016).

Il est important d'être conscient qu'il ne suffit pas que la loi garantisse une victoire in fine des libertés, si elle laisse la place à des procédures abusives ou vouées à l'échec qui entravent l'exercice effectif de ces libertés.