

2016/09/27 – Grégory Cassan – Article RSE – Directive Secret d'affaires

Le 29 juin dernier, le tribunal correctionnel de Luxembourg a condamné à 12 mois de prison avec sursis et 1 500 € d'amende Antoine Deltour, ancien auditeur de PriceWaterhouseCoopers, lanceur d'alerte dans le désormais célèbre dossier LuxLeaks qui a révélé l'existence d'accords fiscaux secrets passés entre le Luxembourg et plusieurs multinationales.

Cette condamnation a déclenché à travers le continent européen de vives réactions d'ONGs comme Transparency international qui réclament une meilleure protection des lanceurs d'alerte pour leur rôle joué dans la lutte contre la corruption. Il convient toutefois de rappeler que cette même décision a acquitté le journaliste Édouard Perrin, poursuivi pour avoir diffusé ces révélations dans l'émission Cash Investigation sur France 2 et reconnu que les mis en examen ont agi dans l'intérêt général et contre des pratiques d'optimisation fiscale douteuses.

Cette décision de la justice luxembourgeoise qui fait l'objet d'un appel résume à elle seule les intenses débats en cours. La violation du secret d'affaires, considéré comme un actif immatériel déterminant pour la compétitivité des entreprises d'un côté. La nécessité de permettre la révélation d'informations en mesure de sauvegarder des causes d'intérêt général de l'autre...

Elle s'inscrit dans un environnement normatif très riche marqué par l'adoption de la directive (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur le secret d'affaires et la directive 2015/95/UE du 22 octobre 2014 sur la transparence ESG qui fait déjà peser, sur une catégorie d'organisations de plus de 500 salariés, une obligation de communiquer des informations utiles et pertinentes pour présenter un image fidèle de leurs performances sociales, environnementales et de gouvernance.

Censée pallier d'importantes différences entre les législations nationales notamment au regard des exigences de restitution de documents et de la prise en considération de la nature immatérielle des secrets dans le calcul des dommages et intérêts, la directive sur le secret d'affaires cherche avant tout à garantir une cohérence dans le marché intérieur. Cohérence qui nécessite l'adoption d'une définition partagée de la notion de secret d'affaires et du lanceur d'alerte.

L'information doit être secrète, avoir une valeur commerciale et être dotée de dispositions raisonnables. Telles sont les caractéristiques retenues par la directive pour définir une information relevant du secret d'affaires. Définition qui, au passage, reprend essentiellement les termes de l'accord ADPIC sur la propriété intellectuelle déjà adopté par la plupart des Etats européens dans le cadre de l'OMC.

Les dérogations au principe du secret d'affaires relèvent précisément de la protection des lanceurs d'alertes. Sur ce plan la directive précise des dérogations au caractère illicite d'une obtention, d'une utilisation ou d'une divulgation d'un secret d'affaire, qui n'augurent pas une baisse des vocations...

D'une part, la démarche des lanceurs d'alerte sera considérée comme légitime dans quatre hypothèses ; pour exercer le droit à la liberté d'expression et d'information, pour révéler une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale. D'autre part les lanceurs d'alerte devront avoir agi dans le but de protéger l'intérêt public général et aux fins de la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union ou le droit national. Alors que le préambule précise que la directive ne devra pas entraver les activités des lanceurs d'alertes, ni même empêcher les autorités judiciaires compétentes d'autoriser des dérogations, ces dernières ont donc un rôle clé pour dresser les contours des notions d'intérêt public général et d'intérêt légitime.

Ainsi, la condamnation du lanceur d'alerte dans le dossier LuxLeaks ne doit pas masquer la reconnaissance par la justice luxembourgeoise que les mis en examen ont agi dans l'intérêt général. De même, la violation des droits de l'homme dans une chaîne d'approvisionnement devrait raisonnablement être considérée comme une information d'intérêt général à l'instar de révélations sur des mécanismes d'optimisation fiscale douteuse. Alors que la transposition de la directive dite Barnier sur l'information non-financière se profile, le secret d'affaires n'apportera qu'une protection relative aux entreprises souhaitant limiter l'accès à l'information.