

Paris, le 10 avril 2018

---

**Avis du Défenseur des droits n°18-11**

---

**Le Défenseur des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution de 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Sur la proposition de loi n° 675 du 19 février 2018 portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, votée en première lecture par l'Assemblée nationale le 28 mars 2018,

Émet l'avis ci-joint.

Le Défenseur des droits,

Jacques Toubon

La proposition de loi n° 675 du 19 février 2018 portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (ci-après la proposition de loi) a été votée en première lecture à l'Assemblée nationale le 28 mars 2018.

L'article 1<sup>er</sup>, qui crée l'article L 151-1 du code de commerce, définit le secret des affaires à partir des trois critères issus de la directive. L'information à protéger doit ainsi :

- être connue par un nombre restreint de personnes,
- avoir une valeur commerciale en raison de son caractère secret,
- faire l'objet de mesures de protection.

Elle fixe les conditions dans lesquelles la protection de ces informations est accordée en distinguant les détenteurs légitimes, les atteintes illicites susceptibles d'engager la responsabilité civile de leur auteur.

La proposition de loi précise également un régime de dérogation à la protection de ce secret pour garantir le respect des droits fondamentaux, au nombre desquels figure le droit d'alerte. Dans ce contexte, la personne qui déroge à ce secret est assimilée à un lanceur d'alerte en ce qu'il a l'autorisation de divulguer publiquement les informations protégées par le secret.

La loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 a confié au Défenseur des droits la mission d'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, et de veiller aux droits et libertés de cette personne quel que soit le régime dont elle relève.

Parallèlement, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a créé en son chapitre II un régime de protection des lanceurs d'alerte. Ce texte avait, notamment, pour objectif d'harmoniser les différents dispositifs d'alerte existants.

Or, malgré cette volonté, la loi du 9 décembre 2016 a laissé subsister de nombreux autres régimes de lanceurs d'alerte. C'est pourquoi le Défenseur des droits a attiré à plusieurs reprises l'attention du Gouvernement sur la nécessité de faire évoluer cette législation dans le sens d'une mise en cohérence et d'une clarification des différents régimes juridiques applicables aux lanceurs d'alerte.

Or, la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale crée de fait un nouveau régime de lanceurs d'alerte au bénéfice des personnes ayant l'autorisation de déroger au secret des affaires. La coordination de ce nouveau régime avec le régime de la loi Sapin II convient d'être précisé.

Comme le relève le Conseil d'Etat dans son avis du 15 mars 2018 au point 12 « (...) la proposition de loi ne comporte pas, à ce stade, de mesures de coordination avec le droit positif (...) ».

Ces dérogations prévoient, en effet, comme l'impose la directive, des conditions et des conséquences différentes de celles posées par la loi du 9 décembre 2016 qui a créé le régime général des lanceurs d'alerte. De ce fait, une personne qui ne respecterait pas le secret des affaires sans suivre la procédure prévue par la loi Sapin II se retrouverait dans la situation d'un lanceur d'alerte à moindre protection.

En effet, les différences de modalités entre les deux régimes sont susceptibles de limiter la portée de la protection des lanceurs d'alerte divulguant une information portant sur le secret des affaires à la seule protection instituée par cette proposition de loi consistant à ne pas voir sa responsabilité civile engagée. Il est donc nécessaire, dès lors que la directive rend impossible l'intégration au régime général, d'harmoniser vers le haut la protection dont ces lanceurs d'alerte pourront bénéficier.

## 1. Des dérogations au secret des affaires soumises à des conditions et modalités très larges

La proposition de loi votée en première lecture crée à l'article 1<sup>er</sup>, un article L. 151-6 du code du commerce qui prévoit que :

*« le secret des affaires n'est pas protégé lorsque (...)*

*l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est intervenue (...) :*

*2° Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible, y compris lors de l'exercice du droit d'alerte tel que défini par l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;*

*3° Pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de L'Union ou le droit national, notamment pour empêcher ou faire cesser toute menace ou atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique, à la santé publique et à l'environnement (...).*

Ces deux possibilités de dérogation au secret des affaires, la première en cas d'activité illégale, de faute ou d'actes répréhensibles, la seconde dans un souci de protection d'un intérêt légitime, supérieur au respect du secret des affaires, créent de fait deux nouvelles possibilités de lancer une alerte, assorties de conditions spécifiques, au-delà des situations visées par la loi du 9 décembre 2016.

**S'agissant de la première dérogation à la protection du secret des affaires**, dans son rapport du 19 mars 2018 à la commission des lois de l'Assemblée nationale, Raphaël Gauvain précise p 13 que :

*« L'objet de la divulgation est plus restrictif en droit interne que dans la directive : la révélation doit [selon l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016] concerner un crime ou délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général. Renvoyer à la définition du lanceur d'alerte prévue par la loi du 9 décembre 2016 n'aurait pas permis de transposer entièrement la directive car la mesure prévue au b de l'article 5 [de la directive] s'applique plus largement à toute personne qui révèle « une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale dans un but d'intérêt général ».*

Il s'ensuit que la définition de la dérogation au secret des affaires est plus large que la définition de l'alerte prévue à l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016.

Or, les exigences posées par la directive 2016/943 du 8 juin 2016 ne permettent pas de soumettre le droit de déroger au secret des affaires aux conditions restrictives posées par le régime de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016.

En conséquence, les conditions posées par la loi du 9 décembre 2016 tenant notamment aux qualités de l'auteur du signalement (désintéressement, connaissance personnelles des faits dénoncés, personne physique) ne seraient pas opposables au lanceur d'alerte dans le cadre du régime proposé par la proposition de loi.

En effet, lorsque le secret des affaires est levé pour divulguer *« dans le but de protéger l'intérêt général (...), une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible »*, seule la bonne foi de la personne semble requise dans ce projet de texte.

**S'agissant de la deuxième dérogation à la protection du secret des affaires**, dès lors que cet intérêt supérieur au respect du secret des affaires doit être protégé, aucune autre condition n'est requise pour autoriser la divulgation du secret. Il suffirait donc d'établir

l'existence d'un motif ayant notamment pour objectif d'empêcher ou faire cesser toute menace ou atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique, à la santé publique et à l'environnement.

Cependant, la procédure dont relève le lanceur d'alerte, n'est, dans les deux cas, plus soumise aux modalités de la loi du 9 décembre 2016. La possibilité de rendre directement publiques les informations détenues est largement ouverte et laisse à la seule appréciation du lanceur d'alerte le mode opératoire qu'il entend observer, qui peut consister notamment à « l'utilisation » ou « la divulgation » du secret.

Dans le régime institué par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, le lanceur d'alerte qui est dans une relation professionnelle directe ou indirecte n'est autorisé à s'exempter de la procédure de signalement graduée en trois phases énoncée à l'article 8<sup>1</sup>, c'est-à-dire à rendre directement publiques les informations détenues, « *qu'en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles* ».

Dès lors que la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 pose des conditions plus strictes pour bénéficier du régime de protection des lanceurs d'alerte que celles prévues dans la proposition de loi, elle limite la protection qui pourrait être accordée aux personnes qui révèlent une information protégée par le secret des affaires sans se soumettre aux conditions posées par la loi du 9 décembre 2016.

Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 9 décembre 2016, et plus particulièrement du rapport du 22 juin 2016 de François Pillet à la commission des lois du Sénat, que :

*« Inspiré par la recommandation du 30 avril 2014 du conseil des ministres de l'Europe selon laquelle « le fait que le lanceur d'alerte ait révélé des informations au public sans avoir recours au système de signalement interne mis en place par l'employeur peut être pris en considération lorsqu'il s'agit de décider (...) du niveau de protection à accorder au lanceur d'alerte » » votre rapporteur a estimé*

---

<sup>1</sup> « I. - Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci.

En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels.

En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.

II. - En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public. »

*nécessaire de déduire du non-respect de la procédure de signalement l'absence de bonne foi d'une personne signalant un fait dommageable à l'intérêt général »*

Or, le régime de protection des lanceurs d'alerte issu de la loi du 9 décembre 2016 est supérieur à celui offert par la présente proposition de loi.

## 2. Limitation de la protection accordée aux lanceurs d'alerte dérogeant au secret des affaires

La proposition de loi entend protéger les personnes qui ont révélé un secret contre les mesures, procédures et réparations civiles prévues en cas d'atteintes illicites au secret des affaires (cf. chapitre II de la proposition de loi).

Dans l'exposé des motifs de cette proposition de loi (cf. p 4), il est indiqué que la directive 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées :

*« Invite également les Etats 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 l'exercice du droit à la liberté d'expression (...) ainsi que les lanceurs d'alerte et plus largement toute personne qui révèle une information visant à la protection d'un intérêt légitime reconnu le droit de l'Union Européenne ou le droit national ».*

Il résulte de l'interprétation que le législateur a donné à la loi du 9 décembre 2016 (cf. rapport en première lecture du 9 décembre 2016 précité) que les lanceurs d'alerte ayant rompu le secret des affaires qui ne s'inscriraient pas dans le régime général de protection des lanceurs d'alerte, pourraient de ce fait ne bénéficier que d'une protection partielle, qui serait définie par la proposition de loi.

Or, outre l'interdiction d'engager la responsabilité civile du lanceur d'alerte, la seule mesure contre les représailles protégeant le lanceur d'alerte prévue par la proposition de loi est de sanctionner d'une amende civile, à l'article L 152- 6 du code de commerce, celui qui invoque de manière dilatoire ou abusive le secret des affaires à l'encontre du lanceur d'alerte.

Aucune protection n'est prévue en matière pénale à son bénéfice, à la différence de la loi du 9 décembre 2016 qui institue un régime d'irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte à l'article 122-9 du code pénal:

*« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la*

*sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. »*

De plus, dans un autre domaine, l'article L 1132-3-3 du code du travail issu de la loi du 9 décembre 2016 qui interdit les représailles professionnelles dans le secteur privé prévoit :

*« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. »*

Ainsi pour bénéficier de la protection contre l'irresponsabilité pénale et le licenciement, la personne devra répondre à la définition du lanceur d'alerte énoncée à l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016, définition plus restrictive que celle énoncée dans le cadre de la proposition de loi, et aura respecté les conditions qu'elle impose.

### 3. Proposition du Défenseur des droits pour assurer une cohérence dans la protection des lanceurs d'alerte entre le régime général prévu par la loi du 9 décembre 2016 et le régime spécial institué par la proposition de loi

Pour ne pas laisser à la seule appréciation du juge <sup>2</sup>, le soin d'éventuellement étendre, au cas par cas, la protection du statut général des lanceurs d'alerte telle qu'elle résulte du

---

<sup>2</sup> Cass. Soc, 30 juin 2016, n° 15-10557 : « Vu l'article 10 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

*Attendu qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité ; »*

chapitre II de la loi du 9 décembre 2016, le Défenseur des droits estime qu'un article de coordination doit être inséré dans la proposition de loi.

Cet article aurait pour objet d'assurer un niveau de protection comparable aux lanceurs d'alerte relevant du régime spécial institué par la proposition de loi dans le domaine du secret des affaires qu'aux lanceurs d'alerte relevant du régime général issu de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

Tel serait par exemple le cas d'une personne qui aurait divulgué directement au public une information couverte par le secret des affaires mais qui ne pourrait être analysée comme visant une situation susceptible d'entraîner un « *danger grave et imminent [...] un risque de dommages irréversibles* » (cf. article 8 précité).

Pour ce faire, le régime précisé dans la proposition de loi devrait étendre la protection du lanceur d'alerte à l'irresponsabilité pénale prévue à l'article 122-9 du code pénal et aux protections prévues aux articles 10, 11, 12, et 15 de la loi du 9 décembre 2016.

De plus, la loi devrait coordonner la sanction de dénonciation abusive prévue au projet de loi créant l'article L 152- 6 du code de commerce, à celle prévue à l'article 13 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la sanction pénale de la plainte abusive pour dénonciation calomnieuse ou pour diffamation.

L'introduction de telles dispositions n'aura pas pour conséquence de modifier l'économie du régime issu de la proposition de loi mais seulement de combler une lacune en répondant, au demeurant, aux préconisations de la directive 2016/943 du 8 juin 2016 telles que précédemment exposées concernant le maintien de la protection des lanceurs d'alerte.

Elle offrirait ainsi sans ambiguïté possible un niveau de protection comparable aux nouveaux lanceurs d'alerte créés par la présente proposition de loi tout en respectant les conditions de transposition de la directive.