

**COLLOQUE COUR D'APPEL DE PARIS - 22 septembre 2016**

**LE JUGE ET L'ENTREPRISE**

**TABLE RONDE : FACILITER L'ACCES AUX PREUVES**

Le secret des affaires doit être replacé dans le contexte qui est nécessairement le sien, à savoir **l'intelligence économique**. Ainsi que l'écrivait en 2008 Alain JUILLET, alors Haut responsable à l'intelligence économique, « *protéger les entreprises françaises vulnérables face aux attaques déloyales de prédateurs économiques et financiers, constitue un impératif de défense des intérêts de la nation et une préoccupation permanente des pouvoirs publics. Pour réaliser cet objectif, il convient de contribuer à restaurer l'équité, - sinon une certaine moralité -, dans les pratiques commerciales en vigueur, gage d'une expansion optimale des échanges économiques, dans le cadre d'un nouveau climat de confiance juridique sécurisé.*

*La recherche d'une meilleure protection du secret des affaires de l'entreprise s'inscrit dans cette stratégie de politique publique et y tient une place centrale, par la mise en œuvre de mesures conservatoires liées à l'intelligence économique ».*

Si l'intelligence économique (rapport MARTRE - 1994) se définit comme « *L'ensemble coordonné des actions de recherche, de traitement, de distribution et d'exploitation de l'information utile, par les acteurs économiques. Toutes ces actions sont menées **légalement** dans les meilleures conditions de qualité, de délai et de coût. L'entreprise doit mettre au service de cette capacité nouvelle tous les moyens dont elle dispose pour saisir des opportunités ou détecter des menaces* », d'autres auteurs (Bernard BESSON et Jean-Claude POSSIN) ont introduit en 2004 dans cette définition les notions **d'éthique et de déontologie**.

Les systèmes d'intelligence économique doivent utiliser des informations primaires (technologiques, financières, scientifiques, juridiques, etc.) accessibles à tous et obtenues en toute légalité dans des sources ouvertes afin de permettre aux entreprises d'être dans une concurrence loyale. Cette vision panoramique des réalités doit faire acquérir à l'entreprise les savoirs et le savoir-faire indispensables à son essor économique.

Cette action d'intelligence économique, respectueuse de ces règles, peut être mise en œuvre par tous les partenaires et plus particulièrement par les chefs d'entreprise et les cabinets d'intelligence économique (souvent utilisés par les entreprises pour obtenir des renseignements).

Mais dans une époque où d'aucuns dénoncent la « dictature de la transparence »<sup>1</sup>, il n'est pas contestable que l'entreprise doit protéger son patrimoine, son savoir-faire, ses secrets (de fabrication....). Il est donc indispensable de protéger les intérêts privés de l'entreprise. Il y va également de la protection de l'intérêt général économique.

---

<sup>1</sup> « Vers une dictature de la transparence : secret et démocratie » par Frederick Lemarchand, maître de conférences en sociologie à l'université de Caen, , Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale, », Éthique publique, vol. 16, n° 1 | 2014, <http://ethiquepublique.revues.org/1382>

Si la captation des secrets des entreprises doit avant tout être légale (publication des comptes au greffe du tribunal de commerce par exemple), il y a plusieurs façons déviantes de les capter : la corruption mais aussi la captation financière dévoyée (prises de participation - fonds d'investissement), et ... la **captation judiciaire** lorsque celle-ci consiste dans le fait d'instrumentaliser la procédure et le juge.

C'est elle qui retiendra plus particulièrement l'attention ici. En effet, outre divers événements qui peuvent favoriser la fuite des secrets d'une entreprise (publicité des audiences - perquisitions, par exemple de disques durs et de messageries, notamment dans le cadre d'affaires relatives au droit de la concurrence...), les impératifs du caractère contradictoire du procès permettent d'avoir accès au dossier ou à certaines informations.

**Il convient dès lors de rechercher les procédures aptes à protéger les secrets des entreprises, tout en respectant les principes fondamentaux de la procédure, qu'elle soit civile ou pénale.**

**I) Le secret des affaires n'existe pas (encore) juridiquement mais il est couramment utilisé.**

Force est de constater que « **le secret des affaires n'existe pas !** », qu'« **il n'en existe aucune définition juridique** » et que « **c'est finalement une notion purement littéraire** », tout au moins encore car avec l'adoption le 14 avril 2016 de la directive européenne « *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites* », les choses devraient changer à l'avenir.

Et pourtant, c'est une notion à laquelle il est fait constamment référence :

#### **A) dans les textes**

Depuis 1990, il est fait référence au secret des affaires dans 306 textes (14 lois - 8 ordonnances - 57 décrets - 227 arrêtés).

Dans les textes les plus récents, on lit par exemple à l'article 14 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, que si le secret des affaires ne peut être opposé au médiateur de la musique, celui-ci ne peut rendre publique une décision de conciliation ou une recommandation, que sous réserve des informations couvertes par ledit secret.

Le décret n° 2016-1026 du 26 juillet 2016 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016 relative au commissariat aux comptes, prévoit à l'article 80 qui réforme l'article R.823-18 du code de commerce que « *la commission [régionale de discipline saisie pour statuer sur un désaccord relatif à la rémunération du commissaire aux comptes] peut décider que les débats ne seront pas publics si les parties en font expressément la demande ou s'il doit résulter de la publicité une atteinte à l'ordre public, à un secret protégé par la loi ou au secret des affaires.* »

#### **B) dans la jurisprudence**

##### **- de la Cour de cassation**

On retrouve une référence au secret des affaires dans la jurisprudence de toutes les chambres de la Cour de cassation.

On retiendra plus particulièrement celle de la **deuxième chambre chargée de statuer sur les litiges relatifs aux actions « in futurum » en application de l'article 145 du code de**

**procédure civile** aux termes duquel « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé* ».

Il s'agit donc de se procurer des éléments de preuve dans la perspective d'un procès qui pourrait n'avoir jamais lieu si le demandeur estime que les éléments obtenus ne lui permettent pas d'engager celui-ci. Mais les éléments auront été obtenus... Le juge peut donc se faire involontairement le vecteur d'une opération d'espionnage que l'on pourrait qualifier de « judiciaire », voire de déstabilisation. Cela appelle donc à une vigilance particulière de sa part, d'où le recours à la notion de secret des affaires.

Le juge doit donc s'assurer :

- que la demande est fondée ;
- que l'intention d'engager ultérieurement un procès est véritable ;
- que les documents recherchés sont des moyens de preuve effectifs ;
- *que, conformément à l'article 145 susvisé du NCPC, le motif de la demande est légitime.*

Dans un arrêt déjà ancien du 7 janvier 1999 (Bulletin 1999, II, n° 3, p. 2), la chambre a précisé que **le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application de l'article 145**, ce qui marque une régression par rapport à sa jurisprudence antérieure (cf. 14 mars 1984 - Bulletin 1984, II, n° 49 : « *l'expertise sollicitée mettrait inmanquablement la société MB en possession des secrets de fabrication de la partie adverse* »).

Quant à la **chambre commerciale**, elle se réfère également au secret des affaires, essentiellement pour rappeler que **les pièces produites doivent être soumises au débat contradictoire**. On en trouve un exemple dans un arrêt rendu le 9 juillet 1996 (Bulletin 1996, IV, n° 214, p. 186) concernant la Direction de la concurrence et de la consommation, aux termes duquel, selon un attendu de principe souvent repris « ***si l'administration peut être fondée à garantir l'anonymat de certaines personnes entendues et doit respecter le secret des affaires, dès lors qu'elle produit des pièces pour justifier de présomptions de pratiques anticoncurrentielles au soutien d'une demande d'autorisation de visite et saisie, l'ordonnance qui l'accorde en visant et analysant lesdites pièces ne peut les soustraire à l'examen contradictoire des parties nécessaire à l'exercice du recours qu'elles sont en droit d'introduire contre ladite ordonnance*** ».

Dans un autre arrêt plus récent du 19 janvier 2016 (Affaires n° 14-21.670 et 14-21.671 – en cours de publication), il est vrai concernant la procédure spécifique dont bénéficie l'Autorité de la concurrence, la même chambre a décidé « **que le droit des parties de prendre connaissance des pièces remises à l'Autorité n'est pas un droit absolu et illimité et doit être mis en balance avec le droit des entreprises à la protection du secret de leurs affaires ; que ni le droit à un recours effectif ni le principe de la contradiction n'impliquent que la partie saisissante, qui n'a pas de droits de la défense à préserver dans le cadre de la procédure ouverte par l'Autorité sur sa saisine, laquelle en outre n'a pas pour objet la défense de ses intérêts privés, puisse obtenir la communication de documents couverts par le secret des affaires concernant la personne qu'elle a mise en cause, ni qu'elle puisse contester la décision de protection du secret des affaires prise à ce titre ; qu'ayant rappelé qu'il résulte des dispositions des articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce qu'indépendamment de la faculté pour le rapporteur de demander le déclassement de pièces faisant l'objet d'une protection au titre du secret des affaires, s'il considère que ces**

*pièces sont nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties ou que celles-ci doivent en prendre connaissance pour les besoins du débat devant l'Autorité, seule une partie mise en cause peut demander la communication ou la consultation de la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits ».*

Enfin, dans une décision récente du 25 février 2016 (n° 14-25.729, publié), la **première chambre civile** a cassé l'arrêt qui lui était déféré et décidé que **le secret professionnel des avocats ne s'étend pas aux documents détenus par l'adversaire de leur client, susceptibles de relever du secret des affaires**, dont le refus de communication constitue l'objet même du litige. Dès lors, viole l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971<sup>2</sup>, l'arrêt qui autorise l'avocat du demandeur à prendre connaissance des documents du défendeur, saisis et séquestrés, pour débattre équitablement de leur communication devant le juge des référés.

#### **- du Conseil d'État**

Celui-ci se réfère également au secret des affaires. On peut citer une décision rendue le 5 mars 2003<sup>3</sup> : « *Les dispositions de l'article 68 du code des **marchés publics**, relatives à l'appel d'offres sur performances, aux termes desquelles "la personne responsable du marché ne peut élaborer ou modifier le cahier des charges en combinant des éléments proposés par différents candidats sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier le cas échéant leur offre" ne sauraient avoir pour effet d'affranchir la personne responsable du marché du respect du secret des affaires, de la propriété intellectuelle et de l'égalité des candidats* ». C'est d'ailleurs essentiellement en matière de marchés publics que les juridictions administratives sont amenées à avoir recours à la problématique du secret des affaires.

Également, concernant le **Conseil (aujourd'hui Autorité) de la concurrence**, on peut citer une décision du 9 mai 2001<sup>4</sup> : « *Considérant, toutefois, qu'aucun des moyens ainsi formulés n'est de nature à créer un doute sérieux sur la légalité de la décision contestée dès lors notamment que l'autorité administrative se doit, de sa propre autorité d'occulter au stade de la publication de l'avis du Conseil de la concurrence toute mention qui porterait atteinte au secret des affaires ; que d'ailleurs, des mesures en ce sens sont évoquées par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie dans ses observations sur la requête* ».

#### **- des juridictions de l'Union européenne (Tribunal de première instance et Cour de Justice)**

Ces juridictions se réfèrent au secret des affaires au point d'avoir mis en application une procédure spécifique, procédure qui fait défaut aux juridictions françaises. Elles ont par ailleurs contribué à la définition du secret des affaires, concrétisée récemment pour schématiser par l'adoption de la directive européenne adoptée par le Parlement européen le 14 avril 2016.

## **II) La nécessité d'une procédure adaptée et d'une définition du secret des affaires**

### **A) Une procédure adaptée**

Cette procédure s'avère indispensable pour que le nécessaire respect des grands principes qui fondent la procédure judiciaire, qu'elle soit civile ou d'ailleurs pénale, soient respectés, à savoir le

---

<sup>2</sup> En vertu de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, seules sont couvertes par le secret professionnel les correspondances échangées entre l'avocat et son client ou entre l'avocat et ses confrères, les notes d'entretien et les pièces du dossier.

<sup>3</sup> Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres, Assemblée, 5 mars 2003, A, M. Denoix de Saint Marc, pdt., M. Chantepy, rapp. ; M. Piveteau, com. du gouv., 233372

<sup>4</sup> Conseil d'État, 9 mai 2001, n° 231320, Société Chef France SA

**principe du contradictoire, la préservation des droits de la défense, le droit à un procès équitable.** Parallèlement, cette procédure adaptée doit permettre au juge de ne pas se faire le complice involontaire de la violation du secret des affaires des parties au procès.

#### **- par les juridictions de l'Union européenne**

C'est dans ces conditions que le Tribunal de première instance de l'Union européenne a mis au point une procédure spécifique, désormais appelée le **test Hilti**, du nom de l'une des parties au procès concerné.

Elle trouve sa source dans l'article 116, paragraphe 2 du règlement de procédure, aux termes duquel : « *Si le président admet l'intervention, l'intervenant reçoit communication de tous les actes de procédure signifiés aux parties. Le président peut cependant, à la demande d'une partie, exclure de cette communication des pièces secrètes ou confidentielles* ». Cet article trouve lui-même sa source dans l'article 214<sup>5</sup> du traité instituant la Communauté européenne (traité CE) qui prévoit notamment pour les membres et les agents des institutions de la Communauté « **de ne pas divulguer les informations qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel et, notamment, les renseignements relatifs aux entreprises et concernant leurs relations commerciales ou les éléments de leur prix de revient** ». C'est dire le caractère supérieur de la norme qui par ailleurs donne également une ébauche de définition du secret des affaires. Celui-ci est d'ailleurs expressément visé dans les décisions du Tribunal de première instance. On peut citer à titre d'exemple l'arrêt du 17 décembre 1991<sup>6</sup> aux termes duquel (point 54) : « *la Commission a l'obligation de rendre accessible aux entreprises impliquées dans une procédure ... l'ensemble des documents à charge et à décharge qu'elle a recueillis au cours de l'enquête, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents de la Commission et d'autres informations confidentielles* ».

C'est dans une ordonnance du 4 avril 1990<sup>7</sup> que le Tribunal de première instance a défini la procédure à respecter dans le point 11, désormais appelé « test Hilti » : pour chaque pièce, le président doit examiner dans quelle mesure seront effectivement conciliés le souci légitime de la requérante d'éviter que ne soit portée une atteinte essentielle à ses intérêts commerciaux et le souci, tout aussi légitime, des parties intervenantes de disposer des informations nécessaires aux fins d'être pleinement en mesure de faire valoir leurs droits et d'exposer leur thèse devant le Tribunal. Après avoir examiné si la pièce est secrète ou confidentielle, il y aura lieu de rechercher si elle est utile, nécessaire ou indispensable<sup>8</sup> à la compréhension du litige. La procédure a été complétée dans une ordonnance du 3 juin 1997<sup>9</sup> relative au traitement confidentiel de pièces concernant un tiers au litige, le Tribunal n'étant pas lié par l'accord de confidentialité passé par la partie au litige et ce dernier.

#### **- sur le territoire national**

Si le pouvoir réglementaire n'a pas cru devoir s'inspirer de cette procédure européenne pour compléter le code de procédure civile, celle-ci n'est cependant pas complètement ignorée sur le territoire national.

Il convient tout d'abord de saluer les initiatives prises par les juridictions consulaires, en particulier par le **Tribunal de commerce de PARIS**. Dans une dépêche du 19 février 2009, le Président de cette juridiction s'exprimait ainsi : « *Nous nous heurtons très fréquemment dans le domaine des*

---

<sup>5</sup> devenu l'article 339 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

<sup>6</sup> Hercules Chemicals/Commission (T-7/89, Rec. p. II-1711)

<sup>7</sup> Hilti/Commission, T-30/89, Rec. p. II-163

<sup>8</sup> Le vocabulaire varie selon les décisions.

<sup>9</sup> Gencor/Commission, T-102/96, Rec. p. II-879

requêtes à la difficulté de préserver le secret des affaires tout en permettant à une entreprise d'acquiescer la preuve d'actes de concurrence déloyale effectuée par un concurrent. Au tribunal de commerce de Paris, nous avons pris l'habitude après avoir bien examiné la requête et les conséquences d'une saisie des pièces demandées, **d'ordonner que l'huissier mette sous séquestre les pièces saisies jusqu'à un débat contradictoire**. Il nous arrive également, avec l'accord des parties, que le juge regarde seul les pièces en présence de l'huissier puis débattre avec les parties des pièces de la communication des seules pièces qui lui semblent appropriées à l'objet du litige. Cette pratique est approuvée par une formation de la Cour d'Appel de Paris, mais désapprouvée par une autre formation. Nous vous suggérons de proposer une adaptation législative afin de faire obligation au président qui a ordonné les saisies de pièces de les mettre sous séquestre, puis de les examiner en présence de l'huissier avant de débattre contradictoirement avec les parties de celles qui pourront être communiquées ».

Il faut voir dans l'arrêt ci-dessus évoqué rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 février 2016, une consécration de cette pratique.

Par ailleurs, il y a lieu de s'attarder sur la procédure dont dispose l'**Autorité de la concurrence**. Aux termes de l'**article L 463-4 du code de commerce**, « Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le secret des affaires d'autres personnes. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles.

Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités d'application du présent article ». Il s'agit des articles R 463-13 et suivants du même code (Décret n° 2009-142 du 10 février 2009).

Cette procédure qui repose sur le rapporteur de l'Autorité de la concurrence s'avère dans la pratique relativement lourde et elle suscite quelques réticences, d'autant plus qu'elle n'est pas applicable devant la Cour d'appel de PARIS en cas d'exercice de cette voie de recours, faute de ne pas avoir été intégrée au code de procédure civile comme il a déjà été dit. En effet, aux termes de l'article L 464-7 du code de commerce, « La décision de l'Autorité [de la concurrence] prise au titre de l'article L. 464-1 peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du Gouvernement devant la cour d'appel de Paris au maximum dix jours après sa notification. La cour statue dans le mois du recours... ».

Pour plus d'efficacité et pour éviter d'augmenter l'encombrement actuel des juridictions, qu'elles soient commerciales ou non, il conviendrait de confier le traitement de ces procédures à des **formations juridictionnelles spécialisées dans le secret des affaires** devant lesquelles la procédure serait spécifique.

Le recours à des juges appartenant à un pôle de compétence dédié au secret des affaires et qui seraient, dans l'exercice de leurs fonctions, les gardiens de la confidentialité de certaines pièces du dossier, permettrait un contrôle efficace et pragmatique de celles-ci et un traitement équitable des litiges, dans le respect des droits de la défense.

Compte tenu de l'analogie des principes juridiques applicables tant à la propriété Intellectuelle qu'aux secrets d'affaires, une solution pourrait consister à regrouper le traitement de ces matières au sein d'une même et unique **juridiction spécialisée dans le contentieux relatif aux actifs immatériels**.

La protection du secret des affaires, les règles de la libre concurrence, ainsi que la liberté contractuelle pourraient être ainsi respectées et conciliées, étant observé que ces observations sont également valables pour la procédure pénale, les huit Juridictions Interrégionales Spécialisées (JIRS) déjà existantes pouvant constituer un support procédural adapté<sup>10</sup>.

Mais la création d'une procédure civile adaptée ne pourrait se concevoir que si le secret des affaires était juridiquement défini.

## **B) Une nécessaire définition**

On sait évidemment ce que recouvre la notion de secret des affaires. Plusieurs définitions qui n'ont pas valeur juridique en ont été données ; on peut retenir :

### **- la définition du ministère de l'économie et des finances :**

*Le secret des affaires protège « les informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à son chiffre d'affaires, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à ses coûts, à ses prix ou à sa part de marché, ainsi qu'à d'autres données sensibles d'ordre commercial. »*

### **- la définition du Cohen Act américain (loi fédérale de février 1996) :**

*Il s'agit de « toute information confidentielle, quels que soient sa forme, sa nature et son support, qui présente une valeur économique propre, réelle ou potentielle et qui ne consiste pas en des connaissances générales susceptibles d'être facilement et directement constatées par le public. »*

**- les propositions de loi déposées par Bernard CARAYON<sup>11</sup>**, alors député, aujourd'hui avocat, ont envisagé une définition juridique. On retiendra celle du texte voté à son initiative en première lecture par l'Assemblée Nationale le 23 janvier 2012 :

*« Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique ne présentant pas un caractère public dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci.*

*« Ces mesures de protection spécifiques, prises après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute personne qu'il aura préalablement désignée par écrit, sont déterminées par décret en Conseil d'État ».*

### **- la définition proposée dans un projet de loi soutenu en 2011 par le délégué interministériel à l'intelligence économique :**

*« Constituent des informations à caractère économique protégées relevant du secret des affaires, quel que soit leur support, les informations, procédés, objets, documents, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique qui, ne présentant pas un caractère public, ont fait l'objet de mesures de*

---

<sup>10</sup> Ces juridictions sont implantées à Paris, Lyon, Marseille, Lille, Rennes, Bordeaux, Nancy et Fort de France.

<sup>11</sup> Il est l'auteur d'un rapport « Intelligence économique, compétitivité et cohésion sociale » publié en 2003 à la Documentation française.

*protection spécifiques destinées à garantir leur confidentialité ».*

**- la définition qui résulte des travaux qui ont été menés en 2013 par Jean-Jacques URVOAS, aujourd'hui garde des sceaux, ministre de la Justice, alors qu'il présidait la Commission des lois de l'Assemblée nationale :**

Il s'agissait de rechercher un texte qui donne du secret des affaires une définition aussi objective que possible, utilisable par toutes les entreprises, excluant donc toute approche purement subjective et donc nécessairement suspecte. Par ailleurs, cette définition a été proposée en référence à ce qui n'était alors qu'un projet de directive européenne, de sorte qu'elle pourrait désormais servir de référence lors de la nécessaire transposition de ladite directive.

Elle était ainsi rédigée :

*« Est protégée au titre du secret des affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information :*

*« 1° qui ne présente pas un caractère public en ce qu'elle n'est pas, en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information;*

*« 2° qui, notamment en ce qu'elle est dénuée de caractère public, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une valeur économique.*

*« 3° qui fait l'objet de mesures de protection raisonnables, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en conserver le caractère non public ».*

Ces travaux ont donné lieu à une proposition de loi qui a ensuite été intégrée comme amendement au projet de loi dit Macron en 2015, puis abandonné en raison des craintes qu'il a à tort soulevées concernant la protection des lanceurs d'alerte et les risques d'entraves au travail d'investigation des journalistes.

**- la définition résultant de l'article 2 de la directive adoptée par le Parlement européen le 14 avril 2016** qui devra nécessairement être transposée dans la législation française :

[Il s'agit] *« des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :*

- a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;*
- b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes ;*
- c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes».*

A l'article 8, il est prévu des mesures de *« Protection du caractère confidentiel des secrets d'affaires au cours des procédures judiciaires»* en ces termes :

**« 1. Les États membres veillent à ce que les parties, leurs représentants légaux, les intervenants des tribunaux, les témoins, les experts et toute autre personne participant à une procédure judiciaire ayant pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites**



**d'un secret d'affaires, ou ayant accès à des documents faisant partie d'une telle procédure, ne soient pas autorisés à utiliser ou divulguer un secret d'affaires ou un secret d'affaires présumé dont ils ont eu connaissance en raison de cette participation ou de cet accès.**

*L'obligation visée au premier alinéa cesse d'exister dans chacune des circonstances suivantes:*

- a) *au cours de la procédure, il est constaté que le secret d'affaires présumé ne remplit pas les conditions établies à l'article 2, point 1.*
- b) *les informations en cause sont devenues, au fil du temps, généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement de ce genre de renseignement, ou leur sont devenues aisément accessibles.*

2. *Les États membres veillent également à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande dûment motivée d'une partie, prendre les mesures nécessaires pour protéger le caractère confidentiel de tout secret d'affaires ou secret d'affaires présumé utilisé ou mentionné au cours de la procédure judiciaire ayant pour objet l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicites d'un secret d'affaires.*

*Les mesures visées au premier aliéna incluent au moins la possibilité:*

- a) *de **restreindre, en tout ou en partie, l'accès à tout document contenant des secrets d'affaires** qui a été soumis par les parties ou par des tiers;*
- b) *de **restreindre l'accès aux audiences**, lorsque des secrets d'affaires sont susceptibles d'y être divulgués, ainsi qu'aux rapports ou transcriptions qui s'y rapportent. Dans des circonstances exceptionnelles et pour autant que des justifications appropriées soient fournies, les autorités judiciaires compétentes peuvent restreindre l'accès des parties aux audiences et ordonner que ces dernières soient menées uniquement en présence des représentants légaux des parties et des experts agréés, soumis à l'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1;*
- c) *de mettre à **disposition une version non confidentielle de toute décision judiciaire**, dans laquelle les passages contenant des secrets d'affaires ont été supprimés.*

*Lorsque, en raison de la nécessité de protéger un secret d'affaires ou secret d'affaires présumé et en vertu du présent paragraphe, deuxième alinéa, point a), l'autorité judiciaire décide que des éléments de preuve qui se trouvent licitement sous le contrôle d'une partie ne doivent pas être divulgués à l'autre partie, et lorsque ces éléments de preuve importent pour la solution du litige, l'autorité judiciaire peut autoriser la divulgation de ces informations aux représentants légaux de l'autre partie et, si nécessaire, aux experts agréés, pour autant qu'ils soient soumis à l'obligation de confidentialité visée au paragraphe 1.*

3. *Lorsqu'elles décident s'il sera fait droit à la demande visée au paragraphe 2 ou si celle-ci sera rejetée et qu'elles évaluent son caractère proportionné, les autorités judiciaires compétentes prennent en considération les intérêts légitimes des parties et, le cas échéant, des tiers, ainsi que tout dommage que la décision de faire droit à la demande ou de la rejeter pourrait causer à l'une ou l'autre des parties ou, le cas échéant, à des tiers.»*

Le tableau joint permet de comparer ces deux dernières définitions.

## **En conclusion,**

De nombreux débats ont accompagné ces textes ou projets de textes.

On observera tout d'abord que **la directive ignore délibérément l'aspect pénal de la violation des secrets d'affaires**, ce qui ne paraît pas conforme à la culture française qui consiste à créer une infraction dès qu'il s'agit de tenter de régler un problème de société.

Telle était la seule ambition des projets rédigés par Bernard CARAYON. Quant à celui élaboré sous la direction de Jean-Jacques URVOAS, s'il prend délibérément le parti de la voie civile, il prévoyait néanmoins des mesures de protection pénale du secret des affaires en ces termes :  
*« Art. L. 151-8 : I. Le fait pour quiconque de prendre connaissance ou de révéler sans autorisation, ou de détourner toute information protégée au titre du secret des affaires au sens de l'article L. 151-1 du code de commerce, est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.*

*II. La peine est portée à 7 ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende lorsque l'infraction est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité ou aux intérêts économiques essentiels de la France.*

*III. La tentative de ce délit est punie des mêmes peines».*

Les personnes physiques coupables de l'infraction encouraient également des peines complémentaires.

Il convient cependant d'observer, sans entrer dans le détail, que de nombreuses infractions peuvent être utilisées pour punir de tels comportements et que la chambre criminelle de la Cour de cassation, à l'instar de sa jurisprudence du 3 août 1912 sur le vol d'électricité et du 8 janvier 1979 sur le vol de photocopies, ne manque pas d'imagination parfois audacieuse afin d'adapter le droit aux nouvelles technologies. C'est ainsi que dans un arrêt de rejet du 20 mai 2015 (publié au bulletin - n° 119), elle a décidé que le téléchargement informatique, effectué sans le consentement de leur propriétaire, de données que le prévenu savait protégées, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol. Il n'en demeure pas moins que le législateur devrait s'emparer de cette notion de soustraction telle que visée dans l'article 311-1 du code pénal, celle-ci, en supposant un déplacement de l'objet, étant inadaptée au caractère immatériel des données. Il semble que par exemple le terme de « captation » soit plus approprié.

Un autre débat concerne aussi la **protection des lanceurs d'alerte**, certains estimant que la directive et les projets de textes français viendraient entraver leur action. L'article 4 de la directive prévoit néanmoins que la violation d'un secret d'affaire ne saurait être reprochée en cas de *« révélation d'une faute, d'une malversation ou d'une activité illégale du requérant, à condition que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation présumée du secret d'affaires ait été nécessaire à cette révélation et que le défendeur ait agi dans l'intérêt public »*. Il en va de même de la *« divulgation du secret d'affaires par des travailleurs à leurs représentants dans le cadre de l'exercice légitime de leur fonction de représentation »*. Il convient d'observer que Jean-Jacques URVOAS avait introduit une telle disposition dans son projet de texte.

Selon le même principe et contrairement à ce qu'affirment dans une pétition de nombreux journalistes et ceux qui les soutiennent, la directive prévoit expressément dans le même article qu'elle ne saurait entraver *« l'usage légitime du droit à la liberté d'expression et d'information »*.

En tout état de cause, il s'agit de *protéger le patrimoine des entreprises car, à la différence des biens corporels qui présentent une valeur économique aisément identifiable, les informations et connaissances vitales de l'entreprise constituent des actifs immatériels fragiles, dont l'évaluation est difficilement perceptible, mais dont la perte constitue le plus souvent un sinistre dommageable sérieux pour sa compétitivité*<sup>12</sup>.

Contrairement à ce que d'aucuns pensent, les entreprises françaises ne sont pas que des lieux de turpitudes qu'il faudrait soustraire à la curiosité des autorités judiciaires ou des journalistes. En tout état de cause, le mot « secret » n'est pas un gros mot ; il a en effet la même étymologie que le mot « sacré ».

---

<sup>12</sup>

Cf. rapport remis à Alain JUILLET, Haut responsable à l'intelligence économique, le 17 avril 2009

DEFINITION COMPAREE	
TEXTE URVOAS	DIRECTIVE - Article 2
<p>Est protégée au titre du secret des affaires, indépendamment de son incorporation à un support, toute information :</p> <p>1° qui <b>ne présente pas un caractère public</b> en ce qu'elle n'est pas, <b>en elle-même ou dans l'assemblage de ses éléments</b>, généralement connue ou aisément accessible à une personne agissant dans un secteur ou un domaine d'activité traitant habituellement de ce genre d'information ;</p> <p>2° qui, notamment en ce qu'elle est <b>dénuée de caractère public</b>, s'analyse comme un élément à part entière du potentiel scientifique et technique, des positions stratégiques, des intérêts commerciaux et financiers ou de la capacité concurrentielle de son détenteur et revêt en conséquence une <b>valeur économique</b> ;</p> <p>3° qui fait l'objet de <b>mesures de protection raisonnables</b>, compte tenu de sa valeur économique et des circonstances, pour en <b>conserver le caractère non public</b>.</p>	<p>Aux fins de la présente directive, on entend par «secret d'affaires», des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes :</p> <p>a) elles <b>sont secrètes</b> en ce sens que, <b>dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments</b>, elles ne sont pas généralement connues de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles ;</p> <p>b) elles ont une <b>valeur commerciale</b> parce qu'elles sont <b>secrètes</b> ;</p> <p>c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de <b>dispositions raisonnables</b>, compte tenu des circonstances, <b>destinées à les garder secrètes</b>.</p>