



UNIVERSITE DE STRASBOURG
INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE STRASBOURG

La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires :
De la lutte contre l'espionnage industriel à la protection des libertés fondamentales : quels enjeux ?

Juliette Guillot

Mémoire de quatrième année

Filière Droit et Administration publique

Sous la direction de Monsieur Jérôme Lasserre Capdeville

Juin 2021

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier vivement Monsieur Jérôme Lasserre-Capdeville pour avoir accepté d'encadrer mon mémoire et pour ses conseils.

Je souhaite également remercier ma sœur Agathe pour sa relecture attentive, ses remarques qui ont été d'une grande aide dans la réalisation de ce travail.

Enfin, j'adresse ma reconnaissance à ma famille et mes amis pour leur soutien et leurs conseils tout au long de ce mémoire.

Table des abréviations

- ADPIC : Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce
- AMM : Autorisation de Mise sur le Marché
- CADA : Commission d'Accès aux Documents Administratifs
- CC : Conseil Constitutionnel
- CE : Conseil d'Etat
- CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
- CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
- CNCDH : Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
- INPI : Institut National de la Propriété Intellectuelle
- RSE : Responsabilité Sociétale des Entreprises
- RGPD : Règlement Général sur la Protection des Données
- UE : Union Européenne

Sommaire

Introduction.....	6
Titre 1. Le renforcement de la protection du secret des affaires par la loi du 30 juillet 2018 comme garantie de sécurité économique	14
<i>Chapitre 1. L'intervention du législateur dans la lutte contre l'espionnage industriel : un enjeu contemporain à l'ère du numérique</i>	<i>14</i>
Section 1. Un arsenal juridique préexistant	15
Section 2. Un cadre juridique renforcé et renouvelé de source européenne	24
<i>Chapitre 2. Une vision ambivalente et extensive de la loi : entre sécurité économique et insécurité juridique ?</i>	<i>35</i>
Section 1. L'extension du champ d'application de la loi du 30 juillet 2018 par rapport à la directive européenne du 8 juin 2016	35
Section 2. Des limitations nécessaires dans la mise en balance du législateur.....	44
Titre 2. La portée de la loi du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires	56
<i>Chapitre 1. Une conciliation difficile entre la protection des données et l'exercice des droits et libertés fondamentaux.....</i>	<i>57</i>
Section 1. L'existence d'un système de garanties : un équilibre complexe des lois	57
Section 2. Les difficultés découlant de la loi du 30 juillet 2018.....	84
<i>Chapitre 2. Les implications de la loi du 30 juillet 2018 : une nécessité d'adaptation</i>	<i>90</i>
Section 1. Le renforcement de l'office du juge dans l'application de la loi relative à la protection du secret des affaires.....	90
Section 2. L'évolution de la culture du secret et du numérique.....	102
Conclusion	107
Références.....	109
Mots clés.....	123
Table des matières.....	124

Introduction

La numérisation et la digitalisation du monde constituent les principaux défis du XXIème siècle pour les acteurs publics comme privés, à l'échelle mondiale, européenne et nationale. De même, la crise sanitaire provoquée par la pandémie de la Covid-19 a accentué ce phénomène du fait de l'intensification de l'usage du numérique et de la généralisation du télétravail. Ainsi, cet environnement favorise l'action des cybercriminels qui ciblent les failles des systèmes de sécurité informatique des entreprises¹. En effet, d'une part, la crise a favorisé le cyberespionnage concernant les secrets de la recherche directement liée à la pandémie. Le cyberespionnage est considéré comme « *l'utilisation des réseaux informatiques pour obtenir l'accès illicite à des informations confidentielles, généralement détenues par un gouvernement ou une autre organisation* »². De même, les cybermenaces se sont accrues sans même que nous soyons véritablement en mesure de les identifier. Une cybermenace renvoie à « *une activité qui vise à compromettre la sécurité d'un système d'information en altérant la disponibilité, l'intégrité ou la confidentialité d'un système ou de l'information qu'il contient* »³. D'autre part, la crise sanitaire a bousculé les habitudes des administrations comme des entreprises qui ont dû s'adapter et utiliser un certain nombre de plateformes numériques pour pouvoir continuer leurs activités. Dès lors, un certain nombre d'enjeux sont soulevés quant à la sécurisation des systèmes d'informations et des données. La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018⁴ relative à la protection du secret des affaires permet, en partie, de répondre aux menaces sur les données des entreprises par la protection des actifs immatériels des entreprises. De fait, dans le contexte de la révolution numérique, les menaces de vol de données et d'espionnage par la concurrence se sont considérablement développées. Par conséquent, une protection législative devenait indispensable, d'où l'adoption d'une définition législative du secret des affaires.

Contexte de l'espionnage industriel et scientifique

L'espionnage industriel n'est pas un phénomène nouveau mais lié à l'apparition du commerce. Il se caractérise par un accès illicite à certaines données et donc à des informations protégées par le secret des affaires. L'espionnage industriel peut avoir pour objectif de déstabiliser la concurrence. Cette pratique existe depuis plusieurs siècles. Ainsi, comme le

¹ Chambre de commerce et d'industrie de Paris (2020), Rapport pérenniser l'entreprise face au risque cyber de la cybersécurité à la cyberrésilience, p.12, septembre 2020

² European Union Agency For Cybersecurity (2019-2020), Rapport sur le cyberespionnage, paysage des menaces de l'ENISA, janvier 2019 à avril 2020

³ Centre canadien pour la cybersécurité (2020), Introduction à l'environnement de cybermenaces, p.2, novembre 2020

⁴ Ci-après loi du 30 juillet 2018

souligne Olivier de Maison Rouge, dès le XIII^{ème} siècle, la verrerie de Murano en Italie était située sur une île afin de préserver les secrets de fabrication et faire face aux concurrents malveillants⁵. Cette protection du secret du savoir-faire était fondamentale. En effet, la divulgation d'un tel secret pouvait faire encourir la peine de mort.

Néanmoins, l'espionnage industriel est un phénomène qui s'amplifie de manière exponentielle à l'ère du numérique. Nous pouvons parler à la fois de guerre économique, concernant le vol des données industrielles, l'espionnage industriel et scientifique, mais également de guerre numérique avec la multiplication des cybermenaces, cyberattaques, cyberespionnage⁶, cybercriminalité⁷ au sein du cyberspace. Toutes ces menaces cohabitent dans un contexte de guerre sanitaire contre la Covid-19 selon les mots du président de la République Emmanuel Macron le 16 mars 2020. D'après le *Center for Strategic and International Studies* (2018), la cybercriminalité a un impact économique considérable. En effet, selon un rapport de 2018⁸, la cybercriminalité aurait fait perdre 1% du produit intérieur brut (PIB) mondial soit 600 milliards de dollars. Ces chiffres continuent d'augmenter, puisqu'en 2020, nous serions proche d'un billion de dollars de pertes mondiales du fait de la cybercriminalité. Le rapport estime d'ailleurs que « *la cybercriminalité peut être considérée comme une taxe sur la croissance de 14%* »⁹ et constitue le « *troisième plus grand fléau économique dans le monde* »¹⁰. La cybercriminalité constitue dès lors un enjeu majeur du XXI^{ème} siècle qu'il s'agit de combattre. La cybercriminalité présente des menaces multi-faces à la fois criminelles, économiques, sociétales avec notamment l'existence de « *cyberinfluence* » non-négligeable pouvant porter atteinte à la démocratie. Néanmoins, dans le cadre de ce mémoire, nous nous intéressons à la loi du 30 juillet 2018 protégeant le secret des affaires, l'aspect économique sera donc privilégié, bien que d'autres menaces existent¹¹.

Les informations peuvent être transformées en données précieuses à la fois concernant les personnes physiques, attachées à la protection de leurs données personnelles mais également

⁵ O. de Maison Rouge, « Histoire de l'espionnage économique », *journal de l'économie*, septembre 2020

⁶ Le cyberespionnage constitue davantage une arme étatique ayant des visées géopolitiques.

European Union Agency For Cybersecurity (2019-2020), Rapport sur le cyberespionnage, paysage des menaces de l'ENISA, janvier 2019 à avril 2020

⁷ La cybercriminalité se définit comme « *toutes les infractions pénales tentées ou commises à l'encontre ou au moyen d'un système d'information et de communication principalement Internet* » (M. Robert, groupe de travail interministériel sur lutte contre la cybercriminalité (2014), Rapport sur la cybercriminalité, protéger les internautes, février 2014)

⁸ Center for Strategic and International Studies, McAfee (2018), Rapport de synthèse l'impact économique de la cybercriminalité : pas de ralentissement en vue, février 2018

⁹ *Ibid.* p.1

¹⁰ *Ibid.*, les premiers fléaux concernent d'abord la corruption ainsi que le trafic de stupéfiants.

¹¹ Pour plus d'informations, voir le Rapport relatif à l'état de la menace liée au numérique en 2019, la réponse du ministère de l'intérieur, rapport n°3, mai 2019

pour les personnes morales, puisque les données sont souvent au cœur de la stratégie des entreprises. En effet, que ce soit les noms des fournisseurs, des clients, des informations stratégiques permettant la compétitivité de l'entreprise, les informations sont partout. Certaines sont confidentielles et influencent l'évolution de l'entreprise d'où la nécessité absolue de les protéger. De même, l'information est un bien, appelée en économie, non-rival c'est-à-dire que son utilisation par une personne ou une entreprise n'empêche pas son utilisation par d'autres personnes ou entreprises. En général, il s'agit également d'un bien non-excluable c'est-à-dire que nous ne payons pas pour obtenir l'information¹². Dans ce contexte, la protection des informations sensibles s'avère essentielle pour pouvoir maintenir son avantage concurrentiel, dont la base se trouve dans ces informations confidentielles. En effet, une entreprise ayant investi dans un savoir-faire particulier doit pouvoir bénéficier d'une protection sur celui-ci afin d'éviter qu'une entreprise concurrente ne lui vole. En effet, le savoir-faire constitue pour ladite entreprise, une partie importante de sa valeur ajoutée. Néanmoins, ces informations confidentielles et stratégiques étant essentiellement des biens immatériels et incorporels, il pourrait être aisé, pour des pirates informatiques, d'obtenir ces données sensibles et de les divulguer. Cela fausserait le libre jeu de la concurrence puisque les entreprises, ayant volé les informations, feraient des économies en matière de recherche. Par conséquent, la nécessité de protéger les informations est cruciale dans les entreprises tant les dommages peuvent être importants. Les vols de données peuvent en effet conduire à la fois à des pertes commerciales, des pertes de compétitivité mais également des surcoûts, affectant la réputation de l'entreprise et créant dans certains cas un préjudice moral¹³. L'un des outils pour éviter de tels préjudices et de telles pertes consiste à protéger les informations. C'est ce que permet la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. En effet, la loi, définissant le secret des affaires, vise à protéger les actifs et le patrimoine immatériel de l'entreprise. Par conséquent, en cas de violation du secret des affaires, l'auteur de cette violation pourra voir sa responsabilité civile engagée et être tenu d'effectuer des réparations. De même, le détenteur du secret des affaires sera encouragé à innover car ses informations pourront être protégées avec un risque moindre d'espionnage économique, espionnage qui ralentirait sa compétitivité. L'introduction de la loi du 30 juillet 2018 dans le droit français s'est réalisée sous impulsion européenne.

¹² J.Richard, *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris-Saclay, p.16, février 2019

¹³ *Ibid*

Enjeu européen

Face au développement de telles menaces numériques, l'Union européenne (UE) a considérablement étendu son champ d'action depuis le début des années 2000. Il s'agit, avec les ambitions écologiques du pacte vert¹⁴, de l'une de ses priorités. Cela se traduit par le budget alloué à la construction d'une Europe du numérique : « *une enveloppe globale de 1 800 milliards d'euros contribuera à reconstruire l'Europe de l'après Covid-19 : une Europe plus verte, plus numérique et plus résiliente* »¹⁵. Nous constatons, aussi, une inflation textuelle pour encadrer et répondre aux défis engendrés par le tournant numérique. L'objectif est multiple et permet de protéger à la fois les citoyens européens, les acteurs étatiques et économiques. Au niveau international, dès 2001, le Conseil de l'Europe a pris conscience de l'ampleur du phénomène et des risques provoqués par la cybercriminalité. Ainsi, a été adopté un traité international sur les infractions pénales liées à internet avec la Convention de Budapest signée le 23 novembre 2001 et ratifiée en France le 19 mai 2005. De même, dès 2013, l'UE avait pour objectif de lutter contre la cybercriminalité par la mise en place du Centre européen de lutte contre la cybercriminalité intégré à Interpol¹⁶.

Au-delà de ces initiatives, d'un point de vue textuel, un certain nombre de directives et de règlements européens ont été adoptés afin de lutter contre les cybermenaces. On peut songer entre autres au règlement 2016/679 du 27 avril 2016 sur la protection des données personnelles (RGPD), la directive 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires ou encore la directive 2016/1148 du 6 juillet 2016 dite directive NIS permettant d'assurer « *un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union* ». Le règlement 2019/881 du 17 avril 2019 sur la cybersécurité poursuit également cet objectif. L'UE investit dans la décennie numérique notamment pour favoriser la transformation numérique des entreprises, les compétences, la durabilité et la sûreté des infrastructures numériques. De même, le souhait est de développer une citoyenneté numérique. Dans ce cadre législatif européen, la protection du secret des affaires semble une évidence. La protection du secret des affaires s'accompagne également d'une directive protégeant les lanceurs d'alerte, la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 relative à la « *protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union* ». L'objectif est d'améliorer la protection des lanceurs d'alerte

¹⁴ Le « *Green Deal* » est une feuille de route présentée par la Commission européenne en décembre 2019 pour rendre l'économie de l'UE plus durable et plus verte. L'objectif principal est de faire de l'Europe le premier continent neutre au niveau climatique d'ici 2050.

¹⁵ Site web de la Commission européenne : https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_fr

¹⁶ Organisation internationale de police criminelle basée à Lyon et Singapour regroupant 194 pays membres

qui jouent un rôle considérable dans le cadre de l'intérêt public notamment par la dénonciation d'actes frauduleux au sein des administrations publiques comme des entreprises privées.

Définition du secret des affaires

Le mot secret a des origines latine *secretum* signifiant séparer¹⁷. Le secret renvoie à des connaissances, des informations qui ne sont connues que par un nombre relativement restreint d'individus¹⁸ et vise donc à être séparé des connaissances plus largement partagées au sein de la société. Ce sont des informations qui nécessitent de rester confidentielles, empêchant ainsi le confident de les révéler. Le secret doit rester dans l'ombre des parties à la confiance. Quant au mot « *affaires* », il peut être relié au mot latin *negotium* à savoir « *un état de non-loisir* »¹⁹. En effet, les affaires impliquent, en général, une action commerciale et lucrative.

Le secret des affaires a d'abord été défini par l'article 39.2 de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) puis la directive européenne 2016/943 du 8 juin 2016²⁰ est venue donner une définition européenne du secret des affaires. Il a fallu attendre la directive européenne, permettant une définition harmonisée du secret des affaires, pour voir la notion transposée et définie dans la loi française et désormais dans le code de commerce²¹. Dès lors, l'encadrement du secret des affaires par la loi française est apparu relativement tard par rapport au secret de fabrication inscrit au code pénal de 1810 ou alors au secret industriel et commercial protégé par la loi informatique et liberté du 6 janvier 1978. Toutefois, la protection de la vie des affaires n'est pas neuve. En effet, dès le XVIIIème siècle, suite à l'ordonnance de Colbert (1673) encadrant les pratiques commerciales, les commerçants protégeaient déjà leurs affaires. Ils ne souhaitaient pas toujours publier leur comptabilité, alors qu'il s'agissait d'une obligation légale de transparence²². Ces derniers craignaient de « *dévoiler leur situation financière à leurs créanciers* »²³. Par conséquent, on peut déceler dans ces pratiques une volonté de préserver les secrets des affaires.

En outre, si la définition légale du secret des affaires a été tardive, cela est la conséquence des nombreux échecs essuyés auparavant en France. En effet, le secret étant l'antonyme de la transparence, de nombreuses réticences et craintes ont vu le jour à l'évocation de l'élaboration législative d'un secret des affaires. Pourtant, si le secret des affaires n'était pas

¹⁷ A. Delage, « Les mots du secret », *Cahiers d'études romanes*, 2015

¹⁸ Trésor de la langue française informatisé

¹⁹ P. Goguelin, « Le concept de négociation », *Négociations* n°3, p.149-170, 2005

²⁰ Ci-après directive du 8 juin 2016

²¹ Titre V : de la protection du secret des affaires (articles L151-1 à L154-1) du code de commerce

²² V. Millet, *La protection du secret des affaires*, Mémoire de master, Droit, Université Grenoble Alpes, 2017

²³ *Ibid.* p.11

défini explicitement par une loi, ces secrets pouvaient néanmoins être protégés notamment par le droit civil avec la mise en place de clauses contractuelles et de confidentialité ou par le droit de la propriété intellectuelle²⁴. De plus, l'article 1 bis de la loi n°68-678 du 26 juillet 1968 dite loi de blocage prévoyait déjà la limitation de « *la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères* ». Cependant, du fait des contournements de cette loi, celle-ci s'est avérée inefficace malgré son renforcement en 1980²⁵. Par la suite, plusieurs propositions²⁶ de lois ont vu le jour afin de protéger le secret des affaires et éviter les fuites illicites d'informations. Toutefois, aucune de ces propositions n'a été adoptée. Dès lors, la loi permettant la protection du secret des affaires, insérée au titre V du code de commerce, est celle du 30 juillet 2018. Il s'agit d'une loi à caractère civiliste puisqu'elle ne prévoit pas de régime répressif pour celui qui aurait violé le secret des affaires.

La loi du 30 juillet 2018 donne une définition du secret des affaires. D'après celle-ci, le secret des affaires doit réunir plusieurs conditions cumulatives afin que son détenteur puisse bénéficier du régime de protection associé. Premièrement, il ne faut pas que l'information protégée soit aisément connue ou accessible. Deuxièmement, le secret des affaires renvoie à des informations à valeur commerciale que cela soit effectif ou potentiel. Enfin ces informations doivent, au préalable, être protégées c'est-à-dire faire « *l'objet (...) de mesures de protection raisonnables* »²⁷. Ainsi, Olivier de Maison Rouge (2019) écrit que « *le secret des affaires est un savoir-faire à ne pas faire savoir* »²⁸. Or ceci peut s'avérer coûteux. En effet, d'un point de vue sociétal, cela prive la société de la diffusion d'informations et donc « *restreint corrélativement les progrès de la science* »²⁹. De même, la mise en place de protection du secret des affaires doit être suffisamment robuste. Elle nécessite donc un investissement.

Ainsi, selon la magistrate Myriam Quémener (2019), « *le secret est une notion ambivalente, tantôt protégée, tantôt menacée* »³⁰. La nécessité du secret ne fait pas de doute dans le cadre d'une économie ouverte afin de pouvoir garantir les avantages concurrentiels des entreprises et valoriser leur patrimoine. En revanche, une trop grande protection pourrait brider

²⁴ La propriété intellectuelle permet de protéger à la fois les droits de propriété intellectuelle notamment par le dépôt de brevet, de marque, mais également les droits d'auteurs. Si le titulaire de la propriété détient des droits exclusifs sur sa création, il est vrai qu'il ne s'agit pas de données secrètes, ce qui se distingue du secret des affaires. Voir infra

²⁵ Loi n°80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

²⁶ Voir infra p.24

²⁷ Article L151-1 du code de commerce, voir infra

²⁸ O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », *Dalloz IP/IT*, p. 11, décembre 2018

²⁹ J. Richard, *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris-Saclay, p 42, février 2019

³⁰ A. Moreaux, « Cyberlex : quel secret sur la toile ? », *Affiches parisiennes*, février 2019

certaines libertés, à la fois en matière de données personnelles mais également d'un point de vue des libertés de presse et d'accès à l'information. Afin de garantir, ces libertés, le secret doit pouvoir être levé lorsque des intérêts publics entrent en jeu.

Enjeux

Alors que le secret des affaires constitue un « *droit sur l'information* »³¹ c'est-à-dire le droit pour le titulaire du secret de ne pas diffuser ses connaissances, ses données, ses informations, ses savoirs, ceci entre, dans le même temps, en contradiction, avec d'autres droits tels que le droit à l'information, le droit d'informer. En effet, la protection de données par le secret des affaires pourrait nuire à certaines libertés fondamentales comme la liberté de la presse. Par exemple, la liberté de la presse³² constitue une liberté publique protégée constitutionnellement à plusieurs reprises à la fois au niveau national par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 mais également par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950, puis réaffirmée par la suite par de nombreux textes. De même, l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE prévoit la protection de la liberté d'expression et d'information dans son titre II. Il énonce notamment que « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières* »³³.

A l'adoption de la directive du 8 juin 2016 puis de la loi du 30 juillet 2018, les journalistes ont notamment craint pour la liberté d'informer et d'enquêter. En effet, non seulement la divulgation de l'information mais également l'obtention d'une donnée confidentielle, protégée par le secret des affaires, peuvent entraîner une sanction civile. De même, les lanceurs d'alerte ont dénoncé des garanties insuffisantes à leurs égards. En effet, la loi protégeant le secret des affaires inclut des exceptions concernant les journalistes et les lanceurs d'alerte jugées trop restrictives selon ces derniers. Aussi, la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 (loi Sapin II) qui prévoit de lutter contre la corruption et la protection des lanceurs d'alerte, devra être renforcée d'ici décembre 2021 avec la transposition de la directive 2019/1937 du 23 octobre 2019 dans le droit français.

³¹ J. Richard, *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris-Saclay, p.46, février 2019

³² La liberté de la presse a été reconnue comme une liberté fondamentale dans la décision du CC n°84-181 10 et 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse

³³ Article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000

La définition législative du secret des affaires étant très large, cela est également source de tensions avec les chercheurs qui craignaient de voir réduite leur liberté de recherche. Enfin, du point de vue des citoyens, la loi laisse craindre des dérives notamment du fait des difficultés d'accès aux informations d'intérêt général générées par la loi. En effet, cette loi protégeant le secret des affaires s'apparente comme l'antithèse de la transparence, dans un contexte où la méfiance à l'égard des grandes entreprises est profonde notamment du fait des différents scandales comme celui des Panama Papers.

Dès lors, la loi a été source de tensions entre d'une part les défenseurs de la liberté d'informations prônée par les journalistes, les lanceurs d'alertes, la liberté d'être informé reconnue notamment aux citoyens et de l'autre côté les entreprises qui défendent la nécessité de protéger certaines informations de la concurrence. Les grandes entreprises voient notamment la loi du 30 juillet 2018 comme trop restrictive compte tenu des rapports de force et de concurrence qui peuvent exister avec les entreprises internationales.

La loi du 30 juillet 2018 étant récente, une analyse globale de ses enjeux, de ses limites et des implications au regard des libertés, dans le contexte du développement du numérique semble nécessaire.

Ainsi, comment la loi du 30 juillet 2018 protégeant le secret des affaires parvient-elle à articuler les libertés fondamentales et l'efficacité économique ? Autrement dit, l'ambition de protection des informations confidentielles comme élément constitutif de la compétitivité et de l'innovation par la loi du 30 juillet 2018 rompt-elle avec la nécessité de transparence ?

Pour cela, nous verrons que la protection du secret des affaires par la loi du 30 juillet 2018 vient renforcer les dispositions existantes afin de limiter l'espionnage industriel et scientifique et le vol des données (titre 1) avant de voir les incidences et la portée du texte concernant l'application des droits et libertés (titre 2).

Titre 1. Le renforcement de la protection du secret des affaires par la loi du 30 juillet 2018 comme garantie de sécurité économique

Le législateur est intervenu par la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 pour répondre au problème de vide juridique concernant la protection spéciale du secret des affaires. Ainsi, la loi vient protéger le secret des affaires. Cette volonté du législateur d'intervenir en la matière n'est pas nouvelle puisque plusieurs tentatives avaient eu lieu durant la décennie précédente, sans succès. Cependant, l'ère numérique se développant et ayant vocation à se renforcer dans les années à venir, la directive européenne 2016/943³⁴ de 2016 a lancé les prémices d'une protection européenne des affaires. Chaque Etat membre devant transposer ladite directive dans un délai de deux ans, le législateur français est intervenu et a défini le secret des affaires dans la loi du 30 juillet 2018 (chapitre 1). Néanmoins, la transposition de cette directive varie fortement d'un Etat membre à un autre, la France a apporté quelques limites de compétences mais également au niveau pénal puisque le secret des affaires n'est pas en tant que tel protégé pénalement (chapitre 2).

Chapitre 1. L'intervention du législateur dans la lutte contre l'espionnage industriel : un enjeu contemporain à l'ère du numérique

Comme le relate Raphaël Gauvin, député de la 5^{ème} circonscription de Saône-et-Loire et rapporteur de la loi, la définition du secret des affaires est un sujet à débat quant à l'équilibre à trouver entre d'une part la protection des entreprises et d'autre part la protection des journalistes et des lanceurs d'alerte. Dans ce contexte, les projets de loi précédents avaient échoué. Dès lors, la protection du secret des affaires et des données économiques ne pouvait être invoquée que par l'entremise de dispositions civiles et pénales de droit commun. Toutefois, ce recours à un arsenal juridique préexistant n'avait pas vocation à protéger directement le secret des affaires. Cette insuffisance de protection à l'égard du secret des affaires a conduit le législateur à intervenir afin de combler cette faille (section 1). Ainsi, pour éviter de nouveaux déboires, les rédacteurs de la loi ont opéré une transposition *a minima* de la directive. Ainsi, la loi se veut la plus fidèle possible au texte européen original, sans pour autant profiter des marges de manœuvre laissées aux Etats membres par la directive européenne du 8 juin 2016 (section 2).

³⁴ Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites

Section 1. Un arsenal juridique préexistant

L'objectif d'efficacité économique nécessite une prise en considération de la protection du secret des affaires et donc des données économiques. En effet, si certaines données confidentielles économiques stratégiques d'une entreprise X étaient dévoilées par un salarié à une entreprise concurrente Y alors l'entreprise X serait vraisemblablement pénalisée et ne disposerait plus de son avantage concurrentiel sur les autres entreprises. Elle ne serait donc plus encouragée à innover et essuierait des pertes considérables. Par conséquent, une protection semble incontournable afin de garantir l'efficacité et la sécurité économique des entreprises, ainsi que leur volonté d'innover pour garantir le maintien de leur chiffre d'affaires sans risque d'une concurrence déloyale liée à un vol d'informations ou d'espionnage. Dans ce contexte, le recours initial à des dispositions de protection de droit commun était, bien qu'insuffisant, inéluctable pour sécuriser la vie de l'entreprise (1). Par ailleurs, la définition et la délimitation du champ du secret des affaires ont fait l'objet de nombreux débats du point de vue des journalistes, des lanceurs d'alerte, des chercheurs ou encore de la population, exigeant un certain degré de transparence de la part des entreprises. Il n'en demeure pas moins que l'existence de dispositions législatives relatives au secret n'est pas nouvelle. En effet, il existait déjà un certain nombre de dispositions spéciales protégeant le secret professionnel par exemple (2).

1. L'existence de dispositions de droit commun protégeant les données économiques des entreprises

Le recours au droit commun pour protéger les données relatives au secret des affaires, antérieurement à la loi consacrée, tient essentiellement à la responsabilité civile (1.1). Cependant, d'autres dispositions peuvent être tirées du code pénal et donc venir sanctionner certains comportements tels que l'obtention illicite d'informations confidentielles (1.2).

1.1. Les dispositions du droit civil et du droit de la propriété intellectuelle

La protection des données économiques et commerciales des entreprises s'avère essentielle à l'ère numérique. Les données des entreprises constituent des actifs immatériels stratégiques qu'il s'agit de protéger. Les actifs immatériels rassemblent du capital humain, des logiciels, des savoir-faire, des bases de données, des modèles économiques qui participent à la performance de l'entreprise, à sa capacité d'innovation, à la création de richesse et de croissance de l'entreprise. Ils représentent une large part des actifs d'une entreprise (environ 50 à 70% de ces

actifs) et sont fondamentaux pour la compétitivité des entreprises c'est-à-dire la capacité des entreprises à résister à la concurrence. Les actifs immatériels participent à la réalisation d'avantages compétitifs sur un marché et constituent des éléments stratégiques dans la vie de l'entreprise. La protection du secret des affaires permet donc la valorisation de ces actifs immatériels et évite les fuites de données à l'heure où l'usage des nouvelles technologies s'intensifie³⁵. Dès lors, un arsenal juridique préexiste afin de protéger ces biens immatériels particuliers ainsi que de protéger les données sensibles. En effet, le développement numérique tend à accroître les risques portant sur ces actifs, rendant les mesures de protection incontournables pour faire face aux risques de divulgation d'informations, pouvant nuire aux bénéfices des avantages comparatifs détenus par une entreprise. Avant l'entrée en vigueur de la directive du 8 juin 2016, la Commission européenne estimait à environ une entreprise sur quatre, le nombre de victimes de divulgation ou d'usage illicite d'informations confidentielles³⁶. Suite au développement de l'ère numérique et de l'émergence d'un secteur non plus tertiaire mais « quaternaire »³⁷, c'est-à-dire un secteur dans lequel les technologies numériques ainsi que l'immatériel prennent une place considérable, la cybercriminalité s'intensifie de plus en plus. Selon Watin-Augouards (2017), « *ce que recherche aujourd'hui le prédateur, c'est la donnée, matière vive de la transformation numérique : la donnée pour sa valeur, pour ce qu'elle représente, pour ce qu'elle permet de faire (données bancaires), pour le profit que l'on peut tirer lorsqu'elle est 'prise en otage' par un chiffrement malveillant* »³⁸. Dès lors, on constate des menaces croissantes sur les données, véritable aubaine pour les malfaiteurs du net. Dans ce cadre, la protection des données paraît donc absolument incontestable. Il convient également d'ajouter que la sécurité de l'espace numérique se doit d'être à la fois individuelle mais également collective d'où le recours à des pratiques de protection des données nécessaires pour le bon fonctionnement des entreprises et de l'économie. Des moyens pour lutter contre ces menaces sont notamment développés dans le projet européen avec l'ouverture d'une « *décennie numérique de l'Europe* »³⁹, donnant les objectifs pour 2030 en la matière. Ainsi, si dans le cadre de la protection du secret des affaires, la protection des actifs des entreprises sur les libertés fondamentales fait débat, il n'en demeure pas moins que cette protection existait déjà par le biais des dispositions de droit commun.

³⁵ L. Leblond, « Le secret d'affaires : l'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », *Petites affiches* n°152, p. 9, juillet 2015

³⁶ *Ibid.*

³⁷ M. Watin-Augouard, « La cybercriminalité, criminalité du XXIème siècle », *Bulletin du droit des secrets d'affaires* n°7, p.2, 7 juin 2017

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Voir infra, p.32

Des dispositions de droit commun du code civil et du code de la propriété intellectuelle viennent protéger les actifs stratégiques des entreprises ainsi que l'espionnage industriel sur le fondement d'actions en concurrence déloyale, mais également de recours à des mesures concernant la protection de la propriété intellectuelle, protégeant par exemple les brevets.

La concurrence déloyale peut être définie comme l'abus par une entreprise concurrente de sa liberté d'entreprendre. Il s'agirait d'une entreprise, qui dans le cadre de marché, nuit à d'autres entreprises. Les actes de concurrence déloyale peuvent prendre diverses formes comme notamment la confusion dans l'esprit de la clientèle, le dénigrement, la désorganisation, le parasitisme économique⁴⁰. Les articles 1240 et 1241 du code civil prévoient la possibilité d'engager la responsabilité civile dès lors qu'il y a concurrence déloyale c'est-à-dire un abus de droit. Ainsi, cela permet de prévenir l'utilisation d'informations par des moyens déloyaux⁴¹. Pour cela, il faut que la faute, qu'un préjudice ainsi qu'un lien de causalité soient caractérisés. Le préjudice généré par la concurrence déloyale provoque, en général, une perte de clientèle mais peut également conduire à une baisse du chiffre d'affaires. Cependant, si cette voie de recours existe pour sanctionner des comportements déloyaux portant atteinte au secret des affaires, celle-ci paraissait incomplète et pas totalement satisfaisante. En effet, les entreprises n'étaient pas forcément ouvertes à agir en justice par ce biais du fait de la crainte de révélation de leur secret d'affaires au cours de la procédure. De même, la preuve de l'atteinte au secret des affaires comme violation déloyale était parfois difficile à apporter par les entreprises victimes⁴². Ainsi, l'intervention du législateur pour protéger les secrets des affaires semblait utile et davantage protecteur pour le titulaire légitime du secret.

Par ailleurs, il existe également des mesures de protection par le biais du code de la propriété intellectuelle. Par exemple, l'article L611-10 du code de la propriété intellectuelle vient protéger les brevets : « *sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une activité inventive et susceptibles d'application industrielle* ». Dès lors, l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) confère un titre de propriété intellectuelle c'est-à-dire des droits exclusifs d'exploitation sur une création industrielle à l'inventeur. Ainsi, une atteinte et une exploitation illégale du brevet peut donner lieu à des sanctions, notamment engager la responsabilité civile pour contrefaçon⁴³. Cependant, le brevet,

⁴⁰ Fiches d'orientation, « concurrence déloyale », *Dalloz*, Juillet 2020

⁴¹ L. Leblond, « Le secret d'affaires : l'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », *Petites affiches n°152*, p.9, juillet 2015

⁴² *Ibid.*

⁴³ Fiches d'orientation, « contrefaçon », *Dalloz*, Août 2020

contrairement à la protection conférée par la loi du 30 juillet 2018, ne repose pas sur le même mécanisme, dans la mesure où le brevet implique le dévoilement au préalable de l'invention. En revanche, en matière de secret des affaires, la valeur ajoutée se trouve justement dans le secret qui ne doit pas être divulgué. Dès lors, la protection par le brevet n'apparaît pas adéquate et difficile à adapter pour la protection de certaines informations. En outre, cette distinction est fondamentale quant à la problématique du respect des libertés d'information puisque le secret des affaires s'avère, par définition, davantage restrictif en matière d'accès à l'information. Ainsi, la protection par brevet semble opposée à la notion de secret. En effet, le mécanisme du brevet suppose un contrat entre d'une part la société et d'autre part celui qui dépose la demande de brevet et confère dès lors un monopole d'exploitation sur le brevet pendant vingt ans. Par conséquent, la protection par un brevet et la protection du secret des affaires ne constituent pas la même démarche.

Dès lors, une donnée stratégique telle qu'une recette par exemple, conférant un avantage stratégique compétitif à une entreprise, aura plus de bénéfices à être protégée par le secret des affaires afin d'éviter sa divulgation. En effet, cela confère à l'entreprise une avance sur ses concurrents, notamment dans la mesure où ces derniers ne pourront pas s'exonérer ni des dépenses en recherche et développement, ni d'investissements s'ils veulent développer une innovation similaire. En revanche, ils auraient pu, par exemple, s'exonérer des dépenses en la matière en reprenant une base similaire de l'invention si l'entreprise avait choisi de protéger ses données par un brevet, dans la mesure où l'accès au brevet est ouvert à tous⁴⁴. De même, le secret des affaires semble aller plus loin que le droit de la propriété intellectuelle puisqu'il protège des éléments immatériels qui ne sont pas forcément protégés par le droit de la propriété intellectuelle comme par exemple des procédés ou des savoir-faire techniques. Enfin, les conditions pour obtenir un titre de brevet ne sont pas les mêmes que la définition du secret des affaires comme par exemple l'exigence d'originalité, nécessaire pour détenir un brevet⁴⁵. On note aussi que la protection du secret des affaires n'a, en théorie, pas de durée ni de limite territoriale.

En outre, le droit de la propriété intellectuelle protège aussi le dépôt de marque pendant dix ans. De même, il protège les dessins et modèles. Ces protections peuvent se cumuler avec les droits d'auteur par exemple. Il existe une multitude de protections issues du droit de la propriété

⁴⁴ Cabinet Alatis, « stratégie de protection : enregistrer ses droits de propriété intellectuelle ou garder le secret ? », sd

⁴⁵ P. Cadio, E. Naudon, « Secret des affaires et propriété intellectuelle : une complémentarité suffisante pour la protection des actifs immatériels ? », *Option Finance n°1495*, p.41, janvier 2019

intellectuelle, qui impliquent, en général, une divulgation, de l'information, l'objet, l'invention, l'œuvre à protéger. En revanche, le secret existe tout de même dans certaines matières comme la protection des droits d'auteur. Les droits d'auteur peuvent protéger à la fois les créations audiovisuelles, musicales, plastiques mais également les logiciels. Cette protection des œuvres peut être secrète et exister dès la conception de celle-ci. En effet, le dépôt d'une œuvre peut s'avérer secret et sa protection durer durant toute la vie de l'auteur et soixante-dix ans post-mortem⁴⁶. Cette protection secrète semble toutefois être source d'incertitude du fait de la méconnaissance des tiers de cette protection. En outre, le secret des affaires permet une protection plus large que les droits d'auteur.

Par ailleurs, il convient de souligner qu'outre la nécessité de garder secrètes ou non les informations, la défense des droits n'est pas la même concernant le droit de la propriété intellectuelle et la protection du secret des affaires. Effectivement, le premier se défend sur la notion de contrefaçon alors que la seconde sur le terrain de la responsabilité civile du code civil⁴⁷. De même, il s'avère beaucoup plus coûteux de déposer un brevet dont le coût peut varier entre 3 500 et 5 000 euros que de protéger une information stratégique par le biais du secret des affaires. Néanmoins, le brevet empiète moins sur les libertés fondamentales des citoyens. L'efficacité économique et l'opacité, caractéristiques du secret des affaires, priment sur la transparence et sur l'existence de droits privatifs. En effet, le droit de la propriété intellectuelle confère la propriété du brevet, des droits d'auteurs du détenteur, ce qui n'est pas le cas concernant le secret des affaires.

1.2. Les dispositions du code pénal

En outre, des dispositions du code pénal permettent également de protéger les données sensibles des entreprises. L'auteur des faits peut ainsi être sanctionné. Il encourt une peine d'emprisonnement ou le paiement d'une amende. Plusieurs infractions peuvent être retenues avec la possibilité, par exemple, d'envisager des procédures pour vol, abus de confiance, escroquerie en cas d'atteinte aux données économiques des entreprises. Un individu qui exploiterait un secret des affaires pourrait, par exemple, être condamné pénalement sur le fondement de l'abus de confiance, définit à l'article 314-1 du code pénal à savoir « *le fait pour une personne de détourner au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs ou un bien quelconque*

⁴⁶ Site web IP Trust Innovation

⁴⁷ L. Dirickx, « Secret des affaires et propriété intellectuelle : quelle stratégie adopter ? », *Le blog des TGS France Avocats*, novembre 2018

qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé ».

De même, le vol est sanctionné pénalement. Pendant longtemps, il était difficile de reconnaître le vol pour les biens immatériels. En effet, on définit le vol dans l'article 311-1 du code pénal comme « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». Cette définition supposait donc l'existence d'un bien matériel. Or, la jurisprudence a, peu à peu, reconnu la possibilité du vol d'informations et donc d'un bien immatériel. L'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 2015 reprend cette hypothèse et qualifie de vol la « *soustraction des données (...) sans le consentement de leur propriétaire* »⁴⁸. Il faut noter que le législateur consacre par la loi n°2015-912 du 24 juillet 2015 le vol de données dans l'article 323-3 du code pénal : « *le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende* ». Ainsi, le recours aux dispositions de droit commun pour sanctionner pénalement le vol de données est possible⁴⁹. Par conséquent, la détention illégale d'un secret des affaires peut être indirectement sanctionnée pénalement.

Dès lors, si le secret d'affaires n'était pas encore protégé juridiquement par une loi spéciale en la matière, les dispositions de droit commun pouvaient et peuvent s'appliquer en vue de protéger les données économiques des entreprises. Tant des sanctions civiles que pénales peuvent être invoquées, selon la qualification de l'infraction. Néanmoins, avec l'usage exponentiel des technologies et l'accroissement des cybermenaces, ces instruments juridiques sont apparus insuffisants pour contrer l'usage et la détention illégitime d'un secret des affaires.

2. L'existence de dispositions spéciales en matière de secret

L'adoption de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 a suscité quelques débats par crainte d'une généralisation du secret. En effet, selon les détracteurs de la loi, celle-ci favoriserait l'opacité au détriment de la transparence, souvent considérée comme un élément constitutif de la démocratie. La suspicion de détournement du bon usage de ce secret était très présente.

⁴⁸ Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mai 2015, n°14-81.336, publié au bulletin

⁴⁹ Voir infra p.50

Cependant, la qualification de secret n'est pas nouvelle. En effet, des dispositions spéciales en matière de secret existaient déjà et s'avéraient, globalement, justifiées et nécessaires. Les dispositions spéciales en matière de secret ne sont pas forcément attentatoires aux libertés fondamentales. Elles peuvent, au contraire, les renforcer comme en matière de secret médical par exemple et être un élément constitutif du bon fonctionnement de certaines professions.

On peut relever la consécration du secret professionnel inscrit dans le code pénal de 1810 puis dans le code pénal de 1992⁵⁰. En effet, certaines professions sont soumises à une relation de confidentialité et donc à une certaine discrétion concernant les informations entre le professionnel et ses clients. A titre d'exemple, les professions médicales et bancaires ainsi que les avocats et les experts – comptables sont soumis au secret professionnel.

Concernant les avocats par exemple, le secret professionnel constitue un principe « *d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps* »⁵¹. De même, le secret professionnel de l'avocat s'effectue, de manière générale, au bénéfice des clients. En effet, ce secret soumis aux avocats permet notamment de garantir les droits de la défense et de conseil. Il est ainsi protégé par la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 ainsi que par le règlement intérieur national de la profession d'avocat⁵². Ainsi, les rendez-vous entre les avocats et leurs clients, les échanges téléphoniques, les documents sont soumis au secret professionnel et les perquisitions, le cas échéant, sont très encadrées. Ce secret professionnel est également protégé par la CJUE notamment par l'arrêt du 19 février 2002⁵³ selon lequel « *le secret professionnel est la base de la relation de confiance qui existe entre l'avocat et son client. Il impose à l'avocat de ne divulguer aucune information qui lui a été communiquée par son client, et s'étend rationae temporis à la période postérieure à la fin du mandat et rationae personae à l'ensemble des tiers, il constitue une garantie essentielle de la liberté de l'individu et du bon fonctionnement de la justice* »⁵⁴. Le secret professionnel des avocats est donc un élément très important dans la conduite de la profession. Celui-ci fait également l'objet d'une proposition de renforcement suite au projet de loi du 14 avril 2021 soumis par le ministre de la justice Eric Dupont-Moretti. Si le projet de loi est adopté, les avocats pourront d'une part assister aux perquisitions qui ont

⁵⁰ Article 226-13 du code pénal

⁵¹ Article 2.1 du règlement intérieur national de la profession d'avocat, janvier 2021

⁵² S. Brugère, J.Laurent, « Secret professionnel de l'avocate et de l'avocat et confidentialité des échanges : vade-mecum », *Gazette du Palais* n°12, p.10, mars 2021

⁵³ CJCE, 19 février 2002, J.C.J.Wouters c/ Algemene Raad van de Nederlandse van Advocaten, n°C-309/99

⁵⁴ Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger, affaire C-309/99, point 182, juillet 2001

lieu chez leurs clients et d'autre part la personne perquisitionnée pourra « *s'opposer à la saisie d'un document couvert par le secret professionnel de l'avocat* »⁵⁵.

De même, le secret médical constitue un droit protecteur pour le patient. En effet, le patient a droit à la protection de sa vie privée, à la protection de ses informations médicales et de son dossier médical. La violation du secret médical est également sanctionnée pénalement par l'article 226-13 du code pénal. Ainsi, selon l'arrêt de la 2^{ème} chambre civile de la Cour de cassation du 19 février 2009 : « *des informations couvertes par le secret médical ne peuvent être communiquées à un tiers sans que soit constaté l'accord de la victime ou son absence d'opposition à la levée de ce secret, de sorte que la caisse ne pouvait être contrainte de communiquer à la société de telles informations* »⁵⁶. Cependant, il convient de noter que l'existence de ces dispositions spéciales en matière de secret diffère quelque peu du secret des affaires dans la mesure où le secret est établi pour la relation de confiance en faveur des clients ou en l'espèce des patients alors que l'objectif du secret des affaires est davantage porté vers l'efficacité économique des entreprises, au détriment parfois d'une véritable transparence envers les clients. En matière de secret médical, la Cour de cassation parle notamment d'un « *droit propre au patient* »⁵⁷.

Aussi, si des dispositions spéciales concernant le secret professionnel existaient déjà bien antérieurement à la définition du secret des affaires, certaines dispositions semblent source de difficultés. C'est notamment le cas du secret bancaire dont l'évolution paraît nécessaire afin de l'adapter aux changements de la société et de permettre une plus grande clarification de ses contours. Le secret bancaire est protégé par la loi n°84-46 du 24 janvier 1984 et renvoie à la protection des informations confidentielles concernant les clients et les tiers détenues par les organes de direction et les organes de surveillance d'un établissement de crédit, de compagnies financières. Le secret bancaire s'applique également aux employés, qui dans le cadre de leurs fonctions et de leurs activités, ont accès à certaines informations confidentielles⁵⁸. Le champ d'application du secret bancaire est donc large. Un rapport du Haut comité juridique de la place financière de Paris de 2020 sur le secret bancaire⁵⁹ pointe les difficultés soulevés par le secret bancaire, notamment l'insécurité juridique. En effet, d'une part, l'instabilité de la jurisprudence en la matière et d'autre part l'imprécision du champ d'application du secret bancaire ainsi que

⁵⁵ L. Garnerie, « Les députés consacrent la présence de l'avocat lors des perquisitions », *Gazette du Palais* n°19, p. 6, mai 2021

⁵⁶ Cour de cassation, chambre civile, 19 février 2009, 08-11.959, publié au bulletin

⁵⁷ Cour de cassation, chambre criminelle, 13 octobre 2020, 19-87.341, point 14, publié au bulletin

⁵⁸ J. Lasserre-Capdeville, « Secret bancaire et droit à la preuve », *L'essentiel Droit bancaire* n°10, p. 2, novembre 2020

⁵⁹ Rapport sur le secret bancaire du Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, juillet 2020

les multiples dérogations au principe accentuent l'incertitude à l'égard du secret bancaire. Néanmoins, il y a bien une obligation légale à respecter le secret bancaire et sa divulgation peut également être sanctionnée civilement comme pénalement⁶⁰ notamment depuis la loi du 24 janvier 1984. En outre, le secret bancaire semble relativement remis en cause par le développement de l'économie des données. En effet, comme le souligne Myriam Roussille (2020)⁶¹, d'un côté le secret bancaire vise à protéger les données personnelles des clients alors même que de l'autre côté l'*open banking* participe à la « *circulation massive des données* ». Cette ouverture a conduit à l'adoption d'un arsenal de protection au niveau européen dont le règlement général de protection des données personnelles⁶² qui assure la protection des données des personnes physiques et questionne, parfois, de sa substitution au secret bancaire. La modernisation du secret bancaire semble donc incontournable pour répondre aux évolutions sociétales et aux difficultés liées à sa très grande souplesse.

Il convient en revanche de souligner que ces dispositions spéciales se distinguent par le bénéficiaire du secret. En effet, dans le cas du secret professionnel soumis aux avocats, celui-ci profite notamment aux clients. De même, la protection du secret médical est mise en œuvre pour protéger les patients, ayant droit à une vie privée et à une protection de leur dossier médical. De la même manière, le secret bancaire vise à protéger les informations confidentielles des clients, il s'agit donc d'une protection au bénéfice des clients. En revanche, le secret des affaires se particularise par le bénéficiaire de la protection qui est l'entreprise et non pas le client de l'entreprise. Dès lors, les débats concernant ce secret s'avèrent tout à fait légitimes quant aux garanties données aux clients mais également aux citoyens en général.

Parallèlement d'autres formes de secrets peuvent exister notamment concernant le secret de l'instruction et de l'enquête ou encore le secret des délibérations, le secret des correspondances. Ainsi, la notion de secret consacrée par la directive du 8 juin 2016 puis par la loi du 30 juillet 2018 n'est pas singulière.

Par conséquent, la révélation d'un secret des affaires peut se voir sanctionner par une série de dispositions de droit commun et de droit spécial, ainsi la loi protégeant le secret des affaires vient compléter et consolider des dispositions déjà existantes en la matière. Elle peut

⁶⁰ Articles 226-13 et 226-14 du code pénal

⁶¹ M. Roussille, « Le secret bancaire entre actualité et archaïsme », *Revue de droit bancaire et financier* n°6, novembre 2020

⁶² Voir infra p.32

également se baser sur ces dispositions protégeant ces divers secrets notamment pour les sanctions pénales non-prévues par la loi française du 30 juillet 2018.

Section 2. Un cadre juridique renforcé et renouvelé de source européenne

Dans le cadre du bon fonctionnement du marché intérieur, du développement économique et de l'innovation, la Commission européenne a souhaité harmoniser la protection du secret des affaires. En effet, l'objectif était d'éviter de trop grandes disparités de protection entre les Etats membres de l'UE. Cette harmonisation permet de garantir à chacun des « *conditions de concurrence équitables pour toutes les entreprises européennes* »⁶³. Dans ce contexte, le Conseil a adopté la directive 2016/943 « *sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention et la divulgation illicites* ». Ainsi, la directive de 2016 a donné le pas à une transposition dans les droits internes nationaux et par conséquent dans le droit interne français. Elle a mis fin à plusieurs années d'échecs d'introduction du secret des affaires dans le droit français (1). Néanmoins, la France en a profité pour élargir sa portée ainsi que son champ d'application. Ainsi, l'introduction du secret des affaires dans le droit français a été légitimée par la consécration européenne (2).

1. Des tentatives nationales d'instaurer une définition juridique du secret des affaires sans succès

Alors que l'application du principe du secret des affaires était principalement jurisprudentielle et relative à des dispositions de droit commun – donc pas totalement appropriées - plusieurs tentatives d'instaurer le secret des affaires et de légiférer en la matière ont été effectuées depuis presque quinze ans en France, en vain. L'objectif étant de regrouper dans un unique texte les dispositions relatives au secret des affaires alors même qu'environ cent cinquante références au secret des affaires étaient éparpillées dans différents règlements, lois, codes français⁶⁴. En outre, la loi permet de donner une définition au secret des affaires.

Tout d'abord, une première loi doit être évoquée à savoir la loi n°68-538 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères dite loi de blocage du 26 juillet 1968. Elle permet de protéger les « *informations commerciales et industrielles*

⁶³ Site web du Conseil européen et du Conseil de l'Union européenne : <https://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2016/05/27/trade-secrets-new-directive/>

⁶⁴ M. Danis, « Un secret des affaires mieux protégé par la loi et le Juge », *Cabinet August Debouzy*, novembre 2018

françaises ». Dès lors, grâce à celle-ci, il n'est pas possible de communiquer des renseignements et informations de telle nature aux entreprises étrangères sauf s'il existe des dispositions contraires dans les traités internationaux. Néanmoins, la portée de cette loi en matière d'informations stratégiques restait faible et insuffisante.

Ensuite, dès 2004, le secret des affaires, proprement dit, réapparaît par le biais de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004 apportant des annexes à l'article L463-4 du code de commerce afin de restreindre 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* ». De même, la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur la stratégie de sécurité économique nationale, par le biais du député Bernard Carayon, avait effectué une proposition en 2004 prouvant la nécessité d'un droit à la protection du secret des affaires. Bernard Carayon a été l'auteur de plusieurs propositions entre 2004 et 2012. Celle de 2012 prévoyait même des sanctions pénales en cas de violation du secret des affaires. Cependant, le champ d'application de cette proposition de loi était très restreint et ne comportait que des sanctions pénales. La proposition de loi était imparfaite du fait de l'absence de délimitation du secret des affaires ce qui rendait les sanctions illusoires⁶⁵. Ainsi, bien qu'elle ait été adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale, elle ne l'a pas été par le Sénat, en raison notamment du contexte des élections présidentielles de 2012.

En outre, la proposition de loi Urvoas en 2014⁶⁶ s'attache également à la protection du secret des affaires. Cette proposition visait à mettre en place non seulement des sanctions pénales mais également des sanctions civiles suite à l'obtention ou une révélation d'un secret des affaires. La problématique du périmètre des informations protégées était déjà soulevée. La proposition législative couvrait comme la loi du 30 juillet 2018 à la fois « *l'obtention, l'utilisation ou la révélation du secret des affaires* »⁶⁷. Cette proposition d'amendement sur la notion de secret des affaires de 2014 avait été présentée afin d'être introduite dans la loi n°2015-990 relative à la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite « loi Macron »⁶⁸ de 2015. Cependant, d'un côté le volet pénal et de l'autre côté la question des libertés d'information, des journalistes, des lanceurs d'alerte suscitaient déjà des contestations. Ainsi, la proposition d'amendement de la loi Macron a été écartée. Il convient de noter que l'amendement protégeant

⁶⁵ P. Martin, « Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012, *Gazette du Palais n°185*, p. 19, juillet 2012

⁶⁶ Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, n°2139, juillet 2014

⁶⁷ *Ibid.* p. 17

⁶⁸ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

le secret des affaires a été mis en retrait pour mieux revenir. En effet, l'objectif était de calmer les émois suscités par cet amendement pour, plus tard, élaborer un véritable texte législatif spécial. Dès lors, la volonté était alors de garantir l'équilibre entre la protection du secret des affaires, du secret des sources et la protection des lanceurs d'alerte.

Par conséquent, plusieurs tentatives nationales d'introduire une définition et un encadrement juridique de la notion du secret des affaires ont été effectuées. Toutes ces tentatives ont été vaines. En effet, la crainte d'une mise en balance en faveur de la confidentialité des données stratégiques et au détriment des libertés, contraire à l'esprit démocratique, a émergé chez les journalistes, les médias et les citoyens. Les problématiques de 2018 étaient donc déjà présentes antérieurement. Il a donc fallu attendre les initiatives européennes pour véritablement pouvoir introduire le principe dans le droit positif. En effet, la directive européenne vient légitimer ce que le législateur français n'osait pas véritablement faire, en raison à la fois du contexte politique et de l'agitation sociale et sociétale que pouvait susciter une législation en ce sens. Elle amène ainsi une véritable occasion, et même une obligation pour les Etats membres, de légiférer pour protéger les informations stratégiques des entreprises. De même, cette protection devenait de plus en plus incontournable en entreprises d'où la nécessité de légiférer.

2. La consécration du principe du secret des affaires par la directive européenne de 2016 face aux échecs des tentatives précédentes

A la suite de la fragmentation des marchés en matière de protection du secret des affaires entre les Etats membres de l'UE, la nécessité d'une harmonisation s'est imposée. Seule la Suède bénéficiait d'un arsenal législatif visant à protéger le secret commercial alors que certains Etats membres ne garantissaient aucune protection en la matière. De plus, face à la mondialisation, l'UE est venue reconnaître la place considérable à la fois de l'économie de la connaissance mais également de l'innovation qui pour se développer, a besoin d'un certain degré de protection. En effet, la Commission européenne a soulevé « *la nécessité d'augmenter l'intensité de R&D dans le secteur privé et la nécessité de faciliter l'innovation de réseau et le transfert de connaissances au sein du marché intérieur* »⁶⁹. Or, l'un des outils réside dans la sécurisation des informations par le secret des affaires. En effet, l'UE ne peut se passer de cette économie et de cette protection étant donné que « *jusqu'à 75% de la valeur et des sources de création de*

⁶⁹ Commission staff working document impact assessment accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, novembre 2013

revenus (ou de richesse) de la plupart des organisations se trouvent dans les actifs incorporels, la propriété intellectuelle et les avantages concurrentiels exclusifs »⁷⁰ (2.1). De même, le secret des affaires a une importance transfrontalière. De surcroît, il s'agit d'actifs immatériels dont les frontières sont peu visibles dans un monde globalisé, puisque les entreprises coopèrent et travaillent ensemble. Ce travail qui peut être le fruit « *d'innovation de réseau* »⁷¹ et donc, *a fortiori*, un minimum de dispositions juridiques communes s'avérait nécessaire afin de garantir un certain degré de protection et l'efficacité économique. C'est pourquoi, la directive du 8 juin 2016 a consacré une définition du secret des affaires (2.2) dans le cadre du développement de l'Europe numérique (2.3).

2.1. Une concrétisation européenne

Avant la consécration européenne et *a fortiori* française du secret des affaires, ce dernier n'était pas correctement protégé. Il pouvait être invoqué qu'indirectement par le biais des dispositions de droit commun⁷². Dans un premier temps, au niveau international, le secret des affaires avait été invoqué par l'accord multilatéral de l'OMC sur les ADPIC en 1995 dont l'article 39 protège tout autant les secrets de fabrication, les secrets industriels et commerciaux et les secrets d'affaires⁷³. Parallèlement, une définition du secret des affaires était donnée dans la jurisprudence européenne selon la référence à l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 18 septembre 1996, *Postbank contre Commission*⁷⁴ selon lequel le secret des affaires renvoyait à « *des informations dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci* »⁷⁵. Cette définition donnée par le tribunal des communautés européennes implique donc l'existence d'une faute à savoir la divulgation d'informations confidentielles ayant causé un préjudice pour le détenteur du secret. De même, la jurisprudence européenne avait une certaine avance par rapport à la France notamment avec l'article 339 du TFUE mentionnant explicitement le secret professionnel soumis aux fonctionnaires et aux agents de l'UE. De même, plusieurs arrêts de la Cour de justice de l'UE ont fait valoir, à plusieurs reprises, l'importance du respect du secret des affaires notamment

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Voir supra p.15

⁷³ F. Dessemontet, « Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce », sd

⁷⁴ CJCE, 18 septembre 1996, *Postbank contre Commission des Communautés européennes*, n° T-353/94

⁷⁵ *Ibid.* point 87

les arrêts CJCE du 1^{er} juillet 2008 Chronopost et La Poste contre UFEX⁷⁶ ou encore celui du 23 juin 1986 Akzo Chemie BV et Akzo Chemie UK Ltd contre Commission⁷⁷. Ce dernier arrêt venait confirmer l'existence du secret des affaires comme un principe général du droit communautaire. Enfin, des règlements abordent également le secret professionnel au niveau européen. C'est le cas des règlements 1/2003⁷⁸ et 773/2004⁷⁹ faisant en sorte d'assurer la protection du secret des affaires des entreprises lors des contrôles de concentrations en droit de la concurrence⁸⁰. Par conséquent, au regard de la place consacrée au secret des affaires au niveau européen, la nécessité d'une harmonisation en la matière ne paraît ni être une idée dénuée de sens ni novatrice mais essentielle.

Dans ce contexte intervient l'adoption de la directive européenne 2016/943. Cette directive a été adoptée, alors même que, peu de temps auparavant le *Defend Trade Secret Act*⁸¹ était adopté par le congrès américain. Ce *Defend Trade Secret Act* promulgué par le Président américain le 11 mai 2016 visait également à protéger le secret des affaires et dispose de quelques points communs avec la directive européenne du 8 juin 2016. S'il existe un véritable élan pour protéger spécifiquement le secret des affaires, ces lois ne constituent en rien une introduction du principe, déjà bien présent depuis longue date. Elles permettent simplement de s'adapter aux évolutions de la société et notamment à la société d'information. L'étude d'impact donnant suite à la proposition de la directive du 8 juin 2016 met en exergue la nécessité d'agir « *en raison de la faible protection juridique et du risque accru d'appropriation illicite des secrets commerciaux, les avantages concurrentiels des entreprises fondés sur les secrets commerciaux sont menacés et les incitations à des activités innovantes transfrontalières au sein de l'UE ne sont pas optimales* »⁸². La directive européenne du 8 juin 2016 était donc très attendue dans le milieu entrepreneurial notamment pour faire face au « *problème d'espionnage*

⁷⁶ CJCE, grande chambre, 1^{er} juillet 2008, Chronopost SA et La Poste contre Union française de l'express (UFEX) et autres C-341/06

⁷⁷ CJCE, 23 septembre 1986, AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd contre Commission des communautés européennes C53/85

⁷⁸ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

⁷⁹ Règlement (CE) n°773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE

⁸⁰ H. Doray, "La preuve dans les pratiques anti-concurrentielles", Mémoire de master, Droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2013

⁸¹ Public Law n°114-153, *Defend Trade Secrets Act of 2016*

⁸² *European Commission, Impact Assessment accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure*, novembre 2013

économique agressif»⁸³. Elle a donc permis de concrétiser l'encadrement de la protection du secret des affaires.

2.2. La définition du législateur européen

L'UE place la sécurité et les valeurs économiques au centre de sa directive protégeant le secret des affaires. En effet, ceci est notamment visible par l'utilisation intensive du mot « *innovation* » qui revient à vingt-trois reprises dans la directive. La protection des informations stratégiques constitue la première intention du législateur européen. La directive européenne, ayant pour base légale l'article 114 du TFUE sur l'harmonisation, donne une définition du secret des affaires dans son article 2 comme étant : « *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 des 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 le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes* ». Il convient d'abord de relever que la directive n'utilise pas la notion de « secret des affaires » mais de « secret d'affaires », ce qui est toutefois sans incidence sur la définition donnée à la notion. Cette définition permet d'accorder un régime autonome à la protection du secret des affaires.

Cette définition extensive de la directive implique trois conditions cumulatives pour qu'une donnée stratégique soit qualifiée de secret des affaires. Tout d'abord cela concerne des informations. Ces informations ne doivent pas être connues par les spécialistes du domaine en question (i), elles doivent avoir une valeur commerciale c'est-à-dire qu'un individu, un concurrent pourrait être prêt à payer pour les obtenir (ii) et enfin, des dispositions doivent être prises pour les protéger au préalable (iii). Cette définition large du secret des affaires va globalement être reprise et davantage étendue lors de la transposition par la loi française du 30 juillet 2018. Aussi, il semble important de souligner que le considérant 19 de la directive du 8 juin 2016 marque l'importance du respect de la charte des droits fondamentaux, de source constitutionnelle et rappelle que le respect du principe du secret des sources des journalistes et de la liberté d'information s'avère essentiel. De même, la directive vient également préciser les

⁸³ Rapport Urvoas, AN, doc. Parl, n°2482 relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2014, p. 37, 2014

contours de l'obtention, l'appropriation, la divulgation illicite du secret des affaires. La directive permet donc le partage par les Etats membres d'une définition uniforme et unique dont le contrôle revient à la CJUE⁸⁴. La directive vient également préciser le régime de protection relatif au secret des affaires.

Par ailleurs, il convient de noter que la technique d'harmonisation laisse une marge de manœuvre quant à la protection voulue par les Etats membres. En effet, les Etats membres sont libres de retenir une définition encore plus extensive du secret d'affaires. Le législateur français en a donc profité pour élargir le champ d'application en la matière. La directive européenne est très attentive à l'articulation avec la liberté d'établissement⁸⁵ et la libre circulation des travailleurs⁸⁶, libertés matrices de l'UE. En revanche, certaines dispositions n'ont pas été reprises laissant une certaine insécurité juridique. Cela concerne notamment les informations sensibles détenues et assimilées par les salariés, ce qui provoque des ambiguïtés quant à la réutilisation de ces savoir-faire acquis dans une entreprise, soumis au secret des affaires. S'il existe bien une distinction entre les « *connaissances subjectives propres au salarié* »⁸⁷ et les « *connaissances objectives revenant exclusivement à son employeur* »⁸⁸, la frontière peut être poreuse et source d'ambiguïtés dès lors que la loi ne donne pas de précisions supplémentaires. Le Conseil de l'UE n'avait cependant pas manqué de rappeler l'importance de la mobilité des salariés notamment « *il n'y aura aucune limitation à l'utilisation par les salariés d'expériences et de compétences acquises de manière honnête dans l'exercice normal de leurs fonctions* »⁸⁹. On note également que la directive du 8 juin 2016 prévoit un principe de proportionnalité pour éviter de porter atteinte à la libre circulation des travailleurs. Ainsi, bien que la directive laisse une marge de manœuvre aux Etats membres, ces derniers doivent tout de même se conformer au droit du marché intérieur.

En outre, la directive n'impose pas de régime répressif mais laisse libre choix aux Etats membres. Le législateur français a décidé de sanctionner civilement et non pénalement le secret des affaires. La transposition de la directive s'est faite dans le code du commerce français, témoignant de l'importance de la « *stratégie entrepreneuriale* ». La directive a été l'objet de critiques du fait de son imprécision, que l'on retrouve dans la loi de transposition française. De

⁸⁴ J-C Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, septembre 2018

⁸⁵ Article 49 du TFUE

⁸⁶ Article 45 du TFUE

⁸⁷ M. Dhenne, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Recueil Dalloz*, point 24 septembre 2018

⁸⁸ *Ibid*

⁸⁹ Conseil de l'Union Européenne, « Protection des secrets d'affaires : Le Conseil adopte une nouvelle directive », communiqué de presse, Bruxelles, mai 2016

même, l'utilité de la directive semble remise en question notamment par les plus petites entreprises. En effet, « *cela creuserait encore plus les écarts entre les PME et les multinationales, ces dernières pouvant encore plus aisément camoufler les montages leur permettant de payer moins d'impôts* »⁹⁰. Néanmoins, ce point de vue n'est pas partagé par l'ensemble des acteurs. En effet, au contraire pour certains, la protection du secret des affaires semble particulièrement utile dans le cadre des petites et moyennes entreprises, puisqu'il s'agit d'un moyen de protection peu onéreux. Ainsi, les PME détenant des informations confidentielles peuvent se voir encourager à investir sans crainte⁹¹. Les avis divergent donc quant à l'appréciation de la directive.

Cette directive est également à mettre en perspective avec le développement d'une Europe du numérique. En effet, l'UE cherche à davantage encadrer les données et réguler le numérique.

2.3.L'impulsion européenne dans le développement du droit de la donnée

Alors que le monde traverse une crise sanitaire inédite depuis plus d'un an, les technologies et le numérique prennent une part de plus en plus considérable dans la vie de chaque individu, de chaque administration et de chaque entreprise. Dans ce contexte, la cybercriminalité tend et va continuer encore à se développer d'où la nécessité de prendre des mesures de protection pour faire face à ces menaces. L'UE et la Commission européenne en particulier sont véritablement conscientes de ces risques et de ces nouveaux enjeux d'où le développement d'un marché intérieur du numérique. La Commission européenne parle d'ailleurs de l'ouverture d'une « *décennie numérique* »⁹² par le biais d'interventions dans un certain nombre de domaines comme la cybersécurité, l'intelligence artificielle, les compétences numériques etc. Il s'agit d'une stratégie de long terme, comme le rappelait Oleg Butkovic, président du Conseil, le 9 juin 2020 : « *la transformation numérique permettra non seulement de contribuer à faire face à la crise sanitaire actuelle, mais elle sera également un moteur essentiel de la relance économique, de la croissance verte et de l'autonomie stratégique de l'UE* »⁹³. La question de la souveraineté numérique est également au cœur des débats. Depuis deux ans, l'UE a

⁹⁰ G. Goffaux Callebaut, « Avant-propos : secret et transparence en droit des affaires », *Petites affiches n°226-227*, p.48, novembre 2016

⁹¹ C. Sappa, « Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, p.847, octobre 2019

⁹² Site web de la Commission européenne : https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age_fr

⁹³ Conseil de l'UE, « Façonner l'avenir numérique de l'Europe – le Conseil adopte des conclusions », communiqué de presse, Bruxelles, juin 2020

démultiplié les textes relatifs au droit de la donnée. L'adoption de la directive du 8 juin 2016 s'inscrit dans ce contexte textuel et constitue l'une des premières pierres de cet édifice normatif.

Par exemple, le Règlement Général sur la Protection des Données personnelles (RGPD) du 27 avril 2016⁹⁴ a été mis en place et est directement applicable depuis le 25 mai 2018 dans l'UE. Il a pour objectif de protéger les données personnelles. Bien que différents, le RGPD et la protection des affaires semblent liés, en ce sens qu'ils partagent un certain nombre de mesures communes. En effet, si le RGPD vise à protéger les informations personnelles des tiers, la loi du 30 juillet 2018 vise à protéger les informations personnelles des entreprises. En ce sens, on peut observer la symétrie des deux protections⁹⁵. Les données du RGPD doivent être sécurisées dans des « *cloud* » tout comme les informations protégées au titre du secret des affaires⁹⁶. Néanmoins, il est possible que le RGPD d'un côté et le secret des affaires de l'autre soient en concurrence notamment lorsque le secret des affaires couvre une information personnelle⁹⁷. En effet, les tiers doivent pouvoir avoir la maîtrise de leurs données personnelles. Or, ces données personnelles, entrant dans le champ d'application de la loi du 30 juillet 2018, échapperont au contrôle desdits tiers. Enfin, concernant le RGPD, les données protégées sont désignées par la loi, ce qui n'est pas le cas du secret des affaires. Dans le dernier cas, l'entreprise devra elle-même faire les démarches pour protéger son patrimoine informationnel et permettre sa valorisation.

On peut également noter l'adoption d'un règlement en juin 2019⁹⁸ concernant les plateformes en ligne. Le but de l'UE étant d'instaurer « *de nouvelles règles qui offriront aux entreprises un environnement en ligne plus transparent, plus équitable et plus prévisible, ainsi qu'un système efficace pour obtenir une indemnisation ou une réparation* »⁹⁹. De même, on peut relever la directive relative aux droits d'auteur adoptée en avril 2019¹⁰⁰ pour garantir une meilleure protection des artistes et de leur production dans le cadre de l'environnement

⁹⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

⁹⁵ O. de Maison Rouge, « le secret des affaires : à la frontière de la vie privée de l'entreprise », *Constructif* n°51, novembre 2018

⁹⁶ M. Quemener, « Le secret des affaires au grand jour – Enjeux et applications de la protection des informations économiques », *Cahiers de droit de l'entreprise* n°6, novembre 2018

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne

⁹⁹ Site web du Conseil européen et du Conseil de l'UE : <https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/digital-single-market/>

¹⁰⁰ Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE

numérique. On peut aussi citer, entre autres, la nouvelle réglementation sur le flux de données qui vise à abolir les obstacles à la libre circulation des données à caractère non personnel¹⁰¹. L'UE a de plus adopté un programme de financement pour l'Europe numérique pour 2021. L'objectif de l'UE est d'éviter les pertes économiques engendrées par les menaces et les vols effectifs de données ainsi que de favoriser la confiance des citoyens de l'Union dans les services numériques¹⁰². A cet égard, le Conseil parlait le 22 mars 2021 de la volonté « *d'édification d'une Europe résiliente, verte et numérique* »¹⁰³.

L'UE semble donc résolue à s'inscrire dans ce mouvement de protection des données, allant jusqu'au secret des affaires. Si l'objectif d'éviter des pertes de chiffres d'affaires, de favoriser l'innovation, la coopération interétatique au sein de l'Union ainsi que la compétitivité est bien présent, la directive n'occulte pas pour autant les libertés notamment par son renvoi à la charte des droits fondamentaux. En effet, cette référence à la charte adoptée le 7 décembre 2000 garantit le respect d'un certain nombre de droits et des valeurs rattachés à l'Union. Par ailleurs, la directive du 8 juin 2016 est une harmonisation minimale, c'est-à-dire qu'elle laisse des marges de manœuvre aux Etats membres dans la transposition pour mettre en place une protection plus forte. Ainsi, le législateur français n'en a pas profité, contrairement au législateur suédois par exemple, pour renforcer les libertés. Certains se posent la question de savoir s'il ne faudrait pas davantage harmoniser afin de garantir l'unité du marché intérieur et une protection juridique du secret des affaires équivalente et unique entre les Etats membres. En effet, on songe par exemple à la différenciation en matière de responsabilité pénale qui est laissée au libre choix des Etats membres¹⁰⁴.

Par conséquent, la loi du 30 juillet 2018 complète des droits déjà existants pour protéger les données sensibles et confidentielles. En effet, le droit commun existant permet de limiter le partage de certaines données. Ainsi, la transposition de la directive protégeant le secret des affaires permet un renforcement de cet élan et une consécration spéciale pour garantir la pleine efficacité de la protection du secret des affaires, plus large que les dispositions existantes. Ainsi,

¹⁰¹ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne

¹⁰² Commission européenne (2015), communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, stratégie pour un marché unique numérique en Europe, Bruxelles, 6 mai 2015

¹⁰³ Site web du Conseil européen et du Conseil de l'UE

¹⁰⁴ Voir infra p. 50

cela répond à la demande des entreprises en faveur d'une protection plus adaptée pour le patrimoine informationnel des entreprises. Le dynamisme de l'Union en matière de réglementation du numérique a constitué un tournant décisif dans l'adoption d'une loi française protégeant le secret des affaires.

Chapitre 2. Une vision ambivalente et extensive de la loi : entre sécurité économique et insécurité juridique ?

Alors que les investissements en recherche et développement nourrissent la création d'innovations, favorisent la compétitivité et peuvent amener à l'obtention d'un avantage concurrentiel, les secrets des affaires peuvent être présents dans toutes les entreprises. En effet, les entreprises innovantes détiennent un certain nombre de compétences, informations permettant de mettre à profit leurs ressources et devenir plus attractives sur les marchés. Ces informations à valeur ajoutée peuvent être protégées par la loi du 30 juillet 2018. Le secret des affaires se différencie notamment de la protection donnée par le droit de la propriété intellectuelle, en ce sens que le secret des affaires désigne un ensemble d'informations beaucoup plus large explicité par la loi du 30 juillet 2018. La loi protégeant le secret des affaires a pour objectif de soutenir l'innovation tout en garantissant une concurrence loyale. Elle vise donc à garantir la sécurité économique. Néanmoins, si ce nouveau dispositif légal souhaite encourager l'accumulation de capitaux immatériels afin de garantir le dynamisme des marchés, l'absence de contours clairs de la loi entraîne un certain degré d'insécurité juridique (section 1). De même, quelques limitations sont à relever puisque la loi n'épouse pas toutes les possibilités de la directive notamment en matière pénale (section 2).

Section 1. L'extension du champ d'application de la loi du 30 juillet 2018 par rapport à la directive européenne du 8 juin 2016

Comme l'énonce le droit de l'UE, les directives européennes se doivent d'être transposées, en général, dans un délai de deux ans. Le législateur français avait jusqu'au 9 juin 2018 afin de transposer la directive européenne du 8 juin 2016. La directive avait laissé une marge d'appréciation aux Etats membres quant au degré de protection offert à la protection du secret des affaires. Par conséquent, de cette transposition résulte la loi du 30 juillet 2018 dont le champ d'application s'avère très large (1). La loi permet de définir la notion de secret des affaires dans le droit français. Elle permet également de mieux saisir les conditions de licéité de l'obtention, l'usage, la divulgation d'un secret et précise enfin les sanctions en cas de violation du secret des affaires. Ses délimitations et ses contours sont flous en raison des termes imprécis choisis par le législateur. Ceci laisse une grande marge de manœuvre au juge dans l'interprétation des termes de la loi. Ces imprécisions sont néanmoins sources d'insécurité. Ainsi, bien que nécessaire dans un contexte de développement du progrès technologique et non-technologique, d'accroissement des informations stratégiques à protéger, la souplesse du champ d'application voulue par le législateur conduit à quelques ambiguïtés (2).

1. Le champ d'application de la loi du 30 juillet 2018

Tout d'abord, la loi du 30 juillet 2018 propose une définition du secret des affaires. Celle-ci est intégrée dans le titre V du code de commerce français. Intitulé « *de la protection du secret des affaires (articles L151-1 à L154-1)* », le titre V est désormais composé de quatre chapitres l'un donnant une définition de la protection, le deuxième sur les actions permettant de prévenir, faire cesser ou réparer une violation du secret des affaires, le troisième portant sur les « *mesures générales de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales* » et enfin le dernier concernant les conditions d'application.

Le premier article de la loi détermine quelles informations peuvent bénéficier de la protection du secret des affaires. En effet, l'article L151-1 du code du commerce dispose : « *est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* ». On retrouve les trois conditions cumulatives énoncées précédemment dans la directive du 8 juin 2016. Ces trois conditions sont également présentes dans les accords sur les ADPIC.

1.1. Concernant la protection des informations

Tout d'abord, l'information protégée est une information qui n'est « *pas aisément accessible pour les personnes familières* »¹⁰⁵. Cela signifie qu'il s'agit d'informations confidentielles qui ne sont pas connues de manière notoire dans ledit milieu professionnel. *A contrario*, une information aisément accessible donne lieu à une concurrence totalement loyale et ne peut pas être protégée au titre du secret des affaires. En pratique, cela semble assez flou à déterminer. Le juge est donc amené à se prononcer de manière casuistique avec l'aide d'experts. De plus, la question de la preuve peut être délicate puisque le détenteur légitime du secret des affaires devra, éventuellement, prouver que l'information relevait du secret des affaires. La preuve qu'une information n'est pas aisément connue dans la sphère professionnelle n'est pas

¹⁰⁵ Article L151-1 du code de commerce

forcément facile à démontrer. La prise de mesures de protection, en amont, sera, dès lors, utile pour prouver que l'information relevait du secret des affaires. En effet, le détenteur d'informations sensibles doit prendre des « *mesures de protection raisonnables* ». Cette formule assez large ne renvoie pas à des mesures précises et donc laisse le juge apprécier si la prise d'une mesure par le requérant était suffisante au vu de l'information à protéger¹⁰⁶. En règle générale, les mesures prises peuvent être contractuelles comme des clauses de confidentialité ou alors des mesures de prévention plus techniques comme l'ajout de mot de passe par exemple. La suffisance des mesures dépend également de la nature et de l'importance de l'information protégée.

Ensuite, la délimitation des informations protégées par le texte semble large. En effet, l'encadrement des informations protégées par le secret des affaires apparaît ambivalent du fait notamment de l'usage de la notion « *valeur commerciale* » et non économique. Ainsi, la commercialisation constitue une condition *sine qua non* à la protection d'un secret des affaires, ce qui peut être restrictif par rapport à la notion de « *valeur économique* ». En effet, selon certains juristes¹⁰⁷, la loi ne va pas assez loin, en ce sens que certaines informations à caractère économique mais non-commercial ne pourront pas bénéficier de la protection. La notion de valeur commerciale implique également que l'information génère des profits.

En revanche, si la notion de « valeur commerciale » est plus restrictive que la valeur économique, il n'en demeure pas moins que, par l'ajout des qualificatifs « *effective ou potentielle* » dans la loi du 30 juillet 2018, le législateur a permis d'étendre considérablement le champ d'application de la loi. Il n'apparaît en effet pas nécessaire que l'information soit source d'un profit immédiat, celui-ci pouvant s'effectuer à terme¹⁰⁸. Le législateur français est allé plus loin que la directive en ajoutant ces conditions sur proposition d'un avis rendu par le CE¹⁰⁹. J-M Garinot y voit cependant, de nouveau, une restriction. En effet, selon lui, un certain nombre d'informations économiques n'ont ni valeur commerciale effective ni potentielle et ne peuvent pas bénéficier de la protection alors même que ce sont des informations économiques sensibles. Il prend l'exemple de recherches n'ayant pas abouti mais pouvant occasionner un « *gain de temps pour la concurrence* »¹¹⁰ par la reprise des bases de ces recherches. Ainsi la concurrence pourrait se voir avantagée au détriment du détenteur légitime des informations¹¹¹.

¹⁰⁶ Voir infra p.80

¹⁰⁷ J-M. Garinot, « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », *AJ contrat*, octobre 2018

¹⁰⁸ J-C. Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, septembre 2018

¹⁰⁹ Avis CE 15 mars 2018, n°394422 : l'objectif était de mieux refléter la « *conception européenne de cette notion* ».

¹¹⁰ J.M. Garinot, « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », *AJ contrat*, p. 420, octobre 2018

¹¹¹ J.M. Garinot, « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », *AJ contrat*, p. 420, octobre 2018

De même, concernant d'autres types d'informations comme la situation financière d'une entreprise qui ne pourrait pas bénéficier de la protection. Néanmoins, cela ouvre largement le champ d'application de la loi qui peut à la fois concerner des informations sur la stratégie commerciale, des informations économiques ou des idées à valeur commerciale, par exemple. L'absence de définition des termes rend problématique ces notions. En effet, selon maître Xavier Marchand¹¹², la démonstration du potentiel peut être difficile. Le terme potentiel élargit encore la protection du secret des affaires. En effet, les détracteurs de la loi ont vu notamment un problème d'insécurité juridique du fait de la quasi-inexistence de conditions quant à l'information protégée. Toute information de nature commerciale pourrait entrer dans le champ d'application et de protection du secret des affaires, alors même que la donnée ne relèverait pas forcément du champ des affaires¹¹³. Dès lors, le risque serait que les entreprises profitent de ce droit pour protéger davantage d'informations que nécessaires, nuisant à la transparence et à la bonne information des clients ou des tiers. Ainsi, derrière ce vocable, une idée pourrait être protégée, favorisant une approche tout à fait extensive de la protection. De plus, Dhenne (2018)¹¹⁴ soulève, dans cette définition, le problème de la notion d'idée qui n'est pas encadrée par le droit. En effet, le secret des affaires protège « *toute information* » alors que l'idée renvoie à une « *réalité indéterminée* »¹¹⁵.

En outre, il n'y a en la matière aucun actif stratégique d'entreprises limitativement énuméré par la loi, contrairement au règlement général pour la protection des données personnelles par exemple. Par conséquent, il revient au juge d'interpréter la notion de « *commerciale* ». Cette interprétation peut être extrêmement large et renvoyer « *à toutes les informations qui permettent à l'entreprise d'être plus compétitive que ses concurrentes* »¹¹⁶. Dès lors, cette protection témoigne de la volonté originelle de la directive de favoriser l'innovation et la compétitivité entre les entreprises. Cependant, avec une protection trop large et trop englobante, les craintes quant à l'accès aux informations ont pu apparaître tout à fait légitimes. La définition donnée par la loi implique que, le secret des affaires pourrait, entre autres, protéger aussi bien des savoir-faire, des procédés de fabrication, des prototypes, des formules, des recettes, des fichiers clients et fournisseurs, mais également par exemple certains choix de matières premières, matériaux procurant une avance technologique et commerciale. Il existe par conséquent une

¹¹² X. Marchand, « Secret des affaires, quelle protection pour les entreprises », *LJA Magazine* n°55, août 2018

¹¹³ J-C. Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, septembre 2018

¹¹⁴ M. Dhenne, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Recueil Dalloz*, septembre 2018

¹¹⁵ *Ibid.* p.4

¹¹⁶ J-C. Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, p.649, septembre 2018

très grande diversité d'informations à valeur commerciale pouvant être protégée au titre de la loi du 30 juillet 2018¹¹⁷. La délimitation de ce qui est protégé ou non par la loi se fait donc essentiellement par le contrôle du juge, du fait de l'imprécision de la loi.

Enfin, cette définition du secret des affaires se substitue au secret industriel et commercial traditionnellement connu et présent dans les différents codes français comme le code des douanes¹¹⁸ ou le code de l'énergie¹¹⁹ par exemple. Dès lors, tous les secrets industriels et commerciaux précédemment visés dans les textes doivent désormais se soumettre au régime du secret des affaires consacré par le législateur.

1.2. Concernant les conditions d'obtention des informations

D'une part, l'obtention des informations et des données protégées peut être licite. Cette possibilité est encadrée par l'article 3 de la loi. L'obtention licite consiste en la découverte par ses propres soins d'un procédé, d'une recette par exemple. Ainsi, la découverte licite peut se faire par des processus de démontage ou d'observation¹²⁰. Dans ce cas, aucune responsabilité ne pourra être engagée contre la personne ayant procédé à la découverte, puisqu'il s'agit du « détenteur légitime ».

D'autre part, l'obtention des informations peut être illicite. Les articles 4 et 5 de la loi du 30 juillet 2018 définissent les conditions d'obtention de l'information. L'article L151-4 du code du commerce considère qu'une obtention est illicite dès lors qu'elle s'effectue « *sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte : d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments ; de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale* ». Dès lors que l'obtention d'une donnée confidentielle d'une entreprise est qualifiée d'illicite, alors une action devant les juridictions peut être engagée au titre de la protection du secret des affaires. L'auteur du dommage est alors susceptible de voir sa responsabilité engagée. De nouveau, le juge devra se prononcer sur la question de savoir si l'obtention était licite ou illicite. La 6^{ème} chambre de la Cour d'appel de Versailles a considéré, par exemple, dans un arrêt du 27 février 2020¹²¹ que le transfert par un salarié sur sa messagerie

¹¹⁷ O. de Maison Rouge, « le secret des affaires : à la frontière de la vie privée de l'entreprise », *Constructif* n°51, novembre 2018

¹¹⁸ Article 349 sexies du code des douanes

¹¹⁹ Article L223-1 du code de l'énergie

¹²⁰ Article L151-3 du code de commerce

¹²¹ Cour d'appel de Versailles, 6^{ème} chambre, 27 février 2020, n°19/03646

personnelle de « *mails correspondant à des échanges auxquels il a participé dans le cadre de son travail* » n'était pas une obtention illicite. On peut noter en la matière que la protection du secret des affaires n'est pas absolue. Celle-ci intervient seulement dans la mesure où l'utilisation des données est illicite et « *contraire aux pratiques commerciales honnêtes* »¹²².

Enfin, la loi condamne à la fois l'obtention et la divulgation, ce qui la différencie du droit de la propriété intellectuelle. En effet, l'obtention d'une information confidentielle est comprise dans le champ d'application de la loi. Ainsi, les entreprises pourraient s'attaquer aux journalistes avant la publication d'un article lorsque l'obtention et la divulgation d'informations, telles que les taux de marges ou des difficultés en matière de stratégie commerciale, portent atteinte à leur image. De fait, ces informations peuvent conduire à une perte sensible de leurs chiffres d'affaires voire de leur compétitivité. Il existe par conséquent le risque d'une censure et d'une suprématie de la protection des données au détriment du droit d'information, alors même que l'information ne constituerait pas forcément un avantage compétitif. Ceci constitue également une limite à la définition du secret qui doit avoir une « *valeur commerciale* ». Néanmoins, la loi n'a, en aucun cas, pour objectif de favoriser des pratiques illicites telles que les malversations économiques ou financières, la corruption ou le blanchiment d'argent par exemple.

1.3. Les dérogations prévues par la loi

La loi a néanmoins prévu un certain nombre d'exceptions. Cela signifie que le secret des affaires, dans certaines situations prévues par le législateur, ne pourra pas être opposé. Ces dérogations paraissent essentielles au regard des interrogations qu'a suscitées la loi vis-à-vis de la protection des droits et libertés fondamentaux.

Premièrement, l'article L151-7 du code de commerce énonce une exception concernant les divulgations légales du secret, celles-ci s'exerçant dans le cadre des pouvoirs d'enquête, de contrôle, ou de « *sanction des autorités juridictionnelles ou administratives* ». De même, le secret des affaires ne peut pas être opposé lorsque « *la divulgation du secret est requise par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux* »¹²³. Par exemple, dans l'arrêt précité de la 6^{ème} chambre de la Cour d'appel de Versailles du 27 février 2020, le juge a

¹²² C. Sappa, « Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, p.847, octobre 2019

¹²³ Article L151-7 du code de commerce

considéré qu'entraîne dans l'article L151-7 du code de commerce le fait pour un salarié d'avoir transféré des courriels dans le but de « *la préparation de sa défense et à son droit à se constituer des preuves dans le cadre du contentieux à venir de son licenciement* ». De même, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 avril 2021¹²⁴ rappelle l'importance de l'article L151-7 du code de commerce qui certes permet la divulgation des données sensibles protégées par le secret des affaires aux enquêteurs et en l'espèce au ministre, néanmoins « *ne permet pas au Ministre de transmettre sans aucune contrainte à d'autres parties à la procédure qu'il engage, des secrets qui sont opposables entre ces parties* ».

Deuxièmement, l'une des dérogations les plus scrutées par le public et notamment par les journalistes et lanceurs d'alerte concerne les libertés d'expression, de communication, de la presse ou encore d'information prévues par l'article L151-8 du code de commerce. Cela permet de compléter la loi Sapin II du 9 décembre 2016 protégeant le droit d'alerte par les lanceurs d'alerte. Les intérêts légitimes du droit de l'Union sont protégés par cet article L151-8 du code de commerce. Cet article permet la mise en application par le juge du principe de proportionnalité entre d'une part la protection du secret des affaires et d'autre part l'atteinte à une liberté fondamentale¹²⁵ telle que la liberté de la presse. Inversement, le juge pourra être amené à vérifier que la liberté d'information n'empiète pas sur un secret des affaires¹²⁶. Ainsi, si la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles justifie la protection du secret des affaires, cette protection reste relative et soumise à des conditions et des exceptions. Cet article permet donc l'inopposabilité de la loi du 30 juillet 2018 dès lors qu'« *à l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue (...) 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 défini 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 (...)* ». Cela signifie donc que les entreprises ne sont pas libres de commettre des faits illégaux sous couvert de la loi protégeant le secret des affaires. Néanmoins, comme on le verra par la suite, en pratique, cette inopposabilité du secret des affaires semble plus compliquée. En effet, dans l'affaire du Levothyrox¹²⁷ alors qu'un intérêt légitime était bien présent,

¹²⁴ CA Paris, Pôle 1, ch.2, 8 avril 2021, ITM Alimentaire International c/Ministre de l'économie, des finances et de la relance, RG 21/05090

¹²⁵ Article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

¹²⁶ Voir infra p.74

¹²⁷ Voir infra p.69

puisque'il s'agit de la santé publique (par ailleurs, intérêt particulièrement important du point de vue de la CJUE), la demande de communication d'informations concernant l'autorisation de mise sur le marché du médicament (AMM) n'avait pas directement abouti¹²⁸.

Troisièmement, la dernière exception est énoncée à l'article L151-9 selon lequel les salariés ont droit à l'information, à leur obtention, à la consultation de celle-ci et peuvent divulguer des informations à leurs représentants lors de l'exercice normal de leurs fonctions. En revanche, si l'information peut circuler entre certains salariés et leurs représentants du fait de l'exercice légitime de leurs fonctions, les tiers n'ont pas le droit d'avoir connaissance desdites informations. Enfin, il convient de noter que les exceptions sont mises en œuvre à « *l'occasion d'une instance relative à une atteinte au secret des affaires* », ce qui peut poser problème.

2. Un champ d'application large et flou

Le texte protégeant le secret des affaires résulte, comme vu précédemment, de la directive européenne 2016/943 de 2016. Dans ce cadre, la France devait transposer la directive dans son droit interne. N'étant pas en avance dans la transposition, le gouvernement a engagé une procédure accélérée. Les procédures accélérées en matière législative sont prévues par l'article 45 de la Constitution de 1958 et permettent d'adopter un texte de loi plus rapidement, dans la mesure où une seule lecture par les chambres parlementaires est nécessaire.

L'utilisation de la procédure accélérée, appelée autrefois procédure d'urgence, pour étudier le projet de loi protégeant le secret des affaires questionne tant l'importance du sujet pouvait justifier un travail plus approfondi des parlementaires et donc l'effectivité de la navette parlementaire habituellement de mise. Cette procédure accélérée a été officiellement utilisée dans le but d'une transposition rapide de la directive étant donné que le délai de transposition touchait à sa fin. Toutefois, il est légitime de se poser la question de savoir si le législateur n'en a pas profité pour esquiver des débats parlementaires permettant un travail plus poussé sur le texte de loi. De plus, l'utilisation de la procédure accélérée semble avoir été privilégiée concernant les projets de lois de mai à juillet 2017 : « *le gouvernement a engagé la procédure accélérée sur neuf des dix-sept projets de loi déposés au Sénat entre l'investiture du nouveau*

¹²⁸ M. Lei, « La protection du secret des affaires entre ombre et lumière », *LPA n°145*, p.8, juin 2019

chef de l'Etat et la fin du mois de juin »¹²⁹ soit la moitié des projets de loi et notamment les plus importants comme par exemple la « *loi renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme* »¹³⁰.

Ainsi, bien que le mécanisme existe dans la Constitution et ne doit pas être méconnu, son utilisation intensive peut être source de questionnements quant à la légitimité, la qualité des projets de loi mais également vis-à-vis du débat démocratique. On peut également relever que la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) souligne la problématique que soulève l'usage intensif de la procédure accélérée en matière de procédure législative, notamment avec l'addition d'autres pratiques « *contournant des processus démocratiques* »¹³¹, telles que la banalisation des états d'urgence¹³² par exemple. Néanmoins, le Conseil constitutionnel, saisi sur le texte, a validé la constitutionnalité de la loi le 26 juillet 2018 par un contrôle de constitutionnalité minimal. Ce contrôle constitutionnel minimal, c'est-à-dire « *l'absence d'incompatibilité manifeste entre la loi nationale et le texte européen* »¹³³ a permis l'adoption d'une loi au champ d'application souple. Ainsi, ce contrôle est apparu insuffisant¹³⁴. Le Conseil constitutionnel aurait pu pousser son contrôle plus loin. En effet, il aurait pu considérer « *qu'étaient mis en cause une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* »¹³⁵ notamment par l'invocation de la liberté d'expression et donc approfondir son contrôle.

Aussi, la délimitation floue de la loi ne prend pas en compte la protection de l'ordre public. Ainsi, le Conseil constitutionnel aurait pu censurer l'absence de prise en compte de l'ordre public pour incompétence négative du législateur qui n'aurait pas « *épuisé sa compétence en matière d'exercice des droits et libertés fondamentaux* »¹³⁶. Le législateur n'a pas prévu dans ses dérogations aux atteintes illicites la protection de l'ordre public reconnu comme un intérêt légitime par le droit de l'UE. On peut donc dire que les critères retenus par le législateur sont relativement souples. A cet égard, l'avocat au Barreau de Paris, William Bourdon¹³⁷ écrit « *le secret des affaires, comme disait le Doyen Charbonnier, c'est le droit*

¹²⁹ E. Lemaire, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », *Jus Politicum revue internationale de droit constitutionnel*, juillet 2017

¹³⁰ Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

¹³¹ CNCDH, « Proposition de loi relative à la sécurité globale la CNCDH s'alarme du contournement des processus démocratiques », communiqué de presse, novembre 2020

¹³² Loi n°2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, loi n°2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire

¹³³ M. Lei, « La protection du secret des affaires entre ombre et lumière », *LPA n°145*, p. 8, juin 2019

¹³⁴ R. Le Guehec, « Droit d'accès à des informations d'intérêt général dans le domaine de la santé : le verrou du secret des affaires », *Légipresse*, p. 39, février 2021

¹³⁵ M. Lei, « La protection du secret des affaires entre ombre et lumière », *LPA n°145*, p. 8, juin 2019

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ W. Bourdon, « La loi sur le secret des affaires : une menace pour la liberté d'expression ? », *Légipresse*, p.81, 2019

mou. Ce n'est même pas le droit mou, c'est le droit archi mou, hyper mou... tellement mou que l'on peut dire que les limites du secret des affaires sont fixées par celui qui se prévaut de sa violation. Il est étonnant que le périmètre d'une violation, et donc d'un droit, soit déterminé par celui qui s'en plaint. Cela crée un paradigme négatif qui pèse sur l'architecture de cette loi »¹³⁸. Ainsi, la doctrine paraît convaincue par l'idée que le champ d'application de la loi du 30 juillet 2018 est mal délimité. Ceci est également visible par l'usage du terme « *toute information* » qui reste une notion vague. L'effectivité de la protection des données ou des connaissances peut par conséquent être questionnée¹³⁹.

La rédaction de la loi du 30 juillet 2018, semble dès-lors refléter la volonté du législateur d'une certaine souplesse afin de contrer l'espionnage industriel, au détriment du droit à l'information ou du droit d'informer. Ainsi, l'utilisation de termes larges permet difficilement de saisir les frontières des informations que l'on peut qualifier de secrètes. Ceci est notamment confirmé par une juriste d'entreprise qui explique que « *cette faiblesse est aussi la force de la loi, car elle laisse un vaste champ d'action et permet de recouvrir énormément d'informations* »¹⁴⁰. Selon certains auteurs¹⁴¹, une définition précise du secret des affaires ne semble pas absolument nécessaire. Toutefois, cet avis ne semble pas partagé par toutes les parties.

Par conséquent, les imperfections du champ d'application de la loi rendent son interprétation très extensive.

Section 2. Des limitations nécessaires dans la mise en balance du législateur

La loi du 30 juillet 2018 protégeant le secret des affaires a suscité plusieurs controverses. Comme vu précédemment, le champ d'application de la loi est large et flou, ce qui peut être vecteur d'insécurité juridique. Par ailleurs, il existe également certaines limitations dans la loi pouvant être sources d'ambiguïté. Si la loi visait à répondre au vide juridique et garantir une plus grande sécurité en la matière, elle ne résout pour autant pas tout (1). De même, l'absence de volet pénal dans la loi constitue un manque de protection pour le patrimoine informationnel, un volet civil n'apparaissant en effet pas suffisamment dissuasif. Cependant, il s'agit également d'une garantie pour les membres de la société civile et notamment les journalistes (2).

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ J-C Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, septembre 2018

¹⁴⁰ Interview S. Fougou, « Le secret des affaires perd un peu de son flou », *Les Echos entrepreneurs*, janvier 2019

¹⁴¹ J-C Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, septembre 2018

1. Des limitations dans la loi du 30 juillet 2018

La loi du 30 juillet 2018 connaît un certain nombre de limites. En effet, certaines questions ne sont pas résolues par la définition retenue par la loi du secret des affaires. Cela concerne notamment les informations dont le détenteur légitime est difficile à identifier (1). De plus, le secret des affaires n'octroie pas de monopole d'exploitation, si bien que plusieurs personnes pourraient détenir le même secret. En outre, il existe des limitations quant à l'articulation avec les autres dispositions en la matière. Enfin, le choix des tribunaux de commerce ne semble pas neutre (2).

1.1. Des limitations de fond

Une première limite de la loi concerne le champ d'application et notamment l'agrégation de données. En effet, si les informations à valeur commerciale peuvent être protégées au titre du secret des affaires, se pose néanmoins la question de savoir comment protéger les combinaisons d'informations. Cela concerne essentiellement les informations relevant de l'analyse des *big data* puisque par définition les *big data* représentent une « *industrie qui se fonde sur l'interconnectivité et l'exploitation des données* »¹⁴², de même que « *l'internet des objets* » qui prend essentiellement en compte l'interconnectivité des biens matériels. Ainsi, certaines données semblent assez volatiles, sans propriétaire et leur stockage paraît difficilement contrôlable. Par ailleurs, il existe des limites quant aux personnes concernées par l'application des règles sur le secret des affaires. En effet, la loi s'applique à la « *personne qui a le contrôle licite de l'information et qui a l'intention de maintenir le secret* »¹⁴³, ce qui semble ambigu quant à l'application à l'internet des objets et lorsque sont en cause des *cloud computing*, c'est-à-dire lorsque les données ne sont pas produites par une personne ayant la mainmise sur le secret mais par « *un réseau d'entités différentes* »¹⁴⁴. Dans ce contexte, il semble particulièrement difficile de déterminer les contours physiques du secret de chaque entreprise. De même, la protection des informations permise par la loi relative au secret des affaires ne paraît pas adéquate concernant les « *données collectées par les produits intelligents* »¹⁴⁵ où la frontière entre la découverte licite et illicite semble difficile à déterminer.

¹⁴² C. Sappa, « Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, p.847, octobre 2019

¹⁴³ *Ibid.* p.858

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.* p.847

Si la loi protégeant le secret des affaires ne « *concerne pas la personne, mais le patrimoine* »¹⁴⁶, la directive semble également prendre en compte « *toute personne physique ou morale* »¹⁴⁷. Or, l'identification du détenteur légitime peut s'avérer difficile.

Le secret des affaires n'est également pas optimal dans la protection des algorithmes. En effet, les algorithmes peuvent théoriquement être protégés, dès lors qu'ils répondent à la définition du secret des affaires. Il faut donc qu'ils bénéficient d'une valeur commerciale et de mesures de protection. Il n'en demeure pas moins que ni la protection permise par les droits de propriété intellectuelle ni celle du secret des affaires semblent suffisantes. La protection du secret des affaires paraît insuffisante dans la mesure où elle ne garantit par un monopole d'exploitation (tel le brevet), de telle sorte que plusieurs titulaires légitimes peuvent détenir le même secret¹⁴⁸. Or, « *parfois, pouvoir exclure les concurrents d'une découverte peut présenter un intérêt* »¹⁴⁹. De même, la protection reste relative puisque « *le secret des affaires ne permet pas de protéger contre une révélation accidentelle de l'information couverte par un secret* »¹⁵⁰.

Une autre limite à entrevoir est celle de la réutilisation des données par les salariés. Si la directive prenait en compte cette possibilité à plusieurs reprises, celle-ci a été écartée par le législateur français. Ainsi, le risque serait une forme de concurrence déloyale à la suite de la réutilisation des savoir-faire acquis par le salarié dans son entreprise d'origine, dans sa nouvelle entreprise¹⁵¹. Ainsi, l'équilibre entre les libertés des travailleurs à réutiliser leurs compétences acquises et la protection du secret des affaires semble poreux voir incertain dans la loi du 30 juillet 2018.

Par ailleurs, il n'est pas fait mention de « *l'articulation avec les autres droits situés à sa périphérie* »¹⁵². Comme nous l'avions vu, des dispositions de droit commun peuvent protéger indirectement le secret des affaires. Ainsi, la question de l'articulation avec le droit de la propriété intellectuelle ou encore les dispositions relatives à la concurrence déloyale peut se poser. En effet, l'application de l'article 1112-1 du code civil impose par exemple de révéler le secret du fait de l'obligation d'information. De même, il peut exister des contradictions avec

¹⁴⁶ M. Dhenne, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Recueil Dalloz*, p.4, septembre 2018

¹⁴⁷ *Ibid.* p.5

¹⁴⁸ I.M.Barsan, « *Blockchain et propriété intellectuelle* », *Communication commerce électronique n°4*, avril 2020

¹⁴⁹ *Ibid.* p.8

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ M. Dhenne, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Recueil Dalloz*, septembre 2018

¹⁵² *Ibid.*

des dispositions existantes¹⁵³. Par exemple, les droits d’auteurs des logiciels consacrent une exception en matière de décompilation soumise à des conditions particulières relatives à l’article L122-6-1 du code de la propriété intellectuelle. En revanche, la loi protégeant le secret des affaires offre une extension des dérogations en matière de décompilation, ce qui peut être source de conflits¹⁵⁴. Par conséquent, il reste à savoir comment, en pratique, la loi se conjugue par rapport aux autres dispositions de droit commun.

Enfin, le délai de prescription concernant la protection du secret des affaires est inscrit à l’article L152-2 du code de commerce. Il s’agit d’un délai de « *cinq ans à compter des faits qui en sont la cause* ». La directive de 2016 disposait que « *la durée du délai de prescription n’excède pas six ans* ». Le point de départ de ce délai, qui se faisait à partir des faits causant l’atteinte au secret des affaires, était critiquable et a été critiquée par une partie de la doctrine. En effet, ce délai de prescription pouvait expirer rapidement. L’expiration du délai avait donc pour résultat de limiter la protection du secret des affaires et freinait l’efficacité de la loi, alors même que l’objectif était de favoriser l’innovation, la compétitivité par la mise en place de garanties. La loi relative à la croissance et à la transformation des entreprises dite loi PACTE du 22 mai 2019¹⁵⁵ est venue corriger le point de départ du délai de prescription. Désormais, il commence à courir lorsque le détenteur légitime du secret des affaires a pris connaissance de la violation du secret des affaires. Ce délai de prescription est donc similaire à celui qui existe en matière de propriété intellectuelle¹⁵⁶. Cette modification était importante du fait de certaines incohérences et incertitudes notamment par rapport au code civil. En effet, la prescription différait du code civil et commence désormais à jouer qu’à partir de la connaissance des faits¹⁵⁷.

Toutefois, du point de vue des journalistes, ce délai de prescription apparaît long. En effet, cela constituerait une menace plus longue pour la presse, puisqu’en principe les actions concernant les articles de presse bénéficient d’une prescription trimestrielle¹⁵⁸. De plus, la loi PACTE ajoute que le titulaire légitime du secret des affaires a connaissance du « *dernier fait qui en est la cause* ». Ainsi, cela permet, par exemple, aux entreprises d’agir avant la publication d’un article de presse portant atteinte au secret des affaires¹⁵⁹. Nos voisins européens ont, de

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Pour plus d’informations : <http://www.dhenne-avocat.com/wp-content/uploads/2019/01/La-loi-n%C2%B0-2018-670-du-30-juillet-2018-relative-%C3%A0-la-protection-du-secret-des-affaires.pdf> p.9

¹⁵⁵ Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

¹⁵⁶ Cabinet d’avocats Loyer & Abello, « la loi sur les secrets d’affaires du 30 juillet 2018 », août 2019

¹⁵⁷ M. Dhenne, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Recueil Dalloz*, septembre 2018

¹⁵⁸ R. Le Gunehec, « Secret des affaires : drôle d’ambiance », *Légipresse* n°368, mars 2019

¹⁵⁹ M. Dhenne, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Recueil Dalloz*, septembre 2018

manière générale, transposé la directive de la même manière aussi bien l'Italie, la Grande-Bretagne que la Suède. En revanche, le délai de prescription paraît exceptionnellement court du côté danois puisqu'il n'est que de six mois à partir de la connaissance de la violation du secret¹⁶⁰.

Si la loi vient combler le vide juridique en matière de protection de secret des affaires, certaines questions subsistent et rendent la protection incomplète. Par conséquent, il revient au juge, par la jurisprudence, de répondre à ces problématiques.

1.2.Des limitations de compétences

Les dispositions de la loi protégeant le secret des affaires ont été intégrées au code de commerce. Une partie de la doctrine considère ce choix judicieux dans la mesure où bien qu'il existe vraisemblablement des liens avec le droit de la propriété intellectuelle, le secret des affaires dispose d'un aspect commercial qui permet de justifier son intégration au sein du code de commerce¹⁶¹. En ce sens, l'intégration au code de commerce, afin de valoriser l'importance des « affaires » et des activités commerciales, paraît cohérente.

Toutefois, pour une autre partie de la doctrine, pour les journalistes et les lanceurs d'alerte et selon un rapport du Sénat¹⁶², le choix des tribunaux de commerce semble problématique en ce sens qu'ils représentent les entreprises. En principe, les tribunaux de commerce se saisissent de litige entre les sociétés commerciales, les commerçants, les banques ou entreprises en difficulté. Ils sont composés de bénévoles commerçants ou chefs d'entreprises c'est-à-dire de juges non-professionnels. De même, le tribunal n'a pas l'obligation de suivre les avis du ministère public. Par conséquent, les intérêts des entreprises pourraient être privilégiés au détriment d'une bonne défense des libertés de la presse, par exemple. De plus, cette impartialité peut déranger du fait de l'imprécision du champ d'application de la loi du 30 juillet 2018 et *de facto* de la place accordée au juge qui est pour le moins déterminante. Or, le choix du tribunal de commerce s'avère, dès lors, symbolique et pourrait conduire à des conflits d'intérêts liés à la partialité des juges la composant. Cependant, cette limite ne semble pas pleinement convaincante. Cela peut être nuancé par les recours tels que devant les Cours d'appel qui sont

¹⁶⁰ E. Gougé, « La directive 2016/943 sur la protection du secret d'affaires et sa transposition », Table ronde : transposition de la directive secrets d'affaires : état des lieux et bonnes pratiques, Paris, septembre 2018

¹⁶¹ C. Sappa, « Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, p.847, octobre 2019

¹⁶² Compte rendu analytique officiel (2018), Protection des savoir-faire et des informations commerciales, déclaration du Gouvernement portant sur le projet de programme de stabilité pour 2018-2022, avril 2018

composées de juges professionnels. De la même manière, il n'est fait aucun constat d'une inflation de recours suite à des décisions de tribunaux de commerce, ce qui ne prouve donc pas de problématique majeure de partialité. De même, le contentieux en matière de secret des affaires ne se limite pas à des litiges entre une entreprise et une société de production audiovisuelle par exemple mais peut aussi porter entre plusieurs entreprises. Par conséquent, bien que les « *acteurs économiques sont jugés par leurs pairs* »¹⁶³, cela ne semble pas avoir de conséquences significatives quant à la partialité des décisions mais favorise l'expertise économique et commerciale dont disposent les juges consulaires.

2. L'absence de volet pénal dans la loi protégeant le secret des affaires

Comme vu précédemment, la proposition de définition du secret des affaires déposée en 2012¹⁶⁴ prévoyait de consacrer la violation du secret des affaires comme une infraction pénale. En effet, la proposition de loi avait été adoptée par l'Assemblée nationale en janvier 2012 et projetait d'intégrer l'article 325-2 au code pénal, selon lequel, la révélation d'un secret des affaires pouvait être puni « *d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende* ». Toutefois, celle-ci n'avait finalement pas vu le jour dans un contexte de changement de majorité présidentielle. De même, la proposition de loi de 2014 prévoyait des sanctions pénales en cas de violation du secret des affaires mais, de nouveau très critiquée, cela n'a donné lieu à aucune suite. La directive du 8 juin 2016 laissant aux Etats membres une marge de manœuvre en la matière, le législateur français a peut-être été frileux et n'a pas décidé de consacrer la violation du secret des affaires comme une infraction pénale.

Si la loi du 30 juillet 2018 ne prévoit pas de protection pénale des entreprises victimes d'une divulgation de leur secret des affaires (2.1), il n'en demeure pas moins que des recours pénaux sont envisageables sur la base des procédures de droit commun (2.2).

2.1.L'absence de volet pénal prévue par la loi

Une des principales limites de la loi protégeant le secret des affaires pour les bénéficiaires consiste en l'absence de volet pénal. En effet, la directive de 2016 laissait la possibilité pour les

¹⁶³ C. Untermaier, « Les tribunaux de commerce, une juridiction d'exception à la croisée des chemins », *Après-demain* n°30, p.25-26, 2014

¹⁶⁴ Rapport Carayon, AN, doc parl n°4159, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n°3985 de M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires

Etats membres de recourir ou non à des sanctions pénales. La France a opté pour une transposition minimale. Dans le but d'éviter de porter atteinte trop lourdement aux libertés d'information et d'expression, le législateur français n'a pas introduit de sanctions pénales en la matière. Cependant, l'introduction d'une répression pénale en la matière avait été envisagée par les sénateurs comme le relate Olivier de Maison Rouge (2018). En effet, leur souhait était d'insérer une section au sein du code pénal « *'du détournement d'une information économique protégée' rattachée aux dispositions de l'article 314-4-1* »¹⁶⁵ du code pénal. Néanmoins, cette insertion n'a pas été effectuée. En effet, la commission mixte paritaire qui réunit des députés et des sénateurs afin de trouver une conciliation sur un texte a écarté l'inscription d'une responsabilité pénale à la suite d'une violation du secret des affaires. Ainsi, selon l'article L152-1 du code de commerce, seule la responsabilité civile, en cas de violation du secret des affaires, peut être engagée en France. A titre de comparaison, le droit américain prévoit des sanctions pénales. Du côté de l'UE, dans la transposition italienne, la violation du secret des affaires constitue une infraction pénale, faisant encourir une peine de deux ans d'emprisonnement à son auteur. Une sanction pénale est également prévue en Suède mais le législateur suédois est allé encore plus loin puisqu'une violation grave du secret des affaires peut faire encourir une peine de quatre ans d'emprisonnement.

L'absence de sanction pénale peut être critiquée étant donné que d'autres dispositions spéciales, concernant la violation d'un secret professionnel, par exemple, constituent une infraction pénale. Aussi, les dispositions pénales relatives au secret professionnel pourraient être invoquées, afin d'obtenir une sanction pénale suite à la divulgation d'une information relative au secret des affaires. Cependant, cette possibilité n'a qu'un effet limité. Par conséquent, beaucoup plaident en faveur d'une véritable protection pénale relative au secret des affaires en lui-même.

2.2. Le recours limité aux dispositions de droit commun pour bénéficier des sanctions pénales

Néanmoins, s'il n'existe pas officiellement et directement de sanctions pénales concernant le secret des affaires, celles-ci peuvent être indirectes. En effet, il est concevable de sanctionner

¹⁶⁵ O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires au grand jour, enjeux et application de la protection des informations économiques », *Cahiers de droit de l'économie* n°6, p.12, décembre 2018

pénalement le secret des affaires par le biais de procédures de droit commun¹⁶⁶. Le vol d'informations pourrait ainsi être sanctionné pénalement sur la base de l'article 311-1 du code pénal, le recel ou encore l'abus de confiance grâce à l'article 314-1 du code pénal. Toutefois, si toutes ces dispositions peuvent s'appliquer, celles-ci ne conviennent pas réellement et souffrent de limites.

Rappelons que l'article 314-1 du code pénal dispose que « *l'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Bien que l'on puisse se fonder sur l'abus de confiance pour condamner pénalement la violation du secret des affaires, il apparaît que cette disposition s'applique, en réalité, assez mal au secret des affaires. En effet, l'abus de confiance implique que l'auteur de l'infraction ait reçu puis détourné le bien. Il n'en reste pas moins que l'espionnage industriel a pu être condamné pénalement sur le fondement de l'abus de confiance. La chambre correctionnelle du tribunal de Clermont Ferrand a jugé le 21 juin 2010 que le fait pour un ancien salarié de Michelin d'avoir récolté des informations confidentielles de son entreprise puis d'avoir tenté de les revendre à des entreprises concurrentes constituait un abus de confiance du fait du « *détournement d'informations économiques pures* »¹⁶⁷. En l'espèce, l'ancien ingénieur de Michelin a été condamné à une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis accompagnée d'une amende de 5 000 euros. De même, la chambre criminelle de la Cour de cassation admet de qualifier l'abus de confiance quand il s'agit de données dématérialisées¹⁶⁸. Dès lors, l'invocation de l'abus de confiance peut permettre d'obtenir une sanction pénale, lors de la violation d'un secret des affaires. Cependant, l'infraction reste difficile à caractériser, si bien que cette possibilité est donc limitée et marginale.

En outre, le juge pénal est intervenu à plusieurs reprises pour sanctionner de vol¹⁶⁹ l'utilisation d'un certain nombre d'informations comme « *la copie de fichiers déposés sur un serveur commun considérant alors que le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction* »¹⁷⁰. Le vol de données et de biens immatériels est largement

¹⁶⁶ Voir supra p.19

¹⁶⁷ J. Ulrich, *La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires : une véritable aubaine pour la criminalité économique*, Mémoire de master, Droit, Université de Nîmes, p.10, 2019.

¹⁶⁸ Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2014, n°13-82.630

¹⁶⁹ Voir supra p.20

¹⁷⁰ Tiré d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 28 juin 2017, n°16-81.113

reconnu par les décisions de la Cour de cassation¹⁷¹. On peut également imaginer l'invocation de cette infraction alors même que l'information - comme le définit pourtant le secret des affaires – n'a pas été au préalable suffisamment protégée par l'entreprise. Dans un sens, on peut dire que la possibilité de sanction pénale peut aller plus loin que ce qu'il serait s'il était prévu pour sanctionner une violation du secret des affaires. Toutefois, cela est à nuancer puisque l'invocation de l'article 311-1 du code pénal ne sera pas suffisant pour stopper l'atteinte et la divulgation du secret des affaires¹⁷². Il pourra simplement sanctionner pénalement sans pour autant être pleinement dissuasif quant à la cessation de l'atteinte au secret.

De même, la sanction d'une divulgation d'un secret de fabrique existe depuis 1810 dans le code pénal. Celle-ci peut être sanctionnée pénalement par le recours à l'article L1227-1 du code du travail et l'article L621-1 du code de la propriété intellectuelle, faisant encourir d'une peine de prison de deux ans et d'une amende de 30 000 euros son auteur. Si le secret de fabrique est partie intégrante du secret des affaires, celui-ci a une portée plus étroite et ne concerne que des informations relatives à la fabrication d'un procédé ou d'un produit plutôt qu'une information commerciale. Outre l'aspect plus restrictif du secret de fabrique, il convient de noter que le recours à des sanctions pénales reste dépendant de l'existence d'un contrat de travail avec la nécessité « *d'un lien de subordination entre la victime et l'auteur du délit* »¹⁷³. Dès lors, il n'est pas forcément aisé de recourir à ces dispositions qui peuvent être assez restrictives. La protection pénale du secret des affaires, par ce biais, n'est donc pas une évidence.

De la même manière, l'article 226-13 du code pénal condamne la divulgation d'un secret professionnel. Une sanction d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende peut être retenue à l'égard de l'auteur de la divulgation. Comme vu précédemment, le secret professionnel est soumis à des professions particulières qui nécessitent de garder certaines informations confidentielles. C'est notamment le cas concernant les avocats qui doivent maintenir des liens confidentiels avec leurs clients ou encore les informations détenues par les médecins concernant leurs patients mais également les banquiers ou le ministre des cultes. Ainsi, pour que l'infraction soit retenue, il est nécessaire d'avoir à la fois un élément matériel, à savoir les confidents donc les professionnels tenus au secret selon des lois spéciales, et une

¹⁷¹ G. Isouard, « La protection du secret des affaires entre tradition prétorienne et apports normatifs », *Les cahiers Portalis* n°7, p.177-196, 2020

¹⁷² J. Ulrich, *La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires : une véritable aubaine pour la criminalité économique*, Mémoire de master, Droit, Université de Nîmes, 2019

¹⁷³ *Ibid.* p.9

information confidentielle détenue dans le cadre de l'exercice professionnel. Un élément intentionnel est également nécessaire, de sorte que l'imprudence ou la négligence ne puissent pas engager la responsabilité pénale.

On peut également invoquer le délit de contrefaçon, défini à l'article L335-2 du code de propriété intellectuelle. Selon l'INPI, la contrefaçon désigne « *la reproduction, l'imitation ou l'utilisation totale ou partielle d'un droit de propriété intellectuelle sans l'autorisation de son propriétaire* ». S'il s'agit par exemple d'un logiciel ayant une valeur commerciale, alors il peut relever du secret des affaires. Or, une personne auteur d'un délit de contrefaçon encourt trois ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Lorsque le délit est commis en bande organisée, les auteurs peuvent encourir jusqu'à sept ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende. Ainsi, la contrefaçon, étant considérée comme un délit, est punie pénalement. Néanmoins, cette voie de recours pour sanctionner pénalement une violation du secret des affaires apparaît très contraignante et restreinte. En effet, elle peut remettre en cause le secret s'il s'agit d'une protection par un brevet. De même, une violation des droits d'auteur encadrés par l'article L122-4 du code de propriété intellectuelle peut être invoquée au titre du secret des affaires, dans le but d'obtenir une sanction pénale de l'auteur de l'infraction.

Comme le souligne Olivier de Maison Rouge (2018)¹⁷⁴, le recours aux dispositions de droit commun pour réprimer pénalement la divulgation d'informations confidentielles s'avère astucieux, dans la mesure où ces dispositions ne nécessitent pas forcément la réunion des conditions pour qualifier l'information de secret des affaires. Ainsi, il peut s'agir d'un moyen détourné de sanctionner pénalement le secret des affaires. Néanmoins, les dispositions pénales et de propriété intellectuelle existantes n'apparaissent pas pleinement suffisantes pour garantir la préservation du secret des affaires. Par conséquent, on peut imaginer que la prochaine étape dans la construction de l'édifice de la protection du secret des affaires sera la possibilité d'une sanction pénale contre une violation de ce dernier. De plus, l'instauration d'un volet pénal pour protéger les données des entreprises permettrait de pleinement protéger le secret des affaires, tel que définie par la loi, alors même que les dispositions de droit commun ne recouvrent, en général, pas l'entièreté de son champ d'application.

Enfin, si un volet pénal dans la loi est très demandé par les entreprises afin de protéger le secret des affaires, malgré les débats autour de celui-ci, ce volet permettrait d'effectuer des

¹⁷⁴ O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », *Dalloz IP/IT*, décembre 2018

actions complémentaires aux mesures civiles. Néanmoins, on peut tout à fait envisager l'idée selon laquelle la voie pénale ne serait pas un recours privilégié par les entreprises dans la mesure où cela enverrait un « *signal négatif à l'ensemble des professionnels qui exercent sur le marché. Dans le monde des affaires, lorsqu'une entreprise doit se défendre contre l'un de ses concurrents, la voie civile est en général préférée à la voie pénale car elle stigmatise moins l'adversaire* »¹⁷⁵. De même, l'entreprise victime cherche davantage une indemnisation du préjudice plutôt qu'une peine pénale. Toutefois, la doctrine ne trouve pas à s'accorder sur ce sujet. Par exemple, selon maître Thibault du Manoir de Juaye¹⁷⁶, la mise en place d'un volet pénal aurait un véritable avantage du fait des moyens dont dispose le juge d'instruction pour enquêter. De même, concernant les délits informatiques, une responsabilité pénale pourrait avoir des vertus dissuasives.

Par conséquent, grâce à la loi du 30 juillet 2018 par transposition de la directive du 8 juin 2016, les secrets des affaires peuvent être protégés. Cela fait suite à de nombreuses tentatives d'ériger une protection de ces informations en France. Seule l'initiative européenne a permis d'aboutir à une protection législative. Ainsi, toute information à valeur commerciale détenue par les entreprises peut bénéficier du régime de protection et de sanctions prévu par la loi. Cela devrait contribuer à soutenir une Europe innovante et favoriser la compétitivité des entreprises. De même, le contexte sanitaire ayant développé l'usage intensif du numérique ainsi que des applications pour favoriser le télétravail, cet arsenal législatif pour réguler le numérique permet de garder relativement la maîtrise des données et des informations. En effet, alors que le numérique fait disparaître les frontières et accroît la libre circulation des informations, la protection des données sensibles accompagnée de mesures de sanctions constitue l'un des éléments de la sécurisation économique et industrielle. Toutefois, l'usage de termes larges dans la définition de la loi rend celle-ci imprécise. Si elle vise à combler un vide juridique, elle est également vectrice d'insécurité juridique du fait d'une délimitation approximative du champ d'application. Le maintien d'un champ d'application large constitue pour certain un avantage, en ce sens, qu'une définition souple permet de mieux s'adapter aux besoins des entreprises. Il n'en demeure pas moins que cela peut nuire à la garantie des droits et libertés fondamentaux. Ainsi, cette loi laisse une grande marge d'appréciation au juge. Enfin, l'absence de volet pénal

¹⁷⁵ L. Leblond, « Le secret d'affaires : l'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », *Petites affiches* n°152, p.9, 31 juillet 2015

¹⁷⁶ Webinar Ecole européenne d'intelligence économique n°7, Thibault du Manoir de Juaye, droit du secret des affaires, juin 2020

constitue encore un manque dans la loi. L'inscription de sanctions pénales dans la loi permettrait de rendre l'espionnage industriel et commercial véritablement dissuasif. En effet, se restreindre à des sanctions civiles peut s'avérer insuffisant au regard des enjeux et conséquences que peuvent soulever la divulgation d'informations stratégiques. Ceci est d'autant plus vrai dès lors que des rapports de forces asymétriques entre les parties existent.

Titre 2. La portée de la loi du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires

Au moment du vote de la loi du 30 juillet 2018, les journalistes et lanceurs d’alerte ont vivement critiqué la loi. La journaliste de France Télévisions Elise Lucet, porte-parole d’un mouvement contre la protection du secret des affaires, a par exemple parlé de la loi comme une « *arme de dissuasion massive pointée sur les médias* »¹⁷⁷ et avait lancé une pétition contre la directive secret des affaires dès 2015. En effet, elle craignait notamment le risque d’accroissement des demandes de dommages et intérêts par les entreprises, dès lors que les journalistes auraient à leur disposition des informations compromettantes sur l’image desdites entreprises. Les craintes portaient aussi sur le risque de censure des médias par les grandes multinationales, avant même la réalisation des enquêtes. En effet, la loi semble, selon les journalistes et certains avocats, déséquilibrée, puisque les protections accordées aux journalistes sont relativement restrictives. Dès lors, pour ces derniers, le risque était une instrumentalisation de la loi, en particulier par les grandes multinationales, au détriment de la bonne information du public. Ainsi, à l’origine, la loi du 30 juillet 2018 laissait entrevoir un rapport de force inégal entre d’un côté les entreprises souhaitant protéger leurs données contre les vols, l’espionnage industriel et de l’autre côté les journalistes et les lanceurs d’alerte craignant un détournement de la loi par les entreprises au détriment des libertés fondamentales. Aussi, la loi protégeant le secret des affaires a été utilisée par une autorité publique, à savoir la Commission d’accès aux documents administratifs (CADA) dans plusieurs affaires comme celle des implants médicaux mettant à mal les journalistes mais également le droit d’information du public.

Si la loi du 30 juillet 2018 a prévu un certain nombre de garanties et de dérogations afin de concilier la protection des informations dévolues aux entreprises et la protection des libertés des citoyens mais également des journalistes et des lanceurs d’alertes, la loi donne une large marge de manœuvre au juge du fait de l’imprécision du champ d’application de la loi du 30 juillet 2018. Ainsi, trois ans après la promulgation de la loi, il s’agit d’analyser les conséquences de la loi sur le travail journalistique et sur les possibilités d’alerte en entreprise (chapitre 1). Malgré les ambitions de la loi, son application ne semble pas aisée, du fait de la sensibilité du

¹⁷⁷ Elise Lucet: la loi secret des affaires est une menace pour le droit à l’information, avril 2018 <https://www.pollinis.org/publications/elise-lucet-la-loi-secret-des-affaires-est-une-menace-pour-le-droit-a-linformation/>

secret des affaires. Dès lors, un certain nombre d'adaptations ont été mises en place (chapitre 2).

Chapitre 1. Une conciliation difficile entre la protection des données et l'exercice des droits et libertés fondamentaux

Alors que la protection des données s'avère essentielle pour les entreprises afin de maintenir l'innovation et la compétitivité des entreprises, certaines informations ne sont, de fait, plus accessibles. De même, l'obtention de certaines informations peut être contraire à la loi. En effet, la loi protège aussi bien la divulgation que l'obtention d'informations. Par conséquent, l'accès à certaines données paraît compromis, ce qui peut sembler entrer en contradiction avec l'impératif de la protection des libertés fondamentales garanties par la Constitution. En effet, la France étant une démocratie, elle protège un certain nombre de droits et libertés fondamentaux grâce à la Constitution et notamment la liberté d'expression¹⁷⁸, la liberté d'information et le droit d'information ou encore la liberté de la presse¹⁷⁹. A cet égard, le législateur français a dû trouver un équilibre entre toutes ces libertés. Ainsi, la loi du 30 juillet 2018 prévoit des garanties pour les journalistes et les lanceurs d'alerte qui coexistent avec d'autres lois comme la loi Sapin II du 9 décembre 2016, la protection des sources des journalistes ou encore la charte de l'environnement (section 1). Cependant, si des protections en faveur des libertés fondamentales sont prévues, elles ne semblent pas pour autant suffisantes face au risque de criminalité économique (section 2).

Section 1. L'existence d'un système de garanties : un équilibre complexe des lois

Les libertés constituent la pierre angulaire du droit en France. En effet, les libertés et droits fondamentaux sont protégés par le bloc de constitutionnalité. A cet égard, les libertés de la presse et d'expression sont des libertés fondamentales individuelle et collective protégées notamment par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. De plus, la CEDH a par exemple jugé dans un arrêt du 28 novembre 2013¹⁸⁰ que les journalistes devaient pouvoir accéder « *aux documents présentant un intérêt général* » dans le cadre de leur enquête. En outre, les citoyens bénéficient d'un droit d'accès à l'information. Aussi, dès 2005, le législateur français avait permis le droit d'accès à l'information concernant les données relatives à

¹⁷⁸ Articles 10 et 11 DDHC

¹⁷⁹ Articles 11 DDHC, 19 Déclaration universelle des droits de l'homme, article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme

¹⁸⁰ CEDH, sect 1, 28 novembre 2013, Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes c/Autriche, req.n°39534/07

l'environnement. Ainsi, ce droit est un droit présent dans la charte de l'environnement ayant valeur constitutionnelle et notamment dans l'article 7 de la loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la charte de l'environnement. Ce droit est également encadré par des dispositions de droit international. Il est par exemple considéré comme un droit fondamental notamment selon le pacte international relatif aux droits civils et politiques qui précise aussi la notion de liberté d'expression¹⁸¹. Il en résulte que les citoyens ont le droit d'obtenir des informations d'intérêt général. Si la loi relative au secret des affaires protège des informations qui ne sont pas aisément accessibles au citoyen lambda, des garde-fous paraissent nécessaires pour éviter une utilisation abusive de la loi. En effet, l'objectif étant d'éviter de garder secrètes des informations qui relèvent de l'intérêt général.

Dès lors, le législateur a tenté de trouver un équilibre entre les droits des journalistes, les droits des lanceurs d'alerte et des citoyens d'une part et ceux des entreprises d'autre part (1). Par ailleurs, la loi prévoit des garanties pour éviter les abus (2).

1. L'arbitrage des intérêts antagonistes

Différentes lois protégeant des intérêts divers et antagonistes doivent coexister. En effet, d'une part, le secret des sources peut aller à l'encontre du secret des affaires. La mise en balance du législateur et notamment du juge doit répondre à ce conflit (1.1). De même, la loi Sapin II vient protéger les lanceurs d'alerte alors même que la loi du 30 juillet 2018 n'apporte qu'une protection minimale de ces derniers (1.2). Enfin, le secret des affaires peut faire obstacle à la liberté d'accès aux informations d'intérêt général (1.3).

1.1. La protection des journalistes : entre secret des sources et secret des affaires

La protection du secret des affaires ne doit pas remettre en cause la liberté de la presse, le secret des sources ni la protection des journalistes. Tous ces droits et libertés doivent, en démocratie, s'équilibrer. Ainsi, on observe que l'objectif économique de la protection du secret des affaires peut entrer en contradiction avec la liberté d'informer des journalistes et la liberté de la presse. De même, les journalistes bénéficient d'un certain nombre de protections pour mener à bien leur activité.

¹⁸¹ P. Trudel, « Réflexion pour une approche critique de la notion de droit à l'information en droit international », *Les Cahiers de droit* n°4, 1982

En effet, le secret des sources constitue un élément de la liberté de la presse et au droit à l'information protégé pénalement. Le secret des sources est d'abord protégé par loi du 29 juillet 1881¹⁸² puis par la loi Dati du 4 janvier 2010¹⁸³. La loi de 2010 prévoit certaines garanties aux journalistes notamment, le cas échéant, sur le déroulement des perquisitions. En effet, ces dernières ne doivent se faire qu'en présence d'un magistrat. De même, les journalistes témoins ont la possibilité de ne pas révéler leurs sources, n'ayant en effet pas de compte à rendre quant à la provenance de leurs informations, tant que la loi est respectée. En d'autres termes, le secret des sources permet la protection de la provenance des informations. Or, le secret des sources pourrait se voir affaiblir par le secret des affaires. En effet, alors que les journalistes peuvent protéger leurs sources, l'obtention d'un secret des affaires pourrait les pousser à révéler leurs sources. Toutefois, certains syndicats de journalistes pointent une protection insuffisante puisque conditionnée par « *un impératif prépondérant d'intérêt public* »¹⁸⁴. Or, cette condition pour la levée du secret des sources n'est pas définie. De nouveau, le juge est libre d'interpréter cette notion. La loi « Bloche » de 2016¹⁸⁵ avait tenté de modifier la condition d'intérêt public et de renforcer le secret des sources en faveur des journalistes. Cependant, le Conseil constitutionnel n'avait pas validé cette modification, estimant que certaines mesures étaient disproportionnées. En effet, dans sa décision du 10 novembre 2016¹⁸⁶, les juges du Conseil constitutionnel considèrent que « *l'article 4 porte une atteinte manifestement disproportionnée à la prévention des atteintes à l'ordre public et à la recherche des auteurs d'infractions ainsi qu'à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation* ». L'article 4 prévoyait entre autres une immunité pénale, cependant celle-ci « *était trop largement définie, tant pour les personnes protégées que pour les délits couverts* ». Dès lors, si le législateur n'hésite pas à légiférer et à renforcer le secret des affaires, ce n'est pas le cas pour le secret des sources. Ainsi, l'articulation entre d'une part le secret des sources et d'autre part le secret des affaires peut paraître fragile. Bien que, la loi du 30 juillet 2018¹⁸⁷ porte une attention particulière à la protection des journalistes, celle-ci apparaît insuffisante à leurs yeux.

L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacre la liberté de la presse : « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à*

¹⁸² Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse

¹⁸³ Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes

¹⁸⁴ Article 1 de la loi du 4 janvier 2010

¹⁸⁵ Loi n°2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias

¹⁸⁶ Décision du CC n°2016-738 du 10 novembre 2016, loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias

¹⁸⁷ Voir infra p.75

répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Aussi, le secret des sources a été consacré au niveau européen par l'arrêt de grande chambre de la CEDH du 27 mars 1996¹⁸⁸, selon lequel « *la protection des sources journalistiques est l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse* ». Le risque est que le secret des affaires mette à mal ce secret des sources protégé pour les journalistes. Néanmoins, la CEDH accorde une importance particulière à la liberté de la presse, restant ainsi attentive au respect du principe de proportionnalité entre les différents intérêts en cause. Aussi, la CEDH s'avère relativement protectrice des journalistes et de leurs droits comme le montre l'arrêt du 28 juin 2012¹⁸⁹. Elle précise, par exemple, que « *la presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique ; si elle ne doit pas franchir certaines limites, tenant notamment à la protection de la réputation et aux droits d'autrui ainsi qu'à la nécessité d'empêcher la divulgation d'informations confidentielles, il lui incombe néanmoins de communiquer, dans le respect de ses devoirs et de ses responsabilités, des informations et idées sur toutes les questions d'intérêt général* »¹⁹⁰. La Cour est, dans l'arrêt, extrêmement attentive à la proportionnalité entre chaque intérêt et à la préservation de la liberté de la presse.

En revanche, si la jurisprudence de la CEDH se montre favorable à la protection des journalistes¹⁹¹, ce n'est pas pour autant le cas de la jurisprudence nationale. Les autorités nationales témoignent parfois de réticences par rapport aux journalistes. Cela a pu être vérifié notamment concernant le scandale des implants médicaux¹⁹². En effet, des journalistes avaient demandé la liste des fabricants de ces implants. Or, la CADA, autorité administrative indépendante (AAI), leur a opposé le secret des affaires. Ce refus peut dès-lors apparaître comme une entrave dans la possibilité d'enquête des journalistes et l'exercice de la liberté de l'information¹⁹³. Cette tendance à une limitation de la liberté d'expression et du libre accès à l'information semble se confirmer dans d'autres lois¹⁹⁴. En effet, quelques mois après l'adoption de la loi protégeant le secret des affaires, les parlementaires ont voté la loi contre la manipulation de l'information¹⁹⁵ validée par le Conseil constitutionnel¹⁹⁶. Cette succession de

¹⁸⁸ CEDH, grande chambre, 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume-Uni, req. n°17488/90

¹⁸⁹ CEDH, 28 juin 2012, Ressiot et autres c/ France, req. n°15054/07 et 15066/07

¹⁹⁰ *Ibid.* point 100

¹⁹¹ CEDH, 4 mai 2021, Akdeniz et autres C/ Turquie, req n°41139/15 et 41146/15 ; CEDH, 18 mai 2021, Ögreten et Kanaat c/ Turquie, req n°42201/17 et 42212/17

¹⁹² Voir infra p.67

¹⁹³ Voir infra p.74

¹⁹⁴ R. Le Guehec, « Secret des affaires : drôle d'ambiance », *Légipresse* n°368, mars 2019

¹⁹⁵ Loi n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information

¹⁹⁶ Le CC a néanmoins formulé plusieurs réserves. A la fois concernant le champ d'application c'est-à-dire la capacité à démontrer objectivement qu'une information est fausse. De même, concernant certaines possibilités d'intervention du Conseil Supérieur de l'Audiotvisuel cf. Décision du CC n°2018-773 du 20 décembre 2018

lois témoigne d'un renforcement des contrôles sur les informations. Si les fausses informations peuvent constituer une menace pour l'ordre public, il convient néanmoins de préserver un équilibre avec les libertés. Cette loi a été critiquée y compris par les membres du Conseil d'Etat¹⁹⁷. En effet, dans son avis, le Conseil d'Etat rappelle d'une part la difficulté d'application de la loi, en ce sens que « *les faits constituant des fausses informations sont en effet délicats à qualifier juridiquement (...)* »¹⁹⁸. D'autre part, le Conseil d'Etat pointe l'incertitude et le risque d'excès de certaines des mesures envisagées.

1.2. Entre protection des lanceurs d'alerte et protection du secret des affaires

Les lanceurs d'alerte jouent un rôle essentiel puisqu'ils permettent la « *révélation d'informations sur des activités qui constituent une menace ou un préjudice pour l'intérêt général* »¹⁹⁹. Ils peuvent dénoncer des dissimulations d'actes délictueux par exemple. Ils s'avèrent donc fondamentaux pour le bon fonctionnement de la démocratie, par la révélation de dysfonctionnements ou de menaces. Ils participent, en général, à la lutte contre des pratiques frauduleuses (corruption, blanchiment d'argent par exemple). Dès lors, pour pouvoir exercer le droit à l'alerte, les lanceurs d'alerte doivent bénéficier d'une protection particulière, afin d'être motivés à agir.

A cet égard, la loi Sapin II du 9 décembre 2016²⁰⁰ est venue, en France, encadrer et définir le champ d'application de la protection des lanceurs d'alerte. Cette loi est intervenue tardivement après des protections législatives davantage sectorielles²⁰¹. Pour que la protection des lanceurs d'alerte puisse être effective, plusieurs éléments doivent être réunis²⁰². Tout d'abord, la loi donne une définition d'un lanceur d'alerte dans son article 6 : « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une*

¹⁹⁷ Conseil d'Etat, 19 avril 2018, avis sur la proposition de loi relative à la lutte contre les fausses informations, n°394641-394642

¹⁹⁸ *Ibid.* point 18

¹⁹⁹ Conseil de l'Europe (2014), recommandations du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte, 2014

²⁰⁰ 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

²⁰¹ Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007, loi n°2011-2012 du 29 décembre 2011, loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013

²⁰² J. Ulrich, *La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires : une véritable aubaine pour la criminalité économique*, Mémoire de master, Droit, Université de Nîmes, 2019.

menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ». Ainsi, le lanceur d'alerte doit connaître personnellement les faits qu'il signale.

La loi limite la définition du lanceur d'alerte à une personne physique et non pas à des personnes morales tels que des entreprises, associations ou encore syndicats. Cette vision restrictive du lanceur d'alerte est à mettre en perspective avec la vision extensive du secret des affaires. Le fait que le législateur ait écarté la protection des personnes morales peut susciter des questionnements. En effet, la révélation d'informations ou le signalement d'une alerte pourrait être plus facile collectivement par le biais d'une association ou d'un syndicat par exemple qu'individuellement. Dans une telle situation, les lanceurs d'alerte ne bénéficieraient pas du statut de lanceur d'alerte. Ainsi, la délimitation de la notion de lanceur d'alerte par la loi Sapin II apparaît restrictive. Cependant, il convient de souligner qu'à la suite de la nouvelle directive n°2019/1937 du 23 octobre 2019, la CNCDH a rendu un avis le 4 octobre 2020²⁰³ qui propose d'élargir la définition des lanceurs d'alerte aux personnes morales. Si cette proposition est retenue, cela permettrait un niveau de protection supérieur en faveur des lanceurs d'alerte et irait davantage dans le sens d'un meilleur équilibre avec le secret des affaires.

La directive n°2019/1937 du 23 octobre 2019 relative à la « *protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union* » donne la possibilité pour les personnes morales de devenir « *porteuses de l'alerte* » ce qui élargit considérablement la protection de ces derniers et répond à la critique à l'égard de la loi Sapin II. La directive introduit également la notion de « *facilitateurs* », personne physique qui aiderait le lanceur d'alerte dans le « *processus de signalement* ». La CNCDH recommande d'aller encore plus loin en proposant d'élargir la possibilité d'être facilitateur aux personnes morales. Cette directive permet d'harmoniser la protection des lanceurs d'alerte. Cette directive doit être transposée par les Etats membres avant le 17 décembre 2021, ce qui va peut-être venir renforcer la législation française en la matière et encourager une plus grande protection que celle déjà existante. Dans son avis du 4 octobre 2020, la CNCDH propose également de renforcer la protection des lanceurs d'alerte par le biais d'une assistance financière et psychologique. Ainsi, la directive de 2019 semble aller dans le sens d'un plus grand équilibre avec le secret des affaires et d'une plus grande protection, ce qui serait une avancée considérable. La directive de 2019 permettrait la protection contre les discriminations ou les licenciements pour les lanceurs d'alerte. Lors d'un colloque sur les

²⁰³ CNCDH, 24 septembre 2020, Avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte

lanceurs d'alerte intitulé « *protéger les lanceurs d'alerte : un défi européen* »²⁰⁴ le 3 décembre 2019, le défenseur des Droits a exprimé la volonté d'une transposition « *ambitieuse* » de la directive avec l'idée, par exemple, « *d'envisager une forme d'aide financière pour les lanceurs d'alerte destinée à couvrir les préjudices comme cela existe dans certains pays européens* ». De même, un certain nombre de mesures de protection du lanceur d'alerte comme par exemple la préservation de son identité, la mise en place de médiation pour éviter les représailles suite à l'alerte sont envisagées. Dès lors, la directive de 2019 vient équilibrer la balance entre la protection des lanceurs d'alerte et la protection du secret des affaires. La menace du secret des affaires vis-à-vis des lanceurs d'alerte serait alors en quelque sorte compensée par une amélioration de la protection des lanceurs d'alerte.

De plus, d'après l'article 6 de la loi Sapin II, le lanceur d'alerte doit signaler « *de manière désintéressée, et de bonne foi* ». Cette condition paraît assez subjective et floue et une question subsiste quant à la démonstration de la preuve de la bonne foi. Ces deux conditions renvoient au fait que la divulgation n'est pas accompagnée d'une quelconque rémunération et que le lanceur d'alerte n'ait pas « *l'intention de nuire à l'employeur en divulguant ces informations confidentielles* »²⁰⁵. Dès lors, face à la difficulté qu'implique la condition de « *bonne foi* », rempart contre la diffamation, le Royaume-Uni n'a pas maintenu ce principe²⁰⁶. De même, la directive de 2019 n'exige plus ce principe.

Par ailleurs, afin de donner l'alerte, trois étapes sont nécessaires. Premièrement, le lanceur d'alerte doit signaler les faits par voie interne à son supérieur. Ensuite, en cas d'échec, il peut alerter une autorité judiciaire ou administrative compétente. Enfin, si ces initiatives sont restées vaines, il peut alerter publiquement en voie de dernier recours. La directive de 2019 ainsi que les recommandations du CNCDH prévoient de faciliter ce processus notamment par la levée de l'obligation d'alerter au niveau interne. Aussi, l'un des apports de la loi Sapin II de décembre 2016 revient au rôle extensif conféré au Défenseur des droits. En effet, celui-ci dispose de compétences afin d'orienter les lanceurs d'alerte. De même, il permet de protéger le lanceur d'alerte contre des représailles. De plus, les protections garanties aux lanceurs d'alertes sont prévues aux articles 6 à 15 de la loi Sapin II. La principale d'entre elles est l'irresponsabilité

²⁰⁴ Colloque du Défenseur des Droits « *protéger les lanceurs d'alerte : un défi européen* », décembre 2019 https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_colloque-lanceurs-alertes_03-12-2019_synthese_04-06-2020.pdf

²⁰⁵ J. Ulrich, *La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires : une véritable aubaine pour la criminalité économique*, Mémoire de master, Droit, Université de Nîmes, p 17, 2019.

²⁰⁶ N. Mallet-Poujol, « *Secret des affaires, lanceurs d'alerte et risques d'autocensure : approche juridique* », *Communications* n°106, p.175-186, 2020

pénale prévue à l'article 7. Cependant, nombre de lanceurs d'alerte craignent tout de même des représailles directes ou indirectes. C'est notamment le cas de la lanceuse d'alerte Stéphanie Gibaud, qui avait dénoncé les pratiques d'évasion fiscale de la banque UBS²⁰⁷ en 2008 considérant que « *'se confier à sa hiérarchie c'est se jeter dans la gueule du loup'*. *Cette dernière en informant l'inspection du travail a malgré tout été isolée et a fait l'objet de mesures discriminatoires* »²⁰⁸. D'où l'importance de la directive de 2019 et de la nécessité du renforcement de la protection législative en la matière. Par ailleurs, même si l'immunité pénale est prévue par la loi, l'un des problèmes fondamentaux soulignés par certains députés européens ou lanceurs d'alerte est le fait que la protection ne joue qu'à postériori. En effet, le juge intervient afin de vérifier si toutes les conditions permettant la protection du lanceur d'alerte sont réunies. Or, cette vérification peut être source d'insécurité pour les lanceurs d'alerte, protection pouvant dès-lors apparaître relativement incertaine.

En outre, l'anonymat est un autre élément venant protéger les lanceurs d'alerte. L'article 9 de la loi Sapin II prévoit en la matière une « *stricte confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement* ». Ceci a donc pour objectif de protéger le lanceur d'alerte de menaces ou de représailles au sein de son lieu de travail. Cette disposition est complétée à l'article 10 qui énonce « *qu'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 (...) 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* ». Par exemple, le conseil des prud'hommes de Lyon²⁰⁹ a permis la reconnaissance du statut de lanceur d'alerte sur la base de la loi Sapin II pour un salarié d'un établissement public industriel et commercial. En effet, le conseil des prud'hommes demandait la réintégration du salarié au sein de l'établissement alors que celui-ci avait dénoncé « *les appels d'offres truqués et des malversations en faveur d'une autre société. Il avait porté ces accusations auprès du Parquet national financier, qui avait ouvert une enquête préliminaire le 6 février 2017, ainsi qu'auprès de la commission des communautés européennes qui avait reconnu en 2015 l'existence de*

²⁰⁷ Union de Banques Suisses

²⁰⁸ J. Ulrich, *La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires : une véritable aubaine pour la criminalité économique*, Mémoire de master, Droit Université de Nîmes, p 17, 2019.

²⁰⁹ Conseil de prud'hommes de Lyon, 17 avril 2019, n° R 19/00087

manquements graves de l'employeur ». ²¹⁰ Le contrat de travail du salarié avait été rompu, cependant celui-ci a pu être réintégré au titre de la protection du statut de lanceur d'alerte.

Par conséquent, l'obtention d'une protection pour les lanceurs d'alerte peut sembler difficile au regard des éléments constitutifs nécessaire à celle-ci ainsi que la procédure à suivre pour donner l'alerte. C'est par exemple ce qu'illustre le cas de l'affaire *Luxleaks*²¹¹. Raphaël Halet, ancien salarié du cabinet de conseil fiscal et de gestion d'entreprise luxembourgeois *PricewaterhouseCoopers* (PwC) avait transmis des documents essentiels dans la révélation de l'affaire *Luxleaks* à des journalistes. Ces documents étaient de nature confidentielle²¹², ils montraient « *une pratique, sur une période s'étendant de 2002 à 2012, d'accords fiscaux très avantageux passés entre PwC pour le compte de sociétés multinationales et l'administration fiscale luxembourgeoise* »²¹³. Certains documents ont notamment été confiés au journaliste Edouard Perrin dans le cadre de l'enquête menée par l'émission *Cash Investigation* sur France 2. Raphaël Halet n'a pas réussi à obtenir le statut de lanceur d'alerte et a été condamné au Luxembourg à six mois de prison avec sursis ainsi qu'au paiement de 1 000 euros d'amende du fait que « *la divulgation des documents couverts par le secret professionnel causait à l'employeur un préjudice supérieur à l'intérêt général* ». La CEDH²¹⁴ a confirmé le jugement luxembourgeois en considérant que la divulgation des documents fiscaux de PwC, portait atteinte au secret professionnel de la société. De même, il ne s'agissait pas d'une violation disproportionnée de la liberté d'expression protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme étant donné que l'intérêt des révélations de Raphaël Halet était moindre que le préjudice subi par PwC.

Ainsi, il existe une forme de déséquilibre entre le champ d'application large de la loi protégeant le secret des affaires et un champ d'application restrictif de la loi protégeant les lanceurs d'alerte.

²¹⁰ Cabinet MGG Voltaire, reconnaissance du statut de lanceur d'alerte à un salarié d'un EPIC par le Conseil de prud'hommes de Lyon : <https://www.mggvoltaire.com/reconnaissance-du-statut-de-lanceur-dalerte-a-un-salarie-dun-epic-par-le-conseil-de-prudhommes-de-lyon/> consulté le 3 juin 2021

²¹¹ Il s'agit d'un scandale financier révélé en 2014 par l'émission *Cash Investigation* sur France 2 suite à une enquête journaliste menée, entre autres, par Edouard Perrin. Ce scandale financier révèle les avantages que donnent l'administration fiscale luxembourgeoise à certaines grandes multinationales notamment avec des pratiques de *tax rulings* permettant un régime fiscal plus avantageux.

²¹² Il s'agissait notamment de déclarations fiscales

²¹³ CEDH, 11 mai 2021, Halet contre Luxembourg, req. n°21884/18

²¹⁴ *Ibid.*

1.3.La prise en compte de l'intérêt général

Certaines données paraissent fondamentales et constitutives de l'intérêt général. Elles doivent être portées à la connaissance de tous. Il en va par exemple des informations concernant la santé publique, l'environnement, l'ordre public, la sécurité publique, la transparence du fonctionnement de certaines entreprises ou encore les sujets d'éthique. Dès lors, il existe un droit d'accès à l'information pour les citoyens et la société (1.3.1). Cependant, les entreprises peuvent faire valoir la notion d'intérêt général du point de vue économique et aller à l'encontre des objectifs de la société (1.3.2).

1.3.1. Du côté de la société

Les multinationales disposent d'informations estampillées « secret des affaires », cependant, quelques-unes d'entre elles relèvent de l'intérêt général. Or, l'intérêt général peut justifier la diffusion de certaines informations.

L'intérêt général est une notion ancienne, très utilisée, présente dans toutes les branches du droit, à toutes les échelles à savoir nationale, européenne et internationale. La notion d'intérêt général est très incertaine car « *étroitement lié(e) aux circonstances* »²¹⁵. Ainsi, qualifier une information d'intérêt général consiste en une opération juridique de catégorisation et à considérer que ladite information est utile pour le public. Elle présente donc un intérêt. En la matière, le droit opère de plus en plus une appréciation concrète de l'intérêt général. Didier Truchet parle de l'intérêt général comme une notion fonctionnelle à savoir « *ce sont en effet les fonctions qu'il remplit dans un processus de décision qui le rendent utile et qui expliquent que le législateur et le juge y recourent. Il fonctionne comme un instrument de mesure de la légalité ou de la licéité d'un comportement ou d'une décision et donc de la liberté d'une personne physique ou morale* »²¹⁶. Le concept d'intérêt général a également été précisé par la CEDH dans un arrêt de grande chambre du 10 novembre 2015²¹⁷ : « *ont trait à un intérêt général les questions qui touchent au public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie de la collectivité* »²¹⁸. Enfin, concernant la liberté

²¹⁵ D.Truchet, « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit », *Legicom* n°58, p.7, 2017

²¹⁶ *Ibid.* p.9

²¹⁷ CEDH, grande chambre, 10 novembre 2015, Couderc et Hachette Filipacchi Associés c/ France, req.n°40454/07

²¹⁸ *Ibid.* point 103

d'information, la CEDH est également intervenue par un arrêt du 6 mai 2010²¹⁹ en considérant que le public pouvait avoir un « *intérêt à recevoir des informations sur un sujet d'intérêt global* »²²⁰. Dans ce contexte, la libre circulation et l'accès aux informations semble nécessaire dans la garantie des droits dévolus aux citoyens. Ces derniers étant demandeurs de transparence dès lors que certains risques environnementaux, sanitaires peuvent exister²²¹.

Dès lors, par la protection conférée au secret des affaires, certaines informations peuvent être protégées alors même que leur divulgation ne nuirait pas directement à l'exercice de la libre concurrence ou à la compétitivité, ni même à l'image de l'entreprise. Par exemple, le secret des affaires a été invoqué dans le domaine médical à plusieurs reprises. C'est le cas notamment du scandale de *l'Implant Files* révélé par une enquête d'un consortium de journalistes en novembre 2018. Cette enquête pointait du doigt le manque de contrôle de certains dispositifs médicaux, qui parfois pouvaient être défectueux²²². Cependant, la CADA a refusé de transmettre les informations concernant les dispositifs ayant obtenu ou non le marquage conformité européenne (CE) au titre du secret des affaires. Il convient de rappeler que l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration prévoyait déjà la possibilité de limiter la diffusion de certaines informations couvertes par le « *secret en matière commerciale et industrielle* ». Néanmoins, la loi du 30 juillet 2018 est venue remplacer ces précédents termes par la notion de secret des affaires. Or, cette retouche sémantique semble élargir les possibilités pour la CADA d'opposer le secret des affaires suite à une demande de documents administratifs²²³. En outre, le marquage CE est un indicateur important permettant de dire que le produit est conforme à des exigences essentielles. Le marquage CE peut être effectué par des organismes notifiés. Dès l'obtention du marquage CE, les produits peuvent alors circuler librement au sein du marché intérieur. Le marquage CE est, par conséquent, obligatoire afin de pouvoir admettre le produit sur le marché et bénéficier de l'autorisation de mise sur le marché. En l'espèce, le domaine médical et de la santé publique est concerné. Il s'agit d'un domaine d'intérêt général qui donne droit à la société et au public d'obtenir des informations. Par conséquent, ces informations entrent dans la catégorie de l'article L300-2 du code des relations

²¹⁹ CEDH, 6 mai 2010, Brunet Lecomte et Lyon Mag c/ France, req. n°17265

²²⁰ *Ibid.* point 48

²²¹ T. Berger, C.Noiville, « Contrats, secrets d'affaires et enjeux de santé publique », *Revue des contrats* n°1, p.123, mars 2021

²²² L'enquête menée par des journalistes européens témoigne d'un certain nombre d'implants (vaginaux, mammaires etc) défectueux mais plus généralement des dispositifs médicaux (notamment les pompes à insuline ou encore les pompes à perfusion). La défaillance de contrôle a conduit à laisser entrer sur le marché des produits défectueux ou susceptibles d'engendrer des effets indésirables pour les patients et mettre en danger leur vie. Cela met en lumière également le poids des industriels qui ont réussi, pendant de nombreuses années, à faire prévaloir leurs intérêts au détriment de la santé publique. De même, cela témoigne de l'importance d'intérêt général et public de l'alerte effectuée par les journalistes.

²²³ R. Le Gunehec, « Secret des affaires : drôle d'ambiance », *Légipresse* n°368, mars 2019

entre le public et l'administration, pouvant être communiquées, si elles ne portent pas atteintes au secret des affaires²²⁴. Toutefois, l'EPIC invoque l'existence d'un secret des affaires dans le contrat concernant le nom des fabricants. L'avocat M. Spinosi, suite aux révélations de « *dysfonctionnements graves et de grande ampleur en matière de santé publique à l'échelle internationale* », fait référence à la jurisprudence de la CEDH et plus précisément à l'arrêt de grande chambre du 8 novembre 2016²²⁵ qui précise que « *le point de recevoir des informations ne saurait se comprendre comme imposant à un Etat des obligations positives de collecte et de diffusion, motu proprio, des informations (...). Toutefois, un tel droit ou une telle obligation peuvent naître (...) lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier la liberté de recevoir et de communiquer des informations, et que refuser cet accès constitue une ingérence dans l'exercice de ce droit* »²²⁶. Ainsi, l'information concernant les *Implants Files* constitue des informations d'intérêt général relevant de la santé publique.

Par la suite, le tribunal administratif de Paris, dans une décision du 15 octobre 2020²²⁷, a jugé que le secret des affaires ne pouvait pas être invoqué concernant le refus de délivrer les informations concernant la liste des dispositifs médicaux bénéficiant du marquage CE. Toutefois, il peut être opposé concernant les dispositifs n'ayant pas obtenu ledit marquage, dans la mesure où cela « *reviendrait à révéler des informations confidentielles relatives à la stratégie commerciale des fabricants* »²²⁸. Le juge considère, dans sa mise en balance, que l'atteinte à la communication des informations est « *proportionnée à la protection des informations confidentielles en cause* ». Il ajoute également que « *les risques que représenteraient pour la santé publique des dispositifs médicaux qui s'avèreraient défectueux restent théoriques tant qu'ils n'ont pas été mis sur le marché pour être commercialisés* »²²⁹. Cependant, le risque est que ces dispositifs n'aient pas obtenu le marquage CE par un organisme certificateur²³⁰ mais qu'en revanche, ils l'obtiennent par un autre organisme certificateur²³¹. Or, comme vu précédemment, une fois obtenue, le marquage CE permet la libre circulation au sein du marché intérieur, ce qui serait en l'espèce problématique pour la santé publique.

²²⁴ T. Berger, C. Noiville, « Contrats, secrets d'affaires et enjeux de santé publique », *Revue des contrats* n°1, p.123, mars 2021

²²⁵ CEDH, 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság c. Hongrie, req. n°18030/11

²²⁶ *Ibid.* point 156

²²⁷ TA Paris, 2^{ème} chambre, 15 octobre 2020, n°1822236

²²⁸ TA Paris, 15 octobre 2020, n°1822236, §14

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ En l'espèce, l'organisme certificateur de la société G-Med. Il s'agit d'un organisme notifié qui délivre les marquages en France. Il est habilité par l'Agence nationale de sécurité et du médicament et des produits de santé (Berger, 2021)

²³¹ T. Berger, C. Noiville, « Contrats, secrets d'affaires et enjeux de santé publique », *Revue des contrats* n°1, p.123, mars 2021

L'opposition du secret des affaires, dès lors qu'il touche à des informations d'intérêt général affectant directement le public, peut constituer un problème au regard des droits et libertés et de la protection de la santé publique de tout à chacun. La santé publique étant un enjeu particulièrement sensible, l'invocation du secret des affaires semble controversée et contestée en la matière.

Le scandale du Levothyrox²³² est un autre exemple qui soulève des enjeux de santé publique. Une nouvelle formule du médicament avait été mise sur le marché, provoquant de nombreux effets secondaires chez les patients. Par conséquent, un avocat de patients victimes de ces effets secondaires, suite à la prise de la nouvelle formule du médicament Levothyrox, avait demandé des informations concernant l'autorisation de mise sur le marché du médicament²³³. Si l'information d'AMM a été délivrée, un certain nombre de données importantes n'ont pas été transmises, notamment les informations concernant le lieu de production, la formule du médicament ou encore le nom du fabricant. Ainsi, le secret des affaires et la préservation d'intérêts privés a primé au détriment de l'intérêt général, de la santé publique. Enfin, la demande d'informations avait été effectuée en avril 2018, avant la promulgation de la loi. Or, les informations n'ont été diffusées que bien après, en septembre 2018. Ainsi, l'utilisation du secret des affaires semble aller au-delà des informations à valeur commerciale visant à éviter l'espionnage industriel et à protéger le savoir-faire des entreprises. Cette limite semble d'autant plus franchie qu'il s'agit d'un établissement public administratif (EPA) qui a opposé le secret des affaires.

De plus, dans le contexte de la crise sanitaire, la loi protégeant le secret des affaires a également été opposée concernant les commandes de masques et de vaccins. En effet, Médiapart²³⁴ avait demandé à Santé Publique France, au nom de la transparence des décisions publiques, les contrats entre la France et les fournisseurs chinois de masques²³⁵. Cependant, Médiapart s'est vu refuser sa demande par Santé Publique France au nom du secret des affaires. Ainsi, dans le cadre du droit d'accès à l'information, concernant les informations d'intérêt général, le recours au secret des affaires peut être problématique. En effet, si certains documents doivent incontestablement être soumis à la confidentialité, il n'en demeure pas moins qu'un

²³² Le Levothyrox est un médicament utilisé pour traiter les troubles de la thyroïde dont la formule de fabrication (les excipients) a été modifiée en 2017 suite à une demande de l'Agence Nationale de la Sécurité du Médicament

²³³ M. Ferrer, J. Baruch, « La loi relative à la protection du secret des affaires est-elle une loi liberticide ? », *Le Monde*, janvier 2019

²³⁴ Journal d'informations indépendant

²³⁵ L'objectif étant de réaliser une enquête sur la gestion des masques au début de la crise sanitaire. En effet, il s'agissait d'un sujet très sensible puisque Médiapart cherchait à déceler un dysfonctionnement dans la stratégie des autorités françaises suite à la pénurie de masques et de protection sanitaire qui a pu coûter la vie au personnel soignant.

certain degré de transparence reste nécessaire en démocratie. De plus, la question de la valeur commerciale de l'information sur les contrats de masques peut être contestée en matière de gestion publique. Finalement, la CADA a été saisie et par une décision du 16 juillet 2020²³⁶ donne la possibilité pour les médias d'obtenir les informations par Santé Publique France concernant les commandes de masques. Elle relève notamment que le prix des prestations, « *au regard des règles de la commande publique* » ne constitue pas des informations qui peuvent « *affecter la concurrence entre les opérateurs économiques* ».

Aussi, en matière de santé, le secret des affaires a été mis en œuvre concernant les achats de vaccins par l'UE puisque les industries pharmaceutiques ont exigé la confidentialité concernant les aides pour la recherche ainsi que les coûts d'achats de vaccins. Certains députés européens dénoncent ce manque de transparence dans l'accès aux documents, de même que les difficultés à effectuer un contrôle budgétaire en la matière. La garantie de confidentialité et du respect du secret des affaires semblaient alors une condition à la signature des contrats, signature primordiale dans le contexte sanitaire pour l'obtention des vaccins. Cependant, cela témoigne vraisemblablement d'un véritable rapport de force au bénéfice des industries pharmaceutiques, au détriment de la bonne information des citoyens et d'une véritable transparence en la matière.

Ainsi, un encadrement plus strict de la protection du secret des affaires aurait peut-être permis une moins grande opacité en matière de diffusion des informations relatives à la santé publique. En effet, l'un des problèmes majeurs concernant les informations d'intérêt général protégées par le secret des affaires renvoie à l'opacité des liens qui peuvent être entretenus entre les acteurs. Par exemple, cela peut être source de questionnements concernant les liens financiers entre les laboratoires, les industries pharmaceutiques et les médecins. Ainsi, on constate une forme d'asymétrie d'informations entre les acteurs. De plus, d'importants enjeux économiques et financiers sont sous-jacents à l'ensemble de ces affaires, pouvant justifier une exigence de transparence. Par ailleurs, l'opposabilité du secret des affaires constitue une entrave à l'information du public, à la capacité d'information et d'enquêtes des journalistes. Bien que les autorités administratives ou judiciaires peuvent, à la suite d'un recours, donner raison au public ou aux journalistes, cela engendre du temps, rendant plus difficile l'accès aux informations et à la capacité d'enquêter.

²³⁶ Avis CADA du 16 juillet 2020, n°20201952

Enfin, la définition du secret des affaires donnée par le législateur s'avère très extensive, si bien que certaines informations commerciales ne jouent pas toujours un rôle déterminant dans l'exercice de la concurrence entre les entreprises, mais bénéficient cependant de la protection. Dès lors, il y aurait dans certains cas des obstacles à la révélation de certaines informations ayant pourtant des impacts environnementaux ou sociaux néfastes. Aude-Solveig Epstein²³⁷ considère la vision extensive du secret des affaires comme dangereuse pour certaines informations d'utilité publique notamment les informations environnementales. Les informations environnementales, étant de nature particulière, sont censées bénéficier d'un « *droit d'accès* ». En effet, l'article 7 de la charte de l'environnement ayant valeur constitutionnelle confère à toute personne l'accès aux informations environnementales que possèdent les autorités publiques. L'une des propositions soumises par Aude-Solveig Epstein, afin de garantir l'innovation et l'efficacité économique tout en préservant les informations d'intérêt général, serait de faire une distinction entre la nature des informations et de mettre en balance les intérêts entre « *le droit de savoir et intérêt au secret* »²³⁸. Elle rappelle notamment que la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998 impose une lecture restrictive des refus de communication des informations et la nécessité d'une limitation des informations protégées au titre du secret des affaires. Le risque étant que les entreprises privées se prévalent de la loi protégeant le secret des affaires au détriment de la publication d'informations d'intérêt général, du fait précisément du champ d'application large de la loi.

Par conséquent, on observe que l'accès aux informations d'intérêt général paraît plus compliqué avec la loi protégeant le secret des affaires. En effet, le secret des affaires se dresse comme un obstacle à la diffusion des informations. L'obtention des informations d'intérêt général peut prendre davantage de temps et de moyens qu'auparavant.

1.3.2. Du côté des entreprises

Comme vu précédemment, la notion d'intérêt général a des contours larges. Les entreprises comptent bien profiter de cette incertitude. L'intérêt général des entreprises ne va pas forcément toujours de pair avec l'intérêt général de la société. Selon le rapport de Notat et Sénard (2018)²³⁹, l'intérêt général favorise l'exercice d'activité non-lucrative qui s'opposerait au

²³⁷ A-S. Epstein, « La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *Revue juridique de l'environnement numéro spécial*, p.137-149, 2020

²³⁸ *Ibid.* p149

²³⁹ Rapport N. Notat, J-D Sénard, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail, mars 2018

premier abord à l'activité lucrative des entreprises. Le rapport rappelle qu'il convient davantage de parler d'intérêt collectif au sein des sociétés afin d'exprimer le « *dépassement des intérêts particuliers* »²⁴⁰. Le rapport souligne qu'« *une entreprise n'est pas le lieu de détermination de l'intérêt général. Néanmoins, dans l'entreprise après un temps pour l'efficacité économique, il doit y avoir un temps pour la prise de recul, pour la prise en considération des enjeux et conséquences sociaux et environnementaux de son activité* »²⁴¹. Dès lors, l'entreprise ne doit pas occulter la prise en compte de l'intérêt général, même si au premier chef, elle est guidée par la recherche d'une action économique efficace. A la suite du rapport de Notat et Sénard en 2018 puis avec la loi PACTE de 2019²⁴², le législateur a voulu faire coïncider l'intérêt des sociétés à l'intérêt général de la société. A cet égard, le Conseil d'Etat a énoncé que « *la préservation de certaines exigences sociales et environnementales constitue un but d'intérêt général* »²⁴³. Ainsi, les sociétés sont davantage ouvertes à prendre en compte à la fois l'intérêt de leur société et l'intérêt général. Par conséquent, certaines entreprises placent les activités d'intérêt général dans leur objet social²⁴⁴. Comme l'a rappelé la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 7 février 2019²⁴⁵, l'intérêt général peut être de nature économique et sociale. Dès lors, l'intérêt d'une entreprise peut être confondu avec l'intérêt général global. On peut donner l'exemple de la lutte contre le chômage. De même, le législateur peut prendre en compte des objectifs d'intérêt général qui sont ceux de l'entreprise, comme dans la décision du CC du 29 décembre 2005²⁴⁶ qui valide l'exonération de l'impôt sur la fortune pour certaines catégories afin « *d'assurer le développement des entreprises et sauvegarder l'emploi, le législateur a entendu favoriser la stabilité du capital des sociétés* »²⁴⁷. Dans le même sens, les entreprises peuvent participer à l'intérêt général du fait qu'elles créent des emplois, des services répondant aux besoins de la population²⁴⁸. Dès lors, d'un certain point de vue, qui n'est pas forcément le même que celui de la partie précédente, les entreprises participent à des activités d'intérêt général en répondant aux besoins de la population.

²⁴⁰ Rapport N. Notat, J-D Sénard, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail, p.15, mars 2018

²⁴¹ *Ibid.* p.39

²⁴² Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises

²⁴³ Avis consultatif du Conseil d'Etat du 19 juin 2018 sur le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE), p.37

²⁴⁴ S. Michalak, « De la prise en compte à la prise en charge de l'intérêt général par l'entreprise quelques réflexions en marge de la loi PACTE », *Revue du droit public* n°3, p.551, 2019

²⁴⁵ CA Paris, 7 février 2019, n°18/20566.

²⁴⁶ CC Décision n°2005-530 du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006

²⁴⁷ *Ibid.* point 47

²⁴⁸ S. Michalak, « De la prise en compte à la prise en charge de l'intérêt général par l'entreprise quelques réflexions en marge de la loi PACTE », *Revue du droit public* n°3, p. 551, 2019

Par ailleurs, l'article L611-15 du code de commerce énonce « toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat *ad hoc* ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité ». Un mandat *ad hoc* implique, de manière générale, qu'une entreprise est en difficulté²⁴⁹ ou tente de mettre fin à des difficultés par le biais de négociations. A cet égard, lorsqu'une société est placée sous mandat *ad hoc* alors il existe des obligations de confidentialité. Les intérêts économiques peuvent être considérés comme suffisamment légitimes pour restreindre la liberté d'expression²⁵⁰. En effet, cette protection s'avère nécessaire pour la société en difficulté. La confidentialité sur les entreprises en difficulté prime dès lors qu'il ne s'agit pas d'un sujet d'intérêt général. C'est ce qu'a retenu le tribunal de commerce dans une décision du 22 janvier 2018 opposant le journal Challenges et le magasin Conforama. En effet, le journal Challenges avait révélé dans un article les difficultés de l'enseigne Conforama. Or, en vertu de l'article L611-15 du code de commerce, l'entreprise bénéficie de la confidentialité en la matière, ainsi le journal a dû retirer son article et a été condamné à une astreinte de 10 000 euros. Les juges cherchent donc à mettre en balance les restrictions aux libertés d'expression et d'information avec la protection des intérêts des entreprises.

L'affaire Debtwire²⁵¹ est un autre exemple en la matière puisque la décision de la Cour d'appel de Versailles a été cassée par la Cour de cassation. En effet, le site Debtwire avait informé du lancement d'une procédure de mandat *ad hoc* des sociétés Consolis ainsi que d'une série d'informations sur le groupe de sociétés. Or, les informations diffusées étant particulièrement détaillées, le groupe Consolis a demandé au juge de retirer ces informations. Si dans une décision de la Cour d'appel de Versailles en 2013²⁵², la Cour avait fait primer la liberté d'expression sur l'obligation de confidentialité, l'affaire Debtwire ne s'est pas terminée ainsi. En effet, la Cour d'appel de Paris a cherché à savoir si les informations révélées relevaient ou non de l'intérêt général. Cette interprétation se fait *in concreto*²⁵³. Ainsi, il faut utiliser un faisceau d'indices afin de déterminer si l'information en cause relève de l'intérêt général. Par exemple, le juge peut prendre en compte le montant du chiffre d'affaires de la société en cause

²⁴⁹ Il s'agit d'une procédure de prévention à des difficultés ou d'une procédure de conciliation

²⁵⁰ C.Ghrenassia, A.Quinio, « Secret des affaires et intérêts général, Dossier Reporting extra-financier et secret des affaires : regards croisés », *Revue Lamy*, mai 2019

²⁵¹ Cour de cassation, chambre commerciale, 13 février 2019, n°17-18.049

²⁵² Selon cette décision, l'article L611-15 du code de commerce permettant de garder confidentielle les lancements de procédure *ad hoc* ne s'appliquait pas aux organes de presse

²⁵³ F. Marmoz, « De l'influence du débat d'intérêt général sur la prévention des difficultés des entreprises », *Revue Lamy Droit des affaires*, 2019

ou encore si l'information permet « *l'information légitime du public* »²⁵⁴. De même, il faut déterminer quel public est concerné par ce type d'informations et quelles informations peuvent participer au débat d'intérêt général. Ainsi, aux termes de ces décisions, le principe général énoncé est bien celui de la confidentialité des procédures de mandat *ad hoc* sauf s'il existe un débat d'intérêt général, notion interprétée restrictivement.

Finalement l'intérêt général économique domine au sein des sociétés et des entreprises. Bien que la transparence soit nécessaire en économie de marché afin que les acteurs puissent prendre les décisions, des exigences de confidentialité sur les mesures de prévention et de conciliation sont également importantes. Elles permettent notamment de protéger les sociétés en difficulté. Ainsi, certaines informations peuvent rester secrètes. Les entreprises participent aussi à la prise en charge de l'intérêt général. Enfin, il convient de souligner que la définition d'intérêt général, de missions d'intérêt général ou encore de projet général diffère selon le point de vue adopté.

2. L'existence de garanties embryonnaires en faveur des journalistes et des lanceurs d'alerte

Les articles L151-7 et L151-8 du code de commerce permettent des dérogations à l'application du secret des affaires notamment pour les journalistes et les lanceurs d'alerte. Cependant, un certain nombre de conditions doivent être réunies (2.1). De même, afin de pouvoir bénéficier de la protection du secret des affaires, des mesures de protection suffisantes doivent être mises en œuvre, sans quoi la protection ne pourra pas être garantie (2.2).

2.1. Les exceptions prévues dans l'application de la loi du 30 juillet 2018

Les dérogations dans l'application de la protection du secret des affaires existent pour protéger certaines libertés comme la liberté d'expression ou alors la possibilité de lancer des alertes. Cependant, celles-ci sont très fortement encadrées. Ainsi, les dérogations s'appliquent, par définition, de façon restrictive (2.1.1). L'objectif du législateur est également de lutter contre les abus des entreprises et notamment des multinationales. En effet, l'objectif est d'éviter

²⁵⁴D. Cristancho, J. Lalloue, J. Leroux, Guide pratique secret des affaires et procédures stratégiques, Université Paris Nanterre, p.48, 2019

un risque d'un rapport de force asymétrique entre les organes de presse et les entreprises d'où la lutte contre les procédures bâillons (2.1.2).

2.1.1. L'absence de protection du secret des affaires prévue par le législateur

La protection du secret des affaires n'est pas absolue. La loi a prévu certaines situations où la protection ne peut pas être admise. Dès lors, si le principe est la protection des informations²⁵⁵ par le secret des affaires, il existe tout de même des exceptions prévues par le législateur. En effet, comme vu précédemment, elles sont notamment énoncées aux articles L151-7 et L151-8 du code de commerce. Ainsi, une partie de la doctrine estime que l'on assiste à un renversement entre le principe qui doit être celui de transparence et les exceptions les secrets. Néanmoins, cette vision doctrinale n'est pas partagée par tous. En effet, il s'agit bien d'une mise en balance et d'un contrôle de proportionnalité des intérêts en cause qui prévaut²⁵⁶.

L'article L151-7 du code de commerce dispose que « *Le secret des affaires n'est pas opposable lorsque l'obtention, l'utilisation ou la divulgation du secret est requise ou autorisée par le droit de l'Union européenne, les traités ou accords internationaux en vigueur ou le droit national, notamment dans l'exercice des pouvoirs d'enquête, de contrôle, d'autorisation ou de sanction des autorités juridictionnelles ou administratives* ». Dès lors, la protection du secret des affaires ne s'oppose pas aux autorités juridictionnelles et administratives dans le cadre de leurs missions. Selon le rapport Gauvain de 2018²⁵⁷, l'objectif de cet article est de permettre aux autorités administratives indépendantes de pouvoir utiliser toutes informations dans le cadre de leurs activités et de leur fonction. On peut constater, dans la jurisprudence, que cet article est très peu utilisé.

L'article L151-8 du code de commerce énonce qu' « *A l'occasion d'une instance relative à une atteinte du secret des affaires, le secret n'est pas opposable lorsque son obtention, son utilisation ou sa divulgation est intervenue : 1° Pour exercer le droit à la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, et à la liberté d'information*

²⁵⁵ Si les conditions énoncées dans la définition législative sont réunies (article L151-1 du code de commerce)

²⁵⁶ T.F. Rakotoarison, « Loi sur la protection du secret des affaires : la fin de la liberté d'informer n'aura pas lieu », *revue AJ Contrat*, 2018

²⁵⁷ Rapport Gauvain, AN, doc. parl., 21 mars 2018 n°675 portant sur la proposition de loi 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

telle que proclamée dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; 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 défini 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 ; 3° Pour la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national ». La protection de la liberté d'expression constitue la première dérogation à la protection du secret des affaires. Cette protection de la liberté d'expression était très importante notamment au regard de l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'UE et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ces textes protègent également la liberté d'expression. Comme vu précédemment, la CEDH donne une très grande valeur à la liberté d'expression. De plus, pour garantir cette exception, trois critères cumulatifs sont nécessaires à savoir la protection de l'intérêt général, le critère de la bonne foi et enfin elle doit porter sur l'existence d'une activité illégale, une faute ou encore un comportement répréhensible. D'une part, la protection de l'intérêt général est notion polysémique et large. Un salarié peut se prévaloir des exceptions à la protection du secret des affaires dès lors que l'information touche à un but d'intérêt général et que cela est proportionné. Par exemple, si un salarié signale des actes de corruption au sein de son entreprise, qu'il bénéficie du statut de lanceur d'alerte²⁵⁸ alors l'exception à la protection du secret des affaires peut être mise en œuvre, en combinaison avec la loi Sapin II. D'autre part, l'exception à la protection du secret des affaires nécessite l'application d'un critère de bonne foi. Ce critère est un ajout du législateur français puisqu'il n'est pas présent dans la directive de 2016. La jurisprudence a considéré que la preuve de la bonne foi nécessite de nouveau la réunion de quatre critères, à savoir l'absence d'animosité personnelle, la poursuite d'un but légitime, de la prudence dans l'expression et enfin la nécessité de vérification des sources. Ainsi, par exemple, un journaliste avait été condamné pour diffamation par un le tribunal de Bordeaux²⁵⁹. Si celui-ci se défendait au moyen de la bonne foi, le tribunal en a jugé autrement puisque « *cité sans aucune précaution, des propos diffamatoires qui revêtent, du fait de la qualité de leur auteur, magistrat et député, un caractère de sérieux et de crédibilité propres à impressionner les lecteurs du journal* ». Par conséquent, dans le cadre de la protection du secret des affaires, si le critère de bonne foi n'est pas retenu alors la protection des informations relatives au secret des affaires peut s'appliquer.

²⁵⁸ Voir conditions supra p.61

²⁵⁹ Tribunal correctionnel de Bordeaux, 13 juin 2008, Claudine B contre Jean-Paul G et autres

Aussi, pour bénéficier de la dérogation, il faut une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible. Ces conditions viennent limiter l’invocation de l’article L151-8 du code de commerce et protègent davantage les détenteurs d’un secret des affaires, en ce sens que le secret des affaires peut être mis en œuvre alors même que les activités sont légales mais amORAles ou non-éthiques. Ainsi, les informations protégées en faveur des entreprises bénéficient d’une protection accrue.

On constate donc que les dérogations s’appuient sur des notions relativement subjectives tel que l’intérêt général, la bonne foi ou encore les comportements répréhensibles, ce qui laisse une grande marge de manœuvre pour le juge. Or, le tribunal compétent étant les tribunaux de commerce, la protection garantie en faveur des journalistes, des lanceurs d’alerte ne semble être qu’embryonnaires. Enfin, la charge de la preuve revient à celui qui souhaite bénéficier de l’exception au secret des affaires, ce qui n’est pas toujours aisé²⁶⁰. Enfin, l’application de ces dérogations ne vaut qu’« à l’occasion d’une instance », ce qui est tout à fait restrictif. La doctrine s’entend sur la portée minimale de ces dérogations à la protection du secret des affaires.

2.1.2. La lutte contre les procédures bâillons

L’article L152-8 du code de commerce prévoit la possibilité de lutter contre les procédures bâillons. Une procédure bâillon consiste à instrumentaliser le droit, utiliser la justice comme intimidation à l’égard de la société civile. Ainsi, les procédures bâillons favorisent la censure notamment du fait de l’asymétrie des rapports de force²⁶¹. Ce sont donc des procédures abusives venant altérer le débat public, dans la mesure où elles sont mises en œuvre sous la forme de menace, de pression à l’encontre d’acteurs de la société civile. Ainsi, si des procédures bâillons sont utilisées par des sociétés puissantes à l’égard d’organes de presse, cela peut dissuader les organes de presse de diffuser une information par crainte de représailles.

Le législateur a choisi de protéger contre les procédures bâillons afin d’éviter que certaines entreprises les utilisent à l’égard des sociétés de production, journalistes, organes de presse. Ces menaces peuvent avoir lieu dès-lors que des membres de la société civile (chercheurs, journalistes, lanceurs d’alerte etc) dévoilent des informations contraires à l’intérêt de l’entreprise ou mettant en lumière des activités controversées par exemple. La procédure bâillon va remettre en cause la liberté d’expression consacrée dans les textes constitutionnels tels que

²⁶⁰ W. Bourdon, « La loi sur le secret des affaires : une menace pour la liberté d’expression ? » *Légipresse*, 2019

²⁶¹ S. Fontaine, S. Savry-Cattan, C. Villetelle, *Quelle régulation face au phénomène des poursuites-bâillons en France ?*, Clinique de l’Ecole de Droit de Sciences Po, Sd

la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ou encore la Convention européenne des droits de l'homme mais va également à l'encontre de la transparence ou encore du pluralisme des opinions. Les procédures bâillons tendent à atteindre les principes démocratiques.

La protection à l'égard des procédures bâillons joue à deux niveaux : d'une part, il s'agit de protéger la société civile contre les risques d'abus de justice par les entreprises. Ainsi, il s'agit d'éviter qu'un droit fondamental soit censuré en faveur de pratiques abusives de multinationales par exemple. D'autre part, il s'agit également de protéger les entreprises de bonne foi, victimes d'abus ou d'atteinte à leur réputation avec la divulgation de fausses informations à leurs égards par exemple.

L'article L152-8 du code de commerce dispose que *« toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20% du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 euros. L'amende civile peut être prononcée sans préjudice de l'octroi de dommages et intérêts à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive »*. Plusieurs éléments sont constitutifs des procédures bâillons. Premièrement, le litige doit porter sur un débat d'intérêt général à savoir selon la CEDH : *« les questions touchant à la matière politique, les questions dites « sociales », telles celles relatives à la santé publique ou aux religions, ainsi que toutes les questions touchant au fonctionnement des institutions et des services publics »*²⁶². Ainsi, cela pourrait concerner un journaliste qui dévoile lors d'une enquête des informations concernant l'impact environnemental de certains produits d'une entreprise. Ces informations pourraient alors être utiles au débat d'intérêt général. Une entreprise, voulant cacher lesdites informations, pourrait alors menacer le journaliste d'un recours en justice. Deuxièmement, les procédures bâillons se caractérisent par leur effet d'intimidation. Il peut y avoir en la matière une asymétrie entre une multinationale qui menacerait de poursuites judiciaires et une société de production effectuant une enquête journalistique sur ladite multinationale. La multinationale, par le biais des menaces, peut réussir à faire plier la société de production, si les montants de dommages et intérêts demandés sont trop importants. La société de production renoncerait à divulguer l'information car elle ne pourrait pas supporter le poids financier. De même, au-delà de l'aspect financier, l'engagement de procédure peut exercer un effet d'intimidation puisque les grandes entreprises auront les moyens juridiques pour entamer les procédures judiciaires, ce qui n'est pas toujours le cas des

²⁶² N. Droin, « Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie, mais ne rompt pas », *Recueil Dalloz*, p.931, 2015

parties adversaires. Troisièmement, les procédures baillons sont souvent réalisées à l'encontre de la bonne foi des auteurs des propos et donc de la société civile. La bonne foi est prouvée par un faisceau d'indices, à savoir la démonstration de propos sérieux fondés sur des éléments factuels objectifs²⁶³.

Ainsi l'objectif de l'article L152-8 du code de commerce est d'éviter la censure afin de favoriser la liberté d'expression et permettre aux journalistes d'effectuer leur travail. Cependant, le montant de l'amende civile n'apparaît pas suffisamment dissuasif pour les très grandes entreprises qui peuvent perdre davantage lorsque l'information litigieuse est dévoilée que par le paiement de l'amende civile. Il existe donc toujours une asymétrie entre les parties. Néanmoins, l'amende civile encourue par le biais de l'article L152-8 est remarquable au regard du droit commun. En effet, l'article 32-1 du code de procédure civile dispose « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* ». Dès lors, la loi du 30 juillet 2018 et à cet égard l'article L152-8 du code de commerce sanctionne davantage contre les procédures baillons et permet une protection plus large que le droit commun, bien que celle-ci soit jugée par certains membres de la doctrine comme toujours insuffisante du fait des enjeux de telles procédures vis-à-vis des droits fondamentaux. En effet, Dominique Potier, député, estime que les victimes des procédures baillons se voient « *imposer une sorte de loi du silence. On les empêche de s'exprimer en recourant à des procédures juridictionnelles. La puissance financière écrase littéralement l'expression et la liberté de dénonciation, gages de notre démocratie et d'une économie transparente et éthique* »²⁶⁴. Dès lors, l'article semble d'une efficacité incertaine. Par ailleurs, son utilisation peut paraître complexe dans le cadre du libre accès à la justice. En effet, l'article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 prescrit que « *toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi* ». Dès lors, il s'agit de mettre en balance le droit d'accès à la justice avec l'usage abusif et l'instrumentalisation de la justice. On remarque dans la jurisprudence que le droit d'accès à la justice reste un droit primordial et que le juge condamne rarement des abus de droit d'agir en justice, abus qui

²⁶³ S. Fontaine, S. Savry-Cattan, C. Villetelle, *Quelle régulation face au phénomène des poursuites-baillons en France ?*, Clinique de l'École de Droit de Sciences Po, Sd

²⁶⁴ Avis n°775, AN, doc. Parl., avis fait au nom de la commission des Affaires économiques sur la proposition de loi portant transposition de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites n°675, p.65, mars 2018

doivent être motivés. Les abus de droit permettent d'engager la responsabilité civile délictuelle avec faute de l'auteur des abus. La faute doit avoir causée un préjudice à autrui.

Ainsi, l'existence d'une disposition pour lutter contre les procédures baillons dans la loi protégeant le secret des affaires s'avérait incontournable dans la balance des intérêts en cause. En revanche, son efficacité dans le cas des très grandes entreprises reste à prouver.

2.2. La nécessité d'exigences contractuelles

La protection des données des entreprises s'avère essentielle face au vol de données et face à la concurrence. Dans ce cadre, les entreprises doivent jouer un rôle actif et témoigner de l'existence de données sensibles à ses salariés. Ces mesures peuvent être des accords de confidentialité (2.2.1). Sans de telles mesures, la protection du secret des affaires ne peut pas être mise en oeuvre. De plus, il existe des contreparties à la protection du secret des affaires de la part des entreprises (2.2.2). La loi du secret des affaires paraît donc encadrée et laisse une place active aux entreprises.

2.2.1. La mise en place d'accords de confidentialité

Si le champ d'application des informations pouvant relever du secret des affaires est large, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit pas d'une protection sans contrepartie. En effet, pour pouvoir être mise en place, il est nécessaire que l'entreprise ait eu, au préalable, un rôle actif dans la protection de ses données.

La loi précise à l'article L151-1 alinéa 3 du code de commerce la nécessité de mettre en place « *de la part de son détenteur légitime des mesures de protection raisonnables* ». Ces mesures n'ont pas été explicitement définies par la loi. Cependant, elles renvoient à des techniques contractuelles avec des accords de confidentialité ainsi que des clauses de non-exploitation. Le but étant de se protéger à l'égard des menaces de divulgation à la fois interne et externe. De plus, le niveau de protection dépend du secteur d'activités de l'entreprise en question, de la nature des informations confidentielles, de la taille de l'entreprise²⁶⁵. Les clauses de confidentialité sont à la charge de l'employeur et sont primordiales. L'employeur doit donc distinguer quelles informations peuvent être qualifiées de confidentielles et mettre en place les mesures afin de les protéger. En effet, si l'employeur n'a pas fait savoir explicitement que telle

²⁶⁵ J-C Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, juillet 2018

information relevait du secret des affaires, alors, en cas de divulgation des données, celles-ci ne seront pas protégées au titre de la loi du 30 juillet 2018. L'employeur doit donc déterminer explicitement les informations confidentielles, ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 17 mars 2015²⁶⁶. Les accords de confidentialité doivent indiquer les informations protégées ainsi que la durée de la protection. Cependant, ces accords peuvent être insuffisants.

Par ailleurs, ces mesures de protection peuvent prendre d'autres formes comme la mise en place de mots de passe, de systèmes d'accès restreints, l'existence d'instructions dans des textes comme le règlement intérieur, les accords collectifs, les notes de services ou encore la mise en place de mesures de protection *ad hoc*. Le salarié doit être sensibilisé à la protection des données²⁶⁷. De plus, l'adoption de mesures suffisantes de protection des données est primordiale dans le contexte du marché de la donnée. En effet, les agrégateurs de données (*data brokers*) utilisent les informations des collecteurs de données et les vendent sur un marché²⁶⁸. Or, si les informations sont trop aisément accessibles et les mesures de protection insuffisantes, les données pourront être échangées sur un marché secondaire et échapper à leur propriétaire. Dès lors, les détenteurs légitimes de secret des affaires doivent utiliser des technologies sécurisées pour éviter de tels risques.

Le salarié doit aisément avoir connaissance de la confidentialité des données. Dès lors, en cas de contentieux, l'employeur pourra plus facilement opposer le secret des affaires. En effet, concernant la charge de la preuve de la violation de la confidentialité, il revient au détenteur du secret de démontrer que les mesures raisonnables de protection ont été mises en place. Ainsi, si les mesures de confidentialité ont effectivement été prises, alors la violation du secret des affaires sera plus facile à démontrer. Le droit des contrats peut alors s'appliquer en cas de violation d'un accord de confidentialité. En cas de faute, la responsabilité contractuelle pourra alors être retenue.

De plus, tous les salariés d'une entreprise n'ont pas accès aux mêmes informations. Ainsi, certains seront davantage exposés à des informations confidentielles d'où la nécessité de mesures spécifiques selon les employés²⁶⁹. Galloux prend l'exemple du « secret défense » dont l'accès aux données est lié à « *la nécessité impérieuse de prendre connaissance d'une*

²⁶⁶ Cour de cassation, chambre commerciale, 17 mars 2015, n°13-15.862

²⁶⁷ MEDEF, Guide pratique sur la protection des informations sensibles des entreprises, janvier 2013

²⁶⁸ J. Mey, *Les données personnelles, une richesse encore longtemps sans maîtres ? Un droit de propriété sur nos données personnelles, analyse d'une « fausse bonne idée »*, Mémoire de master, Droit, Université catholique de Louvain, 2019

²⁶⁹ J-C Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, juillet 2018

information dans le cadre d'une fonction déterminée pour la bonne exécution d'une mission précise »²⁷⁰. Ainsi, il reviendra au supérieur hiérarchique de déterminer si l'employé a besoin ou non de connaître l'information secrète en cause. Par exemple, concernant les contrats pour le vaccin contre la Covid-19, des mesures ont été prises afin de garantir la confidentialité de ceux-ci. Ainsi, les confidents ont dû signer un engagement de confidentialité, n'avaient qu'un accès restreint et limité au contrat (seulement trois quarts d'heures pour lire les contrats), l'obligation de laisser les téléphones portables à l'extérieur de la salle permettant de lire les contrats et enfin ceux-ci étaient sous surveillance de la commission.

Enfin, la protection des informations confidentielles par la mise en place de mesures raisonnables joue tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Toute une procédure de confidentialité existe concernant les marchés publics, conformément également au droit européen.

2.2.2. La création d'obligations envers les entreprises

Les droits dévolus aux entreprises afin de protéger le secret des affaires apportent en contrepartie des devoirs et des obligations à leur égard. Si la transparence ne peut pas être absolue en ce sens que certaines informations doivent être protégées afin de garantir la compétitivité, il n'en demeure pas moins que certaines informations sont nécessaires à la vie de la société et de l'entreprise.

Ainsi, concernant la gouvernance d'entreprises, les dirigeants ont un devoir de donner un certain nombre d'informations aux organes de la société à savoir aux associés, aux tiers ou encore aux commissaires aux comptes s'il en existe. L'information peut concerner la société, sa situation financière, l'information sur les dirigeants. Le degré d'information et la nature des informations peuvent varier selon la forme de la société. En cas de manquement, la responsabilité des dirigeants (selon la forme de la société) pourra être engagée²⁷¹.

Cette obligation de transparence apparaît également, de manière relative, avec la responsabilité sociétale des entreprises (RSE). La RSE, définie au niveau européen par la Commission européenne, concerne la gestion des activités des entreprises par la gouvernance de l'entreprise et notamment les impacts sociaux, environnementaux, éthiques des activités.

²⁷⁰ *Ibid.* p.652

²⁷¹ F. Dieng, « Transparence et gouvernement d'entreprise dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *LPA n°150*, p.9, janvier 2020

Tout cela nécessite la réunion d'un certain nombre d'acteurs interne et externe à la société²⁷². Le ministère de l'économie et des finances décrit la RSE comme « *la contribution des entreprises aux enjeux du développement durable* »²⁷³. La RSE vise à responsabiliser les entreprises mais également à accroître la confiance des particuliers et investisseurs à l'égard des entreprises. La RSE s'inscrit dans une démarche sociale et environnementale, dépassant les aspects purement financiers et économiques, permettant la communication d'informations visant à favoriser la transparence mais également la responsabilité des sociétés. L'apport de la RSE est donc de permettre la diffusion d'informations non-financières et d'aller au-delà d'une vision purement économique de l'entreprise en tenant compte des préoccupations sociétales²⁷⁴. Si la RSE n'impose pas d'obligations légales et repose sur la base du volontariat, concernant les très grandes entreprises cotées en bourse, certaines obligations existent cependant. En effet, celles-ci ont le devoir d'information du public dès lors que leur chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros ou comptent plus de 500 employés. Dès lors, ces entreprises, conformément à la loi Grenelle II de 2010 doivent publier des rapports contenant par exemple leur niveau d'émissions de CO₂ ou encore leur performance économique, environnementale, sociale. De même, ces entreprises doivent élaborer un rapport RSE favorisant ainsi la transparence sur leurs activités.

Aussi, une ordonnance a été prise le 19 juillet 2017 concernant « *la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises* »²⁷⁵ suite à l'adoption d'une directive européenne en la matière en 2014²⁷⁶. Cela permet de contribuer à la mise en balance entre d'un côté une exigence de transparence sur un certain nombre de données et de l'autre côté la nécessité de maintenir secrètes certaines informations à valeur commerciale afin de favoriser le bon fonctionnement de la société, de la concurrence et de garantir un certain niveau d'innovation. De plus, sans grand effet d'un point de vue juridique, néanmoins existant, la loi PACTE du 22 mai 2019 a permis l'introduction de « *considérations des enjeux sociaux et environnementaux* » dans l'objet social des sociétés, de même que la possibilité pour ces dernières de « *se doter d'une raison d'être dans leurs statuts* ».

²⁷² V. Mercier, « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », *la RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2015

²⁷³ Site web du ministère de l'Économie et des finances

²⁷⁴ V. Mercier, « L'obligation de transparence ou la pierre angulaire de la responsabilité sociétale des entreprises », *la RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2015

²⁷⁵ Ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises

²⁷⁶ Directive 2014/95/UE du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes

De plus, il existe également des obligations législatives favorisant les contrôles sur les entreprises comme la loi n°2017-399 portant sur le « *devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneurs d'ordre* ». Cette loi vise à réaliser des plans de vigilance permettant l'identification de risques, atteintes aux « *droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement dans toute leur sphère d'influence, les filiales comme les sous-traitants* ». Elle s'applique aux sociétés par actions ayant plus de 5 000 salariés en France ou 10 000 dans le monde. Cette loi permet donc d'encadrer les multinationales dont leur responsabilité peut être engagée en cas de dommages. Cela permet donc de prévenir les atteintes graves envers les droits humains ou encore l'environnement. De même, les rapports doivent être publics. Dès lors, l'article L225-102-4 du code de commerce prévoit la possibilité pour les personnes disposant d'un intérêt à agir de mettre en demeure les entreprises de respecter les obligations inscrites dans le plan de vigilance. En cas d'irrespect, le juge peut également mettre l'entreprise sous astreinte. De même, l'article L225-102-5 du code de commerce prévoit l'engagement de la responsabilité civile de l'entreprise²⁷⁷.

Ainsi, si les entreprises bénéficient de droit et d'une protection particulière de leurs informations, il existe tout de même d'autres lois visant à encadrer leurs activités. Elles doivent notamment publier des informations internes à l'entreprise mais également de manière externe, de sorte qu'un certain contrôle à leur égard puisse avoir lieu. Cela contribue à l'équilibre entre transparence sur les informations et le maintien du secret sur d'autres.

Section 2. Les difficultés découlant de la loi du 30 juillet 2018

Alors que la loi du 30 juillet 2018 dispose d'un but légitime à savoir protéger les entreprises de l'espionnage industriel afin de garantir la concurrence, l'innovation et de façon plus générale l'économie, l'utilisation de la protection du secret des affaires peut être détournée à d'autres fins. En effet, d'une part, la protection du secret des affaires peut être utilisée pour renforcer la criminalité économique (1) d'autre part des difficultés peuvent découler dans l'application de la loi vis-à-vis des salariés de l'entreprise (2).

²⁷⁷ Rapport relatif à la loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, juillet 2017

1. Le détournement de l'usage légitime du secret des affaires en faveur de la criminalité économique

La protection du secret des affaires peut être considérée comme une occasion pour jouer avec les frontières de la légalité. D'une part, celle-ci pourrait favoriser la criminalité économique. Le criminologue américain Sutherland parlait notamment de la criminalité en col blanc à savoir la criminalité réalisée par la sphère la plus aisée de la population disposant de capacités d'influences et pouvant bénéficier de profits considérables sans pour autant être inquiétée de toutes poursuites civiles ou pénales²⁷⁸. Il définit plus précisément cette criminalité en col blanc comme « *les activités illégales déployées par des personnes respectables et de classe sociale élevée en relation avec leurs activités professionnelles* »²⁷⁹. Cette criminalité peut prendre diverses formes à savoir des délits de fraude fiscale, abus de biens sociaux, abus de confiance, escroquerie, sous-estimation d'actifs. Selon Rico (1977), « *les délits contre la libre concurrence occupent, dans les pays occidentaux, le premier rang en ce qui concerne cette forme de criminalité (accords cartellaires et concurrence déloyale, fraudes dans le domaine des subventions, escroqueries sur l'épargne à long terme, primes, avantages et rabais illicites, corruption des employés d'entreprises commerciales, violation de secrets, espionnage industriel)* »²⁸⁰. La criminalité d'affaires ou criminalité économique aurait des conséquences matérielles et immatérielles considérables. Or, la protection de certaines informations par le secret des affaires peut participer au développement de cette criminalité d'affaires. En effet, des montages très complexes peuvent favoriser la délinquance financière par l'intermédiaire du secret des affaires permettant de maintenir l'opacité sur les fonds et les informations²⁸¹.

D'autre part, les lanceurs d'alerte, en donnant les alertes sur des infractions, participent à la lutte contre la criminalité d'affaires. Or, avec la loi du 30 juillet 2018, la possibilité de donner l'alerte s'avère plus contraignante, ce qui peut tendre à accroître la criminalité économique. La protection des lanceurs d'alerte est fondamentale afin de permettre la divulgation de pratiques, comme ce fut le cas d'Hervé Falciani qui avait mis à jour les pratiques de fraudes fiscales de la banque HSBC Private Banque²⁸². Ainsi l'employé avait permis de dévoiler la dissimulation à l'Administration fiscale de plus de 5,7 milliards d'euros entre 2005 et 2007 par la banque. Il en

²⁷⁸ J. Rico, « Notes introductives à l'étude de la criminalité des affaires », *Criminologie* vol 10 n°1, 1977

²⁷⁹ *Ibid.* p.14

²⁸⁰ *Ibid.* p.9

²⁸¹ C. Berr, « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », *Répertoire de droit commercial*, janvier 2010 (actualisation : janvier 2017),

²⁸² J. Ulrich, *La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires : une véritable aubaine pour la criminalité économique*, Mémoire de master, Droit, Université de Nîmes, p.15, 2019.

est de même, concernant le scandale du Médiator. En effet, ce médicament mortel avait été admis sur le marché, davantage dans un souci de rentabilité économique pour les laboratoires et les industries pharmaceutiques que pour des questions de santé publique. En effet, le laboratoire était en mesure de connaître les conséquences mortelles du médicament dès 1995, alors que celui-ci n'a été retiré du marché qu'en 2009. Dans ce contexte, le 29 mars 2021, le tribunal correctionnel de Paris a rendu son jugement et condamné le groupe pharmaceutique d'une amende de 2,718 millions d'euros pour « *tromperie aggravée, homicides et blessures involontaires* ». La révélation de cette fraude et de la dangerosité du Médiator avait notamment été permise par la pneumologue Irène Frachon, devenue lanceuse d'alerte. Dès lors, les lanceurs d'alertes apparaissent essentiels afin de lutter contre la criminalité d'affaires. La Commission européenne le rappelle également lors d'une communication en 2018²⁸³ portant sur le renforcement de la protection européenne des lanceurs d'alerte. Afin d'éviter que les grandes entreprises et industries ne se cachent derrière le secret des affaires, l'une des armes est donc la révélation des mauvaises pratiques par des lanceurs d'alertes. Ces derniers doivent bénéficier de garanties de protection afin de favoriser les révélations de pratiques contraires à l'intérêt général.

Ainsi l'équilibre doit se trouver entre d'une part la nécessité de porter atteinte au secret des affaires pour lutter contre la criminalité économique et donc donner la possibilité de faire connaître des informations commerciales, nuisant *de facto* à la valeur de l'entreprise et de l'autre côté garantir le secret des affaires et limiter l'accès aux documents confidentiels²⁸⁴. L'adoption de la directive protégeant les lanceurs d'alerte en 2019²⁸⁵ va permettre une véritable conciliation entre les deux impératifs à la fois de protection des informations à valeur commerciale ainsi que de transparence²⁸⁶ afin d'éviter la délinquance économique.

2. L'application de la loi dans le cadre de l'entreprise

En outre, les difficultés peuvent découler de l'application de la loi dans le cadre de l'entreprise. L'objectif est de trouver une conciliation entre d'un côté l'exigence de garder certaines informations secrètes dans l'intérêt du bon fonctionnement de l'entreprise et de l'autre

²⁸³ Communiqué de presse de la Commission européenne, « protection des lanceurs d'alerte : la Commission fixe de nouvelles règles applicables dans toute l'UE », Bruxelles, avril 2018

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Voir Supra p.62

²⁸⁶ Si la transparence absolue n'est pas souhaitée, les lanceurs d'alerte jouent un rôle considérable et permettent le respect de la législation européenne grâce à leurs alertes. Ainsi, ils peuvent intervenir dans des domaines très variés passant des règles sur les impôts des sociétés, la sécurité des aliments, le nucléaire etc.

côté garantir un certain degré de transparence à l'égard de l'information des membres de l'entreprise notamment des salariés. En effet, les salariés doivent pouvoir bénéficier de l'accès à l'information concernant l'entreprise « *ce sont les exigences d'information du public, des citoyens, des actionnaires et autres investisseurs, des salariés, des contractants et des tiers qui imposent la transparence économique et financière. En notre matière, la transparence se rattache essentiellement à la protection des intérêts de la collectivité des travailleurs, étant entendu que celle-ci est intéressée à être informée des affaires qui la concernent* »²⁸⁷. Le secret des affaires ne peut donc pas prendre une place trop importante dans l'entreprise notamment pour garantir aux salariés une information suffisante. Néanmoins, un salarié, ayant connaissance d'une information qualifiée de secret des affaires, ne peut pas divulguer ladite information confidentielle, même à des membres de son entreprise sans autorisation du chef d'entreprise²⁸⁸. De plus, certaines informations sont qualifiées de confidentielles par la loi. Les salariés sont alors tenus, par leur contrat de travail, à ne pas communiquer les secrets de l'entreprise. Toute une série de dispositions de droit du travail précisent qu'il existe, malgré la volonté de transparence et du droit à l'information, une obligation de confidentialité de la part des salariés²⁸⁹. La divulgation d'informations confidentielles entraînerait alors l'engagement de la responsabilité contractuelle de la personne ayant dévoilé les informations. Les salariés sont dans l'obligation de garder les informations portées à leur connaissance, confidentielles. Selon Jules K. Adom (2003), la transparence implique *de facto* l'exigence d'une plus grande protection des informations : « *La transparence doit donc nécessairement être conciliée avec un minimum de secret portant sur des données considérées comme confidentielles dans l'intérêt de l'entreprise* ». ²⁹⁰ Par conséquent, pour garantir le bon fonctionnement de la vie de l'entreprise, il est nécessaire de trouver un juste équilibre dans la diffusion des informations aux salariés.

De même, maître Bursztein et maître Guillouet²⁹¹ mettent en exergue les difficultés que peut impliquer la loi du 30 juillet 2018 concernant l'accès aux informations par les représentants du personnel. L'article L151-9 alinéa 2 du code de commerce dispose que le secret n'est pas opposable lors d'une instance quand « *la divulgation du secret des affaires par des salariés à*

²⁸⁷ J.K. Adom, « Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *Bulletin Joly Sociétés* n°2, p.113, février 2003

²⁸⁸ *Ibid.*

²⁸⁹ Articles L236-9, L432-7 alinéa 2, L432-4 alinéa 10 du code du travail

²⁹⁰ J.K. Adom, « Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *Bulletin Joly Sociétés* n°2, p.113, février 2003

²⁹¹ B. Bursztein, D. Guillouet, « Le renforcement de la protection du secret des affaires : quel impact sur l'exercice des missions des représentants du personnel ? », *Revue de droit du travail*, p.13, 2019

leurs représentants est intervenue dans le cadre de l'exercice légitime par ces derniers de leurs fonctions, pour autant que cette divulgation ait été nécessaire à cet exercice. L'information ainsi obtenue ou divulguée demeure protégée au titre du secret des affaires à l'égard des personnes autres que les salariés ou leurs représentants qui en ont eu connaissance ». Malgré cette dérogation prévue par la loi, selon les avocats au Barreau de Paris, celle-ci n'est pas suffisante et les employeurs peuvent tout de même utiliser la loi pour « *restreindre encore les informations fournies aux représentants lors d'une consultation* »²⁹². De même, ils soulignent que de nombreuses directions refusent l'accès aux informations à l'expert-comptable alors qu'il est lui-même soumis au secret professionnel et dispose, selon le code du travail, d'un droit d'accès aux informations.

De la même manière, selon eux, il est dommageable qu'il n'existe pas de dispositions concernant le droit à une consultation minimale sur des « *orientations stratégiques, qui portent par nature sur les éléments les plus sensibles* »²⁹³ et ce d'autant plus que les représentants du personnel sont eux-aussi déjà soumis à des obligations de discrétion²⁹⁴. Maître Bursztein fait remarquer qu'*a priori* les représentants du personnel sont protégés par ces dispositions. Cependant, les représentants du personnel, élus dans différentes instances comme au comité social et économique (CSE) ou encore comme représentants des salariés actionnaires, doivent pouvoir bénéficier d'informations sensibles concernant par exemple la stratégie de l'entreprise. A ce titre, s'appliquent à leur égard une exigence de discrétion mais également l'obligation du respect du secret professionnel ainsi que du secret des affaires. Cependant, la protection du secret des affaires les concernant s'avère plutôt relative puisqu'ils bénéficient de dérogations prévues à l'article L151-9 du code de commerce. Enfin selon la CJUE, la loyauté des consultations nécessite que chaque partie à l'accord dispose d'un niveau équivalent d'information d'où l'importance de la dérogation prévue à l'article L151-9 du code de commerce. Ainsi, selon elle, il existe un fort risque d'instrumentalisation des directions du secret des affaires.

Enfin, la protection du secret des affaires, dans le cadre de l'entreprise, peut paraître insuffisante et source de difficultés. En effet, la protection concerne des données à valeur commerciale. Toutefois, la stratégie de l'entreprise ne serait pas protégée à ce titre alors même qu'elle pourrait faire l'objet d'espionnage par la concurrence, ce qui constitue une limite à cette

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Article L2323-8 du code du travail

protection²⁹⁵. De même Maître Guillouet témoigne de son scepticisme face à la loi et rappelle la difficulté d'identification qui peut apparaître. En effet, un représentant ayant dévoilé un secret des affaires n'est pas forcément aisément identifiable.

La loi du 30 juillet 2018 permet une protection relative du secret des affaires. Elle rencontre quelques obstacles lors de son application. En effet, le secret des sources des journalistes, la protection des lanceurs d'alerte ainsi que l'accès à des informations d'intérêt général sont autant de droits et libertés qu'il convient de marier avec la protection du secret des affaires. Toutefois, le secret des affaires peut se dresser en obstacle contre ces derniers. En effet, un certain nombre d'exemples dans la jurisprudence témoignent de la prévalence du secret des affaires et des intérêts divergents en la matière. C'est pourquoi, le législateur a prévu un certain nombre de dérogations dans l'opposition du secret des affaires, de même que l'introduction d'obligations envers les entreprises. Cela contribue à l'équilibre entre d'une part l'ambition de la loi du 30 juillet 2018 visant à garantir une Europe innovante grâce à la protection des informations stratégiques et d'autre part éviter les menaces inhérentes à l'opacité des informations et garantir la transparence. Néanmoins, la pratique semble démontrer la faiblesse de l'application des dérogations législatives prévues. Ainsi, la loi du 30 juillet 2018 pourrait contribuer à renforcer la criminalité économique. On peut également noter des difficultés concernant l'identification de l'individu ayant divulgué un secret des affaires par exemple. De plus, la protection du secret des affaires lors d'un procès se heurte à des limites. C'est pourquoi, de nouveau, la loi a prévu des mesures d'aménagement pour éviter qu'un secret des affaires soit dévoilé au cours d'une instance.

²⁹⁵ V. Millet, *La protection du secret des affaires*, Mémoire de master, Droit, Université Grenoble Alpes, 2017

Chapitre 2. Les implications de la loi du 30 juillet 2018 : une nécessité d'adaptation

La protection du secret des affaires ne doit pas connaître de failles. Or, le plus grand risque en la matière est que le secret soit dévoilé au cours d'une procédure. C'est pourquoi des mesures d'adaptation ont été prises par le législateur. En effet, l'objectif est de concilier à la fois le principe du contradictoire, qui est un principe général du droit reconnu par le Conseil constitutionnel avec la protection du secret des affaires. Cela confère une grande place au juge. Les pièces du dossier devant être communiquées à chaque partie, il revient au juge de se prononcer sur la communication d'un secret des affaires à la partie adverse. Ainsi, le juge doit décider de l'adoption de mesures proportionnées entre le principe du procès équitable impliquant la divulgation des preuves et la protection du secret des affaires nécessitant de maintenir confidentielles les informations. De même, le juge peut intervenir en référé pour prononcer des mesures d'urgence afin de faire cesser une atteinte au secret des affaires et prévoir des sanctions. En effet, la divulgation d'un secret des affaires constitue une atteinte grave, dans la mesure où les conséquences sont définitives. Autrement dit, une fois que le secret est divulgué, les pertes de l'entreprise victime seront irrémédiables (section 1). Par ailleurs, l'évolution de la société et la mondialisation entraînent des adaptations du droit. De nouvelles libertés numériques apparaissent tout comme l'adoption de lois renforçant les restrictions dans un espace numérique mondial (section 2).

Section 1. Le renforcement de l'office du juge dans l'application de la loi relative à la protection du secret des affaires

L'application du secret des affaires connaît des limites. En effet, la protection du secret des affaires peut être restreinte du fait du droit à la preuve. Néanmoins, la levée du secret n'est pas automatique et doit être nécessaire à la solution du litige. En ce sens, l'une des conditions de la levée du secret est la loyauté de la preuve afin d'éviter les abus. L'objectif est de limiter la divulgation des secrets suite à une utilisation abusive du droit à la preuve²⁹⁶. Des adaptations spécifiques doivent être prises lors des procès afin d'éviter une divulgation du secret lors de l'instance (1). En outre, la loi du 30 juillet 2018 et le décret d'application de la loi ont prévu des mesures pour faire cesser une atteinte au secret des affaires. Ces mesures doivent être

²⁹⁶ R. Bouty, J-S Quéguiner, "Introduction : secret et droit de la preuve", *Petites affiches* n°226-227, p.6, novembre 2016

prononcées par le juge. Néanmoins, le contexte sanitaire conduit à l'adoption de mesures restrictives dans la communication des informations (2).

1. Les difficultés liées au procès

L'existence de secret des affaires implique des aménagements lors des procès. En effet, il ne s'agit pas de dévoiler le secret des affaires lors du procès. Pour autant, il faut garantir à la fois le droit de la preuve et l'existence d'un procès équitable protégé par la loi. Dans ce contexte, le juge doit concilier les mesures d'instruction *in futurum* avec la protection du secret des affaires (1.1). De même, le décret de la loi du 30 juillet 2018 est venu préciser l'application de la loi dans le cadre du contentieux (1.2).

1.1. L'émergence du droit à la preuve face au secret des affaires

La place et le pouvoir du juge dans l'application de la protection du secret des affaires sont très importants. L'une des craintes spécifiques en matière de secret des affaires est que le secret soit révélé au cours de l'instruction. Ainsi, la loi a dû prévoir des mesures matérielles et juridiques, de sorte à limiter ce risque et encourager les entreprises à engager des poursuites en cas d'espionnage industriel ou d'atteinte au secret des affaires. L'équilibre doit se faire entre la possibilité de garantir le droit à la preuve et donc de favoriser le contradictoire avec les mesures d'instruction *in futurum* et la préservation du secret des affaires. Le décret d'application²⁹⁷ de la loi du 30 juillet 2018 est venu donner des précisions en la matière.

Tout d'abord, le juge doit mettre en application le principe de proportionnalité entre d'une part le droit à la preuve et d'autre part le droit à la protection du secret des affaires²⁹⁸. Les articles 6 et 9 du code de procédure civile rappellent la place fondamentale de la preuve dans le succès des recours ainsi que le droit à un procès équitable : « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* »²⁹⁹. Or, depuis le décret n°73-1122 du 17 décembre 1973, il est possible, par le biais de l'article 145 du code de procédure civile, de mettre en œuvre des mesures d'instruction *in futurum* à savoir « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont*

²⁹⁷ Décret n°2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires

²⁹⁸ I. Després, J-P Grandjean, M. Roy-Zenati, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », *Gazette du Palais* n°27, p.78, juillet 2019

²⁹⁹ Article 9 du code de procédure civile

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 ». L'objectif peut être de conserver ou d'établir des faits et des preuves en préparation à un éventuel procès. Les juges du fond apprécient s'il existe véritablement un motif légitime³⁰⁰. En effet, les mesures d'instruction *in futurum* peuvent contraindre la révélation d'un secret des affaires. C'est pourquoi, des mesures ont été adoptées pour éviter cela. Les juges veillent donc à éviter de porter atteinte injustement à un secret des affaires. Le requérant doit démontrer qu'il a « *intérêt à conserver ou à faire établir la preuve de faits de nature à influencer la solution d'un litige éventuel* »³⁰¹. Le risque d'une telle mesure, en matière de secret des affaires, était lié à l'instrumentalisation de cet article 145 du code de procédure civile par des concurrents en vue d'obtenir des informations et des données d'une entreprise. Or, la chambre civile de la Cour de cassation a jugé le 7 janvier 1999³⁰² que le secret des affaires n'empêche pas la mise en œuvre de mesures d'instruction *in futurum* par le juge³⁰³. Néanmoins, la loi du 30 juillet 2018 ne prévoit pas explicitement ce contrôle de proportionnalité dans l'optique de garantir l'équilibre entre d'une part le secret des affaires et d'autre part les mesures d'instruction *in futurum*³⁰⁴.

En outre, le droit à la preuve tend à primer sur d'autres droits. Le droit de la preuve est soumis à la loyauté de la récolte de la preuve. C'est ce qu'a jugé la chambre sociale de la Cour de cassation le 30 septembre 2020³⁰⁵. En effet, une salariée Petit Bateau avait publié sur son compte Facebook la nouvelle collection printemps/été 2015 alors même qu'elle était soumise, de manière contractuelle, à la confidentialité. Dénoncée par une collègue, celle-ci a été licenciée pour faute grave. Ainsi, le droit de la preuve et la protection des affaires de l'employeur a primé sur le droit à la vie privée : « *le droit de la preuve peut en outre justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* »³⁰⁶. Or, ici, l'exercice du droit de la preuve était justifié par « *la défense de l'intérêt légitime de l'employeur à la confidentialité de ses affaires* »³⁰⁷. Le droit à la preuve tend à se développer

³⁰⁰ Cour de cassation (2010), Rapport annuel de la Cour de cassation, le droit de savoir face à un droit de contrôle sur des informations confidentielles, 2010

³⁰¹ A.M. Batut (1999), Rapport annuel de la Cour de cassation, les mesures d'instruction *in futurum*, 1999

³⁰² Cour de cassation, chambre civile, 7 janvier 1999, n°95-21.934, publié au bulletin

³⁰³ « *Mais attendu que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ». 2^{ème} moyen

³⁰⁴ I. Després, J.P. Grandjean, M. Roy-Zenati, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », *Gazette du Palais* n°27, p.78, juillet 2019

³⁰⁵ Cour de cassation, chambre sociale. 30 septembre 2020, n°19-12.058, publié au bulletin

³⁰⁶ F. Rogue, « Droit de la preuve, vie privée et publication sur un compte Facebook privé », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes* n°10, p. 2, novembre 2020

³⁰⁷ *Ibid.*

de plus en plus. En l'espèce, le droit à la preuve a donc permis de protéger le secret des affaires³⁰⁸. A l'inverse, la première chambre civile de la Cour de cassation avait admis le 22 juin 2017³⁰⁹ que le droit à la preuve pouvait primer sur la protection du secret des affaires. Selon les juges, « *en effet le secret des affaires n'est pas une circonstance de nature à faire obstacle à la production d'éléments de preuve détenus par une partie ou par un tiers au regard de son devoir de concourir à la manifestation de la vérité* »³¹⁰. Le secret des affaires n'est donc pas absolu et peut être levé face au droit à la preuve. De la même manière, le droit à la preuve peut permettre la justification d'une atteinte au secret bancaire, dès lors que cette atteinte est proportionnée au but poursuivi et que la « *communication des informations est (...) indispensable à l'exercice du droit à la preuve (...)* »³¹¹. Par conséquent, le juge doit, du fait des intérêts contraires, réaliser un contrôle de proportionnalité entre d'un côté le droit à la preuve et le droit à la protection du secret des affaires. En effet, l'objectif est de trouver un équilibre entre ces intérêts contradictoires afin d'éviter une trop forte protection du secret des affaires qui pourrait nuire à la tenue des procès et inversement une trop grande protection de la preuve qui contraindraient les entreprises. Cet équilibre s'avère assez subtil et relativise la portée du secret des affaires³¹².

Le juge a donc un rôle considérable dans l'application du principe de proportionnalité entre les intérêts du droit à la preuve et ceux du secret des affaires. Le droit à la preuve peut autant jouer en faveur du secret des affaires qu'en sa défaveur, en obligeant la divulgation de certaines informations.

1.2. Les adaptations spécifiques lors du procès

Avec la loi du 30 juillet 2018 et le décret n°2018-1126, des précisions ont été introduites notamment par l'article R153-3 du code de commerce qui dispose « *à peine d'irrecevabilité, la partie ou le tiers à la procédure qui invoque la protection du secret des affaires pour une pièce dont la communication ou la production est demandée remet au juge, dans le délai fixé par celui-ci : 1° La version confidentielle intégrale de cette pièce ; 2° Une version non confidentielle*

³⁰⁸ C. Lhomond, « Droit à la preuve de l'employeur, loyauté de la preuve et respect de la vie privée 'numérique' des salariés : une nouvelle articulation », *Revue de droit du travail*, p.764, 2020

³⁰⁹ Cour de cassation, chambre civile, 22 juin 2017, n°15-27.845, publié au bulletin

³¹⁰ *Ibid.*

³¹¹ J. Lasserre Capdeville, « Secret bancaire et droit à la preuve », *L'essentiel droit bancaire n°10*, p.2, novembre 2020

³¹² R. Bouty, J-S. Quéguiner, « Introduction : secret et droit de la preuve », *Petites affiches n°226-227*, p.6, novembre 2016

ou un résumé ; 3° Un mémoire précisant, pour chaque information ou partie de la pièce en cause, les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires. Le juge peut entendre séparément le détenteur de la pièce, assisté ou représenté par toute personne habilitée, et la partie qui demande la communication ou la production de cette pièce ». Dès lors, cet article permet de garantir la protection des informations par la loi relative au secret des affaires lors d'un procès. Il permet également d'éviter les instrumentalisation du droit c'est-à-dire les tentations d'obtention d'informations secrètes lors des procès. Ainsi, le juge peut demander la mise sous séquestre provisoire de certaines pièces avant le procès dès lors que celui-ci risque de porter atteinte au secret des affaires. Cette demande pourra ensuite être levée dans un délai d'un mois si « le juge n'est pas saisi d'une demande de modification ou de rétractation de son ordonnance en application de l'article 497 du code de procédure civile »³¹³. Le placement sous séquestre provisoire des pièces est prévu à l'article R153-2 du code de commerce et permet à la fois de favoriser le contradictoire mais également la sécurisation de la procédure³¹⁴. De plus, comme l'énonce l'article R153-3 du code de commerce, la partie victime de violation du secret doit communiquer à la fois une version confidentielle et une version non confidentielle des pièces ainsi que d'un mémoire expliquant la nature secrète de la pièce. Le juge peut nommer des experts ayant accès aux pièces. L'article R153-2 du code de commerce permet au juge de limiter l'accès de certains documents, de même l'article R153-5 du code de commerce donne la faculté pour le juge de refuser de communiquer certaines pièces si celles-ci ne sont pas nécessaires quant à la solution du litige. De plus, toute personne ayant accès à des pièces relevant du secret des affaires au cours de l'instruction est soumise à la confidentialité. De même, c'est au juge de décider quelles pièces doivent être communiquées et comment³¹⁵.

Par ailleurs, au niveau des sanctions, le juge peut prononcer des actions en prévention, cessation et réparation. Ces mesures doivent être proportionnées et ont pour but de garantir la protection du secret des affaires même durant une instruction³¹⁶. En la matière, l'office du juge est large. Il peut être saisi sur requête, c'est-à-dire dès lors qu'il existe un risque que les pièces disparaissent et qu'il n'y a pas d'autres moyens pour les obtenir³¹⁷, ou en référé, et peut ordonner de telles mesures afin de prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires. Par exemple,

³¹³ Article R153-2 du code de commerce

³¹⁴ L. Perrin, « Secret des affaires en France : un décret précise les règles de procédure », *Cabinet squire Patton Boggs*, janvier 2019

³¹⁵ I. Després, J.P. Grandjean, M. Roy-Zenati, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », *Gazette du Palais n°27*, p.78, juillet 2019

³¹⁶ P. Battistini, « Présentation de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Petites affiches n°139*, p.6, novembre 2018

³¹⁷ F. Loyseau de Grandmaison, « L'article 145 du CPC et le secret des affaires : concilier des exigences contraires », *Gazette du Palais n°10*, p.17, mars 2021

le juge peut décider de suspendre de la circulation sur le marché un produit résultant d'une atteinte à un secret des affaires. De même, si un salarié d'une entreprise reprend l'algorithme de son ancienne entreprise pour créer un logiciel concurrent, alors le juge peut demander l'interdiction du logiciel si un huissier, expert, constate et confirme la fraude et donc l'atteinte au secret des affaires³¹⁸. Ainsi, il peut à la fois prévenir une atteinte imminente comme faire cesser une atteinte déjà existante. Dans ce dernier cas, il pourra demander la saisie des produits disponibles sur le marché provenant d'une atteinte au secret des affaires. De même, il peut ordonner la destruction de documents divulguant un secret des affaires. Ce sont des armes très importantes à la disposition du juge dans l'engagement des poursuites pour atteinte au secret des affaires par les entreprises victimes. De même, le juge peut demander des indemnités. En outre, des mesures provisoires et conservatoires peuvent s'ajouter afin de prévenir et faire cesser une atteinte à un secret des affaires³¹⁹. Concernant l'indemnisation de la victime, la victime peut demander le versement de dommages et intérêts à la suite d'une perte de chiffre d'affaires, un préjudice moral, ou encore une somme forfaitaire correspondant aux droits qu'elle aurait perçus si une autorisation d'utilisation de son secret avait été effectuée³²⁰. De même, la victime peut retirer des droits du fait des bénéfices qu'auraient réalisés les auteurs de l'atteinte.

Néanmoins, se pose la question des informations détenues par des journalistes qui peuvent contenir un secret des affaires. La définition du secret des affaires étant floue, le juge doit être attentif au respect de la proportionnalité des intérêts en jeu. De nouveau, un conflit de droit peut exister. C'est pourquoi les mesures prises afin de prévenir ou de faire cesser la divulgation d'un secret des affaires doivent être proportionnées par rapport au risque d'atteinte à d'autres libertés comme la liberté d'expression ou d'information³²¹. Ainsi, le juge dispose de pouvoirs importants et d'un rôle déterminant dans la protection du secret des affaires.

³¹⁸ C. Terret, « Le secret des affaires pourrait être utilisé comme 'une arme précontentieuse' », *Editions législatives Dalloz*, septembre 2018

³¹⁹ P. Battistini, « Présentation de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Petites affiches n°229*, p.6, novembre 2018

³²⁰ M. Danis, « Un secret des affaires mieux protégé par la loi et le Juge », *Cabinet August Debouzy*, novembre 2018

³²¹ C. Ghrenassia, A. Quinio, « Secret des affaires et intérêt général », *Revue Lamy Droit des Affaires n°147*, p.30, avril 2019

2. L'application de la loi face aux enjeux de la crise sanitaire et des principes de droit public

En outre, le contexte législatif français accompagné de l'état d'urgence sanitaire vient renforcer les restrictions. En effet, l'instauration de mesures exceptionnelles entrave les libertés. Néanmoins, ce contexte conduit à s'interroger sur la possibilité de levée du secret des affaires afin d'accélérer les recherches scientifiques (2.1). Par ailleurs, le juge administratif intervient également dans la protection des secrets des affaires. En effet, la protection du secret des affaires en matière de commande publique peut rendre difficile l'application du principe de transparence (2.2).

2.1. Le contexte de l'état d'urgence sanitaire

Avec la crise de la Covid-19 et le contexte de l'état d'urgence sanitaire, le recours au secret des affaires par les grands groupes industriels en matière de recherche scientifique apparaît plus fréquent, tandis que le respect du secret médical semble s'amoinrir. En effet, si le code pénal, le code de déontologie médicale et le code de la santé publique viennent protéger le secret professionnel et notamment médical, l'épidémie de la Covid-19 semble faire évoluer la matière. En outre, la pandémie semble avoir accélérée les réflexions en matière de données de santé. Par exemple, avait été lancée en France en 2019 une plateforme nommée *Health Data Hub* sur les données de santé. Si les données de santé pourraient être exploitées afin d'améliorer la qualité de la recherche scientifique, des réglementations sont en vigueur visant notamment à garantir le secret médical³²². De même, en matière de recherche scientifique, le secret des affaires a une implication et sa levée pourrait contribuer à l'accélération des recherches grâce à la mise en commun des données. Le secret professionnel et en l'espèce médical s'avèrent complémentaires au secret des affaires.

La France, dans le contexte de la crise de la Covid-19, a été placée dans une situation exceptionnelle à savoir l'état d'urgence sanitaire. La mise en œuvre de l'état d'urgence sanitaire est effectuée par un décret en conseil des ministres pour un mois. L'application de l'état d'urgence sanitaire peut être prolongée par des lois de prorogation. En l'espèce, il s'agit des lois n°2020-290 du 23 mars 2020 et n°2020-546 du 11 mai 2020. Cela a des conséquences sur

³²² E. Supiot, « Du secret médical à la mise à disposition des données de santé – le *Health Data Hub* », *Revue des contrats* n°4, p.84, décembre 2020

les libertés des citoyens et notamment sur les pouvoirs du Premier ministre qui est en capacité de prendre un certain nombre de mesures restreignant les libertés. Nous pouvons nous interroger sur l'application du secret médical et du secret des affaires en cas de pandémie et en l'espèce de la Covid-19.

Les divers codes prévoient des dérogations quant à l'application du secret médical notamment pour certaines maladies listées par la loi. Par exemple, concernant les maladies contagieuses, le secret peut être levé entre les acteurs médicaux, mais surtout avec les agences régionales de santé (ARS), dans le but de pouvoir suivre les chaînes de transmission. La loi du 11 mai 2020 a prévu de plus grandes dérogations au secret professionnel dans son article 11. Dans ce contexte, deux intérêts contradictoires semblent se faire face. D'un côté, le respect du secret médical afin d'éviter d'éventuelles discriminations en raison « *d'antécédent de positivité* » et de l'autre côté le droit européen avec l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme disposant du droit à la vie. Ainsi, un patient positif au Covid-19 qui ne le signalerait pas pourrait mettre en danger la vie d'autrui. Or ceci est pénalement sanctionné par l'article 223-1 du code pénal. De plus, les dérogations au secret professionnel et notamment concernant la collecte des données médicales sont prolongées malgré la fin de l'état d'urgence sanitaire, ce qui peut soulever des interrogations quant à la collecte et l'utilisation des données personnelles. De même, alors que « *les employeurs sont responsables de la santé et de la sécurité de leurs employés* »³²³, la conciliation des libertés ne doit pas être occultée notamment en matière de traitement des données. Les données de santé sont des ressources particulières qu'il convient de protéger. En effet, la récolte de ces données comporte un risque, à savoir de leur réutilisation par les grandes entreprises. De même, selon maître Pitcho (2020), « *l'ampleur des dérogations au secret, autant que leur systématisation modifie sensiblement le rapport de confiance qui peut exister entre le professionnel et son patient, entre le citoyen et l'administration qui assure et gère la collecte de ses données* »³²⁴.

En outre, concernant les données médicales, un *Health Data Hub* a été lancé en France par la loi n°2019-774 du 24 juillet 2019. L'objectif de cette plateforme est de rassembler l'ensemble des données de santé tel un guichet unique afin de rendre ces données accessibles à toute personne « *porteur de projet, public ou privé, poursuivant ou non un objectif commercial, dès lors qu'il justifie d'un caractère d'intérêt public, autre expression pour définir l'intérêt général*

³²³ Site Web de la CNIL, « Coronavirus (Covid-19) : les rappels de la CNIL sur la collecte de données personnelles par les employeurs », septembre 2020

³²⁴ B. Pitcho, « Vers un secret médical transparent », *Le club des juristes*, juin 2020

au bénéfice des citoyens »³²⁵. Derrière la mise en place de cette plateforme, l'objectif économique, commercial et de compétitivité prévaut. Aussi, la numérisation des données remet de plus en plus en cause le secret professionnel et médical. De plus, apparaît le risque de privatisation des richesses générées par ces données, par le biais du secret des affaires³²⁶. On relève par exemple l'invocation du secret des affaires lors de la mise à disposition en mai 2020 de l'application Stop Covid. Stop Covid permettait de tracer les individus ayant eu la Covid-19 par le téléchargement de l'application³²⁷. De même, en matière de vaccins contre la Covid-19, les informations partagées à la fois concernant leur coût mais également concernant les aides octroyées à la recherche ne sont pas entièrement transparentes³²⁸. Cette opacité pourrait nuire au travail des journalistes qui ne seront dès-lors en mesure d'enquêter sur la fabrication et la distribution des vaccins que bien après leur commercialisation. Par conséquent, des initiatives ont été prises au niveau européen, afin de garantir plus de transparence à cet égard. D'une part, la médiatrice européenne Emily O'Reilly va lancer une enquête pour comprendre les relations entre la Commission européenne et les laboratoires. D'autre part, Ursula Von der Layen a annoncé la divulgation d'informations auprès des parlementaires afin de permettre une certaine visibilité sur tout l'environnement de la vaccination. Néanmoins, le non-partage des informations et l'invocation du secret des affaires ont des effets ambigus. Ils peuvent contribuer à un manque de coopération ralentissant la recherche mais également à une accélération de la recherche dans la mesure où les industriels cherchent à gagner des parts de marché. Par conséquent, la loi protégeant le secret des affaires a des conséquences ambivalentes.

2.2.La protection du secret des affaires par le juge administratif

En droit public, le secret des affaires est également prééminent et préexiste à la loi du 30 juillet 2018, notamment en ce qui concerne la communication des documents administratifs et notamment en matière de commande publique. Le secret des affaires a remplacé les secrets industriels et commerciaux présents dans les textes. Désormais, par exemple, l'article L2132-1 du code de commande publique parle effectivement du « *secret des affaires* ». De même, le décret du 30 décembre 2019³²⁹ a introduit le référé secret des affaires en matière de contentieux

³²⁵ E. Supiot, « Du secret médical à la mise à disposition des données de santé – le *Health data hub* », *Revue des contrats* n°4, p.84, décembre 2020

³²⁶ T. Berger, *L'accès aux informations environnementales et sanitaires, le cas des substances chimiques, des OGM et des médicaments*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris 1- Panthéon-Sorbonne, février 2020

³²⁷ C. Zorn, « Etat d'urgence pour les données de santé (II) : sidép et contact covid », *Dalloz Actualité*, mai 2020

³²⁸ R. Le Gunehec, « Droit d'accès à des informations d'intérêt général dans le domaine de la santé : le verrou du secret des affaires », *Légipresse*, p.39, février 2021

³²⁹ Décret n°2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieux administrative

administratif. Ce décret permet donc au juge administratif de « *prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte* »³³⁰. Ceci s'avère tout à fait similaire à ce qui est prévu dans le code de commerce³³¹. Ainsi, en matière de commande publique, dès lors qu'il y a violation d'un secret des affaires alors un recours auprès du juge des référés afin de faire cesser l'atteinte pourra être nécessaire. Ce référé a notamment été introduit par le décret n°2019-1502 du 30 décembre 2019. L'article R661-30 du code de justice administrative donne la possibilité de ne pas communiquer certaines pièces protégées par le secret des affaires lors du débat contradictoire. Ainsi, le requérant devra alors de nouveau produire une version confidentielle et une version non-confidentielle des pièces, afin que le juge puisse trancher de l'existence et de la nécessité de protéger le secret des affaires.

La CADA offre un droit d'accès aux documents administratifs si le document est de nature administrative et que l'administration dispose dudit document. Néanmoins, les documents doivent être existants. La loi du 17 juillet 1978 dispose que le principe est bien la communication des documents administratifs tout en respectant la protection des informations secrètes. Ainsi, la loi du 30 juillet 2018 est venue élargir les dérogations à la communication des documents administratifs et la CADA met un point d'honneur à respecter la loi et l'article L311-6 du code des relations entre le public et l'administration qui énonce à son premier alinéa que « *ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs dont la communication porterait atteinte à la protection de la vie privée, au secret médical et au secret des affaires (...) et est apprécié en tenant compte, le cas échéant, du fait que la mission de service public de l'administration mentionnée au premier alinéa de l'article L300-2 est soumise à la concurrence* ». Dès lors, certains documents ne sont pas communicables. On remarque, dans la rédaction de cet article, que le « *secret en matière commerciale et industrielle* » a été substitué par la notion de secret des affaires qui est plus large.

En matière de commande publique, des procédures bien encadrées sont à suivre. Elles oscillent entre principe de transparence et maintien de certaines informations confidentielles. Dès lors que certaines informations confidentielles sont divulguées alors la procédure sera qualifiée d'irrégulière³³². En effet, cela entacherait d'une part le principe d'égalité entre les concurrents, candidats pour l'obtention du marché, d'autre part, en cas de divulgation d'informations trop sensibles, il y aurait un risque de réutilisation desdites informations par les

³³⁰ Article R557-3 du code de justice administrative

³³¹ Article R152-1 du code de commerce

³³² K. Picavez, D. Giampaoli, « L'acheteur public et le défi du référé en matière de secret des affaires », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n°25, juin 2020

candidats évincés. Cela justifierait qu'il y ait davantage de contentieux concernant le refus d'accès à certains documents administratifs plutôt que des cas de violation du secret des affaires³³³. De même, le référé secret des affaires est indépendant d'un recours au fond.

Cette exigence du respect de la protection du secret des affaires en droit public est également rappelée par l'article L2132-1 du code de la commande publique qui énonce que « *l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillée des offres* ». Ainsi, la nécessité de protéger le secret des affaires en matière de commande publique a pu être rappelée par le juge administratif notamment dans un arrêt du tribunal administratif de Nancy du 4 novembre 2020³³⁴. En effet, un établissement public de santé³³⁵ avait passé un marché d'assurances avec un assistant à maitre d'ouvrage (AMO). Or, celui-ci exerçait également une activité de cabinet de courtage. Ainsi, une société concurrente et également candidate³³⁶ a saisi le juge administratif en référé précontractuel du fait de l'existence de lien entre d'une part l'AMO et d'autre part une autre société candidate³³⁷. La société soumissionnaire SHAM considérait qu'il existait une violation du principe d'impartialité ainsi que l'existence de conflits d'intérêts entre l'AMO et la société BEAH. Elle a par conséquent saisi le juge en référé afin de prévenir une atteinte au secret des affaires. En l'espèce, le juge administratif a estimé que l'AMO portait atteinte au secret des affaires et qu'il y avait lieu pour le juge des référés de mettre en place des mesures visant à prévenir cette atteinte. En effet, le risque était que l'AMO partage des informations à un des soumissionnaires, provoquant alors une rupture de neutralité, d'impartialité et d'égalité. Dès lors, l'AMO s'est vu interdire « *l'accès aux documents de la société requérante couverts par le secret des affaires* »³³⁸. Ainsi, le référé secret des affaires en droit administratif peut permettre de garantir l'impartialité des procédures comme en l'espèce³³⁹. Le juge administratif a donc compétence pour garantir la protection du secret des affaires en matière administrative. De même, dans la

³³³ *Ibid.*

³³⁴ TA Nancy, 4 novembre 2020, n°2002619

³³⁵ CHRU de Nancy

³³⁶ SHAM

³³⁷ BEAH

³³⁸ J. Serrano Bentchich, « Le premier référé « secret des affaires » devant le juge administratif : l'obtention de la suspension de l'analyse des candidatures et des offres par l'assistance à la maîtrise d'ouvrage partial », *Légibase commande publique*, novembre 2020

³³⁹ K. Picavez, D. Giampaoli, « L'acheteur public et le référé en matière de secret des affaires : un régime qui se précise », *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales* n°13, mars 2021

décision Centre hospitalier de Perpignan du Conseil d'Etat du 30 mars 2016³⁴⁰, s'inscrivant dans le cadre d'un marché public, le Conseil d'Etat a considéré qu'il revenait au juge administratif de vérifier si « *les renseignements contenus dans les documents dont il est demandé la communication peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret industriel et commercial* »³⁴¹. L'atteinte au secret justifie le refus de communication desdits documents. Ainsi, dès lors que la concurrence est affectée, le juge doit apprécier si l'information peut bénéficier d'une protection au titre du secret des affaires. Néanmoins comme le souligne le rapporteur public Renaud Thielé, la mise en balance des exigences de protection du secret des affaires, « *des principes de libre concurrence et d'égalité de traitement des candidats à la commande publique ; et, enfin, le caractère équitable du procès, dont une des composantes est le caractère contradictoire de la procédure juridictionnelle* »³⁴² s'avère épineux. Ces trois principes coexistant difficilement, d'où la nécessité de trouver un aménagement de l'un des principes. Selon la Cour de justice, la protection du secret des affaires doit, en toutes circonstances, prévaloir lors de la procédure juridictionnelle³⁴³.

Enfin, l'accès aux documents administratifs peut se voir entraver par l'invocation de la loi protégeant le secret des affaires. Par exemple, l'association Sherpa qui lutte contre les crimes économiques a demandé au ministère de la transition écologique la communication du nom des entreprises concernées par le Règlement européen sur les minerais de conflits³⁴⁴. L'association n'a pas pu obtenir les noms de ces entreprises car le ministère a opposé le secret des affaires alors même que la CADA a estimé que cette divulgation ne porterait pas atteinte au secret des affaires. Cela témoigne de la difficulté d'obtenir certaines informations³⁴⁵.

Ainsi, l'accès aux documents administratifs s'avère plus difficile du fait de l'invocation du secret des affaires. De plus, la loi sur le secret des affaires semble difficilement conciliable avec d'autres enjeux notamment en matière de commande publique et de marché public où il existe des exigences de transparence pour garantir la libre concurrence. De nouveau, le rôle du

³⁴⁰ CE, 30 mars 2016, n°375529

³⁴¹ *Ibid.* point 3

³⁴² R. Thielé, « Comment concilier droit au recours effectif des candidats évincés et secret des affaires ? », *AJDA*, p.685, 2021

³⁴³ *Ibid.*

³⁴⁴ Règlement (UE) 2017/821 du 17 mai 2017 qui vise « empêcher que les bénéfices tirés du commerce de minerais et de métaux soient utilisés pour financer des conflits armés (...) » (point 26)

³⁴⁵ Voir supra p.67

juge s'avère considérable dans cette mise en balance. En l'espèce, le juge administratif est également compétent en la matière.

Section 2. L'évolution de la culture du secret et du numérique

La protection du secret des affaires a vocation à évoluer et à s'adapter à l'intensification de l'usage du numérique. En ce sens, si des nouvelles libertés et une citoyenneté du numérique se développent, la culture du secret pourrait se voir modifier (1). En outre, la création d'une Europe résiliente doit permettre de résister aux menaces. Aussi, l'application du secret des affaires constitue un enjeu stratégique dans un espace mondialisé (2).

1. Le secret des affaires à l'aune des libertés numériques

L'UE cherche à créer une Europe robuste, capable de résister aux crises. Afin de permettre une Europe résiliente, les entreprises doivent pouvoir résister aux attaques par l'application de la protection du secret des affaires. Le développement d'une charte et d'une déclaration des droits fondamentaux du numérique peut conduire à des évolutions en matière de secret des affaires.

La création d'une déclaration des droits et libertés fondamentaux du numérique pourrait contribuer à faire évoluer l'application de la loi protégeant le secret des affaires. Le numérique est directement lié au secret des affaires étant donné qu'il renvoie à des actifs immatériels essentiellement « *concentrés sur des supports numériques* »³⁴⁶. Dès lors, deux visions s'affrontent. D'un côté, les partisans d'un maximum de transparence concernant les techniques numériques et d'un autre côté, les partisans d'une amélioration de la sécurité numérique, passant par la protection des informations confidentielles. Cette distinction s'effectuerait en matière de champ d'application. En effet, la vision dominante serait de garantir aux personnes privées la maîtrise de leurs données personnelles et leur sécurisation alors que les personnes publiques seraient redevables d'un certain degré de transparence dans leurs démarches³⁴⁷. L'articulation au sein de la déclaration entre la protection de la liberté d'expression, la loi protégeant le secret des affaires et la lutte contre les discours de haine s'avère un enjeu particulièrement sensible. Le Conseil constitutionnel rappelle notamment l'émergence de droits

³⁴⁶ O. de Maison Rouge, « Secret des affaires et sécurité numérique : des enjeux communs », *Bulletin du droit des secrets d'affaires*, juin 2017

³⁴⁷ A. Latil, « En attendant la Déclaration de droits fondamentaux du numérique », *Dalloz IP/IT*, p.593, 2020

nouveaux avec la révolution numérique, à savoir des « *droits de nouvelle génération, tel le droit à l'oubli, et le droit au déférencement, la liberté d'accès à internet, ou le droit d'accès aux données en open data* »³⁴⁸ qui doivent être concilier avec d'autres droits et libertés et notamment le secret des affaires.

A la suite du projet européen sur la gouvernance des données, l'articulation entre secret des affaires et l'accès aux données non-personnelles se pose. La circulation des données non personnelles entre entreprises³⁴⁹ s'inscrit dans cette nouvelle stratégie européenne alors même qu'elles sont généralement composées de secrets d'affaires³⁵⁰. Dans ce contexte, la Commission européenne construit petit à petit le marché unique des données. Elle a fait une proposition d'acte sur la gouvernance des données en novembre 2020. Cette structuration est à suivre afin de voir l'articulation trouvée entre protection du secret des affaires et des données non-personnelles et les garanties proposées. Cette proposition de gouvernance européenne des données par un règlement³⁵¹ vise à favoriser à la fois la libre circulation ainsi que la réutilisation des données. Ce règlement contient trois volets avec une partie consacrée aux données des acteurs publics, une deuxième partie concernant le partage des données personnelles et non personnelles et enfin la création du concept d'altruisme en matière de données c'est-à-dire « *des données mises volontairement à disposition par des particuliers ou des entreprises, pour le bien commun* » (*data altruism*)³⁵² comme par exemple des données sur les pandémies. Le règlement harmonise les pratiques de partage de données.

Enfin, dans le cadre de la crise de la Covid-19, l'usage intensif du numérique a également développé l'utilisation des cyberassurances pour faire face aux cyberattaques.

Ainsi, la Commission travaille sur une « *boussole numérique* » et une « *déclaration interinstitutionnelle sur les principes numériques d'ici la fin de 2021* »³⁵³. D'ici 2030, des évolutions notables vont être conduites avec un but d'autonomie numérique, il s'agira donc de voir quelle place va être dévolue à la culture du secret.

³⁴⁸Bonnet, P. Türk, « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* n°57, octobre 2017

³⁴⁹ Stratégie Business to Business (B2B)

³⁵⁰ J. de Werra, « Droit et gouvernance du numérique », *Communication – commerce électronique* n°1, p.3-4, 2021

³⁵¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 sur la gouvernance européenne des données (acte sur la gouvernance des données : *Data Governance Act*)

³⁵² *Ibid.* p.8

³⁵³ Site web de la Commission européenne

2. La protection contre l'espionnage économique dans un espace mondial

En outre, le développement de nouvelles pratiques a exacerbé la guerre économique, la concurrence et la multiplication des atteintes au secret des affaires. La guerre économique se comprend comme l'objectif d'accroître ses parts de marché. Elle peut s'effectuer par des rapports de force, par la volonté d'affaiblir ses concurrents de toute manière que ce soit.

Par exemple, l'intelligence économique est un outil utilisé dans la guerre économique. La notion d'intelligence économique semble difficile à cerner, néanmoins, le spécialiste en la matière Olivier de Maison Rouge évoque quelques éléments pour dresser les contours de la notion. En effet, l'intelligence économique implique que la collecte d'informations s'effectue par le renseignement économique et par le biais d'opérations d'influence³⁵⁴. Dès lors, la protection des informations peut être effectuée par le biais du secret des affaires. L'objectif est de lutter contre certaines attaques et atteintes, lesquelles se multiplient dans le contexte du développement numérique mais également de la crise sanitaire. Il s'agit d'une méthode légale qui vise à se renseigner sur ses concurrents et donc à accroître la compétitivité. Pour s'inscrire dans un contexte légal, les entreprises cherchent, par le biais de l'intelligence économique, à se procurer des informations accessibles à tous afin d'éviter la concurrence déloyale. Le risque est de finir par espionner les concurrents et donc de glisser vers le développement de l'usage de moyens illégaux³⁵⁵. Cela a notamment été le cas, lorsque certaines entreprises concurrentes ont essayé d'obtenir des informations lors des procès devant les tribunaux. En effet, les entreprises, pour garantir le principe du contradictoire, dévoilaient un certain nombre d'informations qu'elles se voyaient dérober par la concurrence. Dans ce cadre la mise en place d'une protection du secret des affaires était essentielle pour protéger les données confidentielles à valeur commerciale. De plus, les menaces se multiplient. Olivier de Maison Rouge (2020) a dressé une liste de quelques-unes de celles-ci comme « *l'espionnage économique, déstabilisations informationnelles, risques conformité, menaces cyber, fraudes financières et vulnérabilités RH* »³⁵⁶. Face à de telles menaces, des protections et des garanties ont dû être mise en oeuvre notamment par le biais du secret des affaires.

³⁵⁴ O. de Maison Rouge, « Survivre à la guerre économique : espionnage, influences, ingérences, fraudes ... le décryptage d'Olivier de Maison Rouge », *Communication et influence n°115*, octobre 2020

³⁵⁵ Interview de Claude Mathon, Intelligence économique et protection du secret des affaires, août 2017 : https://www.enm.justice.fr/actu-30aout2017_Intelligence-economique-et-protection-du-secret-des-affaires

³⁵⁶ O. de Maison Rouge, « La résilience est un enjeu de sécurité nationale », *Sécurité globale*, n°23, p.137-140, 2020

Par ailleurs, la protection des données paraît nécessaire afin de garantir la compétitivité entre les entreprises au niveau national mais également au niveau international. De même, on retrouve également des enjeux géopolitiques. En effet, l'UE cherche une place de premier plan en matière d'innovation stratégique. Face aux géants chinois et américains, les armes ne sont pas forcément symétriques, puisque ces derniers n'hésitent pas à user de techniques agressives afin de devancer leurs concurrents en matière de course technologique. Par exemple, l'intelligence artificielle constitue un élément de la course technologique stratégique entre les grandes puissances³⁵⁷. En la matière, le secret des affaires est utile car il permet de protéger les innovations en matière d'intelligence artificielle par exemple. La protection des entreprises s'avère également un élément incontournable pour soutenir l'innovation. En ce sens, du fait de la complexité de l'intelligence artificielle qui repose sur un certain nombre de technologies allant de base de données, d'algorithmes ou encore de logiciels, la protection doit être composite. Les exploitants peuvent protéger leur technologie par les dispositions relatives au droit d'auteur, logiciel ou encore au brevet mais le secret des affaires permet une plus grande efficacité et sécurité juridique³⁵⁸. De plus, en raison de la dématérialisation croissante, les données se regroupent dans le cyberspace, qui s'avère également être un enjeu stratégique d'un point de vue géopolitique. Le cyberspace comprend à la fois les *data centers* c'est-à-dire les espaces où les données sont hébergées et stockées, mais également les logiciels et enfin les données. Or selon Olivier de Maison Rouge³⁵⁹, l'une des problématiques qui se pose concerne la réglementation, étant donné que les *data centers* sont essentiellement américains, chinois et russes. Ces pays étant très compétents en matière de cyberespionnage, le développement d'une souveraineté numérique en Europe est apparu nécessaire. Aussi, dans le contexte de crise de la Covid-19, les cyberattaques se sont multipliées y compris contre les hôpitaux, ce qui prouve l'urgence et l'importance de protéger les données des entreprises. De même, d'un point de vue étatique, la nécessité de la protection des secrets-défense et des secrets d'Etat contre les cyberattaques sont indiscutables. La ministre des Armées avait, par exemple, fait l'état d'une attaque concernant « *la chaîne d'alimentation en carburant de la Marine* »³⁶⁰ en 2018. Selon Florence Parly, il s'agit de « *plus de deux incidents par jour qui ont touché notre ministère, nos opérations, nos expertises techniques et même un hôpital des Armées. Certaines de ces attaques nous ciblaient précisément, d'autres visaient nos industriels et nos partenaires* »³⁶¹. Dès-lors,

³⁵⁷ Site web Toute l'Europe

³⁵⁸ Stratégie nationale en intelligence artificielle (2017), Intelligence artificielle enjeux juridiques, mars 2017

³⁵⁹ O. de Maison Rouge, « Les enjeux géopolitiques du *cloud computing* », *Predictice blog*, février 2021

³⁶⁰ Déclaration de Mme Florence Parly, ministre des Armées sur le volet de la cyberdéfense des armées, janvier 2019

³⁶¹ *Ibid.*

le droit est nécessaire pour répondre à ces menaces qui peuvent parfois se concrétiser sous la forme de cyberguerre, tout en protégeant les libertés.

Néanmoins, comme le souligne le rapport de Stratégie nationale en intelligence artificielle (2017)³⁶², *a contrario* du secret, la transparence des algorithmes forme un enjeu juridique particulier. En effet, un certain flou peut entourer les algorithmes et plus largement l'intelligence artificielle quant à leur fonctionnement. Ils comportent des risques « *de discriminations, ou encore de risque pour la diversité de l'information sélectionnée* »³⁶³. Par conséquent, il convient pour le juge de mettre en balance les exigences de transparence et de secret. Cependant, comme l'explique le rapport, la transparence n'est pas aisée à réaliser en la matière du fait d'une part de « *l'évolutivité de la technologie* »³⁶⁴ mais également d'autre part « *du caractère confidentiel et concurrentiel des développements* »³⁶⁵. Un ensemble de dispositions législatives a été mis en place afin de garantir cet équilibre. La loi pour une République numérique³⁶⁶ promulguée le 7 octobre 2016 favorise ainsi la libre « *circulation des données et du savoir* ». Elle s'intéresse également aux algorithmes publics permettant plus de transparence puisque les citoyens soumis à ces algorithmes peuvent demander à l'administration les modalités et les caractéristiques de ces derniers. De même, les plateformes sont soumises à des obligations « *de clarté, de transparence, et de loyauté* »³⁶⁷.

Ainsi, la protection du secret des affaires permet de contrer l'espionnage économique les diverses menaces liées au numérique (cybermenaces) dans un contexte mondialisé et de proposer certaines garanties aux entreprises.

³⁶² Rapport de synthèse France intelligence artificielle, 2017

³⁶³ *Ibid.* p.299

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

³⁶⁷ *Ibid.* p.299

Conclusion

L'Union européenne a mis un terme au vide juridique concernant la protection du secret des affaires avec la directive du 8 juin 2016. La loi du 30 juillet 2018 a permis la protection des actifs immatériels des entreprises et favorisé la valorisation du patrimoine informationnel. Le législateur a su donner les contours d'une protection du secret des affaires tout en prenant soin d'exclure de son champ d'application un certain nombre d'acteurs tels que les journalistes ou encore les lanceurs d'alerte. De même la protection du secret des affaires n'est pas absolue, certains droits peuvent s'imposer comme le droit à la preuve par exemple. La sensibilité du secret des affaires a conduit à prendre des mesures adaptées pour garantir sa protection dont le juge est le garant. Les dérogations prévues dans la loi permettent l'articulation avec les libertés fondamentales tout en garantissant l'efficacité économique.

Néanmoins, la loi du 30 juillet 2018 laisse une place considérable au juge afin d'éviter les utilisations abusives de la loi. De plus, le recours au secret des affaires pour protéger certaines informations confidentielles paraît nécessaire et garantit la protection des innovations des entreprises. Cependant, l'application de la loi reste sujette à certaines critiques.

Deux écueils sont à souligner. Le premier concerne la rédaction de la loi. En effet, de par son manque de précision, la place dédiée au juge s'avère déterminante. Or, la jurisprudence témoigne des difficultés à trouver un équilibre entre la protection des informations des entreprises et la protection des libertés. De même, la conciliation avec les autres lois s'avère difficile, notamment en matière de protection des lanceurs d'alerte ou encore du secret des sources. De plus, la divulgation d'un secret des affaires constitue une atteinte telle que les mesures civiles peuvent paraître insuffisantes et peu dissuasives. En ce sens, l'intégration d'un volet pénal semble essentielle pour obtenir une véritable protection des informations commerciales stratégiques. Celle-ci permettrait d'amorcer un pas supplémentaire dans le renforcement de la protection des secrets des affaires.

D'autre part, la loi protégeant le secret des affaires participe à la construction d'une Europe du numérique qui doit faire face à plusieurs défis - aussi bien à la guerre économique, qu'aux cyberattaques, au développement des algorithmes et de l'intelligence artificielle – et maintenir un niveau élevé de protection des informations et des données. L'Union européenne est très attentive aux enjeux soulevés par le développement du numérique d'un point de vue démocratique, géopolitique, économique. En effet, l'objectif étant de réguler le marché du

numérique tout en garantissant l'innovation. De plus, l'Union européenne cherche à s'imposer face aux géants américains et chinois. En outre, du fait de la porosité des frontières, de l'interconnexion des informations, la loi protégeant le secret des affaires pourrait être amenée à évoluer.

Enfin, comme écrivait Roger-Pol Droit, « *Entre secret et divulgation, une tension permanente traverse en fait notre époque, plus intensément qu'aucune autre. Nos moyens de tout surveiller, de recouper les informations, de pister les trajectoires se démultiplient. La nécessité de préserver l'anonymat, la vie privée, les secrets personnels ou industriels devient à la fois plus impérieuse et plus malaisée à mettre en oeuvre. On se prend à rêver d'un nouvel art de la dissimulation, d'une sorte de cachotterie bien tempérée (...) Cesser de croire, par exemple, que toute occultation cache un acte délictueux. Il y a bien évidemment des ombres légitimes et des opacités vertueuses. Il ne serait pas malvenu de nous souvenir que le secret a ses vertus. Et de ne pas oublier, non plus, le rôle que le temps joue : tout secret est temporaire* »³⁶⁸. L'acceptation de la culture du secret reste donc encore à consolider, dans un contexte numérique où la volatilité des informations s'accroît.

³⁶⁸ R-P. Droit, « Dangereuse transparence », *Les Echos*, octobre 2011

Références

1. Source internationale

- Public Law 114-153, Defend Trade Secrets Act of 2016

2. Sources européennes

➤ *Directives*

- Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux
- Directive 2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes
- Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites
- Directive (UE) 2016/1148 du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 2016 concernant des mesures destinées à assurer un niveau élevé commun de sécurité des réseaux et des systèmes d'information dans l'Union
- Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE
- Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union
- Commission nationale consultative des droits de l'homme, avis sur la transposition de la directive relative aux lanceurs d'alerte, Assemblée plénière, 24 septembre 2020

➤ *Règlements*

- Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité
- Règlement (CE) n°773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE
- Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère

personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)

- Règlement (UE) 2017/821 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 fixant des obligations liées au devoir de diligence à l'égard de la chaîne d'approvisionnement pour les importateurs de l'Union qui importent de l'étain, du tantale et du tungstène, leurs minerais et de l'or provenant de zones de conflit ou à haut risque
- Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne
- Règlement (UE) 2019/881 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 relatif à l'ENISA et à la certification de cybersécurité des technologies de l'information et des communications, et abrogeant le règlement (UE) n°526/2013 (règlement sur la cybersécurité)
- Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne
- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2020 sur la gouvernance européenne des données

➤ *Jurisprudence européenne*

- CJCE, 23 septembre 1986, AKZO Chemie BV et AKZO Chemie UK Ltd contre Commission des communautés européennes, C53/85
- CJCE, 18 septembre 1996, Postbank c/ Commission des communautés européennes, n°T-353/94
- Conclusions de l'avocat général M. Philippe Léger, 10 juillet 2001, affaire C-309/99
- CJCE, 19 février 2002, J.C.J. Wouters c/ Algemene Raad van de Nederlandse van Advocaten, n°C-309/99
- CJCE, grande chambre, 1^{er} juillet 2008, Chronopost SA et La Poste contre Union française de l'express (UFEX) et autres, C-341/06
- CEDH, grande chambre, 27 mars 1996, Goodwin c/Royaume-Uni, req.n°17488/90
- CEDH, 6 mai 2010, Brunet Lecomte et Lyon Mag c/ France, req.n°17265
- CEDH, 28 juin 2012, Ressiot et autres c/France, req.n°15054/07

- CEDH, 28 novembre 2013, Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes c/Autriche, req.n°39534/07
- CEDH, grande chambre, 10 novembre 2015, Couderc et Hachelle Filipacchi Associés c/ France, req. n°40454/07
- CEDH, 8 novembre 2016, Magyar Helsinki Bizottság c/ Hongrie, req. n°18030/11
- CEDH, 4 mai 2021, Akdeniz et autres c/ Turquie, req n°41139/15 et 41146/15
- CEDH, 11 mai 2021, Halet contre Luxembourg, req. n°21884/18
- CEDH, 18 mai 2021, Ögreten et Kanaat c/ Turquie, req n°42201/17 et 42212/17

3. Sources nationales

3.1.Textes de droit interne

➤ *Textes constitutionnels*

- Conseil constitutionnel, Décision n°84-181 du 11 octobre 1984, Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse
- Conseil constitutionnel, Décision n°2005-530 du 29 décembre 2005, Loi de finances pour 2006
- Conseil constitutionnel, Décision n°2016-738 du 10 novembre 2016, Loi visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias
- Conseil constitutionnel, Décision n°2018-768 du 26 juillet 2018, Loi relative à la protection du secret des affaires
- Conseil constitutionnel, Décision n°2018-773 du 20 décembre 2018, Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information

➤ *Codes*

- Code civil
- Code de commerce
- Code des douanes
- Code de l'énergie
- Code de l'environnement
- Code de justice administrative
- Code pénal
- Code de procédure civile

- Code de procédure pénale
- Code de propriété intellectuelle
- Code des relations entre le public et l'administration

➤ *Lois*

- Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse
- Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères
- Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques
- Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
- Loi n°78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal
- Loi n°80-538 du 16 juillet 1980 relative à la communication de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères
- Loi n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit
- Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes
- Proposition de loi relative à la protection du secret des affaires du 16 juillet 2014, n°2139
- Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques
- Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique
- Loi n°2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias
- 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
- Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre
- Loi n°2017-1154 du 11 juillet 2017 prorogeant l'application de la loi n°55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence
- Loi n°2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme

- Loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires
- Loi n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information
- Loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises
- Loi n°2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19
- Loi n°2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions
- Loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique
- Loi n°2021-160 du 15 février 2021 prorogeant l'état d'urgence sanitaire

➤ *Décrets*

- Décret n°73-1122 du 17 décembre 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile
- Décret n°2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires
- Décret n°2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative

➤ *Ordonnances*

- Ordonnance n°2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du code de commerce au droit communautaire de la concurrence
- Ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises

3.2. Jurisprudence

➤ *Conseil de prud'hommes*

- Conseil de prud'hommes de Lyon, 17 avril 2019, n° R 19/00087

➤ *Tribunal administratif*

- TA de Paris, 15 octobre 2020, n°1822236/5-2
- TA de Nancy, 4 novembre 2020, n°2002619

➤ *Conseil d'Etat*

- CE, 30 mars 2016, n°375529, Rec. Lebon
- CE, 15 mars 2018, avis sur la proposition de loi 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 n°394422
- CE, 19 avril 2018, avis que les propositions de loi relatives à la lutte contre les fausses informations n°394641-394642
- CE, 19 juin 2018, avis consultatif sur le projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises n°394599-395021

➤ *Tribunal judiciaire*

- T. Corr Bordeaux, 13 juin 2008, Claudine B et autres

➤ *Cour d'appel*

- Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, 7 février 2019, n°18/20566
- Cour d'appel de Versailles, 6^{ème} chambre, 27 février 2020, n°19/03646
- Cour d'appel de Paris, 2^{ème} chambre, 8 avril 2021, ITM Alimentaire International c/ Ministre de l'économie, des finances et de la relance, n°21/05090

➤ *Cour de cassation*

- Cour de cassation, chambre civile, 7 janvier 1999, n°95-21.934, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre civile, 19 février 2009, n°08-11.959, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre criminelle, 22 octobre 2014, n°13-82.630
- Cour de cassation, chambre commerciale, 17 mars 2015, n°13-15.862
- Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mai 2015, n°14-81.336, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre civile, 22 juin 2017, n°15-27.845, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre criminelle, 28 juin 2017, n°16-81.113, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre commerciale, 13 février 2019, n°17-18.049, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2020, n°19-12.058, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre criminelle, 13 octobre 2020, 19-87.341, publié au bulletin
- Cour de cassation, chambre sociale, 25 novembre 2020, n°17-19.523, publié au bulletin

4. Bibliographie

➤ *Ouvrages*

- T. du Manoir de Juaye, S. Marcelin, *Le secret des affaires*, LexisNexis, 2^{ème} édition, 2019
- D. Houtcieff, *Droit commercial*, Dalloz Université, 4^{ème} édition, 2016
- K. Martin-Chenut, R. de Quenaudon, *La RSE saisie par le droit, perspectives interne et internationale*, A. Pedone, 2015
- C. Nourissat, B. de Clavière Bonnamour, *Droit de la concurrence, libertés de circulation*, Dalloz Hypercours, 5^{ème} édition, 2016
- M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, Dalloz Cours , 12^{ème} édition, 2020

➤ *Articles*

- J.K.Adom, « Le secret des affaires et la participation des salariés à la gestion de l'entreprise », *Bulletin Joly Sociétés n°2*, février 2003
- I.M.Barsan, « Blockchain et propriété intellectuelle », *Communication commerce électronique n°4*, avril 2020
- P. Battistini, « Présentation de la loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Petite affiches n°139*, novembre 2018
- T. Berger, C. Noiville, « Contrats, secrets d'affaires et enjeux de santé publique », *Revue des contrats n°1*, mars 2021
- C. Berr, « Blanchiment de capitaux et financement du terrorisme », *Répertoire de droit commercial*, janvier 2010 (actualisation janvier 2017)
- J. Bonnet, P. Türk, « Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n°57*, octobre 2017
- W. Bourdon, « La loi sur le secret des affaires : une menace pour la liberté d'expression ? », *Légipresse*, 2019
- R. Bouty, J-S. Quéguiner, « Introduction : secret et droit de la preuve », *Petites affiches n°226-227*, novembre 2016
- S. Brugère, J. Laurent, « Secret professionnel de l'avocate et confidentialité des échanges : vade-mecum », *Gazette du Palais n°12*, mars 2021
- B. Bursztein, D. Guillouet, « Le renforcement de la protection du secret des affaires : quel impact sur l'exercice des missions des représentants du personnel ? », *Revue de droit du travail*, 2019

- P. Cadio, E. Naudon, « Secret des affaires et propriété intellectuelle : une complémentarité suffisante pour la protection des actifs immatériels ? », *Option Finance n°1495*, janvier 2019
- O. de Maison Rouge, « Secret des affaires et sécurité numérique : des enjeux communs », *Bulletin du droit des secrets d'affaires*, juin 2017
- O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires : à la frontière de la vie privée de l'entreprise », *Constructif n°51*, novembre 2018
- O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires au grand jour, enjeux et application de la protection des informations économiques », *Cahiers de droit de l'économie n°6*, décembre 2018
- O. de Maison Rouge, « Le secret des affaires : la reconnaissance juridique d'un droit de l'information protégée », *Daloz IP/IT*, décembre 2018
- O. de Maison Rouge, « Survivre à la guerre économique : espionnage, influences, ingérences, fraudes ... le décryptage d'Olivier de Maison Rouge », *Communication et influence n°115*, octobre 2020
- O. de Maison Rouge, « La résilience est un enjeu de sécurité nationale », *Sécurité globale n°23*, 2020
- O. de Maison Rouge « Les enjeux géopolitiques du *cloud computing* », *Predictice*, février 2021
- J. de Werra, « Droit et gouvernance du numérique », *Communication – commerce électronique n°1*, 2021
- A. Delage, « Les mots du secret », *Cahiers d'études romanes*, 2015
- I. Després, J-P. Grandjean, M. Roy-Zenati, « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », *Gazette du Palais n°27*, juillet 2019
- M. Dhenne, « La loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », *Recueil Dalloz*, septembre 2018
- F. Dieng, « Transparence et gouvernement d'entreprise dans l'Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *LPA n°150*, janvier 2020
- N. Droin, « Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plue, mais ne rompt pas », *Recueil Dalloz*, 2015
- A-S. Epstein, « La compatibilité du droit d'accès aux informations environnementales de source privée avec la protection du secret des affaires : prélude à la consécration d'un droit d'accès aux données d'intérêt général de source privée », *Revue juridique de l'environnement numéro spécial*, 2020
- J-C. Galloux, « La transposition de la directive sur les secrets d'affaires », *RTDCom-Dalloz Revues*, septembre 2018

- J-M.Garinot, « Le secret des affaires, défi permanent du juriste d'entreprise », *Affiches parisiennes*, octobre 2015
- J-M. Garinot, « Secret des affaires : la loi ne chasse pas le contrat », *AJ contrat*, octobre 2018
- L. Garnerie, « Les députés consacrent la présence de l'avocat lors des perquisitions », *Gazette du Palais n°19*, mai 2021
- C. Ghrenassia, A.Quinio, « Secret des affaires et intérêt général, dossier reporting extra-financier et secret des affaires, regards croisés », *Revue Lamy n°147*, avril 2019
- G. Goffaux Callebaut, « Avant-propos : secret et transparence en droit des affaires », *Petites affiches n°226-227*, novembre 2016
- P. Goguelin, « Le concept de négociation », *Négociations n°3*, 2005
- G. Isouard, « La protection du secret des affaires entre tradition prétorienne et apports normatifs », *Les cahiers Portalis n°7*, 2020
- J. Lasserre-Capdeville, « Secret bancaire et droit à la preuve », *L'essentiel Droit bancaire n°10*, novembre 2020
- A. Latil, « En attendant la Déclaration de droits fondamentaux du numérique », *Dalloz IP/IT*, 2020
- R. Le Gunehec, « Secret des affaires : drôle d'ambiance », *Légipresse n°368*, mars 2019
- R. Le Gunehec, « Droit d'accès à des informations d'intérêt général dans le domaine de la santé : le verrou du secret des affaires », *Légipresse*, février 2021
- L. Leblond, « Le secret d'affaires : l'évaluation du rôle de l'action en concurrence déloyale », *Petites affiches n°152*, juillet 2015
- M. Lei, « La protection du secret des affaires entre ombre et lumière », *LPA n°145*, juin 2019
- E. Lemaire, « La procédure accélérée ou la regrettable normalisation d'une procédure dérogatoire », *Jus Politicum revue internationale de droit constitutionnel*, juillet 2017
- C. Lhomond, « Droit à la preuve de l'employeur, loyauté de la preuve et respect de la vie privée numérique des salariés : une nouvelle articulation », *Revue de droit du travail*, 2020
- F. Loyseau de Grandmaison, « L'article 145 du CPC et le secret des affaires : concilier des exigences contraires », *Gazette du Palais n°10*, mars 2021
- N. Mallet-Poujol, « Secret des affaires, lanceurs d'alerte et risques d'autocensure : approche juridique », *Communications n°106*, 2020
- X. Marchand, « Secret des affaires, quelle protection pour les entreprises », *LJA Magazine n°55*, août 2018
- F. Marmoz, « De l'influence du débat d'intérêt général sur la prévention des difficultés des entreprises », *Revue Lamy droit des affaires*, 2019

- P. Martin, « Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012, *Gazette du Palais n°185*, juillet 2012
- S. Michalak, « De la prise en compte à la prise en charge de l'intérêt général par l'entreprise, quelques réflexions en marge de la loi PACTE », *Revue du droit public n°3*, 2019
- A. Moreaux, « Cyberlex : quel secret sur la toile ? », *Affiches parisiennes*, février 2019
- L. Perrin, « Secret des affaires en France : un décret précise les règles de procédure », *Contentieux-procédure, droit commercial et économique*, 2019
- K. Picavez, D. Giampaoli, « L'acheteur public et le référé en matière de secret des affaires : un régime qui se précise », *La semaine juridique administrations et collectivités territoriales n°13*, mars 2021
- B. Pitcho, « Vers un secret médical transparent », *Le club des juristes*, juin 2020
- M. Quemener, « Le secret des affaires au grand jour – Enjeux et applications de la protection des informations économiques », *Cahiers de droit de l'entreprise n°6*, novembre 2018
- T.F. Rakotoarison, « Loi sur la protection du secret des affaires : la fin de la liberté d'informer n'aura pas lieu », *AJ Contrat*, 2018
- J. Rico, « Notes introductives à l'étude de la criminalité des affaires », *Criminologie vol 10, n°1*, 1977
- F. Rogue, « Droit de la preuve, vie privée et publication sur un compte Facebook privé », *L'essentiel Droit de la famille et des personnes n°10*, novembre 2020
- M. Roussille, « Le secret bancaire entre actualité et archaïsme », *Revue de droit bancaire et financier n°6*, novembre 2020
- C. Sappa, « Le secret des affaires dans la société algorithmique : une présence profitable », *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, octobre 2019
- J. Serrano Bentchich, « Le premier référé 'secret des affaires' devant le juge administratif : l'obtention de la suspension de l'analyse des candidatures et des offres par l'assistant à la maîtrise d'ouvrage partial », *Légibase commande publique*, novembre 2020
- E. Supiot, « Du secret médical à la mise à disposition des données de santé – le *Health Data Hub* », *Revue des contrats n°4*, décembre 2020
- C. Terret, « Le secret des affaires pourrait être utilisé comme une arme précontentieuse », *Editions législatives Dalloz*, septembre 2018
- R. Thielé, « Comment concilier droit au recours effectif des candidats évincés et secret des affaires ? », *AJDA*, 2021
- D. Truchet, « La notion d'intérêt général : le point de vue d'un professeur de droit », *Légicom n°58*, 2017

- P. Trudel, « *Réflexion pour une approche critique de la notion de droit à l'information en droit international* », *Les cahiers de droit* n°4, 1982
- C. Untermaier, « Les tribunaux de commerce, une juridiction d'exception à la croisée des chemins », *Après-demain* n°30, 2014
- M. Watin-Augouard, « La cybercriminalité, criminalité du XXIème siècle », *Bulletin du droit des secrets d'affaires* n°7, juin 2017
- C. Zorn, « Etat d'urgence pour les données de santé (II) : sidep et contact Covid », *Dalloz Actualité*, mai 2020

➤ *Avis, Etudes, Rapports*

- A-M Batut (1999), Rapport annuel de la Cour de cassation, les mesures d'instruction « in futurum », 1999
- B. Carayon (2012), Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la proposition de loi n°3985 de M. Bernard Carayon visant à sanctionner la violation du secret des affaires, rapport n°4159, Assemblée nationale, 11 janvier 2012
- CADA (2020), Avis santé publique France agence nationale de santé publique du 16 juillet 2020, n°20201952
- Center for Strategic and International Studies, McAfee (2018), Rapport de synthèse l'impact économique de la cybercriminalité : pas de ralentissement en vue, février 2018
- Centre canadien pour la cybersécurité (2020), Introduction à l'environnement de cybermenaces, novembre 2020 https://cyber.gc.ca/sites/default/files/publications/Intro-ncta-2020_f.pdf
- Chambre de commerce et d'industrie de Paris (2020), Rapport pérenniser l'entreprise face au risque cyber, de la cybersécurité à la cyberrésilience, septembre 2020 : : https://dordogne.cci.fr/wp-content/uploads/2020/09/Etude-cybersecurite-2020_09.pdf
- Commission européenne (2015), Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, stratégie pour un marché unique numérique en Europe, Bruxelles, 6 mai 2015 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex:52015DC0192>
- Commission Staff Working Document Impact Assessment accompanying the document proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how und business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, 2013 : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52013SC0471>

- Compte rendu analytique officiel (2018), Protection des savoir-faire et des informations commerciales, déclaration du Gouvernement portant sur le projet de programme de stabilité pour 2018-2022, avril 2018
- Conseil de l'Europe (2014), Recommandations du Conseil de l'Europe sur la protection des lanceurs d'alerte, 2014 : <https://rm.coe.int/16806fffb2>
- Cour de cassation (2010), Rapport annuel de la Cour de cassation, le droit de savoir face à un droit de contrôle sur des informations confidentielles, 2010
- European Union Agency For Cybersecurity (2019-2020), Rapport sur le cyberespionnage, paysage des menaces de l'ENISA, janvier 2019 à avril 2020 : <https://www.enisa.europa.eu/publications/report-files/ETL-translations/fr/etl2020-cyber-espionage-ebook-en-fr.pdf>
- Forum citoyen pour la RSE, Rapport relatif à la loi française relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre, juillet 2017 : <https://plan-vigilance.org/wp-content/uploads/2019/06/2017-FAQ-en-fran%C3%A7ais.pdf>
- Délégation ministérielle aux industries de sécurité et à la lutte contre les cybermenaces (2019), Rapport relatif à l'état de la menace liée au numérique en 2019, la réponse du ministère de l'intérieur, rapport n°3, mai 2019
- F. Dessemontet (sd), Les secrets d'affaires dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce : <https://www.unil.ch/cedidac/files/live/sites/cedidac/files/Articles/M%C3%A9langes%20Junod.pdf>
- S. Fontaine, S. Savry-Cattan C. Villetelle (sd), Rapport de recherche : quelle régulation face au phénomène des poursuites-baillons en France ?, Clinique de l'Ecole de Droit de Sciences Po, sd
- France Intelligence Artificielle (2017), Rapport de synthèse France Intelligence artificielle, mars 2017
- R. Gauvain (2018), Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi 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, rapport n°675, Assemblée nationale, 21 mars 2018
- Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (2020), Rapport sur le secret bancaire, 6 juillet 2020 : https://www.banque-france.fr/sites/default/files/rapport_33_f.pdf
- C. Hennion (2018), Avis fait au nom de la Commission des affaires économiques sur la proposition de loi portant transposition de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre

l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites n°675, rapport n°775, Assemblée nationale, 21 mars 2018

- J. Leroux, J. Lalloue, D. Cristancho (2019), Secret des affaires et procédures stratégiques, clinique juridique EUCLID de l'Université Paris Nanterre, 2019
- MEDEF (2013), Guide pratique sur la protection des informations sensibles des entreprises, janvier 2013 :
https://sisse.entreprises.gouv.fr/files_sisse/files/outils/guide/guide_la_protection_des_informations_sensibles_des_entreprises.pdf
- N. Notat, J-D Sénard (2018), Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, 9 mars 2018 :
https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=FAA5CFBA-6EF5-4FDF-82D8-B46443BDB61B&filename=entreprise_objet_interet_collectif.pdf
- M. Robert, groupe de travail interministériel sur lutte contre la cybercriminalité (2014), Rapport sur la cybercriminalité, protéger les internautes, février 2014
- Stratégie nationale en intelligence artificielle (2017), Intelligence artificielle enjeux juridiques, mars 2017 :
https://www.strategie.gouv.fr/sites/strategie.gouv.fr/files/atoms/files/ia_annexe2_21032017.pdf
- J-J Urvoas (2014), Rapport relatif à l'activité de la délégation parlementaire au renseignement pour l'année 2014, rapport n°2482, Assemblée nationale, 18 décembre 2014

➤ *Presse*

- O. de Maison Rouge, « Histoire de l'espionnage économique », *journal de l'économie*, septembre 2020
- R-P. Droit, « Dangereuse transparence », *Les Echos*, octobre 2011
- M. Ferrer, J. Baruch, « La loi relative à la protection du secret des affaires est-elle une loi liberticide », *Le Monde*, janvier 2019
- Interview S. Fougou, « Le secret des affaires perd un peu de son flou », *Les Echos entrepreneurs*, janvier 2019 :
<https://business.lesechos.fr/entrepreneurs/juridique/0600482814318-le-secret-des-affaires-perd-un-peu-de-son-flou-326245.php>
- Vidéo d'Elise Lucet, « Elise Lucet : la loi secret des affaires est une menace pour le droit à l'information », *Pollinis*, avril 2018

➤ *Communiqués de presse*

- CNCDH, « Proposition de loi relative à la sécurité globale, la CNCDH s’alarme du contournement des processus démocratiques », communiqué de presse, novembre 2020
- Conseil de l’UE, « Protection des secrets d’affaires : Le Conseil adopte une nouvelle directive », communiqué de presse, Bruxelles, mai 2016
- Commission européenne, « Protection des lanceurs d’alerte : La Commission fixe de nouvelles règles applicables dans toute l’UE », communiqué de presse, Bruxelles, avril 2018
- Conseil de l’UE, « Façonner l’avenir numérique de l’Europe – le Conseil adopte des conclusions », communiqué de presse, Bruxelles, juin 2020
- Déclaration de Mme Florence Parly, ministre des Armées, sur le volet de la cyberdéfense des armées, Paris, janvier 2019

➤ *Sites internet et ressources en ligne*

- Site web de la CNIL
- Site web de la Commission européenne
- Site web du Conseil européen et du Conseil de l’UE
- Site web IP Trust
- Site web des cabinets d’avocats : Alatis, Loyer & Abello, August Bouzy, MGG Voltaire, TGS France, Squire Patton boggs
- Site web Toute l’Europe
- Site web du Trésor de la langue française informatisé
- Interview C. Mathon, « Intelligence économique et protection du secret des affaires », août 2017 : https://www.enm.justice.fr/actu-30aout2017_Intelligence-economique-et-protection-du-secret-des-affaires

➤ *Thèses et mémoires :*

- T. Berger, *L’accès aux informations environnementales et sanitaires, le cas des substances chimiques, des OGM et des médicaments*, Thèse de doctorat, Droit, Université Paris 1- Panthéon-Sorbonne, 2020
- H. Doray, *La preuve dans les pratiques anticoncurrentielles*, Mémoire de master, Droit, Université Montesquieu – Bordeaux IV, 2013

- J. Mey, *Les données personnelles, une richesse encore longtemps sans maîtres ? Un droit de propriété sur nos données personnelles, analyse d'une « fausse bonne idée »*, Mémoire de master, Droit, Université catholique de Louvain, 2019
- V. Millet, *La protection du secret des affaires*, Mémoire de master, Droit, Université Grenoble Alpes, 2017
- J. Richard, *La divulgation de l'information protégée et les libertés économiques*, Thèse de doctorat, droit, Université Paris-Saclay, 2019
- J. Ulrich, *La loi du 30 juillet 2018 relative au secret des affaires : une véritable aubaine pour la criminalité économique*, Mémoire de master, Droit, Université de Nîmes, 2019.

➤ *Webinar et colloques*

- Webinar EEIE #07 : Droit du Secret des Affaires », 2020, EEIE - Ecole Européenne d'Intelligence Economique, 16 juillet 2020, <https://www.eeie.fr/webinar-eeie-07-droit-du-secret-des-affaires/>.
- E. Gougé, *Transposition de la Directive Secrets d'Affaires : état des lieux et bonnes pratiques* », Paris, septembre 2018 : https://www.les-france.org/offres/doc_inline_src/758/1%2B-transposition-directive2016976_20-09-18.pdf
- Défenseur des Droits, *les rencontres européennes du défenseur des Droits, protéger les lanceurs d'alerte : un défi européen*, Paris, décembre 2019 : https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_colloque-lanceurs-alertes_03-12-2019_synthese_04-06-2020.pdf

Mots clés :

Secret des affaires ; cybersécurité ; espionnage industriel ; actifs immatériels ; liberté de la presse ; liberté d'information ; lanceurs d'alerte ; journalistes ; secret des sources ; intérêt général ; droit à la preuve ; intelligence économique

Table des matières

Introduction.....	6
Titre 1. Le renforcement de la protection du secret des affaires par la loi du 30 juillet 2018 comme garantie de sécurité économique	14
<i>Chapitre 1. L'intervention du législateur dans la lutte contre l'espionnage industriel : un enjeu contemporain à l'ère du numérique.....</i>	<i>14</i>
Section 1. Un arsenal juridique préexistant	15
1. L'existence de dispositions de droit commun protégeant les données économiques des entreprises.....	15
1.1. Les dispositions du droit civil et du droit de la propriété intellectuelle.....	15
1.2. Les dispositions du code pénal	19
2. L'existence de dispositions spéciales en matière de secret.....	20
Section 2. Un cadre juridique renforcé et renouvelé de source européenne.....	24
1. Des tentatives nationales d'instaurer une définition juridique du secret des affaires sans succès	24
2. La consécration du principe du secret des affaires par la directive européenne de 2016 face aux échecs des tentatives précédentes	26
2.1. Une concrétisation européenne	27
2.2. La définition du législateur européen	29
2.3. L'impulsion européenne dans le développement du droit de la donnée	31
<i>Chapitre 2. Une vision ambivalente et extensive de la loi : entre sécurité économique et insécurité juridique ?</i>	<i>35</i>
Section 1. L'extension du champ d'application de la loi du 30 juillet 2018 par rapport à la directive européenne du 8 juin 2016	35
1. Le champ d'application de la loi du 30 juillet 2018	36
1.1. Concernant la protection des informations	36
1.2. Concernant les conditions d'obtention des informations.....	39
1.3. Les dérogations prévues par la loi	40
2. Un champ d'application large et flou.....	42
Section 2. Des limitations nécessaires dans la mise en balance du législateur.....	44
1. Des limitations dans la loi du 30 juillet 2018	45
1.1. Des limitations de fond	45

1.2.	Des limitations de compétences.....	48
2.	L'absence de volet pénal dans la loi protégeant le secret des affaires.....	49
2.1.	L'absence de volet pénal prévue par la loi.....	49
2.2.	Le recours limité aux dispositions de droit commun pour bénéficier des sanctions pénales.....	50
Titre 2. La portée de la loi du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires		56
<i>Chapitre 1. Une conciliation difficile entre la protection des données et l'exercice des droits et libertés fondamentaux.....</i>		<i>57</i>
Section 1. L'existence d'un système de garanties : un équilibre complexe des lois		57
1.	L'arbitrage des intérêts antagonistes.....	58
1.1.	La protection des journalistes : entre secret des sources et secret des affaires	58
1.2.	Entre protection des lanceurs d'alerte et protection du secret des affaires ..	61
1.3.	La prise en compte de l'intérêt général.....	66
2.	L'existence de garanties embryonnaires en faveur des journalistes et des lanceurs d'alerte	74
2.1.	Les exceptions prévues dans l'application de la loi du 30 juillet 2018	74
2.2.	La nécessité d'exigences contractuelles.....	80
Section 2. Les difficultés découlant de la loi du 30 juillet 2018.....		84
1.	Le détournement de l'usage légitime du secret des affaires en faveur de la criminalité économique.....	85
2.	L'application de la loi dans le cadre de l'entreprise	86
<i>Chapitre 2. Les implications de la loi du 30 juillet 2018 : une nécessité d'adaptation</i>		<i>90</i>
Section 1. Le renforcement de l'office du juge dans l'application de la loi relative à la protection du secret des affaires.....		90
1.	Les difficultés liées au procès	91
1.1.	L'émergence du droit à la preuve face au secret des affaires	91
1.2.	Les adaptations spécifiques lors du procès	93
2.	L'application de la loi face aux enjeux de la crise sanitaire et des principes de droit public	96
2.1.	Le contexte de l'état d'urgence sanitaire	96
2.2.	La protection du secret des affaires par le juge administratif	98
Section 2. L'évolution de la culture du secret et du numérique.....		102

1. Le secret des affaires à l'aune des libertés numériques	102
2. La protection contre l'espionnage économique dans un espace mondial	104
Conclusion	107
Références	109
Mots clés.....	123
Table des matières.....	124