



Le secret se propage, la liberté recule

La directive européenne 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués, transposée en droit français par une loi n°2018-670 du 30 juillet 2018 a créé un nouveau secret, le secret des affaires.

par Jérôme Karsenti
SAF Paris, élu CNB



Élise van Beneden
avocate, secrétaire adjointe
d'ANTICOR

Il fait son entrée aux côtés du secret défense, du secret médical et du secret professionnel liant un avocat à son client. Il n'a toutefois pas vocation à protéger les intérêts stratégiques de l'État, les données sensibles des patients ou à garantir les droits de la défense mais uniquement à protéger les intérêts des entreprises.

DU SECRET À PERTE DE VUE

En vertu de l'article L. 151-1 du Code de commerce, « Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, 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. »

Ce texte, d'une imprécision considérable, offre une protection aux entreprises dont le champ d'application s'étend à perte de vue, alors même qu'elles bénéficiaient déjà d'un arsenal significatif : le droit des brevets, le droit des marques, le droit d'auteur, le droit des dessins et modèles, les accords de confidentialité, les actions en concurrence déloyale et parasitaire...

Bien que des groupes de pression se soient mobilisés pour obtenir une transposition de la directive garantissant un droit d'informer digne d'une grande démocratie, notamment en restreignant son champ d'application au secteur concurrentiel, la loi a, au contraire, favorisé une application large du texte européen, mettant en danger trois groupes pourtant essentiels à la vie démocratique :

les médias, les lanceurs d'alerte et les associations de défense de l'intérêt général.

Le tout, accompagné d'une menace financière pour le moins dissuasive : l'article L. 152-6 prévoit que celui qui divulgue peut être condamné à réparer les « conséquences économiques négatives de l'atteinte (...), dont le manque à gagner et la perte subie » ainsi que le « préjudice moral causé ».

Dans ce contexte, il est inadmissible que les médias, les lanceurs d'alerte et les associations puissent être inquiétés par ce texte, d'autant plus que l'article L. 152-3 permet aux juges d'« interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation » et d'ordonner « la destruction totale ou partielle de tout document ».

Le Conseil constitutionnel, auquel la loi a été déférée, n'a pas censuré ce texte. Il s'est contenté de rappeler que l'article L.151-8 prévoit des exceptions au secret. Ces exceptions sont « l'exercice de la liberté d'expression et de communication, y compris le respect de la liberté de la presse, ainsi que l'exercice de la liberté d'information », « le fait de révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible » et « la protection d'un intérêt légitime reconnu par le droit de l'Union européenne ou le droit national. »

APRÈS L'ADOPTION, L'APPLICATION

Les premières applications de texte démontrent pourtant que les craintes de la société civile étaient justifiées.

Une sonnette d'alarme avait retenti, avant l'adoption du texte, lorsque le journal *Challenges*, qui avait fait état des difficultés financières de la société Conforama, a été condamné par le Tribunal de commerce de Paris à retirer l'article litigieux sous astreinte de 10 000 euros. Le Tribunal avait considéré que la situation financière d'une entreprise qui emploie plus de 9 000 salariés n'est pas une question d'intérêt général justifiant sa divulgation. Depuis l'entrée en vigueur du texte, c'est un discret article du Code des relations entre le public et l'administration, relatif au droit d'accès aux documents administratifs, qui fait parler de lui. En effet, la CADA a déjà rendu quelques avis de refus d'accès sur le fondement du secret des affaires à l'encontre... de médias. Dans le cadre d'une enquête sur les dangers des implants médicaux, *Le Monde* a formulé une demande d'accès à la liste des dispositifs médicaux ayant obtenu le marquage CE, c'est-à-dire ceux autorisés à la vente.

Dans un avis du 25 octobre 2018, la CADA, bien qu'elle reconnaisse que les « organismes habilités, qui octroient le marquage CE aux dispositifs médicaux, assurent, sous le contrôle de l'ANS-



MPS, une mission d'intérêt général visant à assurer la qualité et la sécurité des produits médicaux », estime toutefois que la communication de cette liste « serait susceptible de **porter atteinte au secret des affaires**, protégé par le 1° de l'article L311-6 (...), en révélant des informations économiques sur cette entreprise, à savoir le nom des fabricants de ces dispositifs. » Qui aurait cru que l'anonymat de fabricants pèserait plus lourd que le droit à la santé ?

La liberté de la presse, dérogation proclamée par les textes, n'est donc pas protégée du tout. Si le droit d'accès, qui permet souvent aux médias de mener à bien leurs enquêtes, n'est pas garanti, qu'advient-il du journalisme d'investigation ?

Pire, si une ambiguïté est maintenue quant à l'opposabilité de ce secret aux organes de presse, lequel se risquera à publier des informations non « généralement connues ou aisément accessibles » sachant qu'il peut être condamné à réparer un préjudice s'élevant à plusieurs millions d'euros ?

LA BATAILLE DES LIBERTÉS

La liberté de la presse et le droit d'informer devront donc être défendus devant les tribunaux. L'objectif de cet article est de proposer quelques armes pour obtenir des juges une interprétation de la loi conforme aux droits et libertés.

Le juge national est en effet soumis au principe d'interprétation conforme du droit européen et liés par les décisions de la CEDH. Or, on trouve dans les textes européens des ressources infinies de proclamation de droits fondamentaux et dans la jurisprudence de la CEDH, de nombreux cas applicables par analogie.

La directive elle-même peut être invoquée au soutien de la liberté de la presse. Son considérant 19 prévoit que « *Bien que la présente directive prévoit des mesures et des réparations pouvant consister à prévenir la divulgation d'informations (...), il est essentiel que l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, qui englobe la liberté et le pluralisme des médias, comme le prévoit l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ne soit pas restreint, notamment en ce qui concerne le journalisme d'investigation et la protection des sources des journalistes.* »

Son article premier « *Champ d'application* » garantit que « *la présente directive ne porte pas atteinte à : a) l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information établi dans la Charte, y compris le respect de la liberté et du pluralisme des médias* » et son article 5 érige la liberté d'expression en dérogation au secret des affaires.

L'acception retenue par ce texte est celle de l'article 11 de la Charte européenne des droits de l'Homme, appliqué par la CEDH qui nous rappelle régulièrement ce qu'est une démocratie : par exemple, un arrêt du **21 janvier 1999, Fressoz et Roire** défend « *le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations fiables et précises* », un arrêt du CEDH, **6 mai 2010, Brunet Lecomte et Lyon Mag** affirme que l'intérêt des journalistes à communiquer et celui du public à recevoir des informations sur un sujet d'intérêt global « *l'emporte sur la protection de la réputation* » et un arrêt du CEDH, **2 mai 2000, affaire Bergens Tidende** fait « *primer l'intérêt du public à préserver la liberté de la presse de fournir des informations sur des questions présentant un caractère public* ».

Les médias doivent être purement et simplement exclus de l'application de ces textes car la liberté de la presse ne consiste pas uniquement à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.

Il va incomber aux lanceurs d'alerte, aux associations, aux organes de presse soutenus par des avocats militants de se battre pied à pied avec les outils du droit pour réduire le périmètre du secret des affaires. Car derrière la loi sur le secret des affaires, ce n'est pas seulement la question du droit de savoir qui est posée à la démocratie, mais la question de la sanctuarisation du droit à la vie. La liberté du commerce et de l'industrie qui sert de levier du secret des affaires pour étendre son emprise sur les autres libertés ne peut pas s'attaquer aux yeux de tous à la santé publique, à la sécurité alimentaire, à la propreté de l'eau, à la qualité de l'air, etc ...nos biens communs, sans que nous y opposions une résistance farouche !

