

Retrospections et introspections autour de la notion de secret des affaires

GILLES SAINATI SM

Le débat qui a été posé est actif et multiforme, il prend souvent l'aspect d'un conflit entre deux camps partisans de la transparence et ceux du secret. Toutefois il faut simplement se souvenir que nous n'avons qu'une seule société civile et sommes tous attachés à l'état de droit tout d'ailleurs aux emplois et actifs des entreprises nationales.

Cette notion d'Etat de droit n'est pas une pure fantaisie, elle permet l'existence de revendications fortes en termes de libertés au rang desquelles figurent la liberté de la presse et l'indépendance de la justice mais aussi la préservation du libre arbitre de l'individu dont on souhaiterait qu'il se transforme en citoyen éclairé au moment du vote et qu'il ne soit pas pris dans un dénigrement et un désespoir généralisés.

Rétrospections

- 1) Arnaud Mercier : travaux de Zimmel, Eglise catholique et secret de la confession, tension entre secret admissible et transparence démocratique.

Journaliste : le « off de record » ; justice: la « foi du palais »

Statuts SNJ remontent à 1918

Droit des affaires et marché de l'information

Idéal de transparence mais tensions entre secret des sources et secret des affaires)

l'importance de la jurisprudence mais aussi des lobbys :

deux livres : Lobbytomie, Perdre la Terre.

Le secret de affairistes ...alimente le climat de défiance

- 2) témoignage d'Antoine DELTOUR (Luxleaks) avec la Directive lanceur d'alerte en cours de transposition.

Choix du canal de diffusion par le lanceur d'alerte

- Débat avec la salle :

- Rapport avec le droit social privé : problème des révélations d'infos?

- Marchands de doutes

- Infos pratiques, impression subjective (jurisprudence, insécurité juridique)

3) table ronde animée par Jérôme Karsenty (CNB- SAF, avocat d'Anticor)

Liberté de la presse : le secret des sources (loi 2010), le secret des affaires
Paradoxe entre les lois de transparence politique et le secret des affaires

Fait divers: journaliste NL concernant les implants. Problème de certification et interrogation CADA: couvert par secret des affaires et recours devant le TA.

- M^o Antoine COMTE, SAF, avocat spécialiste d'affaire de presse : comparaison entre loi de 2010 secret des sources des journalistes et secret des affaires. Exclusion des produits et services vis à vis de la diffamation. Le secret des sources est un moyen de l'enquête journalistique. A l'occasion d'une instance le secret des affaires n'est pas opposable....Restriction supplémentaire, en réalité en amont des instances possibilité d'invoquer secret des affaires.
- Vincent CHARMOILLAUX, SM: pas de contradiction secret des affaires et secret des sources (arrêt GOLDWINN CEDH): secret des affaires, principe secondaire. Le régime juridique serait a priori équilibré mais le problème est dans le dommage causé par la procédure. Procédure- bâillon.
- Dominique PRADALIE (SG du SNJ) : lobby à Bruxelles et à Paris. Liberté d'informer et droit d'être informé. La loi aggrave la directive EU, et prise dans l'urgence. Du secret industriel et commercial à secret des affaires, évitement de la procédure de diffamation. Droit de ne rien faire sauf ce qui est permis et attaque la détention d'infos et non simplement la publication comme en matière de diffamation. Dissymétrie des moyens.
- Laure LAVOREL (directrice juridique, présidente Cercle Montesquieu) : Axe sur un éclairage « secret des affaires » ; voyage dans le temps et l'espace, protection des infos confidentielles par OMC 1996 , les Etats-Unis acte « économie et espionnage » et 2016 « trade secret act ». En France 2012, patrimoine des entreprises (insistance sur les PME), 2014 projet de loi avec sanctions civiles et pénales, 2014 loi Macron civil et commercial, directive EU. Insiste sur l'absence d'une sanction pénale mais effets collatéraux .Cette loi protège savoirs faire, innovations flexibles, compétitivité, problème du Cloud Act, la loi de blocage ...Est- ce que la loi sur le secret des affaires constitue une avancée sérieuse ? Grâce à lui, les entreprises protègent leurs salariés, les emplois et améliorent leur compétitivité .
- Kami HAERI, avocat droit des affaires : le secret des affaires est une protection contre l'intrusion mais pas de l'information elle- même. Problème : extra territorialité des régulateurs et protection de l'information qui est valorisable. Loi SAPIN 2, loi sur la transparence, dimension messianique : il faut croire en la loi qui prévoit des exceptions. Loi de 1881 ne sera pas détournée. Impressionné par l'image que donnent les ONG de certains de ses clients. Loi ré-équilibre le rapport entre les entreprises et le pouvoir citoyen.

- Table ronde:

Si l'on pouvait prendre quelques années de recul, l'on s'apercevrait que de tout temps le secret, les secrets ont fondés la notion de vie privée que l'on pouvait opposer à l'omniprésence d'un pouvoir absolu soit du prince soit de l'Etat ou des deux à la fois.

Le déclin de la notion d'intimité et de vie privée via l'exposition des vécus individuels sur Internet a facilité la distorsion de la notion de secret de la vie privée, mais plus encore la guerre au terrorisme a légitimé une atteinte généralisée et une surveillance de masse. Celle-ci d'ailleurs ne concerne pas que les individus présumés dangereux, la NSA et les agences de surveillance se sont mises au service de la guerre économique comme en témoignent les lanceurs d'alerte à l'instar de Snowden. Mais plus proches de nous, les affaires pénales initiées par le Department Of Justice US contre les sociétés européennes, ainsi que les officines privées concernant le système électoral comme Cambridge Analytica : elles démontrent que la situation joue plus souvent contre l'individu et le citoyen et aussi les entreprises concurrentes.

Le juriste ne peut que constater la distorsion du principe du secret et du secret professionnel et du secret des affaires et l'idéal de transparence.

Ainsi un exemple parmi tant d'autres, dans les années 1990 des déformations massives de la notion de secret professionnel sont intervenues dans notre droit positif ; dans le secteur éducatif, les assistantes sociales, les éducateurs ont été priés de « lâcher leurs règles déontologiques fondamentales et le secret professionnel qui y était attaché » pour communier à divers dispositifs sécuritaires sous le couvert d'une nouvelle notion: le secret professionnel partagé... et ce dès les années 1995. Le secret professionnel partagé, autant dire son absence et sa destruction.

En quelque sorte le droit n'est plus le rempart et le protecteur de la liberté, il peut devenir son fossoyeur au profit de la raison d'Etat en ce qui concerne la lutte contre le terrorisme..

L'on est pas loin d'une conception machiavélique de la loi :

Machiavel ne fait pas de distinction entre bonnes lois et mauvaises lois. Pour lui, toute loi est bonne à condition qu'elle ait une emprise de la force. « Des lois quasiment iniques ou absurdes ont de l'efficacité si la force les appuie (...) »^{42(*)}.

C'est un peu ce qu'il faut éviter en terme de droits civils sauf à avoir qu'une conception celle du rapport de force. La lutte de tous contre tous ne nous mènera pas bien loin...

De fait, en réaction a émergé des collectifs professionnels et citoyens exerçant un regard critique sur la conduite des États et monopoles privés : c'est cet équilibre avec les contraintes de l'entreprise qu'a cru préserver la loi du 30 juillet 2018 sur la protection du secret des affaires.

Introspections juridiques

La loi du 30 juillet 2018 a instauré une nouvelle notion, celle de protection du secret des affaires et l'a placé dans le code de Commerce mais aussi dans par ricochet dans le code Civil, tout en y intégrant et en la contre-, balançant par celle de lanceur d'alerte , de droit à la liberté d'expression et de communication , de droit à l'information des salariés et leurs représentants , voire de la protection de la protection d'un intérêt légitime reconnu (ordre public, sécurité publique, santé publique) article L 151-4 du code de Commerce.

Un échafaudage processuel a été aussi construit, utilisant la voie du référé ou de la requête devant les juridictions civiles et commerciales (article L 152-4) prévoyant un accès restreint aux pièces produites lors de la procédure, tout cela dans le respect du contradictoire, ce qui va être une tâche bien ardue... L'article L 152-4 prévoit même la tarification de l'amende civile en cas de procédures dilatoires.

Tout cela paraît fort bien mais pour certains confine à la mise en place d'une insécurité juridique extrême :

Notons ces critiques :

- comment distinguer a priori la protection de l'intérêt légitime reconnu pour protéger l'intérêt général et le secret des affaires ?
- Comment éviter l'utilisation du secret des affaires pour s'affranchir partiellement de certaines obligations légales au regard des salariés qui

peuvent devenir captifs d'une conception extensive du secret par leur employeur, ou bien pour les sociétés cotées la possibilité de s'affranchir des informations légales, des rapports financiers annuels, etc. ?

- Comment protéger la liberté de la presse dans ce contexte. ..et éviter les procédures dilatoires longues et fastidieuses qui se rajoutent à la loi de 1881 ?

Plus proche du procès, comment va t-on articuler le référés article 145 CPC avec le secret des affaires, repenser le rôle de l'expert en justice mais aussi limiter les mesures légalement admissibles avant tout procès au fond et mettre un obstacle définitif à la saisie de documents sur ce fondement, diluer ou repenser la notion de contradictoire en quelque sorte ?

Bref, c'est le rôle de la jurisprudence sera t-il rétorqué ; certes celle-ci doit se construire mais justement avec un paramètre incontournable, celui du temps. Et à ce propos la loi, si elle a fixé un délai de prescription procédural de 5 ans, n'a pas fixé de limites et de prescription au secret des affaires lui-même . Illusoire, sera-t-il encore rétorqué, puisque c'est secret ! Le secret serait, comme le crime contre l'humanité, imprescriptible ..Voilà qui revisite la notion d'enquête historique ...si nécessaire lorsque l'on dévoile des contaminations et des scandales sanitaires comme l'utilisation de l'agent Orange ou de l'amiante alors même qu'aujourd'hui se développe la notion de crime d'écocide..

Peut- être est -il temps, tout en préservant cette notion de secret des affaires , d'améliorer le texte du 30 juillet 2018, dont les premières dérives se manifestent justement lors de procédures judiciaires .

Le rendre plus efficace, ce secret des affaires . Car qui fera croire que ce texte protégera le savoir- faire européen et les secrets d'affaires face à la guerre économique déclarée par les Etats-Unis et aux dévoiements qu'elle implique , et l'extra territorialité revendiquée des procédures anti- corruption développés à l'encontre des sociétés européennes par le DOJ US, la procédure US de « discovery » et la surveillance numérique ?

Bref, ce texte doit être rendu plus compatible avec l'exigence de transparence qui infuse dans les sociétés civiles européennes au moment de choix industriels et économiques majeurs pour l'avenir de cet ensemble culturel et démocratique.