



Secret des affaires bien gardé : journalistes et lanceurs d'alertes à genoux !

Le 28 mars 2018 l'Assemblée Nationale a adopté en première lecture sur une proposition de loi des députés Gauvain et Ferrand, la loi dite « secret des affaires », portant transposition de la directive (UE) 2016/943 sur « la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. »

Ce texte qui bénéficie du traitement de la procédure accélérée verra sa mouture définitive votée dans le courant du mois de mai.

La transposition de cette directive qui avait fait à juste titre couler beaucoup d'encre et soulevé l'indignation des lanceurs d'alertes, journalistes, syndicats ou citoyens attachés aux libertés, était attendue au tournant, tant le parlement dispose de prérogatives d'adaptation susceptibles d'alléger ou de durcir un texte européen.



par Jérôme Karsenti
SAF Paris,
élu au CNB

TRANSPARENCE PARTOUT... SAUF POUR LES AFFAIRES

Avant même d'examiner le texte qui est soumis à l'Assemblée Nationale on peut souligner l'évolution paradoxale à laquelle on assiste : alors que la protection du secret tend à s'éroder (secret professionnel, secret de l'instruction, etc...), et que l'exigence citoyenne pousse à la transparence dans des domaines jusque-là opaques (transparence des patrimoines des élus, transparence et contrôle des revenus des élus, situation de conflits d'intérêts)

et à la reconnaissance légale d'un statut de lanceurs d'alertes, le secret des affaires fait son entrée en scène.

QUEL EST L'OBJECTIF DE CE SECRET ?

L'exposé des motifs de la loi est de protéger les « savoir-faire et informations, lorsqu'ils ne peuvent pas (...) être couverts par un droit de propriété intellectuelle, (et) doivent demeurer confidentiels, dans l'intérêt de l'entreprise (...) »

Si la protection du savoir-faire d'une entreprise peut trouver sa raison d'être dans le cadre de la protection de l'intérêt général économique d'un État, cette protection ne saurait être une limite posée au droit d'informer et à l'obligation d'alerter les opinions publiques sur les risques inhérents à telle ou telle information déclarée comme secrète par l'entreprise.

C'est toute la question posée par cette loi de transposition. Examinons la loi sous deux aspects, d'une part la nature des secrets protégés entrant dans le champ du secret des affaires, d'autre part les dérogations au secret légalement autorisées.



QUE COMPREND- ON PAR SECRET DES AFFAIRES ?

Une information ou un savoir faire d'entreprise est secret si trois conditions sont réunies aux termes de l'article 1 de la loi secret des affaires :

- ◆ C'est une information connue par un nombre restreint de personnes ;
- ◆ Elle a une valeur commerciale en raison de son caractère secret ;
- ◆ Elle fait l'objet de mesures particulières de protection « *notamment en mentionnant explicitement que l'information est confidentielle.* » (Amendement n° 57).

Ainsi cette formulation tautologique permet à une entreprise de protéger toute information qu'elle souhaite voir couvrir par le secret des affaires. **En résumé est couvert par le secret des affaires ce que l'entreprise décide de considérer comme secret.** Imparable et efficace. La loi n'a pas son mot à dire et il appartiendra à l'entreprise de définir le champ des informations et savoir-faire qu'elle souhaite couvrir du sceau sacré du secret.

Les députés de la France Insoumise s'appuyant sur un travail d'enquête mené par l'ONG Corporate Europe Observatory expose à l'appui de l'amendement visant à supprimer purement et simplement l'article 1 que « *l'étude détaillée des échanges entre la Com-*

mission et les lobbys industriels montrent que le principal lobby en action dès 2010 fût le Trade Secret & Innovation Coalition, très discret groupe de lobbying qui regroupe des multinationales telles que Air Liquide, Alstom, Général Electric, Intel, Michelin, Nestlé et Safran ». On est loin de la volonté de protéger les PME. Il aurait été facile de modifier le texte en **inversant la charge de la preuve** et en imposant à l'entreprise victime de faire la démonstration de la violation de son savoir-faire ou de ses informations confidentielles dans le but d'en tirer profit. Il aurait pu également être pertinent de **limiter dès l'art 1^{er}** ce qui n'entre pas dans le champ du secret des affaires et en faire une liste non limitative mais permettant d'en comprendre l'esprit : l'impact environnemental et sanitaire, les conditions de travail des salariés, les informations de nature fiscales, etc...

Pour éviter tout sous-entendu polémique le texte aurait dû restreindre la portée du secret des affaires aux seules situations concurrentielles comme l'ont exigé dans une tribune des personnalités, des ONG et associations dont le SAF.

Le principe de la loi est tout autre, et la protection du secret des affaires sera totale jusqu'à preuve contraire, permettant ainsi aux entreprises et groupes ayant une position dominante de faire taire tout détracteur qui aurait des velléités de révélation



uniquement motivées par des considérations d'intérêt général ou d'information publique, en utilisant à loisir les « procédures baillons ».

La loi a cependant prévu des dérogations qui n'apparaissent pas suffisantes pour protéger la liberté d'informer et le droit au savoir dans une société démocratique.

QUELLES SONT LES EXCEPTIONS AU SECRET DES AFFAIRES ?

La loi expose que dans 4 situations le secret des affaires n'est plus protégé si la divulgation est intervenue :

- ◆ Pour exercer le droit à la liberté d'expression, y compris le respect de la liberté de la presse et à la liberté d'information telle qu'établie dans la charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ;
- ◆ Pour révéler, dans le but de protéger l'intérêt général et de bonne foi, une activité illégale, une faute ou un comportement répréhensible ;
- ◆ Pour la protection d'un intérêt légitime, notamment pour empêcher ou faire cesser toute menace ou atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique, à la santé publique et à l'environnement.
- ◆ Dans le cadre de l'exercice du droit d'informer et d'information des salariés et de leurs représentants.

Compte tenu de l'espace qui m'est imparti, je m'attacherai à deux problématiques qui m'apparaissent majeures dans la rédaction de ce texte :

1. Les risques généraux procéduraux notamment pour **la liberté de la presse**.

La loi prévoit des dommages et intérêts pour ceux qui auront violé le secret des affaires. La loi prévoit ainsi que les dommages et intérêts s'entendent des conséquences économiques négatives (y compris la perte de chance), des bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret, du préjudice moral causé.

Comme le principe posé par la loi est celui du secret, toute entreprise s'estimant lésée, y compris lorsqu'il s'agira d'un journaliste, pourra agir en justice, à charge pour le défendeur de démontrer que sa révélation entre dans le champ des exceptions.

Mais quid du tribunal compétent ? La loi n'en dit rien, et laisse en conséquence aux plaignants le soin de déterminer celui de son choix. Si l'on fait une application des règles traditionnelles de compétence, ce qui sera le cas, rien n'empêchera l'entreprise d'attirer le journal (Société de droit privé) devant le tribunal de commerce, contournant ainsi les dispositions de la loi de 1881. Le risque est grand que se développe un **droit de la presse concurrent** sur le terrain du secret des affaires, dont le périmètre sera déterminé par les tribunaux de commerce, et dont on sait par expérience qu'ils sont davantage sensibles à la liberté du commerce et de l'industrie qu'à celle de la liberté d'informer. Ce risque démocratique est majeur et pourrait à terme défaire ce que les jurisprudences subtiles et protectrices des libertés ont patiemment construites depuis la fin du XIX^e siècle.

Le SAF par l'intermédiaire de la plateforme sur les lanceurs d'alerte a proposé un amendement afin que par dérogation seul le TGI soit compétent lorsqu'il s'agira d'engager une action contre un organe de presse à la suite de l'article d'un journaliste.

2. Le cas spécifique des lanceurs d'alerte.

La loi sapin 2 a donné aux lanceurs d'alerte un statut et un rôle que la transposition de la loi met à mal.

La loi « secret des affaires » protège celui qui aura révélé de bonne foi « une faute, un acte répréhensible ou une activité illégale », ce

TEL N'A PAS ÉTÉ LE CHOIX
DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE
ET L'ON COMPREND AINSI,
QU'ENTRE LA PROTECTION DE LA SANTÉ
DES PEUPLES, DE L'ENVIRONNEMENT,
DES LIBERTÉS PUBLIQUES,
LE PARLEMENT A TRANCHÉ EN FAVEUR
DES LOBBIES ET DES INTÉRÊTS PRIVÉS.

qui limite le territoire de la révélation autorisée à ces trois actes, rendant ainsi nombre des révélations de ces dernières années (Mediator par exemple), non couvertes par les exceptions. La notion de « bonne foi » qui n'était pas dans la directive est ajoutée dans la loi, alourdissant encore la charge de la preuve de celui qui devra se défendre d'accusation de révélations injustifiées.

Mais la grande perversité de la loi se niche dans la suite du texte qui ajoute « y compris lors de l'exercice du droit d'alerte tel que défini par l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 » (Sapin 2).

L'article 6 de la loi Sapin excluait pour les lanceurs d'alerte les faits, informations ou documents couverts par le secret médical, le secret professionnel entre un avocat et son client, et le secret de la défense nationale, mais les protège également pour des révélations qui portent sur « une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général », ce qui est nettement plus large que les seuls trois cas de la loi secret des affaires.

Le « y compris » de la loi impose donc au lanceur d'alerte de se soumettre au texte de la loi « secret des affaires » et ajoute en conséquence un 4^{ème} secret couvert, « le secret des affaires ». Ainsi au détour de la transposition d'une directive, le parlement français vient de vider de sa substance la Loi Sapin 2 sur les lanceurs d'alerte qui ne seront plus protégés lorsqu'ils révéleront des faits que les entreprises ont souhaité protéger. Plusieurs députés ont proposé par amendement de remplacer le « y compris » par un « ou » qui permettait d'exclure tout risque pour les lanceurs d'alerte.

Tel n'a pas été le choix de l'Assemblée Nationale et l'on comprend ainsi, qu'entre la protection de la santé des peuples, de l'environnement, des libertés publiques, le parlement a tranché en faveur des lobbies et des intérêts privés.

