

# Revue

Lexbase Hebdo édition affaires n°411 du 5 février 2015

[Affaires] Questions à...

## Le secret des affaires, bientôt encadré en France ? — Questions à Olivier de Maison Rouge, Avocat et Docteur en droit

N° Lexbase : N5775BUG



par *Vincent Téchené, Rédacteur en chef de Lexbase Hebdo — édition affaires*

En France, la protection du secret des affaires est très imparfaite : il n'existe ni définition de cette notion, ni régime juridique spécifique. Du côté de l'Union européenne, plusieurs enquêtes et consultations publiques ont été menées. A leur lecture, on peut relever que certains Etats disposent de régimes spécifiques ; d'autres protègent le secret des affaires à travers la législation sur la concurrence déloyale ; d'autres enfin, comme la France ou le Royaume-Uni, tentent de se reposer sur leur droit commun mal adapté. Une harmonisation s'est donc révélée nécessaire. L'encadrement du secret des affaires n'est, toutefois, pas un sujet nouveau... En effet, il revient régulièrement à l'avant de la scène depuis une cinquantaine d'années. Mais, récemment l'urgence d'intervenir en la matière a pu se faire sentir comme en témoigne le fait que le législateur européen et le législateur national s'en sont concomitamment saisis, puisqu'il fait aujourd'hui l'objet d'une proposition de Directive, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, du Parlement européen et du Conseil du 28 novembre 2013, adoptée en dernier lieu par le Conseil le 26 mai 2014, et d'une proposition de loi relative à la protection du secret des affaires enregistrée à l'Assemblée nationale le 16 juillet 2014, sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Dernièrement, à la faveur d'un amendement, adopté par la commission de l'Assemblée nationale chargée d'examiner le projet de loi "Macron", le projet de loi dit "Urvoas" a été intégré à ce texte "pour la croissance et l'activité et l'égalité des chances économiques".

Afin de nous éclairer sur cette problématique, Lexbase Hebdo — édition affaires a rencontré un spécialiste de ces questions, **Olivier de Maison Rouge, Avocat et Docteur en droit** qui a accepté de répondre à nos questions (1).

*NDLR : Depuis la réalisation de cet entretien, le Gouvernement a annoncé, face à la vive opposition des journalistes, le retrait de l'amendement insérant la protection du secret des affaires dans le projet de loi "Macron". A l'heure où nous éditons, cet amendement n'a pas encore été "officiellement" retiré mais devrait l'être dans les jours à venir. L'instauration de la protection du secret n'est pas abandonnée pour autant et devrait se retrouver dans un prochain texte.*

**Lexbase : Est-il nécessaire, selon vous, de légiférer aujourd'hui sur le secret des affaires alors qu'il existe une proposition de Directive ?**

**Olivier de Maison Rouge :** Effectivement la question est pertinente dès lors qu'à première vue les deux projets en compétition sont susceptibles de se "cannibaliser". Si d'aventure -ce qui semble désormais plus que probable-, l'initiative française devait voir le jour avant la Directive européenne, nous serions face à une situation pour le moins inattendue : une loi de transposition avant même l'adoption de la Directive.

Cependant, le calendrier choisi par le législateur français n'est pas aussi inconséquent. Vous avez rappelé les différentes législations existantes à ce jour sur le secret des affaires en Europe. Or, de toute évidence, la France est le pays qui précisément ne dispose d'aucune définition stable et objective du secret des affaires, bien que cette notion soit visée dans près de 150 articles codifiés. Ce sont donc deux projets menés parallèlement, de concert, dans le même objectif, si ce n'est que la France tente seulement de combler son retard sous le contrôle de la Commission.

**Lexbase : La commission chargée d'examiner le projet de loi "Macron" a adopté un amendement pour intégrer dans ce texte des dispositions sur le secret des affaires. Quel serait le champ d'application du secret des affaires ainsi prévu ? Qu'en pensez-vous ?**

**Olivier de Maison Rouge :** En tant que telle, sauf à modifier certains termes retenus qui sont peu appropriés au droit positif français (et plus largement au droit continental), la définition proposée du secret des affaires est satisfaisante et m'apparaît en tous points conforme au droit international qui érige trois conditions cumulatives :

- des informations secrètes, non connues du grand public ;
- ayant une valeur commerciale ;
- et faisant l'objet de mesures de confidentialité et de protection raisonnables.

Il faut, en effet, souligner que le secret des affaires est, selon l'OMC, composé de renseignements économiques non divulgués ainsi que cela ressort de l'annexe au traité fondateur de 1994 (Traité de Marrakech) relative aux accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, art. 39.2). Cet étalon demeure un horizon indépassable, s'agissant d'une norme supra législative contenue dans un traité auquel la France a adhéré.

Ce faisant, le législateur, et plus largement l'Europe, ne ferait que reprendre *in extenso* les dispositions des accords ADPIC permettant aux entreprises d'assurer la protection de leurs avantages concurrentiels secrets tels que savoir-faire, fichiers commerciaux, données stratégiques, R&D, procédés, méthodes et/ou recettes originales... Tel est l'esprit de cet accord qui est une exception au principe libre-échangiste instauré par l'OMC.

Pour autant, le secret des affaires, dans son périmètre sanctuarisé de sécurité, n'est pas un moyen offert aux sociétés commerciales pour dissimuler des agissements prohibés ou inavouables, contrairement à ce qui est dénoncé par les tenants de la transparence. Le juge reste le garant *a posteriori* -dans sa pleine souveraineté— du bien-fondé de cette faculté offerte aux entreprises de créer une zone d'ombre en leur sein.

**Lexbase : Les pouvoirs dont l'autorité judiciaire serait dotée afin de prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires vous semblent-ils suffisants ?**

**Olivier de Maison Rouge :** Très inspirée de la propriété intellectuelle, la procédure instituée permettra de solliciter des mesures conservatoires et provisoires telles que l'interdiction d'usage et cessation d'exploitation, d'importation, ... Ceci me semble être particulièrement adapté aux circonstances de lutte commerciale acharnée et crée un régime distinct et efficient offrant davantage de moyens d'action que pour la concurrence déloyale qui relève exclusivement du droit commun.

S'agissant de la réparation financière du dommage subi par le détenteur initial du secret qui aura été révélé, dès lors que la perte d'une chance n'est pas indemnisable en elle-même et que les conséquences d'une divulgation peuvent être irrémédiables et seulement potentielles, il est possible d'allouer des dommages et intérêts pour réparer

le préjudice négatif, ce qui ce rapproche des dommages et intérêts punitifs anglo-saxons.

A mon sens, l'absence d'un volet social fait néanmoins défaut. En effet, le législateur semble vouloir faire du secret des affaires uniquement un outil de protection concurrentielle entre entreprises. Or, il est impérieux de prendre en considération des éléments relevant du droit du travail. En effet, la question du droit de propriété (ou de titularité si l'on se réfère aux notions de droit de propriété intellectuelle) du secret des affaires n'est pas abordé et doit être régi. De même, à l'instar des violations des secrets de fabrication (C. trav., art. L. 1121-1 [N° Lexbase : L0670H9P](#)) des obligations similaires de préservation doivent s'envisager.

### **Lexbase : Comment serait sanctionnée une atteinte au secret des affaires ? Ces sanctions sont-elles adaptées ?**

**Olivier de Maison Rouge** : Hormis le recours civil que j'ai abordé plus haut, et tandis que la Commission européenne s'en remet au choix de chaque pays, la France a également opté pour une sanction de nature pénale.

Imparfait en l'état, car somme toute très équivoque dans sa rédaction -ce qui ne satisfait pas à mon sens le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines— le texte répressif est destiné à sanctionner :

— la prise de connaissance (tandis que le volet civil vise à réparer l'obtention illicite, rédaction plus appropriée au sens pénal) ;

— la révélation sans autorisation (déjà réprimée par l'abus de confiance -C. pénal, art. 314-1 [N° Lexbase : L7136ALU](#) et s.— ou la divulgation des secrets de fabrication -C. trav., art. L. 1121-1-);

— et le détournement de l'information protégée (déjà réprimé par l'abus de confiance).

On notera une distorsion entre les termes employés s'agissant du volet pénal du texte -plutôt inadapté— et ceux utilisés dans le volet civil, rejoignant ceux usités dans le projet de Directive européenne.

Je retiens, avec satisfaction, que le *quantum* de la peine en matière pénale (3 ans de prison et 375 000 euros d'amende), aligné sur la sanction de l'abus de confiance, a été purement et simplement repris à la suite des préconisations que j'avais portées devant la Commission des lois à l'Assemblée nationale, sous la précédente législature.

### **Lexbase : Certains, dont l'association Transparency International France, s'inquiètent des conséquences de cet amendement, qui pourrait réduire à néant la protection accordée tout récemment aux lanceurs d'alerte. Leurs craintes sont-elles justifiées ?**

**Olivier de Maison Rouge** : Pour avoir contribué partiellement sur le sujet avant que les lois sur la protection des lanceurs d'alerte ne soient adoptées, j'avais pris soin de proposer un dispositif d'exonération de responsabilité, tant civile que pénale, pour les journalistes, les personnes tenues à l'obligation légales de révélation devant les autorités judiciaires et administratives,...

Avant que l'amendement parlementaire ne soit *in fine* greffé au projet de loi "Macron" en commission spéciale d'examen parlementaire, le texte précédemment porté par le député Jean-Jacques Urvoas (Président de la Commission des lois à l'Assemblée nationale), enregistré le 16 juillet 2014, créait une telle exonération exclusivement en matière pénale, éludant le volet civil. Ainsi, un lanceur d'alerte n'aurait pas été inquiété en cas de plainte, mais pouvait néanmoins se voir condamné à payer des dommages et intérêts conséquents.

La dernière version du texte ne crée plus cette distinction et rejoint partiellement mes observations. Toutefois, il faut avouer que les exceptions sont visées dans une expression floue, ce qui n'est pas sans continuer à mettre en émoi les syndicats, journalistes, lanceurs d'alertes,... La Commission européenne a d'ailleurs jugé le texte français trop restrictif à cet égard. Je rejoins cette appréciation.

### **Lexbase : De même, est vivement critiqué un autre amendement qui propose de modifier le Code de procédure pénale, qui "permettrait de brandir le secret des affaires pour demander un huis clos en matière correctionnelle". Quelle est votre position sur ce sujet ?**

De manière très légitime, et reprenant en cela les dispositions de l'article 42 des accords ADPIC, tant la Commission européenne (qui s'est montrée encore plus audacieuse en la matière) que la France ont prévu des mesures procédurales destinées à conserver secrètes les informations économiques non divulguées évoquées par les parties dans le cadre du différend porté devant les tribunaux. En ce sens, il serait envisagé de créer un périmètre de confidentialité concernant la communication des pièces ou les mesures d'expertise, à l'instar de ce qui se pratique devant l'Autorité de la concurrence. De même, un huis clos (comme en matière commerciale la chambre du conseil

---

par voie réglementaire) est prévu afin de faire respecter la confidentialité à l'égard du grand public.

Pour avoir été confronté à ces difficultés dans le cadre d'affaires sensibles, se révélant notamment très délicates à évoquer à l'audience devant un parterre de profanes mais aussi de concurrents potentiels en tout cas d'oreilles indiscretes, je suis personnellement partisan de tels mécanismes protecteurs que j'avais souhaité et proposé voici plusieurs années déjà. L'enjeu est de pouvoir articuler ces modalités avec le principe du contradictoire.

---

(1) Olivier de Maison Rouge est l'auteur d'un ouvrage : *Le droit de l'intelligence économique — patrimoine informationnel et secrets d'affaires*, Lamy, 2012.