

Réflexions sur la proposition de loi n°3985
« visant à sanctionner la violation du secret des affaires »
dont le rapporteur est Monsieur Bernard CARAYON, Député

Tout d'abord, il doit être précisé qu'il n'y a pas d'équivoque possible. Nous partageons la même détermination pour lutter contre la violation du secret des affaires et favoriser sa nécessaire répression.

La seule question qui se pose est de savoir s'il faut créer une infraction spécifique, selon une habitude bien française, ou si l'arsenal répressif existant est suffisant.

Lorsque le groupe de travail sur le secret des affaires qu'Alain JUILLET, alors Haut Responsable à l'intelligence économique, m'a demandé de présider, s'est réuni pour la première fois le 23 juin 2006,

- tous les membres étaient convaincus de la nécessité de définir le secret des affaires ;
- tous les membres, SAUF MOI, étaient convaincus de la nécessité de créer une infraction spécifique de violation dudit secret.

La définition du secret des affaires :

Il s'agit bien évidemment d'une définition juridique puisque les définitions littéraires ne manquent pas :

- définition du ministère de l'économie et des finances :

Le secret des affaires protège « les informations tenant à la rentabilité de l'entreprise, à son chiffre d'affaires, à sa clientèle, à ses pratiques commerciales, à ses coûts, à ses prix ou à sa part de marché, ainsi qu'à d'autres données sensibles d'ordre commercial. »

- définition du Cohen Act américain :

Il s'agit de « toute information confidentielle, quels que soient sa forme, sa nature et son support, qui présente une valeur économique propre, réelle ou potentielle et qui ne consiste pas en des connaissances générales susceptibles d'être facilement et directement constatées par le public. »

Or, tant la Cour de cassation que le Conseil d'Etat, que les juridictions de l'Union européenne et divers textes, se réfèrent, fort heureusement au secret des affaires, avec parfois des fortunes diverses : par exemple, la jurisprudence de la 2^{ème} chambre de la Cour de cassation concernant les actions « in futurum » de l'article 145 du code de procédure civile, est en régression, d'où un besoin de formation des magistrats.

Les différentes propositions de loi proposent une définition. Celle de la 4^{ème} version est la suivante :

« Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature

commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, ne présentant pas un caractère public, dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci.

Ces mesures de protection spécifiques, prises après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute personne qu'il aura préalablement désignée par écrit et destinées à garantir la confidentialité des informations, sont déterminées par décret en Conseil d'État ».

Celle du projet de loi soutenu par le délégué interministériel à l'intelligence économique était la suivante :

« Constituent des informations à caractère économique protégées relevant du secret des affaires, quel que soit leur support, les informations, procédés, objets, documents, réseaux informatiques, données informatisées ou fichiers de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique qui, ne présentant pas un caractère public, ont fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à garantir leur confidentialité.

Les modalités de protection des informations caractère économique protégées relevant du secret des affaires sont déterminées par décret en Conseil d'Etat ».

On notera d'ailleurs un rapprochement entre la proposition de loi et le projet de loi (cf. notamment ce qui sera écrit ci-dessous en ce qui concerne les peines prévues). Or, c'est ce projet de loi qui a justifié la demande d'avis adressée par le gouvernement au Conseil d'Etat et par voie de conséquence l'avis négatif de celui-ci.

L'absence de définition juridique du secret des affaires est effectivement un obstacle majeur à la création d'une infraction spécifique

La répression de la violation du secret des affaires :

De nombreuses infractions permettant cette répression, existent déjà : Une liste établie par la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces du ministère de la Justice est jointe au rapport sur le secret des affaires ci-dessus évoqué.

On retiendra notamment :

- la violation du secret professionnel (article 226-13 du code pénal)
- le vol (article 311-1)
- l'escroquerie (article 313-1)
- l'abus de confiance (article 314-1)
- le recel (articles 321-1 et suivants)
- l'atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation (articles 411-6 et suivants)
- l'accession ou le maintien frauduleux dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données et l'introduction frauduleuse sans un système informatique (article 323-1)
- la révélation par un « directeur ou un salarié » d'un secret de fabrication (articles L1227-1 du code du travail et L621-1 du code de la propriété intellectuelle)

Il n'apparaît dès lors pas nécessaire d'envisager la création d'une infraction spécifique, d'autant que la Cour de cassation sait adapter, quand cela est possible, sa jurisprudence :

- abus de confiance et immatériel : l'article 314-1 du code pénal vise le détournement d'un bien « quelconque ». Par arrêt du 16 novembre 2011 de la Cour de cassation a

expressément étendu le délit aux biens immatériels, en l'espèce « la clientèle » - Par jugement définitif du 21 juin 2010, le tribunal correctionnel de CLERMONT FERRAND dans une affaire Michelin en a fait de même, ainsi que dans un jugement du 26 septembre 2011 dans une affaire LIN (la prévenue cherchait à revendre les fichiers « clients » de son entreprise suite à une rupture conventionnelle de son contrat de travail). Déjà par arrêt du 14 novembre 2000, la Cour de cassation avait admis la constitution du délit d'abus de confiance par suite du détournement d'un compte bancaire (mais l'infraction pouvait se rattacher à un bien matériel, en l'espèce, une autorisation de prélèvement).

- recel de secret de fabrique : par arrêt du 7 novembre 1974 la Cour de cassation a admis la constitution de l'infraction - Une audience à venir du 24 janvier 2012 de la chambre criminelle devrait confirmer cette jurisprudence en ce qui concerne le recel de violation du secret médical - De plus, selon une jurisprudence bien établie (cf. par exemple crim. 19 juin 2001 - Bull. n°149 ou crim. 13 novembre 2001 - n°00-83.382), il n'est pas nécessaire pour caractériser le délit de recel que l'auteur de l'infraction principale soit identifié ; il suffit que l'information révélée ait nécessairement une origine frauduleuse (par exemple, la publication d'une information à caractère médical, à l'évidence couverte pas le secret du même nom)
- Par ailleurs, la Cour de cassation et sa chambre criminelle ont de l'imagination pour faire évoluer leur jurisprudence et l'adapter aux nouvelles technologies, sans qu'il soit besoin de modifier les textes. On peut citer par exemple : le vol qui, alors qu'il suppose l'appropriation d'une chose matérielle, permet de réprimer le « détournement » de fichiers informatiques en considérant qu'il porte sur une partie du disque dur de l'ordinateur, élément matériel. La Cour avait, il y a déjà longtemps, inventé les vols de documents photocopiés en utilisant des articles du code pénal déjà existants. Quand il y a des violences par SMS, le juge applique tout simplement les dispositions de la loi sur les violences téléphoniques... Et ainsi de suite...

Dès lors, la création d'une infraction spécifique ne paraît pas s'imposer :

La définition « juridique » retenue pour le secret des affaires paraît difficile à mettre en œuvre et il est quasiment certain que les magistrats continueront d'utiliser les infractions usuelles (lors de la mise en place du code pénal en 1994, on s'est aperçu qu'une centaine d'infractions sont couramment utilisées), d'autant que les peines encourues dans la proposition de loi sont inférieures à celles prévues pour ces infractions. Or, on privilégie habituellement la qualification la plus forte (sauf en matière de correctionnalisation). Par ailleurs, la détention provisoire n'est possible que si la peine correctionnelle encourue est d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement (article 143-1 du code de procédure pénale).

De plus, il s'agira d'une infraction difficile à établir :

En effet, « *Constituent des informations protégées relevant du secret des affaires d'une entreprise, quel que soit leur support, les procédés, objets, documents, données ou fichiers, de nature commerciale, industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, ne présentant pas un caractère public, dont la divulgation non autorisée serait de nature à compromettre gravement les intérêts de cette entreprise en portant atteinte à son potentiel scientifique et technique, à ses positions stratégiques, à ses intérêts commerciaux ou financiers ou à sa capacité concurrentielle, et qui ont, en conséquence, fait l'objet de mesures de protection spécifiques destinées à informer de leur caractère confidentiel et à garantir celui-ci.* ».

- « **Compromettre gravement** » nécessitera inévitablement des débats et des incertitudes quant à la constitution de l'infraction.

- « Ces mesures de protection spécifiques, prises après une information préalable du personnel par le représentant légal de l'entreprise ou par toute personne qu'il aura préalablement désignée par écrit et destinées à garantir la confidentialité des informations, sont déterminées par décret en Conseil d'État ». Le texte paraît vague et s'en remet à un décret dont les termes sont inconnus et en tout état de cause, laissés à la libre appréciation du pouvoir réglementaire.
- Si l'on se réfère au projet de décret rédigé par le Délégué interministériel, la mention « confidentiel entreprise » ne saurait s'accommoder d'une incertitude quant au support (« quel que soit leur support »). Quid des supports dématérialisés dont on observe qu'ils sont à l'origine des récentes affaires ?
- De plus, un document qui ne serait pas protégé apparaîtrait comme non confidentiel, d'où une tendance à l'inflation des documents protégés ou une absence d'infraction régulièrement constituée...

Enfin, les infractions « classiques » punissent la tentative, ce qui n'est plus le cas dans la proposition de texte, d'où une régression dans la protection des entreprises qui vient s'ajouter à des peines prévues moins sévères.

Ces différentes considérations donneraient aux juges un pouvoir d'appréciation trop important et seraient à l'origine de décisions contradictoires, la cohérence étant l'une des exigences de la Justice « qui doit être la même pour tous ».

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement dans ses décisions que le principe de légalité des délits et des peines prévu par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 impose que le législateur fixe lui-même le champ d'application de la loi pénale et définisse les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis. Un exemple récent : l'inconstitutionnalité de l'article 222-31-1 du code pénal relatif à la circonstance aggravante d'inceste (Cons. constit., 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC). On peut également citer la décision d'inconstitutionnalité des dispositions de la loi dite LOPPSI 2 du 14 mars 2011 notamment en ce qui concerne la création d'une infraction d'exercice illégal de l'activité privée d'intelligence économique (Cons. constit., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC).

Mais surtout, le même principe s'oppose à ce que l'un des éléments constitutifs d'une infraction soit soumis à la seule décision d'une personne privée, en l'espèce la classification par le seul chef d'entreprise d'une information. Seule la loi le permet. Or la définition proposée du secret des affaires ne permet pas de déterminer de façon précise la nature de ladite information.

S'il est permis au chef d'entreprise de définir un degré de confidentialité de certaines informations, cela ne saurait constituer la base d'une infraction pénale mais uniquement permettre d'engager des actions civiles au regard du contrat de travail et de la responsabilité civile.

D'autres principes constitutionnels doivent également être pris en considération tels ceux relatifs à la liberté d'expression et au respect de la vie privée.

Le parallèle qui est fait dans l'exposé des motifs avec le secret de la défense nationale n'est pas convaincant dans la mesure où :

- ce secret est régulièrement contesté (cf. QPC attentat de Karachi) ;
- il bénéficie de procédures lourdes de classification, de déclassification et d'habilitations ;
- il concerne des données qui sont en rapport avec les intérêts fondamentaux de la Nation, ce qui peut être le cas en matière de secret des affaires, mais « peut » seulement ;

- il bénéficie des avis et du contrôle de la Commission consultative du secret de la défense nationale (composée de magistrats des trois ordres de juridictions). Précisément, le secret des affaires ne concerne que des informations propres aux entreprises, nombreuses et disséminées sur l'ensemble du territoire national, sans aucune autorité extérieure susceptible de remplir des fonctions similaires à celles de la Commission consultative du secret de la défense nationale.

Pour parer aux critiques qui mettent en péril le secret de la défense nationale, l'article 226-15-3 de la proposition de loi prévoit que « *l'article 226-15-2 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ». L'autorité judiciaire figure au premier rang de la liste des autorités qui est proposée. Cette précaution paraît inutile dans la mesure où l'on ne saurait opposer au juge la communication d'informations de nature privée, sans aucun rapport avec les intérêts fondamentaux de la Nation. Elle ne reprend pas celle qui est évoquée dans l'exposé des motifs selon laquelle « *des exceptions raisonnables à son application* » sont prévues « *en tenant compte des obligations auxquelles les entreprises doivent aujourd'hui déférer les publicités instituées par les lois et les règlements* ». Il y aurait justement grand intérêt à revoir ces obligations, notamment en ce qui concerne celles relatives au dépôt annuel des comptes au greffe du tribunal de commerce.

Il est donc à craindre que le texte issu de la proposition de loi ne soit déclaré inconstitutionnel puisque désormais, en raison de l'existence de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, il est inévitable qu'il sera soumis un jour ou l'autre à l'examen du Conseil constitutionnel.

Il existe par contre des domaines dans lesquels la protection du secret des affaires mériterait d'être améliorée :

- En développant dans le code pénal la notion de bien immatériel : si la rédaction des textes sur l'abus de confiance et le recel a permis à la jurisprudence d'aller dans ce sens, d'autres textes ne le permettent pas. Il en va ainsi du vol, sauf à utiliser des moyens détournés qui rapportent l'immatériel à un support matériel. On notera en effet que le secret des affaires s'inscrit dans un contexte fortement dominé par l'informatique, ce qui renvoie à la lutte contre la cybercriminalité. C'est donc dans ce cadre que devrait s'inscrire la proposition de loi et non dans celui trop étroit qui est le sien.
- En incitant l'autorité réglementaire à créer une procédure civile adaptée : une réforme du code de procédure civile est nécessaire, de façon à introduire une procédure semblable à celle qui a été mise en œuvre par le tribunal de première instance de l'Union européenne (test HILTI). On retrouve cette procédure en France dans celle qui est applicable devant l'Autorité de la concurrence. Aux termes de l'article L 463-4 du code de commerce, « *Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'exercice des droits de la défense d'une partie mise en cause, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence peut refuser à une partie 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. Dans ce cas, une version non confidentielle et un résumé des pièces ou éléments en cause lui sont accessibles.*

Un décret en Conseil d'Etat¹ précise les modalités d'application du présent article. »

Il suffirait de transposer les textes dont bénéficie l'Autorité de la concurrence dans le code de procédure civile. Mais les exigences des droits de la défense et du débat contradictoire n'ont pas encore permis de réaliser cette opération pourtant simple, ce qui aboutit à une anomalie, les procédures qui émanent de l'Autorité de la

¹ Décret n°2009-142 du 10 février 2009

concurrence ne bénéficiant plus de protection lorsqu'elles sont déférées à la Cour d'appel de PARIS !

- En complétant ainsi l'article 1382 du code civil : « *Toute personne physique ou morale ayant eu connaissance directement ou indirectement d'une information confidentielle concernant l'activité d'une entreprise et l'utilisant à son profit personnel ou pour le compte de tiers, viole le secret des affaires et commet une faute au sens de l'article 1382 du Code Civil qu'il lui appartient de réparer* ».

Le code civil, en son article 1382, prévoit l'obligation pour la partie fautive de réparer le dommage causé à autrui.

Selon une jurisprudence constante, l'indemnisation du dommage subi doit être calculée en fonction de la seule valeur du préjudice, sans que la gravité de la faute puisse avoir une quelconque influence sur son montant.

Le principe de la responsabilité civile consiste ainsi à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage.

En d'autres termes, la réparation intégrale d'un dommage causé à une chose n'est assurée qu'à hauteur de la valeur de sa remise en état ou de son remplacement.

En cas d'action civile engagée par une personne lésée, le juge doit donc procéder à l'évaluation du préjudice matériel et condamner la personne fautive à réparer le dommage subi en indemnisant la victime.

En matière de secret d'affaires, le préjudice subi par l'entreprise victime d'un détournement d'informations confidentielles est difficile à évaluer car il s'agit souvent de la perte d'une chance ou d'un avantage concurrentiel.

Bien souvent, le juge est dépourvu de moyens pertinents d'évaluation lui permettant de déterminer les conséquences économiques du vol de secret d'affaires, ce qui conduit à des décisions inadaptées aux circonstances et a pour conséquence d'affaiblir le mécanisme de réparation.

Dans ce contexte, il convient de renforcer l'action civile, d'une part, en étendant la notion de préjudice à tous les aspects économiques, financiers et stratégiques (en tenant compte des plans d'affaires, cash flow, budget et de tout élément valorisable), comme cela a été fait très récemment dans le cadre du droit de la propriété industrielle et en établissant, d'autre part, des méthodes d'évaluation validées par les juridictions et utilisables par les experts agréés auprès des Tribunaux.

Ces méthodes devraient tenir compte non seulement du préjudice réel rapporté au passé et au présent mais aussi de la perte d'occasions ou d'atouts au regard de l'avenir.

- En développant une formation adaptée des magistrats, ce qui se fait déjà à mon initiative au niveau de la formation initiale des futurs magistrats, comme de la formation continue. Cette formation est toutefois insuffisante et des initiatives devraient être prises pour la développer en lien avec l'Ecole Nationale de la Magistrature (organisation de colloques - réflexion sur une spécialisation des juridictions...). Cette formation serait plus expédiente si elle s'adressait à des magistrats spécialisés. Le contentieux (civil ou pénal) relatif au secret des affaires pourrait ainsi être confié aux JIRS (Juridictions Interrégionales Spécialisées).